

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

Cilt XVIII, Ocak 2014, Sayı 1

Vol. XVIII, January 2014, No. 1



**ANKARA
Nisan 2014**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Editörler: Editors :

Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assoc. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assist. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN
Basım Yeri:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto-normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, İngilizce, Almanca, Fransızca yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.
7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*, Baskı. Basıldığı Yer, Yıl,
Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007.

İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü:

Örn. AYHAN, s. 178.

Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü:

AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim 13 Haziran 2010).

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 90

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XVIII

Ocak 2014

Sayı 1

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması Veya Kaldırılması
BurakADIGÜZEL.....1-48
- Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair
Hükümleri Hakkında Bir İnceleme
Mehmet AKÇAAL.....49-70
- Alman Dar Gelirlilerin Hukuk Danışmanlığı ve Temsili Kanunu
Cenk AKİL.....71-78
- Kara Liste (Hard Core) ve Yasak Kısıtlamalar (Excluded Restriction)
Açısından Teknoloji Transferi Hakkındaki Grup Muafiyeti
Tüzüğü (240/96) ve Rehber İlkeler
Gonca Gülfem BOZDAĞ.....79-90
- Mutlak Yargı Bağımsızlığından Sınırlı Yargı Bağımsızlığına
Geçiş Trendi, İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda
Yargı Bağımsızlığı Ve Ülkemizdeki Durum
Yasir GÖKÇE.....91-112
- 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Müvekkilin
Acenteye Bilgi ve Belge Verme Yükümlü
Rauf KARASU.....113-128

KAMU HUKUKU

- İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler
Hayrettin KURT.....131-178
- Açık Denizlerin Serbestliği , Gemilerin Uyraklığı ve Bayrak
Devleti Münhasır Yargı Yetkisi Arasındaki İlişkinin Teamül Hukuku,
Konvansiyonlar ve Mahkeme Kararları Işığında İncelenmesi
Sinan MİSİLİ.....179-208

* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

Bireysel Başvuru Kanun Yolu İçin Dava Vekâletnamesinde Özel Yetkinin Yer Alması Zorunluluğu Leyla Nur ODUNCU	209-242
Adil Yargılanma Hakkı ve Saddam Hüseyin Davası Mahmut ŞEN	243-262

ÇEVİRİ

İsviçre Federal Mahkemesi'nin Lotodan Kazanılan İkramiyenin Edinilmiş Mal Sayılacağına İlişkin 11.04.1995 Tarihli (BGE 121 III 201) Kararı Fahri Erdem KAŞAK	265-268
--	---------

Gazi University Faculty of Law Review
Vol. XVIII January 2014 Number 1

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

Circumscription Or Abrogation Of Subscription Right In The Company
Burak ADIGÜZEL.....1-48

*An Analysis For The Provisions Of The Code Of Obligations
Relating To The General Transaction Conditions*
Mehmet AKÇAAL.....49-70

*The German Code of Legal Counseling and Representation
Act for Person With Modest Regular Income*
Cenk AKİL.....71-78

*Technology Transfer Block Exemption Regulation (240/96)
And Guidelines In Terms Of Hard Core And Excluded Restrictions*
Gonca Gülfem BOZDAĞ.....79-90

*Transition Trend From Absolute Sovereign Ummunity To Restrictive
Sovereign Immunity, Sovereign Immunity In Disputes
Stemming From Labor Law And The Situation In Turkey*
Yasir GÖKÇE.....91-112

*The Responsibility Of Appontee To Give Information And
Documents To The Agent With Reference To The Turkish
Commercial Code No 6102*
Rauf KARASU.....113-128

PUBLIC LAW

Assurances Against Administrative Sanctions
Hayrettin KURT.....131-178

*Examination Of The Relationship Between The Freedom Of The
High Seas, Nationality Of Ships And Flag State's Exclusive Jurisdiction,
In The Light Of Customary Law, Conventions And The Court Rulings*
Sinan MİSİLİ.....179-208

* Articles are drawn up according to the surnames of the authors.

*Obligation Of Specific Authorization In The Case's Power Of Attorney
For Individual Application Which Is Judicial Remedy*
Leyla ODUNCU.....209-242

Right To A Fair Trial And Saddam Hussein Case
Mahmut ŞEN.....243-262

TRANSLATION

*The Decision Of The Swiss Federal Court (BGE 121 III 201) Dated 11.04.1995
Regarding Qualification Of Lotto Prize As An Acquired Property*
Fahri Erdem KAŞAK.....265-268

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

ANONİM ŞİRKETLERDE RÜÇHAN HAKKININ SINIRLANMASI VEYA KALDIRILMASI

Burak ADIGÜZEL*

ÖZET

6102 sayılı TTK ile şirketler hukukunda getirilen önemli değişiklikler içinde yer alanlardan bir tanesi de, rüçhan hakkına ilişkin yapılan düzenlemedir. TTK m.461 'de yer alan rüçhan hakkına ilişkin hükümde, 6762 sayılı TTK m.394'den farklı olarak rüçhan hakkının ancak haklı sebeple sınırlandırılması veya kaldırılması kabul edilmiş ve bu kararın alınması için genel kurulda ağırlaştırıcı nisap aranmıştır. Haklı sebeplerin örnekleri halka arz, devralmalar ve işçilerin şirkete katılımı olarak gösterilmiştir. Bunun yanında, anonim şirketler hukukuna hâkim ilkeler olan gereklilik, eşitlik ve ölçülülük, kararın alınmasında olması gerekli unsurlardır. Haklı sebeplere ve ilkelere aykırı alınan sınırlandırma veya kaldırma kararı kanuna aykırı olacaktır.

Anahtar Kelimeler : Rüçhan hakkı, sınırlama veya kaldırma, haklı sebep, gereklilik, eşitlik ve ölçülülük ilkeleri.

CIRCUMSCRIPTION OR ABROGATION OF SUBSCRIPTION RIGHT IN THE COMPANY

ABSTRACT

One of the important changes in 6102 numarated Turkish Commercial Code is regulation about subscription right. In the judgement which take place in Turkish Commercial Code, 461 it is admitted that 6762 numarated Turkish Commercial Code as different from 394, subscription right is restricted or abated only with a fair cause and for this adoption of resolution there should be aggravating quorum in general assembly. Besides; necessities, equivalence and continence which are the domonant principles on Corporation Law, are the necessary elements fort he decesions. The decision of restriction or abrogation against fair causes and principles will be against the law.

Keywords : Subscription right, circumscription or abrogation, fair cause, necessity, equality and proportionality principles

* Yrd. Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I.Giriş

TTK m.461'de, anonim şirketler için düzenlenen rüçhan hakkı, sermaye şirketlerinde esas sermayenin dış kaynaklardan arttırılması sonucu ortaya çıkan yeni payları öncelikle alma hakkını payları ile orantılı olarak pay sahiplerine sağlar¹. Bu hak sermaye arttırımı kararı ile doğar ve kullanılabilir hale gelir². Yani sermaye arttırımı kararı, pay sahibine ait rüçhan hakkını soyut olmaktan çıkararak, onu ortaklığa karşı ileri sürülebilen somut bir hak haline dönüştürür³.

Paya bağlı bir hak olan rüçhan hakkı, sadece pay sahipliği mevki tarafından kullanılan subjektif, nisbi nitelikte ve bir malvarlığı hakkıdır⁴. Ancak müktesep bir hak değildir⁵. Çünkü sınırlamak ve kaldırmak mümkündür. Bu hak, sermaye arttırımı sonrası pay sahiplerinin anonim şirketteki pay oranını koruması için ihdas edilmiştir⁶. Buna bağlı olarak da kârdan pay alma ve genel kurulda oy kullanma gibi mali ve idari hakların gücünün azalmasının engellenmesini amaçlar⁷.

¹ TTK m.461'in ilk fıkrasına göre, "Her pay sahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermaye oranına göre alma hakkını haizdir."

² KARAHAN Sami/SARAÇ Tahir; Şirketler Hukuku, Konya 2012, s.550, POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2009, s.775.

³ Y.11.HD. 14.12.1982 tarihli 1982/4988 E. 1982/5387 K. sayılı ilamı. YKD. C.9.S.3, Ankara 1982, s.378 vd.

⁴ AYTAÇ Zühtü; Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985, s.303, TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s.560, KARAHAN/SARAÇ, s.550. Ancak rüçhan hakkının kullanılması sadece malvarlığı hakkı değil, pay sahibinin katılma ve koruyucu haklar kazanmasını da sağlar. FORSTMOSER, P./MEIER-HAYOZ, A./NOBEL, P.; Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40, N. 229. Buna karşın rüçhan hakkının hem malvarlığı hem de yönetime katılma hakkı bahsettiği için karma bir hak olması gerektiği de ileri sürülmektedir. BÖCKLI Peter; Schweizer Aktienrecht, 4.Auflage, Zurich 2009, §2, N.272, YILDIZ Şükrü; Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul 1996, s.135, ZINDEL G. Gaudenz/ISLER R. Peter; Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4.Auflage, Basel 2012, Art. 652b, N.2.

⁵ BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan; Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s.526, KARAHAN/SARAÇ, s.551, YILDIZ Şükrü; Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul 1996, s.138. Ancak bir görüşe göre, rüçhan hakkı esas sözleşmeye yazıldığı takdirde müktesep hak olarak kabul edilmelidir. PULAŞLI Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C.II Ankara 2011, s.1629.

⁶ TEKİNALP Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2013, s.306.

⁷ HÜFFER Uwe; Aktiengesetz, 10.Auflage, München 2012, § 186, Rn.2, PEIFER Karl-Nikolaus; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3.Auflage, München 2011, § 186, Rn.1, ŞENER Hami Oruç; Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012, s.552, SICKINGER Mirko/KUTHE Thorsten; Münchener Anwalt Handbuch, Herausgegeben von Schüppen Matthias/ Schaup Bernhard, 2.Auflage 2010, § 33, Rn.72.

Paya bağlı olan bu hakkın kullanımının sınırlanması veya kaldırılması ise, ancak TTK'da öngörülen şartlar çerçevesinde mümkündür.

Rüçhan hakkının kullanılabilmesi, dış kaynaklardan sermaye artırımına bağlı olduğu için TTK'da dış kaynaklardan sermaye artırımını yönünden esas sermaye sistemi, kayıtlı sermaye sistemi ve şartlı sermaye sistemi olarak ayırım yapılmaktadır. Rüçhan hakkına ilişkin TTK m.461 dışında, bu sermaye artırım türlerine ilişkin maddelere de yer verilmiş olmakla birlikte, rüçhan hakkının kullanımının sınırlanması veya kaldırılması m.461'de yer alan kurallar çerçevesinde, tüm bu sermaye artırım yöntemlerinde uygulanmaktadır. Zira her üç sermaye artırımına ilişkin TTK'da yer alan hükümler, doğrudan ve dolaylı olarak 461. maddeye atıf yapmaktadır.

Çalışmamızda, 461. maddede getirilen rüçhan hakkının kullanılmasının sınırlanması ve kaldırılmasına ilişkin düzenlemeyi ele aldık. Bu düzenlemenin TTK'da düzenlenen dış kaynaklardan sermaye artırımlarında ayrı ayrı uygulanışını da değerlendirdik. Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) çerçevesinde, rüçhan hakkının kısıtlanması ve kaldırılmasına ilişkin düzenlemeleri de TTK ile bağlantılı olarak ele almaya çalıştık.

II. Hakkın Sınırlanması veya Kaldırılması

1.Genel Olarak

Rüçhan hakkının sınırlandırılması, dış kaynaklardan sermaye artırım sonrası anonim şirket ortaklarının payları ile orantılı olarak alma hakkına sahip oldukları yeni payların bir kısmını alma imkânlarının, pay sahiplerinden bazılarının tüm yeni pay alma haklarının, farklı kategorideki paylardan bir veya birkaç kategorideki payların hepsinin alınmasının engellenmesi veya yeni pay alma hakkının devrinin yasaklanması şeklinde ortaya çıkabilir⁸.

Hakkın kaldırılması ise, yine dış kaynaklardan sermaye artırımında pay sahiplerinin var olan yeni pay elde etme haklarının tamamen yasaklanması, rüçhan hakkını kullanamaz hale gelmesidir.

Bu iki tanımdan da anlaşılacağı üzere sermaye artırım kararı ile rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararı kombine bir şekilde ortaya çıkar⁹.

⁸ YILDIZ; Yeni Pay Alma, s.297-300.

⁹ SICKINGER/KUTHE, § 33, Rn.89.

TTK, rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması açısından hem esasa hem de usule yönelik bazı şartlar koymuştur.

TTK m.461/1, rüçhan hakkının her pay sahibinin mevcut paylarının sermaye oranına göre sahip olduğu bir hak olduğunu belirtirken¹⁰, 461/2. madde ilk cümlesinde, sermaye artırımı kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkının, genel kurul kararı ile sınırlandırılabilirliğini veya kaldırılabilirliği öngörmüş, bunun için ise haklı sebepler bulunmasını ve esas sermayenin en az yüzde altmışının bu yönde olumlu oy vermesinin şart olduğunu kabul etmiştir.

Rüçhan hakkı 6762 sayılı TTK m.394'de düzenlendiğinde, ilk cümlede genel kurulun esas sermayenin arttırılmasına ilişkin kararında aksine şart olmadıkça, yeni paylardan pay sahiplerinin payı ile mütenasip bir miktarını alabileceği belirtilirken, rüçhan hakkının genel kurul kararı ile sınırlanabilirliği veya kaldırılabilirliği anlaşılmaktaydı¹¹. Ancak bu konuda 6102 sayılı TTK'daki gibi haklı bir sebebe bağlı olma şartı getirilmemişti. Bu bakımdan 6102 sayılı TTK, rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasında pay sahibinin hukuki statülerini koruyucu bir yaklaşımla, ek bir önlem getirmiştir¹². Bu rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasında esasa yönelik şarttır. Aynı durum genel kurulda alınacak karar bakımından, yine 6762 sayılı TTK'da genel kurulda bulunan payların yarıdan bir fazlasının olumlu oyu ile bu kararın alınabileceği kabul edilmiş iken, yeni TTK'da tüm payların yüzde altmışının olumlu oyunu esas olarak nitelikli bir çoğunluk aramada da görülmektedir. Bu ise sınırlama veya kaldırmada usule yönelik bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır.

Buna karşılık, 6762 sayılı TTK'daki gibi, 6102 sayılı TTK'da da rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasının esas sözleşme ile mümkün olup olmayacağı meselesinde net bir hükme yer verilmediğinden bu konunun doktrinde tartışmalı olarak kalmaya devam ettiği anlaşılmaktadır.

Bunun dışında TTK m.461/2'nin üçüncü cümlesi, TTK m.357'de ifadesini bulan eşitlik ilkesine atıf yapmakta, bu ilkeye aykırı bir şekilde genel

¹⁰ 6762 sayılı TTK m.394'de rüçhan hakkı düzenlenirken, ilk cümlede genel kurulun esas sermayenin arttırılması kararında, pay sahiplerinden her birinin yeni pay alma hakkını şirket sermayesindeki payı ile mütenasip miktarını alabileceğinden bahsedilmişti. Bu ifade yerine, yeni düzenlemede yer alan sermaye ile orantılılık ilkesi üzerinden rüçhan hakkının kullanılabilirliği ifadesi, hakkın kullanımına ilişkin daha açık bir niteliktedir. Bu yönde; KENDİGELEN Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2.Bası, İstanbul 2012, s.366.

¹¹ Bu yönde, TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), s.777, YILDIZ; Yeni Pay, s.281.

¹² KENDİGELEN, s.366, ZİNDEL/İSLER; Art.652b, N.4.

kurulun pay sahipleri arasında rüçhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılması kararı alamayacağını ortaya koymaktadır.

Son olarak TTK m.461/5’de nama yazılı pay sahiplerinin paylarını devredebilmesi esas sözleşmede yer alan bir kurala bağlanmış olsa bile, rüçhan hakkının kullanılmasının buna dayanılarak engellenemeyeceği benimsenmiştir.

2.Genel Kurul Kararının Haklı Sebebe Dayanması

A.Haklı Sebep Kavramı

TTK m.461/2 hükmünde, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasında, alınacak genel kurul kararının içeriğine haklı sebepler kontrolü getirilmiştir. Bu kontrole ilişkin bazı hususlar örnek kabilinden sayılmış¹³, diğer haklı sebep olacak hususlar ise doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır¹⁴. Maddede sayılan haklı sebepler, diğer haklı sebepleri belirlemede anahtar bir rol üstlenmektedir¹⁵.

Haklı sebep olarak gösterilen örnekler esas alındığında, haklı sebebin hukuki niteliği ortaya çıkmaktadır. Buna göre sebepler, anonim şirket menfaatleri, şirket büyüme stratejileri ve sosyal düşünceler çerçevesinde haklılık niteliği kazanmaktadır¹⁶.

Ayrıca kanunun benimsediği bir hukuk politikası da, rüçhan hakkı bakımından böyle bir sınırlama veya kaldırmaya cevaz verecek bir haklı sebep oluşturabilir. TTK’nın temel politikalarından birinin TTK m.346 hükmüne göre halka arz olması, halka arz nedeniyle rüçhan hakkındaki sınırlandırma veya kaldırmaya haklılık sağlamaktadır. Nitekim bu sebep, 461/2’de özel olarak haklı sebepler içinde belirtilmiştir.

Pratikte, rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması, küçük pay sahiplerinin rüçhan hakkını kullanma oranı nedeniyle devredilme imkânının olmaması, anormal yüksek rüçhan hakkı fiyatı, bu fiyattan rüçhan hakkı

¹³ TTK m.461/2’nin gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir.

¹⁴ BÖCKLI; §2, N.281-283, GRECHENIG Kristoffel; Bezugsrechtsausschluss und Ausgabepreis nach Art. 652b OR, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2008, s.491.

¹⁵ ZINDEL/ISLER; BSK, Art 652b, N.14.

¹⁶ TEKİNALP, s.307. Buna karşın Böckli haklı sebepleri, sermaye artırımının nedenine bağlı olarak durumun gereğinden kaynaklanan haklı sebepler, objektif diğer haklı sebepler olarak ayırmaktadır. Bu ayırmda birinci grup haklı sebeplere birleşme, çalışanların şirkete katılımı, paya dönüştürülebilir tahvil ihracını, ikinci grup haklı sebeplere yabancı sermaye yatırımı, şirketin ekonomik bağımsızlığının sağlanması (TTK m.493/2), şirketin iyileştirilmesi hallerini örnek göstermektedir. BÖCKLI, §2, N.277-280.

kullanılmasına dair dış taleplerin varlığı nedeniyle olmaktadır¹⁷. Bundan başka küçük şirketlerde sermaye gereksinimi ve bunun pay sahiplerinden elde etme imkânsızlığı karşısında, bir veya birden fazla yatırımcının bu sermayeyi karşılamayı kabul etmesi ancak şirketin en az yüzde on, yüzde yirmibeş gibi bir payına sahip olmak istemesi de bu kararın alınmasına sebep olabilmektedir¹⁸.

Rüçhan hakkının sınırlanmasında veya kaldırılmasında menfaatlerin dengelenmesi esas tutulur¹⁹. Bu menfaat dengelenmesinde gereklilik, eşitlik ve ölçülülük ilkeleri de bir çerçeve çizer²⁰. Yani bu ilkelere uygun bir sebep, haklı sebep olarak telakki edilebilir. Yazılı nitelik taşımayan bu haklı sebep kavramındaki sınırlar, somut olayda mahkeme tarafından değerlendirilecektir.

a) Sebeplerin Haklılık Şartları

aa) Şirket Menfaati

Anonim şirket menfaatlerinin rüçhan hakkının sınırlanması ve kaldırılmasında haklı sebep olması, şirketin tüzel kişilik olarak pay sahiplerinden bağımsız bir nitelik taşıması ve şirketin menfaatinin, pay sahipleri de dâhil şirketle bağı olan bütün menfaat sahiplerinden ayrıcalıklı olmasına dayanır²¹. Burada anonim şirketin menfaatleri için şirket pay sahiplerinin bireysel menfaatleri sınırlanmakta veya kaldırılmakta olup, şirketin menfaatleri, ortaklara nazaran öncelikli olmaktadır²².

Bununla birlikte, yapılan bir işlemde şirket menfaatinin olup olmadığı, her zaman kolaylıkla cevap verilebilecek bir durum değildir. Zira şirket malvarlığının korunmasına yönelik muameleler gibi, çoğu kez şirket menfaati ile şirket pay sahiplerinin ya da şirket alacaklılarının menfaati iç içe geçmiş durumdadır²³. Bu bakımdan yapılan bir işlemde, şirketin bir menfaatinin varlığını belirlemede bazı ölçütlere dayanmak gerekmektedir.

¹⁷ DRYANDER v. Christof /NIGGEMANN Gerold; Aktiengesetz, Herausgegeben von Wolfgang Hölters, 1.Auflage München 2011, § 186, Rn.40.

¹⁸ SICKINGER/KUTHE, § 33, Rn.89.

¹⁹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.528, GRECHENIG, s.491.

²⁰ GRECHENIG, s.491, PEIFER; Müko, § 186, Rn.83, YILDIZ Şükrü; Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s.155.

²¹ FORSTMOSER/MEİER-HAYOZ/NOBEL, § 3, N. 11. Şirket pay sahipleri dışında, şirketle bağı olan diğer menfaat sahipleri şirket alacaklıları, çalışanlar, müşteriler ve kamu olarak belirtilebilir.

²² AYTAÇ, s.304, BAYER Walter; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4, 3.Auflage, 2011, § 203, Rn. 52, YILDIZ; Yeni Pay, s.287,

²³ KORKUT Ömer; Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması, Çukurova İİBF Dergisi, C.11,S.2, Aralık 2007, s.4.

Şirket amacı ve konusu, şirketin menfaatini belirlemede ilk ölçüttür. Anonim şirket TTK m.331 uyarınca, ekonomik olmak kaydıyla her türlü amaç ve konu için kurulabilir. Buna göre anonim şirketin temel amacı kazanç elde etmek, kazanç sonucu kâr elde ederek, bunu şirketin menfaatlerine kullanmaktadır. Bunu gerçekleştirirken de, esas sözleşmede gösterilmiş konu veya konularda faaliyet gösterir.

Şirketin esas sözleşmede gösterilmiş konulara uygun olarak ve kazanç elde etmek veya buna engel bir durumu ortadan kaldırmak amacıyla yapılacak rüşhan hakkı sınırlandırılması ya da kaldırılması, haklı sebebe dayanabilir. Bu anlamda şirketin sadece şirketin kazanç elde etmesini sağlamak değil, kazanç elde etme amacının gerçekleşmesini geliştirmek, kazanç elde edecek yeni imkânlar sağlamak yönündeki rüşhan hakkı sınırlaması da şirketin menfaatine bir işlem olarak kabul edilir²⁴.

Ancak sadece şirketin konusuna ve amacına uygun yapılan bir rüşhan hakkı sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının haklı sebep teşkil ettiğini tek başına söyleyemeyiz. Konu ve amaca uygunluk yanında başka ölçütlerin de birlikte değerlendirilmesi gereklidir. Rüşhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılmasına yönelik kararın aynı zamanda anonim şirketin kısa veya uzun vadede değerinin artmasını sağlayıcı bir nitelik taşıması da, haklı olup olmadığını belirlemede bir ölçüttür²⁵. Şirketin değerinin artması, esas olarak piyasa değerinin artması anlamına gelmektedir. Eğer anonim şirketin payları borsada işlem görüyorsa, yapılan rüşhan hakkı sınırlandırması veya kaldırılması kararının borsadaki payların işlem değerinin artmasına yol açacak olması, şirket değerinin artmasına da neden olacağından haklı sebep olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte nasıl şirket amacı ve konusu tek başına ölçüt değilse, şirket değerinin artması da tek başına bir ölçüt değildir. Şirket değerinin artışını sağlamak yanında alınan kararın diğer çıkar sahiplerinin de menfaatine olması gerekmektedir²⁶. Bu çıkar sahiplerinden en önemlisi pay sahipleridir. Alınan rüşhan hakkı sınırlaması veya kaldırılması kararının şirketin menfaatine

²⁴ HÜFFER, § 186, Rn.26.

²⁵ Shareholder Value olarak adlandırılan bu değer artışı, belirli bir zaman aralığında şirketin yatırımlarındaki değişimin ölçülmesidir. Bu, şirketin ticari iş değerinin şirketin değerine katkısı olarak da tarif edilebilir. JOHNSON E.Roy; Shareholder Value-A Business Experience, Great Britain 2001, s.18. Bir başka tanım ise, şirketin gelecekteki nakit akışlarının, özel bir projenin veya aldığı bir kararın bugünkü değeriyle yansımadır. GRUNDY Tony; Shareholder Value, United Kingdom 2002, s.6.

²⁶ KORKUT; Şirket Menfaati, s.6.

olmak yanında pay sahiplerinin menfaatlerine de uygun olması, yani şirket menfaati ile pay sahibi menfaatinin örtüşmesi gereklidir²⁷. Örneğin anonim şirketin yüksek ihraç fiyatıyla rüçhan haklarının kullandırılması amacıyla karar almışken, bu karara ek olarak rüçhan haklarını kaldırarak, yeni payları üçüncü kişilere satmasında, şirket menfaati olmasına rağmen, pay sahiplerinin menfaati yoktur²⁸. Dolayısıyla bu karar, haklı sebep teşkil etmeyecektir.

Bunun yanında şirketin menfaati çerçevesinde, şirketin dâhil olduğu bir şirketler topluluğunun veya şirket içindeki pay gruplarının menfaati de haklı sebep oluşturmayacaktır²⁹.

Alınan sınırlandırma veya kaldırma kararının şirket menfaatine uygun olup olmadığı açısından ele alınacak bu ölçütlerin, her zaman bir arada ve aynı oranda göz önüne alınması söz konusu değildir. Önemli olan şirket menfaati kavramında bu ölçütleri ele almak ona göre alınan kararın şirket menfaatine aykırılık taşıyıp taşımadığını belirlemektir.

bb) Büyüme Stratejileri

Şirket büyüme stratejileri de, rüçhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılmasında haklı bir sebep teşkil edebilir. Şirketlerin sürekli gelişen ve değişen rekabetçi bir ekonomide varlıklarını sürdürebilmeleri için büyümeleri şarttır. Büyümenin gerçekleştirilebilmesi için çeşitli yöntemler izlenebilmektedir. Şirketlerin organik büyüme, inorganik büyüme, birleşme ve devralma, stratejik ortaklık yapma şeklinde yollara başvurdukları görülmektedir³⁰. Bu büyüme stratejileri içinde birleşme ve devralma ile stratejik ortaklık yapma şeklinde yöntemler, birleşilen ve devralınan şirketin pay sahiplerine birleşme ve devralma öncesi paylarını, mevcut şirket paylarını karşılayacak değerinde verilmesi zorunluluğu nedeniyle³¹ pay devirlerine ihtiyaç göstermektedir. Bu da, pay sahipleri hali hazırdaki paylarından vazgeçmiyorlarsa, çıkarılacak yeni paylar bakımından rüçhan hakkında sınırlandırma veya kaldırma ile mümkündür.

²⁷ Pay sahibinin müşterek menfaatlerin varlığında haklarının kısıtlanmasına katlanması gerekirken olup, müşterek menfaatin ise bütün pay sahiplerinin çıkarlarının gözetildiği, ortaklığın menfaatine olan çözümdür. TEKİNALP; (PÖROY/ÇAMOĞLU), s.527.

²⁸ YILDIZ; Yeni Pay, s.287.

²⁹ HÜFFER, § 186, Rn.26.

³⁰ Bu büyüme stratejileri konusunda bkz. ÖNCER Zehra Ayla; İşletmelerin Büyüme Stratejilerini Belirlemede Doğrusal Programlama Yaklaşımı, Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F.D, C.XXXIII,S.2, Yıl 2012, s.408-411.

³¹ TTK m.140/1, devrolunan şirketin ortaklarının, mevcut ortaklık paylarını ve haklarını karşılayacak değerinde, devralan şirketin payları ve hakları üzerinde istemde bulunma hakları olduğunu belirtmektedir.

Devralma yoluyla birleşmelerde, TTK m.142/1 uyarınca devralan şirketin, sermayesini devrolunan şirket ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli düzeyde arttırma zorunluluğu, şirketin arttırdığı sermaye karşılığı yeni paylar üzerindeki rüçhan hakkının kaldırılması gerekliliğini doğurur.

PIPE³² muameleleri de şirketin büyümesinde kullanılan ve rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasını gerektiren niteliktedir.

cc) Sosyal Düşünceler

Anonim şirkette pay sahibi olmayan ancak anonim şirketle doğrudan ve dolaylı ilgili olan bazı kişilerin pay sahibi yapılması, sosyal düşünce ile pay sahipliği hakkının kısıtlanması veya kaldırılmasına neden olabilir. Bu konuda TTK m.461/2 c.2'de işçilerin şirkete katılımının sağlanması amacıyla yapılan rüçhan hakkı sınırlandırması veya kaldırılması dışında, sosyal yarara yönelik faaliyetleri de olan anonim şirketin, bu faaliyetlerinden yararlananlarının daimi bir gelir sahibi olmaları için şirkette pay sahibi yapılmaları, şirketin bağlı olduğu vakıf veya dernek çalışanlarına şirket ortaklığı verilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir.

b) Haklı Sebebi Sınırlayan İlkeler

Haklı sebebi sınırlayan ilkeler gereklilik, eşitlik ve ölçülülük olarak belirtilse de, geniş bir yorumla bu ilkeleri de kapsar bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı sınırlama ve kaldırmaların rüçhan hakkındaki bu işlemlerin sınırını çizdiği söylenmektedir³³. Yani ilkeler temelini MK m.2'den alır. Dürüstlük kuralının anonim şirketler hukukundaki görünümüdürler³⁴.

Bu nedenle bahsedeceğimiz ilkeler dışında, dürüstlük kuralına aykırılık içeren bir rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması kararının da, rüçhan hakkının niteliğiyle uyuşmayan bir karar olduğu kabul edilecektir. Bununla beraber kanımızca ele alacağımız ilkeler, içerik açısından dürüstlük kuralı ile aynı paralelde olmak yanında, kavram olarak geniş bir çerçeveye

³² Private Investment Public Entity olarak adlandırılan bu muameleler, halka arzın değişik bir şeklidir. Bu muamelelerde, yatırımcılar belli bir fiyattan şirketten belli sayıda rüçhan hakkı sınırlanmış payı satın almak konusunda taahhütte bulunurken, şirket de, yatırımcılar tarafından satın alınan bu payların yeniden satış kaydı beyanı ile borsaya kaydedilmesini kabul eder. Böylelikle paylar borsada, satın alındıktan sonra yatırımcılar tarafından halka satılabilir.

³³ AYTAÇ, s.333, YILDIZ; Yeni Pay, s.289.

³⁴ Aynı yönde, GÖKSOY Can Yaşar; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s.403, TEKİNALP; (POROY/ÇAMOĞLU), s.527.

sahiptirler. Bu nedenle rüçhan hakkına yönelik alınan sınırlandırma veya kaldırma kararların bu ilkeler kapsamında denetimi, zaten hakkın ihlal edilip edilmediği belirleme açısından yeterli olacaktır.

aa) Gereklilik

Rüçhan haklarının sınırlanması veya kaldırılmasında, gereklilik ilkesine göre alınan kararın anonim şirketin devamlılığı ve varlığı için zaruri olan objektif sebeplere dayanması lazımdır³⁵. Eğer anonim şirket için rüçhan haklarını sınırlamak veya kaldırmaktan başka bir seçenek yoksa veya birkaç seçenek içinde rüçhan haklarının sınırlanması ya da kaldırılması amacı gerçekleştirecek en iyi seçenek ise, gerekliliğin varlığı kabul edilir³⁶. Yani gereklilik ilkesi kararı, amaca uygunluk açısından denetlenir³⁷. Gereklilik ilkesinin bu çerçevede iki temel hususu bünyesinde barındırdığı söylenebilir. Alınan sınırlandırma veya kaldırma kararı şirket menfaati açısından uygun bir nitelikte olmalı ve bu menfaati sağlamada en iyi yol olmalıdır³⁸. Alman Federal Mahkemesi, rüçhan hakkının kaldırılması kararının gerekli olup olmadığını belirlerken, uygun ticari şartlarda ve zorunlu bir menfaatin varlığında, rüçhan haklarının karşılığı olarak yapılan yatırımın amacının, pay sahiplerinin oy haklarını kaybetmesinden daha önemli olmasını aramıştır³⁹. Buradan da anlaşılacağı üzere, gereklilik ilkesi şirket menfaati ile doğrudan bağlantılıdır. Şirketin bu kararda menfaatinin olması asıl olmakla beraber, var olan başka yollar içinde de zaruri olarak seçilebilecek yol olması şartı da birlikte aranmaktadır.

Şirketin büyümesi ve güçlenmesi, şirket menfaati bakımından önemlidir. Bununla beraber, sermaye artırım kararı ile bir kısım paydaşların rüçhan hakları bir kısım paydaşlar yararına olacak biçimde dolaylı veya dolaysız sınırlanır veya tamamen kaldırılırsa, burada seçimin en iyi yol olduğu söylenmez⁴⁰. Bu açıdan bütün pay sahiplerinin toplam menfaatini gözetenek kararı almada

³⁵ YILDIZ; Eşit İşlem, s.155.

³⁶ HÜFFER, § 186, Rn.27.

³⁷ KARAHAN/SARAÇ, s.555.

³⁸ AKIN Yusuf Murat: Kayıtlı Sermayede Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması veya İlgilinin Bu Hakkı Kullanımdan Yoksun Brakılmasındaki Kısıtlar, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İÜHF 1995, s.25.

³⁹ BGH'nin Kali+Salz kararının içeriği ve ayrıntılı bir değerlendirmesi bakımından bkz. BAYER, Müko AktG, § 203, Rn. 61-70. Aynı şekilde, SICKINGER/KUTHE, § 33, Rn.99.

⁴⁰ Bu yönde Y.11.HD. 2003/13782 E. 2004/10454 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

hareket etmek gerekir⁴¹. Buna karşılık şirketin büyüme ve güçlenmesi açısından yapılan bir PIPE muamelesi rüçhan hakkının sınırlanmasında veya kaldırılmasında gereklilik ilkesine uygunluk sağlayabilir⁴².

bb) Eşitlik

Eşit işlem ilkesi, eşit şartlarda bir pay sahibinin diğer bir pay sahipleri gibi işleme tabi tutulmasıdır. Ancak bunu, aynı şartların varlığında her bir pay sahibinin diğer pay sahibinden daha kötü bir işleme tutulmaması olarak anlamak gerekir⁴³. Yani, pay sahiplerinin hakları, uygun objektif bir gerekçe olmaksızın, keyfi bir şekilde kısıtlanamaz veya ortadan kaldırılamaz⁴⁴. Esasen eşit işlem ilkesi pay sahiplerine değil, paya bağlıdır ve sermayeye katılmaya odaklanmıştır⁴⁵.

Eşit işlem ilkesi, önceden doktrin ve yargı kararlarında kabul edilen bir ilke iken, TTK m.357 ile kanuni hale gelmiştir.

İlke, kural olarak her pay sahibini aynı işleme tabi tutmayı öngörmekle beraber, farklı şartların varlığında farklı işlem yapılabilmesini de kabul eder. Bu nedenle anonim şirketlerdeki eşitlik ilkesi, nisbi eşitlik üzerine bina edilmiştir⁴⁶. Buna göre, kanuni bir ayırım, makul durumun özelliğinden kaynaklanan bir sebep ya da objektif bir gerekçe varsa pay sahiplerine farklı işlemlerin uygulanması, eşit işlem ilkesini ihlal etmeyecektir⁴⁷. Özellikle şirket menfaati, ortakların şirket içindeki hukuki durumlarına bakıldığında onların menfaatinden daha öncelikli ise, nisbi eşitliğin uygulanması bu ilkeyi zedeleyemez.

Eşit işlem ilkesini göz önünde bulundurarak davranmakla yükümlü olanlar, işlemleri yapan şirket organlarıdır⁴⁸. Rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması açısından bu organ, genel kuruldur. Ancak halka açık anonim

⁴¹ İsviçre Federal Mahkemesinin Wyss-Fux kararı, bu prensibi ortaya koymuştur. BGE 91 II 298, 301. Karar hakkında bkz BÖCKLİ, N.252-256.

⁴² DRYANDER /NIGGEMANN ; § 186, Rn.37.

⁴³ HÜFFER, § 53a, Rn.4, TEKİNALP; (POROY/ÇAMOĞLU), s.528, YILDIZ; Yeni Pay, s.290.

⁴⁴ HÜFFER, § 53a, Rn.4

⁴⁵ ZINDEL/İSLER; BSK, Art 652b, N.22.

⁴⁶ AKIN, s.24,GÖKSOY, s.403, TEKİNALP; (POROY/ÇAMOĞLU), s.529, YILDIZ; Eşit İşlem, s.75.

⁴⁷ SICKINGER/KUTHE, § 33, Rn.98, YILDIZ; Eşit İşlem, s.75.

⁴⁸ KARAHAN/SARAÇ, s.556, TEKİNALP; (POROY/ÇAMOĞLU), s.528, YILDIZ; Eşit İşlem, s.40.

şirketlerde sermaye artırım kararına bağlı olarak rüçhan hakkını sınırlama veya kısıtlama hakkı yönetim kuruluna ait olduğundan, ilkeyi gözeterek karar alma, bu organın yükümlülüğüdür.

TTK m.461/2'de, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasıyla, hiç kimsenin haklı görülmeyecek şekilde yararlandırılmayacağı veya kayba uğratılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu, esasen eşitlik ilkesinin rüçhan hakkına yönelik özel bir ifadesidir⁴⁹.

Sermaye artırım kararında eşit işlem ilkesi her zaman uygulanan bir niteliktedir. Sermaye artırımını sonrası ortaya çıkan yeni paylara ilişkin olarak rüçhan hakkının sınırlanması ve kaldırılmasında da eşitlik ilkesi, gereklilik söz konusu olsa bile, göz önünde tutulmalıdır⁵⁰. Zira pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesi rüçhan hakkının sınırlandırılmasında öncelikli olarak göz önünde tutulması gereken bir niteliktedir⁵¹. Bu manada rüçhan hakkını sınırlama ve kaldırmada eşitlik ilkesi dışlanarak, sırf gereklilik var diye, bazı pay sahiplerinin veya pay gruplarının bu haklarının kaldırılması haklı sebep teşkil etmez⁵². Eşitlik ilkesi gereği, öngörülen haklı sebebe dayanılarak bütün pay sahiplerinin rüçhan haklarının sınırlandırılması veya kaldırılması normal olarak

⁴⁹ KARAHAN/SARAÇ, s.556, ŞENER, s.555, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.528, ZINDEL/ISLER; BSK, Art 652b, N.22. Buna karşılık, bir görüşe göre, bu hüküm eşit işlem ilkesinin kanuni bir hüküm dolayısıyla uygulanmadığı durumlarda söz konusudur. TEKİNALP, s.286. Bu görüşe göre, eşit işlem ilkesi bir kanun hükmü ile bertaraf edilmiş olsa bile, bu hüküm uyarınca rüçhan hakkı sınırlaması veya kaldırılması kararı haklı olmayacaktır. Ancak kanımızca hükmün eşitlik ilkesinin özel bir görünümünden başka bir şey olduğu söylenemez. Yani hüküm eşitlik ilkesinin rüçhan hakkında ayrıntılı bir şekilde vurgulamış, ona metin içindeki kelimelerle ile bir ruh vermiştir. Hükmün gerekçesinde de, düzenlemenin eşit işlem, hakların sakınılarak kullanılması ve çoğunluk gücünün haklılıkla sınırlandırılmış bulunduğu ilkelerine açıkça vurgu yapıldığı belirtilmektedir. Gerekçe için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr>.

⁵⁰ YILDIZ; Yeni Pay, s.291.

⁵¹ FORSTMOSER/MEİER-HAYOZ/NOBEL, § 40, N. 251, ZINDEL/ISLER; BSK, Art 652b, N.22.

⁵² Gereklilik ilkesi açısından ele aldığımız, Y.11.HD. 2003/13782 E. 2004/10454 K. sayılı kararı, aynı zamanda eşitlik ilkesinin ihlal edilmesine de vurgu yapmaktadır. Bu bakımdan, gereklilik ilkesindeki seçilen yolun en iyi yol olma şartı, çoğu zaman eşitlik ilkesiyle çakışmaktadır. Bundan dolayı, rüçhan hakkına ilişkin alınan kararın alınması gerekli en iyi karar olması için, genel olarak eşitlik ilkesine de uygun olmasının lazım olduğu kabul edilmelidir. Yine bir başka kararda Yargıtay, arttırılan sermayenin tamamı şirket ortağına olan borç nedeniyle, bu şirket alacağı için karşılanması, yani arttırılan sermayenin tamamının, borcun önlenmesi bakımından, sadece anılan ortağa rüçhan hakkı olarak kullanıldığının, diğer ortakların sermaye artırımına katılmalarını önlediği, bunun eşitlik ilkesini ihlal ettiğini kabul etmiştir. Y.11.HD.06.10.1997 tarih 1997/5583 E. 1997/6609 K. sayılı ilamı. www.kazanci.com.tr.

olması gerektirir⁵³.

Bunun yanında sermaye artırımında her bir pay sahibi ya da pay grupları için rüçhan hakkını kullanmada farklı şartlar tespit ederek, buna dayalı bir sınırlandırma ya da kaldırma eşitlik ilkesini ihlal eder⁵⁴. Yine bu anlamda rüçhan hakkının ihraç fiyatı da, eşitlik ilkesine aykırı davranıp davranılmadığını belirlemede önemli bir rol oynar⁵⁵.

Rüçhan hakkı sınırlandırma veya kaldırma kararında, rüçhan hakkı miktarlarının farklı tespit edilmesi, primli ihraçlarda art niyetli bir biçimde hareket edilmesi, bazı pay sahiplerinin azınlık haklarını kullanmasının engellenmesi için böyle bir kararın alınması⁵⁶, azınlık pay sahiplerinin ödeme güclüğü içinde olduğu bir zamanda sermaye artırım kararı verilmesi eşitlik ilkesine aykırı mahiyettedir⁵⁷.

cc) Ölçülülük

Ölçülülük ilkesi, doktrinde hakların sakınılarak kullanılması ilkesi olarak da adlandırılmaktadır⁵⁸. Bu ilkeye göre, kararın yöneldiği amaç anonim ortaklığın menfaatine olmakla beraber, bu amaca çoğunluğa zarar vermeden ve azınlığa da daha az zarar verecek bir yol veya yollarla ulaşmak mümkün olduğu takdirde, bu yolun seçilmesi çoğunluktan beklenmelidir⁵⁹. Görüldüğü üzere ilke, anonim şirkette çoğunluğun gücünü, azınlığı ezmek amacıyla kullanmasını engeller. Şirket menfaati açısından gerekli olduğu için haklı olduğu söylenebilecek bir rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması kararının, bazı pay sahiplerine, özellikle azınlık pay sahiplerine zarar verip vermediği bu ilkeye denetlenebilir⁶⁰.

⁵³ ZINDEL/ISLER; BSK, Art 652b, N.22.

⁵⁴ HÜFFER, § 53a, Rn.4, YILDIZ; Yeni Pay, s.291, ZINDEL/ISLER; BSK, Art 652b, N.22.

⁵⁵ GRECHENIG, s.492.

⁵⁶ Özellikle, sermaye artırımında rüçhan hakkının sınırlandırılması kararlarının çoğunlukla şirket yönetimi olan çoğunluk pay sahiplerine devamlı surette muhalefet eden ve bunu genel kurulda bilançonun görüşülmesini engellemek, genel kurul iptal davaları açmak, özel denetçi tayini istemek şeklindeki haklarını ısrarlı ve her bilanço döneminde gösteren azınlık pay sahiplerine karşı kullanıldığı bir vakıdır.

⁵⁷ Aynı yönde, AYTAÇ, s.333-334, GÖKSOY, s.405, KARAHAN/SARAÇ, s.556.

⁵⁸ Bu yöndeki adlandırma için bkz. KARAHAN/SARAÇ, s.555, TEKİNALP; (POROY/ÇAMOĞLU), s.530, YILDIZ; Yeni Pay, s.292-293.

⁵⁹ TEKİNALP; (POROY/ÇAMOĞLU), s.530, YILDIZ; Yeni Pay, s.293.

⁶⁰ GÖKSOY, s.407.

Rüçhan hakkının sınırlanması kararı ile bazı pay sahiplerinin oy haklarının azaltılmasına veya sulandırılmasına ve böylelikle azınlık pay sahiplerinin şirkette bazı kararları alma haklarının kaybına neden olsa dahi, şirket menfaati daha fazla bir ağırlık taşıyorsa haklı kabul edilebilecektir. İşte burada, şirket menfaatinin daha fazla ağırlık taşıyıp taşımadığı, alınan sınırlandırma veya kaldırma kararının gerekli olup olmadığı, pay sahiplerinin dezavantajlarını göz önüne alan en iyi çözüm olup olmadığı ve buna göre tercih edilip edilmediği ölçülük ilkesine bakılarak belirlenir⁶¹. Zira bahsettiğimiz nedenler eşitlik ilkesine aykırı olmasa bile, ölçülük ilkesine bu çerçevede aykırılık oluşturabilir. Buna göre, alınan bir rüçhan hakkı sınırlaması veya kaldırılması kararının esas sermaye artırımına ilişkin ihraç şartlarının, rüçhan hakkı sahiplerinin yönetim ve malvarlığı haklarının nitelik ve nicelik açısından mümkün olan en az miktarda zedeleyecek biçimde alınması gereklidir⁶². Ayrıca ölçülülük ilkesi alınan karar ile pay sahiplerinin uğrayacağı zararların da dengelenmesi yönünde olmalıdır⁶³.

Hedeflenen amaca göre sınırlandırma ve kaldırma kararı yerine daha az zarar verici bir başka karar alınabiliyorsa, alınan karar ölçülük ilkesine aykırıdır⁶⁴. Örneğin, rüçhan hakkının sınırlama kararı yeterliken, kaldırma kararı alınması, primli pay çıkarma imkânı varken, bunun yerine sınırlama veya kaldırma kararı verilmesi, şirket borçlarının ödenmesi için alınan sermaye artırım kararı yerine uzun vadeli düşük faizli bir kredi temini imkânı olması, alınan kararın ölçülülük ilkesine aykırı olmasına neden olacaktır⁶⁵.

B. TTK m.461'de Örnek Olarak Gösterilen Haklı Sebepler

a) Halka Arz

Halka arzı, TTK'nın bir politika olarak benimsediğinden bahsetmiştik. Halka arz, aslında TTK'nın değil, 6362 sayılı SerPK'nın ele aldığı bir kavramdır. Zira SerPK m.3 b.f'de halka arzın tanımı yapılmıştır. Tanıma göre halka arz, sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrıyı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışı anlatır⁶⁶.

⁶¹ HÜFFER, § 186, Rn.28.

⁶² GÖKSOY, s.407.

⁶³ GÖKSOY, s.408, ZINDEL/ISLER; BSK, Art 652b, N.24.

⁶⁴ KARAHAN/SARAÇ, s.555.

⁶⁵ Benzer veya daha fazla örnek için bkz. GÖKSOY, s.408, KARAHAN/SARAÇ, s.555-556.

⁶⁶ İlgä 2499 sayılı SerPK m.3 b.c'de halka arz, "Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer

Halka arz, mülkiyetin yatırımcılarla paylaşılması ve finansman sağlanması amacıyla yapılmaktadır.

Anonim şirketler açısından rüçhan hakkının sınırlanmasına veya kaldırılmasına konu olacak sermaye piyasası araçları elbette ki, pay senetleridir. Sermaye artırımını sonrası çıkarılacak yeni payların tamamı veya bir kısmı halka arz edilecekse, rüçhan hakkının yeni çıkarılan payların tamamının halka arzında kaldırılması, bir kısmının halka arzında sınırlanması söz konusu olur⁶⁷.

Halka arzda, genel kurulun rüçhan haklarını sınırlama ya da kaldırma kararı vermesi mecburidir. Bu karar, SPK'ya başvurulup, esas sözleşme tadil tasarısı metninin onaylanmasından sonra alınır.

Halka arz kararı haklı neden kabul edilmekle birlikte, haklı nedeni sınırlayan ilkeler açısından uygun olması gerekir. Bu açıdan TTK m.461/2 uyarınca halka arza bağlı sınırlama veya kaldırmada pay sahibi olsun veya olmasın kimse haklı görülmeyecek şekilde yararlandırılmayacak veya zarara uğratılmayacaktır⁶⁸. Aksi takdirde bu karar, eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.

b) Devralmalar

TTK m.461/2'de işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması işlemleri rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasında haklı sebep olarak görülmüştür. Devralmalarda esas olarak anonim şirketin aynî sermaye iktisabından söz edilmelidir. Aynî sermaye iktisabı rüçhan hakkının sınırlanmasının en temel uygulamalarından biri olup, anonim şirketin bu işlemde özel bir menfaatinin ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁶⁹. Anonim şirket, gerçek ya da tüzel kişiye ait bir ticari işletmeyi devralabileceği gibi, gerçek ya da tüzel kişiye ait bir ticari işletmenin sadece bir bölümünü devralabilir. Örneğin, ticari işletmenin banka olduğu durumda, bir başka bankanın menkul kıymet aracılığı kısmının devralınması veya demir çelik

piyasalarda devamlı işlem görmesini; bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder" şeklinde düzenlenmişti. 6102 sayılı TTK ile tedrici kuruluşun kaldırılması, ortaklığa katılma ve kurucu olmaya davet edilme ifadesinin kaldırılmasının nedenidir. Ancak borsada pay senetlerinin işlem görmesi ve sermaye artırımını ile payların satışı kavramları da yeni tanımda kaldırılmıştır. Bunun nedenin kanunun daha genel ve tüm sermaye piyasası araçlarını kapsar bir tanım verme çabası olduğu söylenebilir.

⁶⁷ Bununla beraber, sermaye artırımını sonrası rüçhan hakkının kaldırılması ile kaldırılan rüçhan haklarına konu payların bir kısmının halka arz edilip, diğer kısmının bir veya birkaç yatırımcıya satılması da söz konusu olabilir.

⁶⁸ TEKİNALP, S.307.

⁶⁹ PEIFER; Mükö, § 186, Rn.90.

üretimi ile uğraşan bir işletmenin haddehane bölümünün devralınması buna örnek olabilir. Bu işletme kısımlarının devralınmasının haklı sebep olarak hükme konulması, kısmi bölünmelerin⁷⁰ veya hisse değişimlerinin göz önüne alınmasıdır⁷¹. Devralmalarda, TTK m.136-158 arasındaki birleşmeye ilişkin hükümler uygulanır. İştirakin devralınması da bir birleşmedir. İştirak payının ne olduğunun önemi olmayıp, TTK’da belirlenen birleşme hükümleri uygulanır. Ancak TTK m.155’deki şartlar varsa, iştirakler hakkında 156. madde uyarınca kolaylaştırılmış birleşmeye ilişkin imkânlar kullanılabilir.

Anonim şirket aynı sermayeyi devralabilmek için sermayeyi arttırmakta, arttırılan bu sermaye için rüçhan hakkını mevcut pay sahiplerine kullandırmamaktadır⁷². Sermaye artırımını TTK m. 142/1 uyarınca zorunludur. Sermaye artırımı sonrası devralınacak aynı sermayeye bağlı olarak rüçhan hakkı sahipleri, bu haklarından sınırlama yoluyla kısmen veya kaldırma yoluyla tamamen mahrum bırakılabilirler.

Her ne kadar şirketin devralmada rüçhan haklarına ilişkin kararında özel bir menfaatinin varlığı kabul edilse de, katılma yoluyla birleşmelerde katılan şirket ve onun azınlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatleri önemli ölçüde etkilendiğinden, şirket menfaati ile çoğunluk pay sahiplerinin şirketteki menfaatleri birlikte değerlendirilmelidir. Örneğin bu tip bir devralmada devralan şirketin çoğunluk payları devralınan şirketin çoğunluk paylarına da sahipse, sermaye artırımını ve rüçhan haklarının tamamen kaldırılması haklı sebep olarak belirtilse dahi, ilkelere aykırı bir karar olarak kabul edilmelidir⁷³.

c) İşçilerin Şirkete Katılımı

Anonim şirkette çalışanların, şirketin sermayesi arttırılarak şirkete pay sahibi yapılmaları halinde, arttırılan sermayedeki şirkete pay sahibi olanların rüçhan haklarının sınırlandırılması veya kaldırılması gerekmektedir. İşçi kavramı sadece sermaye arttıran anonim şirketteki işçileri kapsamaz. Eğer bu anonim şirketin iştirakleri varsa ve ana şirketle yavru şirketten bahsedilebiliyorsa, bu şirketlerin işçileri de sermaye artırımını ile şirkete pay sahibi yapılabilirler⁷⁴.

⁷⁰ TTK m.159/1 b’ye göre, “Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirket ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketi oluşturur.”

⁷¹ TEKİNALP, s.308.

⁷² GÖKSOY, s.412, TEKİNALP, s.307

⁷³ GÖKSOY, S.413.

⁷⁴ TEKİNALP, s.308.

Burada hangi şirketin sermaye artımı yaptığının da kanımızca önemi yoktur. Yavru şirketin işçilerinin ana şirkette pay sahibi yapılması veya ana şirketin işçilerinin yavru şirkette pay sahibi yapılması mümkündür.

İşçi kavramının içine kimlerin girdiği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bunlar sadece çalışanlar olup, yönetim kurulu üyeleri ve üst düzey yöneticileri kapsamaz. Bu görüş, haklı sebebin arkasında sosyal düşünce olduğuna dayanmaktadır⁷⁵. Yani bu görüş uyarınca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin yüksek gelir seviyesine sahip olduklarından hareketle, temel olan sosyal düşünce kavramının bunlar için uygun olmadığını ileri sürmektedir.

Buna karşılık, üst düzey yöneticiler de çalışan sıfatını haiz oldukları için şirket bakımından bunlar ile alt düzey çalışanlar arasında bir ayrıma gidilmesi kanımızca sosyal düşünce kavramını etkilemeyecektir. Bunun yanında Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG) § 192/2 b.3'deki hükme dayanarak yönetim kurulu üyelerinin de, bu yolla pay sahibi olmasının haklı sebep teşkil edebileceği kabul edilebilir⁷⁶. Kaldı ki, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin her zaman için belli bir gelir seviyesine sahip oldukları düşünülmemelidir. Zira aile şirketlerinde dahi pay sahibi olmayan ancak pay sahiplerine akrabalık bağı ile bağlı bazı kişilerin yönetim kurulu üyesi yapılması ihtimali vardır⁷⁷.

İşçilerin şirkete katılımı için rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına da, haklı sebebi sağlayacak şartlar ve ilkelerin meşruluk sağladığı unutulmamalıdır. Özellikle kararın şirket menfaatine uygunluğu ve pay sahiplerine en zarar verecek tarzda kullanılması en başta göz önüne alınacak durumlardır⁷⁸.

C. Diğer Haklı Sebepler

TTK m.461/2'deki haklı sebeplerin örnek kabildinden maddede belirtildiği, en sık rastlananların maddede yer aldığına değinmiştik.

⁷⁵ TEKİNALP, s.308.

⁷⁶ Bu yönde; PEIFER; Müko, § 186, Rn.92.

⁷⁷ Bununla birlikte, Almanya'da sosyal politika anlamında işçilerin şirkete katılımına dair bir modelin olmadığı, fakat yönetim kurulu üyelerine bir kısım tazminatlarının ödenmesi için gizli olarak şirketten pay verme yönteminin seçildiği belirtilmektedir. PEIFER; Müko, § 186, Rn.92.

⁷⁸ Benzer yönde, GÖKSOY, s.418. Yazar bu konuda, şirket yönetiminin işçiler üzerinde hâkimiyet kurmak amacıyla işçilerin şirkete katılımı için rüçhan haklarının sınırlandırılması kararının veya şirketin kendi iktisap ettiği paylar varken, rüçhan hakkını kaldırma kararının haklı sebep teşkil etmeyeceği örneklerine değinmektedir, s.419.

Maddede ele alınanlar dışında, pay senedi ile değiştirilebilir tahvillerin pay senedi ile değiştirilmeleri, ortaklık varantlarının itfa edilmesi, ortaklığın finansman ihtiyacı⁷⁹, borçların sermayeye dönüştürülmesi⁸⁰ gibi sebeplerin de rüçhan hakkını sınırlamak veya kaldırmak için uygun nedenler olduğu söylenebilir. Bunların dışında başka sebepler de rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması söz konusu olabilir. Bu sebepler somut duruma bağlı olarak çeşitlenecektir. Bütün haklı sebep olarak söylenebilecek durumlar, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması kararını sınırlayan ilkelere uygun olmak kaydıyla hukuki sayılacaktır.

Pay senedi ile değiştirilebilir tahviller, SPK'nun II-31.1 sayılı Borçlanma Araçları tebliğinde⁸¹, paya dönüştürülebilir tahvil adıyla tanımlanmış ve ihraççı ortaklığın sermaye artırımı suretiyle çıkaracağı paylara veya izahnamede veya ihraç belgesinde belirtilen esaslar çerçevesinde temin edilen ihraççı paylarına dönüştürme hakkı veren borçlanma aracı olarak tarif edilmiştir.

Anonim şirket, bu tariften de anlaşılacağı üzere, pay senedi ile değiştirebilir tahvilleri kendi payları ile değiştirirken, yeni payları sermaye artırımı yoluyla çıkarması ve bunlara ilişkin rüçhan haklarını kaldırması gereklidir. Nitekim ilgili tebliğin 17/6.maddesine göre de, halka açık şirketlerin pay senedi ile değiştirilmek üzere ihraç ettikleri ve artırılabilecek sermayelerini temsil eden payları, TTK'nın 461. maddesiyle ortaklara tanınan yeni pay alma hakkı da dâhil olmak üzere, her türlü önceliklerden öne alınarak tahvil sahiplerine tahsis olunacaktır.

TTK m.463'de öngörülen şartlı sermaye artırımında da tahvil sahibi şirket alacaklılarına pay senedi verilmesi ve bunun da rüçhan hakları kısıtlanarak veya kaldırılarak yapılması söz konusudur. Şartlı sermaye artırımının tahvil sahiplerinin alacaklarının pay senedi ile karşılanmasında kullanılması, kanuni bazı özellikler içerdiğinden bunu ayrıca ele alacağız.

Ortaklık varantları da, sahibine, vade tarihine kadar ya da vade tarihinde payları borsada işlem gören veya görececek olan kayıtlı sermaye sistemine tabi

⁷⁹ Daha önce de değindiğimiz Y.11.HD. 28.10.2004 tarihli 2003/13782 E. 2004/10454 K. sayılı ilamında; artırılan sermayenin, iştirakler yeniden değerlendirme artış fonundan bir kısım ortaklarca konulacak aynı sermaye ile karşılanmasının kararlaştırılmasının, ortaklığın finansman ihtiyacının olup olmadığı açısından değerlendirilmesi gerektiğini öngörerek, bunun haklı bir sebep olduğunu kabul etmiştir.

⁸⁰ Bu sebebin madde metninde yer almamasının bir eksiklik olduğu yönünde, MOROĞLU Erdoğan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7.Baskı İstanbul 2012, s.269.

⁸¹ 07.06.2013 tarihli 28670 sayılı RG.

ihraççı paylarına veyahut payları borsada işlem gören herhangi bir ortaklığın paylarına ilişkin olarak tebliğde⁸² belirlenen uzlaşma yöntemlerinden birini talep etme hakkı veren sermaye piyasası aracıdır. Ortaklık varantları, ihraççılarca ilgili sermaye piyasası aracının halka arzı sırasında ihraç edilirler. Ortaklık varantlarına ilişkin varant sahibinin kullanım hakkının, ilgili tebliğin 17.maddesinde üç farklı yöntemle olabileceği belirtilmiştir. Bunlardan birisi de, pay ile uzlaşma yöntemidir. Bu uzlaşma yönteminde, varant sahibinin kullanım hakkı, önceden belirlenmiş kullanım fiyatı ve kullanım oranı⁸³ esas alınarak üzerine ortaklık varantı yazılan payların kullanım fiyatı ile izahnamede esasları belirlenen borsa fiyatı arasındaki farkı ihraççıdan pay olarak talep etme hakkını ifade eder. İlgili tebliğin 20/1.maddesine göre, pay ile uzlaşma yöntemlerinde ihraççının, kullanım süresinin başlangıç tarihinden en az kırk beş gün önce ortaklık varantı sahiplerine yönelik olarak yapacağı tahsisli sermaye artırımını nedeniyle ihraç edilecek paylara ilişkin ihraç belgesinin onaylanması amacıyla SPK'ya başvuruda bulunması zorunludur. Yine tebliğin 20/2.maddesine göre ise, ortaklık varantı sahiplerine tahsis edilecek paylar ilgili sermaye piyasası aracının halka arzına ilişkin olarak düzenlenen izahnamenin SPK tarafından onaylanmasından önce ortakların yeni pay alma hakları tamamen kısıtlanmak suretiyle kullanım hakkı kapsamında gerçekleştirilecek devir işlemine hazır bir şekilde bekletilir.

Tebliğ 22.maddesinde ise, ortaklık varantları bakımından 461.maddeye atıf yapmıştır. Hükme göre, ihraççının kendi payları üzerine yazılı olan ortaklık varantlarının kullanım hakkı kapsamında ihraç edilecek ve ihraççının artırılacak sermayesini temsil eden payları TTK'nın 461. maddesiyle ortaklara tanınan yeni pay alma hakkı da dâhil olmak üzere, her türlü önceliklerden öne alınarak ortaklık varantı sahiplerine tahsis olunur.

Burada, rüçhan hakkının sınırlanmasına yönelik tahvil veya varant ihraç kararlarının gereklilik ilkesi bakımından ele alınması, şirket için zaruri objektif bir sebep dolayısıyla mı kabul edilip edilmediğine bakılması lazımdır⁸⁴.

İster halka açık isterse halka kapalı anonim şirketlerde olsun pay senedi ile değiştirilebilir tahvil veya ortaklık varantı ihracı halinde, tahvil veya varant

⁸² 10.09.2013 tarihli 28761 sayılı RG'de yayımlanan VII-128.3 sayılı Varantlar Ve Yatırım Kurulu Sertifikaları Tebliği.

⁸³ Kullanım oranı, ortaklık varantı sahibinin, üzerine ortaklık varantı yazılı paylara ilişkin satın alma hakkını kullanması durumunda her bir ortaklık varantı karşılığında yatırımcıya verilecek pay sayısını gösterir.

⁸⁴ PEIFER; Mükö, § 186, Rn.93.

sahiplerinin haklarını kullanmasına bağlı olarak rüçhan haklarının sınırlanması veya kaldırılmasına yönelik karar, TTK m.461/2 hükmüne göre, belirttiğimiz ilkelere aykırı olup olmadığı değerlendirilecektir. Halka açık ve kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim şirketlerde rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararı yönetim kuruluna devredilebilen bir nitelikte olduğundan, yönetim kurulunun bu kararının da gereklilik, eşitlik ve ölçülülük ilkelerine göre denetlenmesi gerekir. TTK m.461/2’de kayıtlı sermaye sistemine tabi halka kapalı anonim şirketler açısından ise, sadece genel kurul nisabı dışında hükmün yönetim kurulu kararlarına da uygulanacağı belirtilmiştir. Yani sadece ilkeler açısından değil, haklı sebepler açısından da denetleme söz konusudur.

Anonim şirketin büyüme ve gelişme için maksat ve mevzuu içinde büyük projelere girişmesi, finansman ihtiyacını doğurur. Bu finansman ihtiyacı kredi alma, ortaklardan sağlama gibi yollarla çözülmesi mümkün olduğu gibi, şirket sermayesinin arttırılması ve arttırılan miktarın pay olarak şirket dışı kişilere verilmesiyle de sağlanabilir. Projenin finansmanı için şirket paylarının yatırımcılara satılması, bir başka ortaklığa ortak olunması için kendi paylarından verilmesi, şirket için nakdin şirket paylarının satışı için kullanılması bunlara örnek gösterilebilir. Halka arz da aynı sonucu sağlamakla birlikte, daha uzun ve belli bir prosedüre bağlı olması, finansman ihtiyacı için şirketlerin bahsettiğimiz yola sevkini sağlamaktadır. Şirketin finansman ihtiyacının bu şekillerde karşılanması haklı bir neden teşkil eder⁸⁵. Bununla beraber, rüçhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılması gereklilik ve ölçülülük ilkesine aykırılık taşıyabilir. Çünkü şirketin finansman ihtiyacının sermaye arttırmadan sağlanması imkânı varken bu yola başvuruyorsa ya da şirketin proje finansmanı için başvurduğu yeni payları çıkarma ve satma işlemi için yaptığı masraflar, diğer yolların kullanılmasından oluşacak maliyetten daha fazla bir oranda maliyeti pay sahiplerine ödettiyorsa, alınan karar bu ilkelere aykırıdır⁸⁶.

Anonim şirketlerin borçlarının ödenmesi amacıyla alacaklıları pay sahibi yapmak, borçların sermayeye dönüştürülmesidir. Borçlar sermaye dönüştürülürken, alacaklılara yeni çıkarılacak paylardan şirket pay sahiplerinin rüçhan hakkı kısıtlanarak veya kaldırılarak pay verilmesi yoluna gidilmesi bir

⁸⁵ BÖCKLI, §2 N.278, ZINDEL/ISLER; BSK, Art 652b, N.20. Benzer şekilde şirkete gerekli nakdi sağlayacak kişinin ortak yapılması veya mevcut pay sahipliği oranını arttırması için yapılacak sermaye artırımında stratejik ortak olarak kişi ve grupların alınması da örnek gösterilmiştir. MANAVGAT Çağlar, (KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ Çelik H.F.); Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Ankara 2013, s.334.

⁸⁶ Bu hususta, GÖKSOY, s.422.

zorunluluktur. Bu durumda haklı sebebi sınırlayan ilkeleri değerlendirmek gerekmektedir Çünkü borçların sermayeye dönüştürülmesinde gereklilik, eşitlik ve ölçülük ilkelerinin her biri veya birden fazlasına aykırılık ortaya çıkabilir. Borcun ifası için rüçhan hakkının kaldırılması ancak şirketin mali durumu düzeltmede başka bir yol kalmaması halinde meşrudur⁸⁷. Örneğin TTK m.376’da sayılan sebeplerle, m.377 uyarınca iflas ertelemeye girmiş bir anonim şirketin, borçlarından kurtulmak için bu yola başvurması gereklilik ilkesine uygundur. Buna karşılık borcun ifası için sermaye artırımı ve rüçhan hakkının kısıtlanması yoluna gitmek yerine, ortakların sermaye artırımına katılmasının mümkün olması ölçülülük ilkesini, ortaklardan hepsinin şirkete ek sermaye koyma imkânı varken, bazılarının sermaye koyması için rüçhan hakkının kaldırılması eşitlik ilkesini, ortadan kaldırır.

3. Kararın Alınması

Rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararı, TTK’ya göre kayıtlı sermaye sistemine geçmiş anonim şirketler ile SerPK’ya tabi halka açık anonim şirketler (HAAS) dışında, ancak genel kurul tarafından alınabilir. Bu tip anonim şirketlerde ise, genel kurulun esas sözleşmede yer alan hükümle sermayeyi arttırmak yetkisi yönetim kuruluna verildiği için, bu karar yönetim kurulu tarafından alınabilir durumdadır. Ancak yönetim kuruluna verilen esas sermayeyi arttırmak yetkisi dışında, rüçhan hakkını sınırlamak ya da kaldırmak yetkisi de esas sözleşme ile yönetim kuruluna tanınmış olmalıdır. Yani sadece sermayeyi artırma yetkisi aynı anda rüçhan hakkını kısıtlama veya kaldırma yetkisi vermez. Bu husus 6362 sayılı SerPK m.18/5’de, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka açık anonim şirketler için açık olarak ortaya konulmuştur. Aynı husus, Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ⁸⁸’inin 5/4.maddesinde, TTK’nın uygulanacağı kayıtlı sermaye sistemine geçmiş anonim şirketler için de açıklanmıştır.

Kanımızca bu yetki, TTK m.460/1 ve SerPK m.18/2 gereğince, en çok beş yıl olabilir. Yani nasıl esas sermayeyi arttırmak için beş yıllık yetkinin sona ermesi halinde tekrar yetki almak için yönetim kurulu genel kurula gitmek zorundaydı, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına yönelik de, bu beş yılın sonunda ayrıca yetki almak zorundadır.

⁸⁷ GÖKSOY, s.420,

⁸⁸ 19.10.2012 tarihli 28446 sayılı RG.

