

İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

IBN HALDUN LAW REVIEW

2023/1



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI



İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ibn Haldun Law Review
2023/1

DERGİ YAYIN KURULU

BAŞ EDITÖR

Prof. Ömer Çınar, *İbn Haldun Üniversitesi*

EDITÖR

Dr. Mustafa Oğuz Tuna, *İbn Haldun Üniversitesi*

EDITÖR YARDIMCISI

Arş. Gör. Meryem Solmaz Bilici, *İbn Haldun Üniversitesi*

YAYIN VE DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, *İstanbul Medipol Üniversitesi*

Prof. Dr. Hasan Pulaşlı, *İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi*

Prof. Dr. Hayri Bozgeyik, *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi*

Prof. Dr. Mahmut Koca, *İstanbul Medipol Üniversitesi*

Prof. Dr. Muzaffer Şeker, *İstanbul Ticaret Üniversitesi*

Prof. Dr. Nihat Bulut, *İstanbul Medipol Üniversitesi*

Prof. Dr. Oğuz Atalay, *İstanbul Aydın Üniversitesi*

Prof. Dr. Ömer Anayurt, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*

Prof. Dr. Ömer Çınar, *İbn Haldun Üniversitesi*

Prof. Dr. Saim Ocak, *Marmara Üniversitesi*

Prof. Dr. Şükrü Yıldız, *İbn Haldun Üniversitesi*

Prof. Dr. Yavuz Atar, *İbn Haldun Üniversitesi*

Prof. Dr. Zeliha Nur Kaman, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi*

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir, *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi*

Doç. Dr. Fatma Burcu Savaş Kutsal, *Bahçeşehir Üniversitesi*

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *İbn Haldun Üniversitesi*

Dr. Mustafa Cahit Günel, *İstanbul Üniversitesi*

Dr. Mustafa Yaylalı, *İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi*

Tasarım
Kapak Uygulama
Mizanpaj Uygulama
Çizim
Baskı&Cilt

İHÜ Yayınları
İHÜ Yayınları
Muhammed Muttaki Topcu
Fatih Yasir Uzdu
METEKSAN Sertifika No: 46519

İbn Haldun Üniversitesi Yayınları bir İbn Haldun Üniversitesi departmanıdır.

Yayınevi Sertifika No: 51227 | Ordu Cd. No:3, 34480 Başakşehir/İstanbul
yayınevi@ihu.edu.tr | press@ihu.edu.tr

İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

IBN HALDUN LAW REVIEW

2023/1





İÇİNDEKİLER

Dekan'ın Önsözü	7
Terekenin Resmi Defterinin Tutulmasının Anonim Şirketin Nama Yazılı Pay Senetleri Üzerindeki Mirasçılık Hakkına Etkisi / <i>The Impact of Official Bookkeeping of Estate on the Right of Inheritance Related to Registered Share Certificates in Joint Stock Companies</i> Prof. Dr. Şükrü Yıldız/Prof. Dr. Ömer Çınar	9-35
Televizyon Program Formatlarının Telif Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi / <i>Evaluation of Television Program Formats Under Copyright Law</i> Dr. Öğr. Üyesi Dursun Saat	37-53
Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi ve İlkenin Franchising Sisteminde Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar / <i>Exhaustion of Trademark Rights Principle and Some Problems Regarding its Implementation in the Franchising System</i> Dr. Av. Leylan Demirağ Aktaş	55-79
Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Tecavüz Suçu (Saldırı Suçu) Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Harekete Geçirilmesi / <i>The International Criminal Court's Jurisdiction Over the Crime of Aggression and its Activation</i> Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Celal Kul	81-114
The "Supremacy Clause" of Article 103 of the UN Charter and European Ordre Public Asst. Prof. Najiba Mustafayeva	115-140



DEKAN'IN ÖNSÖZÜ

Yoğun gayretler sonucunda İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin ilk sayısını çıkarmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Yılda iki kez çıkarılması planlanan dergimizde; hukukun çeşitli alt disiplinlerine ilişkin özgün ve değerli çalışmalara yer verilerek güncel hukuki problemleri akademik bir bakış açısıyla değerlendirmek, hem yerel hem de uluslararası düzeyde hukuk literatürüne katkı sağlamak amaçlanmaktadır. Her makalede genişletilmiş İngilizce özete yer verilerek yabancı okurların da makale konusu hakkında detaylı bilgi edinmesine imkân sağlanmaktadır.

İlk sayımızda kaleme aldığımız ve uygulamada oldukça tartışmaya sebebiyet veren bir konu, “*Terekenin Resmi Defterinin Tutulmasının Anonim Şirketin Nama Yazılı Pay Senetleri Üzerindeki Mirasçılık Hakkına Etkisi*” başlıklı makalemiz ile somut bir mahkeme kararı değerlendirilmiştir. Yine dergimizde; televizyon programları fikri mülkiyet hukuku kapsamında değerlendirilmiş, ayrıca uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir sözleşme türü olarak franchising sözleşmesine ilişkin çalışmaya yer verilmiştir. Özel hukuk alanına ilişkin makalelere ek olarak uluslararası hukuk alanında da iki önemli çalışma dergimizin ilk sayısında yayınlanmıştır.

İlk sayımızı yayınlamanın sevinci, sonraki sayılarımız için bizlere motivasyon kaynağı olmaktadır. Gelecek sayılarımızda özel hukuk, kamu hukuku ve uluslararası hukuka ilişkin özgün çalışmaların yanı sıra mukayeseli hukuk üzerine yapılan çalışmalara da yer verilecektir.

Bu vesileyle İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yayımlanmasında desteklerini esirgemeyen üniversitemiz rektörü Sayın Prof. Dr. Atilla Arkan'a, emekleri geçen üniversitemizin ve fakültemizin değerli mensuplarına, editörlerimize, hakemlerimize ve makaleleriyle dergimize katkı sunan kıymetli yazarlarımıza teşekkür eder, dergimizin hukuk camiasına hayırlı olmasını dilerim.

Prof. Dr. Ömer Çınar
İbn Haldun Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı



TEREKENİN RESMİ DEFTERİNİN TUTULMASININ ANONİM ŞİRKETİN NAMA YAZILI PAY SENETLERİ ÜZERİNDEKİ MİRASÇILIK HAKKINA ETKİSİ

Prof. Dr. Şükrü Yıldız*/Prof. Dr. Ömer Çınar**

Öz

Nama yazılı hisse senedi kıymetli evrak niteliğinde olup, hakkın senede bağlı olması nedeniyle (nama yazılı hisse senedi) olmadan, yani senet ibraz edilmeden senede bağlı haklar kullanılamayacaktır. Payın miras yoluyla kazanılmasında, mirasçının pay sahibi olarak şirkete karşı pay defterine yazım isteyebilmesi için hem nama yazılı hisse senedini hem de veraset ilamı ve taksim belgesini birlikte ibraz etmesi gereklidir. Bu nedenle, mirasçıların şirketteki payları kazanmalarını, çıplak paylarda olduğu gibi, sadece pay defterinde pay sahibi olarak görünen mirasçısı olduğunu belirten veraset ilamının ibrazına bağlayan kuralın, kıymetli evrak niteliğindeki nama yazılı hisse senetlerine bağlanmış paylarda uygulanması mümkün değildir. Mirasçılardan biri tarafından tereke için resmi defter tutulması amacıyla dava açılması halinde, mirasçılarının mirası kabul edip etmeyeceği belli olmadığından, mirasçılarının miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanmadığı, yani TMK m. 599/1 hükmünün uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Bu nedenle, mirasın kabul edilmesi için resmi defter tutma davasının bitmesi ve bir aylık inceleme süresinin başlaması, belirlenen en az bir aylık inceleme süresinin sona ermesinden sonra

* İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sukru.yildiz@ihu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1064-9319.

** İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, omer.cinar@ihu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1046-3039.

da mahkemenin her mirasçayı bir ay içinde beyanda bulunmaya çağırmasını gerekli kılan bir usulün tamamlanması zorunludur (TMK m. 623, 626).

Anahtar Kelimeler: Hisse senedi, pay senedi, tereke, resmi defter tutulması, butlan davası, miras

THE IMPACT OF OFFICIAL BOOKKEEPING OF ESTATE ON THE RIGHT OF INHERITANCE RELATED TO REGISTERED SHARE CERTIFICATES IN JOINT STOCK COMPANIES

Abstract

The registered share certificate is a commercial paper and since the right in commercial paper is tied to the promissory note, the rights attached to the promissory note cannot be exercised without the registered share certificate, in other words, without the presentation of the promissory note. In the acquisition of the share by inheritance, the heir must submit both the registered share certificate and the certificate of inheritance and partition of succession together in order to be able to request registration in the shareholders' register against the company as a shareholder. Therefore, it is not possible to apply the rule that binds the heirs to acquire shares in the company to the submission of a certificate of inheritance stating that he is the heir of the deceased, who appears as a shareholder in the shareholders' register, as in the case of uncertificated shares. If a lawsuit is filed by one of the heirs for the purpose of keeping an official book for the estate, since it is not clear whether the heirs will accept the inheritance, it should be accepted that the heirs cannot acquire the inheritance as a whole by law due to the death of the inheritor. In other words, it should be accepted that the provision of article 599/1 of Turkish Civil Law cannot be applied. Therefore, in order to accept inheritance, it is obligatory to complete a procedure requiring the completion of the official bookkeeping case and the start of the one-month review period, and the court to call each heir to make a statement within one month after the end of the specified minimum one-month review period (art. 623-626 of Turkish Civil Code).

Keywords: share certificate, estate, official bookkeeping, invalidity lawsuit, inheritance

Extended Summary

In this study; effects of the bookkeeping of the estate on the registered shares is examined through a concrete event. Briefly in the concrete case, the spouse of the inheritor, who owned all the shares of a company but transferred some of the registered shares before his death, claimed that the heirs were entitled to the shares of the company, and that the decisions taken at the general assembly meeting dated April 2022, which included unauthorized third parties but not herself although she has the ¼ percent of the inheritance, were invalid. When the concrete case is examined, there are some legal problems that need to be resolved within the scope of the dispute.

First of all, it is worth examining whether the spouse of the inheritor and other legal heirs who cannot present the registered shares have the right to participate and vote in the general assembly of the joint stock company. Each of the heirs can declare that he rejects the inheritance or wants an official liquidation or accepts it unconditionally or according to the book, within the period of making a declaration determined by the court (Turkish Civil Code art. 627/I). The heirs can choose any right they wish within the period of declaration. The heirs must declare to the court, in writing or orally, which right they have exercised during the declaration period. If no declaration is made within the period determined by the court, it will result in the inheritance being accepted according to the book kept (Turkish Civil Code art. 627/II). After the declaration period has passed, the situations stipulated in the art. 610/II of the Turkish Civil Code does not change the result of the inheritance being accepted according to the book kept. With the expiration of the declaration period, the heir accepts the inheritance according to the book kept. Interfering in affairs that exceed the ordinary management of the estate later, hiding or owning the estate does not change this result.

During the pending bookkeeping lawsuit, the heirs do not yet have the title of heir within the scope of the estate. In order for the heirs to be accepted as shareholders in the company, first of all, the title of heir must

be gained in the end of the bookkeeping lawsuit, and then the share certificate issued in the name of the inheritor and the document showing that s/he is the heir, the division agreement or the court decision regarding the division must be submitted to the company. Unless these conditions are met, the heirs cannot be registered in the company's share book by the joint stock company.

Even if the title of heir becomes clear at the end of the lawsuit, an heir does not have the right to file the lawsuit alone. The lawsuit related to the shares within the scope of the estate should be filed either by all of the heirs or by the estate representative. Moreover, in accordance with the art. 624 of Turkish Civil Code, it is not possible for an heir to file a lawsuit without obtaining the authority from the court, whether it is an ordinary or an extraordinary transaction. In the concrete case, the plaintiff heir is not authorized by the court, and the case is not filed by all the heirs or the representative of the estate. For this reason, it is not possible for the plaintiff to assert her claims in the lawsuit petition.

To sum up, if a lawsuit is filed by one of the heirs for the purpose of keeping an official book for the estate, since it is not clear whether the heirs will accept the inheritance, it should be accepted that the heirs cannot acquire the inheritance as a whole by law due to the death of the inheritor. In other words, it should be accepted that the provision of article 599/1 of Turkish Civil Code cannot be applied. Therefore, in order to accept inheritance, it is obligatory to complete a procedure requiring the completion of the official bookkeeping case and the start of the one-month review period, and the court to call each heir to make a statement within one month after the end of the specified minimum one-month review period (art. 623-626 of Turkish Civil Code). Unless these conditions are met, it is not possible to accept the heirs to acquire shares of a company within the estate.

1. Hukuki Sorun

Somut olayda miras bırakan Nisan 2020 tarihinde vefat etmiş, Sulh Hukuk Mahkemesinin veraset ilamına göre, murisin mirasçuları; sağ kalan eşi ve dört çocuğu olarak belirlenmiştir. Murisin çocuklarından biri mirası reddetmiş ve red beyanı Sulh Hukuk Mahkemesinin ilamı ile tescil edilerek

kesinleşmiştir. Murisin çocuklarından biri ise, Sulh Hukuk Mahkemesinde “Terekenin resmi defterinin tutulması davasını” açmıştır. Murisin eşi, Sulh Hukuk Mahkemesinde “Terekeye temsilci atanması davasını açmış ve her iki dava birleşmiştir. Mirasçı eş, sulh hukuk mahkemesindeki dosyada terekeye ve murisin sağ iken pay sahibi olduğu anonim şirkete geçici tereke temsilcisi atanması ve şirketlere ve terekeye dahil taşınmazlara murisin hissesi oranında tedbir konulması talebinde bulunmuştur. Mahkemece terekeye geçici tereke temsilcisi atanması talebi ile murisin pay sahibi olduğu anonim şirketin taşınmazlarına tedbir konulması ve şirket yönetimine geçici tereke temsilcisi atanması taleplerinin reddine karar verilmiştir.

Murisin pay sahibi olduğu anonim şirketin esas sermayesi 200.000.000 TL olup, hisse senetlerinin tamamı nama yazılıdır. Esas sözleşmeye göre, hisse senetleri çeşitli kúpürler halinde bastırılabilir. Anonim şirket yönetim kurulu 2016 tarihinde, esas sözleşme uyarınca, nama yazılı paylar için çeşitli tertiplerde nama yazılı hisse senetleri çıkartmış ve kıymetli evrak niteliğindeki nama yazılı hisse senetlerinin tamamını pay sahibine teslim etmiştir. Muris, sahip olduğu 10.000.000 adet nama yazılı hisse senedini (%10 payı) 2019 tarihinde ciro ve teslim yoluyla üçüncü bir kişiye devretmiştir. Hisseleri devralan kişi ise, ciro yoluyla devraldığı nama yazılı hisse senetlerini Nisan 2022 tarihinde şirkete ibraz ederek pay defterine kaydını yaptırmıştır.

Murisin eşi tarafından, Ticaret Mahkemesinde açılan davada, davalı anonim şirketin %100 oranında pay sahibinin miras bırakan olduğu, murisin 2020 tarihinde vefat etmesiyle sağ kalan eş sıfatıyla ¼ (%25) oranında sabit miras payı hakkı sahibi olduğu, böylece murisin vefat tarihinden itibaren mirasçılar arasında TMK m. 640/2, TTK m. 432/1 ve TTK m. 477/1 hükümleri uyarınca davalı şirketin hisseleri üzerinde elbirliği mülkiyeti esaslarının geçerli olduğunu, dava tarihi itibarıyla hiçbir mirasçının mirası kabul etmediğini, oy kullanma hakkı olmayan mirasçıların oy kullanarak batıl/yok hükmünde genel kurul kararıyla yönetimin değiştirildiğini, şirketin 2020 yılı sonuna ilişkin beyannamesi incelendiğinde sermayeyi temsil eden hisse senetlerinin dökümü başlıklı maddede murisin %100 ve pay tutarının 200.000.000 TL yazılı olduğunun görüldüğünü, aynı belgede Kurum ortaklarına ve Yönetim Kuruluna ilişkin listede miras bırakanın %100 hisse sahibi olduğunun yazılı olduğu, 2022 tarihinde mirasın kabul edildiği

davalı şirkete bildirilerek pay defterine pay sahipliği kaydının yapılmasının talep edildiğini, ancak bu taleplerine davalı şirket tarafından bir cevap verilmediğini, %100'ü tereke kapsamında kalan davalı şirketin Nisan 2022 tarihinde yapılan genel kurul toplantısında kanuni veya akdi sıfatı bulunmayan yabancılar tarafından oy kullanılarak %100'ü tereke kapsamında kalan davalı şirket yöneticisinin değiştirildiğini, "yönetimin değiştirilmesi" yolunda alınan kararın hem kurucu - hem şekli nitelikteki emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle yok hükmünde olduğu, içerik açısından da emredici hükümlere aykırılık sebebiyle butlanla malul olduğu, şirkete kayyum atanması, bu toplantıda alınan yönetim kurulu seçim kararının yoklukla ve butlanla malul olduğunun tespitine karar verilmesi talep edilmiştir.

Davalı şirket vekili ise, davacının davayı açmasında hukuki yararı bulunmadığını, bu sebeple davanın husumet yokluğu sebebiyle reddi gerektiğini, TTK m. 446'da iptal davası açabilecek kişilerin sayıldığını, genel kurul kararlarının yokluk ve butlanla sakat olduğunun tespiti davaları için de bu hükmün kıyasen uygulanması gerektiğini, davacının yönetim kurulu üyesi ve pay sahibi olmadığını, davacının dava dilekçesinde anonim şirketin %100 oranında pay sahibi miras bırakanın sağ kalan eşi sıfatıyla ¼ oranında miras hakkına sahip mirasçısı olarak pay sahibi sıfatına sahip olduğunu iddia ettiğini, bu iddianın şirketler hukuku açısından hukuki bir geçerliliğinin bulunmadığını, müvekkili şirketin hisselerinin 2016 tarihli yönetim kurulu kararıyla nama yazılı hisse senetleri bastırarak hissedara teslim ettiğini, murisin vefatından sonra hiçbir mirasçının tedavül kabiliyeti olan bu nama yazılı hisse senetlerini şirkete ibraz etmediğini, bu nedenle mirasçıların hiçbirinin pay defterine pay sahibi olarak işlenmediğini, bu kapsamda bu davanın davacısı olan mirasçının da pay sahibi sıfatı bulunmadığını, bu sebeple huzurdaki davanın davacı tarafından açılmayacağını, davaya konu genel kurulun tüm kurucu ve şekli esaslara uygun olarak toplandığını ve karar aldığını, ilk toplantıda asgari nisabın sağlanmaması üzerine erteleme düzenlendiğini ve ikinci toplantı yapıldığını, ikinci toplantı günü olan Nisan 2022 tarihinde 10.000.000 adet nama yazılı hisse senedinin şirkete ibraz edilmesi üzerine nisaba uyularak toplantının yapıldığını, müvekkili şirketin 2016 tarihli yönetim kurulu kararı ile nama yazılı hisse senetleri bastırarak murise teslim ettiğini, her ne kadar nama yazılı hisse senetlerinin çıkarıldığı tarihte şirketin %100 hissesi murise ait olsa da daha sonra murisin sağlığında bu nama yazılı

hisse senetlerini kime veya kimlere devrettiğinin müvekkil şirketçe bilinmediğini, bu kapsamda davacının mirasçı sıfatıyla, miras payına düşen oranda pay defterine kaydedilmesi ve pay sahibi haklarından yararlandırılması halinde nama yazılı pay senetlerini devralan kişilerin daha sonra bu hisse senetlerini şirkete ibraz etmesi halinde aynı şirket hisselerinin birden fazla hissedarı olması gibi hukuksuz bir durumla karşılaşılacağını, nama yazılı pay senetlerinin pay defterine kaydının kurucu değil açıklayıcı nitelikte olduğunu, geçerli bir kayda rağmen kaydın henüz yapılmamış olmasının mümkün olduğunu, bu nedenlerle davacının nama yazılı hisse senetlerini fiziken ortaklığa ibraz etmeden şirket hissedarı olarak pay defterine kaydını ve pay sahipliği haklarından yararlanmayı talep etmesi ve yine pay sahibi olduğunu ispat etmesizin bu davayı ikame etmesinin haksız ve hukuka aykırı olduğunu, davacı tarafın tüm taleplerinin ve davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Somut olay incelendiğinde, uyuşmazlık kapsamında çözülmesi gereken hukuki sorunlar şu şekilde tespit edilebilir:

1. Uyuşmazlık konusu olayda murisin eşi, Nisan 2022 tarihli genel kurul toplantısında alınan kararların iştirak halinde malik olan mirasçılardan bir kısmının veya birisinin ya da mirasçıların pay devri yaptığı yetkisiz üçüncü kişilerin katılımı ile gerçekleştirildiğini, kendisinin mirasçı olduğu halde bu toplantıya davet edilmediğini, bu nedenle yönetim kurulu üye seçimi kararının yokluk veya butlanla sakat olduğunu ileri sürmüştü, davacının daha sonraki dilekçelerinde ise, miras bırakan tarafından ciro ve teslim yoluyla üçüncü kişiye yapılan ve pay defterine kaydedilen nama yazılı pay senedinin geçerli imza ile yapılmadığı, imzaların sahte olduğu iddiasında bulunulmuştur. Öyleyse ilk olarak, nama yazılı hisse senetlerini ibraz edemeyen murisin eşinin ve diğer yasal mirasçıların anonim şirketin genel kuruluna katılım ve oy haklarının olup olmadığı incelenecektir.

2. İkinci olarak, davalı anonim şirketin dava konusu genel kurul toplantısında alınan kararın yokluk veya butlanla sakat olup olmadığı ele alınıp incelenecektir.

3. Son olarak, davalı, bu davanın aktif husumet ehliyeti bulunmayan davacı tarafından açılmayacağı savunmasında bulunmaktadır. Davacı ise aktif husumet ehliyetinin bulunduğu iddiasındadır. Bu nedenle, murisin yasal mirasçılarının ve somut olayda davacı eşin, anonim şirketin genel kurulunun

yokluğu ya da hükümsüzlüğü veya iptali için dava açma hakkının yani, aktif husumet ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususu üzerinde durulacaktır..

2. Terekenin Resmi Defterinin Tutulması Sırasında Mirasçılarının (Somut Olayda Davacının) Anonim Şirkette Pay Sahibi Sıfatını Kazanıp Kazanmadığı

Yasal mirasçı olan murisin çocuklarından biri, TMK m. 619 uyarınca, murisin vefat tarihinden sonraki bir ay içinde, 2020 tarihinde terekenin resmi defterinin tutulması için Sulh Hukuk Mahkemesinin 2020/ ... Esasına kayıtlı davayı açmıştır. Bu davanın diğer mirasçılar hakkında da etkili olduğu TMK m. 619/son hükmünde açıkça belirtilmiştir. Somut olayda, davacı, dava tarihinde henüz tereke üzerinde hak iktisap etmemiş olup, nitekim dava dilekçesinde, “*dava tarihi itibarıyla hiçbir mirasçının mirası kabul etmediğini*” zaten açıkça belirtmektedir. Davacı, şirkete Mayıs 2022 tarihinde ihtarname göndererek mirası kabul ettiğini ve kendisinin pay defterine kaydedilmesini talep etmişse de davalı şirket, davacının onay talebini Haziran 2022 tarihinde reddetmiştir. Esasen anılan tarihte resmi defter tutulması işlemi henüz sonuçlanmadığından davacının davalı şirkette pay sahibi sıfatı da bulunmamaktadır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için mirasın resmi defterinin tutulmasına ilişkin kısa bir açıklama yapmakta yarar görülmektedir.

Mirasın kazanılması üzerine mirasçının mirası kayıtsız şartsız kabul etmesi mümkün olduğu gibi reddetmesi de mümkündür. Mirasçının mirası kabul etmesine ve reddetmesine etki eden en önemli sebep hiç şüphesiz terekenin mali durumudur. Kanun koyucu bu durumu öngörerek terekenin resmi defter tutulmasını düzenlemiştir. Terekenin resmi defterinin tutulmasının en önemli amacı, mirasçılarının terekenin mali durumu hakkında bilgi sahibi olması ve mirasçılarının terekenin resmi defterinin tutulmasıyla aktif ve pasifini görerek mirası kabul ve ret hakkını kullanabilmesidir¹.

Mirasçılar, terekenin resmi defterinin tutulması ve mirasın tutulan deftere göre kabul edilmesi halinde terekenin borçlarından sadece deftere yazılanlardan sorumlu olacaklar ve deftere yazılmayanlardan ise kural olarak

1 Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi*, C.II, (TMK m.575-639), İstanbul 2020, s. 702, 703; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 1995, s. 300; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 635; Zahit İmre/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 15. Basım, İstanbul 2021, s. 381-382.

sorumlu olmayacaklardır. Türk Medeni Kanununun 619. maddesine göre, “Mirası reddetmeye hakkı olan her mirasçı, terekenin resmî defterinin tutulmasını isteyebilir. Defter tutma, mirasın reddine ilişkin usule uyulmak suretiyle, bir ay içinde sulh hâkiminden istenir. Mirasçılardan birinin defter tutma istemi, diğerleri hakkında da etkili olur”². TMK m. 619’a göre, terekenin resmî defterinin tutulmasını istemeyen, mirası kabul veya reddetmemiş mirasçılar da resmî defter tutulmasının sonuçlarından yararlanır ve onlar da TMK m. 627’deki seçimlik haklardan (mirasın reddi, resmî tasfiye, mirasın tutulan deftere göre kabul veya kayıtsız şartsız kabul) birini kullanabilir. Mirasçılık sıfatlarının geçici niteliğinin devam etmesi halinde terekenin resmî defterinin tutulması diğerleri hakkında da etkili olacaktır³.

Kanunda, zorunlu yönetim işlerinin yapılabileceği düzenlenmişse de zorunlu işin yapılmasına veya yürütülmesine kimin karar vereceği konusunda bir düzenleme getirilmemiştir. Doktrinde, zorunlu işlerin yapılmasına sulh mahkemesinin karar vereceği ve bu konuda mirasçılardan birini veya üçüncü bir kişiyi görevlendireceği, mirasçıların veya ilgililerin tek başına zorunlu işleri yapma yetkisinin olmadığı, mirasçılardan birinin terekenin zorunlu işlerini görmesi, ret hakkını ortadan kaldırmayacağı, zorunlu işlerinin yapılması, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olan işlerden olup, mirasın kabulü sonucunu doğurmayacağı belirtilmiştir (TMK m. 610/II)⁴.

Mirasçılardan her biri sulh mahkemesince belirlenen beyanda bulunma süresi içinde mirası reddettiğini veya resmî tasfiye istediğini ya da deftere göre veya kayıtsız şartsız kabul ettiğini beyan edebilir (TMK m. 627/I). Mirasçılar, beyanda bulunma süresi içinde dilediği hakkı seçebilir. TMK m. 627/I’de mirasçılardan her birinin, tanınan süre içinde mirası reddettiğini

2 Belirtmek gerekir ki, TMK m. 619 uyarınca terekenin defter tutulması, TMK’nın 590 vd. maddelerindeki tedbir niteliğinde ve terekenin mirasçılara sağlıklı şekilde intikal etmesi için gerçekleşen tespit ve defter tutulmasından farklıdır. Nitekim Yargıtay 2. HD’nin 21.11.2022 tarihli ve 2002/11190 E. ve 2002/12820 K. sayılı kararında bu husus açıkça belirtilmiştir. Bu hususta bkz. İlhan Helvacı, *Gereğçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu- Türk Medeni Kanunu*, C.III, İstanbul 2013, s. 284.

3 Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku*, Ankara 2008, s. 521; Mustafa Dural, *Türk Özel Hukuku C. IV - Miras Hukuku*, İstanbul 2015, s. 424-425; Mehmet Özgür Avcı, *Mirasın Mahkeme Kararı ile Paylaşılması*, İstanbul 2014, s. 111; İmre/Erman, s. 382-333.

4 Dural, s. 427; Çabri, s. 736-737.

veya resmî tasfiye istediğini ya da deftere göre veya kayıtsız şartsız kabul ettiğini beyan edebileceği düzenlenmiştir. Mirasçıların beyanda bulunma süresi içinde hangi hakkı kullandığını sulh mahkemesine yazılı veya sözlü olarak beyan etmesi gerekir⁵.

Mahkemece belirlenen süre içinde beyanda bulunulmaması halinde mirasın tutulan deftere göre kabul edilmesi sonucu doğacaktır (TMK m. 627/II). Beyanda bulunma süresi geçtikten sonra TMK m. 610/II'de öngörülen hallerin gerçekleşmesi, mirasın tutulan deftere göre kabul edilmesi sonucunu değiştirmez. Beyanda bulunma süresinin geçmesiyle mirasçı, mirası tutulan deftere göre kabul etmiş olur. Sonradan terekenin olağan yönetimini aşan işlere karışılması, tereke mallarının gizlemesi veya kendisine mal edilmesi, bu sonucu değiştirmez⁶.

Resmî defter tutulması sonucunda mirasçının sahip olduğu haklar yenilik doğuran niteliktedir. Mirasçının beyanda bulunarak mirası kabul etmesi, reddetmesi, resmî tasfiye istemesi veya mirası tutulan deftere göre kabul etmesi kesin olarak hüküm ve sonuç doğurur ve seçilen haktan geriye dönülemez. Buna göre, mirasçının mirası reddetmesi halinde ret beyanının sulh mahkemesine yöneltilmesiyle birlikte mirasçılık sıfatı kesin olarak sona ermiş olur. Sonradan ret beyanı geri alınarak diğer haklar kullanılamaz⁷.

Birden fazla mirasçının bulunması ve her birinin farklı bir seçim hakkını kullanması hallerinde, birinin seçtiği hak diğerini etkilemez. Her bir mirasçı, kendi seçtiği hakkın sonuçlarına tabi olacaktır. Mirasçılardan birinin mirası tutulan deftere göre kabul etmesi, diğer mirasçının ise mirası reddetmesi veya kayıtsız şartsız kabul etmesi mümkündür⁸.

Mirasçılardan biri tarafından tereke için resmî defter tutulması amacıyla dava açılması, TMK m. 599/1 hükmünün uygulanmasına engel oluşturur. Bu durumda mirasçıların mirası kabul edip etmeyeceği belli değildir. Yani anılan dava süresince, mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanmamışlardır. Bu nedenle, mirasın kabul edilmesi için resmî defter tutma davasının bitmesi, bir aylık inceleme

5 Dural, s. 428, 429; İnan, s. 526; Rona Serozan/Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, Ankara 2018, s. 541-542; İmre/Erman, s. 388-389.

6 Çabri, s. 754-755; Kocayusufpaşaoğlu, s. 641; Serozan/Engin, s. 541.

7 Çabri, s. 755-756; Kocayusufpaşaoğlu, s. 606; Serozan/Engin, s. 525.

8 Dural, s. 429, s.430; Çabri, s. 756-757; İnan, s. 526; İmre/Erman, s. 389-390.

süresinin başlaması, belirlenen en az bir aylık inceleme süresinin sona ermesinden sonra da mahkemenin her mirasçıyı bir ay içinde beyanda bulunmaya çağırmasını gerekli kılan bir usulün tamamlanması zorunludur (TMK m. 623, 626)⁹. Mirasçılardan her biri kendisine tanınan süre içerisinde mirası reddettiğini veya resmi tasfiye istediğini ya da deftere göre veya kayıtsız şartsız kabul ettiğini beyan edebilir. Süresi içinde herhangi bir beyanda bulunmayan mirasçı, mirası tutulan deftere göre kabul etmiş sayılır (TMK m. 627). Resmî defter tutma usulünde mirasçılardan mirası kabul etmesi, resmi defter tutulmadan mirasın tutulmasından farklı bir irade açıklamasını gerektirir¹⁰.

Resmi deftere göre kabulün sonucu, TMK m. 628'de gösterilmiştir. Resmi deftere göre kabul edilen miras, mirasçıya sadece deftere yazılmış borçlarla geçer. Bu suretle mirasın geçmesi, mirasın açıldığı tarihten itibaren hüküm ifade etmektedir¹¹. Resmi defter tutulması mirasçılardan terekenin mali durumu hakkında bilgi sahibi olmasını amaçladığından, defterin tutulması sırasında terekenin mali durumunun değişmemesi önem arz etmektedir. TMK'nın 624. maddesi ve Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet Ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 43 uyarınca resmî defter tutma süresince, sadece yapılmaması terekenin zararına sebep olacak zorunlu yönetim işleri yapılabilecektir¹². Bu nedenle davacı tarafından dava konusu şirket hisselerine ilişkin böyle bir dava açılması mümkün olmadığı gibi, zorunlu yönetim işlerinin varlığı halinde bile sulh mahkemesi tarafından yetki verilmesi zorunlu olduğundan, mahkemece yetkilendirilmeyen davacı tarafından işbu bu nedenle de dava açılması mümkün değildir.

Somut olayda, davacının terekenin resmi defterinin tutulması davasında, mirası kayıtsız şartsız kabul ettiğine dair bir beyanı bulunmamaktadır. Davacı, mirası kayıtsız şartsız kabul ettiğini Sulh Hukuk Mahkemesinin 2020/ ... Esas sayılı dosyası kapsamında, kanunda gösterilen usul çerçevesinde mahkemeye yapmak yerine, davalı şirkete gönderdiği noter

9 Yargıtay 2.HD. 27.3.2004 tarihli ve 2004/2234 E. ve 2004/3350 K. sayılı kararı, bkz. Helvacı, s. 293.

10 Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, Genişletilmiş 8. Bası, Ankara 2018, s. 305; Avcı, s. 111; İnan, s. 526 vd.

11 Çabri, s. 761; Oğuzman, s. 304; Kılıçoğlu, s. 306.

12 Çabri, s. 736-737; İmre/Erman, s. 386.

ihтары ile bildirmiştir. Bu durum, davalının genel kurul toplantısının yapıldığı Nisan 2022 tarihinde henüz pay sahibi sıfatının bulunmadığını ortaya koymaktadır.

Esasen doktrinde de Prof. Dr. Hayri Domaniç, “*Vefat ile müteveffanın sahip olduğu hisseler, mirası red, defter tutma talebi, resmi tasfiye isteği halleri hariç, miras hisseleri nisbetinde mirasçıya geçer*” şeklinde görüşünü belirtmiş ve resmi defter tutma talebinin, mirasın ölüm anında mirasçılara geçeceği kuralını ortadan kaldıracığı görüşünü açıkça benimsemiştir¹³. Anılan sebeplerden dolayı mirasçılardan, somut olayda davacının, terekenin defter tutulması işlemi sonuçlanmadan, pay sahibi sıfatı belirli olmadığı için genel kurul kararlarının yokluğunu veya butlanını da dava etme hakkı bulunmamaktadır.

3. Nama Yazılı Hisse Senedine Bağlanmış Olan Anonim Şirketteki Pay Sahipliğinin Murisin Vefatı Sonrasında Külli İntikal İlkesi Uyarınca Yasal Mirasçılara Geçip Geçmediği

Anonim şirketin özelliklerinden birisi de payın kıymetli evrak niteliğinde senetlere bağlanabilmesidir. Bu nedenle anonim şirket şartları bulunuyorsa, hamiline yazılı paylarını, kıymetli evrak niteliğinde hamiline yazılı hisse senetlerinde, nama yazılı paylarını ise nama yazılı hisse senetlerinde somutlaştırarak devir kabiliyetini kolaylaştırabilir. Payların, kıymetli evrak niteliğindeki hamiline ve nama yazılı hisse senetlerine bağlanması, payların tedavül kabiliyetini artırması yanında, pay sahiplerine hukuki olmayan bazı kolaylıklarda sağlayabilir. Pay senedinin mülkiyetinin geçirilmesi, haczi, üzerinde hapis hakkı, rehin veya intifa hakkı kurulması, kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetleri üzerinde işlem yapmayı gerektirir¹⁴.

Nama yazılı hisse senetleri kanunen emre yazılı kıymetli evrak olup, ciro ve zilyetliğin nakli ile devredilebilir. Ancak nama yazılı hisse senetlerinde, anonim şirkete karşı senetten doğan hakkın kullanılabilmesi için senedin mülkiyetinin kazanılması yetmemekte, aynı zamanda devralanın pay defterine de kaydı gerekmektedir. Bu nedenle, nama yazılı hisse

13 Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II*, İstanbul 1988, s. 1327.

14 Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, C. II, 13. Bası, İstanbul, 2017, s. 110.

senetlerinde mülkiyetin kazanılması için ciro ve zilyetliğin devri yeterli olmasına rağmen, pay sahipliği haklarının anonim şirkete karşı ileri sürülebilmesi için pay defterine kayıt zorunlu bulunmaktadır¹⁵.

Ancak belirtmek gerekir ki, nama yazılı hisse senetlerine bağlanmış paylarda, ciro ve zilyetliğin geçirilmesiyle mülkiyet devralana geçer. Pay defterine kaydın mülkiyetin kazanılmasında veya kaybedilmesinde bir rolü yoktur. Kayıt sadece devrin anonim şirkete karşı ileri sürülebilmesine imkân sağlar¹⁶. Giro edilmiş nama yazılı hisse senedinin zilyetliğinin geçirilmesi ile mülkiyet devralana intikal eder. Anonim şirket pay defterine yazımdan kaçınsa bile, kendisine ciro yapılan ve senedin zilyetliği geçirilen kimse nama yazılı hisse senedinin mülkiyetini kazanmış olur, fakat pay sahipliğini şirkete karşı ileri süremez. Şirketle ilişkilerde sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi olarak kabul edilir¹⁷.

Pay defterine kayıt, devrin ortaklığa karşı geçerliliğini sağlamakta ise de, geçerli bir devre rağmen, kaydın henüz yapılmamış olması mümkündür. Anılan durumda defter kayıtları kurucu değil açıklayıcı niteliktedir. Kayıtların aksi ve gerçek pay sahibi sıfatı, başka yollardan kanıtlanarak pay defterinde işlem yapılması ve düzeltme yapılması sağlanabilir¹⁸

Önemle ifade etmek gerekir ki, senede bağlanmış olsun veya olmasın murise ait payların miras ile birlikte mirasçılara geçeceği açıktır¹⁹. Ancak, miras yoluyla kazanılan payların, pay defterine yazılabilmesi için bu istemin şirkete bildirilmesi gerekir. Bu talebin miras gibi kanuni geçiş hallerinde yapılabilmesi için veraset ilamı ve paylaşım sözleşmesinin de talebe eklenmesi gerekmektedir. Esasen, nama yazılı hisse senetlerinin miras ile geçmesi halinde mirasçılığın ve senetlere haklılığın ispatı ya bütün mirasçılarının onayı ya da vasiyeti tenfiz memurunun beyanı ile mümkündür. , Bu nedenle, anonim şirket resen mirasçıları pay defterine işleyemez²⁰. Miras-

15 Hasan Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s.14; Şafak Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara 2003, s.129.

16 Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, s. 126.

17 Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı, Ankara 2022, s.401.

18 Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, Güncellenmiş 16. Bası, İstanbul 2022, s.277.