Doktrinde 2499 sayılı eski SerPK m.12/5 hükmünden hareketle bazı yazarlar, kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim şirketlerde yönetim kuruluna sadece rüçhan hakkının sınırlama yetkisi verilebileceğini, kaldırma kararının mümkün olmadığı ileri sürmektedirler⁸⁹. Buna karşılık rüçhan hakkına ilişkin yönetim kuruluna verilen yetkinin her iki imkânı bahsettiği de iddia edilmiştir⁹⁰. 6362 sayılı SerPK m.18/5’de de, 2499 sayılı SerPK’deki gibi pay alma hakkının sınırlandırılmasından bahsedilmekte, kaldırılması ibaresi yer almamaktadır. Buna bağlı olarak da yine maddede, yeni pay alma hakkını sınırlandırma yetkisinin pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılamayacağı belirtilmiştir.

Bununla beraber, kanımızca her ne kadar sadece sınırlandırma ifadesi maddede yer alsa da, buradan yönetim kuruluna verilen yetkinin sadece sınırlandırma kararı olduğu, kaldırma yetkisi verilemeyeceği, böyle bir yetkinin kullanılamayacağı sonucuna gidilmemelidir. HAAŞ’lerde yönetim kuruluna esas sözleşme ile verilen sermaye arttırımı ve rüçhan hakkının sınırlandırılması yetkisi ile sermaye arttıran ve arttırılan bu sermayeye karşılık gelen payları halka arz etmek isteyen şirket, tüm arttırılan sermayeye karşılık gelen payları halka arz edebilir. Bu rüçhan hakkının tamamen kaldırılması ile mümkündür. Yönetim kuruluna sadece sınırlandırma yetkisi verildiğini kabul etmek, bu payların bir kısmının ortaklara tahsis edilmesi zorunluluğu olduğu anlamına gelecektir⁹¹. Hâlbuki SerPK ve SPK düzenlemelerinde böyle bir şart konulmamıştır. Ayrıca SerPK m.18’in gerekçesinde de, “Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması ile buna ilişkin süreler konusunda ilgili TTK hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilerek, yeni pay haklarının kısıtlanmasına ilişkin haklı sebep aranması şartı bertaraf edilmiş olup; getirilen bu istisna ile pay sahipleri arasında eşitlik ilkesi korunarak dışarıdan ortak alınması suretiyle şirkete yeni kaynak girişinin teşvik edilmesi amaçlanmıştır” denilerek, verilen yetkinin kaldırma kararını da içinde barındırdığı gösterilmiştir.

Genel kurulda alınacak sınırlandırma veya kaldırma kararının mutlaka gerekçesinin de gösterilmesi lazımdır⁹². Bu, haklı sebebin olup olmadığı

⁸⁹ AYTAÇ, s.334, YILDIZ; Yeni Pay, s.202.

⁹⁰ BAHTİYAR Mehmet; Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Arttırımı, İstanbul 1996, s.215-216, GÖKSOY, s.427.

⁹¹ Konunun başında değindiğimiz üzere, rüçhan hakkının sınırlandırılması, pay sahiplerinden bazılarının tüm yeni pay alma haklarının, farklı kategorideki paylardan bir veya birkaç kategorideki payların hepsinin alınmasının engellenmesini de içermektir. Fakat bu haller, HAAŞ’de yönetim kurulunun arttırılan bütün sermayeyi halka arz etmesi halinde uygulanacak sınırlandırma halleri olamaz.

⁹² BÖCKLI, § 2, N.268.

yönünde pay sahiplerinin değerlendirme yapabilmesi için gereklidir. Aynı durum yönetim kurulu tarafından kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde alınacak karar bakımından da geçerlidir.

A. Kararın Alınma Zamanı

TTK'da genel kurulun olağan ya da olağanüstü olması şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir. Dolayısıyla rüçhan hakkına ilişkin böyle bir karar, iki tip genel kurulda da alınabilir. Ancak rüçhan hakkının sınırlanması ve kaldırılması, anonim şirketin sermaye artırımı kararı ile bir arada alınmak zorundadır. Zira sermaye artırımı kararı olmaksızın rüçhan hakkına yönelik bir karar da verilemez. Çünkü rüçhan hakkı sermaye artırımı kararının sonucudur. Bu nedenle rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması sermaye artırımına bağımlı bir karar olup, sermaye artırımı kararını takiben alınabilecektir⁹³.

Kayıtlı sermaye sistemine tabi ya da halka açık anonim şirketlerde rüçhan hakkına ait bu yönde bir kararın da aynı şekilde sermaye artırımıyla birlikte alınması gereklidir⁹⁴. Buna göre kayıtlı sermaye sistemine tabi ve halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu belirlenmiş sermaye tavanına kadar olan bir sermaye artırımı kararıyla birlikte rüçhan haklarının sınırlandırılması veya kaldırılması kararını böyle bir yetki kendisine verilmişse alabilir. Alınacak yönetim kurulu kararının, alınacağı belli bir zaman yoktur. Sermaye artırımı yönünde gerekli prosedürlerin tamamlanmasından sonra, yönetim kurulu her zaman için bu kararı alabilir. Sermaye artırımı kararı ile birlikte alınan rüçhan hakkına yönelik kararın açıkça belirtilmesi şarttır⁹⁵.

Bununla beraber, HAAŞ'lerde yönetim kurulu sermayeyi arttırırken rüçhan hakkının sınırlandırma veya kaldırma kararını, pay senetlerini halka arz etmek veya halka arz etmeksizin satmak amacıyla almaktadır. Bu arttırma kararını alırken II-5.1 sayılı tebliğ m.5 uyarınca SPK'dan alınacak izahname veya ihraç belgesinin verilebilmesi için, ne kadar sermaye artırımı yapıldığı, bu sermayeye karşılık gelen paylar üzerindeki şirket ortaklarının rüçhan haklarının ne oranda sınırlandırıldığı veya kaldırıldığı bilgisinin de SPK'ya

⁹³ PEIFER; Mükö, § 186, Rn.60.

⁹⁴ Anonim Ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine Ve Kuruluşu Ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ'in 5.maddesi uyarınca, kayıtlı sermaye sistemine tabi şirketlerin sermaye artırımlarında ayrıca bakanlık izni aranmaz.

⁹⁵ AKBULAK, Sevinç/AKBULAK Yavuz; Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, İstanbul 2004, s.78

sunulması gerekmektedir. Bunun anlamı, SPK tarafından verilen izahname veya ihraç belgesi için başvurudan önce, HAAŞ'ın genel kurulunun ya da kayıtlı sermayeli HAAŞ ise, yönetim kurulu tarafından sermaye artırımı ile birlikte rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararı alınmış olmalıdır. İzahnameden veya ihraç belgesinden sonra böyle bir kararın alınması mümkün değildir⁹⁶.

B. Gündemde Olup Olmaması

Genel kurulda alınacak rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararının⁹⁷ gündemde olmasının şart olup olmadığı meselesi, 6762 sayılı TTK döneminde tartışma konusu olmuştur. 6762 sayılı TTK m.394'de rüçhan hakkına yönelik böyle bir karar alınırken gündemde bulunup bulunulmayacağına değinilmemişti. Bu durum esasen mehoz İsviçre BK'dan gelmektedir⁹⁸. 6102 sayılı TTK m.461'de de, aynı şekilde bu konuda bir hükme yer vermemektedir. 6762 sayılı TTK döneminde doktrinde bazı yazarlar rüçhan hakkına yönelik alınacak kararın sermaye artırımına bağlı ve onun sonucu bir karar olduğu için ayrıca gündem maddesi olarak gösterilmesinin gerek olmadığını ileri sürmüşlerdir⁹⁹. Yargıtay da eski tarihli bir kararında bu görüşe iştirak etmiştir¹⁰⁰. Başka yazarlar ise, böyle bir kararın gündemde yer almasının şart olduğunu, zira böyle bir kararın pay sahiplerinin başka haklarıyla da ilgili olduğunu bu nedenle gündemde bulunmasının hakların kaybedilmemesi için gerekli olduğunu beyan etmektedirler¹⁰¹.

⁹⁶ HAAŞ'lerde sermaye artırımı açısından izlenen usul için bkz. AKBULAK/AKBULAK, s.77-80.

⁹⁷ HAAŞ'lerde ve TTK'ya göre kayıtlı sermaye sistemine geçmiş anonim şirketlerde yönetim kuruluna esas sermayeyi artırma yetkisi ile birlikte tanınmış rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması yetkisine dayalı alınacak kararların gündemde olmasına gerek yoktur.

⁹⁸ 1936 tarihli İsv. BK m.652'de ve 1991 tarihli İsv. BK m.652b'de rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasına ilişkin kararın gündemde bulunup bulunmayacağına ilişkin bir hüküm yoktu. Ancak İsviçre Hukukunda kararın gündemde yer alması gerektiği ağırlıklı olarak kabul edilmişti. Bununla birlikte 1991 tarihli İsv. BK m.700'de ilgili toplantıda oylanmak üzere yönetim kurulu tarafından genel kurula sunulan tekliflerde mutlaka gündemde olma zorunluluğu getirilmiştir. GÖKSOY, s.391.

⁹⁹ AYTAÇ, s.332, MOROĞLU Erdoğan; Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, 2.Baskı, İstanbul 2003,s.175, TEKİNALP;(POROY/ ÇAMOĞLU), s.777, ŞENER, s.554.

¹⁰⁰ Y.TD. 02.06.1959 tarihli 1959/507 E. 1959/1657 K. sayılı ilamı, ERİŞ Gönen; Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 413.

¹⁰¹ AKÜNAL Teoman; Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 3, Sayı 5, No:5, 1969, s.271, EPÇELİ Sevgi; Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Yeni Pay Alma Hakkı İle İlgili Getirdiği Düzenleme, Eleştiriler ve Öneriler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 84, , Sayı 6, Yıl 2010, s.3606, GÖKSOY, s.391, YILDIZ; Yeni Pay, s.284. Ancak Göksoy, bu kuralın katı bir şekilde uygulanmaması gerektiğini, esas

AktG § 186/4, rüçhan hakkının kısmen veya tamamen kaldırılmasına ilişkin kararın, gündemde açık ve uygun bir şekilde bulunması halinde kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bu hükmün konulmasının nedeni, pay sahiplerinin zamanında ve tam bir şekilde önerilen usulün ne olduğu hakkında bilgi sahibi olmaları gerekmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece kendi haklarına hukuki müdahalenin uygunluğunun kapsamını önceden bilerek, bu kararın haklarını hukuki olarak ihlal edip etmeyeceğini tartışabileceklerdir¹⁰². Bu nedenle genel kuruldaki sözlü bir açıklama yeterli değildir¹⁰³. Nitekim AktG § 186/4'ün ikinci cümlesinde aynı zamanda yönetim kurulunun genel kurulu rüçhan hakkının sınırlanma veya kaldırılma sebeplerine ilişkin yazılı bir raporla bilgilendireceğinden bahsetmiştir. Bu raporun amacı, şirketin rüçhan hakkının sınırlanmasındaki bütün menfaatlerini ve buna ilişkin mümkün alternatifleri ortaya koymak içindir¹⁰⁴. Yani yönetim kurulunun hazırlayacağı raporla, genel kurulun müzakere edeceği hususlar, onun önüne konmaktadır. Bundan dolayı raporun hazırlanması zorunluluğu ile bu kararın gündemde bulunması birbiriyle bağlantılıdır.

Alman Hukukunda, rüçhan hakkının kaldırılmasına yönelik gündemde yer alma zorunluluğuna ilişkin ileri sürülen bu gerekçelerin, Türk Hukuku için de geçerli olduğu kanaatindeyiz. Ancak Alman Hukukundaki rapor ile İsviçre Hukukundaki rüçhan hakkına ilişkin yönetim kurulu tarafından hazırlanacak rapor aynı yönde değildir. TTK m.461/2'de yer alan rapor da, İsviçre Hukukundaki rapor esas alınarak hükme konulmuştur. Hükme göre, yönetim kurulunun rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasının gerekçelerini, yeni payların primli ve primsiz çıkarılmalarının sebeplerini, primin nasıl hesaplandığını genel kurula bir rapor ile açıklama mükellefiyeti yüklemiştir. Ayrıca rapor ticaret siciline tescil ve ilan edilecektir. Raporun içeriği esasen AktG § 186/4'de belirtilen rapor ile paraleldir. Fakat İsv. BK m.652e'de yer alan sermaye artırımına ilişkin raporun önceden genel kurula sunulması gerekmeyip, kararın icrası aşamasında düzenlenip ticaret siciline tescili lazım geldiğinden¹⁰⁵, rapor ile gündemde yer alma arasında bir bağ olmayacaktır¹⁰⁶. İsv. BK'nın 652e'de düzenlenen raporda, sermaye

sermaye artırımının amacı ile zorunlu olan rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararlarının gündemde olmasa bile, alınabileceğini ileri sürmektedir. GÖKSOY, s.394.

¹⁰² HÜFFER ;AktG § 186, Rn 42, PEİFER; Müko, § 186, Rn.104.

¹⁰³ DRYANDER/NİGGEMANN; § 186, Rn. 53, PEİFER; Müko, § 186, Rn.104.

¹⁰⁴ DRYANDER/NİGGEMANN; § 186, Rn. 53.

¹⁰⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52, N. 155.

¹⁰⁶ Bu durum, İsviçre Hukukunda eleştirilmiş, raporun karar alınmadan önce genel kurula su-

artırımının niteliğine bağlı olarak rüçhan hakkı sınırlandırma veya kaldırma kararlarının gerekçeleri ile sermaye artırımlarıyla türü ve niteliği ve alınan genel kurulu kararının uygunluğu, pay sahipleri ve ilgili diğer kişilerin yararlarına uygunluğu yazılmak zorundadır¹⁰⁷. Bununla beraber, böyle bir rapor hazırlama zorunluluğunun varlığı, söz konusu alınacak kararın önemini ve müzakere edilmeden önce böyle bir karara ilişkin araştırma ve değerlendirmeler yapılarak genel kurula gelinmesini haklı kılmaktadır. Bu nedenle kararın gündemde olmaksızın alınması, hakkaniyet ve konunun önemi nedeniyle mümkün olmayacaktır. Alınacak kararın gündemde bulunmasının, bir zorunluluk olarak benimsenmesi gerekmektedir.

Kayıtlı sermayeli anonim şirketler ister halka açık olsun ister olmasın, yönetim kurulunun alacağı sermaye artırım kararına bağlı rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması kararında ise, yönetim kurulunun gündeminde bu konunun yer almasına gerek yoktur. Ancak TTK m.392/7 uyarınca yönetim kurulu başkanı, çağrıya yetkili olduğu gibi gündemi de belirler. Bu gündem çerçevesinde karar alınır.

C.Nisap

TTK m.461/2'nin ilk cümlesine göre, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına yönelik karar, genel kurulda en az sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile alınabilir. 6762 sayılı TTK m.394 hükmünde genel kuruldaki nisaba ilişkin hüküm olmaması nedeniyle doktrindeki esas sermaye artırımına ilişkin nisapların geçerli olacağı görüşü¹⁰⁸, 6102 sayılı TTK ile artık geçerliliği kaybetmiştir. İsv. BK m.704/1 b.6'nın göz önüne alındığı bu hüküm uyarınca, esas sermaye paylarının en az yüzde altmışı toplantıda bulunacak ve toplantıda bulunan bütün bu paylar rüçhan hakkına yönelik bu karara olumlu oy vereceklerdir.

nulması gerekliliği ileri sürülmüştür. Bu yönde GÖKSOY, s.393'den naklen Zindel Gaudenz, Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft, Zürich 1984, s.255.

¹⁰⁷ Bu hususlar İsv. BK m.652e'de, sayılmıştır. Sermaye artırımında şirketin hangi şekilde sermaye artırımını yaptığı (aynı sermayenin şirkete girmesi, birleşme, borçların sermaye dönüştürülmesi) ve buna bağlı olarak çıkarılan payların değerinin raporda belirtileceği gösterilmiştir.

¹⁰⁸ 6762 sayılı TTK'da rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin karar için rüçhan hakkına yönelik kararın sermaye artırım kararının bir parçası olduğundan, sermaye artırımına ilişkin kararlar için TTK m.388/3 ve 4'de yer alan toplantı ve karar sayısı nisaplarının olması gerektiği kabul ediliyordu. Bu yönde, AKÜNAL, s.271-272, AYTAÇ, s. 333, MOROĞLU; Esas Sermaye, s.176, TEKİNALP; (POROY/ÇAMOĞLU), s.777, YILDIZ; Yeni Pay, s.284,

İsv. BK m.704'e göre ise, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin kararın alınabilmesi için, toplam sermayenin mutlak çoğunluğunun, yani yüzde ellisinin toplantıda olması ve temsil edilen payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi gerekmektedir¹⁰⁹. Bu açıdan TTK m.461/2, toplam payların en az yüzde altmışının toplantıda olmasını şart koşarak daha ağır bir toplantı yeter sayısı öngörmüştür.

İsviçre Hukukunda, kanun veya esas sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, alınacak kararların mutlak çoğunluk ile alınabilmesi hükmü, rüçhan haklarının tamamen pay sahiplerine sağlanması halinde geçerlidir¹¹⁰. Bunun anlamı, rüçhan hakkının sınırlanması ve kaldırılması kararı ile birlikte alınan esas sermayenin artırılması kararı da, İsv. BK m.704'deki nisaplarla alınmalıdır¹¹¹. Zaten İsv. BK m.704'de sayılan hallerin çoğu, esas sermaye artırımının türlerini içinde barındırdığından, esas sermaye artışı için İsv. BK m.703'de öngörülen genel toplantı ve karar yeter sayısı istisna haline dönüşmüştür¹¹². Alman Hukukunda da rüçhan haklarının sınırlanması veya kaldırılması kararının, sermaye artırımının ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilmektedir¹¹³. Ancak AktG m.186/3'de yer alan rüçhan haklarının sınırlanması veya kaldırılmasına yönelik kararın temsil edilen payların dörtte üçü ile alınması şartı, aynı şekilde sermaye artırımları için AktG m.182/1'de de öngörülmüştür. Bu nedenle sermaye artırım kararı ile rüçhan hakkının kaldırılması kararı için genel kurulda ayrı nisap ile karşılaşılmaz.

Kanımızca TTK açısından, m.461/2'deki ağırlaştırıcı nisabın, aynı anda alınan sermaye artırım kararı için de gerekli olduğu söylenemeyecektir. Öncelikle TTK'da, İsv. BK m.704¹¹⁴ gibi bir hüküm yer almamaktadır. Bunun yanında, her ne kadar rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması kararı önemli bir karar olsa da ve sermaye artırım sonucu ortaya çıkacak

¹⁰⁹ Doktrinde buna, genel kurulda toplantı ve karar nisapları açısından, toplam payların temsili ve toplantıda temsil edilenler ayrımı nedeniyle çifte nisap şartı (*Doppelhürde*) adı verilmektedir. BÖCKLI, § 12, N.361-362. Alman Hukukunda, AktG § 186/3 uyarınca bu nisap, sermayeyi temsil edilen payların dörtte üçü, yani yüzde yetmiş beşi olarak belirlenmiştir.

¹¹⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52, N. 58.

¹¹¹ Aynı yönde, BÖCKLI, § 2, N.18. Alman Hukuku açısından benzer şekilde PEIFER; Müko, § 186, Rn.60.

¹¹² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52, N. 49.

¹¹³ HÜFFER; § 186, Rn 20, PEIFER; Müko, § 186, Rn.60.

¹¹⁴ İsv. BK m.704'de, sermaye artırım için yönetim kuruluna yetki verilmesi ve şartlı sermaye artırım kararı alınması, aynı veya varlıkların devralınması yoluyla sermaye artırım yapılması, özel bir önceliğin garanti edilmesi amacıyla yapılan sermaye artırımları bu nisaba bağlı olarak alınabilecek kararlar arasında sayılmaktadır.

yeni paylara ilişkin olarak alınsa da, pay sahipleri sermaye artırımı kararı ile aynı yönde oy kullanmak zorunda değillerdir. Her iki kararı da birbirine bağlamak, sermaye artırımı kararını kabul edip, rüçhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılması kararını kabul etmek istemeyen ortakların özgür iradelerinin kısıtlanması sonucunu doğurur. Bunun için rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararı ile esas sermaye artırımı kararının bağı farklı nisaplar dolayısıyla kopmaktadır.

Bu çerçevede, bir sermaye artırımı kararı TTK m.421/1'deki nisaplara tabi iken, rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararı TTK m.461/2'ye tabidir. Pay sahipleri sermayenin arttırılması kararı verirken, rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararını almayabilirler.

Söz konusu nisapların bir esas sözleşme hükmü ile hafifletilip hafifletilemeyeceğine ilişkin bir kural hükümde yer almamaktadır. İsv. BK m.704/2'de ise, hükümdeki ağırlaştırılmış nisapların ancak daha da ağırlaştırılabileceği kabul edilerek, konu çözüme bağlanmıştır. Kanımızca rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasına ilişkin kararı almak için öngörülen nisap, TTK m.421 ile paralel olarak, pay sahiplerinin haklarını koruyucu, önleyici nitelikte bir azınlık hakkı¹¹⁵ oluşturmaktadır. Dolayısıyla TTK m.421/1 cümle sonda öngörüldüğü gibi, bu nisabın azaltılması şeklinde bir esas sözleşme hükmü konulamaz, konulursa geçersiz olur¹¹⁶.

TTK m.461/2, birinci veya ikinci toplantı gibi bir ayrıma gitmediğine göre, sermaye artırımı ile bağlantılı bu karar için hangi toplantı olursa olsun aynı toplantı ve karar nisabı geçerli olacaktır.

Halka açık anonim şirketlerde ise, SerPK m.29/6 uyarınca rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması yönündeki bir kararın şirket genel kurulunda alınabilmesi için, toplantı nisabı aranmaksızın şirketin genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi şartı aranır. Ancak, toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması hâlinde, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu yeterlidir. Görüldüğü üzere, SerPK m.29/6'da öngörülen nisap, TTK m.461/2'ye nazaran daha esnekler. SerPK, halka açık anonim şirketlerde toplantı nisabı aramamış, sadece temsil eden oylarda yüzde altmış çoğunluk şartı öngörmüştür. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrası TTK m.418'e atıf yaparak genel kurul toplantı nisaplarında bu hükmün uygulanacağını

¹¹⁵ Gerekçe, TTK m.461/2.

¹¹⁶ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.527, ŞENER, s.555, TEKİNALP, s.307.

öngörmüş olduğundan, ilk toplantıda toplam sermayenin dörde birinin var olması aranacaktır. İkinci toplantıda ise bu da aranmaz.

Hüküm, bu kurala bir istisna da tanıyarak, esas sermayenin yüzde ellisinin toplantıda var olması halinde temsil edilen payların çoğunluğunun da rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararı alabileceğini kabul etmiştir. Yani HAAŞ’de rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması için en fazla sermayenin yüzde yirmi beşini temsil eden paylardan bir pay fazlası, genel kurulda kararın alınması için gerekli olmaktadır. Temsil edilen payların üçte ikisinin yer aldığı genel kurullarda ise bu oran daha da düşüktür.

Kararın alınması için bu yönde bir nisap öngörülmesinin sebebi madde gerekçesinde açıklanmamıştır. Ancak HAAŞ’leri pay sayısı çokluğu ve genel kurula katılabilecek payın azlığının bunu esas aldığı söylenebilir. Bununla beraber, belirtilen nisapların rüçhan hakkı açısından yeterli düzenlendiğini söylemek mümkün görülmemektedir. HAAŞ’lerin Türkiye’deki genel yapısı ele alındığında, en azından sermayenin yarısının toplantıda hazır bulunma zorunluluğunun her toplantı açısından öngörülüp, kararın ise toplantıda temsil edilen oyların üçte ikisi ile alınacağını kabul edilmesi daha doğru olurdu.

4. Esas Sözleşme İle Sınırlama veya Kaldırma Sorunu

TTK m.461’de rüçhan hakkının esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle sınırlandırılması veya kaldırılmasının mümkün olup olmayacağı hükümden anlaşılmamaktadır. 6762 sayılı TTK m.394’de de, bu yönde bir hüküm olmamakla birlikte doktrinde hükmün kaynağı olan 1897 tarihli HGB’nin düzenleme sistemi ele alındığında ve hüküm 6762 sayılı TTK’nın 401 ve 403. maddeleriyle birlikte değerlendirildiğinde, esas sözleşme ile böyle bir imkânın var olduğu çoğunluk görüşü olarak kabul ediliyordu¹¹⁷.

Bununla beraber TTK m.461/2’nin gerekçesi, “İkinci fıkra yeni pay alma hakkını güçlendiren, dolayısıyla pay sahibini koruyan dört ilkeye yer vermektedir” dedikten sonra ilk ilke bakımından şu şekilde bir değerlendirme yapmaktadır. “Mevcut hükmün aksine Tasarıya göre rüçhan hakkı esas

¹¹⁷ YILDIZ; Yeni Pay, s.278. Benzer yöndeki görüşler için bkz. AYTAÇ, s.330, GÖKSOY, s.389, MOROĞLU, Esas Sermaye, s.158 ve 177, TEKİNALP; (POROY/ÇAMOĞLU), s. 777. Yargıtay’ın da vermiş olduğu kararlarda esas sözleşme ile rüçhan hakkının sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Y.11.HD. 14.12.1982 tarihli 1982/4988 E. 1982/5387 K. ve 28.10.2004 tarih 2003/13782 E. 2004/10454 sayılı ilamları. Aksi görüş, AKÜNAL, s.269, GÖKSOY, s.389. *Göksoy*’a göre, her ne kadar 6762 sayılı TTK m.401 ve 403 hükümleri esas sözleşme ile sınırlandırma veya kaldırmaya cevaz verse de, bu hükümlerin kendi unsur ve şartları ile sınırlı olarak yorumlanmalı, genel olarak esas sözleşme ile sınırlama veya kaldırma kararı alınabileceği sonucu çıkarılmamalıdır.

sözleşme ile sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz. Yeni sisteme hâkim olan düşünce bu hakkın kaldırılmamasının, hatta sınırlandırılmamasının gerekli olduğu bu yola ancak istisnaen gidilebilmesidir. İstisnanın uygulanması söz konusu ise, genel kurul somut olayın özelliklerine göre kararını vermelidir. Esas sözleşmede yer alacak ve hakkı kaldırmaya ya da sınırlandırmaya olanak veren genel bir hüküm bu temel düşünce ile çelişirdi.”

Bu gerekçe çerçevesinde doktrinde artık rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması yönünde bir kuralın esas sözleşmeye konamayacağı, konulursa bile geçersiz olacağı görüşü ileri sürülmüştür¹¹⁸. Buna karşın doktrinde diğer görüş sahipleri rüçhan hakkında imtiyazı kabul eden TTK m.478 ve intifa senetlerine rüçhan hakkı sağlanmasını öngören TTK m.503 hükümleri varken esas sözleşme ile sınırlandırma ve kaldırmanın hala mümkün olduğunu öngörmektedirler¹¹⁹. Bu hükümler 6762 sayılı TTK m.401 ve 403’e tekabül etmektedir. Bu bakımdan 6762 sayılı TTK için doktrinde ileri sürülen görüş aynen yürürlükteki TTK için de ileri sürülmektedir¹²⁰.

Bu yönden de, doktrinde, TTK m.461 ile 478 ve 503 arasında çelişki olduğu, bu çelişkinin ancak TTK m.478/2’deki “rüçhan” ve TTK m.503’deki “yeni pay alma hakkı” ibaresinin çıkarılması ile ortadan kaldırılabileceği belirtilmiştir. Ayrıca bu görüşe göre TTK m.461’e genel kurul dışında sınırlama veya kaldırmanın mümkün olamayacağının açık olarak yazılması lazım geldiği, o zaman esas sözleşme ile sınırlama veya kaldırmadan bahsedilemeyecektir¹²¹.

TTK m.478/1, esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabileceğini öngörmüş, TTK m.478/2’de ise imtiyazlar içinde rüçhan hakkını saymıştır. Rüçhan hakkında imtiyaz tanınması, imtiyazlı olmayan payların rüçhan hakkının tamamen veya kısmen kaldırılması anlamına gelmektedir¹²².

¹¹⁸ KARAHAN/SARAÇ, s.552, ŞENER, s.554.

¹¹⁹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, S.526-527, KENDİGELEN, s.366, YILDIZ Şükrü; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununu Beklerken Sempozyumu, MÜHFHAD Özel Sayı, C.18,S.2, Yıl 2012,s.813. *Kendigelen*, eserinin ilk basısında ise, rüçhan hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılmayacağı görüşünü savunmuştu. Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 1.Bası, İstanbul 2011, s.315.

¹²⁰ Bu hükümler rüçhan hakkını düzenleyen İsv. BK m.652b ile imtiyazlı paylara ilişkin İsv. BK m.656/2 ve intifa senedinde tanınacak hakları düzenleyen İsv. BK m.657/2 düzenlemeleri ile paraleldir. Bu düzenlemeler ve eleştiri için bkz. YILDIZ; Yeni Pay, s.17-18.

¹²¹ EPÇELİ, 3605, MOROĞLU Erdoğan; TTK Tasarısı Hakkında Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2011, s.253, YILDIZ, Sempozyum, s.814.

¹²² Doktrindeki bir görüşe göre, belirli paylara belirli oranda rüçhan hakkında imtiyaz tanına-

TTK m.503'de ise, intifa senedi sahiplerine rüçhan hakkının tanınabileceği kabul edilmiştir. İntifa senetleri TTK m.502 uyarınca esas sözleşme ile ihdas edilir ve içerdiği hak esas sözleşmeye bağlı olarak doğar. İntifa senetlerine rüçhan hakkı tanınması halinde, sermaye artırımını sonrası, pay sahiplerinin rüçhan hakları sınırlanmak veya kaldırılmak zorunda kalacaktır.

Ancak, esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek sağlanan imtiyaz ve intifa senedi çıkarılması ile bunların verdikleri hakların rüçhan hakkı olması hali birbiriyle bağlı olup, birbirinden ayrılmaz niteliktedir. Bunlar esas sözleşmede ayrı ayrı hükümlerde düzenlenseler bile sonuç değişmez.

İsviçre Hukukunda benzer hükümler bakımından sadece paya imtiyaz tanınarak veya intifa senetleri için rüçhan hakkı sağlanarak esas sözleşme ile rüçhan hakkının sınırlanabileceği ve kaldırılabilmesi kabul edilmektedir¹²³.

Kanımızca, rüçhan hakkının genel kurul kararı dışında esas sözleşme ile sınırlanması ve kaldırılması, TTK m.478 ve 503 hükümleri esas alınarak kabul edilemez. Rüçhan hakkının imtiyaz olarak tanınması veya intifa senetlerine rüçhan hakkının sağlanması, esas sözleşmede sadece bu hususlara ilişkin olarak öngörülen birer sınırlama veya kaldırma yöntemidir. Dolayısıyla, esas sözleşmede ancak bazı paylara imtiyaz tanınması ile birlikte veya intifa senedi çıkarılmasında rüçhan hakkı tanınacak, rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması esas sözleşmede yer almayacaktır. Hâlbuki bunlar dışında esas sözleşme ile rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasının mümkün olabilmesi için, sözleşme metninde açık olarak sınırlama veya kaldırma hakkının var olması gerekir. Bu da, TTK m.461/2'nin lafzına göre mümkün olamaz.

Bunun yanında TTK m.478 ve 503 kanuni birer esas sözleşme ile sınırlama yöntemidir. Bu yöntemlerin varlığı, TTK m.461/2 hükmünün sırf esas sözleşme ile sınırlama veya kaldırma yapılamayacağına dair açık bir hükmü olmadığı için, esas sözleşme ile de rüçhan hakkının sınırlanabileceği veya kaldırılabilmesi anlamını çıkartmamalıdır.

Esasen TTK m.461/2'de, esas sözleşme ile sınırlama veya kaldırma yapılamayacağına dair AB'nin 2 sayılı Şirketler Hukuku Yönergesinin 29/4

bilir. Yani imtiyazlı olmayan payların tüm rüçhan hakkı kaldırılamaz. Sadece sınırlanabilir. PULAŞLI; Şerh, C.II, s.1187.

¹²³ BÖCKLI, § 2, N.262-264, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40, N. 239, ZINDEL/ISLER; BSK, Art.652b, N.11.

hükümünün veya AktG § 186/3'ün¹²⁴ esas alınması bu tartışmayı bitirecek bir çözümdü. Bu hükmün varlığının, TTK m.478 ve 503 hükümleri üzerinden esas sözleşme ile de sınırlama mümkün olduğunu ileri sürmeyi imkânsız kılardı. Ancak kanun koyucu, İsv. BK'nın 652b hükmünü alarak böyle bir tartışmanın devam etmesine neden olmuştur¹²⁵.

Mamafih kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketler açısından bu husus dikkate alınmayacaktır. Zira yönetim kuruluna verilen sınırlama ve kaldırma yetkisi esas sözleşmeye yazılmaktadır.

5. Esas Sözleşmedeki Bağlam Hükümlerinin Etkisi

TTK m.461/5'de, şirketin rüçhan hakkı tanıdığı pay sahiplerinin, bu haklarını kullanmalarını nama yazılı payların devredilmesinin esas sözleşmeyle sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engellemeyeceği kabul edilmiştir¹²⁶.

Esas sözleşmeye konulan bağlam olarak adlandırılan anonim ortaklığın nama yazılı paylarının devrine ilişkin sınırlamalara dair hükümler, TTK m.492-498 arasında düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre, nama yazılı payların borsaya kote olup olmamalarına göre, farklı şartlar çerçevesinde şirket pay devrine onayı reddedebilmektedir. Burada bizim açımızdan önemli olan, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına yönelik bir genel kurul kararının varlığında, bu hükmün, sınırlandırılarak veya kaldırılarak bazı pay sahipleri veya üçüncü kişilere tanınan rüçhan hakkı üzerindeki etkisidir.

TTK m.461/5'de yer alan hükmün manasının, şirketin esas sözleşmede yer alan bağlam hükmüne dayanarak bir pay sahibine rüçhan hakkını kullandırmama imkânına sahip olmayacağını, rüçhan hakkının esas sözleşmede yer alan bağlamdan daha kuvvetli olduğu belirtilmiştir¹²⁷. Ancak asıl pay sahibinden sadece rüçhan hakkını devralan kişi için bu hüküm geçerli

¹²⁴ Hükümde, rüçhan hakkının kısmen veya tamamen kaldırılmasının yalnızca sermaye artırım kararı ile birlikte mümkün olduğu belirtilmiştir. AktG § 203'de ise, kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde yönetim kurulunun rüçhan hakkını sınırlandırma veya kaldırma yetkisi yer almaktadır. Bu hüküm karşısında esas sözleşme ile rüçhan hakkı kesinlikle sınırlamaz ya da kaldırılamaz. Bu yönde, HÜFFER; § 186, Rn. 20. PEIFER, Mükö, § 186, Rn. 56.

¹²⁵ Aynı yönde, YILDIZ; Sempozyum, s.813.

¹²⁶ Hükmün anlaşılacağı, kastedilenlerin ve içeriğinin açık olmadığı yönünde; AYTAÇ Zühütü; Sermaye Piyasası Hukuku Bağlamında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Pay Sahipliği Hakları, Avrupa Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Ankara 2010, s.104, KENDİGELEN, s.368-369, UZEL Necdet; Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul 2013, s.149.

¹²⁷ TEKİNALP, s.308.

değildir¹²⁸. Bununla beraber, hükmün yalnızca mevcut pay sahipleri için alınan bir genel kurul kararında ve TTK m.461/2'ye uygun olarak alınan bir genel kurul kararında bazı pay sahipleri ya da üçüncü kişilere tanınan rüçhan hakkı için uygulama imkânı olduğu ileri sürülmüştür¹²⁹. Kanımızca da, bu hükmün uygulanması, pay sahipleri dışında rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararı ile rüçhan hakkı tanınan kişiler için kesin olarak geçerlidir.

TTK m.461/2'ye göre haklı sebeple rüçhan hakkı sınırlandırılarak veya kaldırılarak üçüncü kişilere rüçhan hakkının kullanılması suretiyle onların pay sahibi yapılmasında, esas sözleşmedeki bağlam hükümleri bu kişilere karşı uygulanamaz¹³⁰. Her ne kadar TTK m.461/5 sadece rüçhan hakkı tanınan pay sahiplerinden bahsediyorsa da, bu kuralın anonim şirketin genel kurulda aldığı sınırlama veya kaldırma kararı ile rüçhan hakkı tanıdığı pay sahibi olan olmayan herkes için uygulanması hükmün amacı gereğidir¹³¹.

Aksi durumun kabulü, rüçhan hakkının sınırlanma ve kaldırılma amacı ile bağdaşmaz. Rüçhan hakkını sınırlama ve kaldırmada öngörülen haklı sebepler dâhilinde, üçüncü kişileri rüçhan hakkının kullanımı ile birlikte pay sahibi yaparken, esas sözleşmedeki bağlam hükümlerinin bir engel olduğunun kabul edilmesi halinde, TTK m.461/2 ile getirilmiş haklı sebepler ve genel kuruldaki toplanma karar almadaki ağırlık nisap yanında bir de pay sahibi olmaya ilişkin esas sözleşme bağlamına göre pay sahipliği hakkını tanımak, rüçhan hakkını sınırlandırma ve kaldırma amacını yok etmek anlamına gelir.

III. Rüçhan Hakkını Sınırlama veya Kaldırılmada Farklılıklar

1.Kayıtlı Sermayeli Anonim Şirketlerde

6102 sayılı TTK, 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, SerPK dışında, kayıtlı sermaye sistemine geçme imkânı getirmiştir. TTK m.332/1'de bu şirketler için, sermayenin arttırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketler şeklinde bir tanımlamaya gidilmiştir. Bu şirketlerde kayıtlı sermayeye ilişkin düzenleme ve karar yetkisi, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 20/3. maddesine göre, Gümrük ve Ticaret Bakanlığına (GTB) bırakılmıştır. GTB,

¹²⁸ BÖCKLI, § 2, N.292, KENDİGELEN, s.368-369, TEKİNALP, s.308.

¹²⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40, N. 290.

¹³⁰ Aynı yönde, BÖCKLI, § 2, N. 291, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40, N. 290, UZEL, S.150, ZINDEL/ISLER; BSK, Art.652b, N.26.

¹³¹ UZEL, s.150.

daha önce de değindiğimiz kayıtlı sermaye sistemine ilişkin yayınladığı tebliğ ile buna ilişkin düzenlemeyi yapmıştır.

Bu tebliğin 5. maddesine göre, bu şirketler GTB’den izin almak şartıyla kayıtlı sermaye sistemine tabi olarak kurulacak veya esas sözleşmelerini değiştirerek kayıtlı sermaye sistemine geçeceklerdir. Tebliğin 6. maddesine göre de, bu şirketlerin kayıtlı sermaye sistemine kabul edilmesine veya bu sisteme geçmesine izin verilen şirketlerin kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacakları sermaye artırımlarında GTB izni aranmayacaktır. Ancak TTK m.333 uyarınca GTB tarafından yayımlanmış başka bir tebliğde¹³² belirlenmiş GTB izni ile kurulacak anonim şirketler sermaye taahhüdü yoluyla esas sermaye artırımlarına ilişkin esas sözleşme değişiklik metinleri için izin alınmak zorundadırlar.

Kayıtlı sermaye sistemine geçmiş bu şirketlerin sermaye artırımlarında sermaye taahhüdü yoluyla artırım söz konusu olduğu takdirde, TTK m.460 uygulanacaktır. TTK m.460 uyarınca, kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde yönetim kuruluna tanınan esas sermayeyi artırma yetkisi kapsamında, yönetim kurulu en çok beş yıl olarak bu yetkiye istinaden sermayeyi artırma yönünde karar alabilecektir.

Sermaye taahhüdü yoluyla sermaye arttıran kayıtlı sermaye sistemine tabi bir anonim şirkette yönetim kurulu bu artırım kararında esas sözleşme metninde açıkça bu yönde de bir yetki varsa rüçhan haklarını sınırlayabilir veya kaldırıbilir.

Bu sınırlama ve kaldırmada TTK m.460/2’deki usul uygulanır. Yani yönetim kurulu rüçhan haklarını sınırlarken ya da kaldırırken, TTK m.461/2 hükmünün öngördüğü ilkeler çerçevesinde haklı sebebe bağlı olarak bir karar almak zorundadır¹³³. Tebliğ m.9/7’de de, “Yönetim kurulunun yeni çıkarılacak paylara ilişkin rüçhan haklarını kısıtlama yetkisi, pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılamaz” hükmü getirilmiştir. Buradaki hüküm, TTK m.461/2 hükmünden daha dar bir nitelik arz etmektedir¹³⁴. Zira ibarede, eşitlik ilkesi esas alınmakta, haklı sebeple sınırlama zorunluluğuna vurgu yapılmamaktadır. Bu hüküm aslında SerPK m.18/5’de yer alan ifadenin aynen tekrarıdır. Ancak TTK m.461/2 varken, bu hükmün daraltıcı ibaresi bir sonuç doğurmaz. Esasen bu hükmün tebliğde yer almasına da gerek yoktur.

¹³² 15.11.2012 tarih 28468 sayılı RG’de yayımlanan Anonim Ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine Ve Kuruluşu Ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ.

¹³³ Aynı yönde, MANAVGAT; (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s.334.

¹³⁴ MANAVGAT; (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s.335.

Buna karşılık, maddede genel kurulun karar almada uygulayacağı nisap, yönetim kurulu için geçerli değildir. Yönetim kurulu normal toplanma ve karar alma nisapları içinde sermaye artırımını kararı ile birlikte rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasına karar verebilir.

Hem TTK m.460/2'ye hem de tebliğin 9. maddesine göre, yönetim kurulu sermaye artırımını kararı artırımını kararı aldıktan sonra, çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşme maddesinin yeni şeklini esas sözleşmede öngördüğü şekilde ilan edecektir. Bu ilanda rüçhan haklarına ilişkin sınırlamaları da belirtmek zorundadır. Anonim şirket internet sitesi kurma zorunluluğunda olan bir şirket ise veya kendiliğinden bir internet sitesi kurmuşsa, bu ilanı orada da yapmak zorundadır. Sermaye artırımının mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmesinden sonra, sermaye artırımına ilişkin yönetim kurulu kararı ile çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşme maddesinin yeni şekli, yönetim kurulunca tescil ve ilan ettirilir.

Yönetim kurulu, sermaye artırımını yetkisi dâhilinde kayıtlı sermaye tavanına¹³⁵ kadar artırımını yapabilir. Bu tavanı aşan bir artırımını yapamaz. Ancak sermaye artırımının iç kaynaklardan gerçekleşmesi halinde, tebliğin 9/4. maddesine göre sermaye tavanı aşılarak bir artırım yapılabilir. Bu halde rüçhan haklarının sınırlanması veya kaldırılmasına yönelik karar ile birlikte alınan sermaye artırımını kararlarının sermaye tavanına kadar geçerliliği vardır.

2. Halka Açık Anonim Şirketlerde

Halka açık anonim şirketlerde rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması açısından uygulanacak hüküm SerPK m.18/5'dir. Bu hükmün ilk cümlesine göre, şirket yönetim kurulunun pay sahiplerinin rüçhan haklarının sınırlandırılması konusunda karar alabilmesi için esas sözleşme ile yetkili kılınması şarttır. Kayıtlı sermaye sistemine geçmiş halka açık olmayan anonim şirketlerde rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması için öngörülmuş bu durum, SerPK'ya tabi halka açık anonim şirketler içinde kabul edilmiştir.

Ancak hükmün son cümlesine göre, "6102 sayılı Kanununun 461 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları hükümleri halka açık şirketler için uygulanmaz." Buna göre, rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması

¹³⁵ Tebliğin 5.maddesinin 5.fıkrasına göre, Kayıtlı sermaye tavanı başlangıç sermayesinin beş katından fazla olamaz. Kayıtlı sermaye tavanı, çıkarılmış sermayenin kayıtlı sermaye tavanına ulaşıp ulaşmadığına bakılmaksızın esas sözleşme değiştirilerek yükseltilebilir. Kayıtlı sermaye sisteminin kabul edilmesinden veya sisteme geçilmesinden sonra izleyen dönemlerde kayıtlı sermaye tavanı, esas sözleşmenin değiştirileceği genel kurul toplantısı sırasındaki çıkarılmış sermayenin en fazla beş katı olarak belirlenebilir.

açısından öngörülen şartlar, SerPK'ya tabi anonim şirketler için geçerli değildir.

Bu durumun sonucu, bir görüşe göre halka açık anonim şirketlerde haklı sebebe bağlı bir rüçhan hakkı sınırlaması veya kaldırılması söz konusu olmayacaktır¹³⁶. Mamafih SerPK m.18/5 hükmünün ikinci cümlesine göre, rüçhan hakkı sınırlanırken veya kaldırılırken eşitlik ilkesi göz önünde bulundurulacaktır. Bu durumda HAAŞ'lerde eşitlik ilkesi dışında dürüstlük kuralının yansımaları olan gereklilik ve ölçülük ilkeleri rüçhan hakkına yönelik alınacak sınırlandırma veya kaldırma kararında esas alınmaz. Nitekim SerPK m.18'in gerekçesinde rüçhan haklarının kısıtlanmasına ilişkin haklı sebep aranması şartı bertaraf edildiği, getirilen bu istisna ile pay sahipleri arasında eşitlik ilkesi korunarak dışarıdan ortak alınması suretiyle şirkete yeni kaynak girişinin teşvik edilmesi amaçlandığı beyan edilmektedir. Haklı sebepler, ilkeler çerçevesinde haklılık kazandığından, HAAŞ'de eşitlik ilkesi dışındaki diğer iki ilkeye bağlı olmayan bir rüçhan hakkı sınırlaması veya kaldırılması işleminin adaletsiz sonuçlar doğuracağını söylemek gereklidir. SerPK m.18/5'in haklı sebepler ilkesinden neden ayrıldığı anlaşılmasında, bunun pozitif bir sonucu da bulunmamaktadır. Bu nedenle haklı sebepler ilkesinden ayrılmak nedensiz ve gereksiz olup, SerPK açısından eleştirilmesi gerekli bir maddedir¹³⁷.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması kararı alınırken, TTK m.461/2'de örnek kabilinden gösterilenlerden olan halka arz, işçilerin şirkete katılımı gibi sebepler HAAŞ'ler için rüçhan hakkını sınırlama veya kaldırma için uygulanabilecek sebeplerdir. Fakat bunların dışında gereklilik veya ölçülülük ilkelerine göre haklı sebep olarak görülemeyecek bir durum için, pay sahipleri bakımında eşitlik ilkesini ihlal etmediği sürece rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması kararı alınması mümkün olacaktır.

SerPK m.18'in başlığı kayıtlı sermaye sistemidir. Bu maddenin beşinci fıkrasında da son cümleye kadar kayıtlı sermaye sistemindeki usul çerçevesinde yönetim kurulundan bahsedilmektedir. Ancak son cümle, TTK'nın 461/2 ve 3'ün HAAŞ'lerde uygulanmayacağından söz etmiştir. Bu nedenle, maddede kastedilenin sadece kayıtlı sermaye sistemine tabi bir anonim şirket mi olduğu, yoksa kayıtlı sermaye sistemine tabi olmamış bir HAAŞ'yi de mi kapsadığı anlaşılmasında, Hüküm dışında, SerPK bütün olarak değerlendirilse, tüm

¹³⁶ MANAVGAT; (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s.335.

¹³⁷ Bu yöndeki eleştiri için, MANAVGAT; (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s.336.

HAAŞ'ler için bunun geçerli olduğu sonucuna varılması gerektiği bir görüş olarak ileri sürülmüştür¹³⁸. Gerçekten de, SerPK'nın hükümleri tümünden ele alındığında, hükümlerin tüm HAAŞ'ler için düzenlendiği anlaşılmaktadır. Kanımızca kanun koyucu burada kayıtlı sermayeli halka açık anonim şirketlerden değil, sadece HAAŞ'lerde bahsederken bilinçli bir tercih yapmıştır. Buna göre, kayıtlı sermayeye geçmemiş HAAŞ'lerde rüçhan haklarının sınırlanması veya kaldırılmasında TTK m.461/2 ve 3 hükümlerinin uygulanmaması tüm HAAŞ'ler için geçerlidir.

3. Şarta Bağlı Sermaye Artırımında

Anonim şirketlerde TTK m.463'de öngörülen şarta bağlı sermaye artırımı¹³⁹, şirket dışından sermaye sağlanması amacıyla şirket alacaklılarına tahvil veya benzeri borçlanma araçları çıkararak, bu borçlanma araçlarına esas sözleşmede değiştirme ve alım hakkı tanınma yoluyla olabileceği gibi, şirket çalışanlarına da yine esas sözleşmede değiştirme ve alım hakkı tanınma yoluyla olabilmektedir.

Şarta bağlı sermaye artırımının en önemli özelliği, genel kurulca esas sözleşmede öngörülmüş değiştirme veya alım hakkı nedeniyle yeni payların çıkarılmasıdır. Bu yeni paylar sermaye artırımını ile doğarlar¹⁴⁰. Artırım sonrası ortaya çıkan paylar, ancak değiştirme veya alım hakkı tanınmış kişilerce kullanıldığında onlara verileceğinden, şirket yönetim kurulu nezdinde muhafaza edileceklerdir¹⁴¹. Bunun sonucu haklar kullanıldıkça sermaye artar ve süreç içinde parça parça artış gerçekleşir¹⁴². Nitekim TTK m.463/2, sermayenin değiştirme veya alım hakkı kullanıldığı ve sermaye borcu takas veya ödeme yoluyla yerine getirildiği anda ve ölçüde kendiliğinden artar diyerek bu hususu belirtmiştir.

Şarta bağlı sermaye artırımını yapılabilmesi açısından birinci gereklilik, artırımın içeriğinin ve sınırlarının esas sözleşmede yer almasıdır. TTK m. 465/1

¹³⁸ MANAVGAT; (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s.336.

¹³⁹ Sermaye artırımına şartlı denmesinin sebebi, sermayenin artış miktarı ve zamanın belli olmayarak, değiştirme ve alım hakkı sahiplerinin bu haklarını kullanmalarına bağlı olmasıdır. ZINDEL/İSLER; BSK, Art.653, N.2.

¹⁴⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52, N. 300, PULAŞLI; Şerh, C.II, s.1642.

¹⁴¹ PULAŞLI; Şerh, C.II, s.1642.

¹⁴² Bu bakımdan esas sermayenin katılığı, yani sabit olması ve bir anda ve bütün olarak artması söz konusu olmayıp, şirketler hukukumuzdaki sabit esas sermaye ilkesinin bir istisnasıdır. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52, N. 305, PULAŞLI, Şerh, C.II, s.1643.

esas sözleşmede bulunması gereken unsurları belirtmiştir¹⁴³. Esas sözleşmeye yazılan bu hususlar ya kurulda esas sözleşmeye eklenmek suretiyle ya da sonradan genel kurulca yapılacak bir esas sözleşme değişikliği ile mümkün olur. Bundan sonra TTK m.468 uyarınca değiştirme ve alım hakları, esas sözleşmenin şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükmüne gönderme yapan yazı bir beyan ile kullanır. Mevzuat ihraç izahnamesinin yayımlanmasını gerekli gördüğü takdirde buna da gönderme yapılması gerektiği hükümde ayrıca belirtilmiştir. Burada, kastedilen çıkarılan borçlanma araçlarına ilişkin izahnamedir.

Şarta bağlı sermaye artırımını yapılarak çıkarılan borçlanma araçlarından dolayı şirketten alacaklı olanlara veya çalışanlara tanınacak yeni payları alma hakkı, anonim şirket pay sahiplerinin sermaye artırımını sonrası doğan rüçhan hakları ile çakışır. Bu nedenle genel kurul kararı ile olmayıp, tahvil sahiplerinin değiştirme haklarını kullanmasıyla ortaya çıkan şarta bağlı sermaye artırımını, pay sahiplerinin rüçhan haklarının kaldırılmasını gerektirir. Bu durumun diğer sermaye artırımlarından farkı, rüçhan hakkının baştan itibaren ve genel kurul kararı ile kaldırılmasıdır¹⁴⁴. Hâlbuki konumuzda değindiğimiz rüçhan hakkı, diğer sermaye artırımları ile birlikte ancak bazı şartlarla sınırlanabilir veya kaldırılabilir. Yani burada şarta bağlı sermaye artırımını ile haklı sebep kendiliğinden doğmakta, TTK m.461/2 anlamında bir haklı sebebin varlığı kabul edilmektedir.

Şarta bağlı sermaye artırımında genel kurulun esas sözleşmeyi değiştirmeye yönelik kararının hangi nisaplarla alınacağına ilişkin şarta bağlı sermaye artırımını düzenleyen hükümlerde bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde alınacak esas sözleşme değişikliği kararının, TTK m.421/1'e bağlı olarak genel esas sözleşme değişikliğine ilişkin nisaplarla alınması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴⁵. Ancak bu sermaye artırımında genel kurulun esas sözleşmeyi değiştirmesi ve bu değişiklik içinde rüçhan haklarının kaldırıldığı belirtilmesi nedeniyle, sözleşmeyi değiştiren genel kurul kararı, TTK m.461/2'de öngörülen sermayenin yüzde altmışının olumlu

¹⁴³Bunlar, a) Şarta bağlı sermaye artırımının itibarî değerini, b) Payların sayılarını, itibarî değerlerini, türlerini, c) Değiştirme veya alım hakkından yararlanabilecek grupları, d) Mevcut pay sahiplerinin rüçhan haklarının kaldırılmış bulunduğunu ve bunun miktarını, e) Belli pay gruplarına tanınacak imtiyazları, f) Yeni nama yazılı payların devrine ilişkin sınırlamalardır.

¹⁴⁴ KAYA İsmail Mustafa; Şartlı Sermaye Artırımı, Ankara 2009, s.148

¹⁴⁵ KAYA, s.110, PULAŞLI, Şerh, C.II, s.1647, SARAÇ Tahir; Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, Ankara 2009, s.228,

oyu şeklindeki nisapla alınmalıdır¹⁴⁶. Zira alınan karar her ne kadar esas sözleşmeyi değiştirmeye yönelik bir kararsa da, bu kararlar sözleşmeye konulan bir kuralla rüçhan haklarının kaldırılmasına neden olmaktadır. Mevzuat, İsv. BK m.704/b.4 ise, şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin kararın rüçhan haklarının sınırlandırılması veya kaldırılması açısından da, kararın aynı nisapla alınacağı belirtilmiştir. Kanımızca sorun İsv. BK m.704 gibi bir hükmün bizde olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu konudaki bir kararı TTK m.461/2'ye göre ağırlaştırılmış nisapla alırken, şarta bağlı sermaye artırımında esas sözleşmede rüçhan haklarını kaldıran kararın normal esas sözleşme değişiklik hükmüne tabi olması bir tutarsızlıktır¹⁴⁷. Ayrıca rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararının sermaye artırım kararı ile birlikte yapılması, şarta bağlı sermaye artırımında da, esas sözleşme değişikliği ile artırım gerçekleşmese bile, artırımın gerçekleşmesinin hukuki altyapısının sağlanması, sadece bir beyanla hakların sahiplerinin sermaye artırımını mümkün kılması ve pay sahiplerinin rüçhan haklarını kullanma imkânlarının yokluğu esas alındığında, kararın TTK m.461/2'deki nisapla alınması en doğru çözüm olarak görülmektedir. Çünkü pay sahiplerince durumun öğrenilmesinin en önemli yollarından biri, genel kurulda bilgi sahibi olmaktadır ve bu ancak nitelikli nisapla sağlanabilir.

Esasen pay sahiplerinin rüçhan hakkı kaldırılmakla beraber, bir önerilmeye muhatap olma hakkı sahibi oldukları, bunu her zaman kullanabilecekleri bu husus açısından ileri sürülebilir. Önerilmeye muhatap olma, TTK m.466'da şarta bağlı sermaye artırımında borçlanma araçları ihracına bağlı olarak değiştirme ve alım hakkı olan senetler ihraç edildiğinde, bunların öncelikle mevcut payları oranında pay sahiplerine önerilmesidir¹⁴⁸. Yani rüçhan hakkı kaldırılmasıyla birlikte, şirketçe çıkarılacak borçlanma senetlerini alması için önce pay sahibine teklif etmek gerekmektedir. Ancak genel olarak şartlı sermaye artırımının niteliği sadece pay sahipleri için payları oranındaki önerilmeye muhatap olma hakkı yanında, bu hakkın sınırlanması veya kaldırılmasına ihtiyaç olduğundan kullanılır ve pay sahiplerinin bu

¹⁴⁶FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 52, N. 350, ZINDEL/ISLER; BSK, Art.653b, N.3.

¹⁴⁷ Aynı yönde, SARAC, s.229.

¹⁴⁸ Bu hak değiştirme ve alım hakkı içeren borçlanma senetlerinin ihracında, pay sahiplerine sermayeye katılma payları oranında bu senetlere öncelikle iştirak taahhüdünde bulunma hakkı olarak da tarif edilmiştir. PULAŞLI; Şerh, C.II, s.1652. Doktrinde, alım hakkının pay sahiplerinde öncelikle bulunması halinde bunun rüçhan hakkı, buna karşılık borçlanma senetlerini değiştirme hakkının öncelikle pay sahiplerinde olması halinde bunun önerilmeye muhatap olma hakkı olduğu belirtilmiştir. TEKİNALP, s.311.

hakları da sınırlandırılır veya kaldırılır. Bu yüzden aslında rüçhan hakkı kaldırılması ile önerilmeye muhatap olma hakları genel olarak birbirinden ayrılmaz bir şekilde şartlı sermaye artırımında söz konusu olduğundan her ikisi içinde aynı nisabın varlığı gereklidir.

Burada anonim şirket çıkarmış olduğu borçlanma araçlarına ilişkin önerilmeye muhatap olma hakkını da haklı sebeplerin varlığında sınırlandırılabilir veya kaldırabilir. Fakat bu sınırlandırma veya kaldırmada hiç kimse haklı görülmeyen bir şekilde yararlandırılmaz veya kayba uğratılmaz. Hüküm 461/2'de yer alan sınırlandırma veya kaldırmaya ilişkin var olan ilkelerin aynen burada da uygulanacağını göstermektedir. Bu sebepten, TTK m.461/2'deki genel kurul nisabının da burada uygulanacağı belli olmaktadır¹⁴⁹.

IV. Düzenlemelere Aykırı Sınırlama veya Kaldırmanın Yaptırımı

TTK'da yer alan rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin genel kurul kararının haklı bir sebep olmaksızın veya anonim şirketler ilişkin ilkeler ihlal edilerek alınması hallerinde, karşımıza iki tür yaptırım türü çıkmaktadır. Birisi genel kararının butlanı diğeri ise genel kurul kararının iptalidir. 6762 sayılı TTK döneminde m.392/2 hükmü esas sermaye artırımında, m.392/1'de öngörülen şekli şartlara uygun bir muamele yapılmaması halinde, işlemin batıl olacağını belirtiyordu. Ancak bu hükmün 6762 sayılı TTK m.394 için uygulanamayacağı doktrinde genel olarak kabul etmişti¹⁵⁰.

6102 sayılı TTK genel kurula ilişkin butlan yaptırımına ilişkin olarak 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak bir madde getirmiştir. TTK m.447'de, genel kurul kararlarının butlanına ilişkin üç durum örnek olarak gösterilmiştir. Bununla birlikte TBK m.27 kapsamında da, alınan genel kurul kararları butlan yaptırımı tabidirler.

TTK m.447'de sayılan butlan hallerinden biri, (a) bendinde yer alan pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran kararlardır. Bu hükmün rüçhan hakkıyla doğrudan ilgili olduğu, çünkü rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması, genel kurula katılması, asgari oy gibi vazgeçilmez haklarını etkilediği, bu yüzden alınan kararın TTK m.461/2'deki hususlara aykırılık taşıması halinde kararın bu sebepten butlanının istenebileceği ileri

¹⁴⁹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.465, KAYA, s.156, SARAÇ, s.189.

¹⁵⁰ AYTAÇ, s.336, MOROĞLU; Esas Sermaye, s.178, GÖKSOY, s.431, YILDIZ, Yeni Pay, s.306-307.

sürülmüştür¹⁵¹. Buna karşın diğer bir görüş, genel kurulun butlanı değil, iptali gerektiği, sınırlandırma ve kaldırma kararının haklı sebebe dayanmaması durumunda, bunun sermayenin korunmasına yönelik bir hüküm değil, sermayeye katılma oranını korumayı amaçladığına vurgu yaparak TTK m.447/1 (c) bendine dayanılamayacağını gerekçe olarak belirtmektedir¹⁵².

Kanımızca, rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararı bir butlan değil, iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olmalıdır¹⁵³. TTK m.447/1 (a)'yı ele aldığımızda, buradaki hüküm vazgeçilmez haklara atf yapmaktadır. Vazgeçilmez haklar, nisbi emredici hükümlerle korunan ve hak doğmadan vazgeçilemez niteliği olan haklardır¹⁵⁴. Hâlbuki rüçhan hakkı vazgeçilemez bir hak niteliğinde değildir¹⁵⁵. Bu nedenle sadece rüçhan hakkı sonucunda elde edilen paya bağlanan vazgeçilmez haklara atf yapılarak, alınacak sınırlandırma veya kaldırma kararının butlan yaptırımına tabi tutmak mümkün değildir.

Genel kurulun iptaline ilişkin olarak TTK m.445 vd. hükümleri uygulanacaktır. Hükme göre, alınan karar tarihinden itibaren üç ay içinde davayı açmak gerekmektedir.

Kayıtlı sermaye sistemine tabi fakat halka açılmamış anonim şirketlerde de yönetim kurulu tarafından alınacak rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması kararına karşı, TTK m.460/5 hükmü uyarınca 445.maddede öngörülen sebeplerle, kararın ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açılabilir.

SerPK m.18/6 ise, TTK'ya atf yaparak genel kurul kararlarının iptaline ilişkin m.445 vd. hükümleri çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri veya hakları ihlal edilen pay sahiplerinin kararın ilanından itibaren otuz gün içinde iptal davası açabileceklerinin öngörmüştür.

TTK m.460/5'deki süre ile SerPK arasında fark vardır birinde bir aylık süre diğerinde otuz gün olarak belirtilmiş olup, iptal davası açılacak aya göre sürenin değişmesi söz konusu olabilecektir.

¹⁵¹ KORKUT Ömer; Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana 2012, s.118,

¹⁵² KARAHAN/SARAÇ, s.557.

¹⁵³ Aynı yönde, ŞENER, s.556. İsviçre Hukuku açısından, ZINDEL/ISLER; BSK, Art.652b, N.25.

¹⁵⁴ MOROĞLU Erdoğan; Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6.Bası, İstanbul 2012, s.136.

¹⁵⁵ GÖKSOY, s.364, KARAHAN/SARAÇ, s.551, TEKİNALP; (POROY/ÇAMOĞLU), s. 521, YILDIZ, Yeni Pay, s.139.

Rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasına ilişkin kararın TTK m.461/2'de öngörülen toplantı ve karar nisabına uygun olmaksızın alınması halinde ise yaptırım yokluk olacaktır¹⁵⁶.

Doktrinde rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması kararına karşı açılacak iptal davasının sermaye artırımı kararıyla birlikte açılması zorunluluğu olup olmadığı da tartışma konusu yapılmıştır. Bir görüş, iki hususun birbirinden ayrı nitelik arz ettiği için birlikte iptalin söz konusu olmadığı görüşündedir¹⁵⁷. Diğer bir görüş ise, bu kararın iptalinin aynı zamanda sermaye artırımı kararının da iptalini gerektirdiği yönündedir¹⁵⁸. İsviçre'de de bu yönde görüşler vardır¹⁵⁹. Alman Hukukunda ise görüşler, hem rüçhan hakkına hem de esas sermaye artırımına ilişkin kararın birlikte iptal edilmesi yönündedir¹⁶⁰.

Kanımızca, her iki genel kurul kararını birbirinden ayrı tutmak ve sadece rüçhan hakkını sınırlandırılması veya kaldırılmasının iptalini talep etmek mümkündür. Bu iki kararın birbirinden ayrı ele alınması doğrudur. Önceden de belirttiğimiz gibi, pay sahipleri sermaye artırımına evet, rüçhan hakkının sınırlanmasına hayır oyu kullanabilirler. Ya da bunun tam tersi olabilir. Bu bakımdan rüçhan hakkına yönelik karar tek başına iptal konusu olmalıdır.

Sonuç

Anonim şirketlerde sermaye artırıma bağlı olarak ortaya çıkan pay sahibinin haklarından biri olan rüçhan hakkının sınırlanması ve kaldırılması, 6102 sayılı TTK'da, 6762 sayılı TTK'ya nazaran oldukça farklı şekilde düzenlenmiştir.

Yeni düzenlemedeki en önemli farklılık rüçhan hakkının, genel kurul kararı ile sınırlandırılabilceğini veya kaldırılabilmesinin haklı sebeplerin varlığı halinde olabileceğinin ve esas sermayenin en az yüzde altmışının bu yönde olumlu oy vermesiyle mümkün olduğunun öngörülmesidir.

Rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasının haklı sebeplere bağlı olması, bir kontrol mekanizması getirilmesi anlamını taşımaktadır. 6762 sayılı TTK açısından da rüçhan hakkının sınırlanması ya da kaldırılması

¹⁵⁶ POROY; (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s.433.

¹⁵⁷ YILDIZ; Yeni Pay, s.307.

¹⁵⁸ MOROĞLU, Esas Sermaye, s.176.

¹⁵⁹ ZINDEL/ISLER; BSK, Art.652b, N.25.

¹⁶⁰ HÜFFER; § 186, Rn.42, PEIFER; Müko, § 186, Rn.102.

kararının anonim şirketlerde yer alan temel ilkeleri ihlal edemeyeceği kabul edilmekte ise de, 6102 sayılı TTK'da getirilen haklı sebepler şartı ve bunun örneklerinin gösterilmesi, sınırlama veya kaldırmaya ilişkin kanuni sebepleri ortaya koymakta ve bunun sınırları çizmektedir.

TTK m.461/2'de belirtilen haklı sebepler, rüçhan hakkına yönelik sınırlandırma ve kaldırmanın mümkün olacağı diğer haklı sebepleri belirlemede esas alınacaktır. Maddede belirtilen halka arz, işletme veya işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması, işçilerin şirkete katılımı olarak sayılan örnekler rüçhan hakkına yönelik alınacak bir sınırlandırma veya kaldırma kararında şirket menfaati, büyüme stratejileri ve sosyal düşünceler çevresinde haklı sebeplerin oluşacağını bize göstermektedir. Ancak bu haklı sebepler haricindeki diğer sayılmayan haklı sebepleri de belirlerken, yine anonim şirketlerde yer alan temel ilkeler olan gereklilik, eşitlik ve ölçülülüğe bakmak gerekecektir. Bunlar da haklı sebebi sınırlayan ve bu sınırlar içinde sınırlandırma veya kaldırma kararı verilmesini esas alan niteliktedirler.

Rüçhan hakkının sınırlandırma veya kaldırılması kararı halka açık olmayan TTK'ya tabi anonim şirketlerde genel kurul tarafından, kayıtlı sermaye sistemine tabi halka kapalı veya açık anonim şirketler açısından ise yönetim kurulu tarafından alınabilir. Ancak yönetim kurulunun böyle bir yetkiyi kullanabilmesi için, esas sermayeyi artırmak yetkisi yanında rüçhan hakkını sınırlamak ya da kaldırmak yetkisi de esas sözleşme ile tanınmış olmalıdır. Bu yetki de aynı esas sermayeyi arttırmak için öngörülen beş yıllık süre kadar olabilir.

Alınacak kararda sebebi de göstermek şarttır. Bu pay sahiplerinin alınan sınırlandırma veya kaldırma kararının haklı olup olmadığı bilebilmeleri açısından gereklidir.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına yönelik kararın alınmasında genel kurulun olağan veya olağanüstü olmasında bir fark yoktur. Ancak kararın sermaye artırım kararı alınacak genel kurulda birlikte alınması gereklidir. Aynı durum kayıtlı sermayeli anonim şirketler ile HAAŞ yönetim kurulu tarafından alınacak, bu yöndeki bir karar için de söz konusudur.

Alınacak genel kurul kararının gündemde yer alması da gerekmektedir. Zira pay sahiplerinin böyle bir karar alınacağını önceden bilmeleri ve bu kararın alınmasına yönelik pozisyonlarını belirleyebilmeleri için kararın gündemde bulunması lazımdır.

Karar TTK m.461/2'ye göre tüm payların yüzde altmış ile alınabilir. Bu genel kurul toplantı nisabının da en az bu oranda olmasını gerekli kılmaktadır.

Rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması sadece genel kurul kararı ile mümkündür. Esas sözleşmeye bu yönde bir hüküm konularak rüçhan hakkı sınırlanamayacak veya kaldırılamayacaktır. Doktrinde TTK m.478 ve 503 hükümleri üzerinden bunun mümkün olduğu savunulsa da, rüçhan hakkının imtiyaz olarak tanınması veya intifa senetlerine rüçhan hakkının sağlanması, esas sözleşme sözleşmede bu hususlara ilişkin olarak öngörülen birer sınırlama veya kaldırma yöntemidir. Bunu tüm sınırlama ve kaldırma durumları için mümkün kabul edemeyiz.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması kararı ile üçüncü kişilere rüçhan hakkının kullanılması suretiyle onların pay sahibi yapılmasında, esas sözleşmede yer alan bir bağlam hükmü, bu kişilere karşı uygulanmayacaktır. Buna ilişkin olarak TTK m.461/5’de yer alan hüküm, sadece rüçhan hakkı tanınan pay sahiplerinden bahsediyorsa da, anonim şirketin genel kurulda aldığı sınırlama veya kaldırma kararı ile rüçhan hakkı tanıdığı pay sahibi olan olmayan herkes için uygulanan bir hüküm olması gerektiği hükmün amacı gereğidir.