19 Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 15. Bası, İstanbul 2021, s.651 N.832a.

20 Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, s. 130.

çılar, şirket defterine kaydedilmelerini, ancak kendilerine miras kalan hisse senetlerini ve mahkemeden almış oldukları veraset ilamıyla mirasçılık sıfatlarını tevsik etmek suretiyle bizzat isteyebilirler²¹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de sürekli hale getirdiği içtihatlarında bu hususu açıkça ortaya koymuştur. Yargıtay 11. HD'nin 19.03.2012 tarih ve 2118/402 sayılı kararı şu şekildedir; "... anonim şirketlerde ortağın vefatı sonrası hisseleri doğrudan mirasçılara intikal etmeyip, miras taksimine kadar tereke adına kayıtlıdır"²².

Öte yandan, anonim ortaklığın pay sahipleri, malik oldukları hisselerin tamamını veya bir kısmını dilediği kişi veya kişilere serbestçe devredebilir. Bu devir için esas sözleşmede hüküm yoksa ne yönetim kurulunun ne de herhangi bir resmi makamın iznine gerek vardır. Pay sahibinin sahip bulunduğu hisse senetlerinin bir kısmını kendi mülkiyetinde tutarken bir kısmını devretmesi de imkân dahilindedir. Bazı durumlarda, bir anonim şirketin nama yazılı hisse senedini devir alan kişi, çeşitli nedenlerle, anonim şirkete bildirimde bulunmayı ve kaydın yapılmasını talep etmeyebilir. Pay defterinde işlem görmeyen paylara görünmeyen paylar, pay sahibine de görünmeyen pay sahibi denilir²³. Somut olayda, davalı şirketin nama yazılı hisse senedi çıkarttığı açıktır. Ancak, miras bırakana teslim edilen bu nama yazılı hisse senetlerinin, murisin ölümünden sonra tereke içerisinde bulunmadığı anlaşılmaktadır. Sadece davalı şirketin 2020 yılı kurumlar vergisi beyannamesinde, şirket paylarının %100'nün miras bırakan murise ait olduğu bilgisi bulunmaktadır. Oysa, kıymetli evrak niteliğindeki bu nama yazılı hisse senetlerinin murisin, varsa banka kasasında, ev veya ofisindeki kasasında bulunup bulunmadığı araştırılmalı, bulunmuyorsa, resmi defter işlemini yapan mahkeme tarafından, bunların iptali için şirket merkezinin bulunduğu yerdeki Ticaret Mahkemesinde iptal davası açması gereklidir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi benzer bir olayda bu hususa ilişkin görüşünü açıklama imkânı bulmuştur. Yargıtay TD, 15/7/1968 gün ve E. 1966/4861, K. 4433. Sayılı kararında: "... Defter kayıtlarına göre bu hisse senetlerinin ahara

21 Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, Ankara 1997, s. 166; Krş. Şafak Narbay, *Anonim Ortaklıkta Pay Defteri*, Ankara 2003, s. 261.

22 Yargıtay Kararları Dergisi 2012, S. 201, s.121 vd.; Erdoğan Moroğlu/Abuzer Kendigelen, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 2014, s. 398.

23 Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, s. 134.

devredildiği anlaşılmamaktadır. Davacı hazine borçlunun kanuni halefi durumunda olduğuna ve bir başkasına devri önlemek için de haciz kararı alınmış olduğuna göre, halen davacı aynı zamanda nama yazılı senetlerin zilyedi sayılır. TTK, nun 575 inci maddesi hükmüne nazaran, davacının davası veçhile yapılacak ilan üzerine hak sahibi bulunduğunu iddia eden 3 üncü şahısların ortaya çıkması halinde TTK, nun 416/2 fıkrası hükmüne göre ve hisse senetlerinin hüsnüniyetle devralan şahısların haklarını mahkemeye dermeyan etmeleri mümkündür. Böyle bir hal vuku' unda, mahkemece gerekli inceleme yapılarak sonucuna göre bir karar vermek aksi takdirde hisse senetlerinin iptali ile yenilerinin ihdası hususunu karar altına almak iktiza ederken... ” şeklinde karar vermiştir²⁴.

Bu davanın sonu beklenmeden, mirasçıların anılan şirkette mirasçı oldukları söylenemeyecektir. Zira, muris vefat etmeden önce, ciro ve teslim yoluyla payları bir üçüncü kişiye devretmiş olabilir. Zaten Sulh Hukuk Mahkemesi de 2020/ ... Esas sayılı dosyada bu hususun henüz netleşmediğini ara kararında açıkça belirtmiştir. Önemle ifade etmek gerekir ki, mirasçıların anılan şirketlerde mirasçı olarak hak iddia edebilmeleri için terekenin resmi defterini tutan Sulh Hukuk Mahkemesinin kararıyla birlikte, nama yazılı hisse senetlerine veya bu senetlerin iptal edildiğini gösteren bir mahkeme ilamına ihtiyaçları bulunmaktadır. Çünkü, devirden iki sene sonra, elinde ciro edilmiş nama yazılı hisse senedi bulunduğunu ileri süren üçüncü kişilerin pay sahibi oldukları iddiası ile karşılaşılabilir. Kanun koyucu, TTK m. 494/2'de ölüm anında, murisin malik olduğu pay senetlerinin derhal mirasçılara geçeceğini hüküm altına almıştır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, nama yazılı hisse senetleri murisin hâkimiyetinde değilse, pay defterindeki kayıt mülkiyet için yeterli olmamaktadır. Murisin bu payları önceden üçüncü kişilere devretme ihtimali daima olacaktır. Bu devir usulüne uygun olarak yapılmışsa, üçüncü kişi hisse senetlerinin malikidir. Somut olayda olduğu gibi, bir üçüncü kişi şirkete gelip, ciro edilmiş hisse senetlerini ibraz ederek pay defterine kayıt talebinde bulunabilir. Bu nedenle murisin malvarlığında bulunmayan nama yazılı hisse senetlerinin ölüm anında terekeye ait olduğu, her zaman söylenemeyecektir. Çünkü hiç kimse, ölü veya sağ olsun sahip olduğundan fazlasını devretme hak ve yetkisine sahip değildir²⁵.

24 İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 3. Baskı C. 1, Ankara 1990, s. 1101 N. 876.

25 Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 8. Baskı, Ankara 2022, s.521

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20.09.1993 tarih ve E.6413/ K.5653 sayılı ilamında; “Miras bırakanın ölümünden önce hamiline yazılı pay senetlerini davaya teslim ile devrettiği anlaşılmasına göre, miras bırakanın mirasçıları artık anonim ortaklığın pay sahibi olduğunu ileri süremezler. Çünkü miras bırakanın yaptığı devir işlemi yasaya uygundur. Bu durumda mirasçıların pay sahibi olmaları söz konusu olamaz” şeklindeki kararıyla²⁶ bu hususu açıkça teyit etmiştir.

Aşağıda daha ayrıntılı inceleyecek olmamıza rağmen ifade etmeliyiz ki, miras bırakanın nama yazılı hisse devrine ilişkin ciro imzasının sahteliği iddia edilecekse, açılacak pay senedi iptali davasının, mirasçı sıfatı bulunan bütün mirasçılar tarafından açılması zorunludur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi sürekli hale getirdiği kararlarında bu hususu açıkça aramaktadır. Örneğin Yargıtay 11. HD'nin 23.06.1994 tarih E.7360/ K.5394 sayılı kararında şu şekilde içtihat edilmiştir: “Miras bırakanın pay satımına ilişkin sözleşme-deki imzanın sahteliği iddia edilerek pay satışının iptali davası açılmışsa, iştirak mülkiyet nedeniyle davanın bütün mirasçılar tarafından açılması veya mirasçıların dava için izinlerinin alınması yahut terekeye mümessil tayin edilerek taraf teşkilinin sağlanması gerekir”²⁷.

Türk doktrininde ve Yargıtay uygulamasında, nama yazılı hisse senedinin, emre yazılı bir kıymetli evrak niteliğinde olduğu kabul edilmektedir²⁸. Bu nedenle, hakkın senede bağlı olduğu, senetsiz, senet ibraz edilmeden hakkın istenemeyeceği ve borcun ödenemeyeceği kıymetli evrak (nama yazılı hisse senedi) olmadan, pay defterindeki açıklayıcı kayıtlara bakılarak, şirketin muris olan pay sahiplerini tespit etmesi mümkün değildir. Kanuni devirlerde, iradi devirde olduğu gibi, nama yazılı hisse senedinin ciro edilmesine gerek kalmamakta, cironun fonksiyonunu, veraset ilamı ile iradi taksim anlaşması ya da kazai taksim kararı yerine getirmektedir²⁹. Diğer bir

26 Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu- Ticari İşletme ve Şirketler*, 4. Baskı C. 2, Ankara 2007, s. 2415.

27 Eriş, C. 2, s. 2308 N. 42.

28 Öztan, s. 1509; Poroy /Tekinalp/Çamoğlu, N.1128; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, s. 31; Erdoğan Moroğlu, “Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları”, *Makaleler I*, 3. Tıpkı Bası, İstanbul: Arıkan Yayınları, 2006, s. 261-263; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2016, N. 179; Abdullah Reveha Gencer, *Kıymetli Evrakta Ciro Kavramı*, İstanbul 2020, s. 174-176.

29 Önceki TTK döneminde miras yoluyla intikalde ortaya çıkan hukuki bazı sorunlar hususunda bkz. Şikrü Yıldız/İbrahim Özbay, “Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m.

ifade ile payın miras yoluyla kazanılmasında, mirasçının pay sahibi olarak şirkete karşı pay defterine yazım isteyebilmesi için hem nama yazılı hisse senedini hem de veraset ilamı ve taksim belgesini birlikte ibraz etmesi gereklidir. Zira, pay defterine kayıt işleminin pay senetlerinin mülkiyetinin geçişinde hiçbir etkisi yoktur. Sadece usulüne uygun yapılan devir işlemi veya miras gibi kanuni geçiş nedenleriyle mülkiyetin devralna veya mirasçılara geçtiğini farz eden bir işlem niteliğindedir³⁰. Bu nedenle, gerçek durum farklıysa defterde kayıtlı olan kişinin, tek başına bu kayda dayanılarak pay sahibi sayılması mümkün olmayacaktır³¹. Öyleyse, murisi pay defterinde kayıtlı olan mirasçıların şirketteki payları kazanmalarını, çıplak paylarda olduğu gibi, sadece pay defterinde pay sahibi olarak görünen murisin mirasçısı olduğunu belirten veraset ilamının ibrazına bağlayan kuralın, kıymetli evrak niteliğindeki nama yazılı hisse senetlerine bağlanmış paylarda uygulanması, kanaatimizce mümkün değildir.

4. Anonim Şirketin Genel Kurul Toplantısında Murisin Yasal Mirasçılarının Katılımı Olmaksızın Alınan Kararın Yokluk veya Butlanla Sakat Olup Olmadığı

A. Genel Kurul Kararının Yokluk veya Butlanla Sakat Olup Olmadığı

Somut olayda davacı dava dilekçesinde, “*Davaya konu genel kurulda oy kullanan şahsın mirasçılardan biri veya bir kaçını yoksa miras hissesini yok hükmünde işlemle devraldığını düşünen kişi mi olduğu, yoğun çabaya rağmen öğrenilemediğini, kanuni veya akdi sıfatı bulunmayan yabancılar tarafından oy kullanılarak %100’ü tereke kapsamında kalan davalı şirket yöneticisinin değiştirildiğini, genel kurulun usulüne uygun olarak oluşturulmasına ilişkin hükümler hiçe sayılarak kanuni veya akdi sıfatı bulunmayan yabancıların kullandığı oyla alınan bu genel kuruldaki kararların yoklukla malul olduğunu, dava konusu genel kurul kararları şeklen yok olmasının yanı sıra içerik açısından da*

418/f.4’de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı”, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2007, s. 5 vd.; Hayri Bozgeyik, “Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satınalma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, *BATIDER*, C. 25, S. 2, Haziran 2009, s. 211-226.

30 Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, s.82-83; Narbay, s.147 dn. 54.

31 Narbay, s.147.

emredici hükümlere aykırılık sebebiyle butlanla malul olduğunu” iddia etmiştir. Bilindiği gibi, bir genel kurul kararının yokluğundan söz edilebilmesi için kanunun aradığı kurucu/şekli nitelikteki emredici hükümlere aykırılık bulunmalıdır. Örneğin, genel kurulun yetkisiz kişiler tarafından çağrılması, kanunun aradığı nisap olmadan karar alınması, pay sahibi olmayanların oy kullanarak karar alması, yokluk için sayılan örneklerdendir.

Yokluğu talep edilen Nisan 2022 tarihli genel kurul bu açıdan incelendiğinde, yokluğu için var olduğu iddia edilen şekli eksikliklerin bulunmadığı görülmektedir. Olağanüstü nitelik taşıyan bu genel kurul toplantısı, toplantıya davete kanunen yetkili yönetim kurulu tarafından davet edilmiştir. Toplantının gündemi yeni yönetim kurulunu seçmek olarak belirlenmiştir. Diğer bir ifade ile bu toplantıda TTK m. 418 kuralı uygulanacaktır. Bu maddeye göre, anılan gündem konusunun görüşülüp karara bağlanabilmesi için ilk toplantı da esas sermayenin dörtte birini oluşturan pay sahiplerinin toplantıda bulunması zorunludur. İlk toplantıda bu nisap sağlanmamışsa ikinci toplantıda en az bir payın temsil edilmesi ile genel kurulun toplanıp gündemde bulunan yönetim kurulunu seçmesi mümkündür.

Genel kurulun ilan edilen tarihteki ilk toplantısına hiçbir pay sahibi katılmamıştır. Nisan 2022 tarihli toplantısına ise elinde şirket esas sermayesinin yüzde beşi oranında ciro edilmiş nama yazılı hisse senedi bulunan ve pay defterine kayıt talebi yönetim kurulu tarafından uygun bulunarak pay defterine pay sahibi olarak yazılan kişi katılmıştır. Öyleyse, anılan genel kurul toplantısı kanunun aradığı kurucu şekli şartların tamamını içermektedir. Zira genel kurul yetkili organ yönetim kurulu tarafından toplantıya davet edilmiş, ilk toplantıda sağlanamayan nisap, TTK m. 418 hükmüne uygun olarak ikinci toplantıda adı pay defterinde yazılı pay sahibinin toplantıya katılıp kanuna uygun olarak karar almasıyla sağlanmıştır. Bu durumda, toplantının yoklukla malul olduğu iddiasının hukuki bir temeli bulunmamaktadır.

Davacı, sonraki dilekçelerinde, hisse senetlerinde bulunan ciro imzasının miras bırakana ait olmadığını, imzanın sahte olduğunu, bu nedenle alınan kararın yoklukla malul olduğunu ileri sürmektedir. Oysa, şekli açıdan pay sahibi olduğu açık olan kişinin pay sahipliğinin geçersizliğine dair bir dava açmadan, buna ilişkin bir mahkeme kararı sunmadan alınan kararın yokluğundan söz etmek mümkün görülmemektedir. Davacının fotokopi

belgeler üzerinden uzman görüşü sunması ve ciro imzasının sahte olduğuna dair iddiası, bir mahkeme kararına dayanmadığı için asla dikkate alınabilir nitelikte değildir. Bir defa, olayda emre yazılı kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetleri bulunmaktadır. Bu senetlerin devri için yapılan ciro poliçenin cirosu hakkındaki hükümlere tabidir. Yönetim kurulu, şekli açıdan varlığı anlaşılan cironun sıhhatini araştırmak yükümlülüğü altında değildir (Krş. TTK m. 801). Nama yazılı hisse senedini şirkete ibraz eden ve düzgün bir ciro zincirine göre hamil olduğu anlaşılan kişinin pay defterine kaydı hukuki açıdan geçerli olmalıdır. Hak sahipleri bu hisse senetlerindeki cironun geçerli olmadığını düşünüyorlarsa, öncelikle bu kaydın düzeltilmesi davası açmaları gerekmektedir³².

Ancak belirtmek gerekir ki, bu davanın açılabilmesi için öncelikle, anılan şirketin paylarının mirasçılara ait olduğuna karar verilmesi zorunludur. Bu kararı Sulh Hukuk Mahkemesi 2020/... Esas sayılı resmi defter tutma davasının sonunda verecektir. Sulh Mahkemesinin 2020/... Esas sayılı dosyasında, henüz el koyamadığı hisse senetlerinin iptalini sağlamak için görevlendireceği temsilci eliyle emre yazılı kıymetli evrakın iptaline ilişkin davayı açması, hisse senetleri getirilmezse, onları iptal edip miras bırakanın paylarını terekeye katması, getirilirse, hisse senetlerini getirenlerin gerçek hak sahibi olmadıklarını düşünüyorsa isdirdat davası açıp hukuki durumu netleştirmesi gerekmektedir. Bu nedenle mevcut durumda, pay defterinde miras bırakanın adının yazması, vergi beyannamesinde miras bırakanın pay sahibi olarak görülmesi, kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetlerine resmi defter davasına bakan mahkemece el konulmadıkça, davacının anılan paylar açısından mirasçı olduğu sonucunu doğurmayacaktır.

Öte yandan, davalı şirketin paylarının terekeye ait olduğuna karar verilmiş olsa dahi, davacının ne huzurdaki davayı ne de pay defterinin düzeltilmesi davasını tek başına açma hak ve yetkisi bulunmaktadır. Bu davaların açılabilmesi için Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kökleşmiş içtihatlarına göre, ya bütün mirasçıları veya tereke temsilcisinin davayı açması gerekmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, terekenin mirasçılar arasında taksim edilip taksim sonucu belirlenen hisse senetleri mirasçı tarafından şirkete sunulmadıkça, onların şirketin pay defterine kaydının yapılması da

32 Ayrıntılı bilgi için bkz. Narbay, s.349-364

mümkün olamayacaktır. Oysa somut uyuşmazlıkta, anılan davalı şirket payları üzerinde davacının mirasçılığı henüz söz konusu değildir. Bu nedenle, davacının şirkete yaptığı pay defterine yazım talebinin gerçekleştirilmediği, iddiasının butlana neden olduğundan da söz edilemez.

B. Davacının Aktif Husumet Ehliyetinin Bulunup Bulunmadığı

Davacı, Anonim Şirketin Nisan 2022 tarihli toplantısının, yönetim kurulu seçimine ilişkin kararın yokluk veya butlanını dava etmiştir. Dava dilekçesinde, bu şirketin paylarının %100'nün miras bırakana ait olduğunu, kendisinin terekenin ¼'ü üzerinde hak sahibi bulunduğunu, yetkisiz kişilerin oy kullandığını ileri sürerek ihtiyati tedbir ve organ eksikliğini gerekçe göstererek kayyım atanması davası açmıştır. Davacının, genel kurula katılarak oy kullanan kişinin şirket pay defterinde pay sahibi olarak kaydedilmiş ve ciro edilmiş nama yazılı hisse senetlerini şirkete ibraz etmiş pay sahibi olduğunu öğrenmesinden sonra ise ibraz edilen hisse senetlerinde yer alan imzanın miras bırakana ait olmadığını, sahte imzalı bulunduğu iddiasında bulunmuştur.

Davalı şirket, dosyaya sunduğu dilekçesinde “*Nama yazılı pay senetlerinin pay defterine kaydının kurucu değil açıklayıcı nitelikte olduğunu, geçerli bir kayda rağmen kaydın henüz yapılmamış olmasının mümkün olduğunu, bu nedenlerle davacının nama yazılı hisse senetlerini fiziken ortaklığa ibraz etmeden şirket hissedarı olarak pay defterine kaydını ve pay sahipliği haklarından yararlanmayı talep etmesi ve yine pay sahibi olduğunu ispat etmeksizin bu davayı ikame etmesinin haksız ve hukuka aykırı olduğunu, davacı tarafın tüm taleplerinin davanın reddi gerektiğini*” savunmuş ve davacının aktif husumet ehliyetine sahip olmadığını ileri sürmüştür.

Doktrinde, Prof. Dr. Ömer Teoman'ın bilimsel eserlerinde çeşitli kerele ifade ettiği üzere, “*dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilen kişiler, şeklen (biçimsel açıdan) o davanın taraflarıdır. Ne var ki, mahkemenin bu taraflar arasında dava konusu hakkın esası hakkında bir karar verebilmesi için, anılan kişilerin o davada gerçekten davacı ya da davalı sıfatına sahip olmaları gerekir. Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, bu kişilerden birinin o davada gerçekten*

*davacı ya da davalı olmak sıfatı yoksa, dava konusu hakkın esasına ilişkin bir karar verilemeyip, dava sıfat yokluğundan, yani husumetten reddedebilir*³³.

Bir davada davacı ve davalı sıfatının kimlere ait bulunduğu tamamen maddi hukuka göre belirlenir. Sıfatın usul hukukunu ilgilendiren yönü şudur: Bir davanın tarafları ve/veya taraflardan biri o davada gerçekten (davacı ya da davalı olarak) taraf sıfatına sahip değilse, mahkeme dava konusu hakkın esası hakkında inceleme yapıp, karar veremez. Aksine davanın sıfat (husumet) yokluğundan reddine hükmeder³⁴.

Somut olaya dönüldüğünde, esasen, davacının bu taleplerden bazılarını Sulh Hukuk Mahkemesinin 2020/ ... Esas sayılı dosyasında birden fazla kere dile getirdiği, ancak kabul görmediği anlaşılmaktadır. Diğer yandan, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, davacının davalı şirket payları üzerinde henüz mirasçı hak sahibi olduğu açıklığa kavuşmamıştır. Bu konuya ilişkin olarak açılan terekenin resmi defter tutulması davası henüz derdesttir. Öte yandan, bu dava olumlu sonuçlanıp, davalı şirketin paylarının terekeye dahil olduğuna karar verilmiş olsa dahi, davacının dava dilekçesinde isabetli olarak belirttiği gibi, mirasçılar arasında TMK m. 640/2, TTK m. 432/1 ve TTK m. 477/1 hükümleri uyarınca davalı şirketin hisseleri üzerinde elbirliği mülkiyeti esaslarının geçerli olduğu ve oy hakkının hiçbir mirasçı tarafından tek başına kullanılamayacağı izahtan varestedir. Böyle bir durumda dahi genel kurul kararlarının yokluğu, butlanı veya iptaline ilişkin davaların ya da mirasçının ölmeden önce yaptığı pay devrine ilişkin cironun sahteliği davalarının açılabilmesi için bütün mirasçılar tarafından ya da tereke temsilcisi eliyle açılması, yani aktif husumet ehliyetinin bulunması zorunludur³⁵. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bu hususu verdiği kararlarda açıkça hüküm altına almış ve mirasçılarının tamamı veya tereke temsilcisi tarafından açılmayan davaları aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddetmiştir. Anılan kararlardan bazıları aşağıdaki şekildedir:

33 Ömer Teoman, *Yaşayan Ticaret Hukuku - Hukuki Mütalaalar, Kitap 2:1986-1988*, İstanbul 1983, s. 108.

34 Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2017, s. 121-123; Teoman, s.108 ve orada anılan yazarlar.

35 Ölen kişinin mirasçılarının açabileceği davalar hususunda bkz. Kuru, s.110, 111. Ölen kişinin mirasçılarının davayı hep birlikte takip edebileceği hususunda ise bkz. s.111.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 28.06.2018 tarih ve Esas: 2016/ 11526 Karar: 2018 / 4926 sayılı ilamından; “... 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 599. maddesine göre tereke iştirak halinde mirasçılara geçer. Bir başka söyleyişle, elbirliği mülkiyeti hallerinden birisi de miras şirketi olup miras şirketinden bahsedilebilmesi için murisin terekesi üzerinde mirasçı sıfatını haiz birden fazla kişinin bulunması gereklidir. Miras şirketinin tüzel kişiliği yoktur. Terekeye dahil mal veya haklar üzerinde tüm mirasçılar iştirak halinde maliktir. Bu durum mirasın taksimine kadar devam eder. 4721 sayılı Yasa'nın 701/2. maddesi çerçevesinde bu mülkiyet ortaklığa ait olduğundan, terekeye dahil mal veya haklar üzerinde ortakların belli bir payı yoktur ve bu nedenle mirasçıların tümünün birlikte hareket etmesi gerektiğinden söz edilmelidir. Medeni Kanununun 640. maddesi uyarınca terekenin tümüne ait davaların bütün mirasçılar tarafından açılması gerekip ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Mirasçılardan birinin terekedeki mal ve haklara ilişkin olarak yalnızca kendi payı oranında dava açması halinde, böyle bir dava dinlenemez, zira yalnız başına bir mirasçının iştirak halindeki tereke üzerinde tasarruf ehliyeti yoktur. Bu itibarla, davacının tek başına dava açma ehliyeti bulunmadığından mahkemece, davanın aktif dava ehliyeti yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir”³⁶.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 29.12.2011 tarih ve Esas: 2010/ 6350 Karar: 2011/ 17847 sayılı kararından; “... Dairemizin 22.02.2007 tarih, 2005/11613 Esas, 2007/3306 Karar sayılı ilamında da açıklandığı üzere TMK'nin 676. ve 677. maddelerine göre miras taksiminin yazılı şekilde yapılması geçerlilik koşulu olup, böyle bir taksim anlaşmasında da, terekenin tamamen veya kısmen taksimi veya terekedeki miras hakkının veraset ilamındaki paylara uygun olsun olmasın bölüşümü veya temlik iradesinin mirasçılarda veya ilgili mirasçı tarafından izhar edilmesi, bu yöndeki iradenin açık ve dolaysız olarak yansıtılması zorunludur. Davaya konu şirket hissesi üzerinde mirasçılar tarafından değinilen nitelikte ve yazılı taksim ve temlik sözleşmesinin yapıldığı iddia ve ispat edilememiştir... Bu itibarla, mahkemece muristen intikal eden şirket hisselerinin mirasçılar arasında yazılı bir sözleşme ile paylaştırılmadığı, genel kurul tarihi itibarıyla miras şirketine mümessil de tayin edilmediği, aynı şekilde davalı şirket tarafından miras paylarına göre hazırlanan hazirun cetvelinin de miras paylaşım

36 Yargıtay 11. HD, Esas: 2016/11526, Karar: 2018/4926, Tarih: 28.06.2018 (www.kazanci.com.tr.)

*sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği ve bu durumda şirket hissesi üzerinde tüm mirasçılardan elbirliği mülkiyetinin devam ettiği göz önüne alındığına göre kurul toplantısına tüm mirasçıların birlikte veya miras şirketi temsilcisi vasıtasıyla katılmaları keza davanın da aynı şekilde miras şirketi adına açılması gerektiğinin nazar alınmaması bozmayı gerektirmiştir*³⁷.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 20.09.1993 tarih ve E.6413/ K.5653 sayılı ilamından; "... Miras bırakanın ölümünden önce hamiline yazılı pay senetlerini davalıya teslim ile devrettiği anlaşılmasına göre, miras bırakanın mirasçıları artık anonim ortaklığın pay sahibi olduğunu ileri süremezler. Çünkü miras bırakanın yaptığı devir işlemi yasaya uygundur. Bu durumda mirasçıların pay sahibi olmaları söz konusu olamaz..."³⁸.

Gerçekten de, davacının davalı şirketin payları üzerinde henüz miras hakkı doğmuş olmadığından bu sıfatı kesinleşmeden dava açma hakkının olmadığı açıktır. Tereke üzerinde mirasçılığına karar verilmiş olsa dahi bu davaları tek başına açabilme yetkisi bulunmamaktadır. Öte yandan genel kurul kararının yokluğu davasında, farklı bir talepte bulunarak, hisse senetleri üzerinde bulunan imzaların sahteliğine karar verilmesini istemektedir. Oysa imza sahteliğine dayalı bu davayı, senet kendisine ciro edilen ve pay defterinde pay sahibi olarak görünen malikine karşı da açması gerekirken bu davayı ona karşı açmamıştır. Esasen ortada pay devrinin iptaline ilişkin bir dava da bulunmamaktadır. Doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları dikkate alındığında, somut olayda davacı huzurdaki davayı açması için gerekli olan aktif husumet ehliyetine sahip olmadığı anlaşılacaktır.

5. Sonuç

Mirasçılardan her biri sulh mahkemesince belirlenen beyanda bulunma süresi içinde mirası reddettiğini veya resmî tasfiye istediğini ya da deftere göre veya kayıtsız şartsız kabul ettiğini beyan edebilir (TMK m. 627/1). Mirasçılar, beyanda bulunma süresi içinde dilediği hakkı seçebilir. Mirasçıların beyanda bulunma süresi içinde hangi hakkı kullandığını sulh mahkemesine yazılı veya sözlü olarak beyan etmesi gerekir. Mahkemece

37 Yargıtay 11. HD, Esas: 2010/6350, Karar: 2011/17847, Tarih: 29.12.2011 (www.kazanci.com.tr.)

38 Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu - Ticari İşletme ve Şirketler*, C. 2, Ankara 2005, s. 2415, N.7.

belirlenen süre içinde beyanda bulunulmaması halinde mirasın tutulan deftere göre kabul edilmesi sonucu doğacaktır (TMK m. 627/II). Beyanda bulunma süresi geçtikten sonra TMK m. 610/II'de öngörülen hallerin gerçekleşmesi, mirasın tutulan deftere göre kabul edilmesi sonucunu değiştirmez. Beyanda bulunma süresinin geçmesiyle mirasçı mirası tutulan deftere göre kabul etmiş olur. Sonradan terekenin olağan yönetimini aşan işlere karışılması, tereke mallarını gizlemesi veya kendisine mal edilmesi, bu sonucu değiştirmez.

Murisin terekesi için terekenin resmi defterinin tutulması davasının derdest olması halinde mirasçılarının, somut olayda davacının, henüz tereke kapsamında mirasçı sıfatı bulunmamaktadır. Mirasçılarının şirkette pay sahibi olarak kabul edilebilmesi için öncelikle resmi defter davasının mirasçılık sıfatını kazanması, sonrasında ise miras bırakanın adına düzenlenmiş kıymetli evrak niteliğindeki hisse senedi ile mirasçı olduğunu gösteren belge ve taksim sözleşmesi ya da taksime ilişkin mahkeme kararını şirkete ibraz etmesi gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleşmedikçe, anonim şirket tarafından mirasçılarının, somut olayda davacının, şirketin pay defterine kaydı yapılamaz.

Somut olayda anonim şirketin Nisan 2022 tarihli genel kurul toplantısı, kanunda belirtilen kurucu/şekli nitelikteki şartların tamamını taşımakta olup, genel kurul yetkili kişiler tarafından toplantıya davet edilmiş ve anılan toplantıya pay defterinde malik olarak gözüken kişiler katılarak TTK m. 418'e uygun olarak karar alınmıştır. Bu durumda, genel kurul kararının yokluğundan söz edilemez. Genel kurul pay defterinde pay sahibi olarak kayıtlı olan kişiyi yönetim kuruluna üye olarak seçmiş olup, alınan kararın butlanla malul olduğunu ileri sürmek de mümkün değildir.

Mirasçılarının davalı şirket payları için mirasçı sıfatı henüz açıklığa kavuşmadığı açık olup, davacının mirasçı sıfatı açığa kavuşsa dahi, bu davayı tek başına açma hakkı bulunmamaktadır. Tereke kapsamında bulunan paylarla ilgili tasarrufların ya mirasçılarının tamamı ya da tereke temsilcisi tarafından yapılması aktif husumet ehliyeti açısından gereklidir. Kaldı ki, terekenin defterinin tutulması nedeniyle TMK m. 624 hükmü uyarınca ister olağan isterse olağanüstü bir işlem olsun bir mirasçının mahkemeden yetki almaksızın dava açması zaten mümkün değildir. Somut olayda

mahkemeden yetki alınmadığı gibi, dava bütün mirasçılar ya da tereke temsilcisi tarafından da açılmış değildir. Bu nedenle huzurdaki davada, davacının dava dilekçesindeki taleplerini ileri sürebilmesi açısından aktif husumet ehliyeti bulunmamaktadır.

Somut olayda davacı genel kurul kararının yokluğu davasında, farklı bir talepte bulunarak, hisse senetleri üzerinde bulunan imzaların sahteliğine karar verilmesini de istemiştir. Oysa imza sahteliğine dayalı davanın, senet kendisine ciro edilen ve pay defterinde pay sahibi olarak görünen malike karşı açılması gereklidir. Somut olayda payın malikine karşı dava yöneltilmediğinden payın iptali açısından şirketin pasif husumet ehliyeti de bulunmamaktadır.

Kaynakça

- Ayhan, Rıza /Çağlar, Hayrettin/ Özdamar, Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı, Ankara 2022.
- Avcı, Mehmet Özgür. *Mirasın Mahkeme Kararı ile Paylaşılması*. İstanbul 2014.
- Bahtiyar, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, Güncellenmiş 16. Bası, İstanbul 2022.
- Bozgeyik, Hayri. “Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satınalma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar”. *BATIDER*, C. 25, S. 2, Haziran 2009, 211-226.
- Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi*, C.II, (TMK m.575-639). İstanbul 2020.
- Doğanay, İsmail. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*. 3. Baskı, C. 1, Ankara 1990.
- Domaniç, Hayri. *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II*. İstanbul 1988.
- Dural, Mustafa. *Türk Özel Hukuku C. IV - Miras Hukuku*. İstanbul 2015.
- Eriş, Gönen. *Türk Ticaret Kanunu - Ticari İşletme ve Şirketler C. 2*. Ankara 2005.
- Gencer, Abdullah Reveha. *Kıymetli Evrakta Ciro Kavramı*. İstanbul 2020.
- Helvacı, İlhan. *Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Türk Medeni Kanunu*, C.III. İstanbul 2013.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan. *Miras Hukuku*. İstanbul 2021.
- İnan, Ali Naim/Ertay, Şeref/Albaş, Hakan. *Türk Medeni Hukuku - Miras Hukuku*. Ankara 2008.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Miras Hukuku*. Genişletilmiş 8. Bası, Ankara 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*. 3. Bası, İstanbul 1987.
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara 2017.

- Moroğlu, Erdoğan/Kendigelen Abuzer. *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*. İstanbul 2014.
- Moroğlu, Erdoğan. *Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları*. Makaleler I, 3. Tıpkı Bası, İstanbul: Arıkan Yayınları 2006.
- Narbay, Şafak. *Anonim Ortaklıkta Pay Defteri*. Ankara 2003.
- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku*. 6. Bası, İstanbul 1995.
- Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 2. Bası, Ankara 1997.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku I*, 15. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2021.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku II*, 13. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2017.
- Pulaşlı, Hasan, *Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri*, Ankara 1992
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 8. Baskı, Ankara 2022
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkey. *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*. Ankara 2018.
- Teoman, Ömer. *Yaşayan Ticaret Hukuku - Hukuki Mütalaalar*, Kitap 2:1986-1988. İstanbul 1983.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 10. Bası, 12, İstanbul: Levha Yayıncılık 2016.
- Yıldız, Şükrü/Özbay, İbrahim “Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418/f.4’de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı”, XXII. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Ankara 2007, s. 5 vd



TELEVİZYON PROGRAM FORMATLARININ TELİF HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Dursun SAAT*

Öz

Telif hukuku kapsamında; televizyon program formatlarının hangi şartlar altında eser olarak kabul edileceği ve hangi eser kategorisi içerisinde değerlendirileceği son derece tartışmalıdır. Çalışmamızda öncelikle eser ve eser sahipliği kavramları izah edilecek akabinde de program formatının tanımına yer verilecektir. Son olarak ise televizyon program formatlarının sahibinin hususiyetini taşıması ve somutlaşması koşuluna bağlı olarak eser niteliğini haiz olduğu ifade edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eser, televizyon program formatı, televizyon programı

* Dr. Öğr. Üyesi Dursun SAAT, Anadolu Üniversitesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi, saatdursun@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0954-9051.



EVALUATION OF TELEVISION PROGRAM FORMATS UNDER COPYRIGHT LAW

Abstract

Within the scope of copyright law; it is highly controversial under which conditions television program formats are eligible to be considered as works and in which work category they are going to be evaluated. After the explanation of concepts of work and authorship, the study focuses on the definition of the program format. Finally, it will be tried to express that television program formats have the quality of work, depending upon the conditions whether they bear the characteristic of the owner and have embodied or not.

Keywords: Work, television program format, television program

Extended Summary

Television companies create program formats and present them to the audience, sometimes through domestic production and sometimes through production companies. There are many types of program formats such as series, competitions and shows. It should be noted that no matter what type of program formats they are, the television companies that broadcast these formats have only one goal, and that is to make public watch the formats.

Intellectual and Artistic Works Code numbered 5846, all kinds of intellectual and artistic products bearing the characteristic of its owner and that are counted as works of science and literature, music, fine arts or cinema are defined as works.

The work has two elements. As a subjective condition, the work must first bear the characteristics of its owner. The concept of specialty is used to express an effort and intellectual effort beyond the simple craft that cannot be created by everyone. According to the objective condition, if the intellectual product is not included in one of the work groups determined in the 5846, science and literature, music, fine arts and cinema work, it cannot be accepted as a work.

First of all, we need to state that television programs and program formats are different concepts. Television programs are the concrete, perceptible form of intellectual labor that has been written in the form of a program. The format of the program is the name of the program, its flow, the position and attitude of the program host, the positions of the audience in and out of the studio, and the way they participate in the program, studio design, camera movements, key phrases and slogans to be used in more than one part of the program. It is defined as a framework plan or draft that contains all the unique features of the program, such as music, and carries the owner's characteristics.

In our opinion, in order for the program format, whose legal definition is unclear, to be considered a work within the scope of 5846, it must contain the subjective and objective conditions we have mentioned above. Program format; It will have the opportunity to be evaluated as a work in proportion to the ratio and size that can be distinguished from previously published program formats of similar nature, from what is generally known.

On the other hand, in order for an idea to be accepted as a work, one of the work groups listed in 5846 must also be included. Four work groups were counted in 5846, but no regulation was made regarding the category in which television program formats should be evaluated. In our opinion, there should be no hesitation in today's conditions at the point that television program formats that contain the concept of specialty in the definition of a work should also be accepted as a work.

Considering the rapid spread of technology and the ease of accessing data in today's conditions, it is clear that the groups of works foreseen in 5846, which are considered to be limited in number, cannot meet today's needs and will not be able to do so in the future.

1. Giriş

Dünyadaki gelişmelere paralel olarak ülkemizde de özel televizyonların yaygınlaşması ile birlikte televizyon şirketleri arasında ciddi bir rekabet oluşmuştur. Bu rekabet ortamında bir adım öne çıkmak isteyen televizyon şirketleri, rakiplerinden farklı ve izleyicinin dikkatini çekecek film, dizi, haber, talk-show ve belgesel gibi yayın türlerine yönelerek daha fazla izlenme payına sahip olmak istemektedir.

Televizyon şirketleri, bazen içyapım bazen de yapım şirketleri aracılığıyla program formatları oluşturmakta ve izleyicilerin beğenisine sunmaktadır¹. Program formatlarının dizi, yarışma, şov gibi birçok türü bulunmaktadır². Örneğin bir format birden fazla yarışmacının temizlik konusunda birbirlerini eleme ve günün sonunda büyük bir ödüle sahip olma şeklinde kurguya sahip iken bir başka format adaylar tarafından giyilen kıyafetlerin moda uygun olup olmadığı şeklindeki değerlendirmelere ilişkin olabilmektedir. Belirtmek gerekir ki, program formatları hangi türde olursa olsun bu formatları yayınlayan televizyon şirketlerinin tek bir gayesi vardır o da formatların halk tarafından izlenmesidir. Zira vatandaşlar tarafından beğenilen formatlar televizyon şirketinin izlenme payını artıracak ve bu durum da televizyon şirketine daha fazla reklam verilmesi sonucunu doğuracaktır. Unutmamak gerekir ki reklam; bir televizyon şirketinin en önemli gelir kalemidir.

Son dönemde; vatandaşlar tarafından büyük ilgi gören program formatlarının herhangi bir lisans alınmadan bir başka televizyon şirketi tarafından taklit edilmesi hususunda televizyon şirketleri arasındaki hukuki ihtilafların sayısı artmış, mahkeme kararlarında ve öğretide fikri bir çabanın ürünü olan program formatlarının 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan eser kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de bu minvalde tartışılmaya başlanmıştır.

1 Mustafa Arıkan, *Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Konya 2009, s.1.

2 Televizyon program format türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bengi Sargın, *Yabancı Unsurlu Televizyon Program Formatlarının Korunması*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 9 vd.

2. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) uyarınca “Eser” ve “Eser Sahipliği” Kavramları

Program formatlarının tanımı ve hukuki niteliğine geçmeden önce FSEK’te düzenlenen eser ve eser sahibi kavramı üzerinde kısa bir bilgilendirme yapmanın konunun anlaşılması bakımından daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

FSEK’in merkezinde eser kavramı yer almaktadır³. Çünkü bir fikri ürün eser olarak kabul edildiği ölçüde ve oranda FSEK’te ön görülen özel koruma rejiminden faydalanabilme imkânını haiz olacaktır. Bu durumu tespit eden yasama organı eseri FSEK m.1/B’de “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” şeklinde tanımlamıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bir fikir veya sanat eserinin FSEK kapsamında eser olarak nitelendirilebilmesi için subjektif ve objektif şart olmak üzere iki unsur bir arada bulunmalıdır.

Subjektif şart olarak eser, öncelikle sahibinin hususiyetini taşımalıdır. Hususiyet kavramı, herkes tarafından meydana getirilmesi mümkün olmayan basit zanaatın ötesinde bir gayret ve fikri çabayı ifade etmek için kullanılmaktadır⁴. Hususiyet genellikle sıradan olmama, ortalamanın üzerine çıkılma, farklı şekilde meydana getirme şeklinde tanımlanmakla birlikte bu şart her fikri ürünün FSEK kapsamında korunmamasını ve eserlerin diğer fikri ürünlerden ayırt edilebilmesini de sağlamaktadır⁵. Yaratıcının sıradanlığı aşan derecedeki özgünlüğü eser üzerinde tezahür etmeli⁶ ve eser; sahibinin kendi yaratıcı ruhunun ürünü olmalıdır⁷.

İkinci unsur ise objektif diğer bir ifade ile şekli şarttır. FSEK’te eser grupları sınırlı sayı ilkesine göre belirlenmiş olup bir fikri ürün, FSEK’te belirlenmiş olan eser gruplarından ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eseri gruplarından bir tanesine dahil değil ise eser olarak kabul edilemez⁸. Yalnızca sahibinin hususiyetini taşıyan ve yasada belirlenen eser gruplarından bir tanesine dahil olan fikri ürün FSEK kapsamında eser olarak kabul edilebilir.

3 Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Ankara 2022, s. 38.

4 Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, İstanbul 2012, s.36.

5 Suluk/Karasu/Nal, s. 39.

6 Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser*, Ankara 2007, s. 283.

7 Öztan, Fırat, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara 2008, s. 92.

8 Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara 1988, s. 29.

Eser sahibi ise FSEK’te eseri meydana getiren kişi olarak belirtilmiştir. Eğer ortada FSEK kapsamında bir eser var ise bu eseri husule getiren kişi eser sahibi olarak kabul edilecek⁹ ve yasanın ön görmüş olduğu eser sahipliğinden kaynaklı mali ve manevi hakları kullanabilecektir¹⁰.

3. Televizyon Program Formatının Tanımı

Televizyon programları ile program formatlarının farklı kavramlar olduğunu en başta ifade etmemiz gerekir. Bireyler tarafından dikkatle izlenen ve takip edilen televizyon programlarının altında programın fikrini ve temel yapısını oluşturan program formatları yer almaktadır¹¹. Bir programın fikri içeriğini bünyesinde barındıran program formatlarından farklı olarak televizyon programları, söz konusu format temelinde oluşturulan maddi, nihai bir ürünü meydana getirir¹². Televizyon programları, program formatı şeklinde sözlü ve/veya yazılı hale getirilmiş fikri emeğin somut, algılanabilir şekle büründürülmüş halidir.

Formatın medya sektöründe ortaya çıkmış bir kavram olmasından ötürü¹³ yasal metinlerde televizyon program formatının tanımı yapılmadığı gibi bu formatların nasıl korunacağına ilişkin açık yasal bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Öğretide *Çolak* program formatını, birden fazla bölümünde her birinin ne şekilde yapılacağını, cereyan edeceğini gösteren ve programın adı, akışı, program sunucusunun konum ve tutumu, stüdyo içi ve dışı izleyici konumları ile programa katılma biçimleri, stüdyo tasarımı, kamera hareketleri, kullanılacak anahtar ifadeler ve sloganlar ile müzikler gibi programın tüm kendisine has özelliklerini içeren ve sahibinin hususiyetini taşıyan

9 Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 2012, s. 143 vd; Mustafa Tüysüz, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*, Ankara 2007, s. 42 vd.

10 Yavuz ise eser sahipliğini “bir eser üzerinde mutlak ve inhisari nitelikli mali ve manevi hakların tamamı” şeklinde tanımlamaktadır. Yavuz, Levent/Alıca, Türkay/ Merdivan, Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Ankara 2014, s. 194; Eser sahipliğinden doğan haklar bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s. 160 vd; Suluk/Karasu/Nal, s.77 vd; Ali Demirbaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*, İstanbul 2015, s. 7 vd.

11 Yalçın Tosun, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibin Hakları*, İstanbul 2013, s. 173.

12 Arkan, s. 65.

13 Bozbel, s. 62.

çerçeve plan ya da taslaklar olarak tanımlamıştır¹⁴. Müellife göre, program formatı programın nasıl yapılacağını tarif eden bir tarifname olup bu tarifnamenin bir televizyon programına uyarlanması gerekmektedir¹⁵.

Benzer şekilde Ateş de program formatını televizyon programının ne şekilde yapılacağını ifade eden, genel nitelikteki bilgileri içeren bir tarifname şeklinde belirtmiştir¹⁶. Tosun ise “çeşitli bölümlerden oluşabilecek bir programın adının ve konusunun ne olduğunun, içeriğinde neler olacağını, programı oluşturan teknik hususların neler olduğunun ve bunun nasıl bir mizansenle aktarılacağını detaylandırılmış bir şekilde; yazılı veya bazen görsel işitsel unsurlarla desteklenmiş bir taslak olarak hazırlanmasına” format ismini vermektedir¹⁷.

Alman Yüksek Mahkemesi ise önüne gelen bir uyumsuzlukta televizyon program formatını her seferinde farklı içeriği olsa dahi temel yapısı aynı olan, yayın akışı ve biçimi sayesinde seyirciler tarafından kolayca tanımlanabilen bir televizyon gösterisinin tüm karakteristik özellikleri olarak tanımlama yoluna gitmiştir¹⁸.

14 Uğur Çolak, “Televizyon Program Formatlarının Korunması”, *FMR*, C. IV, Sayı:3, 2004, s. 24. Karabağ ise formatı “yazılı-sözlü (programa çekilmeden önceki hâl) veya görsel unsurlarla (programa çekildiği hâl) bir televizyon programında konunun nasıl ve ne şekilde işleneceğini, hangi çekim tekniklerinin nasıl kullanılacağını, hedef kitleyi yaratmak ve etkilemek için program sunucusunun ne şekilde bir karakterde olup ne şekilde sunum yapacağını, set tasarımında ve ışıklandırmada nelerin nasıl yer alacağını, program akışının konuk içerip içermeyeceğini, konuk içerecekse konuklara programda ne ölçüde yer verileceğini, VTR’lerin programa uygunluğunu, program yarışmacı katılımlıysa hangi karakterde yarışmacıların formata uygun olacağını vb. diğer detayları içine alan bileşeler bütünüdür.” şeklinde tarif etmektedir. Tuğçe Karabağ, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Televizyon Programları ve Özellikle Televizyon Program Formatları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 46 vd.

15 Çolak, s. 23; Benzer şekilde Bozbel de formatı programın nasıl yapılacağını tarif eden bir tarifname olarak tanımlamıştır. Bozbel, s. 62.

16 Ateş, s. 28.

17 Tosun, s.173; Küçükkaya’ya göre format, bir programın amacını, mizansen ve konusunu, katılımcıların tavırlarını, kullanılan dekor ve sembol cümleleri ve hatta ki zaman kamera hareketlerini içeren program taslağıdır. Küçükkaya, Gül H., *Sinema Eseri Üzerinde Mali Haklar, İktisadi Araştırmalar Vakfı*, İstanbul 2015, s.14.

18 Aktaran: Suluk/Karasu/Nal, s. 51.

4. Televizyon Program Formatının FSEK Kapsamında Eser Olarak Değerlendirilmesi

Kanaatimizce hukuki tanımı belirsiz olan program formatının FSEK kapsamında eser olarak değerlendirilebilmesi için yukarıda belirtmiş olduğumuz subjektif ve objektif şartları bünyesinde barındırması gerekir.

TRIPS Antlaşması m. 9-2'de ifade edildiği üzere telif hakları fikirleri değil onların ifade ediliş biçimini koruma altına almakta olup bu kapsamda da program formatlarının eser olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle FSEK'te belirlenmiş olan subjektif unsuru taşımalı diğer ifade ile sahibi ile arasında bir aidiyet bağı olmalı ve hususiyet taşınmalıdır¹⁹. Program formatında herhangi bir hususiyetin bulunup bulunmadığı ilk olarak program formatına şeklini veren karakteristik unsurlarının incelenmesi ile tespit edilecektir. Yaratıcının hususiyeti; program formatının içeriğini oluşturan programın adı, hedef kitle, zaman, programın özeti, programın akışı, mizansen, görselle anlatım, bütçe, sunucu, set dizayn, arka plan, karakter ve müzik vs. gibi unsurların tamamı veya birkaçı üzerinde yansımaları gerekmektedir²⁰.

Program formatı; daha öncesinde yayınlanan benzer nitelikteki program formatlarından, genel olarak bilinenden ayrılabilirdiği oran ve ölçü nispetinde eser olarak değerlendirilebilme imkânını haiz olacaktır. Zira; alışlagelmiş programların tekrarından öteye geçemeyen sıradan bir program formatının hususiyet unsurunun eksikliği nedeni ile eser olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

Bir program formatının özgün kabul edilebilmesi için onu meydana getiren münferit unsurların ve/veya bu münferit unsurların kombinasyonunun

19 Tuğçe Karabağ, "Türk Hukuku'nda Televizyon Program Formatları", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, Sayı: 152, 2019, s. 809.

20 Karabağ, Format, s. 807 vd.; Arıkan, s.96 vd.; Yasaman ise televizyon program formatlarının somutlaşma şartını yerine getirmediğinden FSEK kapsamında eser olarak kabul edilemeyeceği kanaatindedir. Yazara göre " sözlü ya da yazılı olarak ifade edilen format, kural olarak, düşünce olmaktan kurtulamamakta ve bu düşüncenin sadece bir şekilde dile getirilmesinden ileri gidememektedir. Bu format metninde, kabaca ifade etmek gerekirse, ne yapılacağı ve ne şekilde yapılacağı hususları belirtilmektedir. Aynı şekilde, formata uygun programın çekilmiş olması halinde dahi, kanaatimizce, somutlaşma, şartının yerine getirildiği söylenemez. Zira program formatı bu haliyle de, belirgin olmayıp, onu tamamlayan sunucu, seyirci, katılımcı, vb. unsurların varlığı ile, anlam ifade eder." Hamdi Yasaman, *Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, Fikir ve Sanat Eserleri, Endüstriyel Tasarımlar, Patentler İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları*, İstanbul 2006, s. 162.

yeterli derecede şekillenme kalitesine ve yaratıcı özgünlüğe sahip olması gerekir²¹. Sahibine ait soyut fikir, işte bu münferit unsurlar aracılığı ile adeta ete kemiğe bürünerek somut hale gelmeli ve sıradan bir genel izleyici tarafından format okunduğunda hayalinde bir takım unsurların canlanmalıdır. Oluşturulan taslak metinde; programın etkileyici bir ad veya slogana sahip olması, stüdyonun nasıl dizayn edileceğinin, seyircilerin, yarışmacının ve sunucunun oturacağı yerin, sunucunun reklam arası verirken kullanacağı sözcüğün, kamera ışıklarının konumunun, çekim tekniklerinin, soru sayısı ve ödüllerin, sunucunun ne şekilde davranacağıının, kullanılan renklere kadar tüm ayrıntıların öngörülerek anlatılmış ve sahibinin hususiyeti bu unsurlar üzerinde tecelli etmiş ise artık bu noktada soyut fikir aşamasının geçtiği kabul edilerek format eser olarak koruma görmelidir²².

Benzer şekilde Yüksek Mahkeme de vermiş olduğu bir kararında 249 sayfalık format metninde televizyon yarışma programının baştan sona bütün detaylarıyla tüm akışının belirlendiği, çerçevesinin çizildiği, program sırasında yarışmacının ve sunucunun oturacağı yerden, reklam arası verirken kullanacağı sözcüğe, kamera ışıklarından çekim tekniklerine, seyirci, sunucu ve oyuncuların konumundan soru sayısı ve ödüllere, sunucunun ne şekilde davranacağından, internet ve (...) bağlantılarına soruların ekranda görüntüleme biçiminden kullanılan renklere kadar tüm ayrıntılar öngörülerek anlatıldığı, davacının dayandığı televizyon program formatına ilişkin 249 sayfalık metnin, FSEK 2. maddesi anlamında bir ilim ve edebiyat eseri olduğunu kabul etmiştir²³.

21 Arıkan, s. 112.

22 *Bozbel* de bu hususta, tarifnamenin tek bir bölüm için yapılmış ve programın başından sonuna kadar dakika dakika akışını içeriyor ise o zaman bunun bir senaryo olacağı ve doğal olarak eser niteliğine haiz olacağını ancak bunun böyle olmayıp söz konusu tarifname ile sadece programlar dizisinin ana hatları çiziliyor ve temel kuralları belirleniyor ise bu tarifname kağıda dökülmüş olsa bile soyut bir düşünce olmaktan kurtulamayacağını ifade etmektedir. *Bozbel*, s. 64.

23 Yargıtay 11. HD. 29.03.2016 tarihli 2015/7276 E. 2016/3447 K. Karar için bkz. (Lexpera İçtihat Bankası) www.lexpera.com.tr (erişim: 12.04.2023). Aynı yönde Yargıtay 11. HD. 15.05.2017 tarihli 2015/13096 E. ve 2017/2901 K. dosya numarası ile "*davacının ... isimli çizgi filmin karakterleri, senaryosu ve formatı üzerinde hak sahibi olduğu, çizgi filmlerde kullanılan karakter ve tiplmelerin gerekli koşulları taşımaları durumunda eser sayılabilecekleri, ... karakteri ... karakteri esas alınarak meydana getirildiğinden davacının işleme, çoğaltma ve umuma iletim mali haklarının ihlal edildiği, yardımcı karakterlerin de ... filmdeki yardımcı karakterler esas alınarak tasarlandığı, ... adlı filmde ... ile dış ses arasındaki ilişkinin ... adlı filmde benzer biçimde kullanıldığı, davacının ... film formatının bir ilim ve edebiyat eseri olduğu ve ... dışındaki davalılarca izinsiz*

Hemen belirtmek gerekir ki; bir formatın eser olarak kabul edilebilmesi için yüzlerce sayfalık detay içermesi de yasal bir şart olmayıp programın karakteristik unsurlarını ihtiva etmesi yeterlidir²⁴. Zira eser vasfının kabulü için kantitatif açıdan bir sınır mevcut olmayıp kısacık bir şiir, kısa bir reklam sloganı dahi eser vasfını haiz olabilir²⁵. Aynı şekilde bazen üç-beş sayfa şeklinde oluşturulan taslak metinlerde de çarpıcı ve orijinal ifade-slogan veya format akışları bulunabilir ve yaratıcısının hususiyetini taşıyabilir. Gerçekten de bir program formatını diğer formatlardan ayırt edecek en önemli özellik yaratıcı ve özgün nitelikte olan soyut düşüncenin format unsurları ile birlikte sıradan olmayan bir biçimde somutlaşmasıdır.

Eserde hususiyet arayan FSEK hükümleri çerçevesinde genel nitelikte harcı alem olarak tabir edilecek ürünlerin eser olarak kabul edilemeyeceği de açıktır. Nitekim 11. HD. 19.1.2016 tarihinde 2015/2310 E. 2016/483 K. dosyası tahtında *“Mahkemece, Dairemizin bozma ilamına uyularak, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacı formatının... kapsamında eser niteliği taşımadığı,... kapsamında korunamayacağı ve davalı tarafından ihlal edilen bir hakkın söz konusu olmadığı, haksız rekabet oluşturacak nitelikte format veya iş ürünü benzerinin kullanılmadığı, haksız rekabet kabulünü doğuracak bir emek sömürüsü bulunmadığı, iki çalışma arasındaki temel kurguda bir benzerlik olmakla birlikte, bu temel kurgunun zaten daha önce çeşitli yarışmalara konu olduğu, genel nitelikte harcı alem bir ürün oldukları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.”* yönündeki kararı ile İlk Derece Mahkemesinin kararını onama yoluna gitmiştir²⁶.

Diğer yandan bir düşüncenin eser olarak kabul edilebilmesi için aynı zamanda FSEK’te sayılan eser gruplarından bir tanesine de dâhil olmalıdır. FSEK’te dört eser grubu sayılmış ancak televizyon program formatlarının hangi kategoride değerlendirilmesi gerektiğine yönelik bir düzenleme yapılmamıştır.

işlenmesi suretiyle ... adlı filmin meydana getirildiği ve bu filmin davalı ... tarafından yayınlandığı, davacının format sahipliğinden kaynaklanan mali haklarının ihlal edildiğine” karar vermiştir. Karar için bkz. (Lexpera İçtihat Bankası) www.lexpera.com.tr (erişim: 12.04.2023).

24 Süren, Merve B., Televizyon Programı Formatlarının Fsek Kapsamında Korunması, <https://yasaman.av.tr/tvprogrami-formatlarinin-fsek-kapsaminda-korunmasi/>, (erişim: 12.04.2023).

25 Öztan, s. 101; Suluk/Karasu/Nal, s. 46; Bozbel, s. 39.

26 Karar için bkz. (Lexpera İçtihat Bankası) www.lexpera.com.tr (erişim: 12.04.2023).

Öğretide de televizyon program formatlarının hukuki niteliği ve özellikle hangi eser grubu içerisine dâhil olması gerektiği yönünde bir görüş birliği bulunmamaktadır. *Yasaman*, kanun koyucunun her fikri ürünün FSEK anlamında eser olarak kabul edilmesinin uygun görmediğini aynı zamanda kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş eser türlerinden birine dâhil olması gerektiğini ifade ettikten sonra ilim ve edebiyat eserleri ile sinema eserlerinin formatların dâhil olduğu eser türleri olarak düşünülebileceğini ancak bu düşüncenin kabulünün mümkün olmadığını zira formatların kural olarak edebi nitelik taşıyan metinler olmadıkları gibi formata uygun olarak çekilen programdan da ayrı birer mevcudiyete sahip olduklarından sinema eseri olarak dahi kabul edilemeyeceğini belirtmiştir²⁷.

Ateş, kaleme aldığı eserinde iletişim aracının dil olması hasebiyle program formatlarının FSEK m.2 kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁸. Benzer şekilde Er de bu konuda televizyon formatlarının FSEK'in 2. maddesinde yapılacak bir düzenleme ile ilim ve edebiyat eserleri arasına dâhil edilmesi gerektiğini belirtmektedir²⁹.

Suluk/Karasu/Nal ise formatın bir hususiyet içermesi halinde ilke olarak telif korumasından yararlanması gerektiğini ifade etmiş ancak hangi eser kategorisi içerisinde olması gerektiğine yönelik herhangi bir tespit bulunmamıştır³⁰.

Arıkan da ikili bir ayırım yaparak konuyu ele almıştır. Müellif, program fikrinin bir televizyon programı için yazılı hale getirilmesinde dil ile ifade edilen araçlar vasıtasıyla fikrî bir içeriğin ifade edilmesi söz konusu olduğundan program formatlarını FSEK. m. 2 anlamında yazılı/sözlü eser olarak değerlendirirken, program formatının FSEK. m. 5 bağlamında tamamlanmış ürün olan televizyon eserinin taslağı olarak da ele alınabileceğini kabul etmektedir³¹. Çolak ise yukarıda zikredilen görüşlerden ayrılarak formatların şartları dâhilinde patent korumasından faydalandırılması gerektiğini dile getirmiştir³².

27 Yasaman, s. 162.

28 Ateş, s. 283; Aynı yönde Tosun, s. 187 vd.

29 Sefa Er, "Televizyon Program Formatlarının ve Televizyon Programlarının Telif Hukuku Kapsamında Korunması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S.3, Ankara 2019, s. 259 vd.

30 Suluk/Karasu/Nal, s. 51.

31 Arıkan, s. 160.

32 Çolak, s. 25 vd.

Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıklarda somut olayın şartları kapsamında değerlendirme yapmaktadır. 11. HD. 15.5.2017 tarihli 2015/13096 E. ve 2017/2901 K. dosyası kapsamında İlk Derece Mahkemesi tarafından verilen “Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davacı şirketin aktif husumet ehliyetinin, davalılardan ... ve ...’ın pasif husumet ehliyetlerinin olduğu, olayda ceza zamanaşımı süresinin dolmadığı, davacının ... isimli çizgi filmin karakterleri, senaryosu ve formatı üzerinde hak sahibi olduğu, çizgi filmlerde kullanılan karakter ve tiplerin gerekli koşulları taşımaları durumunda eser sayılabilecekleri, ... karakteri ... karakteri esas alınarak meydana getirildiğinden davacının işleme, çoğaltma ve umuma iletim mali haklarının ihlal edildiği, yardımcı karakterlerin de ... filmindeki yardımcı karakterler esas alınarak tasarlandığı, ... adlı filmde ... ile dış ses arasındaki ilişkinin ... adlı filmde benzer biçimde kullanıldığı, davacının ... **film formatının bir ilim ve edebiyat eseri olduğu**” yönündeki kararı onama yoluna gitmiştir.

11. HD. 05.04.2005 tarihinde 2004/6612 E. 2005/3278 K. dosyası tahdidi altında vermiş olduğu daha eski tarihli bir başka kararında ise “Mahkeme kararında, televizyonda yayınlanan program formatlarının ve bu bağlamda dava konusu yarışma programı formatının eser sayılmaması, görevsizlik kararına dayanak yapılmış ise de 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 4630 sayılı yasa ile değişik 5 nci maddesine göre “Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.” denilmek suretiyle, görüntülü eserlerden hangi tür programların eser sayılacağı hususuna da açıklık getirilmiş olup, bu tür programlar normatif ve tahdidi olarak sınırlandırılmamıştır. Buna göre, program yayın formatlarının da anılan yasa kapsamında eser sayılması ve korunmasının gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim Dairemiz’ce verilen 2000/6049-8439 ve 2004/1281-10333 sayılı ilamlarda da program formatları, anılan yasa kapsamında değerlendirilmiştir.” yönünde program formatlarının sinema eseri olarak kabul edilmesi yönünde doğrudan olmasa bile dolaylı bir şekilde karar verdiği görülmektedir. Nitekim bu karar ile birlikte FSEK’in 5.maddesinde belirtilen eser gruplarının sınırlayıcı nitelikte olmadığı da açıkça ifade edilmiştir. Özetle, Yüksek Mahkeme sahibinin hususiyetini taşıyan program formatlarını eser olarak kabul etmekte ancak hangi eser kategorisi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde istikrarlı bir içtihat birliği sağlamamaktadır.

Kanaatimize göre, eser tanımındaki hususiyet kavramını bünyesinde barındıran televizyon program formatlarının da eser olarak kabul edilmesi gerektiği noktasında günümüz koşullarında artık herhangi bir tereddüt bulunmamalıdır. Gerçekten de Metaverse âleminde oluşturulan akış ve içeriklerin, multimedya ürün ve e-oyunların dahi fikri hak ve/veya eser olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tartışıldığı³³ şu günlerde sahibinin hususiyetini taşıyan program formatlarının evleviyetle eser kategorisinde değerlendirilmesi gerekir. Bu yönüyle eser sahibinin hususiyetini taşıyan soyut fikrin farklılaşarak sıradan olmayan somut bir ürüne dönüşmesi halinde bu yaratıcı düşünce; öğreti görüşleri ya da Yargıtay içtihatları uyarınca ister ilim-edebiyat eseri isterse sinema eseri isterse de başka bir eser grubu kategorisinde değerlendirilsin FSEK kapsamında eser olarak kabul edilmeli ve yasanın eserlere bahşettiği özel korumadan faydalanmalıdır.

Günümüz koşullarında teknolojinin hızla yaygınlaşması ve veriye ulaşmadaki kolaylıklar da dikkate alındığında FSEK'te ön görülen ve sınırlı sayıda olduğu kabul edilen eser gruplarının günümüz ihtiyaçlarına cevap veremediği ve ilerleyen zaman diliminde de veremeyeceği aşîkârdır. Bu kapsamda yasama organından ortaya çıkan her bir fikri ürün türüne ilişkin olarak yasada değişiklik yapmak suretiyle o ürünün hangi eser grubu içerisinde değerlendirilmesi gerektiğine yönelik bir düzenleme yapılmasını beklemek kanaatimizce zor ve artık çok da tercih edilmeyen kazuistik bir yöntemdir³⁴. Nitekim bu durum öğretilerde Öztan tarafından da eleştiril-

33 Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. İstanbul Barosu, Metaverse Yapay Zeka Çalışma Grubu, Ara Rapor, 2022, Danışman: Doç. Dr. Mete Tevetoğlu, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/metaverse.pdf>, (erişim: 12.04.2023); Durmuş, Enes M., Bilgisayar Oyunlarının Türk Hukukunda Korunması, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s. 34 vd; Çelik, İbrahim H., Dijital Oyun Hukuku Ve Dijital Oyunlarda Telif Hakkı, <http://www.halilibrahimcelik.av.tr/dijital-oyun-hukuku-ve-dijital-oyunlarda-telif-hakki/>, (erişim: 12.04.2023).

34 Nitekim konuyu reklamların eser olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmasında ele alan Kaya; reklam yaratsının etkin korunmasının ancak kanunda bir değişiklik yapmak ve başta reklam konsepti olmak üzere, reklamı aynen sinema eserinde olduğu gibi ayrı bir kategori saymakla mümkün olabileceğini belirtmiştir. Kaya, Arslan, Reklamın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması Sorunu, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008), İÜHF Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 2009, s. 187.

Öte yandan meseleyi dijital oyunlar mecrasında ele alan Durmuş da; dijital oyunlara ilişkin yeni bir eser türünün tanınmasının isabetli olacağını ve bu sorunun multimed-

miş ve yazar belli tiplere girmeyi şart kılan bir metodun daima açık noktalar bırakacağını, her gün kültürel ve teknik alanlarda yeni gelişmelerin ortaya çıktığını bu durumun da yeni eser türlerinin doğumuna yol açtığını ve kanun koyucunun da bunları önceden görmesinin mümkün olmayacağını ifade etmiş ve yorumların mümkün olduğunca genişletici olması gerektiğini dile getirmiştir³⁵.

FSEK'te ön görülen eser gruplarını katı bir şekilde uygulamak ve lafzi yorumu dikkate almak yerine özellikle eser kavramını merkezinde kabul eden bu yasanın amaçsal yorumundan hareket ederek tıpkı televizyon program formatları, e-oyunlar, multimedya ürünleri gibi yasada ismen zikredilmemiş olan ancak fiiliyatta karşımıza çıkan bu türden düşünsel ürünlerin hususiyet kavramını taşımaları halinde eser vasfını haiz olduğu kabul edilmeli ve FSEK'in ön gördüğü özel koruma rejimine tabi tutulmalıdır.

Sonuç

1. Televizyon şirketleri, rekabet koşulları çerçevesinde bazen iç-yapım bazen de yapım şirketleri aracılığıyla program formatları oluşturmakta ve izleyicilerin beğenisine sunarak reklam gelirlerini artırma eğilimindedir.
2. Subjektif ve objektif şeklinde iki unsura sahip olan eser, öncelikle sahibinin hususiyetini taşımalı ve FSEK'te sayılan eser gruplarından bir tanesine dahil olmalıdır.
3. Televizyon programları ile program formatları farklı kavramları içermekte olup televizyon programları, program formatı şeklinde yazılı hale getirilmiş fikri emeğin somut, algılanabilir şekle büründürülmüş halidir.
4. Program formatı; daha öncesinde yayınlanan benzer nitelikteki program formatlarından, genel olarak bilinenden ayrılabilirdiği oran ve ölçü nispetinde eser olarak değerlendirilebilme imkânı haiz olacaktır.

ya eser olarak sağlanabileceği gibi ayrıca kendine has bir alan olarak dijital oyunlar başlığı altında bir eser grubu oluşturularak da giderilebileceğini ifade etmiştir. Durmuş, s. 44 vd.

35 Öztan, s. 91.

5. Eser tanımındaki hususiyet kavramını bünyesinde barındıran televizyon program formatlarının da yasada belirtilen eser gruplarından hangi dâhil olduğu kabul edilirse edilsin eser olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Kaynakça

- Arıkan, Mustafa. *Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Konya 2009.
- Ateş, Mustafa. *Fikri Hukukta Eser*. Ankara 2007.
- Bozbel, Savaş. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. İstanbul 2012.
- Çelik, İbrahim H. Dijital Oyun Hukuku Ve Dijital Oyunlarda Telif Hakkı, <http://www.halilibrahimcelik.av.tr/dijital-oyun-hukuku-ve-dijital-oyunlarda-telif-hakki/> (erişim: 12.04.2023).
- Çolak, Uğur. “Televizyon Program Formatlarının Korunması”. *FMR*, C. 4, S. 3, 2004.
- Demirbaş, Ali. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*. İstanbul 2015.
- Durmuş, Enes M.. *Bilgisayar Oyunlarının Türk Hukukunda Korunması*, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.
- Er, Sefa. “Televizyon Program Formatlarının ve Televizyon Programlarının Telif Hukuku Kapsamında Korunması”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 3, Ankara 2019.
- Erel, Şafak. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. Ankara 1988.
- İstanbul Barosu, Metaverse Yapay Zeka Çalışma Grubu, Ara Rapor, 2022, Danışman: Doç. Dr. Mete Tevetoğlu, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/metaverse.pdf>, (erişim: 12.04.2023).
- Karabağ, Tuğçe. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Televizyon Programları ve Özellikle Televizyon Program Formatları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- Karabağ, Tuğçe. “Türk Hukuku’nda Televizyon Program Formatları”. *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 152, 2019 (Format).
- Kaya, A., Reklamın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması Sorunu, *Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu* (8-9 Mayıs 2008), İÜHF Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 2009.
- Küçükaya, Gül H. *Sinema Eseri Üzerinde Mali Haklar*. İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul 2015.
- Öztan, Fırat. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara 2008.

- Sargın, Bengi. *Yabancı Unsurlu Televizyon Program Formatlarının Korunması*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- Suluk Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara 2022.
- Süren, Merve B.. Televizyon Programı Formatlarının Fsek Kapsamında Korunması, <https://yasaman.av.tr/tvprogrami-formatlarinin-fsek-kapsaminda-korunmasi/>, (erişim: 12.04.2023).
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul 2012.
- Tosun, Yalçın. *Sinema Eserleri ve Eser Sahibin Hakları*. İstanbul 2013.
- Tüysüz, Mustafa. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*. Ankara 2007.
- Yasaman, Hamdi. *Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, Fikir ve Sanat Eserleri, Endüstriyel Tasarımlar, Patentler İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları*. İstanbul 2006.
- Yavuz, Levent/Alıca, Türkay/Merdivan Fethi. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*. Ankara 2014.
- (Lexpera İçtihat Bankası) www.lexpera.com.tr



MARKA HAKKININ TÜKENMESİ İLKESİ VE İLKENİN FRANCHISING SİSTEMİNDE UYGULANMASINA İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Dr. Av. Leylan DEMİRAĞ AKTAŞ

Öz

Franchising sisteminde franchise alan, çok yüksek bedeller ödemek suretiyle tanınmış bir markanın lisansını almakta ve almış olduğu bu lisans karşılığında tanınmış bir markaya yapılan çeşitli yatırımlar nedeniyle hazırda oluşmuş bulunan müşteri çevresinden yararlanmaktadır. Bu lisansların genel olarak münhasır olduğu görülmektedir. Franchise alan, franchise aldığı bölgede rekabet edilmeyeceği düşüncesi ile franchise verenle bir franchise sözleşmesi imzalamaktadır.

Ne var ki, özellikle ürün franchisinginde, franchise alanın satmakta olduğu lüks ürünlerin, internet kanalıyla pazarlandığı ve satış yapan bu kişilere “marka hakkının tükenmesi ilkesi” gereği müdahale edilemediği görülmektedir. Üçüncü kişiler bu malları franchise alanın tüketicilerini hedef olarak yaptığı indirim kampanyalarından satın alabildiği gibi paralel ithalat yoluyla da Türkiye’ye getirip pazarlayabilmektedir. Özellikle de lüks markaların üçüncü kişi tarafından satış sonrası destek hizmetlerinden yoksun bırakılarak ve ilgili markanın pazarlama politikaları dışında farklı yollarla pazarlanması hem markanın itibarına hem de franchise verenin ticaretine sekte vurmaktadır. Bu nedenle “marka hakkının tükenmesi ilkesi”nin her bir olay bazında ve “haklı neden” değerlendirmesi yapılarak istisna kapsamına girip girmediği araştırılarak bir sonuca varılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Tükenme İlkesi, Marka Hakkı, Franchising



EXHAUSTION OF TRADEMARK RIGHTS PRINCIPLE AND SOME PROBLEMS REGARDING ITS IMPLEMENTATION IN THE FRANCHISING SYSTEM

Abstract

In the franchising system, the franchisee obtains the license of a well-known brand by paying very high prices and benefits from the existing customer base due to various investments made in a well-known brand in return for this license. These licenses appear to be generally exclusive. The franchisee agrees with the franchisor, with the idea that there will be no competition in the region where the franchise is acquired. However, especially in product franchising, it is seen that the luxury products sold by the franchisee are marketed via the internet by third parties, and these people cannot be intervened in accordance with the principle of “exhaustion of trademark right”. Third parties can purchase these goods from the discount campaigns that the franchisee makes targeting its consumers, as well as bring them to Turkey and market them through parallel imports. In particular, luxury brands are deprived of after-sales support services by the third party and the marketing of the relevant brand in different ways other than the marketing policies of the brand, disrupts both the brand’s reputation and the franchisor’s trade. For this reason, it should be determined whether the principle of “exhaustion of trademark right” falls within the scope of the exception by evaluating the “Reasonable ground” on the basis of each case.

Keywords: Exhaustion Principle, Trademark Right, Franchising

Extended Summary

In order to protect the brand owner and to interpret the principle of “exhaustion of trademark right”, to trigger deeply the main functions of a trademark is of great importance.

A trademark has different functions beside its role to differentiate and show the origins of a product. Whenever drawing a line for the borders of a legal protection of a trademark owner; these functions play a very major role. While the second function of a trademark is guarantee; the third are communication, advertisement and investment. The function of guarantee of a trademark shows the tendency of the consumers in linking the trademark and the quality. When a commercial enterprise has a standard in quality; the consumers prefer this commercial entity that they are happy with and have confidence. The acknowledgement level of this trademark increases in line with the advertisement and guarantee functions. In Turkish law this examination has not been taken into consideration while in ABAD decisions you may see that other functions of a trademark are more focused. In the latest decisions of ABAD you may understand that beside trademark functions showing the origin, it is also focused on guarantee, advertisement and quality functions and the decisions are based on these various functions of a trademark.

Both during the Legislation Numbered 556 and Law Regarding Industrial Property Law Numbered 6769 clause 152; “reasonable ground” was not mentioned whenever stating the exceptions of “exhaustion of trademark right”.

Although the legal ground is based on European Community Directive Numbered 2016/2436, clause 15.2 and it is explicitly stated that it is necessary to make an evaluation in terms of “reasonable ground” in order to clarify the exceptions of “exhaustion of trademark right”; the clause has not been adapted to our law as its original state. On the other hand, if the originality of the clause was safeguarded, the “reasonable ground” evaluation would eliminate most of our problems and open a new and easier pave to Turkish Appeal Court in their determinations.

On the other hand, another major problem is how to protect the trademark license rights of the Franchisee and how to protect the rights of the Franchisor against the “exhaustion of trademark right”. In parallel imports, the distributors and producers that are trademark owners in the country, become in a position to struggle with the parallel importers who import the products with a cheaper price from abroad.

On the other hand, in franchising system there is a fee for the production and distribution rights in addition to some of the investment costs with regard to advertisement, publication, insurance, investigation-development and tax. Parallel importer on the other hand does not make any investment for the introduction, advertisement, investigation and development of the trademark and therefore can sell its products from a cheaper price and even this may cause unjust competition itself. Even though in franchised sectors; especially in product franchising, since parallel imports is more costly and need more effort, you may easily see that third parties purchase the products of the franchisee from the discounts as if they were real consumers and resale them to the market through internet. These people may not be prevented by the Franchisor or Franchisee unless they make a substantial change in the trademark and make the trademark worse. This situation becomes more deteriorating in franchising of luxury products. For the protection of the license rights of the Franchisee or trademark right of the Franchisor against “exhaustion of trademark right”, the functions of the trademark should be triggered, damage to these functions should be accepted as a reasonable ground and an exception to the main principle as well. Especially when evaluating if a major harm was given to the trademark or not; this criteria becomes more important to be taken into consideration. If a product is put on the market through resale or parallel imports; the trademarks’ quality, guarantee and advertisement functions should also be taken into consideration in considering if there is a reasonable ground that may create an exception to the main principle.