TTK m.461/2’de yer alan rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin hüküm, alınan kararın anonim şirketin kayıtlı sermayeli veya halka açık olması ile sermaye artırım türünün şartlı sermaye artırımı olması hallerinde bazı farklılıklar içermektedir. Kayıtlı sermaye sistemine tabi şirketlerde, sermaye artırımını yönetim kurulu tarafından esas sözleşmede belirlenen tavana kadar yapılırken, esas sözleşmede bu yönde hüküm olması gereği, aynı şekilde rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılması için de gereklidir.

Kayıtlı sermaye sistemine geçmiş halka kapalı anonim şirketlerin sermaye artırımlarında, eğer sermaye taahhüdü yoluyla artırım varsa, TTK m.460 hükümleri uygulanır. Sermaye taahhüdü yoluyla sermaye arttıran kayıtlı sermaye sistemine tabi bir anonim şirkette yönetim kurulu, esas sözleşmede verilmiş yetkiyle rüçhan haklarını sınırlayabilir veya kaldırabilir. Rüçhan hakkına ilişkin TTK m.460 dışında bir de GTB’nin çıkardığı tebliğ hükümleri söz konusudur. Tebliğin 9/7.maddesinde, “Yönetim kurulunun yeni çıkarılacak paylara ilişkin rüçhan haklarını kısıtlama yetkisi, pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılamaz” hükmü TTK m.461/2’den daha dar bir nitelik taşısa da, TTK m.461/2 varken bu hüküm esas alınamaz.

Halka açık anonim şirketlerde rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasında ise, SerPK m.18/5 hükmü uygulanır. Bu hükme göre, rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasında TTK m.461/2’de öngörölmüş

haklı sebepler kontrolü geçerli değildir. Ancak hüküm eşitlik ilkesinin esas alınacağını öngörmüş olup, sadece bu ilke gözetilerek yapılan bir sınırlandırma veya kaldırma hukuki bir nitelik taşıyacaktır.

SerPK m.18'in başlığı kayıtlı sermaye sistemi olmakla sadece kayıtlı sermaye sistemine tabi halka açık anonim şirketler için rüçhan hakkına ilişkin kararlarda bu hükmün geçerli olduğu iddia edilebilirse de, SerPK'nın bütün hükümleri göz önüne alındığında tüm HAAŞ'ler için bu hükmün uygulanacağını kabul etmek gereklidir.

TTK m.463'de öngörülen şarta bağlı sermaye artırımında, bir genel kurul kararı dışında, borçlanma araçları sahiplerinin değiştirme haklarını kullanmasıyla ortaya çıkan şarta bağlı sermaye artırımında, pay sahiplerinin rüçhan haklarının kaldırılması gerekmektedir. Şarta bağlı sermaye artırımında rüçhan hakları baştan itibaren ve genel kurul kararı ile kaldırılır. Sermaye artırımını ise sonradan peyder pey gerçekleştirir. Bu rüçhan hakkının kaldırılması da TTK m.461/2'de öngörülen nisap çerçevesinde alınmalıdır. Şarta bağlı sermaye artırımında haklı sebep kendiliğinden var olduğundan, burada haklı sebepler kontrolüne gerek olmayacaktır.

Rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasında belirlenen kurallara ve ilkelere aykırı alınmış kararların yaptırımı alınan genel kurul kararının TTK m.445'e göre iptali olacaktır. Kayıtlı sermayeli halka açık olmayan anonim şirketlerde bu iptal yönetim kurulunun kararı olarak, kararının ilanı tarihinden itibaren 1 ay olarak öngörülürken, halka açık anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sistemine tabi olanlar açısından bu süre SerPK m.18/6'da yine ilandan sonra 30 gün olarak gösterilmiştir.

Rüçhan hakkının sınırlanması veya kaldırılmasına ilişkin kararın TTK m.461/2'de öngörülen toplantı ve karar nisabına uygun olmaksızın alınması halinde ise yaptırım yokluk olmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKIN, Yusuf Murat; Kayıtlı Sermayede Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması veya İlginin Bu Hakkı Kullanımdan Yoksun Bırakılmasındaki Kistaslar, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İÜHF 1995.
- AKBULAK, Sevinç/AKBULAK, Yavuz; Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, İstanbul 2004.
- AKÜNAL, Teoman; Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 3, Sayı 5, No:5, 1969.
- AYTAÇ, Zühtü; Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985.
- AYTAÇ, Zühtü; Sermaye Piyasası Hukuku Bağlamında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Pay Sahipliği Hakları, Avrupa Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Ankara 2010.
- BAHTİYAR, Mehmet; Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul 1996.
- BAYER, Walter; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4, 3.Auflage, 2011.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan; Şirketler Hukuku, Bursa 2013.
- BÖCKLI, Peter; Schweizer Aktienrecht, 4.Auflage, Zurich 2009.
- DRYANDER, v. Christof /NIGGEMANN, Gerold; Aktiengesetz, Herausgegeben von Wolfgang Hölters, 1.Auflage München 2011.
- EPÇELİ, Sevgi; Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Yeni Pay Alma Hakkı İle İlgili Getirdiği Düzenleme, Eleştiriler ve Öneriler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 84, , Sayı 6, Yıl 2010.
- ERİŞ Gönen; Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995.
- FORSTMOSER, P./MEIER-HAYOZ, A./NOBEL, P.; Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- GRECHENIG, Kristoffel; Bezugsrechtsausschluss und Ausgabepreis nach Art. 652b OR, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2008.

- GÖKSOY, Can Yaşar; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003.
- GRUNDY, Tony; Shareholder Value, United Kingdom 2002.
- HÜFFER, Uwe; Aktiengesetz, 10.Auflage, München 2012.
- JOHNSON, E.Roy; Shareholder Value-A Business Experience, Great Britain 2001.
- KARAHAN, Sami/SARAÇ, Tahir; Şirketler Hukuku, Konya 2012.
- KAYA, İsmail Mustafa; Şartlı Sermaye Artırımı, Ankara 2009.
- KENDİGELEN, Abuzer; Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2.Bası, İstanbul 2012.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ, Çelik H.F./ MANAVGAT, Çağlar; Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Ankara 2013.
- KORKUT, Ömer; Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana 2012.
- KORKUT, Ömer; Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması, Çukurova İİBF Dergisi, C.11,S.2, Aralık 2007. **(Şirket Menfaati)**
- MOROĞLU, Erdoğan; Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, 2.Baskı, İstanbul 2003. **(Esas Sermaye)**
- MOROĞLU, Erdoğan; Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6.Bası, İstanbul 2012.
- MOROĞLU, Erdoğan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7.Baskı İstanbul 2012.
- ÖNCER, Zehra Ayla; İşletmelerin Büyüme Stratejilerini Belirlemede Doğrusal Programlama Yaklaşımı, Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F.D, C.XXXIII,S.2, Yıl 2012.
- PEIFER, Karl-Nikolaus; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3.Auflage, München 2011.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2009.

- PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, Ankara 2011.
- SICKINGER, Mirko/KUTHE, Thorsten; Münchener Anwalt Handbuch, Herausgegeben von Schüppen Matthias/ Schaup Bernhard, 2.Auflage 2010.
- ŞENER, Hami Oruç; Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012.
- TEKİNALP, Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2013.
- UZEL, Necdet; Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul 2013.
- SARAÇ, Tahir; Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, Ankara 2009.
- YILDIZ, Şükrü; Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004. **(Eşit İşlem)**
- YILDIZ, Şükrü; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununu Beklerken Sempozyumu, MÜHFHAD Özel Sayı, C.18,S.2, Yıl 2012. **(Sempozyum)**
- YILDIZ, Şükrü; Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul 1996. **(Yeni Pay)**
- ZINDEL, G. Gaudenz/ISLER, R. Peter; Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4.Auflage, Basel 2012.

BORÇLAR KANUNUNUN GENEL İŞLEM KOŞULLARINA DAİR HÜKÜMLERİ HAKKINDA BİR İNCELEME

Mehmet AKÇAAL*

ÖZET

Genel işlem koşulları, günümüzde bankacılık, sigortacılık, seyahat ve taşıma işleri gibi birçok alanda kullanılan sözleşmelerde yer almaktadır. Ancak, Türk Hukukunda 6098 sayılı Borçlar Kanunundan önce genel işlem koşulları hakkında herhangi bir genel hüküm mevcut değildi. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ise, genel işlem koşulları sadece tüketici sözleşmeleri bakımından düzenlenmişti. Bu eksiklik, 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile giderilmiştir. Buna göre, genel işlem koşulları, Borçlar Kanununun 20 ilâ 25 inci maddeleri arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, Borçlar Kanunundaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin, artık bu koşullara yer verilen her tür sözleşmede uygulanması mümkündür. Borçlar Kanununda, önce genel işlem koşulunun tanımına yer verilmiştir. Sonra ise, genel işlem koşullarının denetimi düzenlenmiştir. Bunlar; yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir.

Anahtar Kelimeler: Borçlar Hukuku, Genel İşlem Koşulları, Standart Sözleşme, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu, Yazılmamış Sayılma

AN ANALYSIS FOR THE PROVISIONS OF THE CODE OF OBLIGATIONS RELATING TO THE GENERAL TRANSACTION CONDITIONS

ABSTRACT

The general transaction conditions take place in contracts which are used in many areas such as banking, insurance trade, travelling and carrying at the present day. However, there wasn't any general legal provision relating to the general transaction conditions before The Code of Obligations no 6098. The general transaction conditions are put in order in The Law on the Protection of Consumers no 4077 only for consumer contracts. The Code of Obligations no 6098 made up for the deficiency. Accordingly, the general transaction conditions are put in order and lined off elaborately between Article 20 and 25. Thus, the legal provisions relating to the general transaction conditions in The Code of Obligations no 6098 are possible to be put in practice for the all contracts which give place to these conditions. The definition of the general transaction condition is taken place firstly in The Code of

* Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Obligations no 6098. Then, the control of the general transaction conditions are put in order in The Code of Obligations. The species of the general transaction conditions are the control for the operation, the control for the interpretation and the control for the content.

Keywords: *The Law of Obligations, The General Transaction Conditions, Standard Contract, The New Code of Obligations no 6098, To Be Counted Unwritten*

GİRİŞ

Borçlar hukukunun temelinde bireysel sözleşme modeli yer almaktadır. Buna göre, 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunundaki sözleşmelere ilişkin hükümler, esas itibarıyla aynı sosyo - ekonomik konumda olan ve bir araya gelip görüştüktan sonra sözleşmeyi kurduğu farz edilen taraflar dikkate alınarak düzenlenmiştir. Ancak, günümüzdeki sosyal ve ekonomik gelişmelere uygun olarak, standart sözleşmeler giderek daha fazla önem ve yaygınlık kazanmaktadır. Bankacılık, sigortacılık, taşıma işleri gibi birçok alanda standardizasyon ve rasyonalizasyon amaçları doğrultusunda, genel işlem koşulları içeren standart sözleşmeler tercih edilmektedir. Standart sözleşmelerde aynı konulara dair pek çok kimse ile ileride yapılması planlanan sözleşmelerin şartları, önceden tek taraflı olarak banka, sigorta ve taşıma gibi işleri yapan kurumlarca hazırlanmakta ve herhangi bir tartışma ve pazarlık imkânı tanınmaksızın karşı tarafa dayatılmaktadır¹. Dolayısıyla, bu tip sözleşme modelinde taraflar arasındaki denge güçlü taraf lehine ve zayıf taraf aleyhine bozulmakta ve böylece sözleşme adaleti ciddi şekilde zayıflatılmaktadır. Çünkü, bu şekilde kurulan sözleşmede, zayıf taraf, güçlü tarafın sunduğu bir standart sözleşmeyi ya içerdiği genel işlem koşullarıyla birlikte kabul etme ya da sözleşme konusu edime kavuşmaktan tümüyle vazgeçmek durumunda kalmaktadır². Meselâ, bir tacir ya bankanın kendisine

¹ **Havutçu**, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 1-3; **Rehbinder**, Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması (Çev. Teoman, Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFM. Özel Sayısı, C. 13, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 643; **Kuntalp**, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 83; **Yalman**, Süleyman / **Bostancı**, Yalçın / **Kızır**, Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem ve Koşulları İle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi, KBD., Y. 40, S. 23, 2012, s. 18; **Küçükyağcı**, Arzu, Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD., C. 53, S. 4, 2004, s. 110; **Bostancı**, Şebnem, Genel İşlem Şartları, <http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.01.2014).

² **Tekinay**, Selâhattin S. / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altop**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 159-160; **Koç**, Nevzat, Türk Borçlar

sunduğu kredi sözleşmesini imzalayıp krediyi alır ya da kredi almaktan vazgeçer. Yine, kişi, ya imtiyaz sahibi şirketin kendisine sunduğu abonmanlık sözleşmesini imzalar ya da konutuna elektrik veya su almaktan vazgeçmek zorunda kalır. Birçok hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve tartışma imkânının bulunmaması karşısında, kişinin bu tip sözleşmelerin uygulanmasında kanunun emredici hükümleriyle korunması zorunluluğu ortadadır³. Bunu dikkate alan kanun koyucu genel işlem koşullarını 6098 sayılı Borçlar Kanununda düzenlemiştir.

I. TÜRK HUKUKUNDAKİ GELİŞMELER

Türk hukukunda, 6098 sayılı Borçlar Kanunundan önce, genel işlem koşulları hakkında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna 2003 yılında eklenen “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlıklı 6 ncı madde ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” mevcuttu. Bu itibarla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, “haksız şartlar” kavramı tercih edilmiştir⁴.

Haksız koşullar (şartlar) kavramı, genel işlem koşullarını kapsamakla

Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 12, 2007, s. 80; **Demir**, Mehmet, 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20–25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, TBBD., S. 76, 2008, s. 219; **Havutçu**, s. 3.

³ **Altop**, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254; **Özel**, Çağlar, Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo Ekonomi Dergisi, Ocak-Haziran 2006-1, s. 159; **Ulusan**, İhsan, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, <http://www.kazan-ci.com/kho2/hebb/files/makale-milhanulusan-1.htm> (Erişim Tarihi: 17.1.2014). Taksitle satış sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz., **Yavuz**, Nihat, Taksitle Satım Sözleşmelerinde Tüketicilerin (Alıcıların) Genel İşlem Şartları Arasında Yer Alan Kayıtlara Karşı Korunması, THD., S. 8, Nisan 2007, s. 31.

⁴ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Avrupa Birliği mevzuatı ile tamamen uyum sağlanabilmesi ve hâlen yürürlükteki Kanunun pek çok maddesinde değişiklik yapılması ihtiyacından dolayı 4077 sayılı Kanunun yerine, yeni bir kanun için gerekli olan taslağın hazırlanması uygun bulunmuştur. Böylece, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. Söz konusu Tasarı, 7.11.2013 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda kabul edilerek yasalasmıştır. Ancak, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesi Resmî Gazete'de yayımdan (bkz., RG. 28.11.2013, S. 28835) itibaren altı ay sonraya ertelenmiştir. Tüketici sözleşmelerindeki haksız koşullar, 6502 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu hususta bkz., **Yıldırım**, Abdülkerim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, GÜHFD., C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1015-1047.

birlikte, bu koşullardan daha geniş bir anlama sahiptir⁵. Dolayısıyla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki söz konusu hükümler, genel işlem koşulu niteliği taşımayan haksız koşullar hakkında da uygulanır. Öte yandan, söz konusu hükümler, sadece tüketici sözleşmelerindeki haksız koşullar ve dolayısıyla genel işlem koşulları hakkında uygulanmaktadır. Zira, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6 ncı maddesi, uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesine imkân tanımaktadır. Buna karşılık, tüketici olmayanlar ve özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem koşullarının denetimi ise düzenleme alanının dışındadır⁶. Söz konusu esas, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bakımından da geçerlidir.

Öte yandan, genel işlem koşulları hakkında tüketici olmayanları da kapsayacak nitelikte genel hükümler, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda da düzenlenmemiştir. Ancak, 6098 sayılı yeni Borçlar Kanununda, 20 ilâ 25 inci maddeler arasında bu eksiklik giderilmiş ve genel işlem koşulları, tüketici – tacir ayırımı yapılmaksızın her tür sözleşme için öngörülmüştür. Bu ise, karşı tarafın tüketici olup olmadığına bakılmaksızın, her tür sözleşmedeki genel işlem koşulunun denetimine imkân sağlamaktadır⁷.

II. TANIM VE UYGULAMA ALANI

Borçlar Kanununun 20 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında genel işlem koşulları, *“bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla⁸, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri”* şeklinde tanımlanmıştır.

⁵ **Aslan**, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Bursa 2013, s. 171; **Havutçu**, s. 219, dn. 538.

⁶ **Atamer**, Yeşim M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (F) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 10; **Dizdar**, Ali Murat, Genel İşlem Şartlar, Bankacılar Dergisi, S.72, İstanbul 2010, s. 85-86.

⁷ **Sirmen**, A. Lâle, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 110; **Kuntalp**, s. 82; **Öz**, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 7; **Yavuz**, Selçuk, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 32; **Dizdar**, s. 88.

⁸ Burada, en az üç kez kullanma amacının varlığının yeterli kabul edileceği yönünde bkz., **Moll**, Wilhelm / **Melms**, Christopher, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2012, § 10 Rn. 92; **Staudinger**, J. von / **Coester**, Michael, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2008, s. 169.

Öncelikle, söz konusu tanımda yer alan “*tek başına*” ifadesi yanlış anlaşılmaya müsaittir. Bununla kastedilen, sözleşmenin tek başına kaleme alınmış olması değildir. Kişi, sözleşmeyi avukatları ile hazırlayabileceği gibi, başka kişilerden de danışmanlık talep edebilir. Bu gibi haller, söz konusu hükümlerin genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmez. Dolayısıyla, tek başına ifadesi ile kastedilen sadece karşı taraf dahil edilmeksizin sözleşme koşullarının hazırlanmasıdır. Buna göre, “*tek başına*” ifadesi yerine “*tek yanlı*” ifadesi tercih edilebilirdi⁹.

Yine, Borçlar Kanununa göre, genel işlem koşulları, sözleşmeyi “*düzenleyenin, ... karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, metni düzenleyen ile genel işlem koşullarını kullananın aynı kişi olması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Hâlbuki, böyle bir sonuç, hükmün uygulama alanını yanlış bir şekilde daraltır. Çünkü, genel işlem koşulları bakımından önemli olan kimin onları düzenlediği değil, kimin sunduğudur. Buna göre, kullanıcı, sözleşme kurulmadan önce hazırlanmış genel işlem koşullarını karşı tarafa sunan ve bunların sözleşme içeriği olmasını isteyen kişidir. Meselâ, avukat (A) tarafından kaleme alınan genel işlem koşulları, karşı tarafa başka bir kişi olan (B) tarafından sunulabilir. Bu durumda genel işlem koşullarını düzenleyen ve onları kullananın farklı kişiler olması, sözleşmedeki hükümlerin genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesini engellememelidir¹⁰.

Tanımda “*önceden*” kelimesi kullanıldığından, “*ileride*” kelimesine gerek olmadığı ve madde metninden çıkarılmasının uygun olacağı ifade edilebilir. Ayrıca, Borçlar Kanununun 1 inci, 2 inci, 6 ncı ve 11 inci maddelerinde “*sözleşmenin kurulması*” ifadesi tercih edilmiştir. Dil uyumunu sağlamak adına, genel işlem koşulunun tanımındaki “*sözleşme yapılırken*” ifadesi yerine “*sözleşme kurulurken*” ifadesinin kullanılmasının uygun olacağı da belirtilmelidir¹¹.

⁹ **Arıkan**, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (İstanbul, 3-4 Haziran 2011), İstanbul 2011, s. 70.

¹⁰ **Holmes**, Eric Mills / **Thuirmann**, Dagmar, A New and Old Theory For Adjudicating Standardized Contracts, Georgia Journal of International and Comparative Law, Volume 17, Issue 3, 1987, s. 349; **Aydoğdu**, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD., C. 13, S. 2, 2011, s. 15; **Özuyal**, Neslihan, Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, 139-140; **Atamer**, GİK, s. 15, 18; **Havutçu**, s. 76; **Güngör**, Hayriye Gonca, Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (II), LHD., C. 3, S. 31, 2005, s. 2469.

¹¹ **Veziroğlu**, Cem, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, İBD.,

Sonuç olarak, bu eleştiriler göz önünde bulundurulduğu takdirde, *genel işlem koşulları*, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin, diğer tarafa sözleşme kurulurken sunduğu sözleşme hükümleri şeklinde tanımlanabilir¹².

Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin 1 inci fıkrasının 2 nci cümlesine göre, “*bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz*”. Bu hüküm, genel işlem koşullarının tamamının veya bir kısmının sözleşme metninde ya da ekinde değişik karakterlerle yazılmak suretiyle, emredici kanunî düzenleme kapsamının dışına çıkarılmasını önlemeyi hedefleyen, isabetli bir hükümdür¹³.

Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince, aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metnlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu olarak kabul edilmesini engellemez. Buna göre, aynı amaçla düzenlenmiş standart sözleşme metinleri birbirinin aynısı olmasa da, içerdikleri hükümler yine de birer genel işlem koşulu olarak sayılır. Yani, sözleşme metnindeki önemsiz ve yapay farklılıklar, aynı maddenin 1 inci fıkrasındaki tanım kapsamında olmaları şartıyla, sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu sayılmasını engelleyemez. Buna göre, meselâ, tip sözleşme yöntemini kullanan tarafın, çok sayıda farklı tipte sözleşme hazırlayarak, genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri dolanması mümkün değildir¹⁴.

Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin 3 üncü fıkrası ise şu şekildedir: “*genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz*”. Bu hüküm sayesinde, kanundaki tanıma (BK. m. 20/I) uyan bir genel işlem koşulunun, sözleşmenin kuruluşu esnasında taraflar arasında özel olarak tartışılrsa bile genel işlem koşulu olmaktan çıkmayacağı benimsenmiştir. Böylece, uygulamada sık sık karşılaşılan bir durum göz önünde tutulmuştur. Gerçekten, uygulamada tip

C. 84, S. 5, 2010, s. 3079; **Altop**, s. 258.

¹² **Yelmen**, Adem, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 12; **Moll / Melms**, § 10 Rn. 91; **Säcker**, Franz Jürgen / **Rixecker**, Roland / **Oetker**, Hartmut, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241–432, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2012, Rn. 1; **Altop**, s. 258.

¹³ **Yelmen**, s. 27; **Koç**, s. 81; **Kuntalp**, s. 91.

¹⁴ **Koç**, s. 81; **Dizdar**, s. 88; **Yelmen**, s. 27.

sözleşmelerin büyük bir çoğunluğunda, sözleşmenin tüm hükümlerinin tek tek okunduğu, tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiğine dair düzenlemelere yer verilmektedir. İşte, 20 nci maddenin 3 üncü fıkrası sayesinde, tüm bu durumlar, genel işlem koşullarının emredici düzenlemesine tâbi olmuştur. Meselâ, çok sayfalı tip sözleşmelerde sayfalardan her birine katılanın bu türden açıklamalarla birlikte imza atması, genel işlem koşullarına ilişkin emredici hükümleri dolanmaya yetmez.

Aynı maddenin son fıkrası gereğince, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmeler, her durumda standart sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu sayede, söz konusu sözleşmeler, kesin olarak genel işlem koşullarının emredici düzenlemesine tâbi kılınmaktadır. Buna göre, elektrik, su ve doğal gaz gibi tekel niteliğindeki kamu hizmetlerini sunan kişi ve kurumlar tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanan standart sözleşmelerdeki genel işlem koşullarının da mutlak surette emredici düzenleme kapsamında değerlendirilmiş olması isabetli bir çözüm yolu olmuştur¹⁵.

III. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

Genel işlem koşullarının denetimi üçe ayrılır. Bunlar, “yürürlük denetimi”, “yorum denetimi” ve “içerik denetimi”dir. Yürürlük denetimi, genel işlem koşulunun sözleşme içeriğine dahil olup olmadığının tespiti aşamasıdır. Yorum denetimi ise, sözleşme içeriğine dahil olduğu belirlenen genel işlem koşulunun (açık ve anlaşılır olmaması veya birden fazla anlama gelmesi durumunda) yorum yoluyla denetlenmesini ifade eder. Son olarak, içerik denetiminde, bu denetim aşamaları işe yaramadığı takdirde (dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde, karşı tarafın durumunu ağırlaştırır veya onun aleyhine olan) genel işlem koşulunun geçerliliği denetlenir. Borçlar Kanununda yürürlük denetimi 21 ve 22 nci maddelerde; yorum denetimi 23 üncü maddede ve içerik denetimi ise 24 ve 25 inci maddelerde düzenlenmiştir¹⁶.

¹⁵ **Demir**, s. 219. Bu tür sözleşmelerde, genel işlem şartları bakımından “ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı”nın aranmayacağı yönünde bkz., **Yelmen**, s. 28.

¹⁶ **Sirmen**, s. 112-113; **Yalman / Bostancı / Kızır**, s. 22; **Dizdar**, s. 88. Genel işlem koşullarının “bağlayıcılık denetimi” ve “içerik denetimi” şeklindeki ikili tasnifi için bkz., **Havutçu**, s. 40-41. **Oğuzman / Öz**'e göre, 6101 sayılı Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1 inci maddesi gereğince, sözleşme hükümlerinin yürürlüğüne getirilen sınırlamaların (yazılmamış sayılma hâllerinin) Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Temmuz 2012'den önce kurulmuş olan sözleşmelere uygulanmaması gerekir. Öte yandan, yazarlara göre, 6101 sayılı Kanunun kamu düzenine ilişkin 2 nci maddesi gereğince, içerik ve yorum denetimine ilişkin hükümlerin Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Temmuz 2012'den önce kurulmuş olan sözleşmelere de uygulanması gerekir (bkz.,

A. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK DENETİMİ

1. SÖZLEŞME KAPSAMINA GİRME VEYA YAZILMAMIŞ SAYILMA

Borçlar Kanununun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 1 inci cümlesi gereğince, “*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır*”. Buna göre, karşı tarafın menfaatine aykırı¹⁷ genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girebilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlar, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın, sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesidir¹⁸.

Öte yandan, aynı hükmün devamında, söz konusu şartlardan herhangi birine uyulmadığı takdirde, genel işlem koşulunun yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümlerle birlikte, borçlar hukukunda “*yazılmamış sayılma*” diye yeni bir geçersizlik türü öngörülmüştür. Türk hukukunda hâkim görüşü¹⁹, burada yazılmamış sayılma ile kastedilenin “*yokluk*” olduğu

Oğuzman, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 171).

¹⁷ Genel işlem koşulunun “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” olup olmadığına hâkim tarafından yürürlük denetimi aşamasında denetlenmesinin isabetli olmadığı yönünde bkz., **Yelmen**, s. 38; **Aydoğdu**, s. 21; **Atamer**, GİK, s. 28.

¹⁸ **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 14. Baskı, Ankara 2012, s. 220-221; **Kuntalp**, s. 95. Söz konusu şartların düzenleyen tarafından ispat edilmesi gerektiği yönünde bkz., 13. HD. 2.5.2008, E. 2008/4345 K. 2008/6088 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 20.1.2013). Ayrıca, düzenleyen tarafın söz konusu hükümdeki zorunlu hususları nasıl ispat edeceği hakkında bkz., **Reisoğlu**, Seza, Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, http://www.google.com.tr/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ttb.org.tr%2FDosyalar%2FKonferans_Sunumları%2FSR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem_Sartları.doc&ei=xITZUqK5D5SshQeXr4CADw&usq=AFQjCNEoQPXtdo4S94i0FIyZDn6rTLZRIQ&bvm=bv.59568121,d.Bge (Erişim Tarihi: 17.1.2014).

¹⁹ **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2012, s. 119; **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012, s. 150; **Oğuzman / Öz**, s. 168; **Eren**, s. 221. Ancak, yazılmamış sayılma ile kastedilenin, söz konusu genel işlem koşulunun “*batıl*” sayılması olduğu yönünde ise bkz., **Arıkan**, s. 72. Genel işlem koşulunun batıl sayılması gerektiğinin kabulü hâlinde meydana gelecek sonuçlar hakkında bkz., **Akcaal**, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014, s. 147. **Sirmen**’e göre ise, burada kastedilen söz konusu hükümlerin sözleşmede hiç yer almamış sayılmasıdır (bkz., age., s. 115). Öte

yönündedir. Buna göre, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması için, bir irade açıklaması veya dava açılması gerekmez.

Meselâ, müşteri (M), bir otobüs bileti satın almak için satış ofisine gitmiş, taşımının gerçekleşeceği gün, saat ve gidilecek yer konusunda satış elemanı (S) ile anlaşmış, parayı ödemiş ve sonra da (S), bileti basarak (M)'ye vermiş olsun. Bu durumda biletin arkasında yazılı olan genel işlem koşulları sözleşmenin içeriğine dahil olamamıştır. Zira, sözleşme yapıldığı sırada müşteri (M)'ye genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlanmamıştır²⁰. Yine, meselâ, sözleşmenin telefonda kurulması hâlinde genel işlem koşullarının varlığından hiç bahsedilmemişse ilk sebepten; koşullar hakkında bilgi verilmiş ancak karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmamışsa ikinci sebepten dolayı genel işlem koşulu sözleşme kapsamına dahil olmaz²¹.

Borçlar Kanununun 21 inci maddesinin 2 nci fıkrasında, “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları”nın başka bir koşul aranmaksızın yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümdeki “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları” ile kastedilen, “alınmamış, şaşırtıcı koşullar”dır²². Diğer tarafa açıkça bilgi verilip, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve diğer tarafın da bunları kabul etmesi hâlinde dahi bu nitelikteki genel işlem koşulları hakkında yazılmamış sayılma yaptırımını uygulanır²³. Meselâ, kredi sözleşmelerinde yer verilen, kredi veren kurumun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceğine ve kredi ilişkisine son vereceğine ilişkin koşulların bu sebeple yazılmamış sayılması gerekir²⁴.

yandan, **Yelmen**'e göre, yazılmamış sayılma, “kendisine özgü bir yaptırım türü”dür (bkz., age., s. 67).

²⁰ **Atamer**, GİK, s. 29.

²¹ **Arıkan**, s. 72.

²² **Bigat**, Şevket Güney / **Lokmanoğlu**, Ensar, Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Süpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar, İBD., C. 83, S. 6, 2009, s. 3150; **Kaşak**, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK m. 21/2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2012, s. 421.

²³ **Kılıçoğlu**, s. 118; **Kuntalp**, s. 96; **Yelmen**, s. 68. Öte yandan, sözleşmeye yabancı her koşulun otomatik olarak sözleşme dışında bırakılmasının uygun olmadığı yönünde bkz., **Sirmen**, s. 116; **Veziroğlu**, s. 3081.

²⁴ **Güngör**, s. 2467; **Dizdar**, s. 89; **Altıp**, s. 259-260; **Veziroğlu**, s. 3081. Bkz., 19. HD. 13.2.2013, E. 2012/14777 K. 2013/2711, “...Davacı banka ile dava dışı S...Ltd. Şti. arasında kredi sözleşmesi imzalanmış, davalı Ersan adına kayıtlı taşınmaz üzerinde davacı banka lehine ipotek tesis ettirmiştir. İpotek akid tablosunda ipotek verenin ipotek limiti kadar müşte-

2. YAZILMAMIŞ SAYILMANIN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

Borçlar Kanununun 22 nci maddesinde yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi düzenlenmiştir. Bu hüküm son derece önemlidir. Zira, genel işlem koşuluna ilişkin olarak kanun koyucunun amacı kesinlikle işlemin tamamen geçersiz sayılması değildir. Şayet böyle olsaydı, zayıf taraf esas o zaman mağdur olurdu. Meselâ, müşteri kredi almak için kredi kurumu ile sözleşme yapsın ve bu sözleşmede emredici kurallara aykırı nitelikte genel işlem koşulları olsun. Eğer söz konusu genel işlem koşulları sebebiyle bu sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı kabul edilseydi, taraflar arasında sözleşme tamamen ortadan kalkar ve zayıf taraf elde etmek istediği menfaatten mahrum kalırdı²⁵.

Söz konusu maddenin ilk cümlesinde, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı öngörülmüştür. Buna göre, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmenin, söz konusu genel işlem koşulları dışındaki diğer hükümleri geçerli olmaya devam eder. Dolayısıyla, bu hüküm sayesinde, kısmî kesin hükümsüzlük gibi, “kısmen yazılmamış sayılma” yaptırımını öngörülmüştür. Bir başka ifadeyle, burada “kısmî yokluk” yaptırımını söz konusudur²⁶. Bu itibarla, önceden bahsedilen otobüs bileti satış sözleşmesine ilişkin misâl bakımından müşteri (M) ile otobüs firması arasında yapılan bu sözleşme geçerliliğini korur. Ancak, biletin arkasında yazılı olup sözleşme yapıldıktan sonra (M)’ye verilen ve dolayısıyla sözleşme yapıldığı sırada müşteri (M)’nin içeriğini öğrenme imkânına sahip olmadığı genel işlem koşulları yokluk yaptırımına tâbi olur.

Yazılmamış sayılan hükümlerin oluşturacağı boşluk bakımından ise, 6098 sayılı Borçlar Kanununda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kaynak BGB. §. 306/(2)’de ise, bu durumda kanunî düzenlemelerin geçerli olacağı ifade edilmiştir. Buna uygun olarak, Alman Hukukunda, bahse konu genel işlem koşullarının yerine tamamlayıcı hukuk kurallarının uygulanacağı kabul edilmektedir²⁷. Türk Hukuku bakımından da Türk Medenî Kanununun 1 inci

rek borçlu ve kefil olduğu belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 21 / son maddesine göre sözleşmenin niteliğine ve özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. İpotek akıt tablosunda ipotek verenin ayrıca müteselsil kefil olduğuna ilişkin kayıtlı ipotek sözleşmesinin niteliğine ve özelliğine uygun değildir. ...” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 20.1.2014).

²⁵ Kuntalp, s. 96.

²⁶ Eren, s. 221. Aynı yönde bkz., Yalman / Bostancı / Kizir, s. 22.

²⁷ Schulze, Reiner / Schulte-Nölke, Hans, Handkommer BGB, 7. Auflage, Baden-Baden 2012,

maddesinden hareketle aynı sonucu kabul etmek mümkündür²⁸.

Aynı maddenin ikinci cümlesi gereğince, bu durumda düzenleyenin²⁹, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği ifade edilmiştir³⁰. Kanun koyucu, bu hüküm sayesinde sözleşmeyi düzenleyen Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasının 2 nci cümlesinden kıyasen yararlanmasını engellemiştir. Söz konusu hükme göre, kısmî kesin hükümsüzlük durumunda, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur (BK. m. 27/II, c. 2)³¹.

Bununla birlikte, yazılmamış sayılan hükümler, söz konusu sözleşmenin esaslı unsurlarını teşkil ediyorsa, sözleşmenin tamamı geçersiz hale gelir. Çünkü, 6098 sayılı Borçlar Kanununun 2 nci maddesinin 1 inci fıkrası gereğince, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmaları gerekmektedir³².

B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUM DENETİMİ

Sözleşmenin içeriğine dahil olduğu belirlenen genel işlem koşullarının yorum yoluyla denetlenmesi, Borçlar Kanununun 23 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm gereğince, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün, açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanması gerekmektedir. Borçlar Kanununun 23 üncü maddesi, hem Roma Hukukundan beri kabul edilen “*sözleşmenin, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanması ilkesi (in dubio contra stipulatorem)*”³³’nin bir uygulamasıdır hem de BGB. § 305c /

BGB § 306 Rn. 6. Ayrıca, yazarlar, şayet bu durumda somut olaya uygulanacak herhangi bir hüküm mevcut değilse, söz konusu boşluğun istisnaen sözleşmenin tamamlayıcı yorumu suretiyle tamamlanması gerektiğini belirtmektedirler (bkz., **Schulze / Schulte-Nölke**, BGB § 306 Rn. 6).

²⁸ **Yelmen**, s. 70-71.

²⁹ Sözleşmenin diğer tarafının Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasının 2 nci cümlesinden kıyasen yararlanmasının mümkün olduğu yönünde bkz., **Koç**, s. 83.

³⁰ Bu hükümle birlikte, genel işlem koşulları bakımından, kanun gereği bir sözleşme yapma zorunluluğu öngörüldüğü yönünde bkz., **Demir**, s. 221.

³¹ **Yelmen**, s. 70; **Veziroğlu**, s. 3081; **Koç**, s. 83.

³² Aynı yönde bkz., **Yelmen**, s. 73; **Sirmen**, s. 117.

³³ Bu ilkenin “*belirsizlik ilkesi*” olarak adlandırıldığı yönünde bkz., **Atamer**, GİK, s. 35. “*Açık olmama kuralı*” şeklinde adlandırıldığı yönünde ise bkz., **Karagöz**, Veli, Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezaî Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi, AÜHFD., C. 8, S. 1-2, 2004, s. 603.

II ile uyumludur. Zira, Alman Hukukunda da, kullanan aleyhine yorum ilkesi benimsenmiştir³⁴. Böylece, genel işlem koşullarının yorumlanmasıyla ilgili olarak, güven ilkesini esas alan bir yorum yöntemi benimsenmiştir³⁵.

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, genel işlem koşulu niteliğindeki hükmün ya açık ve anlaşılır olmaması ya da birden fazla anlama gelmesi gerekir. Meselâ, arabanın görüldüğü gibi ve hiçbir ayıptan sorumlu olmaksızın satıldığına ilişkin bir genel işlem koşulu öngörülebilir. Bu durumda, söz konusu sorumluluk sınırlandırmasının arabanın gizli ayıpları bakımından da geçerli olup olmayacağı belirsizdir. Ancak, Borçlar Kanununun 23 üncü maddesi gereğince, birden fazla anlamdan düzenleyen aleyhine ve (müşteri) karşı taraf lehine olan tercih edilmelidir. Bu sayede, söz konusu sınırlandırmanın gizli ayıplar bakımından uygulanamayacağı kabul edilmelidir³⁶. Yine, meselâ, aynı konuda özel hüküm bulunmasına rağmen, düzenleyen, sözleşmede bir de genel işlem koşulu öngörmüşse, genel işlem koşulu özel hükümle çeliştiği için uygulanamaz³⁷.

C. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

1. TEK YANLI OLARAK DEĞİŞTİRME YASAĞI

Uygulamada, sadece genel işlem koşullarını düzenleyen lehine olmak üzere, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi konusunda düzenleyene yetki veren kayıtlarla sıkça karşılaşılmaktadır. İşte, bu kayıtların önüne geçebilmek adına, Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinde genel işlem koşullarını değiştirme yasağı öngörülmüştür. Gerçekten, söz konusu hükümde, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede, düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren kayıtlar da yazılmamış sayılma yaptırımına tâbidir. Bir başka ifadeyle, değiştirme yasağının yaptırımı da, bu yasağa aykırı kayıtların yazılmamış sayılmasıdır.

³⁴ *Schulze / Schulte-Nölke*, BGB § 305 c Rn. 4.

³⁵ *Demir*, s. 221; *Yelmen*, s. 84; *Holmes / Thuirmann*, s. 350; *Güngör*, s. 2469; *Dizdar*, s. 89; *Veziroğlu*, s. 3082; *Özel*, s. 160-161; *Kartal*, Doğan, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s. 104.

³⁶ *Atamer*, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 134, dn. 62.

³⁷ *Arıkan*, s. 71-72. Aynı yönde bkz., *Eren*, s. 222.

Dolayısıyla, genel işlem koşullarında karşı taraf aleyhine sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren kayıtlar, yok hükmündedir. Öte yandan, bahse konu sözleşme ise, bu kayıtlar olmaksızın yapılmış kabul edilir. Böylece, kanun koyucu tarafından burada da kısmî yokluk yaptırımını kabul edilmiştir³⁸. Meselâ, kredi sözleşmelerinin pek çoğunda yer alan ve kredi kuruluşuna faiz oranlarını tek taraflı olarak arttırma yetkisi tanıyan koşulların artık yazılmamış sayılması gerekir³⁹.

Ancak, Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinde düzenlenen değiştirme yasağında “yazılmamış sayılma” yaptırımına atıf yapılmış olması, doğru bir nitelendirme olmamıştır. Zira, yazılmamış sayılma, yürürlük denetiminin yaptırımıdır. Hâlbuki, değiştirme yasağı, içerik denetiminin bir konusudur. Genel işlem koşullarında içerik denetiminin yaptırımını ise, Borçlar Kanununun 27 nci maddesi gereğince kesin hükümsüzlük olmalıdır. Bu bakımdan, içerik denetimi kapsamında yer alan bir husus, yürürlük denetimi yaptırımına tâbi tutulmuştur⁴⁰.

Düzenleyen için değiştirme yasağı, sadece karşı taraf aleyhine (düzenleyen lehine) sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren kayıtları kapsar. Dolayısıyla, düzenleyen tarafından karşı taraf lehine değiştirme yetkisi tanıyan kayıtların öngörülmesi geçerlidir. Meselâ, banka ile yapılan sözleşmede “banka, para piyasalarındaki gelişmelere göre faiz oranını indirme yetkisine sahiptir” şeklinde bir genel işlem koşulu öngörülmüş olsun. Böyle bir hüküm, karşı taraf (müşteri) aleyhine değil, lehine olduğundan geçerlidir⁴¹.

Söz konusu maddede, değiştirme yasağının, hem sözleşmenin bir hükmünü değiştirmeyi hem de yeni düzenleme getirmeyi kapsadığı belirtilmiştir. Ancak, maddede ayrı bir şekilde yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlardan bahsedilmesine ihtiyaç yoktur. Çünkü, yeni düzenleme getirilmesi de, sözleşmenin değiştirilmesi niteliğindedir⁴².

³⁸ Eren, s. 221. Aynı yönde bkz., Demir, s. 222. Ancak, bu tür kayıtların kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olduğu yönünde ise bkz., Koç, s. 84.

³⁹ Altop, s. 260; Dizdar, s. 89. Kuntalp'e göre ise, bankalar tüketicilerle yaptıkları banka ve kredi kartı sözleşmelerinde faiz değişikliğine gidebilirken, tacirlerle yaptıkları aynı nitelikteki sözleşmede değişiklik yapma yasağına tâbi olacaktır (bkz., age., s. 97).

⁴⁰ Yelmen, s. 108.

⁴¹ Eren, s. 221. Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 119; Demir, s. 222.

⁴² Kılıçoğlu, s. 119.

Ayrıca, Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinde, değiştirme yasağına tâbi olan kaydın genel işlem koşulunun bulunduğu sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alması arasında herhangi bir fark olmadığı ifade edilmiştir⁴³.

2. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI HÜKÜMLERİN AKİBETİ

Borçlar Kanununun 25 inci maddesi gereğince, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümlerin konulması mümkün değildir. Kanun koyucu, bu madde sayesinde, genel işlem koşulları arasında yer alan, dürüstlük kurallarına aykırı olarak hem karşı tarafa zarar veren hem de onun durumunu ağırlaştırıcı koşulları geçersiz saymıştır⁴⁴. Bu itibarla, Borçlar Kanununda, Medenî Kanununun 2 nci maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralının genel işlem koşulları bakımından özel bir uygulamasına yer verilmiştir. Buna göre, sözleşmede karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte genel işlem koşuluna yer verilmişse, bunun dürüstlük kurallarına aykırı olarak konulup konulmadığı değerlendirilir. Şayet bu koşulun dürüstlük kuralına aykırı olarak konulduğu sonucuna varılırsa, söz konusu koşul geçersiz sayılır. Buradaki geçersizliğin türü, kısmî kesin hükümsüzlüktür. Bu sebeple, geçersiz oldukları sonucuna varılanlar dışındaki genel işlem koşulları geçerliliklerini korurlar⁴⁵. Meselâ, yükümlülüklerini yerine getirmeyen karşı tarafı ölçüsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan genel işlem koşullarının bu kapsamda geçersiz sayılması mümkündür.

Borçlar Kanununun 25 inci maddesinde genel işlem koşullarında içerik denetimi için hâkime tanınan tek ölçütün dürüstlük kuralı olması doktrinde⁴⁶

⁴³ Aslında sözleşmede düzenleyen lehine diğer taraf aleyhine değiştirme yapılamayacağına ilişkin ifadenin, tek başına hem asıl sözleşmeyi hem de ayrı bir sözleşmede böyle bir düzenleme yapılmasını kapsadığı yönünde bkz., **Kılıçoğlu**, s. 119.

⁴⁴ Ceyhan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Tüketici Mahkemesi sıfatıyla baktığı davanın, E. 2012/118 K. 2012/395 sayılı kararının gerekçesinde "...yine 6098 sayılı BK'nun 25. maddesindeki "genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı" şeklindeki madde normu yönünden de dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketicinin aleyhine olan ve durumunu ağırlaştırıcı herhangi bir hizmet karşılığı olmaksızın dosya masrafı alınmasına ilişkin sözleşme şartının geçersiz olduğu, giderek bu yönden de alınan ücretin tüketiciye iadesi gerektiği..." ifade edilmiştir. Söz konusu karar, Yargıtay tarafından onanmıştır. Bkz., 13. HD. 5.3.2013, E. 2013/3682 K. 2013/5249 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 20.1.2013).

⁴⁵ **Yalman / Bostancı / Kızır**, s. 22-23; **Yelmen**, s. 130. Aynı yönde bkz., **Demir**, s. 223-224; **Eren**, s. 222; **Koç**, s. 85. Öte yandan, dürüstlük kurallarına aykırı olarak konulan bu hükümlerin, yazılmamış sayılacağı yönünde bkz., **Kılıçoğlu**, s. 119; **Öz**, s. 7-8.

⁴⁶ **Atamer**, GİK, s. 41-42; **Yelmen**, s. 89; **Sirmen**, s. 122. Aynı yönde bkz., **Demir**, s. 224; **Dizdar**, s. 89-90.

eleştirilmiştir. Buna göre, bir genel işlem koşulunun içerik denetimi yapılırken, bu koşulun dürüstlük kurallarına aykırı nitelikte olup olmadığını tespiti yarayacak olan kanunî ölçütlere kanunda yer verilmemiş olması önemli bir eksikliklerdir. Altop'a göre⁴⁷ de, kanun koyucu, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in Ek'inde olduğu gibi, geçersiz sayılacak bazı genel işlem koşullarını saymayı tercih edilebilirdi. Bu sayede, geçersiz sayılması gerektiği tartışmasız olan bazı tipik genel işlem koşulları örnek kabilinden sayılmış ve uygulamaya yol gösterilmiş olurdu.

SONUÇ

Kanun koyucu tarafından, genel işlem koşullarının 6098 sayılı yeni Borçlar Kanununun 20 ilâ 25 inci maddeleri arasında düzenlenmiş olması sayesinde, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu dönemindeki eksiklik giderilmiştir. Bu itibarla, 6098 sayılı Borçlar Kanunundaki genel işlem koşullarına ilişkin emredici genel hükümlerin, tüketici – tüketici olmayan ayırımı yapılmaksızın her tür sözleşmede uygulanması mümkündür.

Borçlar Kanununun 20 nci maddesindeki genel işlem koşullarının tanımında yer alan “*tek başına*” ifadesinin yanlış anlaşılması için bunun, karşı taraf dahil edilmeksizin sözleşme koşullarının hazırlanması şeklinde anlaşılmasında yarar vardır. Yine, tanımda yer alan, sözleşmeyi “*düzenleyenin, ... karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” şeklindeki ifade de hükmün uygulama alanını daraltmaya müsaittir. Hâlbuki, söz konusu hükmün uygulanması bakımından önemli olanın kimin genel işlem koşullarını düzenlediği değil, kimin onları kullandığıdır. Dolayısıyla, genel işlem koşullarını düzenleyen ve onları karşı tarafa sunanın farklı kişiler olması, hükümlerin genel işlem koşulu şeklinde nitelendirilmesinin önüne geçmemelidir.

Genel işlem koşullarının denetimi kapsamında, öncelikle Borçlar Kanununun 21 inci maddesinin ilk fıkrasında sayılan şartları taşımayan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. Böylece, Borçlar hukukunda “*yazılmamış sayılma*” diye yeni bir geçersizlik türüne yer verilmiştir. Söz konusu hüküm, yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisine dair 22 nci madde ile birlikte değerlendirildiğinde, yazılmamış sayılmadan anlaşılması gereken ise, kısmî yokluktur. Ayrıca, kanun koyucu, 21 inci maddenin 2 nci fıkrası sayesinde, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine

⁴⁷ Altop, s. 260. Yelmen'e göre, dürüstlük kuralının içeriğinin belirlenmesinde bu hususların göz önünde tutulması gerekirdi (bkz., age., s. 97).

yabancı; şaşırtıcı koşulların da yazılmamış sayılacağını açıkça hükme bağlamıştır.

Borçlar Kanununun yorum denetimine ilişkin 23 üncü maddesi sayesinde, kanun koyucu, Roma Hukukundan beri kabul edilen “*sözleşmenin, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanması ilkesi*”ni açık bir şekilde kabul etmiştir. Söz konusu ilkenin uygulanabilmesi için gerekli olan ise, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün ya açık ve anlaşılır olmaması ya da birden çok anlama gelmesidir.

Genel işlem koşullarında içerik denetimine dair hususlar ise, Borçlar Kanununda 24 ve 25 inci maddelerde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, öncelikle 24 üncü madde ile, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine değiştirme yasağına yer verilmiştir. Böylece, uygulamada sadece genel işlem koşullarını düzenleyen lehine olmak üzere, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi hususunda düzenleyene yetki veren kayıtlar geçersiz sayılmıştır. Bu tip kayıtların yaptırımı da kanun koyucu tarafından “*kısmen yazılmamış sayılma*” olarak belirlenmiştir. Böylece geçersizlik sadece söz konusu kayıtlar ile sınırlanmıştır.

Borçlar Kanununun dürüstlük kurallarına aykırı nitelikteki hükümlerin akıbetine ilişkin 25 inci maddesi gereğince, sözleşmede karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte genel işlem koşuluna yer verilmiş ve bu koşul dürüstlük kurallarına aykırı nitelikteyse, söz konusu koşul geçersiz sayılır. Borçlar Kanununun 25 inci maddesinde içerik denetimini gerçekleştirecek olan hâkime verilen tek ölçütün dürüstlük kuralı olması ise eleştiriye açıktır. Gerçekten, genel işlem koşulunun dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığını tespiti yarayacak ölçütlere kanunda yer verilebilirdi.

KAYNAKÇA

- Akçaal**, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014.
- Altop**, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254-260.
- Arıkan**, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (İstanbul, 3-4 Haziran 2011), İstanbul 2011, s. 69-74.
- Aslan**, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Bursa 2013.
- Atamer**, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2001 (Sözleşme Özgürlüğü).
- Atamer**, Yeşim M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (F) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 7-78 (GİK).
- Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012.
- Aydoğdu**, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD., C. 13, S. 2, 2011, s. 1-50.
- Bigat**, Şevket Güney / **Lokmanoğlu**, Ensar, Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar, İBD., C. 83, S. 6, 2009, s. 3147-3157.
- Bostancı**, Şebnem, Genel İşlem Şartları, <http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.01.2014).
- Demir**, Mehmet, 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, TBBD., S. 76, 2008, s. 217-230.
- Dizdar**, Ali Murat, Genel İşlem Şartlar, Bankacılar Dergisi, S.72, İstanbul 2010, s. 85-93.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 14. Baskı, Ankara 2012.

- Güngör**, Hayriye Gonca, Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (II), LHD., C. 3, S. 31, 2005, s. 2465-2473.
- Havutçu**, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- Holmes**, Eric Mills / **Thuirmann**, Dagmar, A New and Old Theory For Adjudicating Standardized Contracts, Georgia Journal of International and Comparative Law, Volume 17, Issue 3, 1987, s. 323-429.
- Karagöz**, Veli, Tıp İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezaî Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi, AÜHFD., C. 8, S. 1-2, 2004, s. 593-606.
- Kartal**, Doğan, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008.
- Kaşak**, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK m. 21/2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2012, s. 415-429.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2012.
- Koç**, Nevzat, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 12, 2007, s. 71-147.
- Kuntalp**, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 81-102.
- Küçükyağcı**, Arzu, Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD., C. 53, S. 4, 2004, s. 101-123.
- Moll**, Wilhelm / **Melms**, Christopher, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2012.
- Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Baskı, İstanbul 2012.
- Öz**, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 1. Baskı, İstanbul 2011.

- Özel**, Çağlar, Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo Ekonomi Dergisi, Ocak-Haziran 2006-1, s. 153-166.
- Özuysal**, Neslihan, Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.
- Rehbinder**, Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması (Çev. Teoman, Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFİM. Özel Sayısı, C. 13, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 641-653.
- Reisoğlu**, Seza, Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tbb.org.tr%2FDosyalar%2FKonferans_Sunumlari%2FSR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem_Sartlari.doc&ei=xlTZUqK5D5SshQeXr4CADw&usg=AFQjCNEoQPXtdo4S94i0FIyZDn6rTLZRIQ&bvm=bv.59568121,d.Bge (Erişim Tarihi: 17.1.2014).
- Säcker**, Franz Jürgen / **Rixecker**, Roland / **Oetker**, Hartmut, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241–432, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2012.
- Schulze**, Reiner / **Schulte-Nölke**, Hans, Handkommer BGB, 7. Auflage, Baden-Baden 2012.
- Sirmen**, A. Lâle, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 109-134.
- Staudinger**, J. von / **Coester**, Michael, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2008.
- Tekinay**, Selâhattin S. / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altöp**, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Ulusan**, İhsan, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-milhanulusan-1.htm> (Erişim Tarihi: 17.1.2014).
- Veziroğlu**, Cem, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, İBD., C. 84, S. 5, 2010, s. 3073-3083.

- Yalman**, Süleyman / **Bostancı**, Yağın / **Kızır**, Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem ve Koşulları İle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi, KBD., Y. 40, S. 23, 2012, s. 18-23.
- Yavuz**, Nihat, Taksitle Satım Sözleşmelerinde Tüketicilerin (Alıcıların) Genel İşlem Şartları Arasında Yer Alan Kayıtlara Karşı Korunması, THD., S. 8, Nisan 2007, s. 29-33 (Taksit).
- Yavuz**, Selçuk, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007 (Tüketici).
- Yelmen**, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.
- Yıldırım**, Abdülkerim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, GÜHFD., C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1015-1047.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK.	: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
c.	: cümle
dn.	: dipnotu
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KBD.	: Konya Barosu Dergisi
LHD.	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: madde
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
THD.	: Terazi Hukuk Dergisi
Y.	: Yıl

ALMAN DAR GELİRLİLERİN HUKUK DANIŞMANLIĞI VE TEMSİLİ KANUNU

THE GERMAN CODE OF LEGAL COUNSELING AND REPRESENTATION ACT FOR PERSON WITH MODEST REGULAR INCOME

Cenk AKİL*

I. GENEL OLARAK

Bireylerin hak arama özgürlüğünün teminat altına alınması demokratik bir hukuk devletinin vazgeçilmesi ilkelerindedir. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesi ile de bu hak güvence altına alınmıştır. Bahsi geçen maddenin birinci fıkrasına göre herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Şu halde hukuki bir sorun yaşanan "herkes" derdini yargı mercileri önünde dile getirme imkânını haizdir. Ancak yargı mercilerine başvurmak kural olarak masraf yapılmasını gerektirir. Bu durum ise bu konuda varıl ile yoksul arasında adaletsizlik yaratabilir. Bu noktada sosyal devlet ilkesi gündeme gelecektir. Bilindiği üzere Türkiye Cumhuriyeti "sosyal" bir hukuk devletidir (AY m. 2). Dolayısıyla sosyal devletin¹ gereklerini² hayata geçirmekle mükelleftir. Sosyal devlet, "*fertlere yalnız klasik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip, aynı zamanda onların insan gibi yaşamaları için zaruri olan maddi ihtiyaçları karşılamalarını da kendisine vazife bilen devlet*" olarak tanımlanmıştır³. Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal devlet olmasının ne anlama geldiği konusunda AY m. 5 hükmü de yol gösterici niteliktedir⁴. Buna göre, devletin temel amaç ve görevlerinden biri de kişilerin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. Görüldüğü gibi bu hükümle devlete, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini

* Dr. , E-Posta: akilcenk@hotmail.com

¹ Sosyal devlet anlayışının tarihsel kökenleri hakkında geniş bilgi için bkz. KARA, s. 56 vd.

² Sosyal devletin amacı, "*burjuva devriminin sonunda ortaya çıkan hukuk devletinin korumayı hedeflediği ama sanayi gelişmesi ile birlikte, tek başına başaramadığı, insan onurunun korunmasını amaçlayan bir devlet türü*" biçiminde açıklanabilir (BULUT, s. 332).

³ Tanım, 1961 Anayasasının 2. maddesinin gerekçesinde yer almaktadır (TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, s. 94-95).

⁴ ERDOĞAN, s. 231; GÖZE, s. 104.

kullanmalarını engelleyecek engelleri, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkelerini gözeterek ortadan kaldırma görevi de verilmiştir.

Nitekim bu düşüncelerin bir yansıması olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 334 vd. ile adli yardım kurumu⁵ ihdas edilmiştir. Adli yardım kurumundan yararlanmanın temel iki şartı yoksulluk ve haklılık olarak belirtilebilir⁶. Bu şartlara sahip olan kişinin yararlanabileceği adli yardımın kapsamının ne olacağı ise HMK m. 335’de düzenlenmiştir. Buna göre adli yardım ilgiliye şu hususları sağlamaktadır: a) Yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet. b) Yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet. c) Dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi. ç) Davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini. Görüldüğü üzere burada hukuki danışmanlık yardımına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Alman hukukunda ise bu açığı kapatmak üzere aşağıda metni verilen Kanun kabul edilmiştir.

II. KANUN METNİ

Madde 1

(1) Mahkeme önündeki yargılama ve zorunlu sulh teşebbüsü dışında Medeni Usul Kanunu’nun Yürürlüğü Hakkında Kanun’un 15a maddesi (danışma masrafları yardımı) uyarınca talep üzerine şu hallerde sağlanır:

1. Hak arayan hakkını aramak için gerekli araçları kendi kişisel ve ekonomik durumu itibarıyla temin edemeyecek durumda ise,

2. Hakkını arayanın başvurabilmesi kendisinden beklenebilecek başka bir imkân yok ise,

3. Hakkın hayata geçirilmesi ahlaka aykırılık teşkil etmeyecek ise.

(2) Şayet hak arayan Medeni Usul Kanunu’nun adli yardıma ilişkin hükümleri uyarınca kendi katkısı olmaksızın adli yardım yapılması gerekmekte ise birinci fıkranın aradığı şartların mevcut olduğu kabul edilir.

Madde 2

(1) Danışma masrafları yardımı danışmayı ve gerekli olduğu ölçüde temsili kapsar.

⁵ Bu kurum öğretilerde “*yoksul kimselere mahkemelerde hakkını arayabilmeleri veya savunabilmeleri için parasal kolaylıklar sağlanması*” olarak tanımlanmıştır (ATALAY, s. 4).

⁶ ÜSTÜNDAĞ, s. 776-777; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 1000; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 710-711; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 420-421; KARS-LI, s. 560-561; POSTACIOĞLU, s. 677; BİLGE/ÖNEN, s. 345-346.

(2) Danışma masrafları yardımı bu Kanun uyarınca aşağıdaki işler için geçerlidir:

1. İş mahkemelerinin hakkında karar vermeye yetkili oldukları işler de dâhil olmak üzere hukuk işleri,
2. İdare hukukuna ilişkin işler,
3. Anayasa hukukuna ilişkin işler,
4. Sosyal hukuk işleri.

Ceza hukuku ve idari kabahatlere ilişkin işlerde sadece danışma masrafları yardımı yapılır. İş, genel bağlamda başka bir hukuk branşına da dâhil ise, danışma masrafları yardımı o ölçüde sağlanır.

(3) Başka devlet hukukunun uygulanmasını gerektiren işlerde bu Kanun uyarınca danışma masrafları yardımı sağlanmaz. Meğer ki, iş, aynı zamanda Almanya'yı da ilgilendirsün.

Dipnot:

Madde 2 fıkra 2: Federal Anayasa Mahkemesi'nin 6.11.2008 tarih ve I 2180-1BvR 2310/06 sayılı kararına göre Anayasa ile bağdaşmaz bulunmuştur.

Madde 3

(1) Danışma masrafları yardımı avukatlar ve baroya kayıtlı bir hukuk müşaviri tarafından Eyalet Adli İdaresi ile varılan anlaşma uyarınca kurulan danışma bürolarında yapılan yardımı da kapsar.

(2) Danışma masrafları yardımı, acil bilgi verilmesi, yardım için başka imkânların işaret edilmesi ya da bir dilekçenin (talebin) ya da bir beyanın alınması suretiyle yerine getirilebiliyorsa sulh hukuk mahkemeleri tarafından yapılan yardımı da kapsar.

Madde 4

(1) Danışma masrafları yardımı talebi üzerine, yargı çevresi itibariyle talepte bulunan bakımından genel yetkili mahkeme olan sulh hukuk mahkemesi karar verir. Şayet talepte bulunan bakımından ülke içinde genel yetkili mahkeme mevcut değil ise, danışma ihtiyacının ortaya çıktığı yerdeki sulh hukuk mahkemesi yetkilidir.

(2) Talep sözlü veya yazılı olarak yapılır. Başvuruda talep konusu olay açıklanır. Hak arayan kişisel ve ekonomik durumunu inanılır kılmalıdır. Şayet hak arayan, danışma masrafları yardımı sayesinde doğrudan doğruya bir avukata başvurmuşsa, dilekçesini daha sonra da verebilir.

Madde 5

Bu Kanunda aksi öngörölmüş olmadıkça, danışma masrafları yardım talebi prosedürü için Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkındaki Kanun kıyasen uygulanır. Mahkeme Teşkilatı Kanunu m. 185, III ve m. 189, III kıyasen uygulanır.

Madde 6

(1) Şayet danışma masrafları yardımı talebinin karşılanması için gerekli şartlar mevcut ise ve iş, sulh hukuk mahkemesi tarafından halledilmemişse, sulh hukuk mahkemesi meseleyi tam olarak tarif etmek suretiyle, hak arayana danışma masrafları yardımı için istediği bir avukatı seçme hakkına sahip olduğunu gösteren bir yetki belgesi düzenler.

(2) Danışma masrafları yardımı talebinin reddine yönelik karara karşı sadece itiraz yoluna başvurulabilir.

Madde 7

Doğrudan bir avukata başvuran hak arayan, kişisel ve ekonomik durumunu inanılır kılmak ve aynı meselede daha önce kendisine danışma masrafları yardımının sağlanmadığını ve böyle bir talebin sulh hukuk mahkemesi tarafından reddedilmediğini teyit etmek zorundadır.

Madde 8

Ücret hakkında yapılan anlaşmalar hükümsüzdür.

Madde 9

Şayet karşı taraf hak arayanın hakkını aramasından kaynaklanan masrafları tazmin etmek zorunda ise, o avukatın mesaisi karşılığı kanunen hak ettiği ücreti ödemek zorundadır. Bu konudaki talep hakkı avukata intikal eder. İntikal, hak arayanın aleyhine ileri sürülemez.

Madde 10

(1) Avrupa Komisyonu'nun 27.1.2003 tarih ve 2003/8 sayılı Sınır Aşan Uyuşmazlıklardan Kaynaklanan Haklara Erişimin İyileştirilmesine İlişkin Tüzük uyarınca, sınır aşan uyuşmazlıklar bakımından yargılama masrafları hakkında asgari müşterek hükümlerin tespitiyle (Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi Nr. Sütun 26 s. 41, Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi Nr. Sütun 32 s. 15) danışma masrafları yardımı şu durumlarda temin edilir:

1. Mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü bakımından yargılama öncesi hukuki danışma masrafları için,

2. Medeni Usul Kanunu m. 1077 uyarınca talepte bulunması halinde,

yardım talebi mahkemenin bulunduğu üye ülkeye ulaşıncaya kadar sağlanan destek (yardım) için.

(2) İkinci maddenin üçüncü fıkrası uygulanmaz.

(3) Sınır aşan meselelere ilişkin danışma masrafları yardımı dilekçelerinin gönderilmesinde Medeni Usul Kanunu'nun 1077. maddesi kıyasen uygulanır.

(4) Sınır aşan meselelere ilişkin danışma masrafları yardımına yönelik ayrıntılı dilekçe hakkında 4. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde zikredilen sulh hukuk mahkemesi yetkilidir. Medeni Usul Kanunu'nun 1078. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, ikinci fıkrasının ikinci cümlesi ve üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır.

Madde 10a

(1) Nafaka işlerinde Avrupa Birliği Komisyonu'nun 18 Aralık 2008 (10.1.1009 tarihli Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi Sütun 7, s. 1) tarih ve 4/2009 sayılı Tüzüğü'ne göre danışma masrafları yardımının temini, söz konusu Tüzüğün 46. maddesi ile 47. maddesinin ikinci fıkrasına giren hallerde talepte bulunanın kişisel ve ekonomik durumundan bağımsız olarak gerçekleştirilir.

(2) Sınır aşan nafaka işlerine ilişkin olarak istenen danışma masrafi yardım talepleri için bu Kanunun 10. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, talepte bulunanın mutlak yerleşim yerinde bulunan Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin yargı çevresinde bulunan sulh hukuk mahkemesi yetkilidir. Ayrıntılı talep için bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde gösterilen mahkeme yetkilidir.

Madde 11

Adalet Bakanı, tüzükle prosedürün kolaylaştırılması ve yeknesaklaştırılması için Federal Konsey'in muvafakatiyle danışma masrafları yardımının temini ve danışma masrafları yardımının bitmesinden sonra vekâlet ücretinin ödenmesi talebi için formüler çıkarma ve bunların kullanılmasını emretme yetkisine sahiptir.

Madde 12

(1) Bremen ve Hamburg Eyaletleri kanunları aksini belirtmiş olmadıkça, kamusal hukuki danışmanlık hizmeti bu Kanunda düzenlenen danışma masrafları yardımı yerine geçer.

(2) Aksi Berlin Eyalet hukukunda düzenlenmiş olmadıkça, Berlin Eyaletinde hak arayan bu eyalette sunulan kamusal hukuki danışmanlık hizmeti ile bu Kanunda düzenlenmiş bulunan hukuki danışmanlık arasında seçim hakkında sahiptir.

(3) Mahkemenin yetkisini kullanan kamusal hukuki danışmanlık hizmeti verenler tıpkı atanmış avukat gibi sır saklamakla yükümlüdürler ve nasihat arayanın yazılı muvafakati ile dosyadan bilgi alabilir ve dosyayı inceleyebilirler.

Madde 13

Kanunun 9. maddesi, Avukatlar için Federal Ücret Tarife Yönetmeliği'nin 1 Temmuz 2004'ten önce geçerli olan şeklinin 61. maddesi kapsamında uygulanan haller için de uygulanabilir.

Madde 14 Yürürlük

Bu Kanun, 14. madde hariç, 1 Ocak 1981'de yürürlüğe girer. Kanunun 14. maddesi ilan edildiği gün yürürlüğe girer.

III. SONUÇ

Yukarıda da belirtildiği gibi hukukumuzda her ne kadar Adli Yardım Kurumu kabul edilmiş ise de bu kurum ile dar gelirlili (yoksul) vatandaşlara hukuki danışmanlık hizmetinden kaynaklanan masraflardan bir muafiyet getirilmemiştir. Bu itibarla kanımızca hukukumuz bakımından da böyle bir kanunun kabul edilmesi uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, b. 7, İstanbul 2009.
- ATALAY, Oğuz, *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1996.
- BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, b. 3, Ankara 1978.
- BULUT, Nihat, Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı, *Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE'ye Armağan*, İzmir 2001, s. 321-335.
- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, b. 5, Ankara 2009.
- GÖZE, Ayferi, *Liberal, Marxist, Faşit ve Sosyal Devlet*, b. 3, İstanbul 1995.
- KARA, Uğur, *Sosyal devletin yükselişi ve düşüşü*, b. 1, Ankara 2004.
- KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, b. 2, İstanbul 2011.
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, *Medenî Usul Hukuku*, 24. B., Ankara 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. B., Ankara 2013.
- POSTACIOĞLU, İlhan, *Medeni Usul Hukuku*, b. 6, İstanbul 1975.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *1982 anayasasına göre Türk anayasa hukuku*, b. 9, İstanbul 2009.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, b. 7, İstanbul 2000.

KISALTMALAR CETVELİ

AY	: Anayasa
B.	: Bası
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
m.	: madde
Nr.	: numara
s.	: sayfa
vd.	: ve devamı

TECHNOLOGY TRANSFER BLOCK EXEMPTION REGULATION (240/96) AND GUIDELINES IN TERMS OF HARD CORE AND EXCLUDED RESTRICTIONS

Gonca Gülfem BOZDAĞ*

ABSTRACT

Elements of intellectual property rights are used by several legal systems within their competition policies. In particular, they are regulated by competition law. License agreements, in which competition law and intellectual property law are applied together, have served to distribute technology by allowing intellectual property rights to be used by others. The framework for intellectual property rights licensing was arranged by the “Technology Transfer Block Exemption Regulation (240/96)” (TTBER) and also Guidelines regarding technology transfer agreements.

In this regard, an important issue should be analyzed; “how agreements between competitors and those between non-competitors are dealt with under the TTBER and Guidelines in terms of hard core and excluded restrictions?”

In this study, I would like to focus on the aforementioned question under TTBER and concerned Guidelines.

Keywords: *competition law, license agreement, regulation*

KARA LİSTE (HARD CORE) VE YASAK KISITLAMALAR (EXCLUDED RESTRICTION) AÇISINDAN TEKNOLOJİ TRANSFERİ HAKKINDAKİ GRUP MUAFİYETİ TÜZÜĞÜ (240/96) VE REHBER İLKELER

ÖZET

Fikri hakların unsurları, birçok hukuk sistemlerinde rekabet politikaları belirlenirken temel alınmıştır. Bu unsurlar, özellikle rekabet hukukunca düzenlenmektedir. Hem fikri haklar hukuku hem de rekabet hukukunun uygulandığı lisans anlaşmaları ise, fikri hakların başkaları tarafından kullanımına izin vererek teknolojinin yayılmasına hizmet eder. Lisans sözleşmelerinin çerçevesini belirleyen en önemli düzenlemeler, “Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkındaki Grup Muafiyeti Tüzüğü” (TTBER) ile teknoloji transfer sözleşmelerine ilişkin Rehber İlkelerdir.

Bu kapsamda, önemli bir hususun analiz edilmesi gerekir; “TTBER ve ilgili Rehber İlkeler uyarınca kara liste (hard core) ve yasak kısıtlamalar (excluded restriction) açısından rakipler ve rakip olmayanlar arasında nasıl anlaşmalar yapılır?”

* Dr., Hâkim, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, gonca.gulfem.yilmaz@adalet.gov.tr.

Bu çalışmada, TTBER ve ilgili Rehber İlkeler kapsamında yukarıda belirtilen soru cevaplanmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: rekabet hukuku, lisans sözleşmesi, tüzük

I- INTRODUCTION

Thanks to improvements focused on information and innovation in several sectors, development of technology has encouraged countries to prepare legislations in line with those developments influenced by their political and economical structures. License agreements, in which competition law and intellectual property law are applied together, have served to distribute technology by allowing intellectual property rights to be used by others, not only by their owners.

Several legal systems use elements of intellectual property rights (IPR) within their competition policies. In order to prevent misuse, they are regulated by competition law despite the prior existence of legislation concerning the exercise of those rights in intellectual property law¹.

The previous framework for IPR licensing was arranged by the Technology Transfer Block Exemption Regulation (240/96)². Regulation 772/2004 (TTBER), entered into force on 1 May 2004, is the third set of legislation regarding the application of Art. 81(3) of the Treaty to vertical agreements in terms of technology transfer from one party to another. Moreover, Guidelines on the application of Art. 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements was published to assist the practice³.

In this study, firstly, hardcore restrictions and excluded restrictions in terms of competitors and non-competitors under TTBER and Guidelines will be explained separately. Afterwards, those restrictions will be compared with regard to the provisions they have arranged.

¹ Anderman, D.S., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, (Oxford: Clarendon Press, 1998), p. 5

² Anderman S., 'EC Competition Law and Intellectual Property Rights In The New Economy', in *The Antitrust Bulletin*, pp.285-308, 2002, p. 305

³ Furse M., *Competition Law of The EC and UK*, 4th ed., (New York: Oxford University Press, 2004), p. 195

II- HARDCORE RESTRICTIONS

Obligations on hardcore restrictions are arranged in Article 4 of the TTBER. The standard formulation provides prevention on restriction of the ability of a party to determine its selling price, limitation of output under certain conditions and allocations of markets and customers⁴. “The hardcore restrictions have been drafted on the supposition that they are ‘almost always anti-competitive’”⁵.

If a technology transfer agreement includes a hardcore restriction, this means that the agreement concerned falls outside the scope of the block exemption as a whole. Taking into account the aims of the TTBER, hardcore restrictions and the rest of the agreement cannot be considered separately. Moreover, Article 4 determines hardcore restrictions for agreements in terms of competitors and non competitors separately⁶.

A- RESTRICTIONS ON AGREEMENTS BETWEEN COMPETITORS

The Regulation sets out hardcore restrictions between competitors under four main groups; price fixing, reciprocal output limitations, allocation of markets and restrictions on the ability of the licensee to carry out research and development and exploit its own technology⁷. The TTBER distinguishes between reciprocal agreements and non-reciprocal agreements in terms of hardcore restrictions for licensing between competitors. Those restrictions are more severe for reciprocal agreements than non-reciprocal agreements⁸.

According to Article 4(1)(a) of the Regulation, it is stated that Article 2 shall not apply to agreements which contain “the restriction of a party’s ability to determine its prices when selling products to third parties.”⁹ Price

⁴ Ibid, p. 197

⁵ Anderman S. and Schmidt H., ‘*EC Competition Policy and IPRs*’, The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy, ed. Steven D. Anderman, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) p. 90

⁶ Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements (2004/C 101/02), Office Journal of the European Union, 27.04.2004, paragraph 75-76.

⁷ Supra, fn. 5, p. 90

⁸ Supra, fn. 6, paragraph 78

⁹ Block exemptions are determined in many fields. For instance; not only in technology transfer agreements, but also in motor vehicle distribution and servicing agreements arranged in Regulation 1475/95. This Regulation states precise positive conditions and a list of circumstances fulfilled or practices which makes the regulation inapplicable. It does not contain a certain black list that removes agreement outside of the scope of block exemptions, but some

fixing can be implemented directly such as an agreement including either an exact price or a price list determining maximum rebates. In addition, it can be arranged indirectly, for instance with a clause such as ‘a decrease on product price under a certain level is to cause an increase on the royalty rate’. Even though an agreement contains a provision on the licensee to pay an exact minimum royalty, this does not mean price fixing which causes failing of the agreement is outside the scope of block exemption¹⁰.

Furthermore, it is clarified that the running payments of royalties are based on all product sales irrespective of whether the licensed technology is used or not. These kinds of provisions bring about severe restrictions in competition, since they increase the cost for the licensee in terms of using its own technology. On the other hand, it is extremely difficult or almost impossible to calculate the royalty payable by the licensee due to insufficient trace of licensor’s technology on the final product. Moreover, coordination of prices on a product market can be provided by cross licensing between competitors who run royalties on the licensed products. However, the Commission is to merely treat cross licensing with reciprocal running royalties for price fixing, in case of lack of pro-competitive aims in an agreement which leads to the establishment of sham licensing¹¹.

In article 4(1)(b), restrictions regarding reciprocal output of the parties are set out. This article does not apply to output limitations on the licensee in a non reciprocal agreement or output limitation on one of the licensees in a reciprocal agreement.

It is stated that “one-way restrictions are less likely to result in lower output and there is less risk of the licence being a sham: a cartel taking the form of licences to each others technology”¹².

The third hardcore restrictions are territorial and customer sales restrictions, with a list of exemptions arranged in Article 4(1)(c). It is hardcore

clauses and positive conditions can be assessed to exclude agreements from the exemption. Ritter L., Braun W.D. and Rowlinson F., *European Competition Law: A practitioner’s Guide*, 2nd ed., (The Hague: Kluwer Law International, 2000), p. 287-290

¹⁰ Supra, fn.6

¹¹ Kjoelbye L. and Peeperkorn L., ‘The New Technology Transfer Block Exemption Regulation and Guidelines’, in *European Competition Law Annual 2005: The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, ed. Ehlermann C.D. and Atanasiu I., (North America: Hart Publishing, 2007), p. 177

¹² Korah V., *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, (North America: Hart Publishing, 2006), p. 58

to allocate markets and customers in terms of licensing between competitors. The exceptions limit hardcore restrictions to exclusivity, territorial and customer sales restrictions between the parties in terms of reciprocal agreements and also active and passive sales restrictions between licensees. In view of exclusivity, there is a distinction between reciprocal and non reciprocal agreements. In a reciprocal agreement, competitors should not restrict each other concerning the place to produce or the place and person to sell. As to non-reciprocal agreements, exclusivity can be agreed by the licensor and the licensee and this agreement is covered by a block exemption as well as active and passive sales restrictions provided to protect the exclusive territory or customer groups reserved for the licensor and the licensee or both of them¹³.

Block exemption is applied to reciprocal and non-reciprocal agreements including technical field of use restrictions. The licensee can be limited only in the use of licensed technology, not in the use of its own technology. According to Article 4(1)(d), licensee and licensor cannot be restricted in the use of its own technology in a reciprocal agreement, whereas it can be restricted in terms of licensor in a nonreciprocal agreement in accordance with Article 4(1)(c)(ii). Moreover, sole licensing is not a hardcore restriction according to Article 4(1)(c)(iii) which does not contain any distinctions between reciprocal and non-reciprocal agreements. There is another exception to the hardcore restriction concerning active and passive sales. Active sales restrictions aim to protect the exclusive territory and customer group allocated by the licensor to another licensee in a non-reciprocal agreement, and also the protected licensee should not be a competitor undertaking of the licensor at the time of the conclusion of its own licence agreement¹⁴.

Captive use restrictions which are block exempted up to the maximum limits of market shares are set out in Article 4(1)(c)(vi). The captive use restriction permits the licensee to limit sales of the licensed product only for the repair or production of its own products and excludes the sale of a licensed product with a view to incorporate it into other producers' products¹⁵.

There is a specific exception to the hardcore list that allows the licensee to produce the contract product for and sell the contract product to a specific customer. Namely, it is a kind of exception to create an alternative source of supply for a particular customer¹⁶.

¹³ Supra, fn.11, p. 178-179

¹⁴ Supra, fn. 11, p. 180

¹⁵ Supra, fn. 12, p. 108

¹⁶ Supra, fn. 6, paragraph 93

The hardcore restriction regarding research and development of the parties is set out in Article 4(1)(d). The parties must be free to carry out their own research and development excluding the prevention of the disclosure of the licensed know-how to third parties.

B- RESTRICTIONS ON AGREEMENTS BETWEEN NON-COMPETITORS

The hardcore restrictions concerning agreements between non-competitors are more varied. Article 4(2) of the Regulation arranges hardcore restrictions including price fixing. Moreover, they extend to territorial restrictions and to active and passive sales' restrictions to end users and unauthorized distributors by a licensee¹⁷. The parties must be free to determine the prices of their own products produced with the licensed technology or another technology. In view of agreements between non-competitors, there are exceptions for price fixing such as imposing a maximum sale price or recommending a sale price, which are not hardcore restrictions¹⁸.

Hardcore restrictions on the licensee's passive sales of the contract products are set out in Article 4(2)(b). According to the Guidelines, the passive sales restrictions may emanate from direct obligations on the licensee. For instance, obligation not to sell to definite customers or forward orders from these customers to other licensees. Also, passive sales restrictions may emanate from indirect measures such as limiting sales. Limitation of output on a licensee cannot be considered as an indirect measure as such, but it can be when it is combined with an obligation to sell a minimum amount in the own territory of the licensee. Moreover, to distinguish royalties based on the destination of the products is another indirect way. It is stated that only passive sales restrictions on licensee are hardcore, whereas active sales restrictions on licensee are block exempted, except selective distribution and Article 4(2)(c). Also, all sales restrictions on the licensor are block exempted¹⁹.

A list of exceptions are declared in Article 4(2)(b) such as passive sale restrictions on licensees "into an exclusive territory or to an exclusive customer group reserved for the licensor." (Article 4(2)(b)(i)). The importance of protection regarding passive sales for licensees is accepted by the Commission with statements such as; "(I)t is unlikely that licensees would not

¹⁷ Supra, fn. 5, p. 91

¹⁸ Supra, fn. 11, p. 177

¹⁹ Ibid, p. 181-182

enter into the licence without protection for a certain period of time against passive (and active) sales into the exclusive territory of a licensee by other licensees”²⁰.

According to Article 4(2)(b)(ii), passive sales restrictions into an exclusive territory or customer group allocated by the licensor to another licensee are block exempted for the first two years. This period starts from the date on which the protected licensee first sells the products containing the licensed technology into his exclusive territory or his customer group²¹. It is considered that a two year period is sufficient for licensees to adapt the production process and challenge on equal terms with other licensees²².

Block exemption applies to agreements in which the licensee is required to produce products containing the licensed technology merely for captive use (Article 4(2)(b)(iii)) or to provide an alternative source of supply for a particular customer (Article 4(2)(b)(iv)).

Article 4(2)(b)(v) brings under the block exemption the obligation on the licensee not to sell to end users and thus to limit the sales activities of the licensee to the wholesale level of trade. Also, Article 4(2)(b)(vi) provides for the licensor to arrange a selective distribution system by forbidden members to sell to unauthorized distributors²³.

III- EXCLUDED RESTRICTIONS

There are four main groups of excluded restrictions designed by Article 5, which are not block exempted. Once an agreement includes any excluded restrictions, this does not prevent the block exemption being applied to the rest of the agreement on the contrary of the hardcore restrictions. This means the block exemption is applied only to the individual restriction which is involved in individual assessment²⁴.

Article 5(1)(a) and 5(1)(b) deal with exclusive grant backs and assignments to the licensor of the licensee’s own severable improvements, and new applications of the licensed technology. An improvement exploited without infringing the licensed technology is severable. In Article 5(1)(c),

²⁰ Supra, fn. 5, p. 91

²¹ Supra, fn. 6, paragraph 101

²² Supra, fn. 5, p. 91

²³ Supra, fn.11, p. 182

²⁴ Supra, fn.6, paragraph 107

non-challenge clauses are set out. The licensees are in the best position to determine validity of the intellectual property rights. Therefore, the block exemptions do not apply to obligations on the licensee not to challenge the validity of intellectual property rights. This is important to avoid distorted competition and to protect intellectual property rights. However, an obligation on the licensee regarding not to challenge the licensed know-how supports dissemination of new technology. Moreover, if there is a challenge of the licensed technology, the licensor may terminate the license agreement and this means that the licensee is in the same position as third parties²⁵.

Article 5(2) excludes from the scope of the block exemption, in the case of a vertical licensing relationship, obligations limiting the ability of the licensee to exploit his own technology or of the parties to the agreement to carry out research and development, if they do not indispensable to prevent the disclosure of licensed know-how to third parties²⁶.

IV- ASSESSMENT OF RESTRICTIONS BETWEEN COMPETITORS AND RESTRICTIONS BETWEEN NON-COMPETITORS

The hardcore restriction list determined in Article 4 of the TTBER has a few differences from the list in the 1996 which includes only seven black-listed restrictions. Currently, the hardcore restrictions are limited to price fixing, output limitation and market allocation, and do not extend to territorial and sale restrictions. These restrictions are invoked if they are so likely to promote anticompetitive harm that identified economic analysis of effects is involved²⁷.

As regards price fixing, licensor and licensee must be free to arrange the price of their own products between competitors and non-competitors. However there is an exception regarding non-competitors in terms of setting a maximum sale price and recommending a sale price between non-competitors. In a license agreement between non-competitors, a maximum or recommended price is not a hardcore restriction, if a recommended price or a maximum price does not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from the parties²⁸.

²⁵ Supra, fn. 11, p. 184-185

²⁶ Supra, fn. 5, p. 92

²⁷ Supra, fn. 5, p. 94-95

²⁸ Supra, fn. 11, p. 177.

Furthermore, limitation of output in an agreement between non-competitors is not a hardcore restriction, but it is set out in the hardcore list for agreements between competitors²⁹.

Another important difference between agreements between competitors and agreements between non-competitors is related to active sales and passive sales arrangements. For instance, Article 4(1)(c)(v), excludes the restriction from the hardcore provision with an exception. Active sales restrictions aim to protect the exclusive territory and customer group allocated by the licensor to another licensee in a non-reciprocal agreement provided the later was not a competing undertaking of the licensor at the time of the conclusion of its own licence agreement³⁰. “By allowing the licensor to grant a licensee, who was not already on the market, protection against active sales by licensees which are competitors of the licensor and which for that reason are already established on the market, such restrictions are likely to induce the licensee to exploit the licensed technology more efficiently”³¹.

However, in Article 4(2)(b)(ii) in terms of non-competitors, passive sales restrictions into an exclusive territory or customer group allocated by the licensor to another licensee are block exempted for the first two years. It is considered that a two year period is sufficient for licensees to get used to production process and challenge on equal terms with other licensees³².

“Article 4(2)(b) does not cover sales restrictions on the licensor. All sales restrictions on the licensor are block exempted up to the market share threshold of 30 %. The same applies to all restrictions on active sales by the licensee.” However, in Article 4(1)(c), there is no distinction between licensee and licensor for the allocation of markets or customers. Although “active and/or passive sales” is not explicitly expressed in Article 4(2)(b) (I), this is clarified in the Guideline as; “Restrictions on active and passive sales by licensees into an exclusive territory or to an exclusive customer group reserved for the licensor do not constitute hardcore restrictions of competition (cf. Article 4(2)(b)(i))”

On the other hand, hard core restrictions in Article 4(1)(c)(vi) and Article 4(2)(b)(iii) set out similar arrangements in terms of competitors and

²⁹ Ibid, p. 178.

³⁰ Ibid, p. 180

³¹ Supra, fn. 6, paragraph 89

³² Supra, fn. 5, p. 91

non-competitors as; “...producing the contract products only for its own use provided that the licensee is not restricted in selling the contract products actively and passively as spare parts for its own products”.

Also, Article 4(1)(c)(vii) for competitors and Article 4(2)(b)(iv) for noncompetitors contain a further exemption, namely producing a contract products only for a particular customer with a view to providing an alternative source of supply for that customer. The only difference concerning wording is “in a non-reciprocal agreement” stated in Article 4(1)(c)(vii) in terms of competing undertakings.

In view of restrictions on the use of own technology or to carry out research and development, which is set out in Article 4(2)(d), this only applies to agreements between competitors. However, the same restriction in terms of non-competitors is mentioned as an excluded restriction in Article 5. Therefore, once an agreement between non-competing undertakings has a provision regarding research and development, the block exemptions cannot apply to the rest of the agreement, unlikely hardcore restrictions³³.

V- CONCLUSION

Block exemptions have arisen for agreements in particular sectors. Once those agreements fulfill the conditions for the block exemptions, they are considered to be exempted from the competition rules. Currently, there are block exemptions in several sectors such as vertical agreements, motor vehicle distribution and technology transfer agreements³⁴.

It is accepted that block exemptions have an essential role in the enforcement of competition rules. Although a number of agreements, including provisions, may be anti-competitive, they are commercially necessary. Therefore, in different types of agreements, block exemption has been provided by the Member States. However, even if those agreements are exempted in some member states, they may infringe competition rules in other member states³⁵. As a result, harmonization of these rules has become important to the advantage of common single market and of technological development, thus the European Commission tries to continue to support its

³³ Supra, fn. 11, p. 182-183

³⁴ Holmes M. and Lesley D., A Partical Guide to National Competition Rules Across Europe, in International Competition Law Series, Volume 13, (Netherlands: Kluwer Law International, 2004), p. 7

³⁵ Ibid, p. 8

block exemption system, while individual exemptions are tried to be abolished at the European level.

Consequently, thanks to the modernization reform, a careful and more enlightened distinction has been defined between agreements between competitors and agreements between non-competitors³⁶. This distinction influences certain types such as technology transfer agreements as a whole. In particular, hardcore restrictions and excluded restrictions, which are important for the exercise of block exemption, cover varied distinctions in agreements in terms of competitors and noncompetitors. Therefore, it is necessary to determine differences and similarities explicitly in order to apply the competition rules in respect of block exemptions successfully.

BIBLIOGRAPHY

Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements (2004/C 101/02), Office Journal of the European Union, 27.04.2004

L. Kjoelbye and L. Peeperkorn, 'The New Technology Transfer Block Exemption Regulation and Guidelines', in *European Competition Law Annual 2005: The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, ed. Ehlermann C.D. and Atanasiu I., (North America: Hart Publishing, 2007)

L. Ritter, W.D. Braun and F. Rowlinson, *European Competition Law: A practitioner's Guide*, 2nd ed., (The Hague: Kluwer Law International, 2000)

M. Furse, *Competition Law of The EC and UK*, 4th ed., (New York: Oxford University Press, 2004)

M. Holmes and D. Lesley, *A Partical Guide to National Competition Rules Across Europe*, in *International Competition Law Series*, Volume 13, (Netherlands: Kluwer Law International, 2004)

S. Anderman and H. Schmidt, 'EC Competition Policy and IPRs', *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, ed. Steven D. Anderman, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007)

³⁶ Supra, fn. 5, p. 92-93

S. Anderman, 'EC Competition Law and Intellectual Property Rights In The New Economy', in The Antitrust Bulletin, pp.285-308, 2002

S. Anderman, EC Competition Law and Intellectual Property Rights, (Oxford: Clarendon Press. 1998)

V. Korah, Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules, (North America: Hart Publishing, 2006)

MUTLAK YARGI BAĞIŞIKLIĞINDAN SINIRLI YARGI BAĞIŞIKLIĞINA GEÇİŞ TRENDİ, İŞ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA YARGI BAĞIŞIKLIĞI VE ÜLKEMİZDEKİ DURUM

Yasir GÖKÇE*

ÖZET

Eşitin eşit üzerinde egemen yetkiler kullanamayacağı, dolayısıyla eşitin, eşiti yargılayamayacağı ilkeleri üzerine müesses, uluslararası kamu hukukunun kabul görmüş ilk kurallarından olan devletlerin yargı bağışıklığı kuralı Fransız Yargıtayı'nın 1849'da verdiği Casaux kararı ile devletler için mutlak bir şekilde yorumlanmış, ancak hukuk devleti, birey hakları, işçi hakları, ticari kaygılar, ithalat-ihracat yoğunluğu gibi hususlar göz önünde bulundurulurken sözkonusu kural, devletlerin egemen yetkiler kullanmadıkları ticari-endüstriyel faaliyetleri ve özel hukuk işlemlerine teşmil edilmemeye ve böylelikle sınırlı yargı bağışıklığına geçilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, kimi ülkeler bundan böyle sınırlı yargı bağışıklığının benimsendiğine ilişkin politika belirleyici belgeler düzenlerken, diğer ülkeler sözkonusu ilkeye, mahkemelerinin kesin yargı bağışıklığının terk edildiği ve sınırlı bağışıklığın uygulanması gerektiği sonucuna varan kararları vasıtasıyla geçmişlerdir. Sınırlı yargı bağışıklığının irdelendiği bu çalışmada öncelikle 19. yüzyıldan günümüze yargı bağışıklığına ilişkin ülke bazlı tutum ve trendlere yer verilmiş, yargı bağışıklığına dair emsal bir takım yabancı mahkeme kararları ve uluslararası mahkeme kararlarına değinilmiş ve ülkemizin yargı bağışıklığına ilişkin yaklaşımları ile güncel tutumu incelenmiştir. Buna ilaveten, makalenin sonunda özellikle yabancı mahkemelere ülkemiz aleyhine getirilen iş uyuşmazlıklarında ülkemizin benimsemesi gereken tutum ve ileri sürülebilecek yasal argümanlar işlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Devletlerin yargı bağışıklığı, kesin yargı bağışıklığı, sınırlı yargı bağışıklığı, Casaux kararı, uluslararası teamül normu.

TRANSITION TREND FROM ABSOLUTE SOVEREIGN IMMUNITY TO RESTRICTIVE SOVEREIGN IMMUNITY, SOVEREIGN IMMUNITY IN DISPUTES STEMMING FROM LABOR LAW AND THE SITUATION IN TURKEY

ABSTRACT

Sovereign immunity among which is first commonly accepted rules of public international law and which is based upon the principles of that an equal cannot

* T.C. Dışişleri Bakanlığı İkinci Kâtibi. Ankara Üniversitesi Avrupa Birliği Hukuku Programı yüksek lisans mezunu. Makalede yer alan tespit ve değerlendirmeler yazarın şahsi görüşleri olup, mensubu bulunduğu T.C. Dışişleri Bakanlığı'nı bağlamamaktadır. Yazara 'gokceyasir@gmail.com' e-posta adresinden ulaşılabilir.

exercise sovereign powers on another equal and thereby cannot judge it, was at first absolutely interpreted in the strict sense by French Court de Cassation's notorious Casaux decision in 1849; however, having considered the issues such as rule of law, individual rights, labor rights, commercial concerns, export-import volume etc., that rule had not been extended to the commercial-industrial and private law actions or transactions of which states did not exercise sovereign powers and thereby the process for adopting the notion of restrictive state immunity was launched. In this regard, states have adopted the notion of restrictive state immunity through either issuing policy determining documents on the subject matter or instantiating the verdicts of its domestic courts determining that the notion of restrictive state immunity should be embraced and implemented. In this article scrutinizing the restrictive sovereign immunity, the attitudes and trends as to sovereign immunity since 19th century until today are given a place, some foreign domestic and international courts' precedent decisions regarding sovereign immunity are analyzed and the actual and recent attitudinal approach of Turkey as to the subject matter is also examined. Besides, the principles and methods that should be adopted and the legal arguments that should be set forth in labor disputes brought against Turkey to foreign courts are treated at the end of the article.

Keywords: *Sovereign immunity, absolute state immunity, restrictive state immunity, Casaux decision, customary international law.*

1. Giriş

Devletlerin yargı bağımsızlığı, “devletlerin egemen eşitliği” temel varsayımından hareketle, bir devletin tüzel kişiliğinin başka bir devlet mahkemesi önünde yargılanamaması ilkesini ifade eder.¹ Eşitin, eşit üzerinde egemenliğinin olamayacağı, dolayısıyla eşitin, eşit üzerinde yargı yetkisinin de bulunmaması gerektiği esasları üzerine bina edilen ve uluslararası kamu hukukunun kabul görmüş ilk kurallarından olan bu ilke Fransız Yargıtayı'nın 1849'da verdiği *Casaux kararı*² ve İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin 1879'da verdiği *The Parliament Belge kararının*³ da içinde bulunduğu birtakım yargı kararları ile de teyid edilmiştir. Söz konusu mahkeme kararlarında devletlerin yargı bağımsızlığı anlayışı, devletin egemen yetkiler kullandığına ve devletin tasarruflarının egemen yetki ve gücünün tezahürü olduğuna dayandırılmakta, devletin eylem ve işlem şeklinde kendini gösteren tasarruflarına karşı yargı

¹ AYBAY, s.109.

² *Gouvernement Espagnol v Casaux*, (1849).

³ *The Parlement Belge*, (1879).

yetkisi kullanmanın, egemen sıfatı aleyhine yargı yetkisinin kullanılmış olacağı önkabulü üzerine oturtulmaktadır.⁴ Nitekim, İngiltere Yüksek Mahkemesi anılan kararında devletlerin yargı bağımsızlığı kuralını şu şekilde detaylandırmaktadır:

“Her egemen devletin mutlak bağımsızlığının bulunduğundan dolayı, hiçbir ülke diğer bir egemen ülkenin büyükelçisi dahil egemen yetkiler kullanan görevlisi, kamusal amaç için tahsis edilmiş bir kamu malı veya büyükelçiye ait bir mal üzerinde, sözkonusu kişi ve mallar yargı yetkisinin kullanıldığı sınırlar içerisinde bulunsa dahi, mahkemeleri aracılığıyla yargı yetkisini icra edemez.”⁵

Yukarıdaki mahkeme kararlarında kabul edilen kesin yargı bağımsızlığı anlayışının, devletin egemen yetkiler kullanmaksızın ticari-endüstriyel faaliyetleri ve özel hukuk işlemlerinin de bulunduğu gerçeği göz önünde bulundurularak, devletin egemen statüsüne ilişkin katı bir yorum olduğu ve devletin devlet olarak giriştiği işlem ve eylemleri ile özel hukuk muamelelerinin ayırt edilmesi gerektiği öngörülmeye başlanmış, sonuç olarak devletler tarafından “kesin yargı bağımsızlığı” ilkesine karşı “sınırlı yargı bağımsızlığı” ilkesinin benimsenmesi yoluna gidilmiştir.⁶ Bu anlayışa göre, devletlerin egemen yetkileri kullanmak suretiyle giriştiği tasarrufları yargı bağımsızlığına tabi olacak, ancak özel hukuktan kaynaklanan bir takım eylem ve işlemleri ise yargı bağımsızlığından yararlanamayacaktır.⁷

Özellikle 21. yüzyılın başlarında gittikçe demokratikleşen ülkelerde hukuk devleti ve birey hakları kavramlarının ön plana çıkmasıyla, sözkonusu devletlerin diğer bir devletin işlem ya da eylemlerinden dolayı zarar gören vatandaşlarının haklarını koruma ve bahsekonu işlem ve eylemleri yargısal olarak denetlenebilir kılma hassasiyeti de sınırlı yargı bağımsızlığı ilkesinin sözkonusu devletlerce benimsenmesinde etkili olmuştur.⁸ Bunun aksine, yurtdışında yoğun bir şekilde ticari faaliyet yürüten ülkeler, ticari faaliyet yürüttükleri ülkelere veya bu ülke vatandaşlarınca dava edilme riskini azaltmak adına kesin yargı bağımsızlığı anlayışında ısrar etmişlerdir.⁹

⁴ FOX, WEBB, s.25-26.

⁵ *The Parlement Belge*, (1879), para.155.

⁶ BANKAS, s.71-73.

⁷ AYBAY, DARDAĞAN, s. 86.

⁸ Bireysel haklar konusunda ülkesel tutum ve ticari kaygılar ile sınırlı yargı bağımsızlığına ilişkin tutum arasındaki ilişki için *bkz.* VERDIER, VOETEN, (2013).

⁹ VERDIER, VOETEN, s.3.

Ülkelerdeki demokratikleşme ivmesine paralel olarak işçi haklarının gelişimi sözkonusu ülkelerdeki iş hukuku düzenlemelerine yansımış ve sözkonusu ülkelere iş hukukuna ilişkin pek çok husus o ülkenin kamu düzeninden sayılmaya başlanmış ve ülkeler işçi lehine olan kendi iş hukuku düzenlemelerini uygulama yönünde bir tutum benimsemişlerdir.¹⁰ Bu gelişmelerin ışığında, yabancı devlet ile olan ve iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda ülkeler yabancı ülkenin yargı bağışıklığını sınırlayıcı bir yaklaşım benimsemişlerdir.¹¹ Bu çerçevede, sözkonusu uyuşmazlıklarda ülkeler uyuşmazlığın tarafı olan ve hakkı ihlal edilen işçi ya da sözleşmeli personelin diplomatik veya konsüler statüsü, vatandaşlığı, ikamet durumu ve uyuşmazlık konusu gibi hususlara bakarak uyuşmazlığın diğer tarafı olan devletin yargı bağışıklığının kapsamına karar vermektedir.

Sınırlı yargı bağışıklığının irdelendiği bu çalışmada öncelikle 19. yüzyıldan günümüze yargı bağışıklığına ilişkin ülke bazlı tutum ve trendlere yer verilmiş, yargı bağışıklığına dair emsal bir takım yabancı mahkeme kararları ve uluslararası mahkeme kararlarına değinilmiş ve ülkemizin yargı bağışıklığına ilişkin yaklaşımları ile güncel tutumu incelenmiştir. Buna ilaveten, makalenin sonunda özellikle yabancı mahkemelere ülkemiz aleyhine getirilen iş uyuşmazlıklarında ülkemizin benimsemesi gereken tutum ve ileri sürülebilecek yasal argümanlar işlenmiştir.

2. 19. Yüzyıldan Günümüze Devletlerin Yargı Bağışıklığı

Devletlerin yargı bağışıklığı, “devletlerin egemen eşitliği” temel varsayımından hareketle, bir devletin tüzel kişiliğinin başka bir devlet mahkemesi önünde yargılanamaması ilkesini ifade eder.¹² 1849 yılında İspanya aleyhine açılmış bir davada¹³ Fransız Yargıtayınca temel bir uluslararası hukuk ilkesi olarak tanımlanan ve İngiltere Yüksek Mahkemesi’nin 1879’da verdiği *The Parlement Belge kararında*¹⁴ teyid edilen bu ilke, varlığını günümüzde uluslararası teamül normu olarak korumakta olup, son çeyrek yüzyılda birtakım uluslararası metinlerde kodifiye edilmiştir.

Devletlerin mutlak anlamda yargı bağışıklığının olduğunu savunan 19. yüzyılın ortalarında verilmiş sözkonusu kararlarda benimsenen kesin ve katı tutum, 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında terk edilmeye başlanmış,

¹⁰ BANKAS, s.353.

¹¹ BABU, s.6.

¹² AYBAY, s.109.

¹³ *Gouvernement Espagnol v Casaux*, (1849).

¹⁴ *The Parlement Belge*, (1879).

devletlerin devlet olarak giriştiği eylem ve işlemleri ile ticari-endüstriyel faaliyetleri ve özel hukuk işlemleri arasında ayırım yapılmaya başlanmış ve böylece “devletlerin kesin bağımsızlığı” anlayışına karşı “devletlerin sınırlı bağımsızlığı” kavramı ortaya çıkmıştır.¹⁵ Böylelikle devletler ve devlet iştirakleri, taraf oldukları özel hukuk sözleşmelerini ihlal ettikleri gerekçesiyle yabancı mahkemelerde yargılanmaya başlamışlardır. Bu sonucun ortaya çıkmasında, devletlerin kendi vatandaşlarını, yabancı bir devlet aleyhine yasal bir girişimde bulunmak istediklerinde başvurabilecekleri bir merciden yoksun bırakmanın getireceği ekonomik ve siyasi maliyetler etkili olmuştur.¹⁶ Buna ilaveten, devletlerin kesin bağımsızlık ilkesini terk edip sınırlı bağımsızlık ilkesini uluslararası teamül hukuku olarak benimsemesinde diğer ülkelerin bu konudaki tutumları, ülkelerin yurtdışına ihracat yoğunlukları, ülkelerin kendi sınırları dahilindeki yabancı ekonomik faaliyetlerin yoğunluğu da etkili olmuştur.¹⁷

Ülkelerin ‘devletlerin kesin bağımsızlığı’ ilkesinden vazgeçip, ‘sınırlı bağımsızlık ilkesini’ ulusal ve uluslararası düzeyde benimsemeleri farklı tarihlerde ve yöntemlerle gerçekleşmiştir. Ülkeler tutarlı ve istikrarlı bir şekilde ulusal makamlarına yönlendirici Tebliğ/Genelge/Sirküler göndermek, bir konuda bir yasa çıkarmak veya bir kuralın bağlayıcı olduğu yönünde yetkili kişiler vasıtasıyla beyanat vermek suretiyle, sözkonusu kuralı yeni bir uluslararası hukuk teamül normu olarak benimseyebilir.¹⁸ Bunun yanı sıra, yerel mahkemeler yürütmenin yönlendirmesi olmaksızın, yabancı mahkeme kararlarını veya yabancı devlet uygulamalarını takip ederek bir uluslararası teamül normunun artık değiştiğine ve yeni uluslararası teamül hukukunun benimsenmesi gerektiğine hükmedebilir.¹⁹ Nitekim aşağıdaki örneklerde de görüleceği üzere, kimi ülkeler bundan böyle sınırlı yargı bağımsızlığının benimsendiğine ilişkin politika belirleyici belgeler düzenlerken, diğer ülkeler sözkonusu ilkeye, mahkemelerinin kesin yargı bağımsızlığının terk edildiği ve sınırlı bağımsızlığın uygulanması gerektiği sonucuna varan kararları vasıtasıyla geçmişlerdir.

19. yüzyıl sonları, ABD, Fransa, İngiltere, Almanya, Japonya, Çin, Avusturya gibi zamanın güçlü devletlerinin “devletlerin kesin bağımsızlığı” ilkesini kendileri için bağlayıcı bir uluslararası hukuk kuralı olarak gördükleri

¹⁵ BANKAS, s.72.

¹⁶ VERDIER, VOETEN, s.3.

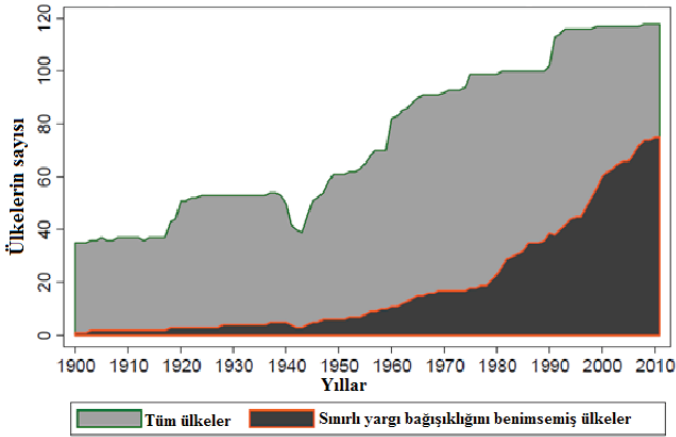
¹⁷ *Ibid.*, s.1

¹⁸ London Conference 2000, Committee on Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, s.20-28

¹⁹ *Ibid.*, s.6

bir dönemdir.²⁰ Ancak aynı dönemde kimi devletler bu ilkeyi terk etmiş ve devletlerin sınırlı bağışıklığını temel uluslararası hukuk teamülü olarak uygulamaya başlamışlardır. Bunun ilk örneği 1903'te Belçika Medeni Mahkemesi'nin yerel bir şirketin Hollanda aleyhine dava açmasına izin vermesidir ki bu tarihten itibaren Belçika sınırlı bağışıklık ilkesini uygulamayı bırakmamıştır. Belçika haricinde sınırlı bağışıklık ilkesini İtalya 1886'da, İsviçre 1918'de, Mısır 1920'de, Yunanistan 1928'de, Hollanda ise 1947'de benimsemiştir. Ayrıca 1873 yılında Belçika'da kurulmuş olan Institut de Droit International ve Harvard Uluslararası Hukuk Araştırma Merkezi gibi akademik kurumlar da aynı dönemde devletlerin sınırlı bağışıklığı ilkesinin savunucularıdır.²¹ II. Dünya Savaşı'nın öncesinde azınlıkta olan bu devlet ve kesimlerin savunduğu sınırlı bağışıklık doktrini, II. Dünya Savaşı sonrasında rağbet görmeye başlamış ve ABD Dışişleri Bakanlığı'nın sınırlı bağışıklık ilkesini benimsediğine ilişkin 1952'de yayınladığı Mektup/(Tate Letter)²², uluslararası toplum için dönüm noktası olmuştur. Devam eden yıllarda, ABD Mahkemeleri verdiği kararlarda ABD Dışişleri Bakanlığı'nın yayınladığı anılan yönergeyi gözetmiş ve nihayet 1976'da devletlerin sınırlı bağışıklığı ilkesinin ulusal düzeyde kodifiye edildiği Yabancı Devletlerin Bağışıklıkları Yasası²³ (Foreign Sovereign Immunities Act) kabul edilmiştir.

SINIRLI YARGI BAĞIŞIKLIĞI UYGULAMASINDAKİ YÜKSELİŞ



Tablo için bkz. Verdier P.H., Voeten E., *op.cit.*, s.11.

²⁰ FOX, WEBB, s.31-33.

²¹ VERDIER, VOETEN, s.10-11.

²² FOX, WEBB, s.142; KINGSBURY, s.4.

²³ *United States: Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* [October 21, 1976], 90 STAT. 2891 Public Law 94-583, 94th Congress, http://archive.usun.state.gov/hc_docs/hc_law_94_583.html

II. Dünya Savaşı sonrası dönemde, devletlerin bağımsızlığı doktrinindeki sözkonusu değişimleri takip eden Hollanda, Avusturya, Almanya ve Fransa gibi kimi ülkelerin mahkemeleri devletlerin sınırlı bağımsızlığı ilkesini gözetken kararlar vermişlerdir. İngiltere ve Commonwealth ülkeleri ise, İngiltere Temyiz Mahkemesi'nin Nijerya'nın sınırlı yargı bağımsızlığının olduğu sonucuna varan 1977'deki kararına²⁴ ve 1978'de Devletlerin Bağımsızlığı Yasası'nın (State Immunity Act) kabul edilmesine kadar devletlerin kesin bağımsızlığı ilkesini takip etmişlerdir.²⁵ Devletlerin kesin bağımsızlığı ilkesinden sınırlı bağımsızlık ilkesine geçiş trendi, tabloda da görüldüğü üzere, 1980-2000 yılları arasında hızlı bir artış göstermiş ve günümüzde analize tabi tutulan 118 ülkenin 75'inin sınırlı yargı bağımsızlığı doktrinini benimsediği sonucuna varılmıştır.²⁶

Devletlerin yargı bağımsızlığına ilişkin ülkelerin yukarıda açıklanan münhasır tutumlarının, sınırlı yargı bağımsızlığını uluslararası teamül hukuku haline getirdiği açıktır. Buna ilaveten, 1972 tarihli Devletlerin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi²⁷ ve 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler (BM) Sözleşmesi²⁸ teamül hukuku olarak benimsenen sözkonusu ilkeyi kodifiye etmektedir.

1972 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi genelde devletlerin yargı bağımsızlığını oldukça sınırlayan bir yaklaşım benimsemiştir. Sözleşmeye göre, bir devletin, kabul eden devletin vatandaşı veya burada mukim olan bir kişiyle akdettiği iş sözleşmesi ile ilgili konularda, kabul eden devletin mahkemeleri önünde yargı bağımsızlığı bulunmamaktadır.²⁹ Ancak, yine sözleşmeye göre, uyuşmazlık konusu, iç hukuku uyarınca kabul eden devletin münhasır yetkisine giriyorsa, iş akdinde aksine bir hüküm dahi olsa, yabancı devletin sözkonusu iş akdinden dolayı yargı bağımsızlığı bulunmamaktadır.³⁰

2004 tarihli BM sözleşmesi ise, genel olarak yabancı devletlerin yargı bağımsızlığını daha fazla muhafaza eden bir yaklaşım benimsemektedir.

²⁴ *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, (1977)

²⁵ 1978 İngiltere Devletlerin Bağımsızlığı Yasası'nın karşılaştırmalı bir analizi için *bkz.* REED, 1979.

²⁶ VERDIER, VOETEN, s.11.

²⁷ European Covention on State Immunities, European Treaty Series - No. 74, Basle, 16.V.1972.

²⁸ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, General Assembly resolution 59/38, annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49).

²⁹ European Covention on State Immunities, md.5/2(a) ve (b).

³⁰ European Covention on State Immunities, md.5/2(c).

Anılan Sözleşme de kural olarak, normal şartlarda kabul eden devletin mahkemelerinin yetkili olduğu ve kabul eden devletin ülkesinde ifa edilen bir iş akdinden doğan uyuşmazlıklarda, yabancı devletin kabul eden devlet mahkemeleri önünde yargı bağışıklığı ileri süremeyeceğini belirtmekte,³¹ ancak bu kurala detayına aşağıda yer verilecek belirli istisnalar getirmektedir.

3. Sınırlı Yargı Bağışıklığı Doktrinine İlişkin Yabancı Mahkeme İçtihatları

Sınırlı yargı bağışıklığını benimsemiş ülke mahkemelerince verilmiş bazı kararları incelemek, ülkelerin sözkonusu ilkeye yaklaşımları ile ilkeyi nasıl yorumladıkları ve uyguladıkları konusunda güncel bilgi edinmek adına meseleye ışık tutacaktır. İçtihatlarıyla Avrupa Birliği üyesi ülke mahkemelerinin yaklaşımlarına yer veren, bu mahkemeleri yönlendiren ve yol gösteren Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) konuya ilişkin tutumu, özel hukuk işlemlerinde ve iş akdinden kaynaklan uyuşmazlıklarda devletlerin yargı bağışıklığı itirazı dermeyan edemeyecekleri yönündedir.

Cezayir'in Berlin Büyükelçiliğinde şoför olarak çalışan, Alman ve Cezayir vatandaşlığını haiz Mahamdia'nın fazla çalışmaktan kaynaklanan ek mesai ücreti ödenmesi ve sonradan görevine son verilmesi gerekçesiyle işe iade talebiyle Berlin İş Mahkemesi'nde Cezayir aleyhine açmış olduğu davada anılan mahkeme, adigeçenin görevinin Büyükelçiliğin diplomatik faaliyetleriyle ilişkili olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Bunun üzerine, Mahamdia sözkonusu kararı Berlin Yüksek İş Mahkemesi nezdinde temyiz etmiş; Berlin Yüksek İş Mahkemesi Almanya Federal İş Mahkemesinin konuya dair yerleşik içtihatlarına³² atıfla, bir Büyükelçilik ile personel arasında iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda, personelin görev kapsamındaki faaliyetlerinin yabancı devletin egemen yetkilerinin kullanımını teşkil etmemesi şartıyla Alman mahkemelerinin yetkili olacağını belirtmiştir. Berlin Yüksek İş Mahkemesi Büyükelçiliğin 2011/44 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü kapsamında bir işyeri olup olmadığı, dolayısıyla Alman mahkemelerinin yargılama yetkisinin bulunup bulunmadığı sorusunu ön karar başvurusu yoluyla ABAD'a sormuş, Divan yargı bağışıklığının uluslararası teamül normu olduğunu, ancak egemen gücün kullanımı kapsamında sayılamayacak *iure gestionis* karakterli tasarrufların yargı bağışıklığı kapsamında

³¹ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, md. 11.

³² Bkz. Bundesarbeitsgericht (Almanya Federal İş Mahkemesi), BAG, Urteil vom 1. 7. 2010 - 2 AZR 270/09 (lexetius.com/2010,4693, erişim 18 Aralık 2013); vgl. Einzelnachweise bei BAGv. 1.7.2010- 2 AZR 270/09, Rz. 13.

olmayacağını belirterek, egemen yetkiler kullanmayan bir personelin iş akdinden doğan uyuşmazlıklarda Büyükelçiliğin 2011/44 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü kapsamında işyeri sayılacağına ve personelin egemen yetki kullanıp kullanmadığına ilişkin tespitin yerel mahkemelerce yapılması gerektiğine karar vermiştir.³³

Yine, kavas olarak görev yapan Köln Başkonsolosluğumuz eski personeli Hatice Demirel'in ülkemize ve Köln Başkonsolosluğumuza karşı Alman mahkemelerinde açtığı davada Köln İş Mahkemesi, devletlerin mülki görev ve faaliyetlerinin başka bir devletin yargısına tabi tutulmaması gerektiği, aksi takdirde yabancı mahkemeler tarafından mülki işlemler konusunda yapılacak hukuki bir denetimin Büyükelçilik veya Başkonsolosluğun görevlerini yerine getirmesine halel getireceğini ortaya koyduktan sonra; davacının görevi gereği Türk vatandaşlarının kişisel bilgilerine ulaşabildiği, bunlarla ilgili belgelerin düzenlenmesine ve imzalanmasına katıldığı, kurumsal bir e-posta adresine sahip olduğu, huzurevi ve cezaevleri ziyaretleri gerçekleştirdiği ve vatandaşların şikayetlerini dinlediğinden yola çıkarak yaptığı işin mülki olarak nitelendirilmesi gerektiğine, bu cihetle Alman mahkemelerinin bu davada yargı yetkisinin olmadığına hükmetmiştir.³⁴

Keza ABD'nin Toronto Başkonsolosluğunda 12 yıldır çalışan birinin, muhasebe hataları ve izinsiz işe gelmeme gerekçeleriyle işine son verilmesi işlemine karşı Kanada İş Mahkemesinde açtığı davada Mahkeme ABD'nin yargı bağımsızlığı itirazını, uyuşmazlık konusu fiilin ABD'nin devletsel ve egemen yetkilerini kullandığı bir eylemini değil, ticari faaliyetleri kapsamında bir eylemini teşkil ettiği gerekçesiyle reddetmiştir.³⁵

Yine, ABD'nin Londra Büyükelçiliği'nde çalışan bir personelin işten çıkarılması gerekçesiyle İngiltere mahkemelerinde açtığı tazminat davasında, mahkeme işin esasına girmiş ve ABD'yi haksız bulmuştur. Eski personelin önceki mahkeme kararı uyarınca eski işine geri dönme talebi ABD makamlarınca reddedilmiş ve eski personel bu ret işlemine karşı yine İngiltere Mahkemelerinde dava açmıştır. Açılan bu davada Mahkeme'nin ABD'nin yargı bağımsızlığı itirazını haklı bulması üzerine eski personel, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde İngiltere'ye dava açmıştır. Bu dava da AİHM "Bir kimsenin Dış Misyonda işe alınması ya da işe iade edilmesi

³³ *Ahmed Mahamdia v Algeria*, (2012).

³⁴ *Arbeitsgericht Köln (Köln İş Mahkemesi), Demirel v. Türkei*, (2012).

³⁵ *Zakhary v United States of America*, (2013).

konusunda Devletlerin sahip olduğu bağışıklığa hanel getiren bir uluslararası norm ya da trendin olmadığı” gerekçesiyle davayı reddetmiştir.³⁶

Buna ilaveten, davacı Ali Akbar ile Birleşik Arap Emirlikleri (BAE) arasındaki ticari bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta Hindistan Yüksek Mahkemesi, BAE’nin kesin yargı bağışıklığı olduğu savunmasını reddetmiş ve ülkesinde ticari zarara uğramış kişinin başvurabileceği yasal bir yolun olması gerektiği gerekçesine başvurmuştur.³⁷

Son olarak, görevine 2007 yılında son verilen ülkemizin Zagreb Büyükelçiliği eski personeli Leila Husein’in işe iade talebiyle ülkemiz ve Büyükelçiliğimiz aleyhine Hırvatistan İş Mahkemelerinde açtığı davada gerek Zagreb Belediyesi İş Mahkemesi gerek Yüksek Mahkeme, personelin yabancı bir devletin Büyükelçiliğinde işe iade edilmesi konulu bir karar tesis etmenin sakıncalarını göz önünde bulundurmuş olsa gerek ki ülkemizi sadece adigeçene tazminat ve yoksun kaldığı mali hakları ödemeye mahkum etmiştir. □ Sonuç olarak, sözkonusu kararlardan yabancı mahkemelerin devletlerin yargı bağışıklığı konusunda tutarlı içtihatlar vermeye başladıkları, belli ilkesel tutum içerisinde kesin yargı bağışıklığı ile sınırlı yargı bağışıklığı arasındaki çizgiyi netleştirme yoluna gittikleri ve ticari ilişki, iş ilişkisi gibi belli özel hukuk tasarruflarında sınırlı yargı bağışıklığı ilkesini benimseme sonucuna vardıkları gözlemlenmektedir.

4. Düünden Bugüne Ülkemizin Yargı Bağışıklığı Uygulamaları

Ülkemizin devletlerin yargı bağışıklığı konusundaki tutumuna gelince; ülkemiz 1982 yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un - mülga (MÖHUK) yürürlüğe girmesine kadar devletlerin kesin yargı bağışıklığı ilkesini savunmaktaydı. Yargıtay 1968 tarihinde verdiği bir kararında³⁸ devletlerin kesin yargı bağışıklığı ilkesini şu hükümle teyid etmektedir:

“Dava, davalı Amerika Birleşik Devletleri ile yapılan istisna aktinden (yapıt sözleşmesinden) doğma bir tazminat isteğinden ibarettir. Yabancı bir devletin, Türk mahkemelerinde muhakeme edilmesi, arada sarıh bir anlaşma varsa buna, bu yoksa yabancı devletin sarıh muvafakatına, bu da bulunmadığı takdirde devletler hukuku ilkelerine tabidir Siyasi hakimiyetle sınırlı ve ona ilişkin kaza (yargı) yetkisinin diğer bir devlete teşmili mümkün

³⁶ *Fogarty v. United Kingdom*, (2001).

³⁷ *Mirza Ali Akbar Kashani v. United Arab Republic and Another*; (1966).

³⁸ Yargıtay Ticaret Dairesi’nin, 16 Şubat 1968 tarihli, E.1966/630,K.1968/921 sayılı kararı.

bulunmadığından, davanın bu yönden reddi, usul ve kanuna ve Devletler Hukuku ilkelerine uygundur."³⁹

1982 yılında yürürlüğe giren MÖHUK'un (mülga) konuya ilişkin 33. maddesi⁴⁰ yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyumsuzluklarda yargı muafiyeti tanınmayacağını öngörmüş, yabancı devletin egemen durumundan kaynaklanan eylem veya işlemleri ile özel hukuktan kaynaklanan eylem ve işlemlerini ayırt etmiş, böylece ilgili dönemde pek çok devlet tarafından benimsenmiş olan sınırlı bağışıklık ilkesine geçilmiştir.

Nitekim, anılan Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay 1989 yılında verdiği bir kararında⁴¹ kira sözleşmesi gibi bir özel hukuk işleminden kaynaklanan uyumsuzlukta ABD'nin yargı bağışıklığını kabul etmemiştir. Yine Yargıtay 2006 yılında verdiği bir kararında,⁴² davacıdan vizenin geri alınması işleminin uygulanışı ve davacının ABD'ye girişinin devlet yetkililerince engellenişi sırasında davacıya uygulanan "muamele"yi bir "haksız (eylem) fiil" olarak değerlendirmiş ve ABD'nin yargı bağışıklığı itirazını haksız bulmuştur. Yine Yargıtay 2009 tarihli bir kararında⁴³ kira sözleşmesinde kaynaklanan alacak ve hor kullanma tazminatı talebiyle ABD Hükümeti aleyhine dava açan kiralayanı haklı bulmuş, yabancı devlet ile kiralayan arasında Özel Hukuk hükümlerine tabi bir kira sözleşmesinden doğan uyumsuzlukta ABD'nin yargı bağışıklığının bulunmadığı ve hor kullanma tazminatı istemi hakkında işin esasına girilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Hırvatistan'ın İstanbul Başkonsolosluğu aleyhine Başkonsoloslukta görevli bir şoförün iş sonu tazminatı istemiyle açtığı bir davada İstanbul 7. İş Mahkemesi, Hırvatistan'ın yargı bağışıklığı itirazını reddetmiş, iş hukukundan doğan ve iş sonu tazminatı istemiyle açılan sözkonusu davada konuyu yargı yetkisinde görerek işin esasına girmiş ve şoför lehine hüküm tesis etmiştir.⁴⁴ İstanbul 7. İş Mahkemesi'nin sözkonusu kararını değerlendiren Hırvatistan hükümeti, Ankara Büyükelçiliği aleyhine iş akdinin ihlalden doğan tazminat istemiyle Büyükelçilik şoförü tarafından açılan diğer bir davada yargı bağışıklığı itirazında bulunmaksızın doğrudan esasa dair savunma yapmıştır.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Yürürlükteki 5718 sayılı MÖHUK'un 49. maddesi.

⁴¹ Yargıtay 13. HD'nin 16 Kasım 1989 tarihli, E.1989/3896,K.1989/6648 sayılı kararı.

⁴² Yargıtay 4 HD, E.2006/718,K.2006/1549.Yargıtay'ın bu kararı Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin E.2003/158,K.2004/382 sayılı kararının, davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine verilmiştir.

⁴³ Yargıtay 6. HD'nin 1.12.2009 tarihli ve E. 2009/10643 K. 2009/10361 sayılı kararı.

⁴⁴ İstanbul 7. İş Mahkemesi'nin 11.2.2012 tarihli ve E. 2012/1453 K. 2012/5443 sayılı kararı.

Keza, Danimarka Kraliyeti'nin Ankara Büyükelçiliğinde çalışan sigortalı bir personelin açtığı hizmet tespit davasında Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Danimarka'nın yargı bağımsızlığı savunmasını haksız bulmuş ve bu hükmünü, özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yargı muafiyetinin tanınmayacağı, aksi takdirde yabancı devlet elçiliklerinde çalışan Türk uyrukluların hiçbir hak arama imkanı ve müracaat edecekleri bir merciinin kalmayacağı şeklinde gerekçelendirmiştir.⁴⁵

Son olarak Suudi Arabistan'ın Ankara Büyükelçiliğinde çalışan aralarında makam şoförü, sekreter, güvenlik görevlisi, odacı, temizlikçinin de bulunduğu 19 kişi tarafından işlerine son verildiği gerekçesiyle tazminat istemiyle Ankara 7. ve 17. İş Mahkemeleri'nde açılan tazminat davalarında anılan Mahkemeler ve Yargıtay, Suudi Arabistan'ın yargı bağımsızlığı ve münhasır yargı yetkisinin Suudi Arabistan'da kain mahkemelerde olduğu yönündeki yetki itirazını reddetmiştir.⁴⁶

Sonuç olarak, bahsekonu Yargıtay ve Mahkeme kararlarında da görüldüğü üzere, ülkemiz yargı mercilerinin devletlerin yargı bağımsızlığı konusundaki tutumu, sınırlı bağımsızlık ilkesinin kural olduğu yönündedir.

5. Sınırlı Yargı Bağımsızlığı İlkesinin Ülkemiz İçin Bağlayıcı Uluslararası Teamül Haline Gelmesi

Uluslararası teamül hukukunun bir ülke için bağlayıcı bir kural haline gelebilmesinde iki öğeye bakılır. Bunlardan ilki ilgili ülkenin belirli bir davranış/eylem tarzı içinde olması veya belirli bir davranış/eylem tarzından kaçınmasıdır. Bu belirli davranış veya eylem tarzlarını ilgili ülkenin yasama faaliyetleri, yürütme karar ya da faaliyetleri, mahkeme kararları, diplomatik tutumu, askeri veya diğer kurumlarının karar ve emirleri vb. oluşturmaktadır.⁴⁷ Söz konusu belirli tutum ve davranış tarzı genel ve tutarlı olmalı, evrensel olmasa bile ülkelerin bu tutuma karşı geniş kabulünü yansıtmalıdır.⁴⁸ Uluslararası teamül hukukunun oluşmasına ilişkin ikinci öğe, ülkenin söz konusu davranış/eylem ve tutumu belli bir yasal zorunluluk çerçevesinde yerine getirmesidir.⁴⁹

⁴⁵ Yargıtay 10. HD.'nin 14.10.1993 tarihli ve E. 1993/5620, K. 1993/10875 sayılı kararı.

⁴⁶ Kızılkoyun, "İşçilerin tazminat davası "Diplomatik" kriz yarattı", Hürriyet Gündem, 10 Mayıs 2013.

⁴⁷ London Conference 2000, Committee on Formation of Customary (General) International Law, International Law Association, s.20-28; ROBERTS, s.760.

⁴⁸ *Ibid*, s.29; Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, Md. 38(1)(b); ayrıca bkz. *North Sea Continental Shelf*, (1969).

⁴⁹ London Conference 2000, International Law Association, s.29; *Opinio juris* ögesine şu

Bir uluslararası teamül kuralı, sözkonusu kurala açıkça rıza göstermeyen bir ülke için dahi yasal yükümlülükler doğurabilmektedir.⁵⁰ Hatta uluslararası teamül hukuku statüsü kazanmış bir uluslararası anlaşma maddesinin, bu anlaşmayı imzalamayan kimi devletler için de bağlayıcı olması gerektiğine yönelik yorumlar da mevcuttur.⁵¹

Tüm bu anlatılanlar muvacehesinde, devletlerin sınırlı yargı bağımsızlığı ilkesinin ülkemiz için de bağlayıcı bir uluslararası teamül hukuku haline gelip gelmediğini şu şekilde irdeleyebiliriz: Devletlerin sınırlı yargı bağımsızlığı müessesesi uluslararası toplumun saygın 118 ülkesinin 75'i tarafından tanınan bir ilke olup, bu ilkeye ilişkin yasal çerçeve büyük oranda şekillenmiş bulunmaktadır.⁵² Gerek sözkonusu ilkenin MÖHUK'un 33. maddesinde büyük ölçüde kodifiye edilmesi, gerek ülkelerin geniş kabulüne sahip bu ilkenin yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarından anlaşılacağı üzere mahkemelerimizce de benimsenmesi, gerekse ülkemizdeki yabancı misyonların belirli özel hukuk işlemlerine dair uyuşmazlıklarda (özellikle iş akdinden doğan uyuşmazlıklar) ulusal mahkemelerimizde yargılanabileceklerini bildiren sirküler notanın diplomatik, konsüler ve uluslararası kuruluş temsilciliklerine tarafımızca belli aralıklarla gönderilmesi⁵³ keyfiyeti, bahse konu ilkenin, uluslararası teamül hukukunun oluşma öğeleri bağlamında, ülkemiz için bağlayıcı bir uluslararası teamül normu haline geldiğini göstermektedir.

Sonuç olarak, ülkemiz sınırlı yargı bağımsızlığını hem ulusal düzeyde hem de uluslararası arenada benimsemiş bulunmaktadır. Bu çerçevede, ülkemiz aleyhine yabancı mahkemelerde açılan davalarda, ülkemizin egemen bağımsızlığından vazgeçme ve sınırlı yargı bağımsızlığımızı kabullenme kaygısıyla, yukarıda açıklanan yasama ve yargısal tasarruflarımızla çelişen kayıtsız şartsız esasa girmeme tutumunda bulunmaması ve ulusal ve uluslararası uygulama ile tutarlı, çatışan menfaatleri dengeleyen, ilkesel bir

Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) kararlarında yer verilmiştir: *North Sea Continental Shelf* (FRG/Den.; FRG/Neth.), 1969 ICJ Rep. 3, 44 (Feb. 20); *Nicaragua v The United States of America Case*, Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, International Court of Justice Reports 1986. (27 June 1986); *The Legality of the Threat or Use of Force of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion of International Court of Justice, (8 July 1996).

⁵⁰ VERDIER, VOETEN, s.2.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, s.11 ve s.29.

⁵³ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı'nın 05.09.2007 tarihli ve 379225 sayılı Diplomatik Temsilcilikleri muhatap Sirküleri.

yaklaşım benimsemesi gerekmektedir. Bu bağlamda, yabancı mahkemelerde ülkemiz aleyhine açılan davalarda ülkemizin halihazırda sınırlı yargı bağışıklığını benimsediği gerçeğiyle hareket edip, kimi davalarda ısrarla yargı yetkisi tartışmasına girmeksizin savunmasını bu gerçek üzerine bina etmesi isabetli ve lehe bir tutum olacaktır.

6. Yabancı Mahkemelerde Açılan İş Hukukundan Doğan Davalarda Benimsenebilecek İlkel Tutumlar

Ülkeler dış temsilciliklerinde atama ve rotasyona tabi diplomatik statüyü haiz personel bulundurmanın yanında, kendi uyrukluğuna veya ev sahibi devletin uyrukluğuna sahip personeli yerel olarak da istihdam etmektedirler. Yerel olarak istihdam edilen bahsekonu personel atama ve rotasyona tabi olmadığından, buldukları ülkede uzun süre veya kalıcı olarak mukim bulduklarından, hatta bazıları ev sahibi ülkenin vatandaşlığını edindiklerinden ve Viyana Sözleşmeleri⁵⁴ uyarınca sınırlı diplomatik ve konsüler statüye sahip olduklarından, misyon ile olan iş ilişkileri hem misyon sahibi ülkenin hukuku hem de ev sahibi devletin hukuku tarafından düzenlenmektedir. Bu bağlamda, anılan personelin işe alınması, iş ilişkisinden kaynaklanan bir takım özlük hakları, hizmet sözleşmelerinin feshedilmesi, alacakları kıdem veya iş sonu tazminatı gibi hususlar bahsekonu iki hukuk çerçevesinde düzenlenmektedir. Diğer bir deyişle, misyonun sözkonusu idari tasarruflarında iki ülke hukukunu da gözetmesi gerekmektedir.

Ülkemiz dış misyonlarında Türk ve yabancı uyruklu sözleşmeli personeli 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesi⁵⁵, 06.06.1978 tarihli ve 7/15754 sayılı "Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar"⁵⁶ ve istihdam edilecek personelle idare arasında akdedilen "Tıp Hizmet Sözleşmesi" çerçevesinde istihdam etmektedir. Sözkonusu metinlerde yabancı hukuka atıf⁵⁷ olsa da, muhtemel bir uyuşmazlığın Türk hukuku uyarınca çözümleneceği beklentisi hakimdir.

Bununla birlikte, dış misyonlarda görevli sözleşmeli personel ile İdare arasında uyuşmazlık sözkonusu olduğunda sözleşmeli personelin uyuşmazlığı

⁵⁴ 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ve 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi.

⁵⁵ 23.7.1965 tarihli ve 12056 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu

⁵⁶ 06.06.1978 tarihli ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar

⁵⁷ Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar, md.3 ve md.7

Türk yargı mercileri önüne getirmedeği, bulunduğu ülke yargısında çözülmesini talep ettiği, dolayısıyla uyuşmazlığın ulusal düzenlemelerimiz uyarınca çözülemediği; Tip Hizmet Sözleşmesi'nde yer alan ve uyuşmazlık halinde Türk Mahkemelerini yetkilendiren hükme rağmen yabancı mahkemelerin önündeki uyuşmazlığı yetki alanı içinde gördüğü ve işin esasına girdiği ve dolayısıyla Türk Hukuku'na göre akdedilen bir hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın yabancı hukuka göre çözülmeye çalışıldığı görülmektedir.

Özellikle yabancı iş mahkemeleri uyuşmazlığı yetki alanı içinde görünürken âkit taraf olan sözleşmeli personelin kendi vatandaşları olup olmadığına veya o ülkede sürekli ikamet hakkına sahip olup olmadıklarına bakmakta, kamu gücü kullanıp kullanmadığını tespit etmekte ve böylece yetki ve görev alanına Türk uyruklu sözleşmeli personel ile İdare arasındaki uyuşmazlıkları da dahil etmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, ülkemiz aleyhine yabancı mahkemelerde özel hukuk işleminden ve iş akdinden doğan uyuşmazlıktan dolayı açılan davalarda, davadan en lehe olan sonucu elde etmek, ülkemizin egemen yetkisinin kullanımına olası bir müdahaleye cevaz vermemek ve uluslararası hukukta menfaatimize sonuçlar kazandıracak tutarlı ve ilkesel bir yaklaşım sağlamak adına, ülkemizin ve diğer ülkelerin sınırlı yargı bağımsızlığına ilişkin tutumlarını ve 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin sözkonusu tutumlarla uyumlu hükümlerini dikkate alan birtakım ölçütleri benimsemek isabetli olacaktır.

Bu meyanda, halen devletlerin kesin yargı bağımsızlığı doktrinini savunan aralarında İran, Kuzey Kore, Çin, Rusya ve eski Sovyet coğrafyasında bulunan Ukrayna, Estonya, Ermenistan ile Türki Cumhuriyetlerin de bulunduğu kimi ülkelerde⁵⁸ açılan davalarda her halükarda ülkemizin kesin yargı bağımsızlığının bulunduğu savunması yapılmalıdır. Böylece kesin bağımsızlığı uygulayan bu ülke mahkemelerinde açılan davalardan lehe kararlar elde edilebilecektir.

Buna ilaveten, İngiltere, İrlanda, Yeni Zelanda, Güney Afrika, Singapur, Kanada, Pakistan gibi Common-Law ülkeleri, münhasıran Büyükelçilik ve Başkonsolosluk çalışanlarının açtıkları davalarda, çalışanın hiyerarşik pozisyonu, uyuşuğu veya statüsüne bakmaksızın, devletlerin kesin yargı bağımsızlığı ilkesini daha genişletici yoruma tabi tutma ve bu

⁵⁸ VERDIER, VOETEN, s.12 ve s.29.

çerçevede uygulama tutum ve temayülü içindedirler.⁵⁹ Dolayısıyla bu ülke mahkemelerinde açılan davalarda bu husus göz önünde bulundurularak yargı bağışıklığında ısrar edilmesi yerinde olacaktır.

Bunun yanı sıra, bir ülkenin vatandaşı veya ülkede sürekli ikamet hakkına sahip kişilerin yabancı devlet aleyhine açtıkları davalarda mahkemeler genelde yabancı devletin yargı bağışıklığını tanımama eğilimindedirler.⁶⁰ Bahsekonu kişiler haricinde, ev sahibi ülkede yerleşik olmayan Türk vatandaşı veya üçüncü ülke vatandaşı personel⁶¹ tarafından iş akdinden doğan uyuşmazlık sebebiyle ülkemiz aleyhine açılan davalarda yargı bağışıklığı itirazında bulunulması neticesinde mahkemenin bu itirazı yerinde görmesi daha muhtemeldir.