1. Genel Olarak Franchise Sistemi

Franchising sistemi ülkemizde yaygın olarak kullanılan bir lisanslama sistemidir. Franchising ilişkisinde en temel özellik franchise alana franchise

konusu sistem için bir lisans veriliyor olmasıdır. Franchise sözleşmesine konu olan sistem; içinde, bir üretim, işletme ve pazarlama sistemini, gayrimaddi malları ve franchise organizasyonunu barındırmaktadır¹. Gayrimaddi mallar marka, patent, tasarım vb. unsurları barındırmakla birlikte franchising sistemi açısından en önemli olan gayrimaddi mal, “marka” olarak ortaya çıkmaktadır. Hemen hemen her franchising sisteminde mutlaka tanınmış bir marka yer almaktadır².

Franchising ilişkisinin zamanla daha da karmaşık hale gelmesiyle birlikte yeni iş modelleri ortaya çıkmıştır. Özellikle de yabancı markaların kullanıldığı ve münhasırlık içeren iki iş modeli oldukça önemli hale gelmiştir. Bu iş modellerinden öne çıkan iki model; Developmental Licensing Modeli (İş Geliştiren Franchise Modeli) ve Master Franchising Modeli (Ana Franchise Modeli) olarak bilinen iki iş şeklidir³. İki model arasındaki tek fark Master Franchising Modeli’nde, franchise alan, franchise verenin yerine geçerek alt lisans verme ve aylık royalti tahsil etme hakkına sahipken diğer modelde yani, İş Geliştiren Franchising Modeli’nde, franchise alanın büyüme bizzat kendisinin gerçekleştirmesidir⁴. Her iki franchising modelinde de franchise alan, bir ülke ya da bölgede münhasır olarak ve franchise verenle bir franchise anlaşması imzalamak suretiyle faaliyet göstermekte ve franchise veren dahi bu bölge ya da ülkede faaliyet gösterememektedir. Bu münhasır faaliyetin karşılığında ise franchise alan, başlangıç ücreti, aylık yüzde ücret ödemeyi ve pazarlama faaliyetlerine katkı sağlamayı taahhüt etmektedir⁵. Bir franchise alanın münhasırlık karşılığında bu derece ağır maliyetlere katlanmasındaki asli sebeplerinden biri franchise verenin çoğu zaman uluslararası düzeyde tanınmış olan markasını ve oturmuş pazarlama sistemini kullanma hakkını elde etmek istemesidir⁶. Bu hakkın kar-

1 Osman Berat Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukukten Korunması*, İstanbul: 1995 s. 7; Çiğdem Kırca, *Franchise Sözleşmesi*, Ankara: 1997, s. 267; Bahar Şimşek, *Franchising Sözleşmesi*, Ankara: 2016, s. 100.

2 Dilber Ulaş, “Franchise Sisteminin, Franchise Alan ve Veren Yatırımcılar Açısından Verimliliğinin Değerlendirilmesi”, *Verimlilik Dergisi*, S. 2 (2004), s. 32; Gürzumar, s. 54.

3 Lane Fisher and Max Staplin, “Planning Ahead: Creating and Enforcing Mandatory Development Schedules in Area Development, Area Representative and Master Franchise Relationships”, *American Bar Association Franchise Law Journal*, 2013, s. 1-3, www.lexisnexis.com, E.T: 12.04.2018.

4 Fisher/Staplin, s. 1-3; Kırca, s. 42; Şimşek, s. 83.

5 Fisher/ Staplin, s. 1-3; Kırca, s. 42; Şimşek, s. 83.

6 Gürzumar, s. 10.

şılığında bu derece ağır bedellere katlanmayı göze almaktadır. Diğer yandan franchise veren ise; franchise alanı kendi markasını en iyi şekilde temsil edebilecek şirketler arasından tercih etmekte, franchise vereceği bölgede/ülkede itibar sahibi olan, aynı sektörde deneyimli ve/veya vereceği eğitimlerin karşılığında sürümü arttırmayı başarabilecek ve markasını en iyi şekilde temsil edebilecek kişi veya şirketler arasından seçmektedir⁷.

2. Marka ve Fonksiyonları

A. Genel Olarak

SMK gereğince marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırması ve marka sahibine tanınan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılabilir şekilde sicilde gösterilebilir olması koşuluyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların ya da ambalajların biçimi olmak üzere her türlü işaret olarak tanımlanmaktadır.

SMK'nun yürürlüğe girmesinden önce "marka", 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmekteydi. SMK'na göre 556 sayılı KHK'nin aksine, markanın çizimle gösterilebilir ve baskı yolu ile yayımlanabilir ve çoğaltılabilir olma özelliği terkedilmiş, renklerin ve seslerin de marka olabileceği ifade edilerek markaların kapsamı genişletilmiştir⁸.

Tanınmış marka; WIPO kriterleri dikkate alındığında mal ve hizmetleri ayırıcı niteliği yanında gerek tescil edildiği ülkede, gerek ülke sınırları

7 Ulaş, s. 44: "Franchise Veren açısından franchising sisteminin verimli olabilmesi için ise standartları südürecektir, dürüst, çalışkan ve işine bütün zamanını ayırabilen kişilerin franchise alan olarak seçilebilmesi önemlidir. Tamamen bağımsız olarak çalışmak isteyen yatırımcılara franchise verilmemelidir. Franchise almak isteyen girişimcilerin işi öğrendikten sonra da ana firmaya düzenli ödemelerde bulunmaları ve sürekli olarak işlerinin başında bulunmaları gerekir. Franchising sistemi, iş tecrübesi olmayı bir miktar sermayesi olan ve bu sermayeyi ilgi duyduğu bir alanda kendi işini kurarak değerlendirmek isteyen girişimciler için verimli olabilen bir sistemdir."; Lovro Klepac; Vlatka Butorac Malnar, "Commercial Agents and Online Platforms Risks Related to Market Specific Investments", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series 5*, no. Special Issue (2021), s.111

8 Melis Abacıoğlu, "Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nunda Yer Alan Değişiklikler", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, C. 20, S. 1, 2018, s. 56; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2021, s. 300; Sevilay Uzunallı, *Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu*, İstanbul 2018, s.82.

dışında ilgili çevrelerde bilinen ve hatta bilinirlik sınırı ilgili çevreleri de aşan, başlı başına bir kalite ya da reklam aracı haline gelen ve farklı mal ve hizmetler için kullanıldığında da bunlar açısından da etki doğurabilecek bir markadır. Bir markanın tanınmış marka haline gelebilmesinin o markanın uzun tarihi geçmişi, dünyada yatırım yapılarak yaygın olarak tescil edilmiş olması, üzerinde kullanıldığı mal ve hizmetlerin pazar payının niteliksel ve niceliksel yaygınlığı ve fazlalığı, reklam yatırımları gibi çeşitli nedenleri bulunmaktadır⁹. Bir franchising sistemi içinde mutlaka tanınmış bir markanın varlığı söz konusudur¹⁰.

Markanın fonksiyonları irdelenmeksizin marka hakkı sahibinin haklarının korunmasının çerçevesini belirleyebilmek mümkün değildir. Bu ilke franchising sisteminde daha da önemli bir hale gelmektedir. Zira kimi durumlarda marka hakkı sahibinin korunması, franchise alanının korunması ve dolayısıyla franchising sisteminin korunması ve sürekliliğinin sağlanması anlamına gelmektedir.

Markanın esaslı fonksiyonu, mal ve hizmetin ayırt edicilik ve menşeiini, yani kaynağını gösterme işlevidir. Bir malın ya da hizmetin hangi ticari işletme ile ilgili olduğu bu fonksiyona bağlı olarak belirlenmektedir¹¹. Diğer bir deyişle tüketiciler marka sayesinde almak istedikleri bir mal veya hizmeti, diğer teşebbüslere ait mal ve hizmetlerden ayırt edebilmekte; bu mal ve hizmetler tüketiciler için teşhis edilebilir hale gelmektedir¹². Bu fonksiyon sayesinde tüketiciler için mal ve hizmeti piyasaya süren işletmecinin kim olduğu da belirli ya da belirlenebilir hale gelmekte ve dolayısıyla kaynak gösterme işlevi gerçekleşmektedir¹³. Özellikle tanınmış markalar için bu fonksiyon mal ve hizmetten daha çok, doğrudan ilgili teşebbüsü işaret etmektedir¹⁴.

9 Ülgen, Hüseyin, Helvacı, Mehmet, Kaya, Arslan ve Nomer N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 289; Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, İstanbul 2006, s. 57.

10 Gürzumar, s. 54.

11 Özgür Arıkan, "Revisiting the Conflict Between the European Trade Mark Rights and Parallel Importation", *Rekabet Dergisi*, C. 16, S. 4, Ekim 2015, s. 6; Hanife Dirikan, *Tanınmış Markaların Korunması*, Ankara 2003, s. 12.

12 Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Ankara, 2022, s. 160.

13 Suluk, Karasu, Nal, s.160.

14 Suluk, Karasu, Nal, s.161'den naklen Yasaman; Hamdi: "Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar", Prof.Kemal Oğuzman'a Armağan, *Galatasaray ÜHFD* 2002, C.1, S.1, s. 300-309 (Tanınmış Marka)

Markanın ayırt etme ve menşeyini gösterme fonksiyonu yanında çeşitli farklı fonksiyonları da bulunmaktadır. Marka sahibinin sahip olacağı hukuki korumanın sınırı değerlendirilirken bu fonksiyonların da göz önüne alınması büyük önem taşımaktadır¹⁵. Markanın ikinci fonksiyonu garanti fonksiyonu iken üçüncü fonksiyonu ise iletişim, reklam ve yatırım fonksiyonlarıdır. Markanın garanti işlevi, tüketicilerin marka ile kalite arasında ilişki kurma eğilimlerini göstermektedir¹⁶. Bir teşebbüsün belirli standartta bir kaliteyi tutturması halinde müşteri, malından memnun kaldığı ve itimat ettiği bu teşebbüsü tercih etmektedir¹⁷. Reklam ve garanti işlevine bağlı olarak o markanın tanınmışlık düzeyi de yükselmektedir¹⁸.

B. Franchising Sisteminde Markanın Fonksiyonları

*Franchise verenin markasının tanınmış olması ve aynı zamanda hazır bir müşteri potansiyelinin olması; Franchise Veren firmayı adı, markası, işareti, logosu, renkleri ve yerleşim düzeninden tanıyan müşterilerin, Franchise Alan'da sunulan ürün ve hizmetin Franchise Veren tarafından sunulanla aynı kalitede olduğunu düşünerek Franchise Alan'dan hizmet ya da ürün satın almaya yönelmesi olarak ortaya çıkmaktadır*¹⁹. Reklam fonksiyonu ile markanın temsil ettiği ürünün reklam gücü ile birlikte markayı oluşturan işaretin özgünlüğünden doğan reklam etkisi kastedilmektedir²⁰. Markanın yatırım fonksiyonu ile ise müşterileri çekmek ve sadık kalmalarını temin etmek için elde edilen ve korunan itibar kastedilmektedir²¹.

Franchise veren tarafından markanın tanınması için yapılan tüm yatırımlar ve reklam kampanyaları sonucunda ortaya çıkan ticari itibar²², markanın reklam ve yatırım fonksiyonunu oluşturmaktadır. Franchising

15 Arıkan, s. 5.

16 Gürzumar, s. 51; Yasemin Karakurt, *Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi İlkesi ve İstisnaları*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana-Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 5-6.

17 Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku*, b.10, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 339.

18 Kaya, s. 61.

19 Ulaş, s. 32.

20 Gürzumar, s. 52; Karakurt, s. 5-6.

21 Arıkan, s. 8.

22 İtibar kaybına karşı korumadan yararlanabilmek için tanınmışlığın değil; olumlu imaja sahip olunduğunun ispatlanması hakkında bkz. Gül Büyükkılıç, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırılmaya Karşı Korunması*, İstanbul 2019, s.693-694

sisteminde franchise veren tarafından en üst kalitede reklam yapılmakta ve bunun karşılığında franchise alandan reklam katkı payı alınmaktadır. Franchise alan, yerel reklam kampanyalarını yapmakta özgür bırakılırken bölgesel ve ülke çapında yapılan reklam yatırımlarından tüm franchise alanlar yararlanmaktadır²³. Nitekim ünlü markaların kendine özgü imajının getirdiği iletişim işlevini ön plana çıkartarak reklam fonksiyonunu yerine getirdiği kabul edilmektedir²⁴.

Bir marka sahibinin korunmasının sınırlarını belirlemesi ve özellikle de “Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi”nin yorumlanması sırasında marka sahibinin korunması açısından, markanın fonksiyonlarının derinlemesine irdelenmesi büyük önem taşımaktadır. Türk hukukunda bu incelemeye girilmezken ABAD kararlarına bakıldığında markanın ayırt edicilik dışındaki diğer fonksiyonlarına daha fazla odaklanıldığı görülmektedir. ABAD’ın son dönemdeki kararlarına²⁵ bakıldığında özellikle de markanın menşeyini gösterme fonksiyonu yanında garanti, reklam ve kalite işlevi üzerinde de durulduğu ve bu konuların da çeşitli kararlarda tartışma konusu yapıldığı ve kararlara esas alındığı görülmektedir²⁶. Türk hukukunda dahi “Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi”ne rağmen piyasaya çıkan bir malın üçüncü kişi tarafından kötüleştirilmesi, taklit edilmesi, değiştirilmesi halinde marka hakkı sahibine müdahale hakkı tanınması markanın garanti fonksiyonuna bağlanmaktadır²⁷.

3. Tükenme İlkesi ve Paralel İthalat

SMK madde 152 hükmü “Marka Hakkının Tükenmesi ilkesi”ni düzenlemektedir. İlgili maddeye göre, sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından bir kez piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiiller hakkın kapsamı

23 Ulaş, s. 33.

24 Hamdi Pınar, *Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye*, S. 71, İstanbul, 2004, s. 42.

25 Portakabin v. Primakabin, L’Oreal v. eBay and viking Gas v. Kosan Gas.

26 Arıkan, s. 20; Hamdi Pınar, “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi - EFTA-Mahkemesi’nin “Maglite”, Avrupa Toplulukları Mahkemesi’nin “Silhouette” ve Yargıtay’ın “Police” Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan*, İstanbul, 2000, s. 861.

27 Aslan, s. 62.

dışında kalmakta ve bu kuralın tek istisnasını bahse konu ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi yoluyla ticari amaçlı kullanımını önleme hakkı oluşturmaktadır. Bu ilkenin temel aldığı düşünce; marka sahibinin markalı ürünleri ilk defa ticaret mevkiine koymakla hukuk sisteminin kendisine tanıdığı tekel hakkından faydalandığı; orjinal nitelikteki malların piyasaya sürülmesinden zarar görmediği düşüncesidir.²⁸

Bir tescilli markanın tescil edildiği sınıfı temsil eden malın üzerine konularak gerek hak sahibi tarafından gerek hak sahibinin izin verdiği bir üçüncü kişi tarafından bir kez piyasaya arz edilmesinden sonra; piyasaya sunulan malla ilgili sonraki hukuki işlemlere (fiillere), örneğin malın tekrar satışına, kiralanmasına, ihracına, ihracı yapılan malın tekrar ithaline, reklam yapılmasına, broşürlere konu olmasına engel olunamaz. Marka sahibi, markanın lisansını alan üçüncü kişi ve hatta ülkedeki tek satıcı dahi bu hukuki işlemleri (filleri) engelleyemez ve/veya dava konusu yapamaz. Bu ilke ile kastedilen marka hakkının tükenmesi değil; piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki hakkın tükenmesidir²⁹. Dolayısıyla markaya zarar verilmesi, markanın değiştirilmesi ya da daha kötü duruma getirilmesi halinde hukuk müdahale edilmesi her zaman mümkündür. Marka sahibine hukuki müdahale yetkisi verilmesinin nedeni değişikliğin markanın kaynak gösterme ve kaliteyi garanti etme özelliğine zarar verecek olmasıdır.³⁰ Örneğin bilinen bir kot markasına ait bir kot pantolonun kesilerek ya da boyanarak piyasaya sunulmasındaki ya da onluk paket halinde satılan ilacın yüzlük şişeler içinde satılmasındaki durum budur³¹. Yine aynı şekilde markanın değiştirilmesi, markanın malın üzerinden kaldırılması, başka mallarda kullanılması ve malın üzerindeki markanın değiştirilmesi de markanın kaynak gösterme, reklam ve kalite gösterme fonksiyonundan etkileneneğinden engellenebilecek bir davranış olarak kabul edilmektedir.³²

28 Hamdi Yasaman, "Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler", s. 149; 6769 *Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkesezen Matbacılık, Ankara 2017; Ali Bozer, Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü b.7, Ankara, 2021, s. 302.

29 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer, s. 312; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2012, s. 453; Arkan, s. 321.

30 Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Adalet Yayınevi, b.2, Ankara 2015, s. 166.

31 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer, s. 312; Tekinalp, s. 454.

32 Çağlar, s. 167.

Gerek Yargıtay kararlarında gerek öğretide, tükenme ilkesinin genel olarak paralel ithalatla birlikte yorumlandığı da göz önüne alındığında “Paralel İthalat”, “Geri İthalat” kavramlarına da değinilmesi önem taşımaktadır. “Paralel İthalat”; hak sahibinin başka bir ülkede satışa konulan hakka konu ürününün, hakkın korunduğu pazara ithalini tanımlarken; “Geri ithalat” ise fikri mülkiyet hakkına konu bir ürünün hak sahibi tarafından önce kendi ülkesinde satışa sunulup sonra başka bir ülkeye ihraç edildikten sonra tekrar piyasaya sürüldüğü ülkeye geri ithal edilmesidir. SMK ile “uluslararası tükenme” ilkesi³³ benimsendiğinden artık ülkemizde hem paralel ithalat hem de geri ithalat serbesttir³⁴. 556 sayılı KHK döneminde “ulusal tükenme ilkesi” uygulanırken yeni düzenleme ile “uluslararası tükenme ilkesi” benimsenmiştir.³⁵Yapılan değişiklikle bir markalı malın dünyanın herhangi bir yerinde marka sahibinin izniyle satışa sunulmuş olması hakkın tükenmesi için yeterlidir.³⁶

Gerek 556 sayılı KHK döneminde gerek 6769 sayılı SMK md.152’de “marka hakkının tükenmesi” ilkesinin istisnalarına değinilirken “haklı neden” kavramına yer verilmemiştir. Bu hükmün kaynağını Avrupa Birliği’nin 2016/2436 sayılı Direktifi’nin 15.2 maddesi oluşturmasına ve bu maddede tükenme ilkesinin istisnaları belirlenirken haklı neden değerlendirilmesi yapılması gerektiği belirtilmesine rağmen, hukukumuzda madde olduğu şekliyle alınmamıştır³⁷. Oysa, “marka hakkının tükenmesi”nin istisnaları değerlendirilirken “haklı neden” kavramına da yer verilmiş olması yaşanan pek çok sıkıntının önüne geçebilecek ve Yargıtay’a da daha geniş bir yelpazede değerlendirme yapma imkanı tanıyabilecekti. Diğer yandan marka hakkının tükenmesi ilkesi yorumlanırken hem 556 sayılı KHK hem de 6769 sayılı SMK’na kaynak oluşturan 80/94 sayılı Ortaklık Yönergesindeki hüküm³⁸ ve 2016/2436 sayılı Avrupa Birliği Direktifi hem de TMK md. 2’de

33 Markalı ya da patentli bir ürünün dünyanın herhangi bir yerinde hak sahibinin izni ile piyasaya sürülmesinden sonra o hak tükenir ve hak sahibi o ürünün başka bir ülkede satışını engelleyemez.

34 Suluk, Karasu, Nal, s. 12.

35 Bozer, Göle, s.302

36 Yasaman, s.149; farklı görüşler için bkz. Hamdi Pınar, “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s. 855 vd.

37 Sevilay Uzunalli, *Marka Hukuku*, 2. Baskı Ankara, 2021, s.143.

38 Adem Aslan, *Türk ve AB Hukukunda Hakların Tükenmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: 2013, s. 67.

düzenlenen dürüstlük kuralı ilkesi uyarınca “haklı sebep” değerlendirmesi yapılması ve “marka hakkının tükenmesi ilkesi”nin istisnalarının daha geniş yorumlanması uygun olacaktır³⁹.

Burada irdelenmesi gereken konu “marka hakkının tükenmesi ilkesi” karşısında franchise alanın sahip olduğu marka lisansı hakkının⁴⁰ ya da franchise veren’in marka hakkının nasıl korunabileceği hususudur. Paralel ithalat durumunda ülke sınırları içinde bulunan marka hakkı sahipleri olan üretici ve dağıtıcılar, malları daha ucuz olarak dışarıdan getiren paralel ithalatçılarla rekabet etmek durumunda kalırlar. Oysa franchising sisteminde üretim veya dağıtım hakkı için ödenen bir ücret bulunduğu gibi hak sahipleri ürünlerinin tanıtımı için de çeşitli reklam, ilan, sigorta, araştırma-geliştirme ve vergi konularında ciddi yatırımlar yapmaktadırlar. Paralel ithalatçı ise markanın tanıtımı, reklamı, araştırma ve geliştirme faaliyeti için harcamaya yapmadığından daha uygun fiyatlarla satış yapabilmekte ve bu durum dahi haksız bir rekabete yol açmaktadır⁴¹. Franchise verilen sektörlerde bakıldığında, özellikle de ürün franchisinginde⁴², hâlihazırda haksız bir rekabet ortamı doğuran paralel ithalatın çok daha zahmetli ve maliyetli olduğu gerçeği karşısında bu yola dahi başvurmaksızın franchise alanın temsil etmekte olduğu markayı taşıyan ürünlerin franchise alan tarafından yapılan indirim kampanyalarından üçüncü kişiler tarafından tüketici süsü verilerek satın alınarak internet kanalıyla yeniden piyasaya arz edildiği ve bu kişilerin markada ciddi bir değişime gitmediği ve kötüleştirmediği sürece, franchise veren ya da franchise alan tarafından engellenemediği görülmektedir. Bu durum lüks markalara ilişkin ürün franchisinginde daha da zarar verici bir hal almaktadır. Franchise alan’ın marka lisans hakkının ya da franchise verenin marka hakkının “marka hakkının tükenmesi” ilkesine rağmen

39 Sabih Arkan, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, Ankara: 1998, s. 208; Hilal Eda Gürbulak, *Yeni Sınai Mülkiyet Kanununa göre Marka Hakkının Tüketilmesi*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: 2020, s. 79; Uzunallı, s. 117.

40 Marka Lisans Sözleşmesinde hakkın tükenmesi hususunda bkz. Ülgen Aslan Düzgün, “Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, 2012, s. 47-66.

41 Ülgen Aslan Düzgün, *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat Sorunu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara: 2019, s. 198-199.

42 <https://ufrad.org.tr/franchise/1-franchising-nedir>; Şimşek, s. 78; Kırca, s. 37; Yeşim Ayata, *Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları*, İstanbul: 2015, s. 21.

korunabilmesi için markanın fonksiyonlarının irdelenmesi ve bu fonksiyonların zarar görmesi halinde de haklı sebep olarak kabul edilerek “marka hakkının tükenmesi ilkesi”nin istisnaları arasına dâhil edilmesi ve hukuki başvuru yollarının açılması sektörde gereklilik halini almıştır. Özellikle de markanın itibarına ne ölçüde zarar verildiği hususu ciddi bir değişim ya da kötüleştirme yapıp yapılmadığı değerlendirmesini yaparken önemli bir ölçüt olarak dikkate alınmalıdır⁴³.

4. Türk Hukukunda

Türk hukukuna bakıldığında marka hakkının tükenmesi ilkesi karşısında markanın ayırt edicilik fonksiyonu dışında kalite, garanti ve reklam fonksiyonlarının dikkate alınmadığı ve marka hakkı sahibinin korunma kapsamına çok dar bir çerçevede bakıldığı görülmektedir. Bir markayı taşıyan malın yeniden pazara sürülmesi halinde, bu markayı taşıyan malın değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi durumunda marka sahibinin hukuki başvuru hakkı olacağı kabul edilirken o markanın reklam değeri, yatırım ve garanti değeri gibi hususların irdelenmediği göze çarpmaktadır.

Marka hakkının tükenmesi ilkesinin mevzuatımıza henüz girmediği tarihlerde Yargıtay tarafından verilen kararlarda “Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi” inceleme konusu yapılmamış ancak doktrine, AT’nin kaynak ikincil mevzuatına, borçlar hukuku ve rekabet hukuku ilkeleri ile haksız rekabet ilkelerine dayanarak kararlar gerekçelendirilmiştir. Özellikle 1999 yılında Yargıtay tarafından üç marka (Police⁴⁴, Lancome ve Dexter) ile ilgili olarak verilen kararlar “hakkın tükenmesi ilkesi ile bağlantılı değerlendirildiği” şeklinde yorumlanmaktadır⁴⁵.

Daha sonraki Yargıtay kararlarında “Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi”ne yer verilerek bir markayı taşıyan malın değiştirilmediği ve kötüleştirilmediği sürece piyasaya yayılmasının engellenemeyeceği ve haksız

43 Kaya, s. 259.

44 Rekabet Hukuku açısından yapılan değerlendirme için bkz. Derya Devrim Genç, *Rekabet Hukuku ile bağlantısı açısından Fikri mülkiyet Haklarının Tüketilmesi İlkesi*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 130.

45 A. Saadet Arıkan, *Fikri ve Sınai Haklar Açısından Paralel İthalat, AB ve Türkiye*; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Toplulukları Anabilim Dalı, Ankara, 2001, s. 187 vd.

rekabet oluşturmayaacağı açıkça vurgulanmaktadır⁴⁶. Yargıtay tarafından verilen bir kararda; tek yetkili satıcı tarafından açılan bir davada; “Naf Naf” markalı ürünlerin davalı tarafından düşük fiyatla satılması ya da şahsi ihtiyaçtan fazla elinde bulundurulması nedeniyle haksız rekabet oluştuğu ileri sürülmüştür.

Yargıtay ise “Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi”ne de vurgu yaparak malların ilk defa satışa sunulmasından sonra markayı taşıyan ürünün münhasır hak sahibinin izni ile piyasaya çıktıktan sonra o markayı taşıyan malın sonraki satışlarına engel olunamayacağı; bu hususun markaya tecavüz olarak değerlendirilemeyeceği gibi haksız rekabet de oluşturmayaacağı ancak markayı taşıyan malın piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi halinde ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkı olduğu tespitini yapmıştır⁴⁷. Ne var ki, tek satıcılık

46 Haksız rekabet oluşturduğu haller için bkz. Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 205.

47 “...Davacı, davalının yetkili satıcı olmadığı halde “Naf Naf” markalı ürünleri düşük fiyatla satmasından ve şahsi ihtiyaçtan fazla her ne suretle olursa olsun elinde bulundurmasından haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürerek bu davayı açmış olup, davalının markayı taklit ettiğini iddia ve ispat etmiş değildir. Davacı, dava dışı C. Limited Şirketi ile yetkili satıcılık sözleşmesi yapmış olup malların bu şirket tarafından ilk defa satışa sunulmasından sonra piyasaya yayıldığı anlaşılmaktadır. Davalı taraf, dava dışı AYTEKS Tekstil Limited Şirketi’nden aynı markayı taşıyan ürünleri satın aldıktan sonra kendi mağazasında aldığı şekliyle olduğu gibi satışa sunduğunu savunmuş, fatura ibraz etmiş ve eyleminin haksız rekabet oluşturmadığını ileri sürmüştür. 556 sayılı K.H.K.’nin 13/1. ve bu maddenin mehzalı olan Avrupa Topluluğu konseyi üye devletlerin markalarına ilişkin hükümlerin uyumlaştırılmasına ilişkin 89/104 sayılı Yönergenin 7.1. maddesinde “marka sahibi tarafından veya onun izni ile markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasından sonra marka sahibi, markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklayamaz.” hükmü getirilmiştir. Buna “Marka tescilinden doğan hakların tüketilmesi” denmektedir. Markalı bir ürün, marka sahibi ya da somut olayda olduğu gibi onun izni ile münhasır lisans sahibi tarafından piyasaya sürülünce, hak tüketilmiş olmakta, artık o markayı taşıyan malın sonraki satışlarına davacının müdahale etme hakkı ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla aynı K.H.K.’nin 9/2 ve 61/a maddelerine dayanılarak marka hakkına tecavüz iddiası dahi dinlenemeyeceği gibi, davalı eylemini haksız rekabet olarak nitelendirmek de mümkün olmayacaktır. Ancak, aynı K.H.K.’nin 13/2 maddesi uyarınca marka sahibi, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme yetkisine sahiptir. Öte yandan, münhasır lisans (tek satıcılık) sözleşmesi, yapımıcı (sağlayıcı) ile tek satıcı (tek elden dağıtıcı) arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, çerçeve niteliğinde ve sürekli bir sözleşme olup, yapımıcı (bu davada davacı) ürünlerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekele sahip olarak satmak üzere tek satıcıya (davada dava dışı C. limited şirketi) bedeli karşılığında göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmayı yüklenir. (Bak.Prof.Dr.Haluk

sözleşmeleri, tek satıcının kendisine verilen tekel hakkına karşılık satış ve sürümü arttırma borcunun olduğu, tek satıcının reklam yapma ve müşteri ilişkilerini geliştirme yükümlülüğü olan sözleşmelerdir⁴⁸. Buna rağmen ilgili kararda, tek satıcının markaya yaptığı yatırım, pazarlama faaliyetleri, reklam değeri gibi unsurlar hiç irdelenmemiş, tek satıcılık sözleşmesinin sadece taraflarını bağlayan nispi bir sözleşme olduğuna değinilerek davacının üçüncü kişilere karşı haksız rekabet hükümleri ile dahi korunmasının mümkün olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Yargıtay, paralel ithalatın tek satıcılık sözleşmesine dayanarak durdurulamayacağı zira bu durumun marka hukuku ile ilgili olmadığı yönünde kararlar vermiştir⁴⁹.

Yine davacı tarafından açılan bir başka davada; davalının arada herhangi bir lisans sözleşmesi bulunmamasına rağmen kendisine ait internet sitesinde davacının markalarını taşıyan ürünlerin yayınlandığı ve teşhir edildiği, ürünlerin rayiçlerin çok altında satılması nedeniyle haksız rekabet olduğu iddia edilerek yayının durdurulması; ilgili internet sitesinin ve uzantılarının kapatılması, erişimin engellenmesi ve markaya tecavüz nedeniyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuştur. Yargıtay tarafından verilen kararda ise; yine marka hakkının tükenmesi ilkesine vurgu yapılarak; marka hakkının tükenmesi ilkesi kapsamı dışında tutulabilmesi için marka itibarının zarar görebileceği biçimde, taklit satışların ya da sunum biçimi açısından itibar zedeleyici hallerin oluşması gerektiğini belirten ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır⁵⁰. Oysa ki “marka itibarının

Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.1/1, Ank.1985, Sh.27 vd.) Sözleşmenin nisbiliği ilkesi uyarınca, üçüncü kişiye herhangi bir yükümlülük getirilemez. O halde, davacının üçüncü kişilere karşı haksız rekabet hükümlerinden yola çıkılarak korunması mümkün değildir. Somut olayın yukarıda yapılan açıklamalar ışığında irdelenmesi ve davalı savunması delilleri üzerinde durularak, davalı eyleminin 556 sayılı K.H.K.nin hükümlerine ve TTK.nun 56.vd. maddelerinde yazılı yasal düzenlemelere aykırılık teşkil edip etmediğine bakılmak, sonucuna göre karar verilmek gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı gerekçelerle davanın kabulü, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 11. HD, E. 7381, K. 8746, T. 09.11.2000; (www.lexpera.com.tr).

48 Esen İrtem, “Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının üçüncü Kişilere Karşı Sahip olduğu Haklar”, *Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Duygun Yersuvat’a Armağan, C. 9, S. 2, İstanbul 2012, s. 811.

49 Tekinalp, s. 447.

50 “Davacı vekili, müvekkillerine ait markalarının tescilli ve koruma altında olduklarını, ancak davalı ile müvekkilleri arasında herhangi bir lisans sözleşmesi bulunmamasına rağmen, davalı tarafından işletilen adlı internet sitesinde bu markaların 3. kişileri yanıltacak şekilde kullanıldığını, internet sitesinde yayınlandığını ve teşhir

zedelenmesi gerekliliği” ifadesine yer verilmesine rağmen, bu durumun

edildiğini, ürünlerin rayiçlerinin çok altında satılarak haksız rekabet yaratıldığını ileri sürerek, adlı internet sitesi üzerinden yapılan yayının tedbiren durdurulmasına ve nihai olarak davalıya ait bu internet sitesinin, uzantılarının tamamen kapatılmasına, internetten kaldırılmasına, erişimin engellenmesine, dava konusu markaların tespit tarihi olan 17.07.2011 tarihinden beri izinsiz, haksız ve hukuka aykırı olarak kullanıldığının ve müvekkillerinin marka hakkına tecavüz edildiğinin, üçüncü kişilerin yanıltılmaya çalışıldığının tespitine, değişik iş dosyası üzerinden verilen tespit kararının nihai karara dönüştürülmesine, müvekkillerinin marka haklarına, ticari itibarlarına yapılan saldırı ve ihlal nedeniyle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 10.000 TL maddi, 20.000 TL manevi tazminatın tespit tarihinden, tecavüzün daha önceden olduğunun tespiti halinde ise bu tarihten itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline ve hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı şirket vekili, www.n11.com sitesinin bir alış- veriş platformu ve müvekkili şirketin yer sağlayıcı olduğunu, üye olan satıcılara sanal mağaza alanı verildiğini, üyelerin kendi alanlarını ürün satışı için kullandıklarını ve doğrudan doğruya müvekkilinin satış yapmadığını, müvekkilinin sorumluluğunun bulunmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, davalı şirketin ileri sürüldüğü şekilde doğrudan doğruya anılan markaları kullanarak emtia üretimi ve satışı yaptığı yolunda bir delil bulunmadığı, davalının bir yer sağlayıcı olarak web sitesinde ticaret yapanlara olanak sağladığı ve üye tacirlerin bu sitede hukuki anlamda herhangi bir çekişme konusu olmayan, marka taklidi olduğu belirlenmeyen ve özgün nitelik taşıyan ürünleri satışa sundukları, yer sağlayıcının teknik olarak olanak sağladığı yerde, malları ile ilgili duyuru yaptııkları ve duyuru amacını aşar mahiyette bir marka kullanımları olmadığı, tüketicilerin veya müşterilerin malın geldiği kaynak konusunda yanılığa uğradıklarına dair bir delil bulunmadığı, 556 sayılı KHK'nın 13. maddesi uyarınca tescilli markayı taşıyan ürünler bir kez piyasa çıktıktan sonra, marka sahibinin, tescil kapsamındaki bu mallara ilişkin sonraki satışları marka tesciline dayanarak engelleme hakkı bulunmadığı, tescilli markayı taşıyan ürünlerin çok daha önce piyasa sürüldüklerinin belli olduğu, özgün ürünlerle ilgili olarak, marka hakkının tükendiği, internet ortamındaki satışların, tükenme kuralının kapsamı dışında tutulabilmesi için marka itibarının zarar görebileceği biçimde, taklit satışları, sunum biçimi açısından itibar zedeleyici hallerinin oluşmasının gerektiği, bu şekilde herhangi bir kanıtın bulunmadığı, somut mağaza satışlarına paralel olarak, internet ortamındaki mağazalarda da özgün ürünlerin satışa sunulmasının serbest rekabet hakkı kapsamında olduğu, ürünlerin daha ucuza satılmasının ise kendi başına marka ihlali anlamına gelmeyeceği, ayrıca sadece marka sahibinin internetten satış yapabileceğini kabul etmenin, mal ve hizmetlerin serbest rekabet ortamında piyasaya sunumunun sağlanması ve arz/talep çerçevesinde gerçek fiyatlarının oluşmasının sağlanması şeklindeki serbest rekabet ve piyasa ilkelerine aykırı olacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davalının yer sağlayıcısı olduğu web sitesinde satışa sunulan davacı markasını taşıyan ürünlerin markanın taklidi suretiyle kullanıldığının iddia ve ispat edilmemiş bulunmasına, ayrıca bu ürünlerin satışı için yapılan açıklamaların da 556 sayılı KHK'nın 12. maddesi kapsamında dürüstçe ve ticari konularla ilgili bir kullanım niteliğinde bulunmasına göre, davacılar vekilinin tüm teyiz itirazları yerinde değerildir.” Yargıtay 11. HD, E. 6429, K. 12088, T. 25.6.2014 (www.lexpera.com.tr).

gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için markanın diğer fonksiyonlarına zarar verilip verilmediğine değinilmemiş ve markanın lüks bir marka olup olmadığı ya da sunum şeklinin itibarı zedeleyici olup olmadığı, o markanın pazarlama stratejisine aykırılık oluşup oluşmadığı durumu da ayrı bir değerlendirme konusu yapılmamıştır.

Diğer yandan Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda, tükenme ilkesinin istisnaları arasında “haklı neden”e açık olarak değinilmese de paralel ithalatın bazı durumlarda haksız rekabet oluşturacağı vurgulanmıştır. İlgili olayda “Recfectocil” marka ithal kozmetik ürününün Türkiye’de tek ithalatçısı ve yetkili satıcısı olduğunu ileri süren ve davalının kendisini haksız olarak Türkiye distribütörü olarak tanıtarak bu ürünleri sattığını iddia eden davacı; haksız rekabetin önlenmesi ve maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Davalı ise adı geçen ürünlerin ithalatını yasal yollara yaptığını iddia ederek davacının ürününün iç piyasaya sürüldükten sonra marka hakkının tükendiği savunmasını yapmıştır. Yargıtay ise yapmış olduğu değerlendirme sonucunda davalının ürüne ait ambalaj içine Türkçe kullanım kılavuzunu koymadığı ve Türkçe etiketlerde de eksik bilgilere yer verildiğini, bu eksiklikleri tamamlamanın zaman ve para harcanmasını gerektireceğini belirterek davalı tarafından yapılan uygulamanın haksız rekabet teşkil ettiği yönünde karar vermiştir⁵¹. Bu kararda Yargıtay, tek yetkili satıcının işletme hakkının ithalatçı tarafından bir yatırım yapılmaması ve çaba sarf edilmemesi nedeniyle ihlal edildiğine hükmetmiştir⁵².

Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmelere bakıldığında her ne kadar ilk kararlarda tek satıcı için farklı bir değerlendirme yapılsa da sonrasında bu içtihadan dönüldüğü; tek satıcılık ya da franchising sistemi için farklı bir değerlendirme yapılmadığı gibi lüks ve tanınmış markalar için de farklı bir inceleme söz konusu olmadığı görülmektedir⁵³.

Yine ilgili kararlarda; tek satıcılık sözleşmesinin tek satıcı ve yetkilendiren arasında nispi bir sözleşme olduğu ve üçüncü kişileri bağlamayacağı değerlendirilmesine de yer verilerek marka hakkının tükenmesi karşısında

51 Yargıtay 11. HD, E. 14895, K. 14465, T. 08.07.2013; Yargıtay 11. HD; E. 5043, K. 6816, T. 4.12.2017, (www.lexpera.com.tr).