Ayrıca, misyon personelinin ülkemiz aleyhine yabancı mahkemelerde dava açması durumunda personelin dış misyonumuzdaki fonksiyonu ve ifa ettiği görevin niteliğinin değerlendirilmesi ve buna göre bir yaklaşım benimsenmesi uygun olacaktır. Buna göre, egemenlik yetkisinin kullanılmasıyla yakından ilgili görev ve hizmetlerde rol alan yerel personel için yargı bağışıklığının öne sürülmesi gerekecektir.⁶² Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2004 tarihli BM Sözleşmesi'nin gerekçesinde devlet yetkisi kullanılmasında belirli bir fonksiyon icra etmek üzere istihdam edilen kişilere örnek olarak “özel sekreter, şifre memurları, çevirmenler, mütercim tercümanlar ve bunun gibi kendilerine devlet güvenliği ve temel devlet çıkarları ile yakından ilgili fonksiyonlar tevdi edilen kişileri” göstermektedir.⁶³ Bu listeye hassasiyet taşıyan bazı belge ve yazışmalara görevleri gereği erişebilen kişilerin de dahil edilebilmesi mümkündür. Bu tür personelin iş akdinden doğan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusu ne olursa olsun (tazminat, işe geri dönme vs.), münhasır yargı yetkisinin ülkemize ait olduğu ve ülkemizin yabancı mahkemeler nezdinde yargı bağışıklığının bulunduğu öne sürülebilecektir. Ancak, bahsekonu kategoriye girmeyen aşçı, şoför, tamir ve bakım personeli vs. gibi diğer kategorideki personelin iş akdinden doğan uyuşmazlıklar için ise yargı bağışıklığı öne sürmeksiz davalara katılınması ve esasa ilişkin savunma yapılması mümkündür.

⁵⁹ BABU, s.9.

⁶⁰ *Ibid.*, s.11.

⁶¹ Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi'nin 11/2(e) maddesi.

⁶² Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi'nin 11/2(a)-(b) maddeleri.

⁶³ *Bkz.* ILC Commentaries on Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, (A/46/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, Part Two, s.42.

Son olarak, fonksiyon ve görevi ne olursa olsun personelin iş akdinden doğan uyuşmazlığın konusu işe ilk defa alma, iş akdinin yenilenmesi veya işe iade hususları ise, bu durumda da ülkemizin münhasır yargı yetkisinin bulunduğu ve yabancı mahkemenin yargı yetkisinden bağımsızlık olduğunda ısrar edilmesi uygun olacaktır.⁶⁴ Çünkü işe atama ya da atamama konusundaki takdir yetkisi münhasıran bir devletin tek taraflı tasarrufunun ve egemen gücünün tezahürüdür.⁶⁵ Ancak bu durumda bahse konu bağımsızlığın sözkonusu tasarruflardan doğan tazminat taleplerini kapsamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, sözkonusu tasarruflar dolayısıyla salt tazminat talebiyle açılan davalara katılınması ve esasa ilişkin savunma yapılması mümkündür. Nitekim, ABD'nin Londra Büyükelçiliği'nde çalışan Zakhary adlı bir personelin, işten çıkarılması gerekçesiyle İngiltere mahkemelerinde açtığı tazminat davasında ABD, yargı bağımsızlığı itirazında bulunmaksızın esasa ilişkin savunma yapmıştır.⁶⁶

7. Sonuç

Eşitin eşit üzerinde egemen yetkiler kullanamayacağı, dolayısıyla eşitin, eşiti yargılayamayacağı ilkeleri üzerine müesses, uluslararası kamu hukukunun kabul görmüş ilk kurallarından olan devletlerin yargı bağımsızlığı kuralı Fransız Yargıtayı'nın 1849'da verdiği *Casaux kararı* ile devletler için mutlak bir şekilde yorumlanmış, ancak hukuk devleti, birey hakları, işçi hakları, ticari kaygılar, ithalat-ihracat yoğunluğu gibi hususlar göz önünde bulundurularak sözkonusu kural, devletlerin egemen yetkiler kullanmadıkları ticari-endüstriyel faaliyetleri ve özel hukuk işlemlerine teşmil edilmemeye ve böylelikle sınırlı yargı bağımsızlığına geçilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, kimi ülkeler bundan böyle sınırlı yargı bağımsızlığının benimsendiğine ilişkin politika belirleyici belgeler düzenlerken, diğer ülkeler sözkonusu ilkeye, mahkemelerinin kesin yargı bağımsızlığının terk edildiği ve sınırlı bağımsızlığın uygulanması gerektiği sonucuna varan kararları vasıtasıyla geçmişlerdir. Bu çerçevede, günümüzde uluslararası toplumda tanınan ve saygın 118 devletin 75'i devletlerin sınırlı yargı bağımsızlığını benimsemişlerdir.

Devletlerin yargı bağımsızlığına ilişkin ulusal tutumumuz, ülkemizin sınırlı yargı bağımsızlığı ilkesini benimsediğini göstermektedir. Sözkonusu ilkenin MÖHUK'un 33. maddesinde büyük ölçüde kodifiye edilmiş

⁶⁴ Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin BM Sözleşmesi'nin 11/2(c) maddesi.

⁶⁵ Bkz. ILC Commentaries on Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, s.43.

⁶⁶ *Zakhary v United States of America*, (2013).

olması, ülkelerin geniş kabulüne sahip bu ilkenin mahkemelerimizce de benimsenmiş olması ve ülkemizdeki yabancı misyonların belirli özel hukuk işlemlerine dair uyuşmazlıklarda (özellikle iş akdinden doğan uyuşmazlıklar) ulusal mahkemelerimizde yargılanabileceklerini bildiren sirküler notanın diplomatik, konsüler ve uluslararası kuruluş temsilciliklerine tarafımızca belli aralıklarla gönderilmesi göz önünde bulundurulduğunda, bahsekonu ilkenin, uluslararası teamül hukukunun oluşma öğeleri bağlamında, ülkemiz için bağlayıcı bir uluslararası teamül normu haline geldiği gözlemlenmektedir. Bu çerçevede, ülkemiz aleyhine yabancı mahkemelerde özel hukuk işleminden ve iş akdinden doğan uyuşmazlıktan dolayı açılan davalarda, davadan en lehe olan sonucu elde etmek, ülkemizin egemen yetkisinin kullanımına olası bir müdahaleye cevaz vermemek ve uluslararası hukukta menfaatimize sonuçlar kazandıracak tutarlı ve ilkesel bir yaklaşım sağlamak adına, ülkemizin ve diğer ülkelerin sınırlı yargı bağımsızlığına ilişkin tutumları ve 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin sözkonusu tutumlarla uyumlu hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AYBAY, Rona, DARDAĞAN, Esra, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, İstanbul Bilgi Üniv. yayını, 2004.
- BANKAS, Ernest K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2005.
- FOX, Hazel, WEBB, QC Philippa, *The Law of State Immunity*, Third Edition, Oxford University Press, 2013.
- KINGSBURY, Benedict, *Immunity and Act of State in National Courts: Development of Foreign Sovereign Immunity Law - Historical Intro*, Institute for International Law and Justice - New York University School of Law, International Law Course, Unit 6, April 2009.

Makaleler

- AYBAY, Rona, “Yargıtay İçtihatlarına Göre Devletin Yargı Bağışıklığı”, *TBB Dergisi*, Sayı 72, 2007.
- BABU, R. Rajesh, “Foreign State Immunity in Contracts of Employment with Particular Reference to Indian State Practice”, *Journal of Indian Law Institute*, 49 (4) 2007.
- ILC Commentaries on Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, (A/46/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, Part Two.
- KIZILKOYUN, F., “İşçilerin tazminat davası “Diplomatik” kriz yarattı”, *Hürriyet Gündem*, 10 Mayıs 2013, Ankara. (<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/23248115.asp>, erişim 19 Şubat 2014).
- London Conference 2000, Committee on Formation of Customary (General) International Law, International Law Association.
- REED, Robert K., “A Comparative Analysis of the British State Immunity Act of 1978”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Volume 3, Issue 1 Article 8, 1979.
- ROBERTS, Anthea Elizabeth, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation, 95 AM. J. INT’L L. 757, 757 (2001).
- VERDIER, Pierre-Hugues, VOETEN, Erik, “How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity”, *Social Science Research Network*, APSA 2012 Annual Meeting Paper, January 24, 2013.

Mahkeme Kararları

- *Ahmed Mahamdia v Algeria*, Judgment in Case C-154/11, Luxembourg, 19 July 2012, Court of Justice of the European Union
- Arbeitsgericht Köln (Köln İş Mahkemesi), *Demirel v. Türkei*, BAG v. 01.02.2012- 2 AZR 270/09, Rz.11.
- Bundesarbeitsgericht (Almanya Federal İş Mahkemesi), BAG, Urteil vom 1. 7. 2010 - 2 AZR 270/09 (lexetius.com/2010,4693, erişim 18 Aralık 2013).
- *Fogarty v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, Grand

Chamber, November 21, 2001, App. No. 37112/97

(<http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments/htm>, erişim 10 Ocak 2014).

• *Gouvernement Espagnol v Casaux Sirey* 1849, Part I, 81 (France, Court de cassation, 1849)

• İstanbul 7. İş Mahkemesi'nin 11.2.2012 tarihli ve E. 2012/1453 K. 2012/5443 sayılı kararı.

• *Leyle Hüsein v. Republika Turska, Republika Hırvatiska Općinski Gradanski Sud u Zagrebu*, Poslovni broj: 3 Ovr-2629/13-2, 25.02.2013.

• *Nicaragua v The United States of America Case*, Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, International Court of Justice Reports 1986. (27 June 1986).

• *North Sea Continental Shelf* (FRG/Den.; FRG/Neth.), 1969 ICJ Rep. 3, 44 (Feb. 20)

• *Mirza Ali Akbar Kashani v. United Arab Republic and Another* (AIR 1966 SC 230).

• *The Parlement Belge*, 4 PD 129 (Probate, Divorce and Admiralty Division), Sir Robert Phillimore (1879)

• *The Legality of the Threat or Use of Force of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion of International Court of Justice, (8 July 1996).

• *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, [1977] Q.B. 529 (Court of Appeal).

• Vgl. Einzelnachweise bei BAGv. 1.7.2010- 2 AZR 270/09, Rz. 13.

• Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 16 Şubat 1968 tarihli, E.1966/630,K.1968/921 sayılı kararı.

• Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 16 Kasım 1989 tarihli ve E.1989/3896,K.1989/6648 sayılı kararı.

• Yargıtay 4 Hukuk Dairesi'nin E.2006/718, K.2006/1549 sayılı kararı.

• Yargıtay 6. HD'nin 1.12.2009 tarihli ve E. 2009/10643 K. 2009/10361 sayılı kararı.

• Yargıtay 10. HD'nin 14.10.1993 tarihli ve E. 1993/5620, K.

1993/10875 sayılı kararı.

• *Zakhary v United States of America*, 2012 CanLII 15690 (ON LA), (<http://canlii.ca/t/fqrt0>, erişim 6 Haziran 2013).

Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler

• European Covention on State Immunities, European Treaty Series - No. 74, Basle, 16.V.1972

• United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, General Assembly resolution 59/38, annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49)

• *United States: Foreign Sovereign Immunities Act* of 1976 [October 21, 1976], 90 STAT. 2891 Public Law 94-583, 94th Congress, (http://archive.usun.state.gov/hc_docs/hc_law_94_583.html, erişim 10 Ocak 2014).

• 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi

• 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi

• Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı'nın 05.09.2007 tarihli ve 379225 sayılı Diplomatik Temsilcilikleri muhatap Sirküleri

• 23.7.1965 tarihli ve 12056 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu

• 06.06.1978 tarihli ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE MÜVEKKİLİN ACENTEYE BİLGİ VE BELGE VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Rauf KARASU*

ÖZET

6762 sayılı TTK'da müvekkilin acenteye olan borçlarına ve bu kapsamda müvekkilin bilgi ve belge verme yükümlülüğüne ilişkin özel bir hüküm öngörülmemişken, 6102 sayılı TTK, bu konuyu "Müvekkilin borçları" yan başlığı ile 120. maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, müvekkil acentelik faaliyetinin yürütülmesi için gerekli olan bütün bilgileri acenteye vermek zorundadır. Acentelik sözleşmesinin başarılı bir şekilde yerine getirilmesi için gerekli olan hususları bildirmeye ilişkin genel bir bilgilendirme yükümlülüğünün öngörülmesinin yanında, önemine binaen iki husus hakkında acentenin özellikle bilgilendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, müvekkil özellikle iş hacminin acentenin normalde bekleyebileceğinden önemli surette düşük olabileceğini ve acentenin yaptığı işleri kabul edip etmediğini ya da yerine getirilmediğini uygun bir süre içinde bildirmek zorundadır.

Müvekkilin bilgi ve belge verme yükümlülüğü emredici olarak düzenlendiğinden, bu yükümlülüğe aykırı yapılan bütün işlemler geçersizdir.

Bilgi ve belge verme yükümlülüğüne aykırılık halinde, acente aynen ifa davası açabileceği gibi, bundan dolayı uğramış olduğu zararın tazminini de talep edebilir. Ayrıca somut olayın özelliklerine göre acente, haklı nedene dayanarak sözleşmeyi feshedebilir.

Anahtar Kelimeler: Acente, Acentelik Sözleşmesi, Bilgi ve Belge Verme, Müvekkilin Yükümlülükleri, Müvekkilin Borçları

THE RESPONSIBILITY OF APPONTEE TO GIVE INFORMATION AND DOCUMENTS TO THE AGENT WITH REFERENCE TO THE TURKISH COMMERCIAL CODE NO 6102

ABSTRACT

While there were no binding rules in the Commercial Code No 6762, the Commercial Code No 6102 has a side-heading called Responsibilities of the Appointee in s. 120. According to s. 120 of the Code No 6102, the appointee has to give all the required information and documents to the agent, to fulfill his functions. In line with this general provision, the appointee has to inform the agent whenever the workload is less than expectation of the agent and the appointee has to notify the agent whether he accepts to work.

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi

Since the requirement of the s. 120 is forces the appointee to behave in certain way, not obeying the s. 120 shall make all acts void. The agent shall have right to compensation, to cancel the agreement.

Keywords: Agency, Agency Agreement, Giving Information ans Documents, Responsibilities of Appointee, Obligations of Appointee

I. GİRİŞ

6102 sayılı TTK, acentelik sözleşmesini 6762 sayılı TTK'ya nazaran ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş ve bu konuda bir çok temel değişikliklere gitmiştir. Bu kapsamda getirilen yeniliklerden biri de, müvekkilin bilgi ve belge verme yükümlülüğüdür.

6762 sayılı TTK'da müvekkilin acenteye olan borçları ve bu kapsamda müvekkilin bilgi ve belge verme yükümlülüğü çok yetersiz bir şekilde düzenlenmişken, 6102 sayılı TTK, müvekkilin bilgi ve belge verme yükümlülüğünü, "müvekkilin borçları" yan başlığı altında 120. maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre, (1) müvekkil, acenteye;

a) Mallarla ilgili belgeleri vermek,

b) Acentelik sözleşmesinin yerine getirilmesi için gerekli olan hususları ve özellikle iş hacminin acentenin normalde bekleyebileceğinden önemli surette düşük olabileceğini bildirmek,

c) Acentenin yaptığı işleri kabul edip etmediğini ya da yerine getirilmediğini uygun bir süre içinde bildirmek,

zorundadır.

(2) Bu maddeye aykırı şartlar, acentenin aleyhine olduğu ölçüde, geçersizdir.

Bu düzenleme ile daha önceden tartışmalı olan müvekkilin bu konudaki borçlarına açıklık getirilmiş ve müvekkilin anılan borçlarının emredici nitelik taşıdığı vurgulanmıştır.

Bu çalışmada TTK'nın 120. maddesinde öngörülen müvekkilin bilgi ve belge verme yükümlülüğü ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

II. BİLGİ VE BELGE VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

1. Belge Verme

TTK'nın 120.1-a bendine göre, müvekkil acenteye mallarla ilgili belgeleri vermek zorundadır. Bu hükümde öngörülen yükümlülük, müvekkilin acenteye faaliyetlerini yürütmesi sırasında yardım etmesinin somut bir yansımasıdır. Ancak öncelikle ifade etmek gerekir ki; TTK m. 120.1-a hükmünde yer alan “mallarla” ibaresi yerinde bir ibare değildir. Zira malların yanında, turizm, seyahat, sigorta gibi hizmet alanlarında da acentelik hizmetleri verilmektedir. Bu nedenle müvekkilin borcu, “malarla ilgili bilgi vermek” şeklinde değil, “acentelik faaliyetinin yürütülmesi için gerekli olan belgeleri vermek” şeklinde ifade edilmelidir¹.

Söz konusu hükümde belgelerle ilgili açıklayıcı bir bilgi verilmemiştir. İsviçre BK/OR'de de, TTK'da olduğu gibi, belgelerin neler olduğu belirtilmemiştir. Buna karşılık, Alman TK/HGB § 86a.1'de bu belgeler örnekleme yoluyla sayılmıştır. Buna göre, müvekkil, numune, çizimler, fiyat listeleri, reklam basma materyelleri, işlem şartları gibi acentenin faaliyetini yürütmek için ihtiyaç duyduğu belgeleri acentenin hizmetine sunmakla yükümlüdür. Türk hukukunda da bu ve buna benzer belgelerin acenteye verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.² Kanaatimizce acentenin faaliyetini yürütmesi için gerekli olan her belgenin acenteye verilmesi gerekir. Bu kapsamda Alman TK/HGB § 86a.1'de sayılan belgelerin yanısıra, somut olayda acentenin faaliyetini yürütmesi için gerekli olmak şartıyla, sözleşme formları, kullanma talimatları, müşteri ilişkileri, spesifik bilgisayar programları, ürünlerin nitelikleri de acenteye verilmelidir. Müvekkil gerektiğinde işletmesinin üretim yöntemleri ya da teknolojisi ile ilgili belgeleri de acenteye verilmelidir. Verilecek belgelerin kullanılması bir eğitim almayı gerektiriyorsa, bu eğitim de acenteye ücretsiz olarak verilmek zorundadır³. Buna karşılık müvekkil, normal bir bilgisayar programı gibi, acentenin bağımsız bir tacir olarak bizzat sahip olması gereken material ve belgeleri vermekle yükümlü değildir⁴.

¹ Aynı yönde, Kaya, Mustafa İsmail, Acentelik Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2014, s. 258.

² Bkz. Kaya, Arslan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik, Beta, İstanbul 2013, s. 183; Kaya, M. İ., s. 258.

³ Bkz. OLG Hamm, NJW-RR 1990, 567; Emde, Raimond: Vertriebsrecht, Hamburg 2009, § 86a, Rn. 70.

⁴ Bkz. Nocker, Michael, Kommentar zum Handelsvertretergesetz, (HVertrG), Wien 2009; Emde, § 86a, Rn. 69.

Belgeleri verme borcu şahsi bir borç olmadığı için, müvekkil tarafından bizzat yerine getirileceği gibi, üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilebilir⁵.

Gerekli belgeler acenteye zamanında teslim edilmelidir. Matbu sözleşme örnekleri, fiyat listeleri, genel işlem şartları, kullanım kılavuzları gibi her zaman ihtiyaç duyulan belgeler, herhangi bir talebe gerek olmaksızın acentenin faaliyetine başlanmasıyla birlikte acenteye verilmelidir ve bu belgeler acentelik ilişkisi devam ettiği sürece acentede kalmalıdır.⁶ Buna karşılık bir belgenin acentelik faaliyetinin yürütülmesi için gerekli olup olmadığı konusunda tereddüt ediliyorsa veya müvekkil o belgeyi, verilmesi gereken belgelerden biri olarak görmüyorsa, bu belge ancak acentenin talebi üzerine verilmelidir.⁷

Acenteye verilecek belgeler güncel olmak zorundadır. Eski sözleşme örnekleri veya artık geçerli olmayan fiyat listelerinin verilmesi ile müvekkil yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılamaz.⁸

Acenteye verilmesi gereken belgeler ücretsiz verilmelidir. Belgelerin acenteye ücret karşılığında veya başka bir şartla verilmesini öngören sözleşme hükümleri TTK m. 120.2 hükmü nedeniyle geçersizdir⁹. Yine acentelik sözleşmesinde acenteye bırakılan materyal ve belgelerin sözleşme ilişkisinin bitiminden sonra çok küçük bir ücret karşılığında da olsa acente tarafından satın alınacağı kararlaştırılmaz.¹⁰

Müvekkilin belgeleri acenteye verme borcu, götürülecek borç niteliğindedir. Bu nedenle müvekkil tarafından acenteye verilmesi gereken belgeler, ücretsiz olarak acenteye götürülmelidir. Ayrıca acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra da, bu belgeler buldukları yerden müvekkil tarafından alınmalıdır.¹¹ Aksine bir kararlaştırma geçersizdir.

⁵ Bkz. Emde, § 86a, Rn. 70.

⁶ Bkz. Hoyningen-Huene, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 1 Erstes Buch. Handelsstand § 1-104, 3. Aufl., München 2010, § 86a, Rn. 5; Oetker, Hartmut, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., München 2013, § 86a, Rn. 6; Kaya, M. İ., s. 259.

⁷ Bkz. Emde, § 86a, Rn. 73; Kaya, M. İ., s. 259.

⁸ Bkz. Nocker, Michael, Kommentar zum Handelsvertretergesetz (HVertrG), Wien 2008, s. 191; Kaya, M. İ., s. 259.

⁹ OLG München, BB 1999, 2320; Nocker, s. 192 vd., Rn. 22 vd.; BGH, NJW 2011; s. 2423; OLG München, BB 1999, s. 2320; Kaya, A., s. 183; Kaya, M. İ., s. 259.

¹⁰ Nocker, s. 192 vd., Rn. 22 vd.

¹¹ Nocker, s. 191 vd., Rn. 20 vd Emde, § 86a Rn. 78; OLG München, BB 1999, s. 2320.

Acente, kendisine bırakılan belgeleri basiretli bir işadamı gibi koruma ve müvekkile geri vermekle yükümlüdür. Belgelerin ifade ettiği anlam veya bu belgelerin değeri büyüdükçe bunların korunması için gösterilmesi gereken özenin ölçüsü de ona göre artar.¹² Acente kendisine bırakılan belgeleri amaç dışı kullanamaz, menfaat karşılığı başkasına veremez¹³. Acentenin belgelere artık ihtiyacının kalmaması halinde ve en geç acentelik ilişkisinin bitiminde, acente müvekkilin talebini beklemeden bu belgeleri müvekkile geri vermek zorundadır. Ancak acentenin, belgelerin teslim hazırlanmış olduğunu müvekkile bildirmesi yeterli olup, belgeleri kendisinin bizzat müvekkile götürmesi gerekmemektedir.¹⁴ Acenteye bırakılan belgelerin zarar görmesi, iadesinin imkansız hale gelmesi veya iadenin geç yapılması halinde, müvekkil acenteden tazminat talep edebilir.¹⁵

Acentelik sözleşmesinde aksine bir düzenleme olmadığı sürece, acenteye bırakılan belgelerin mülkiyeti müvekkilde kalmaya devam eder. Bu nedenle acente mülkiyeti müvekkile ait olan belge ve materyalleri sigorta ettirmek zorunda değildir. Acenteye sigorta ettirme yükümlülüğünün yüklenmesi, bu konuda ticari bir örf adet kuralının bulunmasına bağlıdır.¹⁶ Bu konuda bir ticari örf adet kuralı olmadığı halde, sigorta ettirme yükümlülüğünün acenteye yüklenmesi, m. 120/2 hükmüne aykırı olur.¹⁷

Acenteye bırakılan değerli belge ve mallar karşılığında, acenteden güvence bedeli de talep edilemez. Güvence bedeli için müvekkilin faiz ödemek zorunda olması durumu değiştirmez.¹⁸

2. Bilgilendirme

TTK m. 120.1-b bendi, acentelik sözleşmesinin başarılı bir şekilde yerine getirilmesi için gerekli olan hususları bildirmeye ilişkin genel bir bilgilendirme yükümlülüğünü düzenlemenin yanında, önemine binaen

¹² BGH, NJW-RR 1993, s. 926; Nocker, s. 193, Rn. 27; Emde, § 86, Rn. 76; Kaya, M. İ.,

¹³ Bkz. Hoyningen-Huene, MünchKomm HGB, § 86, Rn. 54; Emde, § 86, Rn. 62 ve 86a, Rn. 77; Oetker, Handelsgesetzbuch, § 86a, Rn. 41.

¹⁴ Nocker, s. 193, Rn. 28

¹⁵ Bkz. Kayıhan, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 4. Bası, Ankara 2011, s. 119; Emde, § 86, Rn. 61 vd.; Nocker, s. 181 vd., Rn. 88 vd.; Kaya, M. İ., s. 260.

¹⁶ Aynı yönde bkz. Emde, § 86, Rn. 61, § 86a, Rn. 74; Oetker, § 86, Rn. 41.

¹⁷ Aynı yönde Emde, § 86a, Rn. 70; Kaya, M. İ., s. 260; Aksi görüş için bkz. Kaya, A., s. 111 vd.

¹⁸ Hemde, § 86a Rn. 77. Aksi görüş için bkz. Nocker, s. 193 vd., Rn. 24 vd. Bkz. BGH, MDR 2001, s. 283; Emde, § 86a, Rn. 75; Kaya, M. İ., s. 261.

acentenin iki husus hakkında özellikle bilgilendirilmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Buna göre, müvekkil özellikle iş hacminin acentenin normalde bekleyebileceğinden önemli surette düşük olabileceğini ve acentenin yaptığı işleri kabul edip etmediğini ya da yerine getirilmediğini uygun bir süre içinde bildirmek zorundadır.

a) Acentelik Sözleşmesinin Yerine Getirilmesi İçin Gerekli Olan Hususları Bildirme

Bu yükümlülüğün kaynağı, müvekkilin sadakat yükümlülüğüdür.¹⁹ Genel bilgilendirme borcu, acentelik sözleşmesinin gereklerinin yerine getirilebilmesi için objektif açıdan gerekli olan her hususun acenteye bildirilmesi yükümlülüğünü yükler.²⁰ Gerekli olan bilgilerin neler olduğu, acentelik ilişkisinin niteliği, somut olayın özellikleri ve müvekkilin sadakat borcu dikkate alınarak tespit edilmelidir. Doktrinde, ürünle ilgili değişiklik ve iyileştirmeler, ürünün fiyat teslim koşulları, bir işlemin piyasa bilgileri, potensiyel yeni müşteriler, kapasite aşımı olup olmadığı, taşıma imkanlarının kötüleşmesi veya iyileşmesi, artık işlem kurulmasının düşünülmediği müşterilerle ilgili bilgiler, sergi ve fuarlara katılım, işletmedeki ortaklık yapısının değişmesi gibi bilgiler, verilmesi gereken bilgilere örnek olarak gösterilmiştir.²¹ İşletmenin bir kısmının veya tamamının kapatılmasından veya devrinden önce de acentenin bilgilendirilmesi gerekir.

Müvekkilin acenteyi bilgilendirme borcunu yerine getirmesi halinde, acente piyasa veya müşteri ilişkileri ile ilgili değişikliklerden önceden haberdar olur. Böylece başarıya ulaşma imkanı bulunmayan bir işlemle ilgili gereksiz masraf yapılmamış olur ve acente zaman ve mali açıdan tasarruf etmiş olur.²² Bu nedenle acentenin zamanında bilgilendirilmesi müvekkilin de menfaatindedir.²³

Müvekkilin acenteye m. 120 anlamında bilgi vermesi, bazen acentelik ilişkisini sona erdirmeye iradesi olarak yorumlanabilir. Örneğin müvekkilin, acentenin aracılık etmekle yetkilendirildiği ürünü artık üretmeyeceğini, acentenin müşteri çevresine ürünlerini vermeyeceğini veya ürünlerin dağıtımını bundan sonra kendi işçileri aracılığıyla gerçekleştireceğini ifade etmesi, bir fesih beyanı olarak değerlendirilebilir²⁴.

¹⁹ Bkz. Emde, § 86a, Rn. 86.

²⁰ Bkz. Emde, § 86a, Rn. 89; Oetker, § 86a, Rn. 18; Kaya, M. İ., s. 264

²¹ Emde, § 86a, Rn. 92; Hopt, § 86, Rn. 8; Kaya, M. İ., s. 264.

²² Bkz. Emde, § 86a, Rn. 87.

²³ Bkz. Emde, § 86a, Rn. 87; Kaya, M.İ., s. 264.

²⁴ Bkz. Oetker, § 86a, Rn. 18; Kaya, M. İ., s. 264.

Belirli süreli yapılan ve özellikle geçmişte defalarca belli süreli şekilde uzatıldığı için yeniden bu şekilde bir uygulamaya gidileceği konusunda acentede bir beklentinin olduğu durumlarda, müvekkil sözleşme ilişkisini uzatmayı düşünmüyorsa, bunu acenteye zamanında haber vermelidir. Buna karşılık belirsiz süreli acentelik sözleşmelerinde yasal süreye uyulması bu anlamda yeterlidir.²⁵

Müvekkilin acenteyi bilgilendirme yükümlülüğünün sınırını, işletme sırlarının korunması oluşturur. Ticarî Sir, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nın 2. maddesine göre, ticari sır; bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri ifade etmektedir. Alman öğretisinin de büyük ölçüde benimsediği²⁶ Alman Federal Mahkemesi (BGH)'nin bir kararında, şirket sırrı veya işletme sırrı kavramı, işletmeyle ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, gizli tutulmasında şirketin haklı bir menfaati bulunan ve şirkette gizli tutulması arzu edilen iktisadi yaşama ait olgular olarak tarif edilmiştir.²⁷

Her gerçek veya tüzel kişi gibi müvekkilin de bir gizlilik alanı (*Geheimsphäre*) vardır. Müvekkilin sırları rakipleri ile olan rekabetinde büyük bir avantaj sağlar ve ona bu sırları piyasada ekonomik olarak değerlendirme imkanı verir.²⁸ Bu nedenle, kim rekabet etmek istiyorsa, gizlilik ve gizliliğin korunması olgularını da kabul etmek zorundadır.

²⁵ Bkz. Oetker, § 86a, Rn. 18; Kaya, M. İ., s. 264.

²⁶ Täger, Jürgen, Die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Baden-Baden 1988, s. 23; Meincke, Eberhard, Geheimhaltungspflichten im Wirtschaftsrecht, WM 1998, s. 749, 750.

²⁷ BGH, GRUR 1955, s. 424, 425; GRUR 1961, s. 40, 43; Benzer bir tanım için bkz. Nomer, Füsün, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 125.

²⁸ Gaul, Dieter, Der erfolgreiche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Neuwied 1994.

Müvekkilin iş sırlarını gizleme konusundaki menfaati ile acentenin bilgi alma hakkının çatıştığı durumlarda hangisine öncelik verileceğine somut olayın özelliklerine bakılarak ve bu bilginin acentelik faaliyetinin başarısına etkisi göz önüne alınarak karar verilmelidir.²⁹ Ancak müvekkilin sırlarının gizli tutulmasında haklı bir menfaatinin mevcut olup olmadığı konusunda, müvekkilin bilgilendirme yükümlülüğünün amacı ve emredici karakteri de dikkate alınarak, dar yorumlanmalıdır.³⁰ Müvekkilin üçüncü kişiler için ileri sürdüğü ticari sırların kapsamı ile acentesine karşı ileri sürdüğü ticari sırların kapsamı aynı olamaz. Örneğin müvekkilin iflas etme riskinin bulunduğu durumlarda dahi bunun kural olarak gizlenmesi mümkündür.³¹ Ancak somut bir olayda müvekkil, işletmesinin mali durumu kötü olduğu halde, çok iyi olduğu konusunda acentede bir intiba uyandırmış ve acente buna güvenerek işlem yapmış ise, bu bilginin gizlenmesinden dolayı müvekkil sorumlu tutulabilir.³² Özellikle acentenin, belli bir sözleşmenin kurulması aşamasında müvekkilin mali durumuna ilişkin bilgi talebine en kısa zamanda cevap verilmesi gerekir. Zira bu bilginin acentenin işlemi kurması veya kurmaktan vazgeçmesi açısından büyük bir önem arz etmektedir.³³ Müvekkil, acentesine müşterileri hakkında bilgiler vermesi için onlardan izin almasına gerek bulunmamaktadır.³⁴

Müvekkil, acentenin talep ettiği bilgilerin herkes tarafından bilinen hususlardan olduğunu ispat etmek suretiyle, bilgi talebini reddedebilir. Yine müvekkil, acentenin başka kaynaklardan veya üçüncü kişilerden acentelik faaliyetini yerine getirmek için gerekli olan tüm bilgileri elde ettiğini ve dolayısıyla kendisi tarafından yapılacak bir bilgilendirmeye acentenin ihtiyaç duymadığını ispat etmek suretiyle de bilgi vermekten kaçınabilir.³⁵

Müvekkilin bilgi verme yükümlülüğünün nasıl ve nerede yerine getirileceği konusunda Kanunda açık bir düzenleme yoktur. Kanaatimizce, taraflar sözleşmede aksini kararlaştırmadıkları halde, bilgi objektif açıdan uygun bir yöntemle acenteye ulaştırılmalıdır. Sunulan bilgilerin anlaşılır ve kural olarak yazılı olması gerekir. Müvekkil gerekli bilgileri acentelik

²⁹ Aynı yönde bk. Emde, § 86a, Rn. 89; Kaya, M. İ., s. 264.

³⁰ Aynı yönde Kaya, A., s. 184 vd.

³¹ Karş. BGH, BB 1960, s. 606.

³² Bkz. Hoyningen-Huene, MünchKomm HGB, § 86a, Rn. 13.

³³ Aynı yönde bkz. Kaya, M. İ., s. 265.

³⁴ Aynı yönde bkz. Emde, § 86a, Rn. 87.

³⁵ Bkz. Oetker, § 86a, Rn. 8; Kaya, M.İ., s. 266.

sözleşmesi gereğince acentenin bulunduğu yerde ücretsiz olarak vermelidir. Talep edilen bilgiler elektronik ortamda da acenteye ulaştırılabilir.³⁶

Bilgi verme yükümlülüğünün ne zaman yerine getirileceği de TTK'da düzenlenmemiştir. Acentenin kendisine verilen bilgileri değerlendirip gerekli önlemler alması ve gerekli işlemleri yapması için, müvekkilin bilgileri zamanında vermesi gerekir. Bir konunun henüz netleşmemiş olması, bilgiden kaçınma nedeni olabilir. Ancak böyle durumlarda henüz netleşmemiş olan konular veya planlanan hususların bu niteliği belirtilmek suretiyle acentenin bilgilendirilmesi gerekir.³⁷

Bilgi verme yükümlülüğünün kapsamının acente aleyhine daraltılması mümkün değildir. Buna karşılık taraflar sözleşme ile müvekkilin bilgi verme yükümlülüğünün kapsamını genişletebilirler.³⁸

b) İş Hacminin Düşük Olacağını Bildirme

Müvekkil, iş hacminin acentenin normalde bekleyebileceğinden önemli surette düşük olma ihtimalini öngördüğü zaman, acentesini vakit geçirmeden bilgilendirmek zorundadır. Müvekkilin acenteye vereceği bu bilgi, acentenin kazanabileceği ücretin hesaplanmasında ve acentenin gerekli önlemleri zamanında almasında önemli bir rol oynar. Bu sayede acente herhangi bir sonuç getirmeyecek ve kendisine menfaat sağlamayacak bir çabanın içine girmemiş olur.³⁹ Acente bu bilgiyi aldıktan sonra duruma göre, sözleşmenin değişen yeni duruma uyarlanmasını talep edebileceği gibi, bazı hallerde acentelik sözleşmesini de sona erdirebilir.⁴⁰

İşyerinin kısmen veya tamamen kapatılması, devredilmesi, ürün pazarlama ve dağıtım sisteminin değiştirilmesi, ürünün üretiminin durdurulması veya azaltılması, ulaşım zorlukları, kalite sorunları, yaşanan genel ekonomik sıkıntılar, özellikle müvekkilin ödeme güçlüğü veya borca batık durumda olması gibi farklı nedenlerden dolayı, iş hacmi acentenin bekleyebileceğinden önemli ölçüde daha düşük olabilir.⁴¹ Ortaya çıkan bu nedenlerden biri veya bir kaç iş hacminin önemli ölçüde düşmesine yol açabilir.⁴²

³⁶ Aynı yönde bkz. Oetker, *Handelsgesetzbuch*, § 86a, Rn. 24; Kaya, M. İ., s. 266.

³⁷ Emde, § 86a, Rn. 88; Oetker, § 86a, Rn. 23; Kaya, M. İ., s. 266.

³⁸ Aynı yönde bkz. Emde, § 86a, Rn. 95; Kaya, M. İ., s. 266.

³⁹ Bkz. Oetker, § 86a, Rn. 14; Emde, § 86a, Rn. 109; Hoyningen-Huene, *MünchKomm HGB*, § 86a, Rn. 26.

⁴⁰ Bkz. Kaya, M. İ., s. 267.

⁴¹ Bkz. BGH, NJW 1972, s. 629; BGH, NJW 1974, s. 795; Oetker, § 86a, Rn. 15.

⁴² Bkz. BGH, NJW 1974, s. 795; Oetker, § 86a, Rn. 15; Kaya, M. İ., s. 267.

İş hacminin beklentilere göre düşük olup olmadığı, somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Değerlendirmede objektif açıdan iş hacminin düşük olup olmadığı değil, acentenin bakış açısı ve beklentileri esas alınmalıdır. Zira TTK m. 120.1-b bendinde, iş hacminin “acentenin normalde bekleyebileceğinden düşük olması” ifadesi kullanılmıştır. Acentenin beklentilerine göre iş hacminin büyüklüğü tespit edilirken, taraflar arasında yapılan görüşmeler, müvekkilin şimdiye kadarki iş hacminin acentede oluşturduğu beklentisi esas alınır. Ancak herhangi bir bilgiye dayanmayan acentenin iş hacmiyle ilgili taşıdığı ümitler dikkate alınmamalıdır.⁴³

TTK m. 120.1-b bendinde, iş hacminin önemli ölçüde düşük olmasından bahsedildiğinden, önemli olmayan küçük iş hacmi azalmalarının acenteye bildirilmesi zorunlu değildir. Doktrinde iş hacminin mevcut duruma göre % 20 - 25 daha düşük olmasının tahmin edilmesi halinde, müvekkilin bilgi verme yükümlülüğünün doğduğu görüşü savunulmuş olmakla birlikte⁴⁴, bu şekilde bir oran belirtmenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz⁴⁵.

Bilgilendirme yükümlülüğünün doğması için iş hacminin acentenin normalde bekleyebileceğinden önemli surette düşük olduğunun kesin olarak bilinmesi şart değildir. Müvekkilin iş hacmi ile ilgili gelecek tahmininde bulunması ve bunun beklentilerin önemli ölçüde altında kalacağını düşünmesi halinde de, vakit geçirilmeden durum hakkında acente bilgilendirilmelidir.⁴⁶ Örneğin, rakip iki ürünün olduğu bir piyasada rakibin ürünü teknolojik bir üstünlüğü yakalamış ise, acentenin satışına aracılık yaptığı mevcut sürümün piyasada geri kalma ihtimali vardır. Bu durumda müvekkil acenteyi zamanında bilgilendirmeli, acente da stokunu ona göre değerlendirmelidir.⁴⁷

Acentenin, iş hacminin normalde bekleyebileceğinden önemli surette düşük olabileceğini, durumun gidişatından herhangi bir şüpheye düşmeden anlaması halinde, müvekkilin bilgi verme yükümlülüğü dogmaz. Bir başka deyişle, acentenin zaten bilgi sahibi olduğu bir konuda müvekkilin bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Örneğin acentenin faaliyet gösterdiği sektörde iş hacimlerinin önemli ölçüde düşmesi, üretimlerin durması, yangın, deprem gibi olağan üstü olayların meydana gelmesi halinde,

⁴³ Bkz. Oetker, § 86a, Rn. 16; Kaya, M. İ., s. 267.

⁴⁴ Bkz. Emde, § 86a, Rn. 108.

⁴⁵ Aynı yönde Oetker, § 86a, Rn. 16; Kaya, M. İ., s. 269.

⁴⁶ Aynı yönde Kaya, A., s. 184; Oetker, § 86a, Rn. 17; Emde, § 86a, Rn. 111; Kaya, M. İ., s. 269.

⁴⁷ Bkz. Kaya, A., s. 184.

iş hacminin beklentilerinin altında olacağını acente öngörebileceğinden, ayrıca müvekkil tarafından bilgilendirilmesi gerekmemektedir.⁴⁸

c) Acente Tarafından Aracılık Yapılan Ya Da Temsil Yetkisi Olmaksızın Akdedilen Sözleşmelerin Kabulü veya Reddi Hususunda Acenteyi Bilgilendirme

TTK m. 120.1-b bendinde, özel olarak düzenlenen bir yükümlülük de, müvekkilin, acentenin yaptığı işleri kabul edip etmediğini acenteye bildirme yükümlülüğüdür. Başarısız bir şekilde ifade edilen bu hükümle aslında kastedilen, acente tarafından aracılık yapılan ya da temsil yetkisi olmaksızın akdedilen sözleşmenin kabulü veya reddi hususunda acentenin gecikmeksizin bilgilendirilmesidir.⁴⁹

Acentenin müvekkili adına faaliyette bulunma yükümlülüğü olmasına karşın, yaptığı işlerin kabul edilmesini müvekkilden talep etme hakkı yoktur. Müvekkil işletmesi ile ilgili konularda özgürce karar verebilir, bu kapsamda acentenin yaptığı işleri de kabul edip etmeme konusunda serbesttir.⁵⁰ Ancak acentelik ilişkisinin kurulması ile müvekkil acenteye kendi adına ve hesabına sürekli bir şekilde faaliyette bulunma yetkisi verdiğinden, acente bu faaliyetlerini yürütürken zamanını harcamakta, masraflara katlanmakta ve çabalarının sonucu olarak yaptığı işlemlerin müvekkil tarafından kabul edilmesi suretiyle ücrete hak kazanmayı ümit etmektedir. Bu nedenle, müvekkilin acente tarafından yapılan işlemleri kabul ya da red etme konusunda serbestçe karar verme hakkının olduğu kabul edilse bile, müvekkilin acentenin tüm bu çabalarını geçerli bir neden olmaksızın karşılıksız bırakması, dürüstlük ilkesiyle bağdaşmayacaktır.⁵¹

Müvekkil, acentenin yaptığı bir işlemi kabul etmediğinde, bunun sebeplerini de acenteye bildirmek zorundadır. TTK m. 114.1 uyarınca, acente tarafından yapılan sözleşmenin veya aracılık faaliyetinin, ancak müvekkil tarafından yerine getirilmesiyle acentenin ücrete hak kazanacağı dikkate alındığında, bu bilginin acentenin söz konusu işlemden kaynaklanan komisyon ücreti için ne kadar önemli olduğu aşikardır. Ayrıca acentenin müvekkil tarafından bilgilendirilmesi sayesinde, acente faaliyetlerinin başarıya ulaşmış olduğunu, ulaşmadıysa bunun hangi nedenlere dayandığı konusunda fikir edinebilir, müvekkilin yapılan işlemleri kabul ya da red konusundaki

⁴⁸ Bkz. Hoyningen-Huene, MünchKomm HGB, § 86a, Rn. 31; Kaya, M. İ., s. 269.

⁴⁹ Bkz. Kaya, A., s. 184.

⁵⁰ Bkz. Kaya, M. İ., s. 270.

⁵¹ Bkz. Hoyningen-Huene, MünchKomm HGB, § 86a, Rn. 17; Kaya, M. İ., s. 270.

davranışlarını esas alarak gelecekteki stratejilerini buna göre belirleyebilir. Bu bilgi acenteye sonuç getirmeyen faaliyetlerden uzak durmasına ve müvekkilin müşteri politikasını dikkate alarak faaliyet yürütmesine imkan sağlar.⁵²

TTK m. 120.1-b bendinde, acentenin yaptığı işleri kabul edip etmediğini bildirmek ifadesi dikkate alındığında, belli bir bölgede yetkilendirilmiş olmakla birlikte acentenin hiç bir katkısı olmadan yapılan işlemlerin bu hükmün kapsamına girmeyeceği düşünülebilir. Ancak her ne kadar bu hükmün lafzından bölge acentesinin kendi katkısı olmadan yapılan işlemlerin kabul veya reddi konusunda acentenin bilgilendirmesinin gerekli olmadığı sonucu çıksa da, genel bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında, bölge acentesine, katkısı olmadan yapılan işlemlerin kabul veya red edildiğinin de bildirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.⁵³ Zira TTK m. 113.2 uyarınca, acenteye belli bir bölge veya müşteri çevresi bırakılmışsa, acente, acentelik ilişkisinin devamı süresince bu bölgedeki veya çevredeki müşterilerle kendi katkısı olmadan kurulan işlemler için de ücret isteyebilir. Dolayısıyla bu bilgi, acentenin ücret hakkı ve miktarını öğrenmesi açısından önemli bir bilgidir. Bölge acentesinin bölgesindeki bir müşterinin kendi katkısı olmadan müvekkil ile işlem yaptığını öğrenmesi, bu müşteriye karşı nasıl davranması gerektiğini belirlemesi açısından da önemlidir. Şöyle ki; acente, müvekkili veya kendisiyle hiç işlem yapmayan bir müşterinin işlem yapması için daha fazla çaba sarfederken, müvekkil veya kendisiyle daha önceden işlem yapmış bir müşterinin tekrar işlem yapması için daha az çaba harcayacaktır.⁵⁴

Müvekkil acentenin işlem yaptığını öğrendiğinde, en uygun zamanda bunu kabul edip etmediğini acenteye bildirmek zorundadır. Örneğin müvekkil işlem yapılan kişinin ödeme gücü konusunda yeterli bilgi toplamadan kabul veya red konusunda bir karar vermek istemiyorsa, bu konuda bir an önce harekete geçip müşterinin ödeme gücünü araştırması ve acenteye kararını açıklaması gerekir.⁵⁵ Bilgilendirme yükümlülüğü, acentelik ilişkisinin bitmesinden sonra yapılacak bir kabul ya da reddi de kapsar, zira m. 113.3 hükmü gereği, işlem bu dönemde de kurulabilir.⁵⁶

⁵² Aynı yönde bkz. Emde, § 86a, Rn. 92.

⁵³ Aynı yönde bkz. Kaya, M. İ., s. 271.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. Nocker, Rn. 62.

⁵⁵ Bkz. Emde, § 86a, Rn. 104; Kaya, M. İ., s. 271.

⁵⁶ Emde, § 86, Rn. 102. Kaya, M. İ., s. 271.

d) Acente Tarafından Yapılan İşlemin İcra Edilmeyeceğini Bildirme

Müvekkil acente tarafından yapılan işlemin yerine getirilmediğini veya kısmen yerine getirildiğini de uygun bir süre içinde acenteye bildirmek zorundadır. TTK m. 114.3 hükmüne göre, müvekkile yüklenemeyen sebeplerle sözleşmenin yerine getirilmediği halde ve ölçüde acentenin ücret hakkı düşer. Bu nedenle söz konusu bilgi, acentenin ücret hakkının hesaplanmasında büyük bir önem arz etmektedir. Müvekkilin bilgi verme borcu sadece sözleşmenin tamamen yerine getirilmemesi halinde değil, kısmen yerine getirilmemesi halinde de doğar.⁵⁷

TTK m. 120.1-c anlamındaki bilgilendirme yükümlülüğü, işlemin yerine getirilmemesinin nedenlerini de kapsamalıdır.⁵⁸ Zira TTK m. 114.3, sadece müvekkile yüklenemeyen sebeplerle işlem yerine getirilmediği takdirde ücret hakkının düştüğünü öngörmektedir. Dolayısıyla müvekkilin sözleşmeyi yerine getirmemesine rağmen acentenin ücrete hak kazandığı durumlar da vardır.

İşlemin hangi nedenle müvekkil tarafından icra edilmediğinin bildirilmesi, acentenin bu müşterilerle olan ilişkisini belirlemesi açısından da önemlidir.⁵⁹

III. YÜKÜMLÜLÜĞE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Acentenin ihtiyaç duyduğu bilgi ve belgelerin verilmemesi, eksik verilmesi veya geciktirilmesi halinde, müvekkil acenteye karşı koruma borcuna aykırı davranmış olur. Bu durum aynı zamanda müvekkilin sözleşmeden doğan yan borcuna aykırılık oluşturur. Bu nedenle acente, aynen ifa davası açabileceği gibi, bundan dolayı uğramış olduğu zararın tazmin edilmesini talep etme hakkına da sahiptir.⁶⁰

Bilgi ve belge verme yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle, acentenin haklı nedene dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olup olmadığı ise, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.⁶¹ Bilgi ve belge verme yükümlülüğünün önemli ölçüde ihlali ve bu ihlalin tekrarlaması halinde, acentenin haklı nedene dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkının olduğu kabul edilmelidir. Özellikle bilgi ve belgelerin verilmemesi, acentenin sözleşme

⁵⁷ Bkz. Oetker, § 86a, Rn. 13; Kaya, M. İ., s. 272.

⁵⁸ Noecker, Rn. § 86, 64; Oetker, § 86a, Rn. 22; Kaya, M. İ., s. 272.

⁵⁹ Bkz. Noecker, § 86, Rn. 66.

⁶⁰ Bkz. BGH, MDR 2001, s. 283; Emde, § 86a, Rn. 75; Kaya, M. İ., s. 261.

⁶¹ Bkz. Hoyningen-Huene, MünchKomm HGB, § 86a, Rn. 9; Kaya, M. İ., s. 261.

süresinin sonuna kadar faaliyet göstermesini imkansız kılıyor veya dürüstlük kuralları gereği sözleşmeye devam etmek ondan beklenemiyorsa, acente sözleşmeyi haklı edenle feshedebilir.⁶² Ancak fesihden önce müvekilin ihtar edilmesi gerekir.⁶³

IV. SONUÇ

6762 sayılı TTK, müvekilin acenteye olan borçlarını ve bu kapsamda müvekilin bilgi ve belge verme yükümlülüğünü çok yetersiz bir şekilde düzenlemiştir. Buna karşılık 6102 sayılı TTK, müvekilin bilgi ve belge verme yükümlülüğünü, “müvekilin borçları” yan başlığı altında 120. maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.

TTK m. 120.1-a hükmünde yer alan “mallarla ilgili bilgi vermek” ibaresi yerinde bir ibare değildir. Bu ibare yerine “acentelik faaliyetinin yürütülmesi için gerekli olan belgeleri vermek” şeklinde ifade kullanılmalıdır.

Müvekkil, acentelik sözleşmesinin yerine getirilmesi için gerekli olan hususları ve özellikle iş hacminin acentenin normalde bekleyebileceğinden önemli surette düşük olabileceğini acenteye bildirmek zorundadır. Yine müvekkil acentenin yaptığı işleri kabul edip etmediğini ya da icra edilmediğini, kabul etmeme ve icra edilmeme nedenlerini uygun bir süre içinde acenteye bildirmekle yükümlüdür.

Acentenin bilgi ve belge verme yükümlülüğünün sınırını, müvekilin işletme sırlarının korunması oluşturmaktadır. Ancak müvekkil işletme sırlarının korunması gerekçesiyle bilgi ve belge vermekten kaçınma hakkını kullanırken, yükümlülüğün emredici karakterini dikkate almalıdır. Zira müvekilin bilgi ve belge verme yükümlülüğü emredici olarak düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı olarak kararlaştırılan bütün işlem ve şartlar geçersizdir.

Bilgi ve belge verme yükümlülüğüne aykırılık halinde, acente, aynen ifa davası açabileceği gibi, bundan dolayı uğramış olduğu zararının tazmin edilmesini de talep etme hakkına sahiptir. Ayrıca somut olayın özelliklerine göre acente, haklı nedene dayanarak sözleşmeyi feshedebilir.

⁶² Bkz. Nocker, s. 194 vd., Rn. 21; Kaya, M. İ., s. 261.

⁶³ Bkz. Emde, § 86a, Rn. 114.

KAYNAKÇA

- Kaya, Arslan:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik, İstanbul 2013.
- Kaya, Mustaf İsmail:** Acentelik Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2014.
- Emde, Raimond:** Vertriebsrecht, Hamburg 2009.
- Nocker, Michael:** Kommentar zum Handelsvertretergesetz, (HVertrG), Wien 2009.
- Hoyningen-Huene:** Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 1 Erstes Buch. Handelsstand § 1-104, 3. Aufl., München 2010.
- Oetker, Hartmut:** Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., München 2013.
- Kayıhan, Şaban:** Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 4. Bası, Ankara 2011.
- Täger, Jürgen:** Die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Baden-Baden 1988.
- Meincke, Eberhard:** Geheimhaltungspflichten im Wirtschaftsrecht, WM 1998, s. 749 vd.
- Nomer, Füsün:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.
- Gaul, Dieter:** Der erfolgreiche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Neuwied 1994.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

İDARİ YAPTIRIMLARA KARŞI GÜVENCELER

Hayrettin KURT*

ÖZET

İdari yaptırım, kamu gücü kullanılarak gerçek ve tüzel kişilere uygulanan zor kullanma yetkisidir. Bu yetkinin kullanılması, kolluk makamlarının, dirlik, esenlik ve sağlık gibi kamu düzenini koruma saiki ile ve regülasyon kurumlarının düzenleme ve kontrol yetkileri çerçevesinde kullanılmaktadır. Ceza yaptırımları ile idarî yaptırımların, haksızlık içerikleri farklılık göstermekle birlikte, her iki yaptırımda kamu gücünün hukuksal etki ve sonuçları benzerlik taşımaktadır. Zira bu etki ve sonuçlar, üçüncü kişiler üzerinde malî ya da idarî değişikliklere neden olmaktadır. Öte yandan, idarî yaptırımların, idarî makamlar tarafından kullanılması, keyfî ve maksadını aşan uygulamaları da gündeme getirebilmektedir. Türk Hukukunda idari yaptırımlara karşı tam anlamıyla güvence sağlayan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. İlgili mevzuatlarda ise bir dağınıklık mevcuttur. Çalışmamızda bu dağınıklık göz önüne alınarak idarî yaptırımlara güvence sağlayan yasal düzenlemeler, yargı ve akademik çalışmalar değerlendirilerek çözüm ve önerilere yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: İdari Yaptırımlar, Kamu Gücü, Yasallık İlkesi, Müstekâr İçtihatlar, Güvenceler

ASSURANCES AGAINST ADMINISTRATIVE SANCTIONS

ABSTRACT

Administrative sanction is the authority to use force against real and legal persons by the help of public force. This authority is exercised in the framework of the law enforcers' motive to protect peace, welfare, health and the regulation and control authorization of the regulatory bodies. Whilst the concept of legal injury in criminal sanctions and administrative sanctions differ from each other, the legal effects and outcomes of public force bear a resemblance in both sanctions, inasmuch as these effects and outcomes induce economic or administrative changes on third persons. On the other hand, the exercise of administrative sanctions by administrative authorities may bring arbitrary and excessive implementations to the agenda. In Turkish Law, no legislative regulations that provide a complete assurance against administrative sanctions exist. As for the existent legislations, a disorganized structure is a matter of fact. In this study, considering this disorganized structure, some solutions and proposals were given place by a thorough assessment of the legal legislations providing assurance against administrative sanctions, jurisdiction and academic researches.

Keywords: Administrative Sanctions, Public Force, Principle of Legality, Consistent Jurisprudences, Assurances

* Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Denizcilik Uzmanı, Doktora Öğrencisi, hayrettin.kurt@udhb.gov.tr

GİRİŞ

İdari yaptırımlar, idarenin kamu hizmeti, kamu düzeni ve kamu sağlığı gibi toplumsal faaliyetleri yürütürken doğrudan, tali ve re'sen kullandığı bir yetki ile üçüncü kişiler üzerindeki zor kullanma yetkisidir.

Bu yaptırım türü, idari bir işlemin neticesi olarak idarî merciler tarafından kullanılırlar. İdari yaptırımlar, ihlal ve yaptırımı içermelerinden ötürü temel hak ve hürriyetlere müdahalede bulunabilirler. Bu niteliğinden dolayı, öncelikle yasal bir temele sahip olmaları gerekir. Zira, temel hak ve hürriyetler ancak bir kanun ile sınırlandırılabilir. Kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idare, düzenleyici işlemlerle idari yaptırım tesis edebilir. İdare, yaptırım tesis ederken sınırsız değildir. Doktrin ve yargı kararları ile şekillenen ve bazı mevzuatlarda kabul edilen güvenceler, idari yaptırımlara karşı kişilere koruma sağlar. Ancak, koruma hükümleri, dağınık mevzuatlarda yer almaktadır. Özellikle düzenleyici ve denetleyici kurum/kurulların kanunlarında savunma hakkı gibi koruma hükümleri yer almaktadır.

Ülkemizde, idari yaptırımlara karşı güvence oluşturan genel bir yasa bulunmamaktadır. İdari düzene yönelik ihlalleri yaptırıma bağlayan Kabahatler Kanunu bile, en temel insani bir hak olan savunma hakkını kişilere tanımamıştır. İdare, kişilerin savunmasını almadan doğrudan doğruya yaptırım uygulayabilmektedir.

Özellikle doktrin ve yargı kararları ile ortaya çıkan idari yaptırımlara karşı güvenceler çalışmamızın konusu olmuştur. Güvence ilkeleri, idarenin tesis ettiği idari yaptırımlara ilişkin gerek idari gerekse yargısal başvurularda dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla belirtilen ilkeler sadece yargısal başvurularda incelenmemektedir aynı zamanda idareye yapılan başvurularda da değerlendirilmektedir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, temel kavramlar ve değerlendirmeler; ikinci bölüm idari yaptırımlarda usule ilişkin ilkeler; üçüncü bölüm ise idari yaptırımlarda esasa ilişkin ilkelerden oluşmaktadır. Sonuç bölümünde ise, tespit ve önerilerimize yer verilerek konu tamamlanmaktadır.

A) TEMEL KAVRAMLAR

I. Genel Olarak

İdari yaptırım, bir idari işleme dayanılarak bireylere uygulanan ve idari kararın uygulanması niteliğindeki zor kullanma yetkisidir¹.

İdari yaptırımlar alanı, suç olmaktan çıkarma anlayışının bir sonucu olarak yasal düzenlemelere konu edilmektedir. Özellikle kamu düzenini etkilemeyen ya da etki derecesi küçük olan ihlallerin idari yaptırımlara dâhil edildiği görülmektedir².

Temel olarak yasayla ya da yasanın açıkça yetki verdiği durumlarda kullanılabilen ve doğrudan uygulanabilen bir yetkidir³. Toplumun dirlik, esenlik ve sağlığını korumak, kollamak ve tedbirler almak şeklindeki kamusal faaliyetlerin icrası sırasında, idari organlara tanınan üstün bir yetkidir⁴. Bütün idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, idari yaptırımlara da bu karinenin uygulanmasını gerekli kılmaktadır⁵. Bir idari yaptırım kararının alınması ve uygulanması da kural olarak hukuka uygunluk karinesinden istifade etmektedir.

İdari yaptırımların, yürütme organı gibi siyasal karar ve mekanizmalara sahip bir organ tarafından alınması, kişilerin hukuksal güvenliklerinin sağlanması bakımından tartışma konusu olmuştur⁶. Özellikle, bir siyasal iktidarın ajanları konumundaki yürütme organının altında örgütlenen idare, belirtilen yaptırım yetkisi ile kamuyararı dışında da yaptırım uygulayabilecektir⁷. Bu sınıklar dolayısıyla, idari yaptırım yetkisinin güvencelere bağlanması zorunlu olmuştur. Söz konusu zorunluluğu sağlamak bakımından başta

¹ ERKUT Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s. 13; ÜNLÜÇAY Mehmet, “İdari Yargının İşlevi ve Görev Alanı”, *İdari Yargı*, Panel, Türkiye Barolar Birliği ve Mersin Barosu Yayını, Mersin, 11-12 Nisan 2003, s. 52.

² KARABULUT Mustafa, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 8.

³ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, *SBFD*, C. 18, Haziran 1963, s. 116; ÖZAY, *İdari Yaptırımlar*, İÜ Yayın No: 3326, İstanbul 1985, s. 35.

⁴ OĞURLU Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 34.

⁵ ERKUT Celal, “İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği”, *Danıştay Yayınları*, Ankara 1990, s. 119.

⁶ TAN Turgut, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Güvenceler”, *Hukuk Kurultayı 2004*, Ankara Barosu Yayını/İnsan Hakları 2, s. 100.

⁷ ÖZAY, s. 73.

Anayasa olmak üzere pozitif hukukta düzenlemeler yapılmış ve ayrıca yargı kararları ile de artık müstekar hale getirilen içtihatlar oluşturulmuştur. Kaldı ki, hukuk devleti ilkesi, sürekli olarak faaliyet gösteren, bireylerin ve toplumun gündelik faaliyetlerine müdahalede bulunan idari mercilere karşı somut güvenceler getirilmek suretiyle yaşama geçirilebilecektir. Anayasa'nın 38 inci maddesi, “*İdare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz*” hükmü ile idarenin, idari yaptırım olarak kişilere ilişkin bir özgürlük kısıtlaması getiremeyeceği, buna karşılık diğer idari yaptırımları uygulayabileceği anlaşılmaktadır. Konuyla ilgili bir Anayasa Mahkemesi kararında⁸,

“... ‘idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı’na ilişkin kuralın gerekçesinde, fıkranın kişi hürriyetinin ağır tahdidini teşkil eden hapis cezalarının yalnız mahkemelerce hükmedilebileceği, yani bunun bir ‘idari müeyyide’ olarak idare tarafından uygulanamayacağı esasını getirdiği belirtilmektedir. Bu durumda, idareye yasayla hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında para cezası, disiplin cezası ya da belli bir haktan geçici olarak yoksun kalma gibi yaptırımlar uygulama yetkisi verilmesine Anayasal engel bulunmamaktadır.”

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında, Anayasa'nın 38 inci maddesinden, idari yaptırım yetkisinin tanındığı sonucu çıkarılmaktadır. Zira kararda, idarenin sadece kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğurabilecek yaptırım uygulayamayacağı ifade edildiğinden dolayı, diğer idari yaptırım kararlarının alınmasına ve bunların uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında¹⁰, *idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara idari yaptırım denilmektedir*” şeklinde bir

⁸ Anayasa Mahkemesi, 13.5.2004 tarihli, E. 2000/43, K. 2004/60; aynı yöndeki başka bir karar 23.10.1997 tarihli, E. 1997/19, K. 1997/66.

⁹ KARABULUT, s. 9.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 23.10.1996, E.1996/48-K.1996/41, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 33, C.1, s. 181.

tanım yapılarak, idari yaptırımların organik anlamda idare ölçütüne göre tanımı yapılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), idari yaptırım türü olan idari para cezalarını, kişiler üzerinde idari ve mali sonuçlara yol açmasından ötürü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6 ncı maddesi¹¹ kapsamında değerlendirmektedir. AİHM, idari yaptırımların cezalandırıcı ve caydırıcı niteliğini dikkate alarak ihlal iddiasını incelemektedir.

II. İlkeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme

İdari yaptırımların kamu yararı düşüncesiyle idareye tanınması zorunluluk olarak kabul edilmektedir. Diğer taraftan, kamu yararı gerekçe gösterilerek kişiler üzerinde cezalandırıcı ve caydırıcı tedbirlerin uygulanması keyfiliğe de yol açabilir.

Kamu yararı, her idari işlemde göz önüne alınması gereken bir kavramdır. Bu kavram, bir idari işlemin hukuka uygunluk denetimi yapılırken değerlendirilir ve idari işlemin “maksat” ögesi olarak da bilinir. İdare, bir kamu hizmetini yerine getirirken sınırsız yetkilere sahip değildir. Kamu hizmetinin nihai hedefi kamu yararı olmakla birlikte bunu belirli usul kurallarına uygun olarak yerine getirmek zorundadır.

Aynı şekilde idari yaptırımlar sonuç itibarıyla kamu yararının tesis edilmesi, kamu düzenin korunması ya da kollanmasına hizmet etmesine rağmen, kişilere karşı sınırsız bir yaptırım tesisi de mümkün değildir. Kişilere uygulanan idari yaptırımların belirli kurallara tabi tutulması gereklidir. Bu kurallar, idari yaptırımların usul ve esasa uygun olarak alınmasına ilişkin düzenlemeler içermelidir¹².

Türkiye’de üst kurulların bir piyasa denetleme ve gözetleme aracı olarak yer alması idari yaptırımların da ayrıntılı olarak düzenlenmesini gerekli kılmıştır¹³. Zira, bir tarafta piyasa ekonomisinin işleyişi, diğer tarafta

¹¹ Sözleşme'nin 6 ncı maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: (1) Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

¹² TAN, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler”, s. 313.

¹³ *Ibid*, s. 314.

kişilere güvence sağlanması düşüncesi, idari yaptırımların adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde alınmasını ve uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Ancak, piyasa ekonomisinin işleyişi, idari yaptırım yetkisinin belirtilen kurullara tanınmasında ağırlıklı bir gerekçe iken, kişilere güvence sağlanmasına ilişkin yeterli güvence sağlanmamıştır. Zaten, idari yaptırımlara yer veren mevzuatlara bakıldığında, kişilere güvence tanınmasının ihmal edildiği de görülmektedir.

İdari yaptırımların belirtilen sakıncalarından ötürü özellikle yargısal içtihatlarda ortaya çıkan, sonraları mevzuatlarda yer alan bazı ilkeler kabul edilmiştir. Bu ilkeler, savunma hakkı, gerekçe, tarafsızlık gibi usule ilişkin olabileceği gibi, yasallık, non bis in idem ve ölçülülük gibi esasa ilişkin ilkeler de olabilir¹⁴.

İdari yaptırımlara ilişkin usul kurallarının getirilmesi ile ilgili olarak doktrinde şu yönde görüş ileri sürülmüştür:

“Bir müeyyide kanunlara konulunca, bunun uygulanma şekli ve usullerinin de iyice tespit edilmesi şarttır. Suç kabul edilen fiillerin tarifi ve sayılması, maddi hadisenin tespiti, cezanın asgari ve azami haddinin tayini, zabıt, tebliğ, itiraz şekil ve yollarının belirtilmesi idari müeyyidelerde daha çok açıklık getirecek ve kişilerin keyfiliğinden kurtaracaktır.”¹⁵

Bir başka görüş ise idari yaptırımların ceza yaptırımlarına benzerliği ve dolayısıyla sıkı usul kurallarının getirilmesi ile ilgili olarak ÖZAY tarafından ileri sürülmüştür:

Yararlananlar üzerindeki etki ve her kolluk faaliyet ve işleminde olduğu gibi, özgürlükler ile doğrudan ilişkileri, üstelik kamu hizmetlerindeki gibi bir edimin sunulması şeklinde değil de, bireylere bazı şeylerin yaptırılması veya yaptırılmamasının sağlanması biçiminde, onlara yükümlülük getirmesi nedeniyle, hukuki rejimleri, bu konuların en çok işlendiği alan olan Ceza Hukukundan doğrudan esinlenerek veya benzetilerek düzenlenmiştir; böyle de olması gerekir.”¹⁶

¹⁴ KARABULUT, s. 17; ERKUT, s. 185.

¹⁵ SÜRBEHAN Sadrettin, “İdari Müeyyide ve İdari Ceza Hukuku” *Türk İdare Dergisi*, Ocak-Şubat 1971, s. 328.

¹⁶ ÖZAY, s. 73.

İdari yaptırımlara ilişkin güvence sağlanması bağlamında Avrupa Konseyi 31(77) sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı ile, idari işlemden haberdar edilme, görüş açıklama, savunma yapma, hukukî yardım alma, kendini temsil ettirme, gerekçenin öğrenilmesi ve başvuru yollarının gösterilmesi gibi bazı ilkeler kabul edilmiştir. Yine, idari yaptırımlara sistemli bir şekilde İsviçre İdare Ceza Hukuku Hakkında Federal Kanun'da yer verildiğini görmekteyiz¹⁷.

Danıştay, eski tarihli bir kararında, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2 nci maddesinde geçen "...bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmazlar." hükmü ile ilgili kararında, bu hükmün, sıkıyönetim süresince uygulanması gerektiğini, göreve son verilmesi işleminde başkaca bir usul hükmü öngörülmediğini ve ilgiliye savunma hakkı tanınmadığını gerekçe göstererek işlemleri iptal etmiştir¹⁸.

Kabahatler Kanunu ise, idari yaptırım güvencelerini tam anlamıyla sağlamamıştır. Örneğin, Kanunda savunma hakkı düzenlenmemiştir. Oysa bazı idari yaptırımların hukuksal sonuçları itibariyle daha ağır olduğu bilinmekte iken, güvencelerin getirilmemiş olması büyük bir eksiklik olmuştur¹⁹.

İdari yaptırımlarda güvenceler konusunda gündeme gelen "Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı Taslağı"²⁰, sistemli hükümler ihtiva etmektedir. Bu tasarıda, birey hakkında idari bir yaptırım uygulanmadan önce usule ilişkin bir takım güvenceler getirilmekle bireyin menfaati korunmaktadır²¹.

B) USÛLE İLİŞKİN İLKELER

I. Savunma Hakkı

İdare hukukunda savunma hakkı, idari yaptırım uygulanmadan önce ilgilinin, isnad edilen fiili işlemediği veya işlemiş olmasına rağmen daha az cezanın takdir edilmesini gerektirecek bir takım bilgi, belge ve olgulara ilişkin imkân ve kolaylıklara sahip olmasını ifade etmektedir.

¹⁷ KARABULUT, s. 28; AKILLIOĞLU Tekin, "Yönetmelik İşlemlerinde Gerekçe İlkesi", *AİD*, Haziran 1982, C. 15, S. 2, s. 17.

¹⁸ DİBK, 7.12.1989, E. 1986/6, K. 1989/4, RG 9.2.1990, S. 20428, s. 67-68.

¹⁹ KARABULUT, s. 36.

²⁰ OĞURLU, "İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?", *AÜEHFD*, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 73, dipnot 1.

²¹ KARABULUT, s. 31; bkz. Tasarı Taslağı'nda Dinlenilme Hakkı (m. 25), İşlem Yapma Yükümlülüğü (m. 31), İdari İşlemin Gerekçesi (m. 33), Başvuru Yollarının Gösterilmesi (m. 34) <http://www.idarehukuku.net/mevzuat/Genel-Idar-Usul-Kanunu-Tasarisi.html> (Erişim Tarihi: 25.02.2014)

Savunma hakkı, Türk mevzuatında ağırlıklı olarak yargısal içtihatlar sonucunda kabul görmüştür²². AKILLIOĞLU, bu hakkın iki unsuru olduğunu belirtmektedir. Bunlar bilgi alma ve görüş bildirme hakkıdır²³.

Türk hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda da savunma hakkı, yargısal içtihatlarla kabul edilmiş olup hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir²⁴. Yine savunma hakkı, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'na (ATAD) temel topluluk ilkesi olarak görülmektedir²⁵. İlgililerin menfaatlerini etkileyen yaptırımlarda savunma hakkına uyulması gerekliliği bu ilke kapsamındadır²⁶.

Savunma hakkı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce de önemle üzerinde durulan hukuk ilkelerinden birisi olmuştur. Bakanlar Komitesi'nin 13 Şubat 1991 tarihli ve 1 sayılı kararı ile bu hakkın "bilgilendirilme" ve "yeterli süre verilmesi" imkânlarını içermesi ve her halükarda yaptırımdan önce kişinin savunmasının alınması bir topluluk kuralı haline getirilmiştir²⁷.

Savunma hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Söz konusu maddeye göre, "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" Ancak, savunma hakkına ilişkin anayasal ifade yetersiz olup bu hakkın korunmasına ilişkin tam bir güvence sağlamamaktadır.

Savunma hakkı, Türk mevzuatında dağınık bir görünüm taşımaktadır. Özellikle düzenleyici ve denetleyici kurullara ilişkin yasal düzenlemelerde bu hakka yer verildiği görülmektedir. Örneğin, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun²⁸, 43. maddesi ile bu hakkı kabul etmiştir. Söz konusu madde, iddiaların türü ve niteliğini ihtiva eden bilgilerin ilgili tarafa verilmesini, savunma hakkı için öngörülen sürenin başlayabilmesi için yazılı bildirim yapılmasını

²² *Ibid.*, s. 39.

²³ AKILLIOĞLU, "Yönetim Önünde Savunma Hakları", *TODAİE Yayınları*, Ankara 1983, s. 17.

²⁴ KARABULUT, s. 40.

²⁵ *Ibid.*, s. 41.

²⁶ KABOĞLU İbrahim, *Avrupa Topluluğu ve İdari Yargı, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jurisprudansı ve İdari Kararların Gerekeçli Olma Zorunluluğu*, I. İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, Danıştay Yayınları, Mayıs 1990, s. 304.

²⁷ *Ibid.*, s. 41.

²⁸ 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun.

zorunlu saymaktadır. Diğer taraftan Kanun'un 43. maddesi, ilgili tarafın sözlü savunma hakkına sahip olduğunu da belirtmektedir²⁹.

Yine Sermaye Piyasası Kanunu³⁰ ile Bankacılık Kanunu³¹, ilgiliye yaptırım uygulanmadan önce savunmasının alınmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak, bazı düzenleyici ve denetleyici kurullara ilişkin yasal düzenlemelerde bu hakka hiç yer verilmemiştir. Örneğin, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun³², Şeker Kanunu³³ ile Doğal Gaz Piyasası Kanunu³⁴ bu hakka ilişkin bir usul öngörmemiştir³⁵.

Savunma hakkı, ceza muhakemesinde kurumsal hale getirilerek etkin bir şekilde kullanılabilmesi arzu edilmiş ve bu hakkın tanınmaması mutlak bozma nedeni sayılmıştır. Ancak, idari yaptırımlarda bu hak, sistemli bir şekilde tanınmamıştır³⁶. Örneğin, savunma hakkına yer veren düzenleyici ve denetleyici kurullara ilişkin yasal düzenlemelerde dahi sözlü savunma, tali bir imkân olarak sunulmaktadır³⁷. Bu savunma türü, ikna etme, detaylandırma ve takdiri sebepler gibi bir takım imkân ve kolaylıkları sağlarken aslî olarak sunulmaması ise düşündürücü olmuştur.

Kabahatler Kanunu'nda da savunma hakkının kabul edilmemesiyle, yaptırım uygulanacak kişi güvencesiz bırakılmıştır³⁸.

Anayasa Mahkemesi savunma hakkını bir "güvence" olarak kabul etmektedir. Mahkemenin değişik kararlarına yansıyan gerekçelerinde söz konusu hak, "önemi ve erdemi tartışılmaz yücelikte"³⁹ görüldüğü gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6 ncı maddesindeki adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak da değerlendirilmiştir.

²⁹ TAN, s. 314.

³⁰ 6.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Kanun, m. 47/A.

³¹ 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Kanun, m. 149.

³² 15.2.2011 tarihli ve 6112 sayılı Kanun.

³³ 4.4.2001 tarihli ve 4634 sayılı Kanun.

³⁴ 18.4.2001 tarihli ve 4646 sayılı Kanun.

³⁵ TAN, s. 315.

³⁶ OĞURLU Yücel, "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 1, dipnot 123, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *İdari Ceza Hukuku*, s. 136-138.

³⁷ *Ibid.*, s. 166.

³⁸ KARABULUT, s. 31.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, 14.7.1998 tarihli ve E. 1997/41, K. 1998/47.

Mahkemenin 1998/47 sayılı kararında, Mülgâ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun⁴⁰ (CMUK) 208. maddesinde yer alan “Sulh Ceza Mahkemelerinde açılan davalara ait iddianameler sanığa tebliğ olunmaz” hükmü, “savunma hakkı, anayasanın kişinin hakları ve ödevlerini belirleyen ikinci bölümünde yer alan temel haklardandır. Hukuk öğretisinde olduğu kadar uygulamada da önemi ve erdemi tartışılmaz yüceliktir. Evrensel konumu nedeniyle, insanlığın ortak değerlerinden sayılmaktadır.” gerekçesiyle iptal edilmiştir. Kararda dikkat çeken hususlara bakıldığında, savunma hakkının temel bir hak olduğu, evrensel bir konumunun bulunduğu ve insanlığın ortak değeri olduğudur. Kararda ayrıca, sanığın savunma hakkını etkin kullanabilmesi için, suç isnadını içeren iddianamenin sanığa tebliğ edilmesi zorunluluğundan bahsedilmektedir⁴¹.

Anayasa Mahkemesi savunma hakkını, hak arama özgürlüğünün bir ögesi olarak belirtmiş ve bu hakkın eksiksiz kullanılmasını önleyecek yasa yükümlerini Anayasa'nın “hak arama özgürlüğünü” düzenleyen hükmüne aykırı görmüştür⁴².

Bu çerçevede Mülgâ CMUK 5.3.1973 tarih ve 1696 sayılı Yasayla eklenen “Ek Madde 2” nin Anayasa'ya aykırılığı konusunu değerlendirirken Anayasa Mahkemesi, mutlak anlamda iddia ve savunmanın kişilere tanınması gerektiğini en açık anlamıyla ortaya koymuştur.

Mahkeme burada, “suçsuzluk karinesine” dayanmıştır. Buna göre, kesin hükme kadar suçsuzluk karinesinden yararlanması gereken sanığın, yargı yerlerinde kaygıya kapılmaksızın, her türlü etkiden uzak olarak, savunmalarını yapabilmeleri gerekirken “yasa dışı kuruluşlarla olan üyelik ilişkisinin tipik örnekleri” ve “üyelik sıfatının dış belirtisi” olarak kabul edilecek olan eylemlerin, sanığı peşinen suçlu kabul etmek olduğunu, doğal olarak savunma hakkının kullanılmayacağını belirtmiş; diğer taraftan “yüze karşı yargılama” usulünü, sanığa tanınan bir güvence şeklinde değerlendirerek mahkemenin doğru ve hızlı karar vermesinin bir yolu olduğunu ifade etmiştir⁴³.

Savunma hakkının somut olarak tanınması ve kullanılması şarttır. Anayasa Mahkemesi, Mülgâ Türk Ceza Kanunu'nun⁴⁴ (TCK) 481. maddesine

⁴⁰ 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu.

⁴¹ KARABULUT, s. 44.

⁴² Anayasa Mahkemesi, 29.01.1980 tarihli ve E. 1979/38, K. 1980/1, RG. 15.05.1980, S. 16989.

⁴³ Anayasa Mahkemesi 12.06.1969 tarihli, E. 1968/52, K. 1969/35, RG. 18.05.1970, S. 13497, s. 1-2; AYDIN Mesut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 61-3, s. 26.

⁴⁴ 1.03.1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu.

ilişkin olarak, tüzelkişinin temsilcisinin yokluğunda cezaya hükmolunmasına ilişkin düzenlemenin savunma hakkını ihlal ettiğini ve hak arama yolunu sınırlandıran bir kural olarak gördüğünü belirtmiştir⁴⁵. Mahkeme, bir hakkın kullanımını sınırlandıran bir düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Yüce Mahkemeye göre, sanık, mahkemede kendini özgürce savunabilmeli ve bu hak hiçbir şekilde kısıtlanmamalıdır. Diğer taraftan, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun⁴⁶ 63. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "... araç sahiplerine ... " ibaresi Anayasa'ya aykırı görülmüştür. Bu kararda da, "kişinin kusurlu olmadığını kanıtlayıp sorumluluktan kurtulmasına olanak tanınmadığı", gerekçesiyle hak arama hürriyetinin kısıtlandığı sonucuna varmıştır⁴⁷.

Savunma hakkının etkin kullanılabilmesi için duruşmanın ileri bir tarihe bırakılması ise Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi, Askeri Mahkemeler Kurulu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun⁴⁸ 20 nci maddesinde geçen "*askerlik hizmetinin aksamadan ve kesintiye uğramadan yürütülmesi amacıyla, hafif nitelikte olan bir yıla kadar şahsi hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlara ait davaların geri bırakılacağına ilişkin*" hükmü, Anayasa m. 36'ya aykırı bulmuştur⁴⁹.

Savunma hakkı, Danıştay kararlarında 1935'li yıllardan beri yer almaktadır. Bu tarihlerden itibaren, idari yaptırımlar farklı bir usule tabi tutulmuştur⁵⁰. Bu usullerden birisi olan "savunma" evrensel bir hak olmasının yanında, Danıştay kararlarında "zorunlu" olarak tanınması gereken bir hak olarak da görülmüştür⁵¹.

Danıştay bir kararında⁵², hakkında soruşturma açılan bir kişiye isnat hakkında bilgi verilmesini ve bu sağlandıktan sonra ancak savunma

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi 19.09.1991 tarihli, E. 199112, K. 1991/30, RG. 16.09.1992, S. 21347, s. 30.

⁴⁶ 2.9.1971 tarihli ve 1479 sayılı Kanun.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi 27.03.2002 tarihli, E. 2001/343, K. 2002/41, RG. 13.11.2002, S. 24935, s. 25; AYDIN, s. 27.

⁴⁸ 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Kanun.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi 17.02.2004 tarihli, E. 2001/237, K..2004116, RG. 05.05.2004, S. 25453, s. 77-78; AYDIN, s. 28.

⁵⁰ KARABULUT, s. 42.

⁵¹ *Ibid.*, s. 43.

⁵² Danıştay 5. Dairesi, 06.06.1991 tarihli., E: 1990 / 4297, K. 1991/1099.

hakkının kullanılabilmesine karar vermiştir⁵³. Belirtilen kararda, davacının “*bilinmeyene karşı iddia ve savunmada bulunmasının güçlüğü ve hatta imkânsızlığı*” üzerinde durularak, hakkını savunabilmesi için işlemin nedenini bilme zorunluluğu aranmıştır.

Bir başka kararında Danıştay⁵⁴, 4054 sayılı Kanuna göre hakkında soruşturma açılan şirkete, soruşturma belgelerinin gönderilmesinin zorunlu olduğunu, ilk yazılı savunma alındıktan sonra ancak yaptırım uygulanabileceğini karara bağlamıştır.

Yine, Sermaye Piyasası Kurulu’nda (SPK) görev yapan davacının görevden çıkartılmasına ilişkin bir davada da Danıştay⁵⁵, soruşturma konusu işlemin sebepleri ile hukuksal dayanaklarının ortaya konulmasını, savunma hakkının kullanılabilmesi açısından önemli görmüştür.

II. Gerekçe İlkesi

Bir idari yaptırımın gerekçeli olması, işlemin hukuksal nedeni ile maddi fiilin tespit edilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu sayede, hakkında yaptırım uygulanan kişi veya mahkeme, işlemin hukuksal niteliğini yaparak ihlalin karşılığı olan yaptırımın hukuksal doğruluğunu da denetlemiş olur⁵⁶.

İdari yaptırım uygulayan idare, gerekçe ilkesi sayesinde, doğru ve mantıklı nitelendirmelerde bulunur, maddî ve hukukî sebepleri ortaya koyar. Hal böyle iken, her idari işlem için gerekçe zorunlu bir unsur değildir. Yani gerekçesiz işlem de tesis edilebilmektedir⁵⁷. Bu bağlamda AKYILMAZ⁵⁸, “*Gerekçe, aynı zamanda, işlemin yöneldiği kişinin doğru karar verildiği yönünde ikna olmasına, motive edilmesine yardımcı olan işlem metninde yer alan notları, ifadeleri içerir.*” demektedir. Yani gerekçe, bir anlamda tesis edilen işlemi yorumlayan, anlamlandıran ve işlemin dayanağını gösteren bilgilendirme aracıdır. Yine AKYILMAZ’a göre, idari işlemin gerekçeli olmasının sağlayacağı fayda, ikna olan kişinin yersiz ve gereksiz başvurulardan kaçınacak olmasıdır⁵⁹.

⁵³ KARABULUT, s. 44.

⁵⁴ Danıştay 13. Dairesi, 07.05.2007 tarihli E. 2006/891, K. 2007/2812.

⁵⁵ DİDDK, 20.10.2005 tarihli, E. 2003/883, K. 2005/2501.

⁵⁶ KARABULUT, s. 48.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 48.

⁵⁸ AKYILMAZ Bahtiyar, *İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü*, Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK’e ARMAĞAN, Turhan Kitabevi, Ankara Mayıs 2005, s. 7.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 24.

Gerekçe kural olarak idari işlem ile birlikte ya da işlemi tesis eden merciye yapılan başvuru üzerine bildirilir. Bu konu ile ilgili mevzuatımızda genel bir idari usul düzenlemesi bulunmamakla birlikte, idari işlemin gerekçesinin talep edilmesi halinde idareye açıklama zorunluluğu getiren Bilgi Edinme Hakkı Kanunu⁶⁰, 12. maddesinde “Kurum ve kuruluşlar, bilgi edinme başvurularıyla ilgili cevaplarını yazılı olarak veya elektronik ortamda başvuru sahibine bildirirler” hükmünü kabul etmiştir.” Bu düzenleme, gerekçe ilkesinin güvence altına alınmasını sağladığı gibi idari mercilere de gerekçeyi açıklama zorunluluğu yüklemektedir.

Yine TANÖR ve YÜZBAŞIOĞLU⁶¹, Türk Anayasa Hukuku adli eserlerinde, gerekçenin keyfiliği önlemek, tarafları tatmin etmek ve temyiz edecek taraf için hukukî dayanak olması özelliklerine vurgu yaparak ilkenin önemini belirtmişlerdir. Gerekçe ilkesine ilişkin olarak Danıştay’ın kararlarına yansıyan eğilimi değerlendiren AKILLIOĞLU⁶², idarenin işlemlerinde gerekçenin aranmasını değil, işlemin nedeninin hukuka uygunluğunun dikkate alındığını tespit etmiştir.

Almanya, 1976 yılında Yüksek İdare Mahkemesi’nin “gerekçe” içtihadı doğrultusunda “*İdari Usul Kanunu*” yapmış ve “gerekçe” yi yasal dayanağa kavuşturmuştur⁶³. Türk yargısal içtihatlarında ise gerekçe ilkesine ilişkin yüzlerce içtihat bulunmasına rağmen konuya ilişkin halen genel bir düzenleme yapılmamıştır.

Gerekçe ilkesi, savunma hakkının kullanılabilmesi açısından da önem taşımaktadır. Zira, savunma hakkını kullanacak olan kişi, hakkında tesis edilen işlemin hukuksal nedenlerini ve maddi olayı bilmek zorundadır. Diğer taraftan, işlemin gerekçesini bilen ilgili, lehine olan hususları bu sayede öğrenerek hak arama yollarında kullanabilecektir. Gerekçe ilkesi, düzenleyici ve denetleyici kurumların kararlarında karşı oy açıklamak suretiyle de yer alabilmektedir. Örneğin bir kararın aksi yönünde oy kullanan bir kurul üyesi, karşı oy yazısında kararın hukuksal ve maddi niteliği üzerinde farklı düşünce taşıdığını belirtebilir⁶⁴.

⁶⁰ 9.10.2003 tarihli ve 4982 sayılı Kanun.

⁶¹ TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002, s. 457.

⁶² AKILLIOĞLU, Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi, *AİD.*, Haziran 1982, C. 15, S. 3, 1981, s. 8-9.

⁶³ *Ibid.*, s. 49.

⁶⁴ *Ibid.*, s. 53.

Danıştay⁶⁵, sarı basın kartı verilmemesi istemine ilişkin olarak, gerekçe ilkesinin şekil şartını oluşturmadığını ve işlemin sonucunu etkilemediğini belirterek tek başına bir iptal sebebi olarak görmemiştir. Danıştay'ın aksi yöndeki bir başka kararında ise 28 Eylül 1977 tarihli ve 31 sayılı “*Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması*” konulu Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararına atıf yapılmıştır. Komite kararına dayanılarak verilen kararda, gerekçe ilkesinin işlemleri yapan idarenin maddi ve hukuki nedenler üzerinde durmasını sağladığı, dayanak olan yasanın kavranmaya çalışıldığı ve anlamlı gerekçeler ortaya konulduğu hususlarına yer verilmiştir. Kararda, gerekçenin bulunmaması hukuka aykırı bulunmuştur⁶⁶.

Gerekçe ilkesiyle ilgili son olarak şunlar söylenebilir: Bu ilke, savunma hakkının kullanılmasını sağlaması yanında idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayan bir hukuksal araçtır. Gerekçe ilkesini genel bir yasada ya da idari yaptırıma yer veren özel yasalarla düzenlemek ilkenin yerleşmesi için bir çözüm olabilir. Halen Taslak aşamasında bulunan Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 33. maddesi “Her idari işlem gerekçeli olmak zorundadır. İşlem metninde, idarenin o işlemi yapmasını gerektiren maddi ve hukuki sebepler açık ve anlaşılabilir şekilde yer alır.” hükmü bir çözüm sağlayabilecektir⁶⁷.

III. Tarafsızlık İlkesi

Tarafsızlık ilkesi, kişisel menfaat gözetmeksizin, objektif bir biçimde ve hukuk kurallarına bağlı olarak işlem tesis edilmesi anlamına gelir. Bu ilke, bir idari yaptırımın soruşturulması ve karar verilmesi aşamalarında daha fazla ön plana çıkmaktadır⁶⁸.

Tarafsızlık ilkesi, hiçbir etki altında kalmadan, bir hukuk normunun lafzı ve ruhu ile birlikte uygulanmasıdır. Zira, normun bu içeriği, dışsal etkilerden uzak olarak yorumlanmasını ve hukuksal amacın gereği gibi yerine getirilmesine hizmet etmektedir.

Tarafsızlık ilkesine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi⁶⁹, Mülga 3984 sayılı RTÜK m. 12/d bendinde “*Radyo ve Televizyon kuruluşlarına 33 üncü*

⁶⁵ DİDDGK, 17.10.1997 tarihli, E. 1995/769, K. 1997/525.

⁶⁶ *Ibid.*, s. 55.

⁶⁷ OĞURLU, “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?”, s. 73, dipnot 1. <http://www.idarehukuku.net/mevzuat/Genel-Idar-Usul-Kanunu-Tasarisi.html> (Erişim Tarihi:25.02.2014)

⁶⁸ AKILLIOĞLU, s. 92; KARABULUT, s. 61.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, 21.9.2004 tarihli, E. 2000/100, K. 2000/109.

madde uyarınca verilecek idari para cezaları RTÜK'ün gelirleri arasında sayılmıştır.” hükmünü incelerken, bu maddenin iptal istemini reddetmiş ve, Üst Kurul’un uygulayacağı para cezalarının, gelirleri arasında yer almasının keyfiliğe yol açacağı iddiasının geçerli bir neden olmadığı gibi, yargı denetiminin bu tür keyfi uygulamalara olanak vermeyeceği de göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğundan söz edilemez.” demiştir. Bu kararın karşı oy gerekçesinde ise tarafsızlık ilkesine katı bir şekilde uyulması gerektiğinden bahsedilmekte ve söz konusu normun nesnel değerlendirme konusunda şüphelere yol açtığı ifade edilmektedir⁷⁰.

Tarafsızlık ilkesi, Fransa’da Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Bu kararlardan birinde COB kurulunda görev yapan bir üyenin, soruşturmayı yaptıktan sonra karara iştirak etmesi AİHS. 6 ncı maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur⁷¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) söz konusu maddeye göre, adil yargılanma hakkının unsurlarından birisinin de davanın çözümünde tarafsız olunmasının gerekli olduğunu belirtmektedir. Mahkeme veya üyelerinden herhangi biri önyargıdan uzak bir şekilde davaya ilişkin nesnel hukuk kurallarını gözeterak çözüm faaliyetine katılmalıdır⁷².

Yine AİHM’e göre tarafsızlık ilkesi, öznel ve nesnel tarafsızlık şeklinde ikiye ayrılmakta olup öznel tarafsızlık, hâkimin görülen bir davada subjektif tarafsızlığını; nesnel tarafsızlık ise mahkeme kararlarının taraflar üzerinde bıraktığı etkiyi ifade etmektedir⁷³.

Tarafsızlık ilkesi Danıştay kararlarında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekte, bu ilkenin ihlal edilmesi ise bir bozma nedeni sayılmaktadır. Konuyla ilgili bir Danıştay kararı⁷⁴, disiplin soruşturmasını yürüten kurul üyesinin, karar toplantısına katılarak oy kullanmasını, kararın sonucuna etki eden bir hukuka aykırılık olarak görmüştür. Bu karara göre, disiplin kurulu kararlarının objektifliğinin sağlanması açısından soruşturmacı olarak görevlendirilen kurul üyesinin, disiplin kararının alınmasında tarafsız olamayacağı bu nedenle karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka

⁷⁰ KARABULUT, s. 61.

⁷¹ *Ibid*, s. 62.

⁷² İNCEOĞLU Sibel, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yayınları, Mayıs 2002, s. 182.

⁷³ *Ibid.*, s. 183.

⁷⁴ DİDDGK, 23.10.1992, E.1992/316, K.1992/164, DD, S. 87, s. 102 vd.

aykırı olduğu ifade edilmiştir. Bu karara paralel bir başka Danıştay kararında⁷⁵, düzenleyici ve denetleyici bir kurul üyesinin, hem soruşturmayı yürütmesi hem de karar toplantısına katılarak oy kullanması tarafsızlık ilkesine aykırı görülmüştür.

IV. Yargı Yolu

Hukuk devleti, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka bağlı olduğu bir devlettir. İdarenin hukuka bağlı olmasının denetlenmesi ise yargı yoluyla mümkündür⁷⁶.

Yargı yolu, kişiler için bir güvencedir. Bu güvence, hak arama özgürlüğünün önemli bir parçasıdır. Yargı yolunun kişiler için bir hak olması başta yargı içtihatları olmak üzere, Anayasa ve AİHS. m. 6 sayesinde mümkün olmuştur⁷⁷.

Yargı yolu, idarenin işlem ve eylemlerine karşı, yönetilenlere verilen en önemli güvencedir. Bu güvenceyi tesis eden Anayasa'nın 36 ncı maddesi, *“herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* Anayasa'nın 40. maddesi ise, *“devlet, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”* şeklindedir.

AİHS'nin 6 ncı maddesi de, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının herkese tanınmasına ilişkin hüküm ihtiva etmektedir⁷⁸.

TAN, idari yaptırımlara karşı, etkili bir yargısal yolun güvence oluşturacağını, bu denetim yolunun açık bir şekilde belirlenmesi gerektiği

⁷⁵ Danıştay 5. Dairesi, 27.02/2003 tarihli, E. 2000/1445, K. 2003/578; Soruşturmacının, karar toplantısına katılmasını hukuka aykırı bulan farklı bir karar için bkz. DİDDGK., 22.10.2009 tarih, E.2007/2040-K.2009/1868, Kazancı pro., Erişim Tarihi:27.11.2013, *“Davacı şirket tüzel kişiliğinin, dava konusu Kurul kararının şirketin yönetim organında görev alan kişiye para cezası verilmesine ilişkin kısmının iptalini istemekte hukuki menfaatinin bulunmadığı; soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, soruşturma raporunun ve bu rapora karşı verilen savunmayla ilgili olarak hazırlanan ek yazılı görüşün oluşturulması aşamasında bulunmak, raporu ve ek görüşü imzalamak suretiyle görüşünü önceden oluşturduğu ve açıkladığı dikkate alındığında, aynı üyenin soruşturma raporunun ve savunmanın objektif bir şekilde tartışılıp değerlendirilmesinin gerekli olduğu nihai kararın verileceği toplantıya katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Karar hukuka uygundur.”*

⁷⁶ GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Yönetim Hukuku*, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 314.

⁷⁷ KARABULUT, s. 70; AKILLIOĞLU, “İnsan Hakları ve Yönetimsel Yargı, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri”, 10-14 Mayıs 1993, *Danıştay Yayınları*, Ankara, s. 225.

⁷⁸ İNCEOĞLU, s. 106.

üzerinde durmakta⁷⁹; Türk hukukunda yargı yoluna ilişkin olarak, adli ve idari yargı ayrımı yapıldığını, düzenleyici ve denetleyici kurulların yaptırımları bakımından genel olarak idari yargı yerlerinin görevli olduğunu belirtmektedir⁸⁰.

İdari yaptırımlar bakımından yargı yoluyla ilgili olarak yüksek mahkeme kararlarında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Adli ve idari yargı ayrımına ilişkin bu yaklaşımlar konunun halen tartışma konusu olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında⁸¹, “*uyuşmazlık konusu eylemin, idari yargıda incelenip çözüme bağlanacak idari bir işlem ya da karar olsa da, söz konusu Yasanın 108. maddesi ikinci fıkrasının ikinci tümcesi ile bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümleneceğine ilişkin düzenlemenin, Anayasa'nın yargı ile ilgili genel ilkelerine ve dolayısıyla 154 ve 155. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır*”. Uyuşmazlık Mahkemesi⁸² ise, “*idarenin organları eliyle idari usullere göre uygulanması ve idare hukukunun bir müeyyidesi olması nedeniyle, idari cezaların yargısal denetiminde, kural olarak, idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır*”. Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında⁸³, “*Anayasa'nın 36. maddesinde, davacı ya da davalı olarak herkesin, gerekli araç ve yollardan faydalanarak yargı mercileri önünde adil yargılanma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Bu kuralla, bir davanın yanlarının hiçbir kaygıya kapılmadan, etki altında kalmadan, korku ve çekinme duymadan özgürce haklarını kullanmalarına olanak sağlanmıştır.*” denilerek, idari başvuru yolunun etkin olmasının gerekli olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa'da yargı yoluna ilişkin düzenlemelerin yanında bazı özel kanunlarda da doğrudan mahkemeye başvurma ya da itiraz usulü öngörülmüştür. Danıştay⁸⁴, Rekabet Kurulu kararları bakımından İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun⁸⁵ (İYUK) 11 inci maddesi anlamında bir başvuru usulünün kabul edilmediğini belirtmiştir. Bu durum BDDK ve EPDK kararları açısından da böyledir. Yani, belirtilen kurul kararları bakımından özel bir itiraz usulü öngörülmemiş, doğrudan bir dava açma yolu kabul

⁷⁹ TAN, s. 320.

⁸⁰ *Ibid.*, s. 321.

⁸¹ *Ibid.*, s. 321, dipnot 40, Anayasa Mahkemesi, 10.7.1990 tarihli, E. 1989/28-K. 1990/18.

⁸² *Ibid.*, s. 321, dipnot, 41, Uyuşmazlık Mahkemesi, 9.7.2001 tarihli, E. 2001/49- K. 2001/61.

⁸³ Anayasa Mahkemesi, 30.5.2006 tarihli, E. 2003/82, K. 2006/66.

⁸⁴ Danıştay 10. Dairesi, 14.11.2002 tarihli, E. 2000/1111, K. 2002/4362.

⁸⁵ 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı Kanun.

edilmiştir. Söz konusu kurul kararlarına itiraz yolunun kapatılması ise hak aram özgürlüğünün ihlali sayılmamaktadır. Zira, kurul kararlarına karşı yargı yerlerine başvurulabiliyorsa, hak arama özgürlüğü güvence altına alınacaktır.

İdari yaptırımlarda, yargı yoluna ilişkin olarak açık bir yasal düzenleme yapılmamışsa, idari yargı yerleri görevlidir. Ancak özel bir düzenleme yapılmışsa, artık bu yargı yeri görevli kabul edilmelidir⁸⁶. İdari yaptırımlar alanında yargı yolunun belirlenmesi, hukuka uygunluk denetiminin yapılması bakımından önem taşımaktadır. Zira, idari yargı yerleri, iptal kararı ile hukuksal denetim yapmaktadırlar. Yoksa iptal kararı haricinde, idarenin yerine geçerek bir işlem tesis etme yetkileri bulunmamaktadır⁸⁷. Yargı yolunun ilk aşaması mahkemeye başvurma hakkıdır. Diğer güvenceler ancak mahkemeye başvurulmasından sonra gerçekleşecektir. Böylelikle hukuk devleti ilkesi de yaşama geçirilebilecektir⁸⁸.

Anayasa Mahkemesi, yargı yolunun bireylere güvence oluşturduğundan başka, bu yolun etkin kullanılabilmesi için bazı hukuksal araçlara sahip kılınmasının da gerekli olduğunu belirtmektedir. Yürütmenin durdurulması ile re'sen araştırma ilkesi bu araçlara örnek verilebilir. Bu konuya ilişkin bir Danıştay kararında⁸⁹, “*idari yargı tarafından verilen kararın sadece davacıyı tatmin amacıyla değil, esasen hukuka dayalı idare ilkesinin yerleşmesi ve hukuk devletinin korunması için verildiği de bilinmektedir.*” şeklinde bir yargıya ver verilerek, yargı yolunun güvence altına alınmasının son tahlilde hukuk devleti ilkesini amaçladığı ifade edilmiştir.

Diğer taraftan Kabahatler Kanunu⁹⁰ m. 28/9 hükmü ile, “*İdari para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla idari para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idari para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir.*” denilerek, yargısal denetimin etkin yapılabilmesi kolaylaştırılmıştır.

C) ESASA İLİŞKİN İLKELER

I. Yasallık İlkesi

Yasallık ilkesi, idarenin hukukla bağlı olmasını sağlayan en temel ilkedir⁹¹. Bu ilkeye göre, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas

⁸⁶ *Ibid.*, s. 322.

⁸⁷ *Ibid.*, s. 323.

⁸⁸ İNCEOĞLU, s. 105.

⁸⁹ DİDDGK, 03.03.2000 tarihli, E. 1999/1126, K. 2000/394.

⁹⁰ 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kanun.

⁹¹ ÇINAR Hacı Yusuf, *Doğalgaz Piyasası Kanunu Çerçevesinde İdari Yaptırımlar*, Gazi Üni-

edilemeyeceği gibi, idari yaptırım da uygulanamaz⁹². Bu yüzden yasallık ilkesi idarenin göz önünde bulunduracağı en önemli yetkidir⁹³.

İdare, yaptırım yetkisini kullandığı durumlarda belirli usul kurallarına çok daha katı bir şekilde uymalıdır⁹⁴. Kişi özgürlüğü dışındaki özgürlüklerin kısıtlanması sonucunu doğurabilecek işlemlerde usul kurallarının gerekliliği daha da öne çıkmaktadır. Bu durumda dahi idari yaptırımın yasal dayanağının olması gerekmektedir⁹⁵.

Yasallık ilkesi gerekçeleriyle, Kabahatler Kanunu'nun 4/1 inci maddesi, genel ve düzenleyici işlemlerle hükmün içeriğini doldurma yetkisini idareye vermiştir. Bu düzenlemeden sonra, idarenin düzenleyici işlemleriyle kanun hükmünün içeriği doldurularak idari yaptırım kararı alınabilecektir⁹⁶.

Yasallık ilkesi, kaynağını Anayasa'nın 7 nci maddesinden almaktadır. Bu maddeye göre "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türk Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez*" şeklindedir. Yasama yetkisinin devredilmezliği olarak da anlaşılan bu ilke, kanun tarafından açıkça yetkilendirilmeden hiçbir idari yaptırımın uygulanamayacağını ifade etmektedir⁹⁷. Yasallık ilkesinin gerekleri ise şunlardır: Anayasaya uygunluk ve hukuk devletinin amaçlarına uyum. Diğer taraftan bir idari yaptırım içeren kanun hükmü, adil ve hakkaniyete uygun olmalı, kamu yararını ön planda tutmalıdır⁹⁸. OĞURLU'ya göre yasallık ilkesi, "*belirli normların yalnızca yasalarla düzenlenebileceği*" anlamını taşımaktadır⁹⁹.

versitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi Ankara 2010, s. 34; BARDAKÇI Mehmet Akif, *Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2006, s. 35; ÇELİKBİLEK Mahmut Fatih, *Kabahatler Kanunu Çerçevesinde İdari Para Cezaları*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 13.

⁹² OTACI Cengiz, *Türk Kabahatler Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ocak 2006, s. 21.

⁹³ ASLAN M. Yasin, "İdari Yaptırımlar", *TBB Dergisi*, S. 85, 2009, s. 177; Lütfü DURAN, *İdare Hukuku Meseleleri*, Ankara 1969, s. 178.

⁹⁴ *Ibid.*, s. 177; ÖZENSOY Talat Rasim, *Ülkemizde Kabahatler Hukuku ve Uygulaması*, Ekin Yayın Pazarlama, s. 47.

⁹⁵ ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Ankara 2006, s. 23-24.

⁹⁶ OTACI, s. 21; GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2003, s. 236.

⁹⁷ OĞURLU, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, (İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 59.

⁹⁸ *Ibid.*, s. 60.

⁹⁹ *Ibid.*, s. 57.

Yasallık ilkesinin kabul edilmesinin sonucu olarak, idari birimler arasında yeknesak düzenlemeler yapılabileceği gibi, keyfi olarak bireylerin özgürlük alanları daraltılamayacaktır. Hukuk devletinin bir gereği de yasama organından geçirilen objektif hukuk normlarıyla keyfi uygulamaların önüne geçilebilmesidir. Zira keyfi uygulamalar, hukuksal istikrar ve güven duygusunun bozulmasına yol açar. Aksi takdirde kişilerin hak ve özgürlükleri, idari işlemlerle sınırlandırılabilir. Örneğin, idari para cezası gibi kişinin doğrudan malvarlığına etkide bulunan yaptırımlar yasallık ilkesi sayesinde idareye sınırlama getirmektedir¹⁰⁰.

Yine, yasallık ilkesinin başka bir sonucu da, kıyas yoluyla yeni bir yaptırım ihdas edilemeyeceğidir. Danıştay, disiplin cezasının kıyas yoluyla uygulanamayacağını kabul etmiştir¹⁰¹. Danıştay bir başka kararında, yönetmelik ile bir idari yaptırımın ihdas edilemeyeceğini kabul etmiştir. Söz konusu kararla, Mülga 1580 sayılı Belediye Kanunu ve Büyükşehir Belediye Zabıta Yönetmeliği'ne dayanılarak, belediye sınırları dışında üretilen ekmeklerin toplanmasını ve belediye sınırları içinde satışını yasaklayan Encümen kararı iptal edilmiştir. Kanunda satışı yasaklayan bir hüküm bulunmamasına rağmen, Yönetmelik ile yasağın getirilmesi yasallık ilkesine aykırı bulunmuştur¹⁰². Yine bir Yargıtay kararına göre, idare, yaptırım uygulamadan önce aşağı sınırı yasada belirtilmemiş para cezalarında misil artırması yapamayacaktır. Konuya ilişkin Yargıtay kararı, bu şekilde bir yaptırım uygulamadan önce, hangi eylemlere idari yaptırım uygulanacağını halka bildirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay, hukuk devleti ilkesi açısından bu bildirim yapılmasının gerekli olduğunu ve idarenin, bildiği kabul edilen kural işleme göre yaptırım uygulayabileceğini karara bağlamıştır¹⁰³.

Yasallık ilkesi, disiplin cezaları bakımından da katı bir şekilde uygulanmaktadır. Anayasa'nın 128 inci maddesinin ikinci fıkrası, "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*" hükmü gereğince, kamu personeline ilişkin disiplin cezalarının da kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu hüküm, 657 sayılı

¹⁰⁰ *Ibid.*, s. 57; GÜNDÜZ Fatma Ebru, *İdari Yaptırımlar*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s. 31.

¹⁰¹ OĞURLU, s. 62; Danıştay 10. Dairesi, 23.10.1990 tarihli, E. 89/2100, K. 90/2297.

¹⁰² OĞURLU, s. 62-63.

¹⁰³ *Ibid.*, s. 64-65; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 27.12.1979 tarihli, E. 1979/750, K. 1979/7920.

Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenerek, memur disiplin hukuku yasal güvenceye kavuşturulmuştur. Disiplin cezalarının yönetmelik ile düzenlenmesi ise Anayasa'nın belirtilen hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Anayasa'nın 130 uncu maddesinin 9 uncu fıkrasında, “.....*disiplin ve ceza işleri,kanunla düzenlenir.*” hükmüne yer verilerek, öğretim elemanlarına ilişkin disiplin suç ve cezalarının ancak kanunla düzenlenebileceği belirtilmiştir. Ancak bu gerekliliği rağmen, yasal düzenleme yapılmadan Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği ile öğretim elemanlarının disiplin suç ve cezalarının belirlenmesi yoluna gidilmiştir¹⁰⁴. Belirtilen Anayasal düzenleme karşısında, söz konusu Yönetmeliğin hukuka aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Danıştay'ın bir başka kararında¹⁰⁵, Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Ortaokul ve Orta Öğretim Kurumları Disiplin Yönetmeliği 5 inci maddesi uyarınca okuldan sürekli uzaklaştırma cezası alan öğrencinin bir başka eğitim kurumuna devam edemeyeceğine ilişkin düzenleme, Anayasa, Millî Eğitim Temel Kanunu ve yasallık ilkeleri gerekçe gösterilerek iptal edilmiştir¹⁰⁶.

Danıştay, işlendiği zamanda yürürlükte olmayan bir kanunun suç saymadığı bir eylemden dolayı kişinin cezalandırılmaması bağlamında verdiği bir kararda¹⁰⁷, “*siyasi güvenliği tehlikeye düşürücü bir eylemde bulunmayan davacının, 1951 yılındaki hükümlülüğü nedeniyle yurt dışına çıkmasının yasaklanmasında isabet bulunmamaktadır.*” demektedir, geçmişteki bir hükümlülüğü nedeniyle kişinin seyahat hürriyetinin kısıtlanmamasına ilişkin başka bir kararda¹⁰⁸, “*hükümlülük tarihinden sonra emniyeti bozucu hali bulunmayan kişinin, pasaport verilmemek suretiyle seyahat hürriyetinin kısıtlanmasında tutarlılık bulunmamaktadır.*” fikrini açıklamaktadır¹⁰⁹.

Yine Danıştay, mutad davranış gibi soyut bir kavrama dayanılarak, disiplin cezası verilemeyeceğine ilişkin bir kararda¹¹⁰, yasallık ilkesini değerlendirerek, ancak mevzuatta belirlenen fiiller için ceza verilebileceğini belirtmiş ve disiplin cezasını iptal etmiştir¹¹¹.

¹⁰⁴ *Ibid.*, s. 65.

¹⁰⁵ Danıştay 8. Dairesi, 11.12.1989 tarihli, E.1989/1011, K.1988/460, DD., S. 78-78, s. 391.

¹⁰⁶ OĞURLU, s. 66.

¹⁰⁷ Danıştay 12. Dairesi, 11.02.1971 tarihli, E. 1970/1630, K. 1971/328; ASLAN, s. 177.

¹⁰⁸ Danıştay 12. Dairesi, 13.03.1973 tarihli, E. 1970/3439, K. 1973/768; ASLAN, s. 177.

¹⁰⁹ Danıştay 12. Dairesi, 13.03.1973 tarihli, E. 1970/3439, K. 1973/768.

¹¹⁰ Danıştay Mürettep Dairesi, 23.5.1979 tarihli ve E. 1978/5680, K. 1979/1379, İdari Yargı, S. 9, Ağustos-Eylül 1979, s. 31.

¹¹¹ OĞURLU, s. 58.

Anayasa Mahkemesi, idari suç ve cezalarda yasallık ilkesine katı bir şekilde uymaktadır. Mahkeme, idari yaptırımlara açık bir şekilde yer vermeyen yasal düzenlemeleri suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir¹¹². Anayasa Mahkemesi idari yaptırım ile ihlal eyleminin kanunda açıkça yer almasını zorunlu görür iken, Danıştay idari yaptırımın kanunda düzenlenmesi gerektiğini buna karşılık ihlal eyleminin kanunda yer almasının gerekmediğini savunmaktadır. Danıştay, idari yaptırımların yasallığı ilkesinde Anayasa Mahkemesi'nden daha esnek davranmaktadır¹¹³. Danıştay'ın esnek yaklaşımındaki temel gerekçe, idarenin “genel tanzim yetkisi” ne sahip olmasıdır¹¹⁴. Ancak, DURAN gibi idare hukukçuları, Danıştay'ın bu esnek yaklaşımının aksine, kanunun olmadığı yerde idarenin düzenleme yetkisinin de olmayacağını ileri sürmüşler ve kanundan yetki almadıkça idarenin genel tanzim yetkisine sahip olamayacağını belirtmişlerdir¹¹⁵.

Anayasa Mahkemesi, idari yaptırımın mutlaka yasal bir temele dayanması gerektiğine ilişkin bir kararında¹¹⁶, “*Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip, kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. Yönetimsel yaptırımlar, yönetimin karar ve işlemlerinin denetimi en zorunlu olanlarındandır. Suç ve cezalar, Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim kendiliğinden suç ve ceza yaramaz.*” gerekçesine yer vermiştir. Söz konusu karar, suç ve cezaların yasallığı ilkesinin önemi üzerinde durmuştur¹¹⁷.

Düzenleyici ve denetleyici kurulların yaptırım yetkilerine sahip kılınması, yasallık ilkesine farklı bir boyut kazandırmıştır¹¹⁸. Örneğin, 4054 sayılı RKHK'nın 16/1 inci maddesi, idari yaptırımlar bakımından yasallık ilkesine katı bir şekilde uyulmasını zorunlu kılmaktadır. Zira, maddede ihlal eylemleri açık ve net bir şekilde belirlenmiştir¹¹⁹.

¹¹²GÜNDAY, s. 233.

¹¹³*Ibid.*, s. 235.

¹¹⁴ZABUNOĞLU Yahya Kazım, *İdare Hukuku*, (Cilt I), Ankara 2012, s. 429.

¹¹⁵DURAN Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982, s. 391-392.

¹¹⁶Anayasa Mahkemesi, 19.4.1988 tarihli ve E. 1987/16, K. 1988/8.

¹¹⁷TAN, s. 317.

¹¹⁸*Ibid.*, s. 309..

¹¹⁹ÖZKAN Faruk, *Kabahatler Hukuku'nun Rekabet Hukuku Açısından Uygulanması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 79.

1. Belirlilik Kuralı

İdari yaptırımların belirli ve açık şekilde düzenlenmesi zorunludur. Ceza yaptırımında olduğu gibi idari yaptırımlarda da “*kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi*” nin olmazsa olmaz şartlarından birisi olan belirlilik kuralı, hukuk devleti ilkesini hayata geçiren bir koşuldur¹²⁰.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 91(1) sayılı Tavsiye Kararı, idari yaptırımlara ilişkin düzenlemelerde belirlilik kuralına vurgu yapmaktadır¹²¹. Bu kararda ayrıca idari yaptırımların ancak belirli kurallara dayanılarak uygulanabileceği üzerinde durulmuştur.

Anayasa Mahkemesi bir kararında¹²², belirlilik ilkesinin hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde saptanmasını, suçun unsurları ile suça karşılık cezanın açık ve anlaşılabilir bir biçimde belirlenmiş olmasının gerekliliğini belirtmiştir.

İÇEL, idari yaptırım içeren bir düzenlemenin yasal temele dayandırılması ve yeterince somutlaştırılmasının, öngörülebilir hukuk normu anlamına geleceğini ifade etmektedir¹²³. Yine, vergi cezalarında idareye verilen yetkilerin, önceden yayımlanmış kural işlemlere dayanması gerekmektedir¹²⁴. Bu durum hukuki güvenlik bakımından da zorunludur.

Danıştay, Resmî Gazete’de yayımlanmamış bir yönetmeliğe dayanılarak, idari yaptırım uygulanamayacağına karar vermiştir¹²⁵. Yine, Resmî Gazete’de yayımlanmayan bir yönetmeliğe dayanılarak, iş akdinin feshedilemeyeceğine ilişkin Danıştay kararı¹²⁶, belirlilik kuralına ilişkin unsurların istikrar kazandığını göstermektedir.

¹²⁰EROL Atanur, *İdari Yaptırımların Hukuki Nitelikleri ve İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Yargısal Başvuru Yolları*, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Edirne 2009, s. 39.

¹²¹ OĞURLU, s. 179.

¹²² Anayasa Mahkemesi, 19.04.1988 tarihli, E.1987/16, K.1988/8, RG. 23.08.1988 S. 19908.

¹²³ İÇEL Kayıhan, “Suç Politikasının Ana İlkeleri Bağlamında Hukuka Bağlı Devlet İlkesi”, Hukuk Kurultayı, 2004, Hukuk Devleti, 1., s. 267.

¹²⁴ ÖNCEL Mualla / KUMRULU Ahmet / ÇAĞAN Nami, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, 11. Baskı, Ankara 2003, s. 209.

¹²⁵ DİDDGK, 9.12.2004 tarihli, E. 2002/784, K. 2004/1958, DD. S. 109, Y. 35, 2005, s. 71, 72.

¹²⁶ DİDDGK, 30.12.2004 tarihli, E. 2004/214, K. 2004/2114; DİDDGK, 2.12.2004 tarihli, E. 2002/1264, K. 2004/1941, DD, S. 109, Y. 35, 2005, s. 69.

Anayasa Mahkemesi'nin belirlilik ilkesine ilişkin bir kararında¹²⁷, “*Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında, Yasa'da tüzük, yönetmelik veya umumi emir gibi idari tasarruflarla yasaklanan eylemlerin suç kabul edilmesi yasa ile düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, bu eylemlerin neler olduğunun da yasada yer alması, cezanın da geçici veya sürekli tanımlamasıyla sürenin takdirini idareye bırakacak biçimde değil açıkça miktar ya da alt ve üst sınırlar belirlenerek gösterilmesi gerekir. Bu gerekliliğin, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesi olduğunda duraksanamaz.*” gerekçelerine yer verilerek, Anayasa'nın 38 inci maddesine de atıf yapılmıştır. Bu karar, suç ve cezalara ilişkin normların açık, anlaşılabilir, öngörülebilir olması yanında idari yaptırımların da bu ilkelere göre düzenlenmesini aramaktadır¹²⁸.

Danıştay, vergi cezaları bakımından da “belirlilik ilkesi” ne atıf yapmakta, ceza yaptırımının yasama organı tarafından tereddüt yaratmayacak biçimde düzenlenmesini, suçu oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye uygulanacak cezanın cinsinin, miktarının, alt ve üst sınırlarının belirlenmesinin zorunlu olduğunu kabul etmektedir¹²⁹. Danıştay bir başka kararında¹³⁰, hangi fiillerin idari yaptırım gerektirdiğinin yasada açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak bir yaptırım uygulanabilmesi için yaptırım uygulanacak eylemin belirli olması ve kıyas yoluyla yaptırıma başvurulamaması gerekliliği üzerinde durmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 7 nci maddesi hükümlerine göre suçun veya yaptırımın yasada açık bir şekilde düzenlenmesi aranmakta ve yasallık ilkesine vurgu yapılmaktadır. Ancak bu hükümlerden kabahatin genel olarak yasada düzenlenerek, kabahatin içeriğinin düzenleyici işlemlerle belirlenip belirlenemeyeceğine ilişkin saptama yapılamamaktadır. Ancak DOĞRU, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Sunday Times/Birleşik Krallık davası konuya ilişkin bir belirleme yaptığını ifade etmektedir. DOĞRU, Mahkemenin belirlemelerini şu şekilde ifade etmektedir:

“Mahkemenin görüşüne göre, ‘hukuken öngörülmüş’ ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır. Birincisi

¹²⁷ Anayasa Mahkemesi, 30.9.2005 tarihli E. 2005/78, K. 2005/59, RG 13.7.2006, S. 26227, s. 31.

¹²⁸ KARABULUT, s. 117; FEYZİOĞLU Metin, “İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1993/1, s. 14.

¹²⁹ DİBK, E. 1988/1, K. 1989/1, RG 09.06.1989, S. 20190.

¹³⁰ KARABULUT, s. 119, dipnot 22, DİDDK, 25.1.2007, YD İtiraz No: 2006/1460.

(uygulanacak olan) hukuk, yeterince ulaşılabilir (adequately accessible) olmalıdır; eşdeyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidir. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta (precise) düzenlenmemiş bir norm, 'hukuk' kuralı olarak kabul edilemez: Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir (foreseeable) olması gerekmez; çünkü tecrübeler bunun olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir. Ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle bir çok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir; bunların yorumu ve uygulanması, hukuk tatbikatının sorunudur... ”¹³¹

AIHM kararında belirlilik ilkesine ilişkin tespitler, mevzuatımızda zaman zaman önümüze çıkmaktadır. Zira, öngörülebilirlik, anlaşılabilirlik, ulaşılabilirlik ilkeleri, Anayasa ve Danıştay kararlarına da konu olmuştur.

2. Kıyas Yasağı

Yasallık ilkesinin unsurlarından bir diğeri de kıyas yasağıdır. Kıyas yasağı, kanunların suç ve ceza içeren normlarının uygulanmasında kıyasa yol açabilecek şekilde uygulama yapılmasını yasaklamaktadır¹³².

Kıyas yasağının amacı, hakkında bir hüküm vaz edilmeyen bir alanda, hâkim ya da idari yaptırım uygulayacak merciinin, başka bir normu kıyasen uygulayamamasıdır. Bu yasak, bireylere, hukuksal öngörülebilirlik imkânı tanımakta ve hukuk güvenliğini sağlamaktadır¹³³.

¹³¹ DOĞRU Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 292.

¹³² ÇINAR, s. 47.

¹³³ İÇEL, s. 267 vd.

5237 sayılı TCK'nın kıyas yasağına ilişkin olarak 2 nci maddesinde, *“Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”* hükmü ile kıyas yasağı, yasal düzenlemeye konu edilmiştir. Bu hüküm uyarınca, kanunların açık bir şekilde düzenleme konusu yapmadığı bir alanda, suç ve ceza içeren normlar kıyasen uygulanamayacaktır¹³⁴.

Danıştay, Anayasa'nın 38 inci maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesinin bir gereği olarak, yasaların açıkça düzenleme yapmadığı bir konuda, başka ceza hükümlerinin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır¹³⁵.

3. Geçmişe Uygulama Yasağı

Yasallık ilkesinin gereklerinden bir diğeri geçmişe uygulama yasağıdır. Bu yasak da hukuk devleti ilkesini hayata geçiren ilkelerden bir tanesidir. Söz konusu ilke, suç ve ceza içeren kanun hükümlerinin geçmiş tarihteki eylemlere uygulanamayacağı anlamına gelmektedir¹³⁶.

Bu ilke, özellikle ceza ve yaptırım içeren normlarda daha da önem taşımaktadır. Zira, hukuksal güvenlik, ceza ve yaptırım içeren normların uygulanma zamanları bakımından belirliliği de zorunlu kılar. Bireyler, bu türdeki normların hangi zaman dilimi içerisinde yürürlükte kalıp kalmayacaklarını öngörebilmelidirler¹³⁷.

Anayasa Mahkemesi yasaların geçmişe uygulanmaması ile ilgili olarak bir kararında¹³⁸, *“Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Bu nedenle ‘Kanunların geriye yürümezliği ilkesi’ uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir yasa, yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz”* gerekçesine yer vermiştir. Bu karar, hukuk güvenliğini sağlamanın olmazsa olmaz koşullarından saydığı ‘geriye yürümezlik ilkesi’ nin hukuk devleti gereklerinden olduğunu belirtmektedir.

¹³⁴ KARABULUT, s. 123.

¹³⁵ Danıştay 1. Dairesi, 25.11.2008 tarihli, E. 1998/335, K. 1998/357, DD Y. 29, S. 100, 199, s. 37 vd.

¹³⁶ ÇINAR, s. 47.

¹³⁷ İÇEL, s. 268.

¹³⁸ Anayasa Mahkemesi, 4.6.2003 tarihli, E. 2001/392, K. 2003/60, RG 18.12.2003, S. 25320.

Danıştay, bir eyleme ilişkin disiplin cezasının sonradan yürürlüğe giren yönetmeliğe dayanılarak verilemeyeceğine ilişkin bir kararında¹³⁹, “sonradan yürürlüğe konulan bir disiplin yönetmeliği kapsamına alarak disiplin cezasına tabi tutmak hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmaz” gerekçesiyle verilen disiplin cezasını hukuka aykırı bulmuştur.

Yine Danıştay, vergi yükümlülüklerinin artırılmasına ilişkin başka bir kararında¹⁴⁰, geçmişe yürümezlik ilkesine ilişkin aşağıdaki gerekçelere yer verilmiştir.

“İdari işlemler yürürlüğe girdikleri andan itibaren hukuki etkilerini gösterirler ve idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, gerek yargısal kararlar gerekse öğretilerde kabul edilmiş bir idare hukuku kuralıdır. Bakanlar Kuruluna yasayla tanınan düzenleme yetkisinin geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesine uygun kullanılması hukuk devleti olmanın doğal ve zorunlu gereğidir. Dava konusu kararname kapsamındaki fonların gelir ve kurumlar vergisi üzerinden, belirlenen oranlarda alınan mali yükümlülük olduğu dikkate alındığında, vergilendirme dönemi sona erdikten sonra daha önce belirlenen ve duyurulan yükümlülüklerin artırılmasının geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaştırılmasına olanak bulunmamaktadır.”¹⁴¹

Geçmişe uygulama yasağı, lehe kanununun geçmişe yürümesinin bir istisnasıdır. Lehe kanununun uygulanması, failin lehinde olan kanunun uygulanması anlamına gelmektedir. Ceza hukukunda mutlak surette uygulanan bu ilke idari yaptırımlarda uygulanmamaktadır. Zira Kabahatler Kanunu’nun 5 inci maddesi “...Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir.” hükmü ile kabahatler alanında derhal uygulama ilkesi geçerli hale getirilmiştir.

Hal böyle iken Danıştay, idari yaptırımlar alanında “lehe kanun ilkesine” göre de kararlar vermiştir. Bu kararlardan birinde¹⁴², “..kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan çıkarılan kanunun hükümleri birbirinden farklı

¹³⁹ Danıştay 10. Dairesi, 12.6.1984 tarihli, E. 1984/958, K. 1984/1262.

¹⁴⁰ DİDDGK, 18.2.2000, E. 1999/1000, K. 2000/251.

¹⁴¹ KARABULUT, s. 126.

¹⁴² *Ibid*, s. 129, dipnot 45; Danıştay 10. Dairesi, 05.05.2004 tarihli, E. 2002/1515, K. 2004/4414.

ise, failin lehine olan kanunun uygulanması esastır.” demek suretiyle, idari yaptırımlar alanında lehe kanun ilkesine uymuştur.

YURTCAN, kabahatler hukuku bakımından derhal uygulama ve lehe kanun uygulaması hakkında şunları söylemektedir:

“bir kabahatten ötürü bir yaptırımın uygulanmasına karar verilmiştir. Fakat infaz gerçekleşmemiştir. Bu aşamada yeni norm yürürlüğe girmiştir. Bu norm, normun yürürlüğünden önce işlenmiş olan kabahat fiiline uygulanacaktır. Yeni norm, kabahatin yaptırımını hafiflettiğinde, bu hafif yaptırım uygulanacaktır. Aksine, norm yaptırımı ağırlaştırdığında, yeni ağır norm geçmişteki olaya uygulanacaktır. Bu istisnanın öngördüğü temel sonuç şudur: Kabahatlerde lehte olan hüküm uygulaması yoktur.”¹⁴³

Son olarak Danıştay kararlarına, para cezaları bakımından lehe kanun uygulamasının yansıdığını görmekteyiz. Söz konusu kararlardan birinde¹⁴⁴, “kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan çıkarılan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise, failin lehine olan kanunun uygulanması esastır.” denilmek suretiyle, ceza hukukunda kullanılan ve güvence sağlayan “lehe kanun” ilkesi uygulanmıştır.

4. Sırf Düzenleyici İşlem ile İdari Yaptırımın Uygulanamaması

İdari yaptırımların mutlak surette önceden yayımlanan yasaya dayanması gereklidir¹⁴⁵. İdare, bir yasal temeli olmadan düzenleyici bir işleme dayanarak idari yaptırım takdir edemez.

Danıştay, sırf bir yönetmeliğe dayanılarak, idari yaptırım uygulanamayacağına hükmetmiştir¹⁴⁶. Anayasa Mahkemesi de, idarenin kendiliğinden suç ve ceza yaratamayacağını belirtmiştir¹⁴⁷. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında;

“... ‘hizmetiçi eğitim programına uymamak’ gibi içeriği belirsiz bir eyleme yaptırım getirerek Anayasa’nın 38.

¹⁴³ YURTCAN Erdener, *Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 7.

¹⁴⁴ Danıştay 10. Dairesi, 5.5.2004 tarihli, E. 2002/1515, K. 2004/4414.

¹⁴⁵ ASLAN, s. 177; DURAN, s. 181.

¹⁴⁶ DİDDK, 23.2.2006 tarihli, E. 2004/2733, K. 2006/54.

¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 19.4.1988 tarihli, E. 1987/16, K. 1988/8, RG 23.8.1988, S. 19908.

maddesinin birinci fıkrasına aykırılık yaratmakla kalmamış, cezalardan hangisinin hangi durumlarda verileceğini belirtmeyip yönetime çok takdir yetkisi vererek Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' diyen Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırı düşmüştür."

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, suçun unsurları ile suç eylemi ve cezanın açıkça yasada belirtilmesi şartıyla, yürütmenin uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususları belirleyebileceğini belirtmiştir¹⁴⁸. Yürütme, ihlaller ve yaptırımlar yasada belirlendikten sonra, belirtilen sınırlar içerisinde yaptırım türlerini uygulayabilecektir.

Kabahatler Kanunu'nun 4 üncü maddesine göre, "*Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.*" hükmü kabul edilmiştir. Bu hüküm uyarınca, yasanın belirlediği koşullar içerisinde düzenleyici işlemlerle kabahatler düzenlenebilecektir. Kanun'un 1 inci maddesinde, "*toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak*" şeklinde ifade edilen hükümde, kanunun kapsam ve koşulları belirlenmiştir. İdare, bu kapsam ve koşullar dâhilinde kabahat düzenleme yetkisine sahiptir. Söz konusu kavramların içeriği son derece geniş ve zamana göre farklı yorumlanabilecek mahiyettedir¹⁴⁹. Bu kavramların zamanla objektif bir anlama kavuştuğu ileri sürülmekte olup, örneğin toplumun dış ve maddî düzeni anlamına gelen kamu düzeninin, dirlik, esenlik ve sağlık içinde yaşamayı ifade ettiği belirtilmektedir¹⁵⁰.

II. Kusur İlkesi

Kusur ilkesi, asıl olarak ceza hukukunda uygulama alanı bulan ve hukukun genel ilkeleri kapsamında kabul edilen bir ilkedir¹⁵¹.

Bu ilke, kusursuz olan bir kişinin cezalandırılmaması anlamına gelmektedir. Ceza hukukunda olduğu gibi, idari yaptırımlar alanında da uygulanmaktadır¹⁵².

¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, 8.10.1998 tarihli, E. 1997/53, K. 1998/62, RG 4.7.2001, S. 24452.

¹⁴⁹ KARABULUT, s. 139; CANDAN Turgut, "Kabahatler Kanunu Hakkında", Mali Pusula, Y. 1, S. 10, Ekim 2005, s. 11.

¹⁵⁰ GÜNDAY, s. 140.

¹⁵¹ KARABULUT, s. 146.

¹⁵² *Ibid*, s. 146.

Kusur ilkesine açıkça yer veren Kabahatler Kanunu'nun 9 uncu maddesi uyarınca, "*Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir*" hükmünü haizdir. Söz konusu hüküm, kusurluluğa ilişkin kanunlarda açıkça bir düzenleme bulunmuyorsa, kabahatin işlenebilmesi için kasıt ya da taksirin aranmasını gerekli kılmaktadır¹⁵³.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ncı maddesi "*Kurul, para cezasına karar verirken,kastın varlığı, kusurun ağırlığı,.....gibi unsurları dikkate alır.*" hükmünü kabul etmiştir. Bu hüküm de, idari yaptırım uygulanırken kusurun değerlendirilmesinin yapılarak sonucuna göre karar verilmesini gerekli kılmaktadır¹⁵⁴.

Yine Kabahatler Kanunu'nun 11 inci maddesinin birinci fıkrası, "*Füili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idarî para cezası uygulanamaz*", ikinci fıkrası ise "*Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idarî para cezası uygulanamaz*" hükümleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan hususları kabul etmiştir.

Kanun'un 12 nci maddesi, aksine hüküm bulunmayan hallerde TCK'daki hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin kabahatler bakımından da uygulanmasını benimsemektedir.

III. Cezaların Şahsiliği İlkesi

Cezaların şahsiliği ilkesi, kimsenin, işlemediği bir eylemden dolayı sorumlu tutulmamasını, suçun işlenmesine bizzat ya da dolaylı olarak katılmadıkça cezalandırılmayacağını belirtmektedir¹⁵⁵.

Anayasa'nın 38 inci maddesinin yedinci fıkrası, "*Ceza sorumluluğu şahsidir*" ilkesine yer vermiş; 5237 sayılı TCK'nın 20 nci maddesinin birinci fıkrası ise "*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*" ifadesiyle, Anayasa'daki ilgili hükmü yinelemiştir¹⁵⁶.

Ceza hukukundaki şahsilik ilkesi, idari yaptırımlar alanında da uygulamaya konu olmuştur. Danıştay, "*İnşaatın maliki olmadığı anlaşılan davacı hakkında 6785 sayılı yasanın 20 inci maddesi uygulanarak para cezası tahakkuk ettirilmesinin yasaya uygun olmadığı*" şeklindeki kararında şahsilik

¹⁵³ *Ibid*, s. 146.

¹⁵⁴ *Ibid*, s. 148.

¹⁵⁵ EROL, s. 37.

¹⁵⁶ OĞURLU, s. 56.

ilkesine dolaylı da olsa vurgu yaparak, idari yaptırımın inşaatın malikine yönelik uygulanmamasını hukuka aykırı bulmuştur¹⁵⁷.

Danıştay'ın bir başka kararında da şahsilik ilkesine vurgu yapılmıştır: “Cezaların şahsiliği ilkesine göre varisler bu para cezasından sorumlu olmayacağından, ölü ile müteselsil sorumlu olacak şekilde adına para cezası salınmasında mevzuata uyarlık bulunmadığı....”¹⁵⁸

Cezaların şahsiliği ilkesi, tüzel kişiler bakımından da uygulanmakla birlikte, bazı idari yaptırımlarda tüzel kişilerin sorumluluğuna gidilmektedir. Örneğin, Sermaye Piyasası Kanunu, Rekabet Kanunu ve Bankacılık Kanunu, tüzel kişilere de idari yaptırım uygulanmasına imkân verebilmektedirler.

Tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin olarak Kabahatler Kanunu 8 inci maddesi aşağıdaki hükmü kabul etmiştir.

“(1) Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir.

(2) Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir.

(3) Kanunun, organ veya temsilcide ya da temsil edilen kişide özel nitelikler aradığı hallerde de yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır.

(4) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, organ veya temsilcilik ya da hizmet ilişkisinin dayanağını oluşturan işlemin hukuken geçerli olmaması halinde de uygulanır.”

¹⁵⁷ *Ibid*, s. 55-56; Danıştay 6. Dairesi., 30.6.1973 tarihli, E.1973/149, K.1973/2814, Ankara 1979, s. 106.

¹⁵⁸ Danıştay 6. Dairesi, 14.3.1979 tarihli, E.1978/1030, K.1979/592, İdari Yargı, S.9, Ağustos-Eylül 1979, s. 20.

Söz konusu düzenleme, bir kabahat dolayısıyla tüzel kişiye de idari yaptırım uygulanabileceğini, bu şekilde bir yaptırım uygulanmasının tüzel kişiyi idare eden kişilere uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği yönündedir. Kanunun gerekçesinden anlaşılacağı üzere, tüzel kişilere de ayrıca idari yaptırım uygulanabilmesi, müteselsil bir sorumluluğu değil, idari yaptırımın daha etkili olmasını sağlamak içindir¹⁵⁹.

Danıştay, “*kardeşinin hırsızlık suçundan yargılanması nedeniyle davacının polis okulundan ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemi*” hukuka aykırı bularak iptal etmiştir¹⁶⁰. Danıştay, cezaların şahsiliği ile ilgili olarak bir başka kararında¹⁶¹, “*binanın ortak kullanım alanında projeye aykırı olarak yapılan tadilatlardan dolayı tüm kat maliklerine idari para cezası verilmesine ilişkin işlem dava konusu edilmiş ve tadilatı yapan kişinin belirlenmesi suretiyle ve ayrıca cezaların şahsiliği ilkesi de göz önünde bulundurularak para cezası verilmesi gereklidir*”.

Yine, Çevre Kanunu, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine istisna getirerek, fiilleri sonucunda çevreyi doğrudan veya dolaylı olarak kirleten gerçek ve tüzel kişilere idari para cezası verilmesini kabul etmiştir¹⁶². Bu Kanun’a göre, “cezaların şahsiliği ilkesi” mutlak olarak uygulanmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, “*VUK m. 353/10 “Bu kanunun 127 inci maddesinin (d) bendi uyarınca Maliye Bakanlığı’nın özel işaretli görevlisinin ikazına rağmen durmayan aracın sahibi adına 75.000.000 lira özel usulsüzlük cezası kesilir.*” hükmünü, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bulmamıştır¹⁶³.

Yüksek Mahkeme kararında şu gerekçelere yer vermiştir:

“Eksik vergi beyan edilmesini önlemek ve vergi adaletini sağlamaya yöneliktir. Bunu sağlama araçlarından biri, yoklama amacıyla araçların durdurulmasıdır. Durdurulmak istenen aracın dur ihtarına uymaması halinde görevli yoklama memurları tarafından saptanacak plakasından başka ayırt edici bir özelliğinin bulunmadığı ve plakası ile ancak araç sahibine ulaşılabileceği açıktır. Aracın

¹⁵⁹ KARABULUT, s. 151.

¹⁶⁰ *Ibid*, s. 152; Danıştay 8. Dairesi, 13.12.2000 tarihli, E. 1999/852, K. 2000/8173.

¹⁶¹ Danıştay 6. Dairesi, 22.12.2003 tarihli, E. 2002/3435, K. 2003/7049, DD, S. 4, Y. 2, 2004, s. 175 vd.

¹⁶² KARABULUT, s. 152.

¹⁶³ Anayasa Mahkemesi, 6.1.2005 tarihli, E. 2001/487, K. 2005/2, RG 27.10.2005, S. 25979.

çalışması, zor kullanılarak ele geçirilmesi gibi durumlar dışında, durmayan aracın sürücüsü ile sahibi arasında hiçbir bağlantının bulunmadığı da söylenemez. Ayrıca, araç sahibi, araç sürücüsüne rücu olanağına da sahiptir”

Yüksek Mahkeme, ekonomik yönünü dikkate alarak söz konusu Kanun bakımından, cezaların şahsiliği ilkesini uygulamamıştır. Buna rağmen, Anayasa'nın 38 inci maddesinde geçen “cezaların şahsiliği” ilkesi kapsamının genişletildiğini ve bu ilkenin somut olay adaleti gözetilerek değerlendirildiğini de görmekteyiz.