52 Haşmet Ozan Güner ve Mine Güner, *The Gray Market Handbook*, Baker&McKenzie, 2015, s. 417.

53 Aslan, s. 173.

tek satıcının haklarının korunmayacağına ve üçüncü kişi için haksız rekabet kurallarının da uygulanamayacağına karar verilmiştir. Bu yönde verilen kararlar; bilimsel öğretilerde “sözleşme dışındaki bir kimsenin tek satıcılık sözleşmesinde yer alan haklarla bağdaşmayan davranışlarda bulunması halinde bu davranışların haksız rekabet sayılacağı kabul edilmektedir” denilerek eleştirilmiştir.⁵⁴ Üreticinin değişik bölgelerde tek satıcılar ile imzaladığı sözleşmelere bunların ancak kendi bölgelerinde satış yapabilmelerini öngören ve başka bölgelere satış yapmalarını yasaklayan hükümler koymasının durumunda bu bölgeye ürünü başka yollardan getiren üçüncü kişilerin eylemlerini ticaret ve ithalat serbestisi ile açıklamaya imkân olmadığı ifade edilmiş ve tek satıcıların yaptığı büyük reklam harcamaları, çalıştırdığı personel, bu personele verilen eğitimler ve bunun gibi emek ve sermayeyi gerektiren yatırımlardan sonra bunları hiçe sayan üçüncü kişi eylemlerinin haksız rekabet kurallarının temelinde yatan emek prensibine aykırılık oluşturacağı vurgulanmıştır.⁵⁵ Ayrıca Yargıtay kararları eleştirilmiş ve böyle bir durumda “ticari itibarın sarsıldığı” hususunun açık olduğu ifade edilerek haksız rekabetin sadece ürünün değiştirilmesi olgusu ile açıklanması ciddi şekilde eleştirilmiştir.⁵⁶

Tekel özelliğine karşılık sürümü artırma yükümlülüğünü içinde barındıran tek satıcılık sözleşmelerinde de aynı franchise sözleşmeleri gibi reklam ve pazarlama yatırımları büyük önem taşımaktadır. Marka hakkının tükenmesi ilkesi incelenirken bu ilkenin istisnalarının geliştirilmesi ve her bir olay özelinde ayrı bir değerlendirmenin yapılması hem hukuki açıdan hem de ekonominin daha sağlıklı işlemesi ve franchising sisteminin özüne zarar verilmemesi, yabancı yatırımcının ülkemize çekilmesi açısından oldukça önemlidir. Kaldı ki, markanın tanınmış bir marka olması nedeniyle marka için franchise alınması karşılığında ödenen franchise ücretleri ve markanın tanınmışlığı nedeniyle franchise alan tarafından yapılan ulusal ve uluslararası reklam ve pazarlama yatırımları, satış şekillerinin o marka tarafından benimsenmiş pazarlama stratejilerine uygun olup olmadığı noktaları da bu değerlendirmeyi yaparken dikkate alınması gereken hususlardır.

54 Ömer Teoman, “Tek Satıcıların İhlali ve Haksız Rekabet”, *Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim*, C. II, İstanbul: 1982-2001, s. 199.

55 Teoman, s. 201.

56 Teoman, s. 202.

Diğer yandan tek yetkili olarak faaliyet göstermek üzere franchise alan bir işletme “Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi” ile birlikte birdenbire kendini üçüncü kişilerle rekabet eder durumda bulmaktadır. Bu durum franchise sözleşmesi gereği ödenen ücretlerin de gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır. Önemle ilave etmek gerekir ki, franchise sözleşmelerinin hemen hemen tümünde rekabet etmeme koşulu bulunmasına rağmen ilke gereği pazara giren üçüncü kişiler nedeniyle franchise alan hem bu üçüncü kişiyi engellememekte hem de franchise verenden rekabet etmeme hükmünün işletilmesini isteyemeyerek tamamen korumasız durumda kalmaktadır⁵⁷.

5. ABAD Kararlarında

Türk hukukundaki uygulamanın aksine ABAD tarafından verilen kararlara bakıldığında, marka sahibinin haklarının korunması açısından markanın tüm fonksiyonlarının derinlemesine irdelendiği, marka sahibinin “marka hakkının tükenmesi ilkesi” karşısında durumunun güçlendirildiği⁵⁸ ve markanın lüks ve tanınmış marka olması durumunda farklı tartışmaların yapıldığı görülmektedir.

L’Oreal v.eBay kararında ABAD marka sahibinin markanın tüm fonksiyonları yönünden korunmasının gerekli olduğunu vurgulamakta ve markanın sadece ayırt edicilik fonksiyonunun değil, markanın diğer fonksiyonları ile ortaya çıkan ticari itibarının korunmasının da önemine değinmektedir⁵⁹.

ABAD tarafından verilen Christian Dior v. Evora kararı dikkat çekicidir⁶⁰. Christian Dior SA; lüks kozmetik pazarında üretim yapan, yüksek fiyatlı parfüm ve kozmetik ürünleri pazarlayan bir firmadır. Bu firma distribütörlerini özenle seçmekte ve bu dağıtıcılarına farklı satıcılara satış yapma izni de vermemektedir. Evora ise kimyasal ürün üreten bir zincir olup daha düşük kaliteli mallar satmaktadır. Bu zincir; Christian Dior’un yetkili dağıtıcısı olmamasına rağmen paralel ithalat yoluyla ve çok daha ucuz fiyata Christian Dior ürünlerini pazarlamaya başlamış ve 1993 yılında bir yılbaşı

57 Mert Kaan Gülpınar, *556 Sayılı Markalar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi*, İstanbul, 2014, s. 85 vd.

58 Arıkan, s. 26

59 Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 6; <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2009/06/the-ecj-delivers-its-judgment-on-loreal-v-bellure>.

60 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli%3AECCLI%3AEU%3AC%3A1997%3AS17>.

promosyonunda da çeşitli ilan ve reklamlarda, katalog ve broşürlerde bu ürünleri kullanmıştır. Yapılan reklam ve pazarlama kampanyaları Christian Dior'un pazarlama ve reklam stratejisine tamamen aykırıdır. ABAD önüne gelen bu davada; malların kötüleşmesinin sadece fiziksel bir kötüleşme olmadığı aynı zamanda zihinlerde oluşan kötüleşmenin de bu tanıma dâhil olduğu iddia edilmiştir. Zihinlerde oluşan kötüleşme ise marka sahibinin sunumu ve reklamları sonucu oluşan ürünün cazibesi, prestiji ve lüks imajının olumsuz olarak etkilenmesidir. Sonuçta; ABAD tarafından verilen kararda ürünlerin daha düşük kalitede mal satan bir satıcı tarafından ticari amaçla yeniden piyasaya sunulmasının engellenemeyeceği ancak markanın ticari itibarını sarsması durumunda bu satışa engel olunabileceği yönünde karar verilmiştir⁶¹. ABAD, bu kararda lüks markalar bakımından farklı bir değerlendirme yaparak yeniden satıcının marka sahibinin meşru menfaatlerini dikkate alması ve reklamın malın lüks imajını ve prestijini sarsarak marka değerini etkilememesi gerektiği tespitini yapmıştır⁶².

Yine ABAD tarafından incelenen diğer bir dava ise BMW ile Deenik arasındaki davadır. ABAD bu davada markanın kullanımının satıcı açısından bir kalite güvencesi sağlaması halinde marka hakkı sahibinin marka kullanımını önleyip önleyemeyeceği üzerinde durarak markanın kalite fonksiyonunu tartışma konusu yapmıştır⁶³.

İlgili kararlar Türk hukukuna da yol göstermesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi, gerek paralel ithalat yoluyla olsun gerek üçüncü kişiler tarafından kampanyalardan alınan toplu ürünlerin tüketiciye arz edilmesi yoluyla gerçekleşsin, öncelikle geçici bir fiyat indirimi yaratmaktadır. Oysa ki; paralel ithalatta dahi bahse konu fiyat farkı oranının %2'yi geçmediği tespit edilmiştir⁶⁴. Diğer yandan bu uygulama, franchising sistemine açık bir şekilde zarar vermekte ve sistemin gelişimine engel olmakta, dolayısıyla ekonomiye ve istihdama zarar vermektedir. Marka hakkı sahibinin yapmış olduğu yatırımlar ve gösterdiği faaliyetler karşısında

61 Gürbulak, s. 80-82

62 Orhan Çerçi, *Fikri Mülkiyet Haklarında Hakların Tükenmesi İlkesi*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İsparta 2013, s. 73.

63 Karakurt, s. 91.

64 Gülpınar, s. 71.

sıkı bir koruma beklenirken yapılan yatırımlardan haksız bir şekilde faydalanılmakta ve dolayısıyla marka hakkı sahibine gerekli koruma sağlanamamaktadır⁶⁵. Sonuç olarak, ülkemizde gelinen durumda, satış sonrası hizmetlerde ve garantilerde ciddi aksamalar olmakta ve bu da tüketici aleyhine bir durum yaratmaktadır⁶⁶.

6. Sonuç

Paralel ithalata ek olarak franchise alanın tek yetkili olarak satmaya yetkilendirildiği ve genellikle tanınan ve itibarı yüksek bir markayı taşıyan ürünlerin üçüncü kişiler tarafından franchise alan tarafından yapılan indirim kampanyalarından tüketici süsü verilerek satın alındığı ve internet kanalıyla yeniden piyasaya arz edildiği; bu kişilerin markada ciddi bir değişime gitmediği ve kötüleştirmedeği sürece franchise veren ya da franchise alan tarafından engellenemediği görülmektedir. Bu durum lüks markalara ilişkin ürün franchisinginde daha da zarar verici bir hal almaktadır. “Marka hakkının tükenmesi ilkesi” karşısında franchise alanın sahip olduğu marka lisansı hakkının ya da franchise verenin marka hakkının korumasız bırakılması büyük bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar gerek 556 sayılı KHK döneminde gerek 6769 sayılı SMK md.152’de “Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi”nin istisnalarına değinilirken “haklı neden” kavramına yer verilmesi de Yargı makâmı tarafından daha geniş bir değerlendirme yapılması gerektiği açıktır. Hem 556 sayılı KHK hem de 6769 sayılı SMK’na kaynak oluşturan 80/94 sayılı AB Yönergesi’nde yer verilen “haklı neden” ifadesi ve TMK md.2’de düzenlenen dürüstlük kuralı ilkesi uyarınca; Yargı makâmı tarafından “haklı sebep” değerlendirmesi yapılması, markanın itibarının sarsılıp sarsılmadığı incelemesinin titizlikle yapılması ve “marka hakkının tükenmesi ilkesi”nin istisnalarının daha geniş yorumlanması uygun olacaktır.

Ayrıca bu değerlendirme yapılırken ayırt edicilik ve kaynak belirtme fonksiyonu yanında markanın garanti, kalite ve reklam fonksiyonlarının da irdelenmesi ve bu fonksiyonların zarar görmesi halinde de haklı sebep olarak kabul edilerek “marka hakkının tükenmesi ilkesi”nin istisnaları arasına dâhil edilmesi, lüks ve tanınmış markaların “itibar”ına zarar verilmesi halinde, ilkenin dikkate alınmayarak, yapılan reklam ve pazarlama yatırımlarının da

65 Gülpınar, s. 72.

66 Gülpınar, s. 72.

göz önünde tutulması ve marka hakkı ya da lisans hakkı sahipleri için hukuki başvuru yollarının açılması büyük önem taşımaktadır. Nitekim franchise verilen sektörlere bakıldığında da; franchise alanın marka lisans hakkının ya da franchise verenin marka hakkının “marka hakkının tükenmesi ilkesi”ne rağmen korunabilmesi için bu yönde kararlar alınması zorunlu bir hal almıştır.

Diğer yandan her bir olay bazında değerlendirme yapılması franchising sisteminin özünün korunması açısından da büyük önem taşımaktadır. Nitekim aksi durumda franchise alan ve franchise veren arasındaki sözleşmedeki ücretlerin de yeniden değerlendirilmesi bir zorunluluk halini alacaktır. Yine aynı şekilde franchise sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağı hükümleri de tamamen etkisiz bırakılmakta ve franchise alan, franchise verenle imzalamış olduğu franchise sözleşmesine rağmen korumasız kalmaktadır.

Sadece franchise alan ya da franchise veren değil, tüketiciler de bahse konu ilkenin mutlak şekilde uygulanmasından büyük zarar görmektedirler. Nitekim indirim kampanyalarından yararlanması hedeflenen tüketici kitlesi olmasına rağmen bu indirimlerden hedeflendiği şekilde yararlanamamakta ve hatta üçüncü kişiler nedeniyle bu kampanyaların sayısı ve indirim miktarı azalmaktadır. Görünüşte getirilen fiyat indirimleri uzun dönemde tüketiciler aleyhine işlemekte ve tüketici menfaatlerine ciddi şekilde zarar vermektedir.

Kaynakça

- Arkan, Özgür. “Revisiting the Conflict Between the European TradeMark Rights and Parallel Importation”, *Rekabet Dergisi*, C. 16, S. 4, Ekim 2015.
- Arkan A., Saadet. *Fikri ve Sınai Haklar Açısından Paralel İthalat, AB ve Türkiye*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Toplulukları Anabilim Dalı, Ankara, 2001.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Arkan, Sabih. *Marka Hakkının Tüketilmesi*. Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan. Ankara: 1998.
- Aslan, Adem. *Türk ve AB hukukunda Hakların Tükenmesi*, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.
- Ayata, Yeşim. *Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Ayhan, Rıza ve Çağlar, Hayrettin. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

- Bozer, Ali; Celal Göle. *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara:2021.
- Büyükkılıç, Gül. *Marka Hukukunda Markanın Sulandırılmaya karşı Korunması*. İstanbul:Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Çağlar, Hayrettin. *Marka Hukuku*. Ankara, 2015.
- Çerçi, Orhan. *Fikri Mülkiyet Haklarında Hakların Tükenmesi İlkesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi*, Isparta, 2013.
- Dirikan, Hanife. *Tanınmış Markaların Korunması*, Ankara 2003.
- Düzgün, Ülgün Aslan. *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat Sorunu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2019.
- Düzgün, Ülgün Aslan. "Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensi-bi". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, 2012.
- Ertan, Füsün Nomer. *Haksız Rekabet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Fisher, Lane and Staplin, Max. "Planning Ahead: Creating and Enforcing Mandatory Development Schedules in Area Development, Area Representative and Master Franchise Relationships". *American Bar Association Franchise Law Journal*, Summer 2013.
- Genç, Derya Devrim. *Rekabet Hukuku ile bağlantısı açısından Fikri mülkiyet Haklarının Tüketilmesi İlkesi*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- Gülpınar, Mert Kaan. *556 Sayılı Markalar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2014.
- Güner, Haşmet Ozan ve Güner Mine. *The Gray Market Handbook*, Baker & McKenzie, 2015.
- Gürzumar, Osman Berat. *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukukten Korunması*. İstanbul: Beta Yayınları, 1995.
- Görbulak, Hilal Eda. *Yeni Sınai Mülkiyet Kanununa göre Marka Hakkının Tüketilmesi*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.
- Hesselink, Martijn W./Rutgers, Jacobien W./Bueno Díaz, Odavia/Manola Scot-ton & Muriel Veldman. *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*. European Law Publisher, 2006.
- İrtem, Esen. "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının üçüncü Kişilere Karşı Sahip Olduğu Haklar". *Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Duygun Yersuvat'a Armağan, C. 9, S. 2, 2012.
- Karakurt, Yasemin. *Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi İlkesi ve İstisnaları*. Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

- Kaya, Aslan. *Marka Hukuku*. İstanbul: Arkan Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Kırca, Çiğdem. *Franchise Sözleşmesi*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997.
- Klepac, Lovro/Butorac Malnar, Vlatka. “Commercial Agents and Online Platforms Risks Related to Market Specific Investments”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series 5*, no. Special Issue, 2021.
- Pınar, Hamdi. “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi – EFTA-Mahkemesi’nin “Maglite”, Avrupa Toplulukları Mahkemesi’nin “Silhouette” ve Yargıtay’ın “Police” Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme”. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan*, İstanbul, 2000.
- Pınar, Hamdi. *Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2004.
- Suluk, Cahit, Karasu, Rauf ve Nal, Temel. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Şimşek, Bahar. *Franchising Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Teoman, Ömer. “Tek Satıcıların İhlali ve Haksız Rekabet”. *Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim*. C. II, İstanbul: Beta Yayınları, 1982-2001.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul, 2012.
- Ulaş, Dilber. “Franchise Sisteminin, Franchise Alan ve Veren Yatırımcılar Açısından Verimliliğinin Değerlendirilmesi”. *Verimlilik Dergisi*, C. 2, 2004.
- Uzunallı, Sevilay. *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021
- Uzunallı, Sevilay. *Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu*. İstanbul 2008.
- Ülgen, Hüseyin, Helvacı, Mehmet, Kaya, Arslan ve Nomer N. Füsün. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.
- Viskuşenko, Melis Abacıoğlu. “Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Yer Alan Değişiklikler”. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, C. 20, S. 1, 2018.
- Yasaman, Hamdi. 6769 Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbacılık, Ankara:2017; “Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler”, s. 125-172.
- www.lexisnexis.com
- www.lexpera.com.tr
- <https://ufrad.org.tr/franchise/1-franchising-nedir>;
- <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2009/06/the-ecj-delivers-its-judgment-on-loreal-v-bellure>
- <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A1997%3A517>



ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN TECAVÜZ SUÇU (SALDIRI SUÇU) ÜZERİNDEKİ YARGI YETKİSİ VE HAREKETE GEÇİRİLMESİ*

Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Celal KUL**

Öz

Tecavüz, devletlerarasında yüzyıllardır bir mesele teşkil etse de günümüze dek faillerinin cezalandırılmamış olması gariptir. Tecavüz suçunun faillerinin yargılanabilme ihtimali, 1998 yılında Roma Statüsü'ne bu suçun ismen dâhil edilmesiyle gündeme gelmiştir. 2002 yılında Roma Statüsü yürürlüğe girdiğinde metinde tecavüz suçunun tarifi ve şartları yer almamaktaydı. Bu eksiklik, 2010 yılında Roma Statüsü'nde yapılan değişikliklerle tecavüz suçunun uygulanma şartları ve tanımının yapılmasıyla giderilmiş olduysa da suç üzerinde Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi başlatılmamıştı. Nihayet 2017 yılında Taraf Devletler Meclisi, Mahkeme'nin tecavüz suçu üzerindeki yargı yetkisinin başlatılması hakkında karar almıştır. Mahkeme'nin tecavüz suçu hakkındaki yargı yetkisini kullanma usûlleri de dâhil olmak üzere bu makale, tecavüz suçunun hukuki çerçevesini Uluslararası Ceza Mahkemesi bakımından çizmektedir. Bunun yanı sıra, makalede uluslararası sistemin gerek tecavüz harbini önlemek gerekse tecavüz suçunun faillerinin bireysel cezai sorumluluğunu

* Bu makale Muhammet Celal KUL, *Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Saldırı Suçu Üzerindeki Yargı Yetkisi*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, SBE, 2012, künyeli tezde ve daha sonra Muhammet Celal KUL, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 künyeli kitapta yer alan metne güncel hukuki gelişmelerin eklenmesiyle Nisan 2023'te yeniden yazılmıştır.

** T. C. Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milleterarası Hukuk Anabilim Dalı. ORCID: 0000-0002-9294-3086

tesis etmedeki güçlü ve zayıf yanlarına dair ayrıntılı değerlendirmeler yapılmıştır. Makaleyi farklı kılan bir diğer yön ise, Türk uluslararası hukuk literatüründe tecavüz suçu hakkında yirmi yılı aşkın süredir yapılan bir terminolojik hatayı tespit etmesidir.

Anahtar Kelimeler: *Tecavüz suçu, Uluslararası Ceza Mahkemesi, saldırı suçu, Roma Statüsü, yargı yetkisinin başlatılması, bireysel cezai sorumluluk.*

THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT'S JURISDICTION OVER THE CRIME OF AGGRESSION AND ITS ACTIVATION

Abstract

Aggression has been an international issue between States for centuries. Oddly enough, it went unpunished to this day. The possibility of punishing the perpetrators of the crime of aggression has been started when it was introduced as a crime in the Rome Statute in 1998. The Statute entered into force without the definition of the crime of aggression in 2002. This discrepancy was abolished with the 2010 amendments to the Rome Statute which laid down the circumstances of the jurisdiction of the International Criminal Court without however without activating this jurisdiction. Finally, in 2017 Assembly of States Parties hold a resolution on the activation of the jurisdiction of the Court over the crime of aggression. This article sets out the legal framework of the crime of aggression in respect of the International Criminal Court including triggering mechanisms to exert jurisdiction on the crime of aggression. The paper, in addition, touches upon the strengths and weaknesses of the international system to enforce individual criminal liability for the perpetrators of the crime of aggression. One of the outstanding aspect of this article is that it points out a terminological mistake for the crime of aggression that has widely been made for more than twenty years in the Turkish international law literature.

Keywords: *Crime of aggression, International Criminal Court, international aggression, individual criminal liability, Rome Statute, activation of jurisdiction.*

Extended Summary

The International Criminal Court has been established as the result of the Rome Conference which convened in 1998 to establish a permanent international criminal court. Being a permanent criminal court, the International Criminal Court differs from the other *ad hoc* tribunals which had been established after 1990 to deal with specific cases of serious international crimes. In addition, statutes of the *ad hoc* tribunals do not contain the crime of aggression which sets out another distinction of the International Criminal Court. Moreover, the contribution of a permanent international criminal court to the international criminal justice might prove to be much greater.

International Criminal Court began to operate in the year of 2002 when the 60th State became party to the Rome Statute. In fact, pursuant to the Rome Statute, as adopted in 1998, the International Criminal Court has jurisdiction over the most serious crimes of international concern, namely the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes, and the crime of aggression. But unlike the other crimes that took part in the Rome Statute, no definition made for the crime of aggression and similarly no condition determined for the conditions for exercise of jurisdiction over that crime in 1998. This was because there was much discussion over the crime of aggression. Most debated of them can be counted as follows: The definition of aggression, the conditions for the exercise of jurisdiction over the crime of aggression, the role of the United Nations Security Council in determining the existence of an act of aggression. Following the discussions, no agreement was reached on these debated issues, but it was decided that the crime of aggression be put in the Rome Statute among other crimes. Unresolved issues left to be discussed in a review conference to be convened later.

In 2010, in Kampala, Uganda, a review conference convened to activate, as early as possible, the jurisdiction of the International Criminal Court over the crime of aggression. In the Review Conference, an agreement was reached on the definition of the crime of aggression and the conditions for the exercise of jurisdiction over the crime of aggression. In that a *chapeau* provision was adopted in relation to the definition of aggression

and the acts of aggression were also adopted most of which identical to those found in the General Assembly resolution 3314(XXIX) of 1974. Within the definition of the crime of aggression *leadership* requirement was adopted, by article 8 *bis* paragraph (1) by stating that, “*crime of aggression*” means the *planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations*” And the “act of aggression” was defined as follows by the second paragraph of the said article “*the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations*”.

According to the amendments adopted in the 2010 Review Conference there are three ways for triggering jurisdiction of the International Criminal Court. First of them being the state party referral, second of them being the *proprio motu* authority of the prosecutor and the third of them being the Security Council acting under Chapter VII of the United Nations Charter. It is important to note that the Security Council referral is a little bit different in nature than the other two ways as it leads to the consequence that non-States parties to be subjected to the jurisdiction of the International Criminal Court. Despite these regulations, the exercise of jurisdiction has been delayed after the year of 2017 with the 2010 Amendments.

Finally, in 2017, Assembly of States Parties hold a resolution on the activation of the jurisdiction of the Court over the crime of aggression. This article sets out the legal framework of the crime of aggression in respect of the International Criminal Court besides touching upon the strengths and weaknesses of the international system to enforce individual criminal liability for the perpetrators of the crime of aggression. One of the outstanding aspects of this article is that it points out a terminological mistake for the crime of aggression that has widely been made for more than twenty years in the Turkish international law literature.

1. Giriş

Son yirmi yıllık uluslararası hukuk literatüründe neredeyse bir galat-ı meşhur teşkil edecek şekilde yerleşmeye başlayan kelime “saldırı” kelimesidir. Saldırı kelimesinin doğasında bir yanlışlık olmamakla birlikte onun nerede ve hangi kavramın karşılığı olarak kullanıldığı bu değerlendirme bakımından önem arz etmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi 1998 yılında kabul ettiği Roma Statüsü’nde *Fr. aggression, İng. aggression* suçuna yer verince bu konuyla ilgili çalışanların bir tercüme yapması gerekti¹. Konuyu çalışan ilk yazarların yabancı kaynaklardan yararlanmak ve kavrama yeniden Türkçe bir karşılık bulmak suretiyle literatürün isabetsiz bir kavramla yönlendirilmesine sebep olmuş olması kuvvetle muhtemeldir. Oysa doğru karşılığı bulmak adına yapılması gereken kavramın mevcut Türkçe literatürde hangi adla karşılandığını bulmak olmalıydı. Bu satırların yazarı da mezkûr suç üzerinde ilk çalışmaya başladığında, tezinde² saldırı kavramını kullanmış ancak konuya ilişkin orijinal yabancı vesikaların ve Türkçe eski vesikaların ve Meclis tutanaklarının incelemesinde görmüştür ki: i) Saldırı, *aggression* kelimesini karşılamak hususunda yetersiz olup daha dar bir manaya sahiptir ii) Türkçe literatürde *aggression* kelimesinin karşılığı tecavüz olarak kullanılmaktadır³.

Tecavüz kelimesi Arapçadan dilimize girmiş olan İngilizce ve Fransızca dillerindeki, sırasıyla, “*aggression, aggression*” kelimelerinin karşılığıdır⁴. Tecavüz kelimesinin lügat karşılıkları ise “saldırma, hücum etme, aşma, geçme, (belirtilen sınırdan) ileriye gitme”dir. *Aggression* kelimesinin Latince kökeni *aggressio/ tecavüz, aggreği/ saldırmak* kelimelerinden gelmektedir. *Ad (-e doğru)* ve *gradi (ilerlemek, yürümek)* birleşiminden oluşan kelime ilk kez 17. asır başlarında kullanılmıştır⁵. *Aggression* kelimesinin doğru ter-

1 Bkz. dn. 6.

2 Bkz. Muhammet Celal KUL, *Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Saldırı Suçu Üzerindeki Yargı Yetkisi*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, SBE, 2012.

3 Mesela bkz. 2357 sayılı “Tecavüzün tarifi hakkında Türkiye ile Romanya, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri İttihadi, Çekoslovakya ve Yugoslavya arasında Londra’da 4 Temmuz 1933 tarihinde imza olunan mukavelename ile üçüncü maddesinin lahikasının tasdikına dair kanun”, Resmi Gazete 28 KÂNUNUEVVEL 1933, ss. 3337-3338.

4 Bkz. “Larousse”, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-anglais/agression> (erişim: 12.04.2023), Ayrıca bkz. *The Wordsworth English-French, French-English Dictionary*, Edited by FORBES/SMITH, Hertfordshire, 1996, *aggression* maddesi.

5 Merriam-Webster Sözlüğü, *aggression* kelimesinin tecavüz anlamında ilk kez 1611 yılında kullanıldığını açıklamaktadır, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/>

cümesini yapabilmek, bu çalışmanın tamamında kullanılacak bir kelimeyi doğru seçmek adına önemli bir noktayı teşkil etmektedir.

Son yirmi yıllık Türkçe uluslararası hukuk literatüründe *İng.* *aggression* kelimesinin tercümesi olarak genellikle “*saldırı*” kelimesi⁶ kullanılmıştır. Fakat nadiren de olsa farklı tercümelere rastlanmaktadır. *Aggression* kelimesi mezkûr farklı tercümelere birinde *saldırganlık*⁷, bir başkasında ise *saldırış*⁸ kelimesiyle karşılanmaya gayret edilmiştir. Oysa *saldırganlık* kelimesi çevirinin yapıldığı kaynak dil olan İngilizce’de *aggressiveness* kelimesinin karşılığıdır⁹. Yine *aggression* kelimesinin bir başka tercümesi “saldırma” olarak yapılmıştır¹⁰. Fakat “saldırma” kelimesi bir “isim-fil”/filimsi

aggression (erişim: 12.04.2023), Ayrıca bkz. *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, 8. Bası, Oxford University Press, 2010, “*aggression*” maddesi.

- 6 *Aggression* kelimesinin karşılığı olarak ‘saldırı’ kelimesini kullanan bazı yazarlara ve eserlerine örnek verilecek olursa: Yusuf Aksar, *Evrensel Yargı Kuruluşları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 140; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Gözden geçirilmiş 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 327; Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar*, 5. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2003, s. 120; Yücel Acer, *Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu*, Ankara: Roma Yayınları, 2004; Cengiz Başak, *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2003; Semir Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, İstanbul: On iki levha Yayıncılık, 2010.
- 7 Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri*, II. Cilt, 2010, ss. 1595-1600; Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 6. Bası, 2007, ss. 800, 801; Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 7. Bası, 2010, ss. 527, 528.
- 8 Abdullah Pulat Gözübüyük, *Devletlerarası Ceza Hukuku*, Türk Hukuk Kurumu Telif ve Tercüme Serisi, No: 22, Ankara, 1959, s. 77.
- 9 *Aggression*, “saldırı” kelimesinin kaynak dildeki *isim* halinin karşılığıdır. *Aggressive* ise sıfat halinde olup karşılığı “saldırgan” kelimesidir. *Aggressiveness* sıfat halinde olan kelimeden türetilen bir isim (*noun*) olup *saldırganlık* kelimesinin karşılığıdır. Burada, daha sonra zihinlerin karışmasına mahal vermemek için *aggressor* kelimesinin de sıfat fiil olan “saldıran” olarak çevrilmesi gereğini de belirtmemiz uygun olacaktır. *Aggressor* kelimesinin bir diğer tercümesi günümüz Türkçesinde çok yaygın kullanılmayan (sıfat fiil yapan -an ekinin Doğu Türkçesinde kullanılan versiyonu olan) -gan eki ile yapılan *saldırgan* kelimesi olacaktır. -Gan eki ile ilgili geniş açıklama için bkz. Kaya/Erdem, “Türkçede -Agan /-Gan ve -Ici Ekleri ve Südi Şerhindeki Kullanımları”, *Turkish Studies: International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, Vol. 5/3 Summer 2010, ss. 1594-1617; Ayrıca bkz. *Redhouse Sözlüğü: İngilizce Türkçe*, 15. Bası, İstanbul: Redhouse Yayınevi, 1989, s. 16 “*aggression*” maddesi.
- 10 Birleşmiş Milletler Şartının 39. maddesinin tercümesinde *act of aggression* ifadesi “saldırma fiili” olarak dilimize çevrilmiştir. Bkz. Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları Fakülteler Matbaası, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, Cilt 1, 1980, s. 62 Ayrıca bkz. Aslan Gündüz, *age*, s. 93.

ve kaynak kelime ise bir “isim” olduğundan zaten bu tercümenin yanlışlığı açıktır. Bu halde, ilk incelemede “*aggression*” kelimesinin doğru tercümelerinin “tecavüz” ve “saldırı” olduğu söylenebilir. Bu iki kelimenin birincisi Arapça kökenli diğeri Türkçe kökenlidir.

Terminoloji konusundaki asıl önemli sorun şurada ortaya çıkmaktadır: *Saldırı* kelimesi “*aggression*” kelimesinin karşılığı olarak alındığında, “*attack*” kelimesine nasıl bir karşılık bulunacaktır? *Aggression* ve *attack* kelimelerinin her ikisi de “saldırı” olarak tercüme edilirse, bu kez hukuki metinlerin *attack* ve *aggression* kelimeleri arasında bir ayrıma gittiği durumlarda hangisinin kastedildiği anlaşılmayarak hataya düşmek kaçınılmaz olacaktır. Nitekim 1974 Tarihli Tecavüz’ün Tarifine dair BM Genel Kurul Kararı ve 2010 Kampala Değişiklikleri bu ayrımı yapmaktadır. Buna göre, ancak belli ağırlık ve çaptaki saldırılar (İng. *attacks*) uluslararası tecavüz (İng. *international aggression*) teşkil edebilir. Bu durumda, *aggression* kelimesinin tercümesi olarak, tıpkı eski devletlerarası hukuk vesikalarında¹¹ olduğu gibi, tecavüz, *aggressor* için mütecaviz, kelimelerini tercih etmek ve tecavüz büyüklüğüne erişmeyen *attack* mefhumu için ise “saldırı” kelimesini tercih etmek en isabetli tercih olacaktır. Zira bir saldırının, tecavüz teşkil edip etmediği hususu, mesele önlerine geldiğinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin veya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin tespit edeceği bir durumdur. Mesela, Mavi Marmara Olayı’nda, İsrail’in hareketinin, bir saldırı (*attack*) olduğu açık olmakla birlikte uluslararası tecavüz (*international aggression*) teşkil edecek ağırlık ve ölçekte olup olmadığı tartışılabilir. Nitekim Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne verilen dilekçede İsrail’in savaş suçu ve insanlığa karşı suç işlediği iddia edilmiştir¹². Yine belirtilmelidir ki “*attack*” (saldırı) kelimesi soykırım ve savaş suçlarının suç tiplerini tarif ederken de kullanılmaktadır. Bu halde, hangi *saldırı*ların tecavüz suçuna işaret ettiğini

11 2357 sayılı “Tecavüzün tarifi hakkında Türkiye ile Romanya, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri İttihadı, Çekoslovakya ve Yugoslavya arasında Londra’da 4 Temmuz 1933 tarihinde imza olunan mukavelename ile üçüncü maddesinin lahikasının tasdikına dair kanun” Resmî Gazete 28 KÂNUNUEVVEL 1933, ss. 3337-3338; “Padişah ile isyan eden Mısır Valisi Mehmet Ali Paşa Arasında, Fransa’nın tavassutu ile Kütahya Muahedesi” Mehmet Ali Paşanın Suriye’ye tecavüzünden bahseder. Bkz. Reşat Ekrem, *Osmanlı Muahedeleri ve Kapitülasyonlar*, İstanbul: Türkiye Matbaası, 1934, s. 160.

12 Konu hakkında bkz. Ahmet Hamdi Topal, “İsrail’in Gazze Ablukası ve Mavi Marmara Saldırısı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 1, 2012, ss. 103-154.

anlatabilmek açısından *aggression* kelimesinin en münasip tercümesi “tecavüz” olacaktır. Eski metinlerde zaten “tecavüz” şeklinde geçen kavrama Amerika’yı yeniden keşfetmek manasına gelecek şekilde yeni bir tercüme bulmak, yazarların eski vesikalarla bağının koptuğuna ve bilimsel sürekliliğin kesintiye uğradığına işaret etmektedir. Nitekim yazarlar eskiden kullanılan bir mefhumu yabancı dilde bir metinde gördükten sonra buna kendi anlayışlarına göre Türkçe yakın bir karşılık bulma ameliyesine girişmektedirler. Bu vaziyet, kavram kargaşasına götüren ve akademik kesinliği balatalayan bir durum olarak nitelendirilebilir. Buna mukabil şunu teslim etmek gerekir ki yazarları her bir mefhum için eski sözlükleri karıştırmaya sevk etmek de usandırıcı ve vakit alıcı bir yoldur. Ancak en azından kavram kargaşasının ortaya konduğu belli mefhumlar bakımından bu sürecin izlenmesi faydalı olacaktır¹³.

2. Tecavüz Suçu Üzerinde Yargı Yetkisinin İcra Edilmesi

2.1. Genel Olarak

Tecavüz suçu üzerinde yargı yetkisi icra edilmesi 2010 Değişiklikleri ile bazı şartlara bağlanmıştı. Bunlardan birisi yargı yetkisinin kullanılması için 1 Ocak 2017 tarihinden sonra taraf devletlerin en az 2/3’ ünün¹⁴ alacağı bir kararın varlığını gerekli kılmaktaydı. “... by the same majority of States Parties as is required by the adoption of an amendment to the Statute”

13 Bu çalışmada tecavüz suçu Uluslararası Ceza Mahkemesi kapsamında daha çok usuli çerçeveyi ortaya koyacak şekilde sınırlandırılmıştır. Bu itibarla çalışma uzun vaka analizleri içermemektedir. Tecavüz suçu ve fiillerini ve dolaylı tecavüz (dolaylı saldırı) gibi ilişkili kavramları ve kuvvet kullanma hukuku bakımından etraflıca ele alan bir çalışma için bkz. Muhammet Celal Kul, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016. Bahsedilen kitap 2010 Kampala Değişikliklerine göre yazılmış olup önünüzdeki makaleyle birlikte okunduğunda güncel durumun en iyi şekilde anlaşılmasına hizmet edecektir. Türkiye’nin ve diğer devletlerin Suriye’deki silahlı çatışmalardaki rolü için bkz. Muhammet Celal Kul, *Exploring the Anatomy of the Syrian Armed Conflicts*, Ankara: Adalet Yayınları, 2020. İşgal ve tecavüz vakalarının ülkeler bazında “kuvvetler statüsü anlaşmaları” bakımından ortaya konduğu bir çalışma olarak ise bkz. Muhammet Celal Kul, *Uluslararası Hukukta Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

14 Statüye getirilecek bir değişikliğin tabi olduğu karar nisabıyla aynı oranda çoğunluk tarafından 1 Ocak 2017 tarihinden sonra alınacak karara binaen tecavüz suçu üzerinde yargı yetkisi icra edilebilecekti. Bkz. Madde 15 bis (3) hükmü. “Statüye getirilecek bir değişikliğin tabi olduğu karar nisabıyla aynı oranda çoğunluk” ifadesi Statünün 121. maddesinden anlaşıldığı üzere 2/3 çoğunluğa tekabül etmektedir.

ibaresindeki majority/çoğunluk kelimesi mezkur kararın alınması için konsensüs aranmayacağını aşikâr etmekteydi.

Tecavüz suçu üzerinde yargı yetkisi icra etmeye ilişkin getirilen bir diğer şart ise değişikliklerin en azından otuz taraf devlet tarafından kabul yahut tasdik edilmiş bulunması gerekliliği¹⁵. Bu gereklilik, mezkûr değişiklik içinde yargı yetkisinin kullanım şartı olarak sunulmuş olmasına rağmen aslında bu daha çok değişikliğin yürürlüğe girmesine mütedair bir şarttır. Bu şartların her ikisi de hem ‘taraf devlet ihbarı’ hem ‘Güvenlik Konseyi ihbarı’ hem de savcı inisiyatif yoluyla yargı yetkisini harekete geçirme durumlarına şamildir.

2. 2. Tecavüz Suçu Üzerinde Yargı Yetkisi İcra Etmeye İlişkin Yollar

Roma Statüsünde Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar bakımından yargı yetkisinin harekete geçirilmesi hakkındaki yollar¹⁶ 13. maddede

- i) taraf devletlerden birinin, bir veya daha fazla suçun işlendiğine ilişkin olarak Mahkemenin savcısına ihbarda bulunması
- ii) BM Şartının VII. Bölümüne göre hareket eden Güvenlik Konseyi’nin Mahkeme’ nin savcısına ihbarda bulunması ve
- iii) savcının re’ sen soruşturma başlatması (*proprio motu*) halleri olarak sayılmıştır¹⁷.