IV. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, hukuksal güvencelere bağlı kalınarak, elde edilmek istenen amaca uygun sınırlandırma araçları ile ulaşılmasını ifade etmektedir¹⁶⁴.

2001 Anayasa değişikliği¹⁶⁵ ile Anayasa'nın 13 üncü maddesi “ölçülülük” ilkesine yeniden yer vermiştir¹⁶⁶.

ZABUNOĞLU, ölçülülük ilkesinin ceza ve idare hukukunda yer alması ile ilgili olarak şu görüşlere yer vermektedir:

“Bilindiği gibi, ‘ölçülülük’ ilkesi, ceza kanunu uygulamalarında cezaların tertibinde, suçun ağırlığı ile verilen cezanın ağırlığı arasında makul bir orantısal ilişkin bulunmasını emreden ceza ve disiplin hukuklarına göreceli olarak yenilerde girmiş sayılabilecek bir ilkedir. İdare hukukunda disiplin hukukunun ceza karakteri nazara alındıkta ‘ölçülülük ilkesinin’ uygulama yeri bulması doğal ve yerindedir. Aslında geleneksel ceza kanunu uygulamasında ‘tamdiren tahfif’, nadiren de olsa ‘tamdiren tezyit’ (cezanın tamdiren azaltılması ya da artırılması) müesseseleri hep var olmuş ve uygulama yeri bulmuştur. Ancak ölçülülük ilkesi bunlar yerine, AİHM’in karar örneklerinde sık başvurulan bir referans kavram olarak dikkat çekmiş, bizim hukukumuzda da Anayasada temel hak

¹⁶⁴ ZABUNOĞLU, s. 87.

¹⁶⁵ 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun.

¹⁶⁶ ZABUNOĞLU, s. 88.

ve özgürlüklerin düzenlenmesi ve sınırlanmasında ‘ölçülülük ilkesi’ olarak ifadesini bulmuş (AY. m. 13) ve idare hukuku dahil diğer hukuk disiplinlerinde kullanılmaya başlanmıştır.”¹⁶⁷

OĞURLU ise Anayasa Mahkemesi’nin “ölçülülük” ilkesini alt başlıklara ayırarak incelediğini tespit etmiştir.

“İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantının korunması ile ilgili ‘ölçülülük’ ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ‘elverişlilik’, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk-gereklilik’, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükün getirilip getirilmediğini belirleyen ‘oranlılık’ ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır.”

Avrupa Birliği (AB), ölçülülük ilkesini objektif bir ilke olarak görmektedir. Buna göre, ölçülülük, bütün birlik işlemlerinde bir hukuka uygunluk koşulu olarak aranmalı ve temel hakların güvencesi sayılmalıdır. Ölçülülük, AB hukukunda ağırlıklı olarak bir yorum kuralı olarak da kullanılmaktadır¹⁶⁸.

Ölçülülük ilkesine yer veren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS), 15 inci maddesi, olağanüstü hollere ilişkin olarak “*kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere*”, sözleşme ile güvence altına alınan hak ve hürriyetlere aykırı tedbirler alınabileceğini kabul etmiştir. Sözleşmedeki “kesinlikle” ibaresi, mutlak bir ölçüdür. Buna göre, başkaca bir tedbir alınsa dahi tehlike ortadan kaldırılamayacaksa, yasal güvenceler askıya alınabilecektir. Sözleşme’nin 8, 9, 10 ve 11 inci maddeleri ile güvence altına alınan bazı hak ve hürriyetler, kamu yararının zorunlu kıldığı ve gerekli sayılan haller dolayısıyla sınırlandırılabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de (AİHM), Sözleşme’nin belirtilen hükmüne dayanarak, ölçülülük ilkesini bir denetim kriteri olarak değerlendirmektedir¹⁶⁹.

¹⁶⁷ *Ibid*, s. 668.

¹⁶⁸ ARIK Sakine, *İdari Yaptırımlarda Ölçülülük İlkesi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 42; Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002, s. 92.

¹⁶⁹ OĞURLU, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İlkesi’,” *Dokuz Ey-*

AKILLIOĞLU, ölçülülük ilkesinin, yapılacak işlemin gerçekten gerekli olmasına ve işlemin elverişli şekilde yapılmasına bağlı kalınarak yapılabileceğini belirtmektedir.

“Ölçülülük, yasaların uygulanmasında kişilerin hak alanına karışan işlemler yapılması söz konusu olduğunda, bunun öngörülen amaçla orantılı olmasını, yapılacak işlemin gerçekten gerekli olmasını ve nihayet işlemin en elverişli biçimde yapılmasını ifade etmektedir.”¹⁷⁰

OĞURLU, ölçülülük ilkesinden kişisel çıkar ile kamu yararı arasında denge gözetilerek işlem tesis edilmesi anlamını çıkarmaktadır.

“İdarenin sınırlayıcı ya da yükümlülük getiren faaliyetlerinde, amaca ulaşmaya elverişli, kamu düzenini sağlamada gerekli, kişilerin çıkarlarına getirilen sınırlama ile kamu yararı arasında bir denge gözetilmiş, bir başka ifadeyle orantılılık gözetilmiş ise alınan idari kararın ölçülü olduğunu...”¹⁷¹

Anayasa Mahkemesi bir kararında¹⁷², “suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum yaşamında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu” bulunduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında¹⁷³, “cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukukunun temel ilkelerindendir” demek suretiyle ölçülülük ilkesinin ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olduğunu kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi Danıştay kararlarında da ölçülülük ilkesine rastlamaktayız. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, takdir yetkisi, kolluk işlemleri gibi hususlarda, ölçülülük ilkesi karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁴.

lül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Turhan Tufan Yüce ARMAĞANI, 2001, s. 488.

¹⁷⁰ AKILLIOĞLU, “Yönetim Önünde Savunma Hakkı”, s. 93.

¹⁷¹ OĞURLU, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002, s. 21 vd.

¹⁷² Anayasa Mahkemesi, 03.12.1992 tarihli, E. 1992/45, K. 1992/51, RG 17.9.1995, S. 22407.

¹⁷³ Anayasa Mahkemesi, 06.06.1991 tarihli, E. 1990/35, K. 1991/13, RG 27.10.1994, S. 22094.

¹⁷⁴ KARABULUT, s. 159.

Danıştay bir kararında¹⁷⁵, “polis memuru olarak görev yapmakta iken uyuyan kişinin memuriyetten çıkartılması işlemine ilişkin olarak, verilen ceza ile işlenen suç arasında adil bir denge kurulmadığı sonucuna varılmıştır.” şeklinde hüküm tesis ederek işlemi iptal etmiştir. Danıştay, eylemin niteliği ve ağırlığı ile verilen cezanın ölçülü olmasını somut olay adaleti bakımından değerlendirmektedir.

Danıştay başka bir kararında¹⁷⁶ ise, “idari ihlal ile uygulanan yaptırım arasında makul bir orantı bulunması gerektiğine..” hükmetmiştir. Yine, “bir yıla kadar yayın durdurulması cezasının idareye tanınan takdir yetkisinin, mutlak ve sınırsız olmayıp, ihlalin ağırlığı ile orantılı ve hakkaniyet ilkesine uygun şekilde kullanılmasının zorunlu olduğu...”¹⁷⁷ gerekçesiyle ölçülülük ilkesinde takdir yetkisinin sınırsız bir kavram olmadığını vurgulamıştır.

1. Elverişlilik

İdari yaptırım ile ulaşılmak istenen amacın elverişli olması gereklidir. Elverişlilik denetimi, ancak etkili ve makul bir araç ile amaca ulaşmayı konu edinmelidir¹⁷⁸.

Kolluk alanında polisin zor kullanma yetkisinin sınırları, elverişlilik denetimini somutlaştırmaktadır. Polis, zor kullanma yetkisinin sınırlarını aşmış, örneğin biber gazı ile kalabalığı dağıtabilecekken, job ile bu yetkisini kullanması, önlem için elverişsiz sayılacaktır¹⁷⁹.

Danıştay, Sıkıyönetim Bölge Komutanlığı’nca kapatılan bir tiyatro ile ilgili olarak yapılan idari işlemde, “sanatın bir dalı olan tiyatrodan oynanan oyunun kamu düzenini sarsacak veya bozacak nitelik taşımadıkça yasaklanması... Anayasa hükmüne ve genel hukuk esaslarına aykırılık teşkil etmektedir. Bir işyeri olan ve anayasal bir hak olarak sanat eserlerinin oynandığı tiyatro binasının, bir oyunun suç unsurları taşıyabileceği nedeni ile kapatılmasını, mülkiyet hakkının yasa hükümleri çerçevesinde kullanılmasını öngören Anayasa’nın 35. maddesi ile bağdaştırmaya da olanak yoktur.” kararına yer vermek suretiyle, elverişlilik denetimi yapmıştır¹⁸⁰.

¹⁷⁵ *Ibid*, s. 160, dipnot 110, bkz. DİDDK, 8.12.2005, YD. İtiraz No. 2005/778.

¹⁷⁶ Danıştay 10. Dairesi, 16.5.2002 tarihli, E. 2001/1495, K. 2002/1616.

¹⁷⁷ Danıştay 10. Dairesi, 6.5.2002 tarihli, E. 2001/4603, K. 2002/1358.

¹⁷⁸ BEREKET Zuhâl, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Ankara, Yetkin yayınları, 1996, s. 171.

¹⁷⁹ OĞURLU, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 36, 37.

¹⁸⁰ BEREKET, s. 171; Danıştay 12. Dairesi, E. 1975/1111, K. 1975/1401.

Danıştay kararından da anlaşılacağı üzere, suç olan bir eser dolayısıyla, tiyatronun kapatılması, öngörülmesi gereken yaptırım bakımından elverişli değildir. Zira, kamu düzenini sağlamak için, suça konu edilen eserin yasaklanması ya da faillerine ceza verilmesi daha elverişli olabileceken, bunun yapılmaması hukuka aykırı görülmüştür.

2. Gereklilik

Gereklilik ilkesi, bir temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasındaki aracın, ulaşılmak istenen amaç için gerekli olması anlamına gelmektedir¹⁸¹.

Anayasa Mahkemesi gereklik ilkesi ile ilgili olarak kararında¹⁸² şu ifadeler yer vermiştir: “Özgürlükler, ancak ayrı durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez.”

Gereklik ilkesine ilişkin olarak OĞURLU şu görüşü ileri sürmektedir:

*“Gereklik ilkesi, ölçülülük ilkesi uygulamasının ilk adımıdır. Bununla, sınırlandırmada “en uygun ve yumuşak” aracın seçilmesi kastedilir. Elverişlilik ilkesi ile aranan amaç-araç ilişkisindeki nitelik ilişkisi, gereklik alt ilkesinde yerini nicelik ilişkisine bırakmaktadır. Sınırlama aracının yalnızca elverişli olması yeterli değil, bununla birlikte amaca ulaşmada gerekli olması da elzemdir.”*¹⁸³

OĞURLU, temel hak ve hürriyeti sınırlandırmadan daha uygun ve yumuşak bir önlem ile nihai sonuca varmanın mümkün olması halinde, başvuru aracın gerekli olmadığı sonucuna da varmaktadır¹⁸⁴.

3. Orantılılık

Bir yaptırım, ihlalin ağırlık derecesi ile orantılı olmalıdır. Orantılılık ilkesi, cezaların şahsileştirilmesi ya da somutlaştırılması anlamına gelmektedir¹⁸⁵.

¹⁸¹ ARIK, s. 53.

¹⁸² *Ibid.*, s. 54; Anayasa Mahkemesi 29.12.1999 tarihli, E. 1999/33, K. 1999/51.

¹⁸³ OĞURLU, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, s. 37.

¹⁸⁴ *Ibid.*, s. 37, 38.

¹⁸⁵ TAN, s. 318.

Orantılılık ilkesi ile ilgili olarak Mülgâ 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Kanun'un 33 üncü maddesi, ihlalin ağırlığına göre bir yıl süreyle yayın durdurma cezası öngörmekteydi. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un¹⁸⁶ "İdari Yaptırımlar" kenar başlıklı 32 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, "Bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (g), (n), (s) ve (ş) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde ikisinden beşine kadar idarî para cezası verilir." hükmünü kabul etmek suretiyle, idari yaptırım uygulanırken "ihlalin ağırlığı" yani orantılılık ilkesine atıf yapmıştır¹⁸⁷.

Yine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ncı maddesi "Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin Pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır" hükmünü kabul etmek suretiyle, orantılılık ilkesini unsurlarına ayırarak daha da somutlaştırmaktadır¹⁸⁸.

V. Non Bis In Idem İlkesi

Non Bis In Idem ilkesi, aynı eylem ve konudan dolayı yeniden yargılama ve ceza verilmemesi anlamına gelmektedir. Bu ilke, ceza hukukunda mutlak olarak uygulanmakla birlikte, idari yaptırımlarda istisnai olarak uygulanmaktadır¹⁸⁹.

İdare, bir ihlal dolayısıyla aynı kişi hakkında iki farklı yaptırım uygulayabilme yetkisine sahiptir¹⁹⁰. Yargıtay'ın, *Non Bis In Idem* ilkesini destekleyen kararları bulunmaktadır. Bunlardan birinde, bir kişi hakkında ikinci kez idari yaptırım uygulanamayacağına yer verilirken¹⁹¹, diğerinde İmar Kanunu ile Çevre Kanunu'nu ihlal eden kişi hakkında iki kanunun uygulanarak yaptırım uygulanabileceğine yer verilmiştir¹⁹².

¹⁸⁶ 15.2.2011 tarihli ve 6112 sayılı Kanun.

¹⁸⁷ TAN, s. 319.

¹⁸⁸ *Ibid*, s. 319.

¹⁸⁹ OĞURLU, s. 78.

¹⁹⁰ *Ibid*, s. 79.

¹⁹¹ Y.2.CD., 3.12.1992 gün, E. 1992/7632, K.1992/48.

¹⁹² Y.7.CD., 19.4.1993 gün, E.1993/12, K.1993/4836; OĞURLU, s. 79.

Yine 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 26 ncı maddesinin birinci fıkrası (d) bendinin ihlal edilmesi halinde, idari para cezası ile 3 aya kadar hal içerisinde faaliyetin yasaklanmasına karar verilebileceği hükmü bulunmaktadır. Söz konusu düzenleme, *Non Bis In Idem* ilkesine istisna teşkil etmektedir. Zira, bir eylem dolayısıyla iki idari yaptırım uygulanabileceği hususu düzenlenmektedir. Aynı şekilde Çevre Kanunu'nun 27 nci maddesinde geçen “*Bu kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezalar; bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz*” hükmü de non bis in idem ilkesine aykırıdır¹⁹³.

Türk idare hukukunda, *Non Bis In Idem* ilkesi uygulama alanı bulmamaktadır. Aksi uygulamalar bulunmasına rağmen, kural olarak bir eylem dolayısıyla idari yaptırım uygulanabileceği gibi ceza yaptırımının uygulanmasına da bir engel bulunmamaktadır¹⁹⁴.

14. Uluslararası Viyana Ceza Kongresi'nde alınan “*Muhakemeye İlişkin Esaslar*” başlıklı kararda, *Non Bis In Idem* ilkesine açıkça vurgu yaparak, bireyin bir ihlal dolayısıyla hem idari yaptırma hem de ceza yaptırımına uğramasının engellenmesi ya da cezasının birbirinden mahsup edilmesi belirtilmiştir¹⁹⁵.

Bir ceza yargılaması neticesinde kişinin mahkum edilmesi ve mahkumiyet gerekçeleri, aynı yargılama konusu sebebiyle uygulanacak idari yaptırımın uygulanmasında bağlayıcı değildir. Zira, ceza mahkemesi kararı, idari mercii bağlamaz¹⁹⁶. Konuyla ilgili bir Danıştay kararında¹⁹⁷, suç teşkil etmeyen bir eylemin, idari yaptırımı gerektirebileceği, idari yaptırım uygulanması gereken bir durumda, ceza muhakemesindeki nitelendirme ile idari merciin bağlı olmayacağı ifade edilmektedir¹⁹⁸.

OTACI'ya göre, “*Non Bis In Idem kuralı, yargılama hukukunun temel kurallarındandır*”¹⁹⁹. Aynı konuda kişinin ikinci kez yargılanmasına engel teşkil etmektedir. Ceza hukukunda hal böyle iken, idari yaptırımlarda bu ilkenin uygulanmaması ise düşündürücüdür.

¹⁹³ *Ibid.*, s. 78.

¹⁹⁴ *Ibid.*, s. 79.

¹⁹⁵ *Ibid.*, s. 78.

¹⁹⁶ EROL, s. 40.

¹⁹⁷ Danıştay 10. Dairesi, 05.12.2003 tarihli, E.2002/521, K.2003/4772.

¹⁹⁸ EROL, s. 41.

¹⁹⁹ OTACI, s. 25.

Uyuşmazlık Mahkemesi, bir fiil dolayısıyla iki ayrı idari yaptırım kararı uygulanabileceğini belirtmektedir²⁰⁰.

Danıştay'da bir kararında²⁰¹, memuriyetten ihraç edilmesine ilişkin idari işlem dolayısıyla aynı zamanda ceza davasının açılması ile bu davanın sonucunun beklenmesinin gerektiğini hükme bağlamıştır.

Danıştay'ın aksi yöndeki bir başka kararında²⁰² ise, delil yetersizliği gerekçe gösterilmek suretiyle beraat kararı verilmesinin, disiplin hukuku bakımından bağlayıcı olmadığı görüşüne yer vermiştir.

Kabahatler Kanunu'nun 15 inci maddesi ikinci fıkrası, “*Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir.*” Hükümünü kabul etmiştir. Bu hüküm de *Non Bis In Idem* ilkesinin Kabahatler Kanunu'nda uygulama alanı bulmadığını göstermektedir. Dolayısıyla, bir fiil dolayısıyla iki idari yaptırım uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır²⁰³.

SONUÇ

İdari yaptırımlar hukuku, yeni gelişen ve tedvin edilmemiş bir hukuk dalıdır. Bu hukuk dalı, kamu hizmeti ve kamu düzeni gibi toplumsal faaliyetlerin icra edilmesi sırasında, idareye tanınan ve kamu yararını amaçlayan üstün ve ayrıcalıklı kamu gücünün kullanılmasını ifade etmektedir.

İdari yaptırımlar karşısında bireyleri korumak ve bu yaptırımlar karşısında güvence oluşturmak öğretisi ve yargı kararlarında tartışılmaya başlamıştır. Hal böyle iken, yasal düzenlemelerde, güvencelere yeterince yer verilmemiştir.

Savunma hakkı gibi evrensel bir insan hakkının bile yasal düzenlemelerde sınırlı olarak tanınmış olması düşündürücüdür. Türkiye'de idari yaptırımlarda güvenceler kavramına ilişkin güçlü algı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) hukuk düzenine dahil olmasından sonra artmıştır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6 ncı maddesindeki “adil yargılanma hakkı” ve bu hakkın unsurları, idari yaptırımların, cezalandırıcı ve caydırıcı işlemler kategorisinde değerlendirilmesine yol açmıştır.

²⁰⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, 11.7.1988 tarihli, E. 1988/1, K. 1988/1, RG 13.10.1988, S. 19958.

²⁰¹ Danıştay 8. Dairesi, 26.1.2005 tarihli, E. 2004/3157, K. 2005/238.

²⁰² OĞURLU, *İdari Yaptırımlar*, s. 81; Danıştay 10. Dairesi, 26.10.1989 tarihli, E. 1987/1637, K. 1989/1877.

²⁰³ KARABULUT, s. 166.

Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi Tavsiye kararlarında da idari yaptırımların güvence sistemine bağlanmasına ilişkin kararlara rastlamak mümkündür. Anayasa'nın 90 ıncı maddesinin son fıkrasında geçen temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmaların kanunun üstünde olduğu düzenlemesi, idari yaptırımlara ilişkin Türk hukukundaki en temel güvencyi oluşturmaktadır.

Türkiye'de, idari yaptırımlara güvence kavramı, yargı kararlarında çok eski tarihlerde görülmektedir. Türk Danıştay'ı, savunma hakkı gibi usule ilişkin güvencyi bu şekilde kararlara konu edinmiş daha sonraki kararlarında da savunma hakkının istikrar kazanmış bir yargı içtihadı olduğunu benimsemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına da yansımış olan savunma hakkı, tarafsızlık ilkesi, gerekçe ilkesi ve yargı yolu, idari yaptırımlar alanında usule ilişkin bireye tanınan güvenceler olarak kayıtlara geçmiştir.

Bu usulî güvencelerin, özellikle idari yaptırıma yer veren düzenleyici ve denetleyici kurulların yasal düzenlemelerinde bulunması, çok daha önem taşımaktadır. Malî ve ekonomik piyasaları düzenleme ve denetleme amacındaki bu kurullar, ihlalin varlığı halinde, çok büyük idari para cezalarına ya da diğer idari yaptırımlara karar verme yetkisine sahip kılınmışlardır. Bu yaptırım yetkilerinin sınırsız ve keyfi amaçlar doğrultusunda kullanılmasını engellemek amacıyla, usulî güvenceler, kişilere hukuksal öngörülebilirlik ve hukuksal güvenlik sağlamaktadır.

İdari yaptırım kararlarında yasallık, kusur, cezaların şahsiliği, ölçülülük ve non bis in idem ilkeleri, yaptırımın maddî ögesinin hukuka uygun olmasını sağlayan araçlardır. Özellikle bir idari yaptırım kararının alınması ve uygulanması esasının, maddî olayın varlığı, tespit edilmesi ve hukuk kuralının uygulanması ve denetlenmesi aşamalarına sahip olması bir zorunluluktur.

Esas güvencesi, somut olay adaletini sağlarken göz önüne alınması gereken ilkeleri ifade etmektedir. Bu ilkelerden en önemlisi yasallık ilkesidir. Zira yasal bir dayanağa sahip olmayan bir idari yaptırımın kendiliğinden uygulanması mümkün değildir. Yasallık ilkesi, idari yaptırımın açık, net ve belirli olmasını gerekli kılmaktadır. Hatta idari ihlal ve yaptırımın kanunda açıkça belirtilmesini aramaktadır.

Diğer taraftan Kabahatler Kanunu ile kamu düzeni, kamu sağlığı gibi soyut kavramların içeriğini doldurarak idari yaptırım uygulanmasına imkân verilmesi de hukuk güvenliğini sarsacak mahiyettedir. Doktrin ve yargı

kararlarında sık sık bu tür kavramların somutlaşmış bir görünüm kazandıkları ifade edilmekte ise de, idari yaptırım gibi bireylerin hak ve hürriyetlerini ilgilendiren konularda idareye bu tür yetki verilmesinin hak ve adalet düşüncesine uygun düşmediği kanaatini taşımaktayız.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU Tekin, Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi, *AİD.*, Haziran 1982, C. 15, S. 3, 1981; Yönetim Önünde Savunma Hakkı, TODAİE, Ankara 1983.

ALDEMİR Hüsnü, *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Yorumu*, Kartal Yayınevi, Ekim 2005.

ARIK Sakine, *İdari Yaptırımlarda Ölçülülük İlkesi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

ASLAN M. Yasin, “İdari Yaptırımlar”, *TBB Dergisi*, S. 85, 2009

BARDAKÇI Mehmet Akif, *Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2006.

BENLİ Salih, “Kabahatler Kanununda Düzenlenen İdari Yaptırımlara İlişkin Kanun Yolları”, www.yayin.adalet.gov.tr/adalet_dergisi/sayi38, Erişim Tarihi: 23.10.2013, saat: 11:38, dipnot. 14, Ramazan Çağlayan, 2006, İdari Yaptırımlar Hukuku.

BEREKET Zuhul, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Ankara, Yetkin yayınları, 1996.

CANDAN Turgut, “Kabahatler Kanunu Hakkında”, *Mali Pusula*, Y. 1, S. 10, Ekim 2005.

ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Ankara 2006.

ÇELİKBİLEK Mahmut Fatih, *Kabahatler Kanunu Çerçevesinde İdari Para Cezaları*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı,

Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

ÇINAR Hacı Yusuf, *Doğalgaz Piyasası Kanunu Çerçevesinde İdari Yaptırımlar*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi Ankara 2010.

DOĞRU Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Beta Yayınları, İstanbul 2002.

DURAN Lütfü, *İdare Hukuku Meseleleri*, Ankara 1969.

ERKUT Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları, Ankara 1990; *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004.

EROL Atanur, *İdari Yaptırımların Hukuki Nitelikleri ve İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Yargısal Başvuru Yolları*, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Edirne 2009.

FEYZİOĞLU Metin, “İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1993/1.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, *SBFD*, C. 18, Haziran 1963, s. 116; İl Han ÖZAY, *İdari Yaptırımlar*, İÜ Yayın No: 3326, İstanbul 1985.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Yönetim Hukuku*, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.

GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 10.Baskı, Ankara, 2003.

GÜNDÜZ Fatma Ebru, *İdari Yaptırımlar*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Ankara, 2004.

GÜÇLÜ Yaşar, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

İÇEL Kayhan, “Suç Politikasının Ana İlkeleri Bağlamında Hukuka Bağlı Devlet İlkesi”, *Hukuk Kurultayı*, 2004, Hukuk Devleti 1.

İNCEOĞLU Sibel, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yayınları, Mayıs 2002.

KABOĞLU İbrahim, *Avrupa Topluluğu ve İdari Yargı*, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jurisprudansı ve İdari Kararların Gerekeçeli Olma Zorunluluğu, I. İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, Danıştay

Yayımları, Mayıs 1990.

KARABULUT Mustafa, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara, 2008, 183, Turhan Kitabevi

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002.

ÖZENSOY Talat Rasim, *Ülkemizde Kabahatler Hukuku ve Uygulaması*, Ekin Yayın Pazarlama.

OĞURLU Yücel, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002; “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İlkesi’” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Turhan Tufan Yüce Armağanı, 2001; *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, (İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000; “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, *A.Ü. Erzincan Huk. Fak. Dergisi*, C. III, S. 1; OĞURLU, “İdarî Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?”, *AÜEHFD*, C. IX, S. 1-2, 2005.

OTACI Cengiz, *Türk Kabahatler Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ocak 2006.

ÖNCEL Mualla / KUMRULU Ahmet / ÇAĞAN Nami, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, 11. Baskı, Ankara 2003.

ÖZKAN Faruk, *Kabahatler Hukuku'nun Rekabet Hukuku Açısından Uygulanması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2011.

SÖYLER Yasin, “Kabahatler Kanununa İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Yasama Dergisi*, Sayı:12, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 2009

SÜRBEHAN Sadrettin, “İdari Müeyyide ve İdari Ceza Hukuku” *Türk İdare Dergisi*, Ocak-Şubat 1971.

ÜNLÜÇAY Mehmet, “İdari Yargının İşlevi ve Görev Alanı, *İdari Yargı*, Panel, Türkiye Barolar Birliği ve Mersin Barosu Yayını, Mersin, 11-12 Nisan 2003.

TAN Turgut, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler”, *Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK’e ARMAĞAN*, Ankara, 2005, Turhan Kitabevi.

YURTCAN Erdener, *Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Beta Yayınları, İstanbul 2005.

ZABUNOĞLU Yahya Kazım, *İdare Hukuku*, (Cilt I), Ankara 2012

Bendenoun v. France, Applicatin no: 12547/86, 24 Şubat 1994,
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57863#{"itemid":\["001-57863"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57863#{), E.T. 25.11.2013, saat: 14:49

<http://www.idarehukuku.net/mevzuat/Genel-Idar-Usul-Kanunu-Tasarisi.html>
(Erişim Tarihi:25.02.2014)

Anayasa Mahkemesi, 23.10.1996 tarihli, E.1996/48-K.1996/41. Kazancı Pro.
(E.T: 12.12.2013)

Anayasa Mahkemesi, 13.05.2004 tarihli, E. 2000/43, K. 2004/60. Kazancı Pro.
(E.T: 12.12.2013)

Anayasa Mahkemesi, 23.10.1997 tarihli, E. 1997/19, K. 1997/66. Kazancı Pro.
(E.T: 12.12.2013)

Anayasa Mahkemesi, 21.9.2004 tarihli, E. 2000/100, K. 2000/109. Kazancı Pro.
(E.T: 12.12.2013)

Anayasa Mahkemesi, 10.7.1990 tarihli, E. 1989/28-K. 1990/18. Kazancı Pro.
(E.T: 12.12.2013)

Anayasa Mahkemesi, 19.4.1988 tarihli, E. 1987/16, K. 1988/8. Kazancı Pro.
(E.T: 12.12.2013)

Anayasa Mahkemesi, 19.04.1988 tarihli, E.1987/16, K.1988/8, Kazancı Pro.
(E.T: 13.12.2013)

Anayasa Mahkemesi 29.12.1999 tarihli, E. 1999/33, K. 1999/51. Kazancı Pro.
(E.T: 13.12.2013)

Anayasa Mahkemesi, 14.7.1998 tarihli ve E. 1997/41, K. 1998/47. Kazancı Pro.
(E.T: 13.12.2013)

Anayasa Mahkemesi, 29.01.1980 tarihli ve E. 1979/38, K. 1980/1, Kazancı Pro.
(E.T: 13.12.2013)

Anayasa Mahkemesi 12.06.1969 tarihli, E. 1968/52, K. 1969/35, Kazancı Pro.
(E.T: 14.12.2013)

Anayasa Mahkemesi 19.09.1991 tarihli, E. 1991/12, K. 1991/30, Kazancı Pro.
(E.T: 14.12.2013)

Anayasa Mahkemesi, 19.4.1988 tarihli, E. 1987/16, K. 1988/8, Kazancı Pro.
(E.T: 14.12.2013)

- Anayasa Mahkemesi, 8.10.1998 tarihli, E. 1997/53, K. 1998/62, Kazancı Pro. (E.T: 17.12.2013)
- Anayasa Mahkemesi, 6.1.2005 tarihli, E. 2001/487, K. 2005/2, Kazancı Pro. (E.T: 17.12.2013)
- Anayasa Mahkemesi, 3.12.1992 tarihli, E. 1992/45, K. 1992/51, Kazancı Pro. (E.T: 17.12.2013)
- Anayasa Mahkemesi, 6.6.1991 tarihli, E. 1990/35, K. 1991/13, Kazancı Pro. (E.T: 17.12.2013)
- Anayasa Mahkemesi, 30.9.2005 tarihli E. 2005/78, K. 2005/59, Kazancı Pro. (E.T: 17.12.2013)
- Anayasa Mahkemesi, 30.5.2006 tarihli, E. 2003/82, K. 2006/66. Kazancı Pro. (E.T: 17.12.2013)
- Anayasa Mahkemesi 27.03.2002 tarihli, E. 2001/343, K. 2002/41, Kazancı Pro. (E.T: 17.12.2013)
- Anayasa Mahkemesi 17.02.2004 tarihli, E. 2001/237, K..2004116, Kazancı Pro. (E.T: 18.12.2013)
- Anayasa Mahkemesi, 4.6.2003 tarihli, E. 2001/392, K. 2003/60, Kazancı Pro. (E.T: 18.12.2013)
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 11.7.1988 tarihli, E. 1988/1, K. 1988/1, Kazancı Pro. (E.T: 18.12.2013)
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 09.07.2001 tarihli, E. 2001/49- K. 2001/61. Kazancı Pro. (E.T: 18.12.2013)
- Danıştay 5. Dairesi, 06.06.1991 tarihli, E: 1990 / 4297, K. 1991/1099. Kazancı Pro. (E.T: 18.12.2013)
- DİDDK, 20.10.2005 tarihli, E. 2003/883, K. 2005/2501. Kazancı Pro. (E.T: 18.12.2013)
- Danıştay 13. Dairesi, 07.05.2007 tarihli, E. 2006/891, K. 2007/2812. Kazancı Pro. (E.T: 18.12.2013)
- Danıştay 10. Dairesi, 23.10.1990 tarihli, E. 89/2100, K. 90/2297. Kazancı Pro. (E.T: 18.12.2013)
- DİDDGK, 17.10.1997 tarihli, E. 1995/769, K. 1997/525. Kazancı Pro. (E.T: 18.12.2013)
- DİDDGK, 23.10.1992, E.1992/316, K.1992/164. Kazancı Pro. (E.T: 18.12.2013)

- Danıştay 10. Dairesi, 14.11.2002 tarihli, E. 2000/1111, K. 2002/4362. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- DİDDGK, 03.03.2000 tarihli, E. 1999/1126, K. 2000/394. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- Danıştay 8.Dairesi, 11.12.1989 tarihli, E.1989/1011, K.1988/460. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- Danıştay 12. Dairesi, 11.02.1971 tarihli, E. 1970/1630, K. 1971/328. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- Danıştay 12. Dairesi, 13.03.1973 tarihli, E. 1970/3439, K. 1973/768. Kazancı Pro. (E.T: 12.12.2013)
- DİDDGK, 09.12.2004 tarihli, E. 2002/784, K. 2004/1958. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- DİDDGK, 30.12.2004 tarihli, E. 2004/214, K. 2004/2114. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- DİDDGK, 2.12.2004 tarihli, E. 2002/1264, K. 2004/1941. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- DİDDGK, 17.10.1997 tarihli, E.1995/769, K.1997/525. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- D.8.D., 19.10.2004 tarihli, E. 2004/1367, K. 2004/3878. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- D.8.D., 1.10.1998, E.1996/662, K.1998/2876. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- DİDDGK., 22.10.2009 tarih, E.2007/2040, K.2009/1868. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- DİBK, E. 1988/1, K. 1989/1, Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- DİDDK, 25.1.2007, YD İtiraz No: 2006/1460. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- Danıştay 1. Dairesi, 25.11.2008 tarihli, E. 1998/335, K. 1998/357. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- Danıştay 10. Dairesi, 12.6.1984 tarihli, E. 1984/958, K. 1984/1262. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- Danıştay 12. Dairesi, E. 1975/1111, K. 1975/1401. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)
- DİDDGK, 18.2.2000, E. 1999/1000, K. 2000/251. Kazancı Pro. (E.T: 19.12.2013)

- Danıştay 10. Dairesi, 5.5.2004 tarihli, E. 2002/1515, K. 2004/4414. Kazancı Pro. (E.T: 20.12.2013)
- DİDDK, 23.2.2006 tarihli, E. 2004/2733, K. 2006/54. Kazancı Pro. (E.T: 20.12.2013)
- Danıştay 6. Dairesi, 30.6.1973 tarihli, E.1973/149, K.1973/2814. Kazancı Pro. (E.T: 20.12.2013)
- Danıştay 6. Dairesi, 14.3.1979 tarihli, E.1978/1030, K.1979/592. Kazancı Pro. (E.T: 20.12.2013)
- Danıştay 8. Dairesi, 13.12.2000 tarihli, E. 1999/852, K. 2000/8173. Kazancı Pro. (E.T: 20.12.2013)
- Danıştay 6. Dairesi, 22.12.2003 tarihli, E. 2002/3435, K. 2003/7049. Kazancı Pro. (E.T: 20.12.2013)
- DİDDK, 8.12.2005 tarihli, YD. İtiraz No. 2005/778
- Danıştay 10. Dairesi, 16.5.2002 tarihli, E. 2001/1495, K. 2002/1616. Kazancı Pro. (E.T: 20.12.2013)
- Danıştay 10. Dairesi, 6.5.2002 tarihli, E. 2001/4603, K. 2002/1358. Kazancı Pro. (E.T: 20.12.2013)
- Danıştay 10. Dairesi, 05.12.2003 tarihli, E.2002/521, K.2003/4772. Kazancı Pro. (E.T: 20.12.2013)
- Danıştay 8. Dairesi, 26.1.2005 tarihli, E. 2004/3157, K. 2005/238. Kazancı Pro. (E.T: 20.12.2013)
- Danıştay Mürettep Dairesi, 23.5.1979 tarihli ve E. 1978/5680, K. 1979/1379, İdari Yargı, S. 9, Ağustos-Eylül 1979.
- DİBK, 7.12.1989 tarihli, E. 1986/6, K. 1989/4. Kazancı Pro. (E.T: 20.12.2013)
- Y.2.CD., 3.12.1992 tarihli, E. 1992/7632, K.1992/48. Kazancı Pro. (E.T: 21.12.2013)
- Y.7.CD., 19.4.1993 tarihli, E.1993/12, K.1993/4836. Kazancı Pro. (E.T: 21.12.2013)
- Y.7.CD, 27.12.1979 tarihli, E. 1979/750, K. 1979/7920. Kazancı Pro. (E.T: 21.12.2013)

AÇIK DENİZLERİN SERBESTLİĞİ , GEMİLERİN UYRUKLUĞU VE BAYRAK DEVLETİ MÜNHASIR YARGI YETKİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN TEAMÜL HUKUKU, KONVANSİYONLAR VE MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA İNCELENMESİ

Sinan MİSİLİ*

ÖZET

Günümüzde dünya ticaretinin önemli bir kısmı deniz yoluyla gerçekleşmektedir. Denizlerin var olan önemi onun en büyük alanını oluşturan açık denizleri daha da önemli hale getirmektedir. Açık denizler, hem teamül hukuku ve hem de konvansiyonlar ile hukuki bir rejim teşkil etmektedir. Bu hukuki rejim içinde gemilerin uyrukluğu ve bayrak devleti münhasır yargı yetkisi ilkeleri de yer almaktadır. Açık denizlerin hukuki rejimi ise esasen açık denizlerin serbestliği ilkesine dayanmaktadır. Bu ilkelerin ortaya çıkmasından günümüze kadar olan süreçleri ise önce teamül hukukunda sonra konvansiyonlarda yer almaları ile olmuştur. Bu ilkeler uluslararası ve ulusal önemli mahkeme kararları ile de uluslararası deniz hukukunun ayrılmaz birer parçaları olmuşlardır. Teamül hukuku, konvansiyonlar ve mahkeme kararlarının ortak sonucu şu görüşümüzü ortaya çıkarmıştır: Açık denizlerin serbestliği ilkesi, gemilerin uyrukluğu ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi arasında adeta bir neden sonuç ilişkisi vardır.

Anahtar Kelimeler: Açık Deniz, Açık Denizlerin Serbestliği, Gemilerin Uyrukluğu, Bayrak Devleti, Münhasır Yargı Yetkisi.

EXAMINATION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE FREEDOM OF THE HIGH SEAS, NATIONALITY OF SHIPS AND FLAG STATE'S EXCLUSIVE JURISDICTION, IN THE LIGHT OF CUSTOMARY LAW, CONVENTIONS AND THE COURT RULINGS

ABSTRACT

Nowaday, substantial part of the the world trade materialized by seaway. Current importance of seas makes even more important the high seas which constitute the biggest part of it. The high seas form a legal regime by customary law and conventions. Nationality of ships and flag state's exclusive jurisdiction principles are also among this legal regime. The legal regime of high seas actually based on the freedom of the high seas principle. The period from coming out of these principles

* Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü(LL.M)(sinan-misili@gmail.com).

to present day has been firstly within the customary law and later in the conventions. These principles are now part of the international sea law by important international and national court rulings. The joint outcome of customary law, conventions and court rulings form our view as: So to say, there is a cause and effect relationship between the principles of freedom of the high seas, nationality of the ships and flag state's exclusive jurisdiction.

Keywords: *High Seas, Freedom of the High Seas, Nationality of the Ships, Flag State, Exclusive Jurisdiction.*

GİRİŞ

Denizlerin güvenlik tehditlerine neden olabilmesi, devletlerin paylaşmak zorunda kaldığı birer besin kaynağı ve uluslararası ticaret yolu olması sebepleri ile hem devletlerin çıkarları ve hem de insanoğlunun refahı için kritik konumda olduğu bir gerçektir¹. ‘Uluslararası ticaretin %90’ı deniz yoluyla olurken ve gelişen dünyanın protein ihtiyacının %40’ı denizlerden gelirken, aynı zamanda yasak maddelerin ve yasadışı göçmen ticaretinin, kaçakçılığın da deniz yoluyla gerçekleştirildiği ve gemilerin denizde saldırıya da açık olması halleri²’ birlikte düşünüldüğünde denizlerin önemi ortaya çıkmaktadır.

20. Yüzyılın ikinci yarısındaki denizlerde balıkçılık ve seyir sıklığındaki muazzam artış ve denizlerin dünyamızın iklimsel özelliklerini doğrudan etkileyen özelliği³ de hesaba katıldığında denizlerin yasal anlamda düzenlenmesi gerektiği açıktır. Diğer yandan devletlerin deniz aktivitelerini yerine getirirken rekabet halindeki ihtiyaçlarının ortak bir paydaya sokulması ve bunun bir parçası olarak hukuksuz ve istenmeyen aktiviteleri önleyebilecek düzenli bir yargılama sistemi kurulması⁴ gerekliliği de ortaya çıkmaktadır.

Denizlerde kaos olmaması, bir düzen olması gerekliliği uzun zamandır milletler cemiyetinin bir konusudur. Denizler üzerinde bir düzen kurulması önce uluslararası gelenek(teamül) hukukunda gelişmiştir. Daha sonra ise, 20. yüzyıldan itibaren çeşitli konvansiyonlar imzalanmıştır. Denizlerin en büyük alanını oluşturan açık denizler hakkında teamül hukuku yüzyıllardır vardır.

¹ GUILFOYLE, Douglas, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2011, s.3.

² Ibid.

³ BROWN, E.D. *The International Law of The Sea Vol.1 Introductory Manual*, Darmouth 1994, s.277.

⁴ GUILFOYLE, s.4.

Açık Denizlerin Serbestliği , Gemilerin Uyrukluğu ve Bayrak Devleti...

Yerleşmiş teamül hukuku bazı değişiklikler ile konvansiyonlar sayesinde günümüze kadar gelmiştir. Açık denizlerin hukuki rejimini belirleyen ana ilkeler; açık denizlerin serbestliği ile gemilerin uyrukluğu ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi ilkeleridir.

Biz çalışmamızda açık denizlerin serbestliği ilkesi ile gemilerin uyrukluğu ve bayrak devleti münhasır yargı yetkisi ilkeleri arasındaki ilişkiyi, birbirlerine etkilerini ve bu etkilerin sonuçlarını inceleyeceğiz. Bu ilişkiyi açıklarken, açık deniz rejimini, bayrak devleti münhasır yargı yetkisi ilkesini ve gemilerin uyrukluğunu ve bunlarla bağlantılı diğer konuları da, teamül hukuku, uluslararası konvansiyonlar ve ulusal-uluslararası mahkeme kararları ile birlikte ortaya koymaya çalışacağız.

I. İLKELER

Geleneksel anlamda uluslararası deniz hukukunun iki ana prensibi denizlerin serbestliği ilkesi ile egemenlik ilkesidir⁵. Uluslararası deniz hukukunun diğer bir önemli prensibi ise tüm devletlerin eşit olduğudur⁶. Devletler egemen ve eşittir. Bu egemen ve eşit olma hali açık deniz alanının kullanılmasındaki usullerin belirlenmesinde eşit iki belirleyici ana güçtür. 20. Yüzyılın ikinci çeyreğinin başında *Lotus v. Bozkurt* davasında yargıç Moore; ‘Tüm bağımsız devletlerin eşitliği prensibi gereği, tüm devletlerin denizlerin hukukten ayrılmamış kısımlarında serbestçe seyrüsefer için kullanma hakkı olduğu gibi, hiçbir devletin diğer bir devlete barış zamanında korsanlık ve meşru savunma haricinde müdahale de bulunamayacağını’⁷ ifade etmekteydi. Bu açıklamanın ortaya koyduğu iki önemli çıkarım söz konusudur; ilk olarak denizde devletlerin eşitliğinin açık deniz ilkesini ortaya çıkarması ve ikinci olarak da hiçbir devletin diğer bir devlet üzerinde açık denizde yargılama hakkının olmamasıdır⁸.

Hukuki bir rejimi ifade eden açık deniz ilkesi, serbest kullanım prensibi ve bayrak devletinin münhasır yargılama hakkı ile karakterize edilmektedir⁹. Hiçbir devletin açık denizde bir mülkiyeti ve yargılama hakkının tek başına

⁵ TANAKA, Yoshifumi, *The International Law of The Sea*, Cambridge University Press, 2012, s. 16.

⁶ SINGH, Nagendra, *International Law Problems of Merchant Shipping*, Collected Course of The Hague Academy of International Law, Vol. 107, Martinus Nijhoff Publishers, 1962, s. 15.

⁷ http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf, s. 69 (erişim 14.11.2013)

⁸ SINGH, s. 17-18.

⁹ CHURCHILL, R.R./LOWE, A.V., *The Law of The Sea*, Juris Publishing, 1999, s. 203.

olamayacağı anlayışını, hiç bir devletin başka devletin gemisinin seyrini engelleyemeyeceği anlayışı takip eder¹⁰. Bu nedenlerle açık deniz ilkesi, açık denizlerin serbestliği ilkesi olarak ifade edilir ve açık denizlerin hukuki rejimini oluşturur. Bu ilke uluslararası hukukunun temel prensiplerinden biri olarak kabul edilmektedir¹¹.

Açık denizlerin serbestliği ilkesi bölge denizi ve iç sular haricinde kalan deniz alanına, denize kıyısı olmayan ülkelerde dahil olmak üzere tüm ülkelere ait gemilere sınırsız giriş imkanı sağlasa da, sınırsız anlamda açık denizin kullanılması imkanının bir kaos yaratmaması ve kötüye kullanılmaması adına bu serbestliğin işleyişi hakkında uluslararası hukuk kurallar koymuş ve her bir devletin buna uymasına ve kendi gemilerinin uymasını sağlamasına ilişkin bir düzen getirmiştir¹². Gemilerin üzerinde bu şekilde kurallar koyulması halinde bunların uygulanması için bir yargılama hakkı ve ihtiyacını beraberinde getirir ki, gemiler üzerinde yargılama hakkı bir münhasır yargı yetkisi olarak her devletin yalnız kendi gemisi üzerinde olması anlayışı ile belirlenmiştir¹³. Her devletin kendi gemisi ifadesi ise; tabiyet ilişkisi anlamında devlet ile kendine ait kabul ve iddia ettiği gemi arasında bir uyruklu bağlantısı ile sağlanır. Bu açılardan açık denizlerin serbestliği ilkesi yanında, uluslararası deniz hukukunun ana özelliklerinden biri de her geminin bir uyrukluğunun olması¹⁴ gerekliliği ve bayrak devleti münhasır yargı yetkisinin tanınmasıdır¹⁵. Diğer yandan son iki özellik aynı zamanda açık deniz serbestliği ilkesi kapsamına da dahil olan özelliklerdir¹⁶.

¹⁰ Ibid.,s.205.

¹¹ COLES,Richard /WATT Edward,Ship Registration Law and Practice,2nd. Edt.,Informa,London 2009,s.1.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ MATLIN,David F., Re-evaluating the Status of Flags of Convenience under Internatioanl LawVanderbilt Journal of Transnational Law,Vol.23,1990-1991,s.1021.

¹⁵ GOODMAN,Camille, The Regime For Flag State Responsibility in Internatioanl Fisheries Law- Effective Fact, Creative Fiction,Or Further Work Required, Vol.23, A&NZ Mar.Lj 2009,s.159.

¹⁶ ANDERSON III.,H.Edwin,The Nationality of Ships and Flags of Convenience:Economics,Politics, and Alternatives, Tulane Maritime Law Journal,Vol.21,s.139,1996-1997.,s.140(ANDERSON).

II. AÇIK DENİZ VE AÇIK DENİZLERİN SERBESTLİĞİ İLKESİ

A. Açık Deniz İlkesi Kavramı

Açık denizlerin tüm ülkelere açık olduğunu, hiçbir ülkenin geçerli olarak açık denizin bir parçası üzerinde egemenlik kuramayacağını ifade eden¹⁷ ve uluslararası hukukun temel taşlarından biri olarak kabul edilen açık deniz ilkesi görüşü teamül hukukun yasalaşmış bir hali olmasına rağmen 15. yüzyılda kabul edilmemekteydi¹⁸. 17. Yüzyılda ise *Grotius*, yazdığı *Mare Liberum*'u¹⁹ yayımlaması ile açık deniz ilkesinden yana olan görüş ile ona karşı olan, örneğin İtalyan yazar *Gentili*'nin görüşleri ve İngiliz yazar *Selden* tarafından yazılan *Mare Clausum seu de dominio maris* ile açık deniz aleyhinde beliren görüş arasındaki akademik savaş, açık deniz ilkesinden yana olanların galip gelmesi ile sona ermiş ve açık denizlerin serbestliği ilkesi 18. yüzyılda tam anlamı ile hukuk literatürüne yerleşmiştir²⁰. Böylelikle 16 ve 17. yüzyılda ileri sürülen kapalı deniz doktrini yıkılmıştır²¹. Açık deniz ilkesinin hakim olmasının nedenleri olarak, deniz ötesine seyahatte ve koloni ticaretinde denizde seyrüsefer serbestliğinin öneminin artması ve donanmaların teknolojik anlamda gelişerek açık denizde devletlere egemenlik iddia etmeye gerek bırakmaması gösterilmektedir²². Bunların sonucunda önce açık denizlerin geleneksel hukukta yasal bir rejim olarak tanınması ve hemen ardından da 20. Yüzyılda uluslararası konvansiyonlarla bu rejimin uluslararası hukuk anlamında yasalaşması izlenmiştir. Yapılan bilimsel incelemere göre ise, açık deniz seyrüsefer serbestliği antik çağlara kadar gitmektedir²³.

¹⁷ KURAN, Selami, Uluslararası Deniz Hukuku, 2. bası, Ocak 2008, s.237.

¹⁸ CHURCHILL/LOWE, s.204.

¹⁹ *Grotius*'un açık deniz ilkesini ileri sürme sebebi, Hollanda'nın Doğu Hindistan ticaretine girebilmesini sağlamak içindir. Ve ileri sürdüğü sebepler, modern hukuk sebeplerinden hayli farklı olarak, tanrı, doğal yasalar, Roma Hukukuna ve şairler, filozoflar ve diğer hukukçulardan aldığı pasaj ve fikirlere dayanır, bkz. SOHN, Louis B./NOYES, John E., Cases and Materials on the Law of the Sea, 2004, s.47, *Grotius*'un yazdığı kitap için bkz. Hugo Grotius, The Freedom of the Seas (1633), Ralph van Deman Magoffin trans & James Brown Scott ed., 1916, reprinted 2001 (aktaran SOHN/NOYES, s.46).

²⁰ CHURCHILL/LOWE, s.204-205, SOHN/NOYES, s.43.

²¹ McCORQUODALE, Robert/DIXON, Martin, Cases and Materials on International Law, 4th ed., Oxford University Press, 2003, s.389.

²² CHURCHILL/LOWE, s.389.

²³ OPPENHEIM, L., International Law A Treatise, Vol.1 Peace, 3rd. Edt. edited by Ronald F. Roxburgh, The Lawbook Exchange Ltd., Clark New Jersey 2005, s.407.

Açık deniz ilkesi dünya kamuoyu yönünden büyük önem arz ettiği için hem teamül hukukuna, hem uluslararası sözleşmelere ve hem de yargı kararlarına girmişir²⁴. Uluslararası teamül hukukunda kabul edilen açık deniz ilkesi ilk olarak 29 Nisan 1958 tarihinde kabul edilen Cenevre Deniz Hukuku Konvansiyonu(Cenevre Konvansiyonu)²⁵ ile uluslararası bir hukuksal metne girmiştir. Konvansiyonun 2. maddesine göre ‘Açık denizler tüm ülkelere açık olup, hiçbir devlet açık denizin herhangi bir parçasında egemenlik iddia edemez’. Konvansiyona göre açık deniz üzerindeki egemenlik iddiaları geçersizdir²⁶. İkinci uluslararası hukuksal metin ise 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe giren, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler²⁷ Deniz Hukuku Konvansiyonudur(1982 Tarihli Konvansiyon). Bu konvansiyon açık deniz tanımını Cenevre Konvansiyonu aksine yapmamıştır. 1982 tarihli Konvansiyonun 7. Bölümü açık denizler rejimi hakkındadır ve 87. maddesine göre ‘Açık denizler ister denize kıyısı olsun ister olmasın tüm devletlere açıktır’. 89. maddesine göre de ‘Hiçbir devlet açık denizin bir kısmı üzerinde geçerli olarak egemenlik iddia edemez’.

Her iki hukuksal metin de geleneksel olarak kabul edilen, açık denizlerin hiçbir devlete ait olamayacağı veya bir kısmında dahi egemenlik kurulmasını milletler topluluğunun tanımayacağı prensibini ilan etmektedir. Bu ilan teamül hukukunun tam bir yansıması olsa da, hiçbir devletin açık denizde egemenlik kuramaması ile aşağıda inceleyeceğimiz üzere devletlerin bazı yargılama haklarını ileri sürebilmeleri birbirinden ayrılmalıdır²⁸. Tekrar ifade edelim ki, açık deniz ilkesi her iki konvansiyondan önce de deniz hukukunda kabul edilen bir teamül hukuku halinde zaten vardı²⁹. Örneğin 1927 tarihli *Maul v. United States* ³⁰ davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi ‘Açık denizler tüm devletlerin ortak malı olup, hiçbir devlet hariç tutulamaz’ derken, var olan teamül hukukuna işaret etmekteydi.

²⁴ McCORQUODALE /DIXON,s.348.

²⁵ 1958 Geneva Convention on the Law of the Sea, metin için bkz. <http://legal.un.org/avl/ha/gclos/gclos.html> (erişim 28.11.2013).

²⁶ KURAN,s.237.

²⁷ United Nations Convention on the Law of the Sea, metin için bkz. <http://legal.un.org/avl/ha/uncls/uncls.html> erişim 28.11.2013, 1958. Cenevre Konvansiyonu halen bazı ülkeler açısından yürürlükte bulunsa da, 1982 Konvansiyonu ve diğer teamül hukukunun Cenevre Konvansiyonun yerini aldığı belirtilmektedir, bkz. McCORQUODALE /DIXON,s.348.

²⁸ ROTHWELL,Donald R./STEPHENS,Tim,The International Law of the Sea,2011,s.155.

²⁹ Açık deniz rejiminin temelini teamül hukuku oluşturmaktadır,bkz.KURAN,s.238.

³⁰ U.S. Supreme Court,274 U.S. 501(1927),s.511. Karar için bkz. <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=274&invol=501>(erişim 18.11.2013).

B. Açık Deniz Alanı

Her iki konvansiyon da açık deniz alanını farklı belirlemiştir. Cenevre Konvansiyonu 1. maddesine göre ‘Açık deniz bir devletin karasuları ve iç suları haricinde denizin kalan kısmına’ denmektedir. Oysa 1982 tarihli Konvansiyon açık deniz tanımını doğrudan yapmaktan kaçınarak³¹ md. 86 ile şöyle bir ifade de bulunmuştur; ‘İş bu sözleşmenin bu bölümü(açık deniz), bir devletin ekonomik bölgesi, iç suları veya karasuları haricinde ve takımda devletlerinin takımda suları hariç kısmına uygulanır.’ 1982 Tarihli Konvansiyon’da devletlerin ekonomik bölge ilan etmelerine müsaade edilerek, açık deniz alanı aleyhine kıyı devletlerinin kısmi egemenlik alanı genişletilmiştir³².

Her iki Konvansiyonu karşılaştırmak gerekirse, 1982 tarihli Konvansiyon ile her ne kadar açık denizdeki seyrüsefer serbestliğinin bir kısmı ekonomik bölgede de sürdürülebilirse de³³, ekonomik bölgenin kıyıda 200 mile kadar olduğu hesap edildiğinde, Cenevre Konvansiyonu’na göre kıyı devletinin egemenlik hak ve yetkisi ile seyrüsefer serbestliği arasındaki denge önceki lehine değişmiştir³⁴. Bu Konvansiyon ile ekonomik bölge ilan eden kıyı devletinde açık deniz 200 milden sonra başlar ve ekonomik bölge ilanının kabulü ile bazı açık deniz serbestliğinin sağladığı haklar kaybolmuştur³⁵. Örneğin açık denizdeki balıkçılık imkanı artık ekonomik bölge alanında olamamakta, ancak ekonomik bölgede kıyı devletinin haklarını düzenleyen md. 56 dikkatle incelendiğinde açık denizlerde serbestlik ilkesinin sağladığı bazı temel haklar ekonomik bölgede de devam ettirilebilmektedir³⁶.

Açık deniz kavramının genişliği ve darlığı, diğer bir ifade ile açık denizin kıyı devleti aleyhine veya lehine olan büyüklüğü, çoğunlukla idolojik ve politik temelli bir aracın parçası olmuş, dönemin güçlü devlet veya devletlerinin konumuna göre şekillenmiştir. Örneğin 19. yüzyıl ile kolonilerin kaybedilmeye başlandığı ikinci dünya savaşına kadar açık deniz

³¹ Bunun sebebi Amerika dahil büyük denizci devletlerin, kıyı devletinin bazı özel haklarına tabi olarak ekonomik bölgeyi açık deniz içerisinde görmelerine karşın, diğer devletlerin ekonomik bölge alanını seyrüsefer serbestliğinin ve üzerinden uçuşun serbest olduğu, ancak açık denize dahil olmayan ve kıyı devletine tabi özel bir bölge olarak görmeleri tartışmalarının etkili olmasıdır,bkz.SOHN/NOYES,s.45.

³² Münhasır Ekonomik Bölge ve anlamı için bkz. 1982 Tarihli Konvansiyon md.55-75.

³³ Bkz.1982 tarihli Konvansiyon md.56, SOHN/NOYES,s.45.

³⁴ BROWN,s.278.

³⁵ ROTHWELL/STEPHENS,s.149 ve 155.

³⁶ Ibid.,s.154.

ilkesi kıyı devleti aleyhine olarak tam oluşmuş bir kural iken, ki bu görüş 1958 tarihli konvansiyona da yansımıştır, özellikle 1960'lardan sonra ise açık deniz ilkesinin ekonomik, politik ve idolojik faktörlerle önemi değişmiştir. Bu fikirleri dikkate alan *Brown*'a göre halen açık deniz ilkesinin uluslararası hukukun temel kurallarından biri olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır³⁷. *Brown*'ın böyle düşünmesinin temel sebebi 1958 tarihli konvansiyondan sonra imzalanan ikinci konvansiyonda açık deniz alanının kıyı devleti lehine daraltılmasıdır. Hemen ifade edelim ki, biz *Brown*'a katılmıyor ve açık deniz alanının daraltılmış olmasına rağmen, uluslararası hukukun temel prensiplerinden biri olmaya devam ettiğini kabul ediyoruz. Bu ilke sayesinde hem açık denizde kaos önlenmekte ve hem de aşağıda ifade edeceğimiz gibi gemilerin yasal bir yere bağlantısı sağlanarak hem deniz-doğa güvenliği ve hemde bireylerin-devletlerin güvenliği sağlanmaktadır. Kaldı ki, 20. Yüzyılın ikinci yarısının sonlarında gelişen ve kıyı devletinin egemenlik alanının artması ile sonuçlanan anlayışa rağmen, halen denizlerin %71'i açık deniz alanındadır³⁸.

C.Açık Deniz İlkesi Serbestlikleri

Açık denizlerin serbestliği ilkesi sadece seyrüsefer serbestliğinden ibaret olmayıp 1982 tarihli Konvansiyon'da iki tane daha fazla olmak üzere, her iki konvansiyonda da ve fakat sınırlı sayı ilkesine tabi olmadan³⁹ çeşitli açık deniz serbestlikleri ayrı ayrı belirtilmiştir. Konvansiyonlarda sayılan açık deniz serbestlikleri şunlardır; seyrüsefer serbestliği, balıkçılık serbestliği, deniz altına kablo ve boru döşeme serbestliği, açık deniz üzerinden uçuş serbestliği(bkz.Cenevre Konvansiyonu md.2.1.2.3 ve 4, 1982 Konvansiyonu md.87/1.a.b.c.ve e.) ve 'yapay adalar inşası ve bilimsel araştırmalar yapabilmek(bkz.1982 Konvansiyonu md.87.1.d ve f).

Belirtelim ki bu serbestlikler sınırsız şekilde kullanılamazlar. Nitekim Cenevre Konvansiyonu md.2/2 ve 1982 tarihli Konvansiyon md.87.2'ye göre

³⁷ BROWN,s.278.

³⁸ SOHN/NOYES,s.43.

³⁹ ROTHWELL/STEPHENS,s.155(Her iki konvansiyonda da, 'diğerleri arasında ve yanı sıra anlamına.' gelen *inter alia* kelimesi kullanılmıştır.Yazarlar bu nedenle diğer devletlerin serbestlikten yararlanmasını engellemeyecek şekilde, askeri tatbikat veya silah denemesinin açık denizde yapılabileceğini kabul etmektedir.), aynı görüşte bkz. SOHN/NOYES,s.57.*Inter alia* kelimesi kullanıldığı için hükümlerde yer almayan başka serbestliklerinde eklenebileceği konusunda aynı görüşte bkz.,TANAKA,s.151, İfade edelim ki biz de yazarların görüşüne katılıyor ve konvansiyonlarda sayılan serbestliklerin sınırlı sayıda olmadığını ve kıyas yoluyla benzerlerinin de belirlenebileceğini kabul ediyoruz.

‘Burada sayılan açık deniz serbestliklerinden yararlanan her devlet bunu yaparken diğer devletlerin çıkarlarına makul ölçüde uygun davranacaktır’. Bu maddelerde sayılan serbestlikler ve yine maddelerde sayılanlara kıyas yapılarak bulunabilecek olan açık deniz serbestliklerinin sınırsız bir özgürlük anlamında değilde, başka ülkelerinde haklarına ve çıkarlarına makul ölçüde saygı göstererek uygulanması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Makul olma ölçüsü her olay açısından ayrı değerlendirilebilecek bir olgudur. Örneğin yer altından kablo döşeyen ülkeler, daha önceden açık denizin tabanında kablo döşemiş olan ülkelerin kablolarının ne yerlerini değiştirebilir ne de kaldırabilir. Veya sadece kendisinin o açık deniz tabanında kablo geçirebileceğini de iddia edemezler. Sayılan serbestliklerin bir diğer sınırını da, 1982 tarihli Konvansiyon md.88’e göre barışçıl amaçlı olmaları çizer. Yani bu serbestlikler ancak barışçıl amaçlar⁴⁰ için kullanılabilir. Son olarak belirtelim ki, açık deniz rejiminde seyrüsefer serbestliği sadece gemilere tanınmış olup kişilere ait değildir⁴¹.

III. BAYRAK DEVLETİ MÜNHASIR YARGI YETKİSİ VE GEMİLERİN UYRUKLUĞU

A.Genel Olarak

Açık denizlerin serbestliği ilkesi gereği, hiçbir devletin açık deniz üzerinde egemenliği olamayacağı gibi, hiçbir devletinde açık deniz üzerinde idari, polisiye ve hukuki yetkisi, kısaca yargı yetkisi de yoktur⁴². Hiçbir devlete ait olmadığı için yine hiçbir devlet açık denizin bir parçasını işgal edemez⁴³. Açık denizin hiçbir devletin egemenliğinde olmaması, herhangi bir devletin burada bir yargı yetkisi veya imtiyazının olmaması⁴⁴, onu devletler hukukunun bir parçası olmaktan çıkarmaz⁴⁵. Açık denizin hiçbir devlete ait olmamasının açık denizi bir anarşi alanı haline çevirmemesi için⁴⁶ geleneksel

⁴⁰ 1982 tarihli Konvansiyon md.88’de yer alan barışçıl amaçlar ifadesinin , 1982 tarihli Konvansiyonun önceki konvansiyonlara göre daha ayrıntılı deniz çevresi ve kaynaklarını korumaya yönelik olması dolayısı ile, denizde deniz çevresine ve canlılarına zarar verebilecek askeri faaliyetleri;örneğin nükleer silahların kullanılması vb. gibi yasakladığı ifade edilmektedir, bkz.KURAN, s.239-240.

⁴¹ BENNETT,Allyson, That Sinking Feeling, Stateless Ships,Universal Jurisdiction, and the Drug Trafficking Vessel Interdiction Act, The Yale Journal of International Law, Vol.37,s.439.

⁴² SINGH,s.23,BROWN,s.287.

⁴³ OPPENHEIM,s.415.

⁴⁴ ROTHWELL/STEPHANS,s.149.

⁴⁵ OPPENHEIM,s.416.

⁴⁶ SINGH,s.19-20.

uluslararası hukuk(teamül hukuku) belli bazı kurallar koymuştur⁴⁷. Teamül hukukunu uluslararası konvansiyonlar izlemiş ve teyit etmişlerdir.

Açık deniz serbestliği ilkesinin en önemli özelliklerinden biri her devletin ulusal ve uluslararası hukuka uygun olmak üzere, bir gemiye kendi uyrukluğunu verebilmesi hakkıdır⁴⁸. Bu sadece bir hak olarak da ifade edilemez. Uluslararası hukukta gemilerin varlığını kanıtlaması için bir uyrukluğunun olması şartı konusunda genel bir anlaşma söz konusudur⁴⁹. Diğer bir ifadeyle uluslararası hukuk açık denizlerde seyreden tüm gemilerin bir ulusal kimliklerinin olmasını şart koşmaktadır⁵⁰. Kısaca gemilere devletlerin uyrukluğunu bahşetmesi, devletler yönünden hem bir hak ve hemde bir görevdir. Uyrukluğunu gemiye bahşetmiş olan devlet artık uluslararası hukuk karşısında bayrak devleti olarak ifade edilir.

Bir geminin uyrukluğa kazanmasının iki önemli sonucu bulunmaktadır⁵¹. İlki, uyrukluğunu gemiye bahşeden bayrak devletinin, açık denizde o gemi üzerinde münhasır yargı yetkisi ve yargılama hakkına kavuşmasıdır⁵². Bu prensibin açık deniz serbestliği ilkesinin zımnî bir sonucu olduğu⁵³ ve açık deniz serbestliği ilkesinin önemli bir prensibi⁵⁴ olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Böylelikle hiçbir devletin açık deniz üzerinde egemenliği ve yargı yetkisi olmamasının yarattığı hukuki boşluk doldurulmuş olur. Doğal olarak hiçbir devletin açık deniz üzerinde, kendi bayrağını taşıyan ve uyrukluğunda olan gemiler, içindeki eşyalar ve insanlar üzerindeki yargı yetkisi hariç, yargı yetkisinin olmadığı sonucu da ortaya çıkar⁵⁵. Dolayısıyla, açık deniz rejiminde, açık denizdeki hukuki boşluğun doldurulması ve anarşinin önlenmesi için, açık denizde seyreden bir gemi üzerindeki yargılama hakkı ve yargı yetkisinin sadece geminin bağlı olduğu devlete ait olduğu belirlenmiş⁵⁶ ve bayrak devletine verilmiş olan yargı yetkisi böylece münhasır bir özellik kazanmıştır.

⁴⁷ OPPENHEIM,s.416,COLES/WATT,s.1.

⁴⁸ ANDERSON,S.140.

⁴⁹ ÖZÇAYIR,Oya, Port State Control,2nd. edt,LLP,2004,s.8.

⁵⁰ GOLDREIN QC,Iain/HANNAFORD,Matt/TURNER,Paul, Ship Sale and Purchase,4th. edt.,Informa Law 2003,s.11.

⁵¹ ANDERSON ,s.140.

⁵² CHURCHILL/LOWE,s.257.

⁵³ ÖZÇAYIR,s.65.

⁵⁴ Ibid.,s.74.

⁵⁵ SINGH,s.24.

⁵⁶ ODEKE,Adumuni,Bareboat Charter(Ship)Registration,Kluwer Law International,1998,s.16.

Açık denizdeki hukuk boşluğunu doldurmak için geliştirilen bayrak devleti münhasır yargı yetkisinin sağlanması için de açık denizde seyreden her geminin ulusal bir kimlik taşıması zorunludur⁵⁷. Açık denizlerin serbestliği ilkesinin sağlanması için, gemiler belli bir devletin otoritesi altında olmalıdır⁵⁸. Gemiye uyrakluğun verilmesi denizde kamu düzeninin sağlanması konusunda en önemli araçlardan birisidir⁵⁹. Gemilerin bir uyrakluğunun olmasının aranmaması halinde açık denizlerde uygulanan düzen yerine getirilemez⁶⁰. Gemilerin uyrakluğunun sağlanması sayesinde açık denizlerin serbestliği ilkesi kabul edilmiştir⁶¹. Sonuç olarak gemilerin açık denizlerde serbestçe hareket edebilmesi için ulusal bir kimliğe sahip olması gerektiği açıktır⁶². Böylelikle açık deniz, uyraklık ve yargı yetkisi konularında açık bir ilişki ortaya çıkar. Adeta her bir müessese arasında bir neden sonuç ilişkisi belirlemektedir.