2. 2. 1. Tecavüz Suçu Üzerinde Taraf Devlet İhbarı ve Savcı’nın Re’sen Soruşturma Başlatması Suretiyle Yargı Yetkisi İcra Etmek

Roma Statüsünün 15 *bis* maddesinde yer alan birinci yol taraf devlet tarafından yapılan ihbar üzerine ilerletilen usûle ilişkindir¹⁸. Aynı şekilde Roma Statüsü’ nün 15*bis*(1) hükmü tecavüz suçu üzerinde taraf devlet ihbarına binaen yargı yetkisi icra etmenin madde 13(a) hükmüne göre yapılacağını belirtmektedir. Madde 13(a) hükmünün yaptığı atf sayesinde ise

15 Bkz. Roma Statüsü, 15 *bis* (2) ve 15 *ter* (2) ortak hükmü.

16 Konu hakkında ayrıca bkz. Uğur Bayıllıoğlu, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi Açısından Saldırı Suçuna İlişkin Kampala Düzenlemeleri”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 9, Sayı: 33, 2013, ss. 73-79.

17 Bkz. Roma Statüsü, madde 13 sırasıyla (a), (b) ve (c) bentleri.

18 Bkz. Roma Statüsü, madde 15*bis*(1) hükmü; krş. Roma Statüsü, Madde 13(a) ve (c) hükümleri. Ayrıca bkz. Roma Statüsü, madde 14.

taraf devlet ihbarları hakkında Statünün 14. maddesi cari olacaktır. Buna göre, bir taraf devlet, Mahkeme' nin yargısına giren suçlar hakkında bir yahut birden çok suçun işlenmiş görüldüğüne ilişkin Mahkeme savcısına ihbarda bulunacak¹⁹ ve bunu yaparken de gerekli bilgi ve belgeleri savcıya ulaştıracaktır²⁰. Savcının, taraf devlet ihbarıyla tecavüz iddiasına ilişkin bilgileri edinmesinden sonra takip edeceği usul kendi *proprio motu* yetkisine dayanarak açacağı soruşturma için takip edeceği usulle aynıdır. Bu sebeple taraf devlet ihbarı sonucunda bir soruşturmanın nasıl açılabileceğini anlatmaya devam etmek yerine aşağıdaki paragraflarda savcının tecavüz suçuna ilişkin olarak re' sen soruşturma açması usulünü anlatacağız.

Tecavüz suçu üzerindeki yargı yetkisini harekete geçirme yollarından bir diğeri ise, savcının *proprio motu* yetkisine dayanarak süreci başlatmasıdır. Bir diğere deyişle savcı re' sen açacağı soruşturma ile geniş manada muhakeme sürecini başlatacaktır.

Savcının tecavüz suçu hakkında soruşturma başlatma yetkisine ilişkin olarak, madde 13(c) hükmü, madde 15 hükmü ve madde 15 *bis* hükümleri caridir²¹. Buna göre savcı tecavüz suçu hakkında edindiği bilgilere dayanarak re' sen soruşturma (tahkikat) başlatabilir²². Savcı, tecavüz suçuna ilişkin soruşturmayı başlatmak için makul temelin bulunduğu sonucuna varırsa²³, ilk önce Güvenlik Konseyi'nin ilgili devletin tecavüz suçunu işlediğine dair bir tespit yapıp yapmadığını belirler. Savcı, önündeki olaya ilişkin olarak, her türlü ilgili bilgi ve vesika de dâhil olmak üzere, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne bildirimde bulunur²⁴. Şayet Güvenlik Konseyi, tecavüz suçunun varlığı yönünde bir tespit yapmışsa savcı tecavüz suçuna ilişkin bir soruşturma açabilir²⁵. Şayet Güvenlik Konseyi mezkûr duruma ilişkin bir tespit yapmamışsa savcı, altı ay süresince bu tespit yapılmasını

19 Bkz. Roma Statüsü, madde 14(1) hükmü.

20 Bkz. Roma Statüsü, madde 14(2) hükmü.

21 Roma Statüsü, madde 15*bis*(1) hükmünün göndermesini takip ederek...

22 Bkz. Roma Statüsü, madde 15(1) hükmü.

23 Savcı edindiği bilgilere göre bir soruşturma başlatmak için makul temel bulunmadığına kanaat getirirse bu durumu bilgi aldığı taraflara bildirir. Fakat savcı aynı duruma ilişkin yeni bilgi ve delilleri her zaman edinebilir. Bkz. Roma Statüsü, madde 15(6) hükmü.

24 Bkz. Roma Statüsü, madde 15*bis*(6) hükmü.

25 Bkz. Roma Statüsü, madde 15*bis*(7) hükmü.

bekleyecek²⁶ ve altı ay sonunda yine tespit yapılmamışsa bu kez savcı Önyargılama Dairesinden soruşturma izni talep edecektir²⁷. Şayet Önyargılama Dairesi talep dilekçesinde belirtilen olayın Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suç olduğuna ve soruşturma açmak için makul temel bulunduğu kanaat getirirse soruşturmanın başlatılmasına izin verecektir²⁸. Fakat bu kez de Güvenlik Konseyi'nin Roma Statüsünün 16. madde hükmüne dayanarak soruşturmanın ertelenmesine sebep olması gündeme gelebilecektir. Mezkûr 16. madde hükmüne göre şayet Güvenlik Konseyi Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü kapsamında alacağı bir karara binaen Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden talepte bulunursa, talep tarihinden itibaren Statü kapsamında herhangi bir dava yahut soruşturma açılmayacak, açılmış olan dava (kovuşturma) yahut soruşturmalara da devam edilemeyecektir. Yine aynı hükme göre Güvenlik Konseyi mezkûr talebini yenileyebilecektir. Belirtmeliyiz ki bu hüküm, Güvenlik Konseyinin siyasi yapısı sebebiyle adaletsiz sonuçlar doğurmaya müsaittir. Zira bu hükmün sui-istimali neticesinde, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi olan devletler ve Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinden en az birinin kayırdığı devletlerin vatandaşları hakkında tecavüz suçuna istinaden bir yargılama yapılması mümkün olmayacaktır.

Tecavüz suçuna dair dikkati çeken bir diğer husus ise savcının tecavüz suçuna ilişkin soruşturma başlatması, Mahkeme'nin yargı yetkisine dâhil bulunan diğer suçlara göre zorlaştırılmıştır. Diğer suçlar için izlenmesi gerekmeyen Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne bildirimde bulunma, Güvenlik Konseyi'nin bir tespit yapıp yapmadığını belirleme, tespit yapılmamışsa altı ay bekleme usulleri Mahkeme'nin yargı yetkisindeki diğer suçlar için cari değildir²⁹.

Gerek savcının *proprio motu* yetkisini kullanması durumunda gerekse bir taraf devlet ihbarı durumunda, Roma Statüsüne taraf olmayan bir devletin uyrukları üzerinde tecavüz suçu bakımından yargı yetkisi icra

26 Bkz. Roma Statüsü, madde 15bis(8) hükmü.

27 Bkz. Roma Statüsü, madde 15(3) hükmü.

28 Fakat Önyargılama Dairesinin verdiği bu karar, Mahkemenin daha sonradan soruşturma dosyasının ilişkili olduğu davada istima edilmezlik (*İng. inadmissibility decision*) verebilmesine engel teşkil etmez. Bkz. Roma Statüsü, madde 15(4) hükmü, Ayrıca Önyargılama Dairesinden soruşturma başlatılmasına ilişkin izin alınmazsa bile savcının aynı olaya ilişkin yeni bir başvuru yapmasına bir mâni yoktur.

29 Krş. Roma Statüsü, madde 15 hükmü.

edilemeyecektir³⁰. Sonuç olarak hem savcının re'sen soruşturma başlatması hem de taraf devlet ihbarı durumunda geçerli olmak üzere Mahkeme şu hallerde tecavüz suçu üzerinde yargı yetkisi icra edemeyecektir³¹:

- i) Roma Statüsüne taraf olmayan devletlerin topraklarında işlenen tecavüz suçları,
- ii) Statüye taraf olmayan devletlerin uyrukları tarafından işlenen tecavüz suçları,
- iii) Statüye taraf olmakla birlikte Mahkeme'nin tecavüz suçu üzerindeki yargı yetkisini kabul etmediğini beyan eden devletler bakımından (15bis uyarınca *opt out* deklarasyonu).

2. 2. 2. Tecavüz Suçunda Güvenlik Konseyi İhbarı Yoluyla Yargı Yetkisi İcra Etmek ve Güvenlik Konseyinin Rolü

Güvenlik Konseyi ihbarı durumunda Mahkeme, yargı yetkisini Roma Statüsü'nün madde 13(b) hükmüne göre icra edecektir³². Buna göre Güvenlik Konseyi bir veya birden çok tecavüz suçunun işlenmiş görüldüğü durumları Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü kapsamında hareket etmek suretiyle Mahkeme'nin savcısına ihbar edecektir³³. Daha sonra ise soruşturmanın açılma usulü şöyle işleyecektir: Savcı soruşturma açılması için makul temel bulunduğu kanaat getirirse Önyargılama Dairesinden izin almak suretiyle soruşturmayı başlatacaktır. Görüldüğü üzere diğer iki yolun aksine Güvenlik Konseyi ihbarında soruşturma açabilmek çok daha sade bir usüle tabidir. Zira her ne kadar Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni bağlamasa da³⁴, Güvenlik Konseyi'nin tecavüzün varlığına ilişkin olarak yapacağı tespit mütecevizlerin yargılanabilmesi için başlatılacak muhakeme usulünün önemli ölçüde etkilemektedir.

30 Bkz. Roma Statüsü, madde 15bis(5) hükmü.

31 Cf. International Criminal Court, Assembly of State Parties, Report on the facilitation... s. 8. dn. 54. Ayrıca Roma Statüsü madde 121(5) hükmüne göre, Statü'nün (5), (6), (7) ve (8). maddelerinde yapılacak değişikliklerin, bunları kabul etmeyen bir devlet bakımından, (bu devletin uyruğunca yahut bu devlet ülkesinde işlenen suçlar hakkında) uygulanmayacağı belirtilmektedir.

32 Bkz. Roma Statüsü, madde 15ter(1) hükmü.

33 Bkz. Roma Statüsü, madde 13(b) hükmü.

34 Bkz. Roma Statüsü, madde 15ter(4) ve 15 bis (9) hükmü. (Tecavüz fiilinin varlığına ilişkin Mahkeme dışında bir organın yaptığı tespit, Mahkeme'nin kendi kanaatlerine hâlel getirmez.)

2010 Gözden Geçirme Konferansında, Güvenlik Konseyinin ihbarı üzerine gerçekleşen kovuşturmalar hakkında bir yorum kuralı kabul edilmiştir³⁵. Buna göre Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümüne göre hareket eden Güvenlik Konseyi'nin ihbarı durumunda, diğer iki yolun aksine³⁶, Statü'ye taraf olmayan bir devletin uyrukları üzerinde de yargı yetkisi icra edilebilecektir.

Tecavüz suçu konusunda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin işlevinin ne olması gerektiği hususu hem 1998 Roma Konferansı'nda hem de 2010 Gözden Geçirme Konferansı'nda tartışılmıştır³⁷. 1998 yılında kabul edilen şekliyle, Roma Statüsü³⁸, yapılacak bir tecavüz tanımının Birleşmiş Milletler Şartı'nın ilgili hükümleriyle uyumlu olması gereğine işaret etmekteydi³⁹. 1998 Roma Konferansı'nın son oturumunda İngiliz Delegasyonu Birleşik Krallığın, Birleşmiş Milletler Şartına atıf yapan Roma Statüsü madde 5(2) hükmünü⁴⁰, "Güvenlik Konseyinin bir tecavüz fiilinin vuku bulunduğunu önceden tespit etmiş olması gerekliliğinin bir ifadesi olarak yorumladığımı" belirtmiştir⁴¹.

Birleşmiş Milletler Şartı'nın otuz dokuzuncu maddesi⁴² ise tecavüzün Güvenlik Konseyi'nce tespitine ilişkin olarak şu hükmü içermektedir:

35 RC/11, Annex III, Understandings Regarding the Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the Crime of Aggression, understanding 2.

36 Taraf devlet ihbarı ve savcının re'sen soruşturma başlatması.

37 Ayrıca bkz. Marc Weller, "Undoing the Global Constitution: UN Security Council Action on the International Criminal Court", *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, Vol. 78, No. 4, October, 2002, s. 693 vd.

38 Bkz. 1998 yılında kabul edilen şekliyle Roma Statüsü madde 5(2) hükmünün son cümlesi.

39 Roma Statüsünün beşinci maddesinin ikinci fıkrası 2010 Gözden Geçirme Konferansında kabul edilen RC/Res. 6, Ek I ile Statü metninden tamamen silinmiştir. Bkz. RC/Res.6, http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf (erişim: 12.04.2023).

40 2010 Gözden Geçirme Konferansından sonra Statü metninden çıkarılmış olan madde 5(2) hükmünün tercümesi şöyledir: "Mahkeme tecavüz suçu üzerindeki yargı yetkisini, 121 ve 123. maddelere uygun bir şekilde suçu tanımlayan ve bu suçla ilgili olarak Mahkemenin hangi durumlarda bu yetkisini kullanacağını ortaya koyan bir hüküm kabul edildikten sonra yerine getirir. Böyle bir hüküm, Birleşmiş Milletler Şartının ilgili hükümleriyle uyumlu olmalıdır" bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi, Gözden Geçiren Devrim Aydın, Ankara, 2006, s. 3.

41 UN Doc. A/CONF.183/SR.9, para. 51.

42 Bkz. Malcom D. Evans, *Blackstone's International Law Documents*, 12th Edition, Oxford, OUP, 2015, s. 16.

“Güvenlik Konseyi barışı tehdit eden herhangi bir durumu, barışın bozulduğunu veya bir tecavüz fiilini(n varlığını) tespit ederse uluslararası barış ve güvenliğin yeniden tesisi için tavsiyelerde bulunur veya madde 41 ve 42’ye göre hangi tedbirlerin alınacağına karar verir”⁴³

2010 yılındaki Gözden Geçirme Konferansı esnasında BM Güvenlik Konseyi’nin daimi üyeleri, BM Şartının 39. maddesini dikkate alarak tecavüz suçu üzerinde yargı yetkisi icra edilebilmenin ancak Güvenlik Konseyi’nin bu konuda önceden verdiği bir iznin bulunmasına bağlı olduğunu belirtmişlerdir.⁴⁴

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin tecavüz fiilinin varlığının tespitini kendi tekellerine alma yahut Güvenlik Konseyi’nce verilecek izne bağlamaya çalışmaları Güvenlik Konseyi’ne yöneltilen eleştirilerin ne kadar haklı olduğunu bir kez daha göstermektedir. Zira Güvenlik Konseyi siyasi bir organdır, tabii olarak hukukî değil siyasi tespitler yapmaktadır. Ayrıca Güvenlik Konseyi’nin tecavüz fiilinin varlığı hakkında bir tespit yapması Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin aynı hususa dair bir tespit yapmasına engel olmamalıdır⁴⁵. Nitekim 2010 Gözden Geçirme Konferansında kabul edilen 15 ter maddesinin dördüncü fıkrasında da

43 Tercüme bu makalenin yazarı tarafından yapılmıştır. Resmi tercüme nakleden Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler Örnek Kararlar, s. 93’te verilen madde tercümesi bir anlam kaymasına sebebiyet vermektedir. Zira Birleşmiş Milletler Şartının asıl metnindeki 39 madde hükmü kategorik formda kaleme alınmışken resmi tercümedeki hüküm hipotetik/koşullu formda kaleme alınmıştır ve asıl anlamdan uzaklaşmıştır. Tecavüz suçu konusunda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin işlevinin ne olması gerektiği hususu hem 1998 Roma Konferansında hem de 2010 Gözden Geçirme Konferansında tartışma konusu edilmiş olduğundan bu konuya ilişkin BM Şartının 39. maddesini yeniden tercüme etmek uygun bulunmuştur. Madde metninin İngilizcesi için bkz. Bkz. *Blackstone’s International Law Documents*, s. 16, Türkçe resmi tercüme için bkz. Resmi Gazete, 24 Ağustos 1945, s. 6092, *Düster III*, Tertip, C. 26, s. 1382 vd.

44 Bkz William A. Schabas, 2011, s. 151

45 Nitekim Uluslararası Adalet Divanı’nın gördüğü, *Demokratik Kongo v Uganda Davası*nda Hakim Bruno Simma ayrı görüş yazısında: “Güvenlik Konseyinin tecavüz fiilinin varlığına dair bir tespit yapmamak için kendi siyasi gerekçelerinin bulunabileceği fakat mahkemenin Güvenlik Konseyiyle aynı yönde hareket etmek durumunda olmadığı zira mahkemelerin varoluş sebebinin hukuka dayanan kararlar almak olduğu.... Bu durumun da BM Şartının siyasi organlarla Mahkeme arasında öngördüğü işbölümünün sonucu olduğu” görüşlerine yer vermiştir. Bkz. *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, International Court of Justice (ICJ), 18 September 2002, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4040b4f97.html> (erişim: 12.04.2023). Separate Opinion, Bruno Simma, para.3.

“Mahkeme dışındaki bir organ tarafından tecavüz fiilinin (varlığına) ilişkin yapılan bir tespit, bu Statü bağlamında Mahkeme’nin kendi tespitlerine bir halel getirmez” hükmü kabul edilmiştir.

BM Güvenlik Konseyi’ni tecavüz durumlarını tespit eden bir tek hakem olarak bırakmak zımnen şu sonucu doğuracaktır: Uluslararası Ceza Mahkemesi, sadece Güvenlik Konseyi’nin tecavüz olarak ilan ettiği olaylara ilişkin muhakeme yapabilecektir. Bu durum ise Mahkemenin bağımsızlığını önemli ölçüde zedelemek anlamına gelecektir⁴⁶. Bu halde ise Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi daimi üyesi olan devletlerin bir devletin liderleri⁴⁷ hakkında tecavüz suçu işlemiş olmaktan bahisle takibat yapmanın pek mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Ayrıca hiç bir mahkeme “tecavüz fiilinin varlığı”nı tespit gibi bir önemli konuyu siyasi bir organ olan Güvenlik Konseyine bırakmamalıdır⁴⁸. Nitekim *Nikaragua Davası*’nda belirtildiği üzere “tecavüz”e ilişkin Güvenlik Konseyinin yapacağı bir tespit hukuki bir değerlendirme değildir ve fakat siyasi hesaplara dayanmaktadır⁴⁹.

2010 Gözden Geçirme Konferansında, BM Şartının 39. Maddesinin varlığı sebebiyle tecavüz fiilinin varlığına dair tespiti yapabilecek tek merciin Güvenlik Konseyi olacağı fikri yıkılmıştır. Konferans sonucunda kabul edilen maddelerde ikili bir ayrıma gidilerek bir maddede⁵⁰ tecavüz fiilinin varlığına dair yaptığı tespit üzerine Güvenlik Konseyi’nin Mahkeme’nin savcısına ihbarı düzenlenmiş olup diğer bir maddede⁵¹ ise i) Uluslararası Ceza Mahkemesi savcısının re’sen hareket ederek başlatacağı soruşturmaya binaen yargı yetkisinin kullanımı ile ii) bir *taraf devletin* yine tecavüz fiilinin varlığına istinaden yapacağı savcıya yapacağı ihbar düzenlenmiştir.

46 Bkz. William A. Schabas, 2011, s. 152.

47 Roma Statüsü, 8 bis(1) ve 25(3) bis hükümlerinin gereği olarak tecavüz suçu bakımından Mahkeme yalnızca, bir devletin siyasi veya askeri faaliyetleri üzerinde etkin şekilde denetim icra eden yahut bu faaliyetleri yöneten kişiler bakımından yargı yetkisi icra edebilecektir. Bkz. Muhammet Celal Kul, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 117.

48 Bkz. William A. Schabas, 2011, s. 152.

49 *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*; *Merits*, International Court of Justice (ICJ), 27 June 1986, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4023a44d2.html> (erişim: 12.04.2023).

50 Roma Statüsü, 15 bis maddesi, 2010 Gözden Geçirme Konferansı’nda alınan kararlar Statü metnine eklenmiştir.

51 Roma Statüsü, 15 ter maddesi, 2010 Gözden Geçirme Konferansı’nda alınan kararlar Statü metnine eklenmiştir.

2. 2. 3. Tecavüz Suçu Bakımından Yargı Yetkisi Kapsamından Çıkış: Roma Statüsü 15bis (4) Hükmü Uyarınca Opt Out Deklarasyonu

Roma Statüsünde yer alan tüm suçlar bakımından otomatik yargı yetkisi (*automatic jurisdiction*) kuralı geçerlidir. Zira Statüye taraf olan devlet Statüdeki tüm suçlar bakımından Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiş olacağına dair bir genel kural bulunmaktadır⁵². Yine tecavüz suçu bakımından bu kural geçerli olmakla birlikte bir *opt out* şansı getirilerek taraf devletlere önceden yapacakları resmî bir beyanla, Mahkemenin tecavüz suçu üzerinde sahip olacağı yargı yetkisini kabul etmeme hakkı tanınmıştır. Fakat bu yönde bir beyanati olmayan bir taraf devlet bakımından tecavüz suçuna istinaden yargı yetkisi kullanılabilir. Bir diğer deyişle Roma Statüsüne taraf bulunan bir devletin vatandaşları tarafından bir tecavüz fiili işlendiğinde Uluslararası Ceza Mahkemesi tecavüz suçu üzerinde yargı yetkisini ancak mezkûr devletin, *mahkemenin tecavüz suçu üzerindeki yargı yetkisini kabul etmediğine ilişkin* önceden yapılmış resmî bir beyanati bulunmuyorsa icra edebilecektir⁵³.

3. Mahkeme'nin Tecavüz Suçu Üzerindeki Yargı Yetkisinin Başlaması

Roma Statüsü'nün Taraf Devletler Meclisi, 14 Aralık 2017 tarihinde uzlaşi ile aldığı "Resolution ICC-ASP/16/Res.5" künyeli kararındaki değişiklikler sırasıyla incelenecek olursa:

İlk olarak, tecavüz suçu ile ilgili değişikliklerin onay ve kabul prosedürlerine tabi olarak Roma Statüsü'nün madde 121(5) hükmü uyarınca yürürlüğe gireceğini hatırlatarak⁵⁴, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tecavüz suçu üzerindeki yargı yetkisini 17 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla aktive etmesi (Fransızca metin esas alınır başlanması, harekete geçirilmesi) karara bağlamıştır.

52 Bkz. Roma Statüsü, madde 12(1) hükmü.

53 Bkz. Roma Statüsü, madde. 15 bis (4) hükmü.

54 Roma Statüsü 121(5) hükmü: Statü'nün (5), (6), (7) ve (8). maddelerinde yapılacak değişikliklerin, bunları kabul etmeyen bir devlet bakımından, (bu devletin uyuşgunca yahut bu devlet ülkesinde işlenen suçlar hakkında) uygulanmayacağı şeklindedir.

İkinci olarak, Roma Statüsü'ne taraf olan devletlerden herhangi birinin Statü' nün 15 *bis* hükmü uyarınca değişiklikleri kabul veya onay prosedürüne tabi tutmadan evvel bir *opt out* deklarasyonu yayınlayabileceğini karara bağlamıştır.

Üçüncü olarak, hâkimlerin yargısal bağımsızlıklarına ilişkin Roma Statüsü madde 40(1) ve madde 119(1) hükmünü teyit etmişlerdir.

Dördüncü olarak, tecavüz suçu üzerindeki değişiklikleri kabul veya onay süreçlerinden geçirmemiş taraf devletlere bu konudaki çağrısını yenilemiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi' nin tecavüz suçu üzerindeki yargı yetkisi, Roma Statüsü' ne taraf olmakla birlikte değişiklikleri kabul veya onay süreçlerinden geçirmemiş taraf devletlerin vatandaşları hakkında da geçerli olacaktır meğerki bu devletler 15*bis* (4) hükmü uyarınca *opt out* deklarasyonu yayınlamış olsun⁵⁵. Bununla birlikte eklenmelidir ki: i) Değişiklikleri kabul veya onay süreçlerinden geçirmemiş fakat Statü' ye taraf bulunan devletlerin vatandaşları tecavüz suçunu işlediğinde yahut ii) bu suç, Statü' ye taraf olup değişiklikleri kabul veya onay süreçlerinden geçirmemiş devletlerin ülkesinde işlendiğinde ne olacağı konusunda halen birbirine zıt fikirler beyan edilmeye devam etmektedir⁵⁶.

4. Tecavüz Suçu İçin Bugüne dek Neden Yaptırım Uygulanamadı?

Uluslararası hukuk bakımından tarihî önemi haiz hukukî vesikalar değerlendirildiğinde görülmektedir ki: Uluslararası toplum, tecavüz suçunun uygulanması hakkında, bu suç bakımından içerikleri ve nitelikleri tartışmalı olan Nuremberg ve Tokyo Mahkemelerinin Statülerinden bu yana, hukukî bağlayıcılığı olan belgeler üretememiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun ürettiği Suçlar Kodu Taslakları⁵⁷ bağlayıcı hale

55 International Criminal Court, Assembly of State Parties, Report on the facilitation on the activation of the jurisdiction of the International Criminal Court over the crime of aggression, Sixteenth session New York, 4-14 December 2017. (ICC-ASP/16/24), s. 6.

56 Bkz. International Criminal Court, Assembly of State Parties, Report on the facilitation, s. 8.

57 Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Kodu Taslakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammet Celal KUL, age. 2016, ss. 92-96.

gelememişlerdir. Tecavüz suçuna ilişkin 2010 Değişiklikleri ve 2017 tarihli Taraf Devletler Meclisi Kararı hariç tutulduğunda tecavüz hakkında günümüze dek atılan adımların en önemlisi, 1974 tarihli “Tecavüzün Tarifi” başlıklı vesikanın Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmesi olmuştur. Fakat bu vesika tecavüz suçunun bireysel cezaî sorumluluk yahut devletin sorumluluğu bakımlarından uygulanmasını sağlayacak bir niteliği haiz olmaktan çok uzaktır. Nitekim mezkûr tanım belgesinin kendi içinde bu yeterliğe sahip olmaması ve nitelik olarak bir Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı olması ve hizmet ettiği amaç da bu mezkûr yetersizliğe işaret etmektedir. Zira bahsedilen vesikanın Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’ne Birleşmiş Milletler Şartının 39. maddesi kapsamında tecavüz durumunu tespit etmede yardımcı olacak bir tanım olduğu ileri sürülmüştür.

Tecavüz suçunun uygulanabilir olmasını engelleyen bir diğer husus da tecavüzün ihlal etmiş olduğu hukuk kuralının niteliği hakkında bir fikir birliğinin bulunmamasıdır. Tecavüz ile gerçekleşen uluslararası hukuk ihlalinin bir kısım görüşe göre teamül kuralına aykırılık⁵⁸, bir kısmına göre bir *erga omnes* yükümlülüklerin ihlali olmasıdır. Mesela İngiliz Lordlar Kamarası önüne gelen bir davada: Askeri bölgelere izinsiz girip kamu malına zarar veren kişilerin ceza kanunundaki zaruret hali def’inin kullanılması ve bunu İngiliz Hükümet’inin dahil olacağı bir tecavüz harbinden onları men etmek için gerçekleştirmek zorunda kaldıklarını belirtmeleri üzerine Irak Savaşı’nın bir tecavüz harbi (saldırı savaşı) olup olmadığı tartışması gündeme gelmiştir. 2006 yılında verdiği kararda Lordlar Kamarası, uluslararası tecavüzün (international aggression) uluslararası teamül hukukuna göre suç teşkil ettiğini belirtmiş ve fakat Hükümetin savaşa katılma kararının hukukilik incelemesine girmekten ve savaşın tecavüz harbi olup olmadığı değerlendirmesini yapmaktan kaçınmıştır. Bu satırların yazarının tespitine göre tecavüz suçunu cezalandıran kurallar uluslararası teamül niteliğini kesbetmemiştir. Zira teamül kuralının unsurlarından *opinio iuris* kısmı devletlerin algılamasında sorunludur. Bu sebeple söz konusu suç, yalnızca uluslararası antlaşmalar temelinde cezalandırılabilir. Tartışmalı Nuremberg ve

58 Bkz. *R v. Jones* (Appellant) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division))-Judgments, [2006] UKHL 16. Davaya ilişkin bir değerlendirme için ayrıca bkz. Hilal Elver, “Irak Savaşı bir ‘Saldırı Suçu’ mudur? İngiltere Lordlar Kamarası’nın bir Kararı”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 4, 2007, 85-119.

Tokyo Yargılamaları ve bilhassa güçlü devletlerin uygulamaları (*State practice*) bu tespiti güçlendirmektedir⁵⁹. Ayrıca, *ius cogens* niteliğinde bulunduğu teoride tartışmasız kabul edilen kuvvet kullanma yasağının bile devletler bakımından algılanması ve uygulanmasının problemli olduğunu iddia etmek mümkündür.

2010 Değişiklikleri bağlamında, tecavüz suçunun uygulanmasını engelleyen en önemli hususlar şu şekildedir: İlk olarak bir tecavüz durumu gerçekleştiğinde, tecavüzün Birleşmiş Milletler Şartı'nın açık bir ihlalini sonuçlanması aranacaktır. İhlal için aranan "açık" olma kriteriyle uluslararası hukukun gri alanlarını tecavüz suçunun uygulanması bakımından kapsam dışında bırakılması amaçlanmıştır. Bu hükümle, "insanî müdahale" gibi uluslararası hukukta tartışmalı müesseseler tecavüz suçunun uygulanmasında kapsam dışı olacaktır. Bu da farklı isimlerde çeşitli müdahale ve tecavüzlerin faillerinin cezazsız kalmasını sonuçlayacaktır.

Tecavüz suçunun uygulanmasını 2010 değişiklikleri kapsamında bloke edebilecek olan bir diğer durum Roma Statüsü'nün 16. maddesinde bulunan soruşturma ve kovuşturmanın ertelenmesi kurumudur. Buna göre, Güvenlik Konseyi, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde tecavüze istinaden görülmekte olan bir davayı belli süreyle durdurmak, açılmış olan bir soruşturmayı belli süreyle ertelemek ve yeni bir soruşturmanın açılmasını belli süreyle ertelemek hakkına sahiptir. Güvenlik Konseyinin, bu hükmü aynı tecavüz durumu için tekrar tekrar işleterek belli bir tecavüz fiilini cezazsız bırakması mümkündür. Buna binaen denebilir ki, Güvenlik Konseyi'nde daimi üye sıfatını haiz bir devletin tecavüz suçunu işleyen liderinin tecavüz suçundan dolayı yargılamaya tabi tutulması engellenebilecektir. Benzer cezazsızlık durumu⁶⁰, Güvenlik Konseyi daimi üyesi olan bir devletin kayırdığı bir başka devlet uyuşuğu olan müteceviz için de geçerli olabilecektir.

Roma Statüsününün 15 *bis* ve 15 *ter* maddelerindeki düzenlemelerde tecavüz fiilinin varlığından bahisle Uluslararası Ceza Mahkemesi nezdinde prosedür başlatmaya ilişkin bazı usüli farklar göze çarpmaktadır. Şöyle ki, Uluslararası Ceza Mahkemesi savcısı, tecavüz suçuyla ilgili harekete

59 Bkz. Jackson Maogoto, *War Crimes and Realpolitik: International Justice from World War I to the 21st Century*, Lynne Rienner Publishers Inc., Boulder, 2004, s. 37 vd.

60 Nitekim, Roma Statüsü'nün dibacesinde taraf devletlerin amacının uluslararası suçlar bakımından cezazsızlığı önlemek olduğu ifade edilmiştir.

geçmeden önce, Güvenlik Konseyi' nin bir tecavüz fiilinin gerçekleşmiş olduğuna dair bir tespitinin bulunup bulunmadığını kontrol etmeli ve Güvenlik Konseyi' nin henüz tecavüz fiilinin varlığına dair bir tespiti yoksa bu halde harekete geçmeksizin altı ay beklemelidir⁶¹. Bu durum ise, Mahkeme nezdinde tecavüz suçunun varlığından bahisle harekete geçmeye yönelik prosedürler arasında bir öncelik sırası olduğunu ifade etmektedir. Buna göre: Mahkeme' nin savcısının iletileceği süreç siyasi bir organa göre tâli konuma düşürülmekte ve savcının soruşturma başlatması geciktirmektedir. Bunun dışında Güvenlik Konseyi' nin, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 16. maddesine dayanarak soruşturmayı durdurması/ bloke etmesi de mümkündür.

Tecavüz suçunun soruşturulmasına savcının re'sen harekete geçmesi veya bir taraf devlet ihbarı üzerinden başlanacaksa Önyargılama Dairesinin (*Pre-Trial Division*) soruşturmanın başlamasına ilişkin izin vermesi gerekir ki bu durum yargısal filtreleme olarak ifade edilmektedir⁶². Yargısal filtrelemenin hem uluslararası toplumun yararına hem de sanığın haklarını korumak bakımından faydalı bir kurum olduğu ifade edilmektedir⁶³. Fakat bu, tecavüz suçu üzerinde yargı yetkisi icra edilebilmesini zorlaştıran bir ek prosedür getirmiş olmak anlamını da bünyesinde barındırmaktadır.

Yine, tecavüz suçu Roma Statüsü' ne taraf olmayan bir devletin *ülkesinde* yahut bu devletin uyrukları tarafından işlendiğinde Mahkeme, bir taraf devlet ihbarı yahut savcının re'sen soruşturma başlatması yollarını kullanarak yargı yetkisi icra edemeyecektir⁶⁴. Bir başka deyişle, tecavüz suçu üzerinde Roma Statüsüne taraf olmayan devletler hakkında bir taraf devlet ihbarına binaen yahut savcının re'sen soruşturma başlatması yolları ile Mahkemenin yargı yetkisi icra etmesi mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, Güvenlik Konseyinin hakkında Mahkemeye başvurduğu bir tecavüz durumu

61 Bkz. Roma Statüsü, Madde 15 bis, (6), (7), (8). Fıkralar.

62 Bkz. Roma Statüsü Madde. 39(1) hükmü. Tecavüz suçuna Önyargılama Dairesi (*Pre-trial Division*) tarafından uygulanan yargısal filtreleme uygulaması Statü' de yer alan soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar için ise Statünün 15. maddesinde öngörülen şekilde *Pre-trial Chamber* tarafından uygulanmaktadır. Bu iki merci arasında ise hâkim sayısı bakımından fark bulunmaktadır.

63 Salvatore Zappala, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, s. 36 vd.

64 Bkz. Roma Statüsü, 15bis(5) hükmü.

Roma Statüsüne taraf olmayan bir devlet tarafından gerçekleştirilse dahi Mahkeme yargı yetkisini kullanabilecektir⁶⁵. Böylece Güvenlik Konseyi ihbarı durumunda tecavüz suçu üzerinde yargı yetkisi Roma Statüsüne taraf olmayan devletler hakkında da uygulanabilir olacaktır. Bu yönüyle de tecavüz suçuna ilişkin savcı tarafından soruşturma başlatma yahut bir taraf devlet ihbarı yoluyla yargı mekanizmasını harekete geçirme 2010 değişiklikleri kapsamında kabul edilen diğer yola göre (Güvenlik Konseyi ihbarı) daha zayıftır. Zira Güvenlik Konseyi ihbarı durumunda Statü'ye taraf olmayan bir devletin uyrukları üzerinde de yargı yetkisi icra edilebilecektir⁶⁶.

Tecavüz suçunun faillerine bir yaptırım uygulanmaması, bir anlamda güçlü devletlerin dünyayı şekillendirme isteğini sürdürdüğünü göstermektedir. Nitekim, Soğuk Savaş'ın bitmesiyle dünya düzeninin hegemonik yapıdan, aktörlerin biraz daha güçsüz olduğu, denge ve işbirliği durumuna doğru kaymasıyla savaş açmak suretiyle dünyanın arzu edilen gibi şekillendirilemeyeceği daha fazla açığa çıkmıştır. Fakat bu ahval bile, savaşın bir türü olan tecavüz harbinin mutlak şekilde yasaklanmasını ve cezalandırılmasını temin edememiştir.

Birleşmiş Milletler Şartının madde 2(4) hükmünün ihlali niteliğinde olan birçok tecavüz vakasının şimdiye dek gerçekleşmiş bulunmasına karşın 1947'den beri tecavüze istinaden bir uluslararası yargılama yapılamamıştır. Nitekim Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi bazı tecavüz durumlarını tespit etmiş⁶⁷ olsa da bunun, tecavüz durumuna ilişkin diğer birçok vakanın sayısından çok daha az olduğu bir gerçektir.

Tecavüz suçunun uluslararası barışa karşı suç olarak nitelendirildiği Nuremberg ve Tokyo yargılamalarından bu yana, tecavüz teşkil ettiği söylenebilecek pek çok fiil gerçekleştirilmiş olmasına rağmen tecavüz suçuna istinaden bir yargılama yapılmamış ve bir yaptırım da uygulanmamıştır. Bu vaziyet, mezkûr suçun tabiatına dair bazı sualler sormayı gerektirmektedir.

65 Bkz. Roma Statüsü, madde 15 ter ve 13(b) hükümleri.

66 Roma Statüsü, 13(b) hükmü gereği bu durum Roma Statüsü'nde yer alan diğer suçlar hakkında da geçerlidir.

67 Mesela, Güvenlik Konseyi, 4. Ekim 1985 tarih ve 573 sayılı kararıyla İsrail'in Filistin Kurtuluş Örgütü hedeflerine tecavüzünü, 6 Aralık 1985 tarih ve 577 sayılı kararıyla Güney Afrika'nın Angola'ya karşı giriştiği tecavüzleri tespit etmiştir. Ayrıca bkz. Naim Demirel, *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması*, İstanbul: Derin Yayıncılık, 2013.

Tecavüz fiilinden sorumluluğun tatbik edilememe sebeplerinin başlıcası, BM Güvenlik Konseyi' nin karar mekanizmasında daimi üyelerin veto hakkının bulunmasıdır⁶⁸. Zira BM Şartının madde 2(4) hükmünde öngörülen kuvvet kullanma yasağı *ius cogens* niteliğinde bulunmakta olup tecavüz fiilinin bu hükmü ihlal ettiği aşikârdır. Nitekim tecavüz harbi, hukuka aykırı kuvvet kullanmanın en ağır biçimi olarak nitelendirilmektedir. BM Şartının 39. maddesi de Güvenlik Konseyine tecavüz fiillerinin varlığını tespit etme görevini yüklemektedir. Tüm bu hükümlere rağmen, BM Güvenlik Konseyinin tutumu daimi üyelerden birisi bu kuralı ihlal ettiğinde sessiz kalmak olmuştur. Sovyet Rusya'sının 1956 yılında Macaristan'a, 1968 yılında Çekoslovakya'ya, 1979 yılında ise Afganistan'a karşı giriştiği askeri müdahaleler Güvenlik Konseyi'nin etkisiz kaldığı durumlardan birkaçını örneklemektedir⁶⁹. Yine İsrail gibi, daimi üyelerden en az birine siyasi yakınlık içinde bulunan devletlerin tecavüz fiilleri de bu kapsamda görmezden gelinmektedir.

Uluslararası hukukta *erga omnes* nitelik kazandığı kabul edilen⁷⁰ soykırım suçu hakkında ülkesel sınırlamaların geçerli olmayacağı belirtilmektedir⁷¹. Yine, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, işkence yasağının *erga omnes* ve *ius cogens* nitelikte olduğuna işaret etmiştir⁷². Yine uluslararası hukukta kuvvet kullanmayı yasaklayan BM Şartı

68 Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinden birinin *ius cogens* normun ihlalini içeren bir olayda veto oyu kullanması Güvenlik Konseyi' nin yetkileri, kararlarının niteliği hakkında yeni bir tartışma konusu açacak orijinal bir görüş olmakla birlikte bu çalışmanın kapsamını aşacaktır. Güvenlik Konseyi söz konusu olduğunda siyasi yetkilerin ve gücün uluslararası hukuk karşısındaki konumunu yeniden sorgulatmaktadır. Marni Güvenlik Konseyi'nin veto sistemi, çözülmeyen nice açmazlar üretmeye devam etmektedir.

69 Sovyet Rusya'sının, bu askeri müdahalelerin meşru hükümetlerin çağrısı üzerine gerçekleştiği iddiası ise uydurma bir iddia olmaktan öte geçmemektedir. Bkz. Mullerson, s. 128'den aktaran Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Seventh Revised Edition, Routledge, London and New York, 1997, ss. 322, 323

70 Bkz. *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)*, International Court of Justice (ICJ), 11 July 1996, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4040ba0c4.html> (erişim: 12.04.2023).

71 Bkz. 1948 tarihli Soykırım Suçunu önleme ve Bastırma Sözleşmesi, UN General Assembly, *Prevention and punishment of the crime of genocide*, 9 December 1948, A/RES/260, available at: <https://www.refworld.org/docid/3b00f0873.html> (erişim: 12.04.2023).

72 Bkz. paras. 151-153, *Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement)*, IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 December

madde 2(4) hükmü bir *ius cogens* norm olup uluslararası hukuk kişilerinin bu kuvvet kullanma yasağına uyması *erga omnes* bir yükümlülüğün kaynağıdır⁷³. Fakat *ius cogens* niteliği tartışmasız bulunan Birleşmiş Milletler Şartının madde 2(4) hükmünün bir ihlalini oluşturmasına rağmen, tecavüz fiilinin henüz ne *ius cogens* niteliği haiz bir kuralı ihlal edışı ne de *erga omnes* bir yükümlülüğe işaret edışı uygulamada bihakkın kabul edilmiştir. Aslında tecavüz suçunun *erga omnes* nitelik kazandığı da müteaddit defalar çeşitli zeminlerde dile getirilmiştir. Buna rağmen uygulanamaması teori ile pratik arasında nasıl bir boşluk olduğunu gözler önüne sermektedir. Tecavüz fiilinden doğan bireysel cezaî sorumluluğu düzenleyen Roma Statüsü'nün 2010 Değişikliklerinde öngörülen, tecavüz suçu üzerinde yargı yetkisini kabul etmeme (opt out mekanizması) imkânları ve mezkûr suç üzerinde yargı yetkisi kullanımının 2017 yılında alınacak bir karara kadar ertelenmesi ve 2017'deki yargı yetkisinin başlatılmasına dair Taraf Devletler Meclisi Kararı'ndan bu yana halen tecavüz suçunun faillerine bir yaptırım uygulanamaması yukarıda yapılan tahlili desteklemektedir.

Uluslararası hukuka göre *erga omnes* nitelik kazanmış bir yükümlülüğü ihlal eden maznunu (şüpheliyi) elinde bulunduran devletin, bu kişi hakkında takibat yapması gerekecektir⁷⁴. Tecavüz fiilinden kaynaklı sorumluluğun bir *ius cogens* yahut *erga omnes* nitelik kazanmamış olmasının sonucu tecavüz fiilinden sorumluluğun yalnızca bu sorumluluğu düzenleyen vesikanın işaret ettiği çerçevede hüküm doğuracak olmasıdır. Bir diğer deyişle, ilgili vesikaya taraf olmayan bu sorumluluktan beri olacaktır. Fakat Milletlerarası Adalet Divanı'na göre bir prensibin *erga omnes* niteliğe sahip bulunmasıyla bunun Divan önünde ileri sürülebilmesi ve taraf olmayan bir devlet üzerinde yargı yetkisi icra etmesi birbirinden farklı konulardır. Divan, mezkûr iddia *erga omnes* bir yükümlülüğün ihlaline ilişkin bile olsa bunu ihlal ettiği ileri sürülen devlet Divan'ın yargı yetkisini kabul etmeyen bir devletse⁷⁵

1998, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,40276a8a4.html> (erişim: 12.04.2023).

73 Bkz. Yusuf Aksar, *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 213.

74 Bkz. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, New York: Oxford University Press, 2008, s. 597.

75 Divan zorunlu yargı yetkisini haiz değildir.

bu devlet hakkında hüküm veremeyecektir⁷⁶. Bir diğer deyişle, uluslararası hukukta bir ilkenin *erga omnes* niteliği haiz olması onun herkese karşı ileri sürülebilmesine teoride yetse de pratikte bunu tatbik edecek olan organlar ya Milletlerarası Adalet Divanı'nda olduğu gibi yargı yetkisini haiz olmayabilecek ya da Güvenlik Konseyi gibi ancak ve sadece uluslararası barış ve güvenliğin bozulması ve tehdidi ve tecavüz durumlarında VII. Bölüm kapsamında harekete geçebilecektir. Zaten bu halde bile, daimi üyelerden birinin veto etmesi sebebiyle bir açmaz yaşanma ihtimali her zaman mevcuttur. O halde görülmektedir ki, erga omnes yükümlülüklerin yerine getirilmesi yahut bunların ihlalinin yaptırımsız kalmaması için daimi olarak çalışan genel bir mekanizma yoktur. Uluslararası hukukun bağlayıcılığına getirilen eleştiriler de dikkate alındığında⁷⁷ denebilir ki, daimi üyelerin veto yetkisi sebebiyle tıkanan bir Güvenlik Konseyi ve zorunlu yargı yetkisiyle donatılmamış bir Milletlerarası Adalet Divanı mevcut uluslararası hukukun uygulanmasını yeterince güçlü kılmamaktadır.

2010 Değişiklikleri kapsamında getirilen düzenlemelerde de tecavüz suçunu uygulamamaya yönelik bir *opt out* rejimi öngörülmüştür. Roma Statüsü'nün madde 121(5) hükmüne göre, Statünün (5), (6), (7) ve (8). maddelerinde yapılacak değişikliklerin, bunları kabul etmeyen bir devlet bakımından, (bu devletin uyuşunca yahut bu devlet ülkesinde işlenen suçlar hakkında) uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bilindiği üzere tecavüz suçu da (5). maddede geçtiğinden⁷⁸ değişikliği kabul etmeyen devletin vatandaşları hakkında tecavüz suçu konusunda işlem yapılamayacak bir diğer deyişle yargı yetkisi icra edilemeyecektir. Fakat Statünün 121. maddesinin altıncı paragrafında ise taraf devletlerin 7/8'lik kısmı tecavüz suçuna ilişkin bir değişikliği kabul etmesi halinde; değişikliği kabul etmeyen herhangi bir (Statüye taraf bulunan) devlet değişikliğin yürürlüğe girmesinden itibaren en geç bir yıl içinde yapacağı bir bildirimle Statüden çekilebilecektir. Aksi halde değişiklik, Statü' den çekilmeyen bu devleti de bağlayacaktır.

76 Bkz. para 29 of *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, International Court of Justice (ICJ), 30 June 1995, available at: <https://www.refworld.org/cases/ICJ,40239bff4.html> (erişim: 12.04.2023).

77 Konu hakkında ayrıca bkz. *The Statute of the International Justice: A Commentary*, Andreas Zimmerman, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Farahm (eds.) New York: Oxford University Press, 2006, ss. 103, 132-133, 1449.

78 Roma Statüsü'nün 2010 Değişikliklerinden önceki haline göre.

Yine, Güvenlik Konseyi'nin tecavüz suçuna ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturmanın tatili müessesesini harekete geçirmesi tecavüz suçu üzerinde yargı yetkisinin, belli devletler bakımından, özellikle Güvenlik Konseyi daimi üyesi olan devletler ve bu devletlerin kayırdığı devletler bakımından icra edilmesini engelleyecektir. Nitekim Ukrayna'ya karşı giriştiği yayımları siyaseti konusunda tecavüz fiilini işlediğinden bahisle Rusya Devlet Başkanı Putin ve diğer sorumlular hakkında herhangi bir işlem yapılamamasının sebebi tecavüz suçu ile ilgili olarak oluşturulan formülün yanı sıra Rusya'nın Güvenlik Konseyi'nde daimi beş üyeden birisi olması ve aleyhine karar alınmamasıdır. Rusya'nın aleyhine Güvenlik Konseyi'nden karar çıkartılabilse ancak bu durumda Güvenlik Konseyi ihbarı yoluyla Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin vatandaşı olsa bile Rusya Devlet Başkanı Putin hakkında tecavüz suçundan dolayı Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde dava açılabilir. Her ne kadar görevdeki devlet başkanlarının uluslararası hukuktan kaynaklanan muafiyeti muhtemel bir yargılamayı akım bırakacak gibi gözükse de Roma Statüsü'nün madde 27(2) hükmü ulusal yahut uluslararası hukuktan doğan muafiyetlerin herhangi bir pozisyondaki fail üzerinde yargı yetkisinin icra edilmesine engel olmayacağını belirtmiştir. Ancak Rusya'da köklü bir hükümet değişikliği olmadığı veya Rusya Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri arasında bulunduğu sürece bu senaryo uzak bir ihtimal olarak kalmaya devam edecektir.

Roma Statüsüne taraf devletlerin profiline bir göz atıldığında bu devletler arasında ABD, İsrail, İran gibi büyük yahut kilit öneme sahip bazı ülkelerin bulunmadığı görülmektedir. Bu sayılan ülkeler Roma Statüsü'nü imzalamış ve fakat bu Statü'ye taraf olmamışlardır. ABD ve İsrail, imza işleminden sonra Statü'ye taraf olmamaya dair iradelerini beyan etmişlerdir. Bu durum, tecavüz suçu açısından bize şu tabloyu sunmaktadır. Nispeten daha küçük devletler suçluları Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne teslim etmeyi kabul ederken ABD ve İsrail gibi henüz kendi sınırları dışında da egemenlik hakkı kullanma emelleri tükenmeyen devletler, bir anlamda Statü'ye taraf olmayarak, vatandaşlarının tecavüz suçu işleme haklarını(!) saklı tutmaktadırlar⁷⁹. Özellikle İsrail gibi sınırları belli

79 ABD başka devletlerle akdettiği bir çok iade (etmeme) anlaşmasıyla kendi vatandaşları hakkında Roma Statüsü'nden kaynaklanabilecek yargılamaları etkisizleştirmeyi amaçlamıştır.

olmayan⁸⁰, 1948'den beri sınırları sürekli değişen bir uluslararası hukuk süjesi bu konuda isteksiz davranmakla stratejik çıkarlarına uygun davranmış olmaktadır⁸¹.

ABD'nin yakın zaman önce uluslararası hukuka uygunluğu çokça tartışılan Afganistan ve Irak müdahalelerinden de anlaşılabilceği gibi tecavüz suçu üzerinde bir uluslararası mahkemenin yargı yetkisine sahip olması, müteceviz devletlerin başını gerçekten ağrıtabilecek niteliktedir. Bu sebeple de henüz dünya üzerinde çeşitli noktalarda egemenlik yetkisi kullanma potansiyeline, daha açık bir ifadeyle askeri operasyonlar yapabilme yeteneğine sahip olan ülkeler bu kabiliyetlerini elde tutmak isteyeceklerdir. Nitekim ABD, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması vetiresinde sürekli muhalif kalmıştır⁸². Hatta Uluslararası Ceza Mahkemesi, Avrupa ile ABD arasında uluslararası hukuk ve müesseselerin niteliği hakkındaki ihtilafın en mühim misalini teşkil etmektedir⁸³. Komşu topraklarında⁸⁴ emelleri bulunan İsrail ise, ABD ile paralel hareket etmiş ve Roma Statüsü'ne taraf olmamıştır⁸⁵. İran'ın Roma Statüsüne taraf olmama sebebi ise Batı Dünyası'nın kendisini sıkıştıracak zemin aramakta olduğunu varsayması olabilir. Bu anlamda ambargolara tabi tutularak dışlanan İran'ın

80 Bkz. Brad R., Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford University Press, 2000, s. 150.

81 İsrail Devletinin kurulmasına giden yolda Siyonist diplomatik çabaların analizi hakkında bkz. Alan R. Taylor, *İsrailin Doğuşu*, Çeviren: Mesut Kardeşhan, İstanbul: Pınar Yayınları, 2001, s. 19 vd.

82 Bu konuda geniş bilgi için bkz. D. Rothe/C.W. Mullins, "International Criminal Court and the US Opposition", *Crime, Law & Social Change*, 45, 2006, s. 201 vd.; R. Murat Önok, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2003, s. 301 vd.; Sarah B. Sewall/ Carl Kaysen/Michael P. Scharf, "The United States and the International Criminal Court: An Overview", *The United States and the International Criminal Court*, Sarah B. Sewall and Carl Kaysen (eds.), Lanham: Rowman and Littlefield Publishers Inc., 2000, ss. 8-9, 19-22

83 Bkz. Patricia Pinto Soares, *ICC at Eight, Assessing US Policy and International Criminal Law: Reciprocal Influences*, Center for Transatlantic Relations, SAIS Johns Hopkins University, Washington D.C. 2009-2010, Önsöz.

84 Arz-ı Mevud (vadedilmiş topraklar) yahut *Eretz Yisrael* (anayurt) kavramı, Yahudilerin kutsal kitaplarına dayanmaktadır. Bundan başka İsrailin yayımlacı siyasetinin tarihi, ve siyasi dayanaklarının da olduğu bilinmektedir. Bkz. M. Lütfullah Karaman, *Uluslararası İlişkiler Çıkarmasında Filistin Sorunu*, İstanbul: İz Yayıncılık, 1991, s. 181.

85 ABD ve İsrail'in önce bu metni (Roma Statüsünü) imzalayıp daha sonra bununla bağlanmama iradelerini bildirmeleri metnin daha hızlı yürürlüğe girmiş olmasını sağlamış olabilir. Zira Roma Statüsü, ancak 60 devletin imza yahut tasdik işlemlerini tamamlamasıyla yürürlüğe girecekti.

Roma Statüsüne taraf olması ve muhtemel bir tecavüz suçu isnadına muhatap tutulma durumunda kendi liderlerine karşı *gayrı adilâne* yahut tarafı davranılacağı endişesini taşıyor olması da mümkündür.

5. Değerlendirme ve Sonuç

Uluslararası toplum, yirminci asırda çok sayıda iç savaşa ve iki de dünya savaşı sahne olmuş ve bu savaşlarda milyonlarca insan ölmüştür. Bu tür vahşetler insanlık tarihinde ilk kez yaşanmıyor olmasına rağmen, bu kez uluslararası toplumdaki en azından bazıları bu savaşları önleme yahut sınırlama yoluna gitme eğilimi göstermişlerdir. Briand-Kellog Paktı ile başlayan Birleşmiş Milletler Şartı'nın hukuka aykırı kuvvet kullanımını ve tehdidini yasaklayan maddesiyle devam eden bu temayül, şimdi mütecavizlerin uluslararası bir mahkeme önüne çıkarılmasını yeknesak bir kurala bağlamaya kadar gelip dayanmıştır.

Uluslararası ilişkilerde hukuka aykırı kuvvet kullanmanın yasaklanması temayülünün daha erken değil de yirminci asırda ortaya çıkması, askeri teknolojinin dünya milletlerinin hep birden sonunu getirebilme potansiyelinin öngörülmesiyle bağlantılıdır. Nitekim Hiroşima ve Nagazaki'ye atılan atom bombaları, kitle imha silahlarının ve gönderim araçlarının geldiği noktayı temsil etmekteydi ve aynı teknolojiye sahip birkaç ülkenin savaşa girişmesi ihtimali ise insanlığın sonunun gelebileceğine işaret ediyordu. Buradan görüldüğü üzere tecavüz savaşlarının yasaklanması eğilimi faydacı (pragmatik) bir sebepten doğmuştur. Uluslararası aktörler bunun kendi devamlılıklarına hizmet edeceğinin farkındadırlar. Fakat bu durumda tecavüz harbinin yasak olması ve fakat bir realite olarak gerçekleşmesi nasıl açıklanabilir? Sözü edilen pragmatik sebep göz önünde bulundurulduğunda görülecektir ki her devlet askeri, nükleer teknoloji ve gönderim araçları teknolojisinde aynı noktada değildir. O halde, bu teknolojiyi elde etmiş olan devletler birbirlerine saldırmamalı fakat bu devletlerle diğer devletler arasındaki çıkar çatışmalarında ise bu kural uygulanmamalıdır.

Uluslararası aktörlerin düşünme süreçlerine ilişkin ortaya konan ve yukarıdaki paragrafta zikredilen faydacı yaklaşımdan çıkan temel sonuç şöyle özetlenebilir:

- i) İktisadi, askeri ve demografik nitelikleri sebebiyle başka devletler üzerinde askeri yollardan elde edebileceği taze bir çıkarı bulunmayan devletlerin tecavüz savaşının yasaklanmasından, nükleer silahların yaygınlaşmamasından, mütecavizlerin mahkûm edilmesinden yana olmaları.
- ii) Öte yandan başka devletler üzerinde emelleri/ çıkarları taze olan devletlerin konulmaya çalışan kurallara fiilen, dolaylı olarak veya açıkça karşı çıkması.
- iii) Amaçladığı çıkarlara zaten ulaşmış olan devletlerin ise artık kuralın konulmasına karşı çıkmaması, hatta bu kuralın tüm aktörlere uygulanması konusunda çaba göstermeleridir.

Amerika Birleşik Devletleri ve diğer nükleer teknolojiye sahip ülkelerin kendileri bu teknolojiye ulaştıktan sonra bir antlaşma⁸⁶ yapıp o tarihten sonra aynı teknolojinin yayılmasını engellemeye çalışmaları buna açık bir örnek teşkil eder⁸⁷. Aslında bu bir oldu-bittiye (*fait accompli*) işaret etmektedir. Uluslararası toplumun büyük güçleri, bir yandan İsrail'in nükleer enerji teknolojisini elde etmesine göz yumarken diğer yandan ise bu teknolojiyi elde etmeye çalışan İran'a ambargo tatbik etmişlerdir. Hatta İsrail ve ABD'nin İran'ı mezkûr nükleer teknolojiyi elde etmekten alıkoyma hususunda "askeri bir çözüm yoluna müracaatlarının ihtimal dışı olmadığını" vurgulamaları da gerçekten uluslararası adaletin ve kuvvet kullanma yasağının Birleşmiş Milletler Sistemindeki daimi üyeler ve veto sistemi sebebiyle sakatlanmış olduğunu, mevcut sistemin bazı devletler bakımından müeyyide dışında tutulma sonucunu doğurduğunu göstermektedir.

İnsanlığın, tarih boyunca savaşmış oldukları gerçeği hatırlandığında, bir anda uluslararası bir fikir birliği ile tecavüz savaşının yasaklanması ve buna bağlı olarak da mütecavizlerin evrensel yargı yetkisiyle donatılmış mahkemelerde yargılanmalarının mümkün olmadığı gerçeği göz ardı

86 1970 yılında yürürlüğe giren ve 1995 yılında süresiz olarak uzatılan, Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 729 UNTS 161, 7 ILM 8809 (1968), [1973] ATS 3, 21 UST 483. Fransızca Metin için bkz. "Traite sur la non-prolifération des armes nucléaires", http://www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/pdf/NPTFrench_Text.pdf (erişim: 12.04.2023).

87 Nükleer silahsızlanma hakkında ayrıntılı bilgi için Emmanuel Decaux, *Droit International Public*, Paris, 2006, ss. 292-298.

edilemez. Hatta daha da ileri giderek bunun belki de hiç gerçekleşmeyeceği bile söylenebilir. Zira kuvvet kullanmanın yasaklanmasına rağmen büyük güçlerin işgal harekâtlarına bir son vermediğini görmekteyiz. Halen iki önemli devletin (Amerika Birleşik Devleti ve İsrail'in), sürekli saldırma potansiyellerini saklı tutmak amacıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne taraf olmadıkları da göz önünde bulundurulursa denebilir ki kuvvet kullanmayı ve tecavüzü mahkûm eden mekanizmalar ya bu devletlerce yönlendirilmekte⁸⁸ yahut da bu devletler, bahis mevzuu mekanizmaların dışında kalmak suretiyle uluslararası hukukun tecavüze veya tecavüz harbine bağlayacağı mahkûmiyetlerden beri tutmaktadırlar. Mezkûr durum böyle devam ederse Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin de tecavüz suçu bakımından işlerliği kısmî kalacaktır. Roma Statüsü'ne katılım tam olmadığı sürece cezazırlık (*impunity*) devam edecektir. Hem de uluslararası ceza adaletinin elinden kaçan balık hep *büyük* olacaktır. Tecavüz suçu bakımından, bu durum zayıf devletlerin liderlerinin adalet önüne çıkarılması ve fakat Roma Statüsü'ne taraf olmayacak kadar kendinden emin ve askeri olarak güçlü devletlerin liderlerinin mesul tutulmaması sonucunu doğuracaktır. Bu ise hukukun zayıfa uygulanıp güçlüye uygulanmaması ironisini doğurur ki bu da uluslararası hukukun varlığını ve bağlayıcılığını sorgulatmaya tek başına yetecektir⁸⁹. Buna göre iki yaklaşım benimsenebilir:

- i) Ya en son koyulan [sırasıyla BM Şartı 2(4) ve tecavüz suçuna ilişkin 2010 Değişiklikleri ve yargı yetkisini başlatan 2017 tarihli Taraf Devletler Meclisi Kararı] kurallardan vazgeçilecek ve uluslararası hukukun buraya kadar olan hususlarda bağlayıcı düzenlemeler yapmış olduğu kabul edilecek ya da
- ii) bu iki hususu da kapsayan bir uluslararası hukukun var ve bağlayıcı olduğuna inanıp ve öyleymiş gibi davranılacaktır.

İlk durumda, haklı savaş (İng. *just war*) nazariyesinin geçerli olduğunu buna ek olarak da bu nazariyenin dışında kalan konulardaki uluslararası hukuk düzenlemelerinin bir arada geçerli oldukları bir sistemin bulunduğunu ikrar etmiş oluruz. İkinci durumda ise gerçek duruma tam olarak uymayan (sapmaların bulunduğu) bir inanişaya sahip olduğumuzdan dolayı,

88 ABD'nin BM Güvenlik Konseyindeki daimi üye sıfatı bu duruma açık bir örnektir.

89 Konu hakkında mesela bkz. H. L. A, Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford: Clarendon Press, 1994, s. 214 vd.

inanışımıza uymayan filli durumlar ortaya çıktığında hayal kırıklığına uğrılacak ve sistemi iyileştirme çabalarına girişmek durumunda kalınacaktır.

Birinci tercihi seçenler bunun getirdiği neticeleri elde edenler *heretik* olmakla suçlanacaklar. Bir diğer deyişle genel kanaatlere aykırı, modası geçmiş bir nazariyeyi savunmaktan dolayı kınanacaklar. Fakat belirtmeliyiz ki, bugün uluslararası aktörlerin⁹⁰ fiili uygulamalarının desteklediği netice, birinci seçenekteki “haklı savaş nazariyesinin uluslararası hukukun bu teoriyle çatışmayan diğer düzenlemeleriyle birlikte geçerli olduğu” neticesidir⁹¹. İkinci seçimi yapanlar ise pek fazla gerçekçi olmadıkları için suçlanabilirler fakat en nihayetinde sistemin sapmalara mahal vermekle birlikte ana kural olan tecavüz harbinin ve hukuka aykırı kuvvet kullanımının varlığını gözeterek iyileştirme çabalarına girişmelidirler.

İyileştirme çabaları kapsamında ise uluslararası sistemin en azından bireysel ceza sorumluluğu bağlamında adil bir vasıtaya sahip olmasına çalışılması, Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın esasî konulara dair karar almadaki mekanizmasında, üyeler arasında bulunan açık adaletsizliğin giderilmesi ve veto sisteminin de bu yapılacak iyileştirmeden payını alması uygun olacaktır.

Yukarıdaki vaziyet, tecavüz yoluyla ulaşabileceği hedefleri bulunan bazı önemli devletler bakımından uluslararası hukukun kuvvet kullanmayı sınırlayan hükümlerinin fiilen kabul edilmediğini göstermektedir. Bu devletler halen içten içe haklı savaş nazariyesine inanmaktadırlar. Fakat uluslararası arenada “gerçekten kuvvet kullanma yasağını tanyormuş gibi yaparak” göz boyamaktadırlar⁹². Nitekim tecavüz suçuna ilişkin bir tanımın

90 Bu aktörlerden bahisle kastedilen, en azından uluslararası barışı tehdit edebilecek, bozabilecek, bozulmadan sonra yeniden tesis edebilecek bir diğer deyişle uluslararası gündemi belirleyecek önemli askeri gücü ellerinde bulunduran aktörlerdir.

91 Haklı savaş kuramının günümüzde halen önemli bir rol oynadığı yönünde bkz. Toy-Fung Tung, “Just War Claims: Historical Theory, Abu Ghraib and Transgressive Rhetoric”, *International Criminal Justice: Critical Perspectives and New Challenges*, George Andreopoulos, Rosemary Barberet and James P. Levine (eds.) Springer, New York, 2011, s. 33.

92 ABD'nin Ruanda ve Eski Yugoslavya'da işlenen savaş suçları için mahkemelerin kurulmasında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi' ne önyak olmuş ve 1998 yılında Roma Statüsü'nün oylanmasına kadar daima bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasını destekler bir görüntü vermiştir. M. P. Scharf, “The Politics of Establishing an International Criminal Court”, *J. Comp. & International Law*, 6, 1995, s. 170-171'den aktaran Yusuf Aksar, *Evrensel Yargı Kuruluşları ...*, s.135, dn. 17. Başta İslam Dünyası olmak üzere Batılı olmayan ülkelerin büyük güçlerin tecavüzlerine uğraması, Batılı olmayan devletlerin ufak kıpırdanmalarının bile hemen tehdit veya açık bir

1998 Roma Statüsüne konulamayışı büyük ölçüde ABD'nin getirdiği itirazlar sebebiyledir. Yine 2010 Gözden Geçirme Konferansı sonucunda kabul edilen değişiklikler de tecavüz suçu üzerinde Mahkeme'ye yargı yetkisi kullanma şansını bahşetmemiştir. Nihayet 2017 yılında alınan Taraf Devletler Meclisi Kararıyla tecavüz suçu üzerinde Mahkeme'nin yargı yetkisi icra edebilmesinin önü resmen açılmıştır.

Tecavüz suçu konusundaki birçok tartışma bu suç üzerinde yargı yetkisi kullanılmaya başlanıp Mahkeme içtihadının geliştirilmesiyle ortadan kalkacaktır. Fakat belirtmeliyiz ki henüz Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tecavüz suçuna ilişkin uygulamasını görmek için hala erkendir. Ancak Rusya'nın Ukrayna'ya karşı giriştiği tecavüz fiilleri değerlendirildiğine Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tecavüz suçu konusunda etkili ve caydırıcı olmaktan uzak olacağı yönünde eleştirilere maruz kalabileceği açıktır. Nitekim tecavüz suçuna ilişkin 2010 Değişiklikleri ve 2017 tarihli Taraf Devletler Meclisi Kararı'nın yukarıda izah edilen genel yapısı sebebiyle tecavüz suçu üzerinde umut vadeden bir genişlik ve etkinlikte yargı yetkisi icra edilmesini beklemek fazla iyimser olmakla ilişkilendirilebilir.

Kaynakça

- Acer, Yücel. *Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu*. Ankara Roma Yayınları, 2004.
- Aksar, Yusuf. *Evrensel Yargı Kuruluşları*. Ankara Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Aksar, Yusuf. *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*. Anlara Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Aral, Berdal. "Asimetrik Tecavüz Savaşları, Siyaset ve Uluslararası Hukuk". *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 4, Sayı 14, Yaz 2007.
- Aydın, Devrim (ed.). *Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi*. Ankara, 2006.
- Başak, Cengiz. *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*. Ankara Turhan Kitabevi Yayınları, 2003.
- Bayıllıoğlu, Uğur. "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi Açısından Saldırı Suçuna İlişkin Kampala Düzenlemeleri". *Uluslararası Hukuk ve Politika*. Cilt 9, Sayı 33, 2013.
- Browlie, Ian. *Principles of Public International Law*. Seventh Edition, New York: Oxford University Press, 2008.

uluslararası tecavüz olarak nitelendirilmesi büyük bir çifte standarta işaret etmektedir. Bkz. Berdal Aral, "Asimetrik Tecavüz Savaşları, Siyaset ve Uluslararası Hukuk", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 4, Sayı 14, Yaz 2007, s. 55.

- Çelik, Edip F. *Milletlerarası Hukuk*. Yenilenmiş 4. Bası. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları Fakülteler Matbaası, Cilt 1, 1980.
- Decaux, Emmanuel. *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 2006.
- Demirel, Naim. *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması*. İstanbul Derin Yayıncılık, 2013.
- Ekrem, Reşat. *Osmanlı Muahedeleri ve Kapitülasyonlar*. İstanbul Türkiye Matbaası, 1934.
- Elver, Hilal. "Irak Savaşı bir 'Saldırı Suçu' mudur? İngiltere Lordlar Kamarası'nın bir Kararı". *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 4, 2007, 85-119.
- Evans, Malcom D. *Blackstone's International Law Documents*. 12th Edition, Oxford: OUP, 2015.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *İnsan Hakları Belgeleri*. II. Cilt, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. 6. Bası, 2007.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. 7. Bası, 2010.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat. *Devletlerarası Ceza Hukuku*. Türk Hukuk Kurumu Telif ve Tercüme Serisi, No: 22, Ankara, 1959.
- Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar*. 5. Bası, İstanbul Beta Yayınları, 2003.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Second Edition, Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Karaman, M. Lütfullah. *Uluslararası İlişkiler Çıkmazında Filistin Sorunu*. İstanbul: İz Yayıncılık, 1991.
- Kaya/Erdem, "Türkçede -Agan /-Gan ve -Ici Ekleri ve Südi Şerhindeki Kullanımları". *Turkish Studies: International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, Volume 5/3, Summer 2010, 1594-1617.
- Kul, Muhammet Celal. *Exploring the Anatomy of the Syrian Armed Conflicts*. Ankara: Adalet Yayınları, 2020.
- Kul, Muhammet Celal. *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecâvüz (Saldırılı) Suçu*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Kul, Muhammet Celal. *Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Saldırı Suçu Üzerindeki Yargı Yetkisi*. Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, SBE, 2012.
- Kul, Muhammet Celal. *Uluslararası Hukukta Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Seventh Revised Edition, Routledge, London and New York, 1997.
- Maogoto, Jackson. *War Crimes and Realpolitik: International Justice from World War I to the 21st Century*. Boulder: Lynne Rienner Publishers Inc., 2004.
- Önok, R. Murat. *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2003.

- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri*. Gözden geçirilmiş 2. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2006.
- Roth, Brad R. *Governmental Illegitimacy in International Law*. Oxford University Press, 2000.
- Rothe, D./Mullins, C. W. "International Criminal Court and the US Opposition". *Crime, Law & Social Change*, 45, 2006.
- Schabas, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. 4th Edition. Cambridge University Press, 2011.
- Sewall, Sarah B./Kaysen, Carl/Scharf, Michael P. "The United States and the International Criminal Court: An Overview". *The United States and the International Criminal Court*. Sarah B. Sewall and Carl Kaysen (eds.). Lanham: Rowman and Littlefield Publishers Inc., 2000.
- Soare, Patrícia Pinto. *ICC at Eight, Assessing US Policy and International Criminal Law: Reciprocal Influences*. Center for Transatlantic Relations, SAIS Johns Hopkins University, Washington D.C., 2009-2010.
- Şen, Semin Töner. *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2010.
- Taylor, Alan R. *İsrailin Doğuğu*. Çeviren: Mesut Karaşahan, İstanbul: Pınar Yayınları, 2001.
- Topal, Ahmet Hamdi. "İsrail'in Gazze Ablukası ve Mavi Marmara Saldırısı". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 1, 2012.
- Tung, Toy-Fung. "Just War Claims: Historical Theory, Abu Ghraib and Transgressive Rhetoric". *International Criminal Justice: Critical Perspectives and New Challenges*. George Andreopoulos, Rosemary Barberet and James P. Levine (eds.) Springer, New York, 2011.
- Weller, Marc. "Undoing the Global Constitution: UN Security Council Action on the International Criminal Court". *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, Vol. 78, No. 4, October 2002.
- Zappala, Salvatore. *Human Rights in International Criminal Proceedings*. Oxford University Press, 2005.
- Zimmerman, Andreas/Tomuschat, Christian/Oellers-Farahm, Karin (eds.). *The Statute of the International Justice: A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2006.

THE “SUPREMACY CLAUSE” OF ARTICLE 103 OF THE UN CHARTER AND EUROPEAN *ORDRE PUBLIC*

*Asst. Prof. Najiba Mustafayeva**

Abstract

This article examines the “supremacy clause” of Article 103 of the United Nations (UN) Charter that forces the obligations under the Charter above other treaty duties, consequently backing the UN’s target to universality and preponderance among other international legal regimes. However, the author argues that regional international organizations have the equal right to claim the autonomy of their *ordre public*. Through the scrutiny of the relevant cases of the European Court of Human Rights (ECtHR), it is affirmed in this paper that the European public order implicitly recognizes the “supremacy clause” of article 103 that virtually proclaims the hierarchy of the UN among international organizations. At the same time, it is asserted that article 103 does not intentionally allow the UN to set aside other treaty obligations of its member states and in particular, in the area of human rights. In this regard, the “harmonious interpretation” which was chosen by the ECtHR in the analyzed cases is evaluated as a wise compromise that aims to retain the autonomous nature of different legal regimes from one side, as well as to guard a unique historical mission of the UN that is primarily responsible for maintenance of international peace and security, from another.

Keywords: supramacy clause, UN Charter, ECtHR, regime interaction, human rights

* Assistant Professor at Ibn Haldun University, ORCID: 0000-0003-1855-6536, najiba.mustafayeva@ihu.edu.tr.

Extended Summary

This article examines the “supremacy clause” of Article 103 of the United Nations (UN) Charter that forces the obligations under the Charter above other treaty duties, consequently backing the UN’s target to universality and preponderance among other international legal regimes. The UN’s decisive purport to primacy finds its reflection in article 1(4) of the Charter, which provides that the organization has an aim “to be a center for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends”. This important goal derived from the historical background of the UN which was established by victorious powers as an answer to the mass atrocities committed by the Nazis during the Second World War.

Moreover, article 103 of the Charter provides that in the event of a conflict between the obligations of the members of the UN under the Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the Charter shall prevail over competing norms. In fact, this “supremacy clause” boosts the obligations under the UN Charter above other treaty duties and consequently, backs the UN’s purport to universality and dominance among other international organizations.

The main research question in this article is whether the “supremacy clause” of article 103 virtually proclaims hierarchy among international organizations and allows the United Nations to set aside other treaty obligations of its member states. The author analyzes this issue in the framework of the human rights obligations of the UN member states under the European Convention of Human Rights (ECHR) through the scrutiny of the relevant cases of the European Court of Human Rights (ECtHR), such as *Al Jedda*, *Al Dulimi* and *Nada*.

Consequently, this article also covers the issue of regime interaction between the universal regime that has been created under the UN “umbrella” and the regional international human rights mechanism –ECtHR.

Hence, the author argues that regional international organizations have the equal right to claim the autonomy of their *ordre public*. Through the detailed analysis of the mentioned cases of the ECtHR, it is affirmed in this paper that the European public order implicitly recognizes the

“supremacy clause” of article 103 that virtually proclaims the hierarchy of the UN among international organizations. At the same time, it is asserted that article 103 does not intentionally allow the UN to set aside other treaty obligations of its member states and in particular, in the area of human rights. In this regard, the “harmonious interpretation” which was chosen by the ECtHR in the analyzed cases is evaluated as a wise compromise that aims to retain the autonomous nature of different legal regimes from one side, as well as to guard a unique historical mission of the UN that is primarily responsible for maintenance of international peace and security, from another.

Furthermore, the author concludes that even the absence of a formal hierarchical relationship between Charter obligations and obligations stemming from other international treaties does not imply that United Nations law is equal to any other international treaty or subordinated to the primacy of the ECHR or any other regional “constitutional” mechanism. Otherwise, the relevance of the UN, in particular the Security Council, as the main body responsible for maintaining international peace and security, could be undermined.

Introduction

International law is a state-centric legal system, regulating relations first and foremost between states. Thus, in accordance with the classical international stance, states are the major subjects of international law with full legal personality. Consequently, other subjects of international law have international legal personality through the conferral and/or recognition by states as plenary subjects of international law.

Along with the primacy of states as cornerstone of international legal order, international organizations have an increasingly important role in international political dialogue. Being a comparatively recent phenomenon, international organizations have their own international legal personality, i.e. they are intitled by states to hold rights and bear obligations under international law. The fact that states set up international organizations and bestow them with rights and obligations in order to perform certain functions, allows to define them as secondary subjects of international law with a derivative

international personality¹. It is worth to mention that, this legal personality implies that international organizations possess international rights and bear international duties independently from their member states².

Despite the fact that international organizations differ in their structures and functions, they significantly contribute to the cooperation on a wide range of international issues, authorizing states to supply them with the necessary expertise and resources to settle problems of global concern through a permanent forum for international dialogue³. Based on this commonly accepted understanding, the International Law Commission (ILC) attempted to provide a single definition of international organizations in article 2(a) of the 2011 Articles on the Responsibility of International Organizations (ARIO) as follows:

*“international organization” means an organization established by a treaty or other instrument governed by international law and possessing its own legal personality. International organizations may include as members, in addition to States, other entities.”*⁴

Yet ILC which used common international customary law principles in setting out the definition of international organizations was silent about their hierarchy, and consequently about possible norm conflict and regime interaction issues. Moreover, there is not any single international document that sheds light on these issues. However, the Charter of the United Nations (UN) might be evaluated as an exception.

It goes without saying that the United Nations is the world’s pre-eminent international universal organization with broad purposes, among which the primary one is the maintenance of international peace and security.⁵

The UN’s decisive purport to primacy finds its reflection in article 1(4) of the Charter, which provides that the organization has an aim “to be a center for harmonizing the actions of nations in the attainment of these

1 Gleider Hernandez, *International Law*, Oxford University Press, 2019, p. 131, 136.

2 Hersch Lauterpacht, *The development of the law of international organizations by the decisions of international tribunals*, 52 *Recueil des Cours*, 1976, p. 377, 407.

3 Hernandez, p.159.

4 ILC Articles on the Responsibility of International Organizations` in Report on the Work of its 63rd Session, UN Doc A/66/10 Chap V (9 December 2011).

5 Charter of the United Nations, 1945, URL: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter> (access: 12.04.2023).

common ends”.⁶ This important goal derived from the historical background of the UN which was established by victorious powers as an answer to the mass atrocities committed by the Nazis during the Second World War. In fact, the world community came to an understanding that threats to international peace and security could be prevented and resolved only through common efforts. Thus, it was decided that “saving succeeding generations from the scourge of war, reaffirming faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person...”⁷ are bestowed to the United Nations, the main universal intergovernmental platform created for the maintenance of international peace and security.

Besides the fact that article 1 of the UN Charter contains purposes of the Organization with explicit reference to the universality element, this article is not the only and even main avenue for the so-called “supremacy” role of the UN. Thus, article 103 of the Charter provides that in the event of a conflict between the obligations of the members of the UN under the Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the Charter shall prevail over competing norms. In fact, this “supremacy clause” boosts the obligations under the UN Charter above other treaty duties and consequently backs the UN’s purport to universality and dominance among other international organizations.⁸

As Liivoja mentions, “treaty law itself recognizes the exceptional status of the UN Charter. Both 1969 and 1986 Vienna Conventions on the Law of Treaties refer to the Charter when codifying a number of rules dealing with successive treaties on the same subject matter”⁹. Thus, in accordance with article 30(1) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, “*Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States Parties to successive treaties relating to the same subject matter shall be*

6 Ibid.

7 Ibid.

8 Hernandez, p.153; Rain Liivoja, “The scope of the supremacy clause of the United Nations Charter”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, 2008, 583-612; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Frederick A. Praeger, 1950; Robert Kolb, “Does Article 103 of the Charter of the United Nations apply only to decisions or also to authorizations adopted by the Security Council?” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht*, Vol. 64, no 1, 2004, p. 21-35.

9 Liivoja, p. 591.

*determined in accordance with the following paragraphs*¹⁰. The 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, in its turn, also proclaims the superiority of the UN Charter “*in the event of a conflict between obligations under the Charter of the United Nations and obligations under a treaty.*”¹¹

Furthermore, article 103 has not only successfully integrated into general treaty law, the fact that once again proved the supremacy of the UN Charter in treaty relations, but also has been mentioned in Charters establishing other international intergovernmental organizations, such as the Organization of American States, NATO and GATT/WTO.¹²

Thus, the question is whether the “supremacy clause” of article 103 virtually proclaims hierarchy among international organizations and allows the United Nations to set aside other treaty obligations of its member states. The present author will analyze this issue in the framework of the human rights obligations of the UN member states under the European Convention of Human Rights (ECHR) through the scrutiny of the relevant cases of the European Court of Human Rights (ECtHR). Consequently, this article will also cover the issue of regime interaction between the universal regime that has been created under the UN “umbrella” and regional international organizations with their own *ordre public*, in particular in the area of human rights.

Before conducting research in this scope, it is important to figure out which type of decisions of the UN cover the obligations of its member states under article 103, as well as to clarify which UN bodies are empowered to set aside other treaty obligations of member states.

10 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (access: 12.04.2023).

11 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations 1986, URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf (access 28.12.2022).

12 Liivoja, p. 591-592, 605.

1. Scope of the “supremacy clause”: to which type of decisions of the UN bodies article 103 applies?

The main purpose of article 103 of the UN Charter is to provide the efficiency of the UN in the proper execution of its main goal; the maintenance of international peace and security.¹³ From this point of view, the “supremacy clause” in article 103 has a potential to be widely assessed as a peremptory (*jus cogens*) norm of international law. The opposite view suggests that article 103 does not constitute the peremptory norm, moreover, it cannot proclaim the superiority of Charter obligations over the *jus cogens* norms (hierarchy of norms) and thus cannot deny the primacy of peremptory (*jus cogens*) norms¹⁴; some other authors insist that article 103 should be evaluated as a conflict of norms, rather than the hierarchy.¹⁵

The present author shares the view that the superiority of the Charter’s obligations does not revoke the fact that the Charter is an international treaty that is limited by the *jus cogens* norms.¹⁶ Thus, *jus cogens* norms from which no derogation is credible, cannot be rejected by decisions of the UN Security Council.

Another controversial question in the scope of the “supremacy clause” is whether the provision of article 103 covers not only treaty but also customary international law obligations which still has remained unanswered both in judicial practice and legal doctrine.

The question to be asked in this section for the purpose of defining the precise scope of the questioned article is to which type of decisions of the UN bodies the “supremacy clause” could be applied.

Thus, some authors argue that only decisions of the UN Security Council adopted within the framework of the Chapter VII (Action with

13 Kolb, p. 21.

14 Geoffrey Watson, “Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court”, *Harvard International Law Journal* 1, 1993, p. 521, 522; Jordan Paust, “Peacemaking and Security Council Powers: Bosnia-Herzegovina Raises International and Constitutional Questions”, *Southern Illinois University*, 1994, p. 131-151.

15 Antonios Tzanakopoulos, “Collective Security and Human Rights” in Erika de Wet and Jure Vidmar (eds), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012, p. 66.

16 Jordan Paust, p.131-151, 139.

Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace and Acts of Aggression) of the UN Charter are covered by the “supremacy clause”.¹⁷ Considering article 103 as “a highly exceptional rule”, these scholars except recommendations and other non-binding pronouncements (so-called “soft law”) from the scope of this article.

Taking into account the fact that the UN Security Council is the main international body that has been created in the ruins of World War II and aimed to save succeeding generations from the scourge of war and hence, through its Security Council is responsible for the maintenance of international peace and security, some other authors suggest that the “supremacy clause” of the article 103 also applies to authorizations and recommendations of the Security Council.¹⁸

The present author also shares this point of view, implying authorization of the UN member states to use economic sanctions or military force against a state which violates international law and thus, poses threat to international peace and security. Such a practice exists in the history of the Security Council under articles 41 and 42 of the UN Charter. In terms of historical precedent, the application of coercive measures against Iraq can serve as an illustration of the collective answer to the breach of international peace and security, and thus, a violation of international law. When Iraq attacked Kuwait in 1990, the Security Council adopted a resolution 660 (1990) that determined the fact of a breach of international peace and security (article 39 of the Charter), and further recommended the immediate cessation of aggression (article 40 of the Charter)¹⁹. In the following resolution 661 (1990) the Security Council noted Iraq’s failure to comply with the previous resolution and determined measures to restore the authority of the legitimate government in Kuwait. What followed after the adoption of this resolution was the

17 Rudolf Bernhardt, Article 103, in B.Simma (ed.), *Charter of the United Nations - A Commentary*, 2nd edition, Vol.2, Oxford, 2002; Richard Lauwaars, “The Interrelationship between United Nations Law and the Law of other International Organizations”, *Michigan Law Review*, Vol.82, 1984.

18 Vera Gowlland-Debbas, “The Limits of Unilateral Enforcement of Community Objectives in the Framework of UN Peace Maintenance”, *EJIL*, Vol.11, 2000; See: Kolb, “Does Article 103 of the Charter of the United Nations apply only to decisions or also to authorizations adopted by the Security Council?”

19 UN Security Council Resolution 660 (1990), URL: <http://unscr.com/en/resolutions/660> (access: 12.04.2023).

cessation of all economic relations and the refusal to recognize any occupational government.²⁰ Resolution 670 (1990), which is of the sole interest in this article, determined that all legal acts by Iraq that contradicted the Security Council resolutions, as well as Articles 25 or 48 of the UN Charter, are null and void. Referring to the “supremacy clause” of article 103, the Council obliged all states regardless of their previous agreements to terminate aviation ties with Iraq.²¹ The culmination of the Security Council’s collective efforts in the Iraq-Kuwait case has been reached through the military operation of “member states cooperating with Kuwait’s legitimate government” that used “all necessary means” to restore international peace and security in accordance with the resolution 678 (1990) of the Security Council.²²

Thus, it can be claimed that the collective security mechanism as an element of multilateralism purports that both decisions and authorizations under Chapter VII give a floor to the UN member states to act on behalf of the Organization and to some extent perform its powers.

At the same time there is a fine line, crossing which it is fraught to nullify not merely the legal force of article 103, but also to denounce the entire system of international security. Paradoxically, yet another Iraqi case confirms the above-expressed fear. In 2003 when the United States–led coalition invaded Iraq, the main actors of this campaign United States and the United Kingdom, the permanent members of the UN Security Council, use the “umbrella” of the Council to legitimate to some extent their unilateral action. Thus, in 2002 the Security Council adopted unanimously resolution 1441 that recognized the threat to international peace and security posed by Iraq’s non-compliance with previous resolutions regarding the non-proliferation of weapons of mass destruction and long-range missiles, recalled disarmament obligations of Iraq, as well as required Iraq to

20 UN Security Council Resolution 661 (1990), URL: <http://unscr.com/en/resolutions/661> (access: 12.04.2023).

21 UN Security Council Resolution 670 (1990), URL: <https://www.refworld.org/docid/3b00f16e10.html> (access: 12.04.2023).

22 United Nations Iraq-Kuwait Observation Mission, URL: <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/past/unikom/background.html> (access: 12.04.2023);

UN Security Council Resolution 678 (1990), URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/575/28/PDF/NR057528.pdf?OpenElement> (access: 12.04.2023).

provide United Nations Monitoring, Verification and Inspection Commission (UNMOVIC) and the International Atomic Energy Agency (IAEA) access to all required places for inspections.²³ In fact, this resolution did not contain any provision regarding the use of military force. Moreover, the Ambassadors of the US and UK to the UN endorsed the fact this resolution did not include any “hidden triggers” and there was no “automaticity” with respect to resorting to military force. They also specifically emphasized that “if there is a further Iraqi breach of its disarmament obligations, the matter will return to the Council for discussion as required in paragraph 12 [of the resolution].²⁴ Since there was no further resolution that authorized member states to use force, the 2003 military operation in Iraq has been made unilaterally, i.e. without the approval of the Security Council. Noteworthy, the UN Secretary-General Kofi Annan named this operation “an illegal act that contravened the UN Charter” and mentioned that “there should have been a second UN resolution following Iraq’s failure to comply over weapons inspections... and it should have been up to the Security Council to approve or determine the consequences”.²⁵

Against this background, it can be said that Article 103 applies by extension to authorization of the UN Security Council under articles 41 and 42 of the Charter due to their “very subject matter” directly linked with the goal of maintenance or restoration of international peace and security.²⁶ In this respect, Conforti goes further, suggesting to identify article 103 as a customary rule.²⁷

Furthermore, Kolb reminds one of the Reports of the International Law Commission (ILC) which worked on the Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts (ARSIWA), which suggested that “sanctions applied in conformity with the provisions of the Charter

23 UN Security Council Resolution 1441, 2002, URL: <https://www.un.org/depts/unmovic/documents/1441.pdf> (access: 12.04.2023).

24 UN Security Council Verbatim Report 4644, 8 November, 2002, URL: <https://www.un.org/depts/unmovic/documents/1441.pdf> (access: 12.04.2023).

25 Iraq war illegal, says Annan, BBC News, 16 September, 2004, URL: http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3661134.stm (access: 12.04.2023).

26 Kolb, p. 25.

27 Benedetto Conforti, “Consistency among Treaty Obligations” in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, p. 189.

would certainly not be wrongful in the legal system of the UN, even though they might conflict with other treaty obligations incumbent upon the State applying them... This view would, moreover, seem to be valid not only in cases where the duly adopted decision of the Organization authorizing the application of a sanction is mandatory for the Member States but also where the taking of such measure is merely recommended”²⁸

Another justification for the extension of provisions of article 103 was provided by Bernhardt who underlines the so-called “constitutional dimension” of the UN Charter and stresses: “article 103 must be seen in connection with article 25 and with the character of the Charter as the basic document and “constitution” of the international community”²⁹.

In this respect, it could be argued that article 25 of the UN Charter which endowed the member states with the obligation “to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the Charter”³⁰ allows to make a conclusion that “supremacy clause” of the article 103 refers not only to decisions, authorizations and recommendations of the Security Council under the Chapter VII but also under Chapter VI (Pacific Settlement of Disputes).

This understanding is based on the main aim and historical mission of the UN which performs through the competence of the UN Security Council – maintenance of international peace and security, which represents an international public order (*ordre public*) commonly accepted by the international community. At the same time, it is fairly warned by Liivoja that “when interpreting Article 103, one should be particularly careful not to put too much emphasis on the idea of the Charter as a “world constitution”. The problem is that, in such constitutional interpretations, Article 103 seems to be one of the main indicators of the constitutional character of the Charter”³¹

The analysis regarding the UN bodies whose decisions are covered by the “supremacy clause” of article 103, might be continued with the

28 Kolb, p. 26.

29 Bernhardt, para 21.

30 Charter of the United Nations, 1945, URL: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter> (access: 12.04.2023).

31 Liivoja, p. 612.

assumption that not only the Security Council but also General Assembly resolutions fall within the scope of this article. Hence, there is a quite common practice, when the Security Council is blocked by the veto right of the permanent member states and consequently, as a “victim” of the geopolitical interests of the latter, paralyzed to perform its functions. For these situations, Kolb reminds that the UN General Assembly adopted the Resolution 377(V) – “Uniting for Peace” that let it to recommend the use of military force by the UN members, and in fact, exempt them from legal liabilities under other international treaties due to the fact that they perform collective measures under the UN “umbrella”³². Thus, against this background, it can be suggested that not all resolutions of the General Assembly, but only resolutions adopted in connection with the historical mission of the UN and directly linked to the collective security mechanism could be covered by the “supremacy clause” of article 103.

While recognizing the historical destiny of the UN expressed in a multilateral approach towards the maintenance of international peace and security, it may be put forward that Article 103 passes “the test for universality” inherent in the very idea of the UN. However, the question of hierarchy between the UN and other international organizations, as well as the issues of possible norm conflict and regime interaction have been left open.

2. The “supremacy clause” of article 103 in human rights context: the case studies of ECtHR

The previous observations indicate that the exceptional role of the UN provides the superiority of the Charter obligations namely through the provisions of article 103. However, judicial practice and legal doctrine are dazzled with the allegation that other legal orders could claim their independence and in particular, in the human rights context.

As Istrefi puts it, “while judicial bodies worldwide have been struggling to balance human rights and subordination to the UN supremacy,

32 Kolb, p. 23; The Report of the Collective Measures Committee, General Assembly Official Records: sixth edition, Supplement 13 (A/1891), NY, 1951, URL: <https://digitallibrary.un.org/record/704433> (access: 12.04.2023),

this has been particularly sensitive for European courts where protection of fundamental rights is of paramount importance in the hierarchy of norms”.³³

In this section, the present author tries to shed light on the “supremacy clause” of article 103 within the regime interaction and in the human rights context through the analysis of the respective cases of the European Court of Human Rights (ECtHR).

The first case which represents the sole interest in this framework is *Al-Jedda v. United Kingdom*. Thus, this landmark ECtHR’s judgment addressed the list of important issues such as dual attribution of conduct (to states and international organizations), conflict of norms in international law, regime interaction (UN and ECtHR), and finally, the possibility of UN Security Council resolutions to set aside human rights obligations of states (under other legal regime) in accordance with article 103 of the Charter.³⁴

Before moving on with the analysis of this case in regard to the “supremacy clause” of article 103 in the human rights context, a short introduction and main outcomes of the case are required.

The applicant in *Al-Jedda* made a complaint that he had been illegally detained by British troops in Iraq in violation of article 5³⁵ of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR).³⁶ The UK government denied the claim and submitted that “he was detained at a time when United Kingdom forces were operating as part of a Multinational Force authorized by the United Nations Security Council (UNSCR 1511) and subject to the ultimate authority of the United Nations”.³⁷

The ECtHR found the UK responsible for the actions of its troops in Iraq:

33 Kushtrim Istrefi, “The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: the Quest for Regime Compatibility on Fundamental Rights”, *European Journal of Legal Studies*, Vol.6, Issue 2, 2012, p. 83.

34 Marko Milanovic, “Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg”, *EJIL*, Vol.23, No 1, 2012, p. 122.

35 Right to Liberty and Security (author’s note).

36 Application no. 27021/08, 7 July 2011 (hereinafter *Al-Jedda*). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22887954%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-105612%22%5D%7D> (access: 12.04.2023)

37 *Ibid*, para 64.

“The Court does not consider that, as a result of the authorization contained in Resolution 1511, the acts of soldiers within the Multinational Force became attributable to the United Nations or – more importantly, for the purposes of this case – ceased to be attributable to the troop-contributing nations. The Multinational Force had been present in Iraq since the invasion and had been recognized already in Resolution 1483, which welcomed the willingness of member States to contribute personnel. The unified command structure over the Force, established from the start of the invasion by the United States of America and the United Kingdom, was not changed as a result of Resolution 1511. Moreover, the United States of America and the United Kingdom, through the Coalition Provisional Authority (CPA) which they had established at the start of the occupation, continued to exercise the powers of government in Iraq. Although the United States of America was requested to report periodically to the Security Council about the activities of the Multinational Force, the United Nations did not, thereby, assume any degree of control over either the Force or any other of the executive functions of the CPA.”³⁸

As it could be observed, the ECtHR used an “effective control test” famously enshrined in the Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (DARIO) prepared by the International Law Commission (ILC), and fixed as follows:

“The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct.”³⁹

Thus, testing the conduct of the UK troops in the spirit of DARIO, the ECtHR declared that the UN Security Council had neither effective control nor ultimate authority over the actions of British troops within the MNF, and thus applicant’s illegal detention was not attributable to the UN, but to the UK.⁴⁰

38 Ibid, para 80.

39 Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (DARIO), URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf (access: 12.04.2023)

40 Marko Milanovic, “European Court Decides Al-Skeini and Al-Jedda”, *EJIL*, URL: <https://www.ejiltalk.org/european-court-decides-al-skeini-and-al-jedda/> (access: 12.04.2023).

Now, we are turning to the main question asked in this section, namely whether the UN Security Council resolution prevailed over ECHR’s obligations of member states by virtue of article 103 of the UN Charter.

As has been already mentioned, the UK government denied the applicant’s claim, considering the fact that preventive detention was authorized by the UN Security Council in accordance with Resolution 1546 which prevailed over article 5 of the ECHR.

Guided by the historical mission of the UN which was marked by the present author in the previous section of this article, ECtHR answered to this justification, as follows:

“In its approach to the interpretation of Resolution 1546, the Court has reference to the considerations [set out in paragraph 76 above]. In addition, the Court must have regard to the purposes for which the United Nations was created. As well as the purpose of maintaining international peace and security, set out in the first sub-paragraph of Article 1 of the Charter of the United Nations, the third sub-paragraph provides that the United Nations was established to “achieve international cooperation in ... promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms”. Article 24 § 2 of the Charter requires the Security Council, in discharging its duties with respect to its primary responsibility for the maintenance of international peace and security, to “act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations”. Against this background, the Court considers that, in interpreting its resolutions, there must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on member States to breach fundamental principles of human rights. In the event of any ambiguity in the terms of a United Nations Security Council resolution, the Court must therefore choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the Convention and which avoids any conflict of obligations. In the light of the United Nations’ important role in promoting and encouraging respect for human rights, it is to be expected that clear and explicit language would be used were the Security Council to intend States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights law.”⁴¹

This so-called “interpretative presumption” created by the ECtHR in the case of *Al-Jedda* represents a significant interest in the framework of regime interaction and an attempt to find harmony between norms of international law, as well as avoid legal obstacles with the fulfillment of obligations under different legal regimes.

41 *Al-Jedda*.

Although the ECtHR has found the solution for potential problems that could be raised within the legal regime interaction and thus, negatively affect the accomplishment of human rights obligations, it has not directly addressed the question of the superiority of the UN Charter obligations over ECHR by virtue of article 103.

Acknowledging the fact that the ECtHR has created a “very strong” interpretative presumption, Milanovic asserts that the Court’s silence in regard to the supremacy clause of article 103 “speaks volumes”, as it is difficult for the ECtHR “to accept that Security Council can displace the ECHR, the “constitutional instrument of European public order” of which it is the ultimate guardian.⁴²

A similar approach towards regime reconcilability through “harmonious interpretation” of the UN Security Council resolution was used by the ECtHR in *Nada v. Switzerland*. In this case, the applicant claimed that the ban on entering (or transiting) through the Swiss territory which had been inflicted on him due to the sanction regime of the UN Security Council violated article 5 of the ECHR (Right to liberty and security), as well as article 8 (Right to respect for private and family life) and Article 13 (Right to an effective remedy).⁴³

Switzerland requested the ECtHR to recognize the claim inadmissible “as being incompatible *ratione personae* (“by reason of the person”) with the Convention”, arguing that contested measures had been based on the UN Security Council Resolutions, “which, under Articles 25 and 103 of the United Nations Charter, were binding and prevailed over any other international agreement”.⁴⁴

ECtHR dismissed this objection and declared that:

“The measures in issue were therefore taken in the exercise by Switzerland of its “jurisdiction” within the meaning of Article 1 of the Convention. The impugned acts and omissions are thus capable of engaging the respondent State’s

42 Marko Milanovic, “Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg”, *EJIL*, Vol. 23, No 1, 2012, p. 138.

43 Application no. 10593/08, 12 September 2012 (hereinafter *Nada*). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-113118%22%5D%7D> (access: 12.04.2023).

44 *Ibid*, para. 102.

*responsibility under the Convention. It also follows that the Court has jurisdiction ratione personae to entertain the present application”.*⁴⁵

Thus, according to the ECtHR, the impugned acts relate to the national implementation of UN Security Council resolutions by the Swiss government and thereby, the alleged violations of the ECHR are attributable to the state.⁴⁶

While not explicitly analyze the issue of the “supremacy clause” of article 103 mentioned by Switzerland in its submissions to the ECtHR, the latter asserted:

*“When creating new international obligations, States are assumed not to derogate from their previous obligations. Where a number of apparently contradictory instruments are simultaneously applicable, international case-law and academic opinion endeavor to construe them in such a way as to coordinate their effects and avoid any opposition between them. Two diverging commitments must therefore be harmonized as far as possible so that they produce effects that are fully in accordance with existing law”.*⁴⁷

Despite the fact that the ECtHR used harmonized approach as in *Al-Jedda*, at the same time it distinguished these two cases in the sense of interpretation of the UN Security Council resolutions, namely through the rejection of the interpretative presumption:

*“However, in the present case it observes that, contrary to the situation in Al-Jedda, where the wording of the resolution in issue did not specifically mention internment without trial, Resolution 1390 (2002) expressly required States to prevent the individuals on the United Nations list from entering or transiting through their territory. As a result, the above-mentioned presumption is rebutted in the present case, having regard to the clear and explicit language, imposing an obligation to take measures capable of breaching human rights, that was used in that Resolution”.*⁴⁸

The ECtHR found that Switzerland violated article 8 of the ECHR, as a sovereign state which enjoyed “some latitude” in implementing the

45 Ibid, para. 122.

46 Ibid, para. 121.

47 Ibid, para. 170.

48 Ibid, para.172.

UN Security Council resolutions⁴⁹. Further, the ECtHR evaluated the interference of the state as “necessary in a democratic society” that has a legitimate aim and is maintained in accordance with a “pressing social need”.⁵⁰

Then the ECtHR continued with an evaluation of measures that should be conducted by the Swiss government in order to avoid the alleged violation, namely the timely information to the Sanctions Committee on the conclusion of internal investigation and consequently, the deletion of Mr. Nada’s name from the UN Security Council sanctions list⁵¹, as well as consideration of some personal (medical) circumstances of the applicant that should be led to the alleviation of the situation.⁵²

In fact, the ECtHR avoids again the issue of the norm conflict between the UN Security Council resolution from one side and ECHR from another side through harmonious interpretation⁵³, and thus provided the possibility of the co-existence of different legal regimes.

The ECtHR remained constant in this position in the case of *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, marked with several milestone legal consequences.⁵⁴ In this case, two applicants – an Iraqi national, Khalaf M. Al-Dulimi and Montana Management Inc. company, of which Al-Dulimi is the managing director, issued a complaint against Switzerland. They claimed that “confiscation of their assets by the Swiss authorities pursuant to a resolution of the United Nations Security

49 Ibid, para. 180.

50 Ibid, para. 181.

51 Ibid, para. 188.

52 Ibid, para. 195-196.

53 Marco Milanovic “European Court Decides *Nada v. Switzerland*”, EJIL, URL: <https://www.ejiltalk.org/european-court-decides-nada-v-switzerland/> (access: 12.04.2023); Thienel T. “*Nada v Switzerland: The ECtHR Does Not Pull a Kadi (But Mandates It for Domestic Law)*”, Invisible College, URL: <https://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl/2012/09/12/nada-v-switzerland-the-ecthr-does-not-pu/> (access: 12.04.2023).

54 Anne Peters “The New Arbitrariness and Competing Constitutionalisms: Remarks on ECtHR Grand Chamber *Al-Dulimi*”, EJIL, URL: <https://www.ejiltalk.org/the-new-arbitrariness-and-competing-constitutionalisms-remarks-on-ecthr-grand-chamber-al-dulimi/> (access: 12.04.2023); Marco Milanovic “Grand Chamber Judgment in *Al-Dulimi v. Switzerland*”, EJIL, URL: <https://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-al-dulimi-v-switzerland/#more-14398> (access: 12.04.2023).

Council had been ordered in the absence of any procedure complying with Article 6⁵⁵ of the Convention”.⁵⁶

The Grand Chamber applied interpretative presumption and declared that:

*“The Security Council does not intend to impose any obligation on member States to breach fundamental principles of human rights. In the event of any ambiguity in the terms of a UN Security Council resolution, the Court must therefore choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the Convention and which avoids any conflict of obligations. In the light of the United Nations’ important role in promoting and encouraging respect for human rights, it is to be expected that clear and explicit language would be used were the Security Council to intend States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights law. Accordingly, where a Security Council resolution does not contain any clear or explicit wording excluding or limiting respect for human rights in the context of the implementation of sanctions against individuals or entities at national level, the Court must always presume that those measures are compatible with the Convention”.*⁵⁷

Applying again the interpretative presumption as Peters fairly noticed for “a human rights-friendly” implementation⁵⁸, the ECtHR declared inapplicable article 103 of the UN Charter:

*“... in such cases, in a spirit of systemic harmonisation, it will in principle conclude that there is no conflict of obligations capable of engaging the primacy rule in Article 103 of the UN Charter”.*⁵⁹

All that remains to be said is that the ECtHR as a regional human rights mechanism implicitly recognized the superior character of article

55 Right to fair trial (author’s note).

56 Application no. 5809/08, 21 June 2016 (hereinafter Al-Dulimi). URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164515#{%22itemid%22:\[%22001-164515%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164515#{%22itemid%22:[%22001-164515%22]}) (access: 12.04.2023).

57 Ibid, para. 140.

58 Anne Peters “The New Arbitrariness and Competing Constitutionalisms: Remarks on ECtHR Grand Chamber Al-Dulimi”, EJIL, URL: <https://www.ejiltalk.org/the-new-arbitrariness-and-competing-constitutionalisms-remarks-on-ecthr-grand-chamber-al-dulimi/> (access: 12.04.2023)

59 Al-Dulimi, para. 140.

103 and hence, de-facto keeps up subordination between treaties – the UN Charter and the ECHR, as well as between international (universal and regional) intergovernmental institutions.

At the same time, ECtHR constantly avoids to make a clear stance on the issue of norm conflict between article 103 of the Charter and ECHR, as might be assumed in order to secure its status as an independent legal regime, i.e. “*European public order*”. At this point, it is also worth to mention the fact that this line was started by the ECtHR before the analysis of this article’s cases and beyond article 103. In fact, the ECtHR also tended to follow this tendency with regard to attribution of conduct. Thus, in its landmark decision of *Behrami and Behrami v. France, and Saramati v. France, Germany and Norway*, regarding the conduct of armed forces placed in Kosovo at the disposal of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) or authorized by the United Nations (Kosovo Force (KFOR)), concluded that the key element was whether the UN Security Council “retained ultimate authority and control so that operational command only was delegated”.⁶⁰ The ECtHR considered that the operation of KFOR was based on UN Security Council resolution and consequently, “KFOR was exercising lawfully delegated Chapter VII powers of the UNSC so that the impugned action was, in principle, “attributable” to the UN...”⁶¹. In doing so, the ECtHR used the wording of Article 7 of the Draft articles on the responsibility of international organizations adopted by the ILC in 2011⁶² and applied the “effective control” test, and finally declared “the UN has a legal personality separate from that of its member states”⁶³ and that the UN, being not a Contracting Party to the ECHR cannot be placed under the control of its regime, the fact that makes the application incompatible *ratione personae*.

It would seem to the present author that the specification of the UN as “an organization of universal jurisdiction fulfilling its imperative collective

60 Draft articles on the responsibility of international organizations, URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf (access: 12.04.2023)

61 Application no. 71412/01 and 78166/01, 2 May 2007, para. 133. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-80830%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-80830%22]}) (access: 12.04.2023)

62 Ibid, para. 141.

63 Ibid, para. 144.

security objective”⁶⁴ used by the ECtHR, in this case, sounds as one more piece of evidence of acknowledgment by the ECtHR of the UN’s supreme role in the de-facto hierarchy of international organizations conditioned by the historical mission of the latter.

For the sake of an argument, one could oppose that the historical destination of the UN does not imply that obligations of states bearing under its Charter could set aside obligations resulting from other international (in particular, human rights) treaties which also have legally binding force. Furthermore, the Charter of the UN has not been accepted as “world constitution”, while ECHR is beginning to be recognized as a constitutional instrument of the European public order.

Noteworthy, the constitutionalism issue is specifically addressed in the concurring opinion of Judge Pinto De Albuquerque, joined by judges Hajiyev, Pejchal and Dedov in *Al-Dulimi* case. They pointed out that the UN Charter does not yet answer to the requirement of “the double function of a Constitution, as the foundational, non-derived source of law and the primary limit to the exercise of public power and the use of public force”.⁶⁵ Furthermore, judges argued that the absence of effective constitutional control of the UN bodies, and first of all over the Security Council, as well as the non-binding character of the UN Human Rights Committee’s decisions (recommendations) under the first optional protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights testify the lack of human rights protection within the UN system. “*Thus, the Charter of the United Nations has not yet acquired the nature of a Constitution for the international community and consequently there is no hierarchical relationship between Charter obligations and obligations resulting from other international treaties and agreements, most notably human rights treaties*”.⁶⁶

On the contrary, the judges highly evaluated the ECHR constitutional character, specifically addressing “the direct, supra-constitutional effect” of the latest on the national legal orders of the member states, and the fact that “the Convention is subordinated neither to domestic constitutional rules,

64 Ibid, para. 151.

65 Ibid, Concurring opinion, para. 8.

66 Ibid, Concurring opinion, para. 8.

nor to allegedly higher rules of international law, since it is the supreme law of the European continent. In the Council of Europe's own internal hierarchy of norms, United Nations law is equal to any other international agreement and subordinated to the primacy of the Convention as a constitutional instrument of European public order".⁶⁷

Frederic Megret supports this approach in the framework of the special character of human rights obligations, evaluating international human rights mechanisms as "constitutional". Noteworthy, he also referred to the description of the ECHR by the ECtHR as a "constitutional instrument of the European public order", but at the same time brought examples of other human rights treaties which also serve as "part of governance structures" or "normative foundations of particular political communities".⁶⁸

Following this line, as ECHR is a "constitutional" instrument of the European public order, the African Charter on Human and Peoples' Rights is a "constitutional" mechanism of the African Union, whilst the American Convention on Human Rights could be assessed as a "constitutional" instrument of the Organization of American States.

All of the above-mentioned examples are regional human rights mechanisms that possess to some extent "legislative" functions for the relevant political union. Hence, a similar approach could be successfully taken towards universal human rights treaties that have been adopted under the UN "umbrella", such as for example, International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR).⁶⁹

Moreover, the existence of *erga omnes* obligations⁷⁰ makes the "constitutionalism" test and "competition" between different legal regimes irrelevant, as in view of the significance of the human rights involved, "all States can be held to have a legal interest in their protection."⁷¹

67 Ibid, para 59.

68 Frederic Megret, "Nature of obligations" in *International Human Rights Law* by Daniel Moeckli, Sangeeta Shah & Sandesh Sivakumaran. Oxford University Press, 3rd edition, 2018, p. 91.

69 Ibid, 91.

70 Obligations "toward the international community as a whole", see *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v Spain)*, 1970, *ICJ Report 3*, para 33.

71 Hernandez, p. 65.

In the view of the present author, the comparative analysis of different legal orders through the scrutiny of its legal instruments (the UN Charter and ECHR), on the subject of their “constitutional” nature, has a potential to undermine the binding nature of Security Council resolutions from one side, and lead judges to decide which legal order prevails over the other. Since there is no formal hierarchy between legal orders, the mentioned apprehension could threaten the universality of international law. Hence, in the regime interaction cases the harmonious interpretation seems to be a wise compromise that could keep the relevance and autonomous nature of different legal orders.

Conclusion

It is submitted in this article that despite the absence of a formal hierarchy between international intergovernmental organizations the UN remains the universal and supranational platform of cooperation of the member states due to its historical mission and vital goals bestowed to it after the end of World War II. Article 103 of the UN Charter serves as evidence for this statement. Thus, the “supremacy clause” of Article 103 forces the obligations under the UN Charter above other treaty duties and consequently backs the UN’s target to universality and preponderance among other international legal regimes.

Contemporaneously, the present author argues that regional international organizations have the equal right to claim the autonomy of their *ordre public*. Through the scrutiny of the relevant cases of the ECtHR, it is affirmed in this paper that the European public order implicitly recognizes the “supremacy clause” of article 103 that virtually proclaims the hierarchy of the UN among international organizations. At the same time, it is asserted that article 103 does not intentionally allow the UN to set aside other treaty obligations of its member states and in particular, in the area of human rights.

In this regard, the harmonious interpretation approach which was chosen by the ECtHR in the analyzed cases is evaluated by the present author as a wise compromise that aimed to retain the autonomous nature of different legal regimes, as well as to guard a unique historical mission of the UN that is primarily responsible for maintaining international peace and security.

The author concludes that besides the fact that the UN Charter has not been accepted as a “world constitution” and unlike ECHR does not include a list of concrete human rights, the creation of the UN should be assessed as a starting point in the so-called international human rights era. In fact, the internationalization of human rights started with the formation of the UN as an answer to the gross and systematic violations of human rights during World War II. The argument that the UN does not have its own “constitutional” mechanism like other international (regional) organizations seems unconvincing since the adoption of the Universal Declaration of Human Rights (despite its “soft law” nature) and the aftermath of 1966 Human Rights Covenants with their Additional Protocols inaugurated the era of international universal human rights protection, despite the fact that decisions of the UN human rights treaty bodies have non-binding character.

Furthermore, taking into account the special character of human rights treaties, as well as *erga omnes* status of certain human rights obligations, the “constitutionalism” test and “competition” of different orders lost their relevance.

Finally, even the absence of a formal hierarchical relationship between Charter obligations and obligations stemming from other international treaties does not imply that United Nations law is equal to any other international treaty or subordinated to the primacy of the ECHR or any other regional “constitutional” mechanism. Otherwise, the relevance of the UN, in particular the Security Council, as the main body responsible for maintaining international peace and security, could be undermined. This scenario, in its turn, has the potential to disrupt the very nature and significance of international law and destroy the collective security system which has been created within the UN.

Bibliography

Bernhardt, Rudolf. “Article 103”, *Charter of the United Nations - A Commentary* (ed.), B.Simma, 2nd edition, Vol. 2, Oxford, 2002.

Conforti Benedetto, “Consistency among Treaty Obligations”, in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press.

- Gowlland-Debbas Vera “The Limits of Unilateral Enforcement of Community Objectives in the Framework of UN Peace Maintenance”, *EJIL*, Vol. 11, 2000.
- Hernandez, Gleider, *International Law*, Oxford University Press, 2019.
- Istrefi, Kushtrim “The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: the Quest for Regime Compatibility on Fundamental Rights”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 6, Issue 2, 2012.
- Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Frederick A. Praeger, 1950.
- Kolb, Robert “Does Article 103 of the Charter of the United Nations apply only to decisions or also to authorizations adopted by the Security Council?” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht*, Vol. 64, no 1, 2014.
- Lauterpacht, Hersch. “*The development of the law of international organizations by the decisions of international tribunals*”. 52 *Recueil des Cours*, 1976.
- Lauwaars, Richard. “The Interrelationship between United Nations Law and the Law of other International Organizations”, *Michigan Law Review*, Vol. 82, 1984.
- Liivoja, Rain. “The scope of the supremacy clause of the United Nations Charter”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, 2008.
- Megret, Frederic. “Nature of obligations”, in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah & Sandesh Sivakumaran (eds.), *International Human Rights Law*. Oxford University Press, 3rd edition, 2018.
- Milanovic, Marko. “Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg”, *EJIL*, Vol. 23, No 1, 2012.
- Milanovic, Marko. “European Court Decides Al-Skeini and Al-Jedda”, *EJIL: TALK*, 2011, <https://www.ejiltalk.org/european-court-decides-al-skeini-and-al-jedda/>. (access: 12.04.2023)
- Milanovic, Marko. “European Court Decides Nada v. Switzerland”, *EJIL: TALK*, 2012, <https://www.ejiltalk.org/european-court-decides-nada-v-switzerland/> (access: 12.04.2023)
- Milanovic, Marko. Grand Chamber Judgment in Al-Dulimi v. Switzerland, *EJIL: TALK*, 2016, <https://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-al-dulimi-v-switzerland/#more-14398> (access: 12.04.2023)
- Paust, Jordan. “Peacemaking and Security Council Powers: Bosnia-Herzegovina raises international and constitutional questions”, Southern Illinois University, 1994.
- Peters, Anne. “The New Arbitrariness and Competing Constitutionalisms: Remarks on ECtHR Grand Chamber Al-Dulimi”, *EJIL: TALK*, 2016 <https://www.ejiltalk.org/the-new-arbitrariness-and-competing-constitutionalisms-remarks-on-ecthr-grand-chamber-al-dulimi/> (access: 12.04.2023)

- Thienel, Tobias. “Nada v Switzerland: The ECtHR Does Not Pull a Kadi (But Mandates It for Domestic Law)”, Invisible College, 2012, <https://invisiblecollege.weblog.leidenuniv.nl/2012/09/12/nada-v-switzerland-the-ec-thr-does-not-pu/>. (access: 12.04.2023)
- Tzanakopoulos, Antonios. “Collective Security and Human Rights”, in Erika de Wet and Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in international law: the place of human rights*, Oxford University Press, 2012.
- Watson, Geoffrey. Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court, *Harvard International Law Journal*, 1, 1993.