Gemilerin uyrakluğunun olması zorunluluğunun ikinci sonucu olarak da bağlı olduğu bayrak devletinin ulusal ve uluslararası hukukun deniz kirliliği, gemi inşası, gemi yönetimi ve gemi mürettebatı ile ilgili koyduğu düzenlemelere uyum sağlama yükümlülüğü doğurması ve bayrak devletinin o gemiyi koruma hakkı elde etmesidir⁶³. Kısaca geminin uyrakluğu onun hangi haklara ve borçlara sahip olduğunu da belirler⁶⁴. Gemiye diplomatik koruma hakkı ise, hangi devletin o gemiyi diplomatik koruma altına alma hakkına sahip olduğu hakkında olup, diplomatik koruma hakkı o gemi hangi devletin uyrakluğunda ise o devlete aittir⁶⁵.

B.Bayrak Devleti Münhasır Yargı Yetkisinin Özellikleri

Bayrak devletinin münhasır yargı yetkisinin özelliklerini açıklamadan önce uluslararası hukuka göre yargı yetkisinin ne anlama geldiğini belirlemede fayda vardır. Uluslararası hukuka göre yargı yetkisi, devletlerin kişiler ve mülkler üzerinde kendi ulusal hukuklarına göre kendi ulusal hukuk kurallarına

⁵⁷ COLES/WATT,s.1.

⁵⁸ ÖZÇAYIR,s.66.

⁵⁹ CHURCHILL/LOWE,s.257.

⁶⁰ MATLIN,s.1022.

⁶¹ ÖZÇAYIR,s.7.

⁶² MANDARAKA-SHEPPARD,Aleka,Modern Maritime Law and Risk Management, 2nd edt.,2007,s.277.

⁶³ ODEKE,s.13, CHURCHILL/LOWE,s.257.

⁶⁴ CHURCHILL/LOWE,s.257.

⁶⁵ Ibid.

başvurmalarını-uygulamalarını ve cebri icra yetkisi olarak da devletin gücünü ifade etmektedir⁶⁶. Diğer bir tanımla uluslararası hukuka göre yargı yetkisi, bir devletin uluslararası hukuka göre kişi veya mallar üzerinde ulusal hukukunu uygulama gücüdür⁶⁷. Bizde bu çalışmamızda yargı yetkisi ifadesini açıkladığımız anlamlarda kullandık.

Bayrak devletinin münhasır yargı yetkisinin sınırlarının ne olduğu konusunda eski hukuk ve yeni hukuk arasında farklılık mevcuttur. Eski hukuku temsilen *Oppenheim*'a göre 'Milletler Cemiyetinin teamül hukukuna göre ticari gemiler bayrak devletinin bir parçası gibi seyrederek ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi altında olurlar, gemide doğan çocuk, imzalanan anlaşma, hazırlanan vasiyetname hep o bayrak devletinde gerçekleşmiş sayılır'⁶⁸. Bu görüş mülkîlik prensibinin bir yansımasıdır⁶⁹ ve özellikle açık denizde bir kaza halinde kendini gösterir. Mülkîlik prensibi sonucu gemi yüzen bir bayrak devleti sayılır. Haliyle onun üzerinde veya ona olan herşey bayrak devletinde olmuş sayılır ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisine girer.

Buna ilişkin en çarpıcı örnek *Lotus v. Bozkurt*⁷⁰ davasıdır. Davanın konusu, açık denizde Fransız *Lotus* gemisi ile Türk *Bozkurt* gemisinin çarpışması sonucu meydana gelen kazada ölen Türk denizcilerinden dolayı, Fransız gemisinin kaptanını yargılayan Türkiye'nin uluslararası hukuka göre buna hakkı olup olmadığının belirlenmesidir⁷¹. Dava Fransa ve Türkiye'nin yaptığı özel anlaşma ile Uluslararası Adalet Divanı önünde getirilmiş ve yargılama sonucu Türkiye haklı bulunmuştur. Mahkeme kararında bir yandan 'Açık denizde seyreden gemiler sadece bayrağını taşıdığı devletin münhasır yargı yetkisine dahildir. Açık denizler hiçbir devletin bölgesine dahil olmayıp, hiçbir devletin yabancı bir gemi üzerinde bir yargı yetkisi yoktur' diyerek teamül hukukundaki kuralı teyit ederken; diğer yandan da 'Açık denizlerin serbestliği ilkesine göre açık denizde seyreden bir gemi, bayrak devletinin

⁶⁶ GUILFOYLE,s.7.

⁶⁷ ÖZÇAYIR,s.63.

⁶⁸ OPPENHEIM,s.424, Gerçi Oppenheim'da bunun sınırsız bir yargı yetkisi yaratmadığını, savaş sırasında blokaj ve benzerlerinin ihlali halinde tarafsız gemilere bayrak devleti haricinde de el konulabileceğini ve barış zamanında da diğer devletlerin belli yetkileri olduğunu kabul etmektedir,bkz.s.425.

⁶⁹ ÖZÇAYIR,s.63.

⁷⁰ The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey,7 September 1927, Series A.-No.10,Permanent Court of International Justice http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (erişim 19.11.2013).

⁷¹ Ibid.s.12-13.

Açık Denizlerin Serbestliği , Gemilerin Uyraklığı ve Bayrak Devleti...

bölgesine dahildir, ki sadece o bayrak devletinin gemi üzerinde münhasır yargı yetkisi vardır, o gemi bayrak devletinin ulusal sınırları içinde bir bölge gibi olup, o gemi üzerinde gerçekleşen tüm hadiseler, o bayrak devletinde olmuş olur ve uluslararası hukuka göre bayrak devletinin gemisine karşı işlenen suçtan dolayı, bunun kendi ülkesinde işlenmiş gibi saymasını engelleyecek bir argüman da bulunmamaktadır⁷² şeklinde görüş bildirmiştir.

Oppenheim'ın da ifade ettiği ve *Lotus* kararında Uluslararası Adalet Divanı'nın da kabul ettiği mülkilik prensibi yani geminin uyraklığında bulunduğu devletin yüzen bir parçası olduğu görüşü sonradan oldukça eleştirilmiştir⁷³. Eleştirilerin etkisi ile sonradan düzenlenen konvansiyonlarda *Lotus* davasında beliren katı mülkilik prensibi yumuşatılmak suretiyle değişikliğe uğramıştır. Şöyle ki, Cenevre Konvansiyonu md.11.1 ve 1982 tarihli Konvansiyon md.97.1 gereğince açık denizde kaza halinde gemi kaptanı ve mürettebat hakkında cezai ve disiplin sorumluluğu doğarsa yargılama hakkı bayrak devleti ve o kişilerin uyraklığında olduğu devletlere ait olup, Cenevre Konvansiyonu md.11.3 ve 1982 tarihli Konvansiyon md.97.3'e göre kazaya karışan gemilerin yakalanıp el konulmasına ancak bayrak devleti yetkilidir. Dikkat edilirse *Lotus* davasında açık denizde bayrak devleti, çarpışan diğer gemideki kişilerin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletten daha üstün tutuluyordu⁷⁴. Oysa Cenevre ve 1982 Konvansiyonları ile açık denizde çarpışma halinde bayrak devleti ile kaptan veya mürettebatın vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devlet eşit düzeydedir.

Kuran'ın⁷⁵ da haklı olarak ifade ettiği gibi, sözü edilen konvansiyon hükümleri ile bayrak devletinin yanında failin vatandaşı olduğu devlete de yargı yetkisi verilerek, mülkilik prensibi yanında, faile göre şahsılık prensibi de tanınmış olmaktadır. Dolayısıyla günümüz modern uluslararası deniz hukukunda bayrak devletinin yargı yetkisi konusunda, faile göre şahsılık prensibi ile yumuşatılmış mülkilik prensibi hakim konumdadır.Sonuç olarak esasen gemiler, uluslararası hukuktan ve konvansiyonlardan doğan sınırlamalara tabi olarak bayrak devletinin münhasır yargı yetkisine dahildir. Bu sınırlamalar ise aşağıda değineceğimiz üzere sadece açık denizde kaza ile ilgili olan hükümlerden ibaret değildir.

⁷² Ibid,s.25.

⁷³ MATLIN,s.1023,ROTHWELL/STEPHANS,s.150, Özçayır ise ayrımı şu şekilde yapmaktadır; 'Geminin uyraklığında olduğu devletin münhasır yargı yetkisi dahilinde bulunması onun, o devletin bölgesinde olarak mülkilik prensibine göre değerlendirilmesinden ziyade, bayrak devletine dahil bir parçası olduğu farzedilmelidir.'s.64-65.

⁷⁴ ODEKE,s.17

⁷⁵ KURAN,s.242.

C.Gemilerin Ulusal Kimliği ‘Uyrukluk’

İlgili devletin hukuksal anlamda kendisine dahil olduğunu iddia edebildiği gemiler üzerinde sahip olduğu hak ve yükümlülükler, tek bir kelime ile ifade edilmektedir; ‘uyrukluk’ (milliyet)⁷⁶. Geminin uyrukluğu, açık denizde kimlik belirlemede düzen sağlar⁷⁷. Uyrukluk kavramı cansız nesnelere için garip görünse de, uluslararası hukuktan doğan hak ve yükümlülükler devletlere ait kabul edildiğinden, uluslararası hukukun objeleri olan gerçek kişi ve tüzel kişilerin bu haklardan faydalanabilmeleri için bu haklara ve borçlara sahip olan uluslararası hukukun sujerleri olan devletlerle aralarında bağ olmalıdır⁷⁸. Bu nedenle de gemiler üzerinde de açık denizde ve genel olarak denizlerde yarattıkları etkileşimin yasal anlamda görünmesi ve uluslararası hukukun onlar üzerinde hak ve yükümlülük doğurması için bir devlete tabiyetleri zorunlu görülmüştür.

Geminin uyrukluğu kurumu, açık denizlerin güvenli ve düzenli seyrüsefer imkanının varlığı açısından vazgeçilmezdir⁷⁹. Geminin uyrukluk kazanması sonucu ilgili bayrak devleti münhasır yargı yetkisi kazanır, böylece hiçbir devletin açık deniz üzerinde yargı yetkisi olmadığı düşünüldüğünde, açık denizlerdeki hukuki boşluk doldurulmuş olur⁸⁰. Buradaki yargı yetkisi açık deniz üzerinde değil de, açık denizde seyreden gemi ve onun üzerindeki mal ve insanlara şamildir ve onlarla sınırlıdır⁸¹.

Gemilerin uyrukluğu anlayışı, yani gemilere insanlar gibi bir milliyet verilmesi, politik anlamda ulus devletlerin ortaya çıkması ile birlikte gelişmiştir⁸². Gemilerin uyrukluğu anlayışı gemilerin bir devletin siciline kaydolduğu ve o devletin kurallarına uyma karşılığında o devletten koruma aldığı bir sisteme dayanmaktadır⁸³. Devletler gemilere kendi uyrukluğunu, sicile kayıt ile kendi bayraklarını çekmeleri konusunda yetkilendirmek

⁷⁶ ÖZÇAYIR,s.8,Biz çalışmamızda konuyu daha iyi açıkladığına inandığımız için milliyet yerine uyrukluk kelimesini kullanmayı tercih ettik. Dolayısı ile geminin milliyeti ile geminin uyrukluğu aynı anlama tekabül etmektedir.

⁷⁷ MATLIN,s.1025.

⁷⁸ BROWN,s.287.

⁷⁹ ODEKE,s.13.

⁸⁰ SERDY,Andrew ,Public International Law Aspects of Shipping Regulation, Maritime Law,2nd. Edt.,Editor: Yvonne Baatz, Sweet&Maxwell, 2011,s.359.

⁸¹ OPPENHEIM,s.421.

⁸² ANDERSON,s.141.

⁸³ ANDERSON,s.143.

suretiyle verirler⁸⁴. Bu yönüyle ifade edebilir ki, bayrak devleti ile gemilerin uyraklığını aldığı devlet aynı anlama gelir⁸⁵.

Uluslararası hukuka göre bir geminin varlığını kanıtlayabilmesi onun uyraklığının olmasına⁸⁶ bağlı olup, bunun ardında da her bir geminin bir şekilde bir otorite, asgari bir düzen⁸⁷ ve hukuk sistemine bağlı olması gerekliliği yatar⁸⁸. Aksi halde bu gemilerden kimin sorumlu olacağı ve uluslararası hukuka göre hangi kuralların uygulanabileceği belirlenemezdi⁸⁹. Uluslararası teamül hukuku ve Konvansiyonlara göre sadece bayrak devleti gemisi üzerinde diplomatik koruma sağlayabilir⁹⁰ ve sadece bayrak devletinin o gemi üzerinde yargı yetkisi vardır⁹¹.

Geminin bir uyraklığının olması onun bir devletin siciline kayıt olduğunu ve siciline kayıt olduğu devletin bayrağını çekme hakkına sahip olduğunu da göstermektedir⁹². Diğer bir ifade ile geminin bayrak çekme hakkı, o geminin bir devlete tabi olarak uyraklık kazanmasına bağlıdır. Cenevre Konvansiyonu md.5/1 ifadesi ile ‘gemiler bayrağını çekme hakkına sahip olduğu devletin uyraklığındadır’. Diğer yandan bayrak devleti yargılama hakkı ve yargı yetkisi de geminin uyraklığına bağlı olarak uygulanır ve bu nedenle de ‘uyraklık’ bayrak devleti ile bayrağını çektiği gemi arasındaki hukuki bağın kurulmasında hayati öneme sahiptir⁹³.

1.Uyraksuz Gemi

Bir geminin uyraklığı yok ise o geminin uluslararası hukuka göre koruması da yoktur⁹⁴ ve yakalanıp bağlanabilir⁹⁵. Böyle bir geminin limanlara

⁸⁴ CHURCHILL/LOWE,s.257,COLES/WATT,s.1.

⁸⁵ CHURCHILL/LOWE,s.257.

⁸⁶ Gemilerin bir uyraklığının olması gerektiği uluslararası teamül hukukunun getirdiği özelliklerden biridir; bkz. MATLIN,s.1021.

⁸⁷ KURAN,s.241.

⁸⁸ ÖZÇAYIR,s.8, MATLIN,s.1021.

⁸⁹ DeSOMBRE,Elizabeth R.,Flagging Standards Globalization and Environmental,Safety, and Labor Regulations at Sea, 2006, s.70.

⁹⁰ BENNETT,s.439.

⁹¹ KURAN,s.241.

⁹² ODEKE,s.13.

⁹³ TANAKA,s.155.

⁹⁴ GUILFOYLE,s.16,ÖZÇAYIR,s.8,COLE/WATT,s.2,OPPENHEIM,s.423.

⁹⁵ GOLDREIN QC/HANNAFORD/TURNER,s.11,SINGH,s.20,COLES/WATT,s.2, karşı CHURCHILL/LOWE, s.214.; yazarlara göre uyraksuz gemilerde bulunan kişilerin uyrak-

girmesi mümkün olmadığından yasalara uygun bir ticaretin aracı da olamaz⁹⁶. Böyle bir gemi üzerinde açık denizde tüm devletlerin yargı yetkisi olduğu kabul edilir⁹⁷. Bu anlayış hem İngiliz ve hem de Amerikan hukuk ve yargılamalarına⁹⁸ tam anlamı ile girmiştir⁹⁹. Uyraklığı olmayan gemi bir devlete bağlı olmayan, bayraksız ve herhangi bir sicile kayıtlı olmayan gemi olarak, bayrak devleti hukuku rejimini zayıflatan ve hiçbir devletin üzerinde kontrolü ve hem de diplomatik korumasının olmadığı gemilerdir¹⁰⁰.

Devletsiz yani uyraksız gemilerin hukuki durumu uluslararası hukuk anlamında ilk olarak *Naim-Molvan v. Attorney General for Palestine* adında bir İngiliz davasında ele alınmıştır. Bu davada Musevi göçmenleri taşıyan Asya adlı bir gemi 1946 yılında Filistin karasuları dışında açık denizde İngiliz Donanması tarafından geminin uyraklığı gösterilemediği için yakalanmış ve gemiye el konulmuştur. Davaya bakan *Privy Council*¹⁰¹ İngiliz Hükümetini haklı bularak ‘Devletlerin birbirinin haklarına saygılı olmaları kuralı ancak bir devletin bayrağı altında açık denizde seyreden gemilere uygulanır’ şeklinde karar vermiş ve kararına Oppenheim’in¹⁰² şu görüşünü gerekçe göstermiştir; ‘Açık denizde kamu düzeninin sağlanması adına, bir devlet bayrağını çekememiş olan gemi korunmadan yoksun olup, açık denizde seyrüsefer özgürlüğü sadece bir devletin bayrağı altında seyreden gemilere aittir.’

Keza gerekli dokümanları olmadığından uyraklığını kanıtlayamayan bir geminin uluslararası koruması olamayacağına bir örneği de *United States v.*

luğunda olduğu devlet koruması unutulmamalıdır. Bu nedenle bu gemiler üzerindeki kişilerin vatandaşlığında olduğu devletlerinin koruması olabilir ve ek olarak da bu tür gemilere el koymak isteyen devletler için bir yasal dayanak olmalıdır. Uluslararası hukuka göre, konvansiyonların tanıdığı korsanlık yasal bir nedendir. Keza Amerika benzer bir nedeni uyuşturucu trafiği olarak görmektedir, Churchill/Lowe ile aynı görüşte bkz. BENNETT, s.440, Guilfoyle’e göre de Churchill/Lowe’un görüşü uluslararası konvansiyonlara daha uygundur Zira konvansiyonlarda bu konu işlenmemiştir., bkz. GUILFOYLE, s.17, Anderson da ‘Hakim görüşe rağmen uyraksız gemilere farklı davranılması konusunda bir gerekçe yoktur. Uyraksız gemi üzerinde yargı yetkisi kullanacak ülkenin bu konuda geçerli bir sebebi olmalıdır’ demektedir, bkz. ANDERSON, s.143.

⁹⁶ COLES/WATT, s.2, GOLDREIN QC/HANNAFORD/TURNER, s.11 (bkz. İngiliz Merchant Shipping Act 1995 md. 6.1).

⁹⁷ KURAN, s.241.

⁹⁸ Bkz. BENNETT, s.434.

⁹⁹ ANDERSON, s.141.

¹⁰⁰ BENNETT, s.439.

¹⁰¹ *Naim Molvan v. Attorney General for Palestine* 1948 A.C. 351, karar için bkz. <http://www.legalcrysal.com/judgements/description/945795> (erişim 18.11.2013), orada bkz. para.no:28.

¹⁰² Bkz. OPPENHEIM, s.422.

*Marino-Garcia*¹⁰³ davasıdır. Bu davada Amerikan Mahkemesi önündeki soru; Cezai yargılama konusunda Amerika'nın uyruksuz gemiler üzerinde bir yargı yetkisi var mıdır¹⁰⁴? Dava konusu olayda gemiler açık denizde durduruluyor ve gemilerde yasadışı uyuşturucu madde *marijuana* ele geçiriliyor, kaptan ve mürettebat tutuklanıyor ve gemi Amerikan gemisi olmadığı gibi, herhangi bir devletin uyrukluğunda olmayan gemilerdendir¹⁰⁵. Mahkeme uyruksuz gemiler üzerinde Amerikan Yargı yetkisinin olduğuna hükmediyor¹⁰⁶. *Marino-Garcia* kararında mahkemenin şu görüşü uyruksuz gemilere Amerikan Hukuku tarafından nasıl bakıldığının tam bir tarifi gibidir; ' Uyruksuz gemiler uluslararası anlamda toplum dışına itilmişlerdir. Onların açık denizlerde serbestçe seyrüsefer edebileceklerine dair kabul edilen uluslararası bir hakları bulunmamaktadır'¹⁰⁷.

İki bayrak taşıyan bir gemide, uyruksuz bir gemi kabul edilerek, hukuksal bir korumadan mahrum kalmaktadır¹⁰⁸. İki bayrak taşıyan gemilerin uyruksuz gemilerle aynı muameleye tabi tutulmasının sebebi, açık denizlerde bayrak devletinin yetkili olması kuralı karşısında denetimden ayrılmak amacıyla yabancı bayrak çekilmesini önlemektir¹⁰⁹. *United States v. Passos-Paternina*¹¹⁰ davasında mahkeme Cenevre Konvansiyonu md.6.2 gereğince iki bayrak taşıyan geminin uyruksuz gemi sayılacağına karar vermiştir. Bir gemi ancak gerçek mülkiyet ve sicil kaydı değişikliği varsa başka devletin bayrağını çekebilir(Cenevre Konvansiyonu md.6.1,1982 tarihli Konvansiyon md.92.1)¹¹¹.1982 tarihli Konvansiyon md.93'e göre Birleşmiş Milletler ve onun özel ajansları ile Uluslararası Atom Enerjisi gemilere kendi kurumlarının bayrağını çekebilmektedir.

2.Uyrukluğun Kanıtı: Sicile Kayıt-Gerçek Bağ Aranmalı mıdır?

Uyrukluğa sahip gemi sicile kaydolmuş gemidir. Ancak sicile kayıt geminin uyrukluğ kazanmasının sonucu değil, tersine uluslararası hukuka

¹⁰³ 679 F.2d. 1373, 1985 A.M.C. 1815(11th. Cir. 1982) karar için bkz.<https://www.casetext.com/case/us-v-marino-garcia/> (erişim 18.11.2013).

¹⁰⁴ Ibid,s.1377.

¹⁰⁵ İbid.s.1378.

¹⁰⁶ İbid,s.1387.

¹⁰⁷ Ibid,s.1382.

¹⁰⁸ GUILFOYLE,s.17,ÖZÇAYIR,s.9,ODEKE,s.13,SERDY,s.360, bkz.Cenevre Konvansiyonu md.6.2,1982 Konvansiyonu md.92.2.

¹⁰⁹ KURAN,s.241.

¹¹⁰ 918 F.2D 979,1991 A.M.C. 719,722(1st. Cir. 1990)(aktaran ÖZÇAYIR,s.9).

¹¹¹ ODEKE,s.13.

göre, sicile kayıt bir gemiye uyrukluğ kazandırmaktadır¹¹². Sicile kayıt ile geminin ulusal karakteri ortaya çıkmaktadır¹¹³. Sicile kayıt idari bir işlem olup bu işlemle devletlerin çeşitli hak ve görevleri de gemi üzerinden ortaya çıkar ve ayrıca sicile kayıt ile gemi kamu kayıtlarına girmiş olur¹¹⁴. Uyrukluğun açık denizde ispatı ise sicile kaydedildiğini gösteren belgeler ile olmaktadır¹¹⁵.

Gemilerin sicile kaydı hem geminin tabi olacağı hukuku ve hem de bayrağını belirler¹¹⁶. Böylece gemi üzerinde ipotek, deniz rehinleri ve yargılama hukukunun belirlenmesi sağlanmış olur¹¹⁷. Gemi hangi devletin bayrağını çekme hakkına sahip ise, o devletin uyrukluğundadır¹¹⁸. Sicile kayıt ile, gemi bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi kapsamına girer¹¹⁹ ve bayrak devleti, uyrukluğuna aldığı gemi ile ilgili ulusal ve uluslararası görev ve sorumluluklar altına girer¹²⁰. Gemideki olaylarla ilgili uygulanacak olan ceza ve medeni hukuk kuralları da o bayrak devleti hukukuna göre olur¹²¹.

Genel olarak uluslararası hukukta kural her devletin sicile kayıt şartlarını belirlemesinin kendisinin münhasır yetkisi dahilinde olduğu yönündedir¹²². *Muscat Dhows*¹²³ davasında uluslararası tahkim mahkemesi ‘Genel olarak belirtmek gerekir ki, her egemen devlet bayrağını çekme hakkını kime

¹¹² ODEKE,s.13,COLES/WATT,s.2.

¹¹³ GOLDREIN QC/HANNAFORD/TURNER,s.11.

¹¹⁴ ÖZÇAYIR,s.10,ANDERSON,s.144, Sicile kayıt devletin uyrukluğunu ihsan ettiği idari bir süreçtir; bkz.TACHE,Simon,The Nationality of Ships: The Definitional Controversy and Enforcement of Genuine Link, Vol.16, International Lawyer,1982,s.302, Gemilere uyrukluğ verilmesi sicile kayıt suretiyle olur, bkz.McCONNELL,Moira L.,’Darkening Confusion Mounted Upon Darkening Confusion’:The Search for the Elusive Genuine Link, Journal of Maritime Law and Commerce,Vol 16,No.3,July,1985,s.372.

¹¹⁵ COLES/WATT,s.5-6,Sicile kayıt süreci geminin ulusal kimliğini kanıtlayan belgelerden oluşur, bkz.TACHE, s.302-303.

¹¹⁶ Gemi,siciline kaydolduğu ülkenin bayrağını çekme hakkına sahip olur,bkz. GOLDREIN QC/ HANNAFORD/ TURNER,s.11

¹¹⁷ SINGH,s.20.

¹¹⁸ BENNETT,s.438.

¹¹⁹ Konvansiyonlar ve uluslararası teamül hukuku birkaç istisna dışında bayrak devletinin gemisi üzerinde münhasır yargı yetkisini tanırlar ve sağlar,bkz.BENNETT,s.439.

¹²⁰ ÖZÇAYIR,s.10,KURAN,s.240.

¹²¹ SINGH,s.26.

¹²² ÖZÇAYIR,s.10,ANDERSON,,s.145,BENNETT,s.439,KURAN,,s.240.

¹²³ Muscat Dhows Case, France v. Britain,Permanent Court of Arbitration,8 Ağustos 1905, karar için bkz. <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6128> ve <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/PCA/Muscat%20Dhows%20English%20Award%20PCA.pdf> (erişim 18.11.2013), Muscat davası bu konudaki ilk uluslararası otoritedir, bkz.ANDERSON,s.145.

Açık Denizlerin Serbestliği , Gemilerin Uyraklığı ve Bayrak Devleti...

vereceğini belirleyebileceği gibi, bu hakkı vermesinin şartlarını da belirleme hakkına sahiptir’ şeklinde karar vermiştir. Bu mahkemede verilen karar genel olarak dönemin teamül hukuku görüşünü yansıtmaktadır¹²⁴. Teamül hukukuna göre her devlet, gemilerini sicile kaydetme şartlarını kendi belirler¹²⁵.

Muscat Dhows kararı egemen devletlere gemileri sicile kayıt ve kendi uyraklığını bahsetme ve bayrağını çekme konularında tam bir serbestlik tanımaktadır. *Muscat Dhows* kararını izleyen ve onaylayan bir Amerikan Yüksek Mahkemesi davası olan *Lauritzen v. Larsen* kararında da yüksek mahkeme şöyle bir karar vermiştir; ‘ Her devlet uluslararası hukuka göre bir ticari gemiye uyraklığını verme şartlarını kendi belirler. Amerika Birleşik Devletleri bir sicile kaydın geçerliliğine ancak sicil devletinin karar verebileceğini kabul eder’¹²⁶. Belirtilen her iki kararda devletlerin sicile kayıt şartlarını kendilerinin serbestçe belirleyebileceğine ilişkin güçlü birer örnektir¹²⁷.

Cenevre Konvansiyonu md.5/1’in ilk cümlesi de bu anlayışı aynen izlemektedir. Şöyle ki, ‘Her devlet sicile kayıt ve bayrak çekme şartlarını kendi belirler’. İkinci cümlesi ise birinci cümlenin adeta zorlayıcı bir şartı gibidir; ‘Devlet ile gemi arasında gerçek bağ(*genuine link*) olmalı, özellikle bayrak devleti yargılama hakkını ve idari, teknik ve sosyal konularda bayrağını taşıyan gemiye etkili olarak uygulamalıdır’. İfade edilen bu gerçek bağ ilkesinin Cenevre Konvansiyonu’na yukarıda belirttiğimiz kararlara rağmen getirilmiş olması, bayrak devletinin sicile kayıt şartlarını serbestçe kendisinin belirleyebilmesi hakkının adeta bir aşındırılma girişimidir¹²⁸.

Cenevre Konvansiyonu’na gerçek bağ aranması ifadesinin, konvansiyon taslağını hazırlayanların 1955 tarihli *Nottebohm*¹²⁹ davasından oldukça etkilenmeleri dolayısı ile eklendiği belirtilmektedir¹³⁰. Bu dava her

¹²⁴ Bkz. ayrıca aynı görüşte OPPENHEIM,s.422.

¹²⁵ ODEKE,s.13.

¹²⁶ *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S.571 (1953),U.S. Supreme Court,25. Mayıs 1953, s.584, <https://www.casetext.com/case/lauritzen-v-larsen/> (erişim 18.11.2013).

¹²⁷ ÖZÇAYIR,s.11.

¹²⁸ ANDERSON,s.148, Gerçek bağ ilkesinin getirilme amacının bu dönemde açık sicil imkanını engellemek olduğu görüşü hakkında bkz.McCONNELL,s.369.

¹²⁹ *Liechtenstein v. Guatemala*, Reports of Judgements Advisory Opinions and Orders, Second Phase, April 6th 1955, International Court of Justice, karar için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> (erişim 29.11.2013).

¹³⁰ CHURCHILL/LOWE,s.258,ROTHWELL/STEPHENS,s.159.,ODEKE,s.13,SERDY,s.360, McCONNELL, s.369.

ne kadar bir gerçek hukuk kişisi hakkında olsa da, gemiler ile ilgili olarak uluslararası deniz hukukunu oldukça etkilemiştir. Mahkemenin kararına konu olan olayda; ‘1905 yılından beri Guetemala’da yaşayan Alman uyruklu *Nottebohm* adlı bir kişi ikinci dünya savaşından hemen önce Liechtenstein vatandaşlığı elde ediyor ve bu arada savaş patlak verince Guetemala hükümeti onun mallarını kamulaştırıyor(s.13-16)’. ‘Liechtenstein devleti vatandaşı olduğunu kabul ettiği *Nottebohm* adına Guetemala’ya karşı Uluslararası Adalet Divanı’nda dava açıyor. Mahkemenin önündeki en büyük usul sorunu olarak *Nottebohm*’un Liechtenstein vatandaşlığı kabul edilebilir mi noktasında toplanmıştır(s.16)’. ‘Mahkeme, bir devletin başka bir devlete karşı, bir gerçek kişinin vatandaşı olduğunu iddia edebilmesi ve böylece onun çıkarlarını uluslararası arenada koruyabilmesi için, o kişi ile devlet arasında hukuki bağı kanıtlaması gerektiğini belirtmiştir. Hukuki bağın varlığı için de gerçek bir bağlantı aranır diyerek, kişi ile devlet arasında sadece vatandaşlık verilmesini yeterli görmemiş ve gerçek bir bağlantının aranmasını salık vermiştir(s.23)’.

İşte hukuksal anlamda bir gerçek hukuk kişisinin vatandaşlığı hakkında verilen uluslararası bir yargı kararından etkilenen Cenevre Konvansiyonu’nu hazırlayanlar, mahkemece kabul edilen, kişi ile devlet arasında gerçek bağ bulunmalı kararını, devlet ile gemi arasına da koymak istemişlerdir. Yalnız Cenevre Konvansiyonu’na alınmak istenen gerçek bağ ilkesi, bu ilkenin uluslararası kabul edilen bir teamül hukuku olduğunu ileri süren Portekiz ve Fransa’ya¹³¹ karşı, 1958 Konvansiyonu’na bu yüzden taraf olmayan ve kolay bayrak(açık sicil) devletleri¹³² olarak ifade edilen ve yabancı gemi sahiplerini

¹³¹ Geleneksel denizci devletler sicile kayıta gerçek bağı ararlar,bkz. GOLDREIN QC/ HANNAFORD/ TURNER,s.1, Gerçek bağ ilkesinin eksikliği kolay bayrak devletlerini doğurmuştur,bkz.BENNETT,s.439.

¹³² Kolay bayrak;Ekonomik sebeplerle açık sicillerine kayıt yapılan ülkeler anlamındadır, bkz. ANDERSON, s.157, Kolay bayrak devletlerini tanımlamak üzere İngiltere’de sunulan *Rochdale* Raporunda 6 kriter belirlenmiştir. Raporda kolay bayrak devletlerini tanımlamaya yarayan ve tespit edilmiş 6 kriter şunlardır;1.Gemi sahipliği ve kontrolünde kendi vatandaşı olmayanlara izin verilir,2.Sicile kayıt kolaydır,Yurt dışındaki konsolosluklarda kayıt yaptırma imkanı sunar,3.Gemi gelirleri ya vergilendirilmez veya düşük vergi alınır.Sicile kayıt ücreti ve tonaj bazında yıllık ücret alınır. Gelecekte vergi alınmayacağı garanti edilir,4. Alınan ücretler o ülke gelirinde önemli bir gelir kalemi olabilir,5.Gemi mürettebatının tamamen veya kısmen kendi vatandaşlarından oluşmamasını kabul eder,6.Gemi üzerinde ne etkili bir uluslararası veya ulusal idari denetim yapma gücüne ve ne de isteğine sahiptir; bkz. OECD Study on Flags of Convenience, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.4,No.2,s.231-254,s.232, Kriterler için ayrıca bkz.Committee of Inquiry into Shipping:London, H.M.S.O. 1970,Cmnd 4337(Rochdale Report)(Aktaran,ANDERSON,s.157,dpn.122.),Kolay bayrak devletlerine, açık-serbest bayrak devletleri de denir.,bkz. GOLDREIN QC/HANNAFORD/ TURNER s.11, ‘Bugün bazı bayrakları elde etmek daha kolaydır.Bunlara kolay bayrak adı verilir. Bunlar açık sicil olarak tabir edilen, ya çok az veya hiç şart istemeden sicile kaydı mümkün kılar’;bkz.MATLIN,s.1019.

kendi devletleri ile çok az veya hiç bağlantısı olmamasına rağmen kabul eden devletler arasında bir tartışmaya yol açmıştır¹³³. Bu tartışma, o dönemde başlamış olan gemi sahiplerinin ‘düşük vergi, düşük mürettebat ücreti, daha az idari ve yargısal denetim sebepleri¹³⁴’ ile gemilerini kolay bayrak devletlerinde¹³⁵ giderek daha artan oranlarda açık sicillere kaydettirmeleri ve buna deniz filolarını kaybetmeye başladıkları için karşı olan devletlerin, gemi ile devlet arasındaki uyruluk bağıni sorgulamaları nedeni ile gerçekleşmiştir¹³⁶.

1958 Cenevre Konvansiyonu ile her ne kadar gerçek bağ ilkesi uluslararası bir metne girmiş olsa da, ne tanımı yapılmış ve ne de tam açıklığı ile şartları ortaya konulmuş değildir¹³⁷. Ayrıca gerçek bağ ilkesinin olmadığı bir şekilde tespit edilirse sonucunda ne olacağı da Cenevre Konvansiyonu’nda yazmamaktadır.¹³⁸ Bu nedenlerle gerçek bağ ilkesi çevresinde hem bir tartışma ve hemde bir belirsizlik oluşmuştur¹³⁹. 1982 tarihli Konvansiyon ise gerçek bağ ilkesinin uygulanabilirliğini biraz daha belirsiz hale getirmiş görünmektedir. Nitekim md. 91.1.’de her ne kadar Cenevre Konvansiyonu’nda olduğu gibi devlet ile gemi arasında gerçek bağ olmalıdır denilse de, Cenevre Konvansiyonu md.5.1’de yer alan ‘özellikle’ kelimesi ile başlayan kısmın çıkarılarak, başka bir madde olan md.94.1’e alınmış olması, gemi ile devlet arasında gerçek bağ aranmasının zorunluluğu konusunda bulanıklık yaratılmıştır¹⁴⁰. Dahası 1986 tarihli Birleşmiş Milletler Gemi Sicili Kayıt Şartları Konvansiyonu md.1¹⁴¹ ile açıkça gemi ile devlet arasında gerçek bağ aranması çabaları ise, ilgili Konvansiyonun yeterli sayıya ulaşmaması nedeni ile halen gerçekleşmemiştir¹⁴². 1986 tarihli Konvansiyon esasen Cenevre Konvansiyonu’nda aranan gerçek bağ ilkesinin yeniden düzenlenmiş halidir¹⁴³.

¹³³ CHURCHILL/LOWE,s.258.

¹³⁴ OECD Study on Flags of Convenience,s.243-244,Matlin,s.1019.

¹³⁵ Kolay bayrak devletlerinde devlet ile gemi arasında çok az bağ vardır,bkz.ROTHWELL/STEPHENS,s.159.

¹³⁶ BROWN,s.287-288.

¹³⁷ TACHE,s.304.

¹³⁸ ODEKE,s.14.

¹³⁹ TACHE,s.304.

¹⁴⁰ BROWNS.288-289.

¹⁴¹ Bu konvansiyon sicile kayıtlı gemi ile devlet arasında ekonomik bir bağ arayan ve gerçek anlamda neyin gerçek bağı oluşturduğunu tanımlayan ilk Uluslararası Konvansiyondur,bkz. ANDERSON,s.150.

¹⁴² Bkz.BROWN,s.289-291 Açık sicil devletlerinin bu Konvansiyonu bayrak devleti ile gemi arasındaki bağı sıkılaştıran kurallar koyması nedeni ile kabul etmesi şüphelidir,bkz. TANAKA,s.157.

¹⁴³ ROTHWELL/STEPHENS,s.159.

Belirtelim ki daha henüz Cenevre Konvansiyonu'ndan hemen sonra 8 Haziran 1960 tarihli Uluslararası Adalet Divanı'nın¹⁴⁴ bir olay dolayısı ile verdiği gerçek bağ ile ilgili kararı vardır. Mahkeme önüne gelen olay, Devletlerarası Deniz Danışma Örgütü (IMCO)¹⁴⁵'nün Deniz Güvenlik Komitesi'ne yapılacak seçimlerde kendi kuruluş yasalarında belirtilen 'en fazla gemiye sahip' ülke ifadesinin ne anlama geldiği hakkındadır. Geleneksel büyük denizci devletler bu ifadenin anlamı bulunurken gerçek bağ ilkesi aranmalı ve gemi sahipliği esas alınmalı, bu nedenle de kolay bayrak devletleri bu ifade içine girmez iddiasında bulunurken , kolay bayrak devletleri ise sadece sicile kaydedilmiş gemilerin toplam tonajına göre en büyükler seçilmeli iddiasındaydı. IMCO Kuruluş yasasına göre komite 14 üyeden ve en az 8'i 'en fazla gemiye' sahip olan ülkeden seçilmek zorundadır(Kuruluş Konvansiyonu md.28.a)¹⁴⁶.Mahkeme kararında adeta gerçek bağ ilkesini göz ardı ederek, toplam sicile kayıtlı gemi tonajı esas alınarak komiteye seçim yapılabilir şeklinde ifade de bulunmuş ve bunun belirlenmesinde gerçek bağ ilkesinin esas alınmaz¹⁴⁷ demiştir. Böylelikle bir nevi kolay bayrak devletlerindeki sicile kayıt sorgulanamayacaktır.

Yakın tarihli önemli bir dava olan *M/V Saiga*(No.2)¹⁴⁸ davasında da 'Gemilere uyrukluğ u verme ve uyrukluğ u çekme usul ve kriterlerini belirleme bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi içerisindedir.' şeklinde karar verilmiştir. Devamla aynı kararda mahkeme 'Gemi ile devlet arasında aranan gerçek bağ ilkesinin, bir devletin diğ er bir devletin bir gemiyi siciline kaydetmesi ve kayıt kriterlerine sorgulamada bir şartı olarak ileri süremeyeceğini, ancak bu ilkenin bayrak devletine, uyrukluğ una aldığı gemi dolayısı ile yerine getirmekle yükümlü olduğ u görevlerini yerine getirmesi

¹⁴⁴ Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Constitution of The Maritime Safety Committee of The Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion of 8 June 1960, International Court Of Justice, <http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2419.pdf> (erişim 18.11.2013).

¹⁴⁵ O dönemki adı Inter-Governmental Maritime Consultative Organization(IMCO) olan kurum günümüzde International Maritime Organization(IMO) olarak anılmaktadır. Tarihçe için bkz. <http://www.imo.org/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/Pages/TheOriginsOfIMO.aspx> (erişim 29.11.2013).

¹⁴⁶ <http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2419.pdf> (erişim 18.11.2013),s.154.

¹⁴⁷ <http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2419.pdf> (erişim 18.11.2013),s.171,bkz. ayrıca, SERDY,s.360.

¹⁴⁸ *Saint Vincent and The Grenadines v. Guinea*, The M/V Saiga No.2 Case,1 Temmuz 1999 International Tribune For The Law of The Sea, karar için bkz. http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/Judgment.01.07.99.E.pdf (erişim 29.11.2013), orada bkz.paragraf no. 65.

için gerekli olduğu sonucuna varmıştır¹⁴⁹. Böylelikle yukarıda belirttiğimiz IMCO davasında olduğu gibi, sicile kayıta gerçek bağ ilkesinin diğer devletlerce sorgulanamayacağı, yani gerçek bağ ilkesinin gemi ile devlet arasında uyrukluğun şartı olarak aranmayacağı tekrar belirlenmiştir.

Hem Uluslararası Adalet Divanının IMCO davası görüşü ve hem de ‘*M/V Saiga* kararları ve aynı zamanda 1982 tarihli Konvansiyon birlikte göz önüne alınca ve buna ek olarak 1986 tarihli Birleşmiş Milletler Gemi Sicili Kayıt Şartları Konvansiyonu’nun da yürürlüğe girmesinin zor olduğu düşünüldüğünde¹⁵⁰ artık bir geminin uyrukluğunun tespitinde gerçek bağ ilkesinin ön şart olarak kabul edilemeyeceği ve *Nottebohm* davasının da artık referans olarak alınamayacağı uluslararası hukuk yönünden ortaya konulmuştur. Bir nevi denilebilir ki kolay bayrak devletleri ve destekçileri mücadeleyi şimdilik kazanmıştır. Şimdilik ifadesi yerindedir. Zira, liman devlet yetkisinin artırılarak kolay bayrak devletlerine karşı, bayrak devleti münhasır yargı yetkisi yanında, kıyı devleti yetkisi güçlendirilmek suretiyle, limanlarda geminin bulunduğu sürece ve limanlara giriş ve çıkışlarda sıkı liman kuralları ile kolay bayrak devleti gemileri giderek artan bir şekilde denetlenmeye başlanmıştır¹⁵¹.

Sonuç olarak artık rahatlıkla ifade edebiliriz ki; uluslararası hukuka göre her bir devlet gemilere uyrukluğunu verme şartlarını kendisi serbestçe belirleyebilmektedir. Bununla birlikte bu serbestinin doğal sınırları mevcuttur; Bir devletin uyrukluğunda olan gemilere başka bir uyrukluğun verilemeyeceği açıkça kabul edilmektedir¹⁵².

IV. AÇIK DENİZ SERBESTLİĞİ İLKESİ VE BAYRAK DEVLETİ MÜNHASIR YARGI YETKİSİNİN KONVANSİYONLARDAN DOĞAN SINIRLARI VE İSTİSNALARI

Açık deniz serbestliği ilkesi ve bayrak devletinin yargı yetkisinin münhasırlığı sınırsız değildir. Diğer bir ifade ile açık denizde bayrak devleti dışında diğer devletlerin mutlak anlamda yetkilerinin olmadığı doğru değildir¹⁵³. Nitekim yukarıda açık denizde kaza halinde sadece bayrak devleti değil, aynı zamanda kaptan veya mürettebatın vatandaşlığında olduğu devletinde yetkili

¹⁴⁹ Bkz. Ibid., para. 83.

¹⁵⁰ SERDY, s. 361.

¹⁵¹ ANDERSON , s. 167, Liman devleti yetkisi ve özellikleri için bkz. ÖZÇAYIR, s. 63 vd..

¹⁵² TANAKA, s. 155, OPPENHEIM, s. 423.

¹⁵³ ROTHWELL/STEPHENS, s. 150.

olduğunu belirtmiştik¹⁵⁴. *Lotus v. Bozkurt* kararında belirlenenin aksine, iki yabancı bandıralı geminin açık denizde çarpışması halinde hiçbir bayrak devleti, kendi gemisinde ölüm veya yaralanma gerçekleşse dahi, diğer geminin kaptan ve mürettebatını ne kendi ülkesinde yargılayabilir ve ne de o gemiye el koyabilir¹⁵⁵(Cenevre Konvansiyonu md.11 ve 1982 Konvansiyonu md.97.) .

Genel kural her ticari gemi açık denizde ancak kendi bayrak devleti tarafından aranabilir¹⁵⁶ şeklinde olmasına rağmen hem Cenevre Konvansiyonu ve hem de 1982 tarihli Konvansiyon, açık deniz serbestliği ilkesi ve bayrak devletinin yargı yetkisinin münhasırlığının istisnalarını göstermiştir. Her iki konvansiyonda da açık denizde bayrak devleti dışında da hangi hallerde diğer devletlerin gemilere çıkabileceğine(ziyaret edilebileceğine) veya gemilerin durdurulabileceğine ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Konvansiyonlarda sayılan ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisinin istisnalarını oluşturan durumlar göz önüne alınınca, her ne kadar bayrak devletinin gemi üzerinde medeni hukuk yargı yetkisi tam iken, cezai yargı konusunda insanlığa karşı suçlar kabilinden münhasır yargı yetkisi ortadan kalkmaktadır¹⁵⁷.

Tüm devletler, korsanlık, köle ticareti, uyuşturucu ticareti, yasadışı yayın hallerinde açık denizlerde bayrak devleti haricinde bu kuralları ihlal eden gemiler üzerinde belli bazı yetkilere sahiptir(Cenevre Konvansiyonu md.14-22,1982 Konvansiyonu md.99 -110). Keza kıyı devletinin yasalarına aykırı, örneğin gümrük, mali, göçmenlik vb. kurallarına aykırı davranmış veya aykırı davrandığı konusunda geçerli sebeplerin varlığında, o kuralları çiğneyen veya çiğnediği düşünülen bir gemi sıcak takip ile kesintisiz kovalanarak açık denizde olsa dahi durdurulabilmektedir¹⁵⁸. Bu sayılanlar açık deniz rejimi(ve açık deniz serbestliği ilkesinin) ve dolayısı ile bayrak devletinin münhasır yargı yetkisinin istisnalarını oluşturmaktadır.

Yalnız 1982 tarihli Konvansiyon md.95 ve 96'ya göre savaş gemileri ve ticari amaçlı olmayan devlet gemileri mutlak bir dokunulmazlığa sahip olup, ne köle ticareti, ne korsanlık nedeniyle, ne de Konvansiyonlarda sayılan diğer sebeplerle hiçbir şart altında bayrak devleti dışında durdurulamaz ve ziyaret edilemez. Devlet ve savaş gemileri hakkındaki kural, yerleşmiş teamül hukukunun birer yansıması olup devletlerin dokunulmazlığı prensibinden ileri

¹⁵⁴ ODEKE,s.17.

¹⁵⁵ ROTHWELL/STEPHENS,s.160.

¹⁵⁶ ODEKE,s.17,Cenevre Konvansiyonu md.11.3 ve 1982 tarihli Konvansiyon md.97.3.

¹⁵⁷ KURAN,s.242.

¹⁵⁸ SERDY,s.364,1982 tarihli Konvansiyon md.111,Cenevre Konvansiyonu md.23.

gelmektedir¹⁵⁹. Cenevre Konvansiyonu md.14 vd. ile 1982 tarihli Konvansiyon md.99 vd. sayılan haller haricinde yine yukarıda ifade ettiğimiz gibi uyruksuz gemiler ve iki uyruklu gemiler açık denizde durdurulup aranabilirler. Gerçi bu son iki hal bayrak devletinin münhasır yargı yetkisinin değil de, açık deniz rejiminin bir istisnasıdır.

SONUÇ

Denizlerin büyük bölümünü teşkil eden açık denizlerin uluslararası hukuk tarafından düzenlenmesi önce teamül hukuku ve sonrada uluslararası konvansiyonlar suretiyle gerçekleşmiştir. İlk olarak açık denizlerde devletlerin aynı karada olduğu gibi egemenlik kurup işgal edip edemeyeceği tartışılmış ve hiçbir devletin açık denizlerde egemenlik kuramayacağı ve açık denizleri işgal edemeyeceği teamül kuralı haline gelmiştir. Bu teamül kuralına kısaca açık deniz ilkesi ve hukuki rejiminin adına ise açık deniz rejimi denmiştir.

Açık deniz rejimi esas itibarı ile açık denizde gemilerin serbestçe sefer yapabilmeleri anlayışına dayanır. Yani açık denizler tüm dünya gemilerine istisnasız açıktır. Açık denizlerin serbestliği ilkesi sadece seyrüsefer serbestliğini değil konvansiyonlarda sayılan diğer serbestlikleri de kapsamaktadır. Açık denizde belirlenen bu serbestliğin sınırsız olması düşünülemezdi. Nitekim sınırsızlık bir kaos yaratabileceği gibi anarşiye yol açabilirdi. Kısaca açık deniz hukuki rejiminde muhtemel bir hukuki boşluk doldurulmalıydı.

Bu hukuki boşluk her gemiye bir uyrukluk verilmesi ve bayrak devleti münhasır yargı yetkisi ilkeleri suretiyle çözüldü. Böylelikle açık denizde seyreden her gemi bir egemen devlete tabiyet suretiyle bağlandı ve uluslararası hukuk yönünden hak ve borçlara bağlı olduğu devlet üzerinden sahip olmaya başladı. Böylelikle bir devlete tabiyet yoluyla uyrukluk elde eden gemi üzerinde sadece bağlı olduğu devletin münhasır yargı yetkisi tanınmıştır. Bayrak devletinin gemi üzerinde sahip olduğu münhasır yargı yetkisi ile, gemi üzerinde açık denizde meydana gelen her olayda ondan sorumlu olan bir hukuk sujesi de belirlenmiş olmuştur.

Gemilerin uyruklugu bayrak devletinin siciline kaydolduğu bir idari işlem ile gerçekleşmektedir. Sicile kayıt şartlarını devletler serbestçe belirleyebilmekte ve uzun mücadelelerden sonra devlet ile gemi arasında gerçek bağın aranmasına gerek olmadığı tespiti de yapılmıştır. Böylelikle

¹⁵⁹ ROTHWELL/STEPHENS,s.161.

gerçek bağ sadece devletin uyrukluğuna aldığı gemi üzerinde doğan yükümlülüklerini gösterme açısından önem arz edecektir.

Açık denizde kaosu önlemek ve yasal düzen getirmek üzere oluşturulan ve uyrukluğ esas ile bayrak devletinin münhasır yargı yetkisine dayanan açık deniz hukuki rejiminde serbestlik ve bayrak devletinin yetkisinin sınırları noktasında ise; ne açık deniz serbestliği ilkesi ve ne de bayrak devletinin yargı yetkisinin münhasırlığı sınırsız olmayıp, uluslararası konvansiyonlarda bunların istisnaları ve sınırlamaları da gösterilmiştir.

Uluslararası deniz hukuku, açık deniz ilkesi, gemilerin uyrukluğu ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi ilkelerini düzenlerken, önce teamül hukukunu yaratmış ve arkasından da konvansiyonlar yoluyla yasalaşma aşamasını gerçekleştirmiştir. Teamül hukukundan uluslararası metinlere doğru yol alırken, hedef açık denizlerin serbestliğinden bir hukuki boşluk doğmaması olmuş, her bir ilke diğer bir ilke ile bağlantılı hale gelmiştir.. Her üç ilkenin de biri olmadan doğru bir şekilde ayakta kalamayacağını kabul etmek lazımdır. Teamül hukuku, konvansiyonlar ve mahkeme kararlarının ortak sonucu şu görüşümüzü ortaya çıkarmıştır: Açık denizlerin serbestliği ilkesi, gemilerin uyrukluğu ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi arasında adeta bir neden sonuç ilişkisi vardır.

KAYNAKÇA

ANDERSON III.,H.Edwin,The Nationality of Ships and Flags of Convenience: Economics, Politics, and Alternatives, Tulane Maritime Law Journal, Vol.21,s.139,1996-1997,s.139-170.

BENNETT,Allyson, That Sinking Feeling, Stateless Ships,Universal Jurisdiction, and the Drug Trafficking Vessel Interdiction Act, The Yale Journal of International Law,Vol.37,s.433-461.

BROWN, E.D.,The International Law of The Sea Vol.1 Introductory Manual,Darmouth 1994.

CHURCHILL,R.R./LOWE,A.V.,The Law of The Sea, Juris Publishing, 1999.

COLES,Richard /WATT Edward,Ship Registration Law and Practice,2nd. Edt., Informa, London 2009.

Açık Denizlerin Serbestliği , Gemilerin Uyraklığı ve Bayrak Devleti...

- DeSOMBRE,Elizabeth R.,Flagging Standards Globalization and Environmental,Safety, and Labor Regulations at Sea, 2006.
- GOLDREIN QC,Iain/HANNAFORD,Matt/TURNER,Paul, Ship Sale and Purchase,4th. edt.,Informa Law 2003.
- GOODMAN,Camille, The Regime For Flag State Responsibility in Internatioanl Fisheries Law- Effective Fact, Creative Fiction,Or Further Work Required, Vol.23, A&NZ Mar.Lj 2009,s.157-169.
- GUILFOYLE,Douglas,Shipping Interdiction and the Law of the Sea,Cambridge University Press,2011.
- KURAN,Selami, Uluslararası Deniz Hukuku,2.bası,Ocak 2008.
- MANDARAKA-SHEPPARD,Aleka,Modern Maritime Law and Risk Management, 2nd edt.,2007.
- MATLIN,David F.,Re-evaluating the Status of Flags of Convenience under Internatioanl Law, Vanderbilt Journal of Transnational Law,Vol.23,1990-1991,s.1017-1055.
- McCONNELL,Moira L.,'Darkening Confusion Mounted Upon Darkening Confusion':The Search fort he Elusive Genuine Link, Journal of Maritime Lae and Commerce,Vol 16,No.3,July,1985,s.365-396.
- McCORQUODALE,Robert/DIXON,Martin, Cases and Materials on International Law,4th edt.,Oxford University Press,2003.
- ODEKE,Adumuni,Bareboat Charter(Ship)Registration,Kluwer Law International,1998.
- OECD Study on Flags of Convenience, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.4,No.2,s.231-254.
- OPPENHEIM,L. ,International Law A Treatise,Vol.1 Peace,3rd. Edt. edited by Ronald F. Roxburgh, The Lawbook Exchange Ltd.,Clark New Jersey 2005.
- ÖZÇAYIR,Oya, Port State Control,2nd. edt,LLP,2004.
- ROTHWELL,Donald R./STEPHENS,Tim,The International Law of the Sea,2011
- SERDY,Andrew ,Public International Law Aspects of Shipping Regulation, Maritime Law,2nd. Editor: Yvonne Baatz, Sweet&Maxwell, 2011,s.343-

384.

SINGH,Nagendra, International Law Problems of Merchant Shipping, Collected Course of The Hague Academy of Internatioanl Law,Vol.107,Martinus Nijhoff Publishers,1962.

SOHN,Louis B./NOYES,John E.,Cases and Materials on the Law of the Sea,2004.

TACHE,Simon,The Nationality of Ships: The Definitional Controversy and Enforcement of Genuine Link, Vol.16, International Lawyer,1982,s.301-312.

TANAKA,Yoshifumi, The International Law of The Sea,Cambridge University Press,2012.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR ve MAHKEME KARARLARI

http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf (erişim 14.11.2013).

<http://www.imo.org/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/Pages/TheOriginsOfIMO.aspx> (erişim 29.11.2013).

Lauritzen v. Larsen, 345 U.S.571 (1953),U.S. Supreme Court,25. Mayıs 1953, s.584, <https://www.casetext.com/case/lauritzen-v-larsen/> (erişim 18.11.2013).

Liechtenstein v. Guetemala, Reports of Judgements Advisory Opinions and Orders, Second Phase, April 6th 1955, International Court of Justice, karar için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> (erişim 29.11.2013).

Maul v. United States, U.S. Supreme Court, 274 U.S. 501(1927), <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court =us& vol=274&invol=501> (erişim 18.11.2013).

Muscat Dhows Case France v. Britain,Permanent Court of Arbitration,8 Ağustos 1905, karar için bkz. <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6128> ve <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/PCA/Muscat%20Dhows%20English%20Award%20PCA.pdf> (erişim 18.11.2013).

Açık Denizlerin Serbestliği , Gemilerin Uyrukluğu ve Bayrak Devleti...

Naim Molvan v. Attorney General for Palestine 1948 A.C. 351, <http://www.legalcrystal.com/judgements/description/945795> , (erişim 18.11.2013).

Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Constitution of The Maritime Safety Committee of The Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion of 8 June 1960, International Court Of Justice, <http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2419.pdf> (erişim 18.11.2013).

Saint Vincent and The Grenadines v. Guinea, The M/V Saiga No.2 Case, 1 Temmuz 1999 International Tribune For The Law of The Sea, http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/Judgment.01.07.99.E.pdf (erişim 29.11.2013).

The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, 7 September 1927, Series A.-No.10, Permanent Court of International Justice http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (erişim 19.11.2013).

United Nations Convention on the Law of the Sea, <http://legal.un.org/avl/ha/uncls/uncls.html> (erişim 28.11.2013).

United States v. Marino-Garcia, 679 F.2d. 1373, 1985 A.M.C. 1815 (11th. Cir. 1982) <https://www.casetext.com/case/us-v-marino-garcia/> (erişim 18.11.2013).

1958 Geneva Convention on the Law of the Sea, <http://legal.un.org/avl/ha/gclos/gclos.html> (erişim 28.11.2013).

BİREYSEL BAŞVURU KANUN YOLU İÇİN DAVA VEKÂLETNAMESİNDE ÖZEL YETKİNİN YER ALMASI ZORUNLULUĞU

Leyla Nur ODUNCU*

ÖZET

İnsan haklarına saygı ilkesinin öneminin gün geçtikçe artması ile temel hak ve özgürlükler birçok ülkede anayasa yargısı ile güvence altına alınmıştır. Bireysel başvuru ya da bir diğer adıyla anayasa şikâyeti yoluyla bireyler Anayasa Mahkemeleri ya da eşdeğer kurumlara başvurarak kamu gücü işlemlerine karşı temel hak ve özgürlüklerini savunma imkânı elde etmektedirler. Ayrıca bu hukukî çare yolu insan haklarını uluslararası koruma mekanizmalarına başvurmadan önce davalar için filtre olarak görülmektedir. Bu amaçlarla ülkemizde de Anayasa'nın 148. maddesinde 07. 05. 2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruları inceleme yetkisi verilmiştir. 30. 03. 2011 tarihli 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile bireysel başvuru yolunun ayrıntıları düzenlenmiştir. 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana bireysel başvuru Türk hukuk sisteminde uygulanmaktadır. Bu çalışmada vekâlet sözleşmesi terimi ve davaya vekâletin kapsamının araştırılmasının ardından bireysel başvuruda bulunabilmek için dava vekâletnamesinde özel yetkinin yer alması zorunluluğu incelenmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** Bireysel başvuru, avukatla temsil, dava vekâletnamesi, özel yetki.*

OBLIGATION OF SPECIFIC AUTHORIZATION IN THE CASE'S POWER OF ATTORNEY FOR INDIVIDUAL APPLICATION WHICH IS JUDICIAL REMEDY

ABSTRACT

As the importance of respect for human rights principle is on increase, fundamental rights and freedoms are guaranteed by Constitutional Justice in several countries. Individuals are getting the opportunity to defense their fundamental rights and freedoms against public power acts via individual application or alias constitutional complaint by applying to the constitutional court or equivalent body. In addition, this judicial remedy can thus be seen as a filter for cases before they come to the international mechanisms for human rights protection. For these purposes,

* Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı E- posta: leyla.nur.turk@anayasa.gov.tr

Constitutional Court is empowered to examine individual petitions via amendment on Article 148 of the Constitution which are amended by the Law dated 07. 05. 2010 and numbered 5982 in our country. Details of individual application were enacted by the Law on Establishment and Rules of Procedures of the Constitutional Court, dated 30. 03. 2011 and numbered 6216 and the Rules of Procedure of Constitutional Court. Individual application has been carried into effect in the Turkish legal system since 23rd September 2012. This article aims to study attorney agreement and scope of substitute to a case, and then aims to examine obligation of specific authorization in the case's power of attorney.

Keywords: *Individual application, being represented by an advocate, the case's power of attorney, specific authorization.*

GİRİŞ

Hukukun üstünlüğü ilkesinin en mükemmel şekilde uygulama argümanı olmasının, devletin sınırları olarak kabul edilen temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması ile sağlanabileceği tartışmasız bir gerçektir.

Temel hakların pozitif hukuksal geçerliliği olmadan, demokrasinin de varlığını korumasının mümkün olmadığı tarihsel süreçte acı tecrübeler ile görülmüştür. Bu gelişim ile insan haklarının sadece dava edilebilir haklar olarak Anayasalarda güvence altına alınması ile yetinilmeyerek, bunun da ötesinde Anayasa Mahkemeleri kurulmuş ve devletin iktidarı karşısında temel hakların egemenliğini güvence altına alma ödevi bu mahkemelere yüklenmiştir.¹

İnsan haklarına saygı, günümüzde her demokratik toplumun temel bir niteliği olarak mütalaa edilmektedir.² Sonuç olarak kendilerine verilen bu haklara ilişkin doğrudan veya dolaylı olarak başvurmaya izin veren mekanizmalar, giderek önemli hale gelmektedir.³

¹ GÖREN, Zafer, “Anayasa Şikayeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?”, *Prof.Dr. Ergun Öz-budun' a Armağan, Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, Cilt 2, 2008, s. 293.

² *The protection of fundamental rights by the Constitutional Court*, European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), CDL-STD(1995)015, Science and technique of democracy, No. 15, aktaran HARUTYUNYAN Gagik; NUSSBERGER Angelika; PACZOLAY Peter, *Study On Individual Access To Constitutional Justice*, European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), CDL- AD(2010)039rev. , Study No 538/ 2009, Strasbourg, 27 January 2011 [Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17- 18 December 2010)], [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2010\)039rev.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2010)039rev.aspx), 20.12. 2013, Paragraf 18, s. 6.

³ HARUTYUNYAN Gagik at al. , **CDL- AD(2010)039rev.** , Paragraf 18, s. 10.

İnsan haklarına saygı ilkesine riayet etmenin bir gereği olarak ve insan haklarının anayasa yargısı ile güvence altına alınması amacıyla benimsenmiş olan bireysel başvuru ya da bir diğer adıyla anayasa şikâyeti yolu, “kamu organlarından kaynaklanması muhtemel her türlü ihlale karşı yurttaşlara temel hak ve özgürlüklerini yargı yoluyla koruma olanağı tanıdığından, hukuk devletinin ve “yurttaşların anayasayı korumalarının”⁴ gelişmiş bir aracı olarak görülmektedir.”⁵

Avrupa Konseyi üyesi bazı devletlerde, özel koşullara ve sonuçlara bağlı olarak, Anayasa Mahkemesi’ne veya eşdeğer kuruma yapılan bireysel bir şikâyet, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ihlal edilmesine karşı etkili bir çare olarak değerlendirilmekte ve böylece Strazburg Mahkemesi’ne gelmeden önce davalar için bir filtre olarak görülebilmektedir. Bu tür şikâyet mekanizmaları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne fazla sorumluluk yüklenmesini önlemeye yardımcı olmaktadır.⁶

Bu çalışmada vekâlet sözleşmesi terimi ve davaya vekâletin kapsamının incelenmesinin ardından asıl olarak Türkiye’de bireysel başvuru yolunda başvurucunun avukat ile temsili ve dava vekâletnamesi kavramları üzerinde durulacaktır. Ek olarak da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde ve karşılaştırmalı hukukta bireysel başvuru uygulamalarına yer yer değinilecektir. Çalışma konumuzu teşkil eden başvuru yolu için makalede “bireysel başvuru”, “anayasa şikâyeti” ve “amparo” terimleri kullanılmıştır.

1. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ

1. 1. TEMSİL İLİŞKİSİ VE VEKÂLET SÖZLEŞMESİ

Hukukî işlemler kural olarak işlemi gerçekleştirmek isteyen kişi tarafından yapılmalıdır. Ancak kişinin işlemi yapmasında hukukî ya da maddi engeller olabilir veya kişi söz konusu işlemi bizzat yapmak istemeyebilir. Kanunkoyucu bu hususu dikkate alarak hukukî işlemlerin temsilci aracılığıyla da yapılmasına imkân tanımıştır.

⁴ MELLINGHOF, Rudolf, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı*, 2009, Sayı 26, s. 32, aktaran GÖZTEPE, Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, 2011, Sayı 95, s. 17.

⁵ GÖZTEPE, Ece, *a.g.m.*, s. 17.

⁶ HARUTYUNYAN Gagik at al., *CDL- AD(2010)039rev.*, Paragraf 5, s. 7.

Maddi hukuktaki temsil kurumu usul hukuku alanında kendisini davaya vekâlet ilişkisi ile göstermektedir.

11.01.2011 tarihli, 6098 sayılı Borçlar Kanunu madde 502/1’de vekâlet sözleşmesi “*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre vekâlet bir sözleşmedir. “Sözleşme olduğu için de iki tarafın birbirine uygun irade açıklaması (icap ve kabul) ile kurulur ve sonuçlarını da vekil ile müvekkil arasında doğurur.”⁷

Vekil ile takip edilen davalarda vekil, müvekkili temsil etmekte ve usul işlemleri vekil tarafından müvekkil adına yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, vekilin yaptığı işlemler müvekkilin hukuk alanında onun leh ve aleyhine sonuçlar doğurmaktadır.

Vekâlet, genel vekâlet- özel vekâlet, süreli vekâlet- süresiz vekâlet, münferit (bireysel) vekâlet- toplu vekâlet, alt vekâlet- ikame vekâlet şeklinde kategorize edilmektedir.

Genel vekâlete sahip olan vekil, sadece alışlagelmiş olağan hukukî işlemleri yapmaya yetkilidir. Bu bağlamda, genel vekâletnameye dayanan vekilin, müvekkili adına dava açması ve ona karşı açılmış bir davada savunmada bulunabilmesi mümkün değildir. Çünkü Borçlar Kanunu madde 504/3’e göre bu konuda özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekir.⁸

Davasını vekil aracılığıyla açtırmak ve takip ettirmek isteyen tarafın vekile, dava vekâletnamesi vermesi gerekir. Vekâlet veren kişiye “müvekkil”, vekâlet verilen kişiye “vekil” denir. Kanunkoyucu iradi temsile “davaya vekâlet” (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 73), davaya vekâlet yetkisini gösteren belgeye, “vekâletname” demektedir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 76, Avukatlık Kanunu).⁹

⁷ SELÇUK, Seyhan, *Medenî Usul Hukukunda Davaya Vekâletnameleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2011, s. 3.

⁸ KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 2, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 1252; ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt 1-2, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s.403; GÜRDOĞAN, Burhan, *Davaya Vekâlette Özel Mezuniyet Gerektiren Haller (Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar*, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul, 1977, s. 147-161), s. 148; ADAY, Nejat, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, İstanbul, 1977, s. 101, aktaran SELÇUK, Seyhan, *a.g.e.* , s. 8.

⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 04.02.1959 tarihli ve E. 14, K. 6 sayılı Kararında “vekâletname” için “temsil kâğıdı (vekâletname)” ve “temsil belgesi (vekâletname)” terimlerini kullanmıştır (b.k.z. 29 Nisan 1959 tarihli Resmi Gazete, Sayı 10194).

Genel olarak, vekâletname bir kimseye verilen temsil yetkisi ile bunun kapsamını ortaya koyan yazılı belgeyi ifade etmektedir.¹⁰

Maddi hukukta vekâletin kapsamı dikkate alınarak yapılan genel- özel vekâlet ayırımından hareketle usul hukukunda da genel dava vekâletnamesi- özel dava vekâletnamesi ayrımı yapılmıştır. Bir kişi kendi açtığı veya açacağı tüm davalar ile kendisine karşı açılmış veya açılacak tüm davaların takibi için bir diğer kişiye vekâlet veriyorsa *genel dava vekâletnamesinden* söz edilir. Buna karşılık kişi davalı ya da davacı olduğu bir veya birkaç davanın takibi için vekâlet veriyorsa, *özel dava vekâletnamesinden* söz edilir.

Dava ehliyeti olan bir kişi (taraf), davasını kendisi açıp takip edebileceği gibi, atadığı bir temsilci (vekil) aracılığı ile de açabilir ve takip edebilir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 71, Avukatlık Kanunu 35/3). Kanuni temsilci de, temsilcisi olduğu kişinin taraf bulunduğu bir davayı kendisi takip edebileceği gibi, davanın takibi için vekil de (avukat da) atayabilir. İşte, tarafların veya kanuni temsilcilerinin iradelerine dayanan bu temsile “iradi temsil” denilmektedir ve kanunda bu “davaya vekâlet” olarak geçmektedir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 71- 74).¹¹

Davaya vekâlet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 71 ila 83. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 72’de yapılan atıf nedeniyle davaya vekâlet hakkında boşluk bulunan hallerde, davanın vekil aracılığıyla açılmasında ve takip edilmesinde, kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak üzere, Borçlar Kanunu’nun temsile ilişkin hükümleri (madde 40 vd.) uygulama alanı bulacaktır. “Hükümet Gereçesi”nde de “*davanın vekil aracılığı ile açılması ve takibinde, avukatın temsilci sıfatı ile hareket etmesi sebebiyle, kanunlarda özel olarak düzenlenen hususlar dışında, umumi olarak Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olan temsile ilişkin düzenlemelerin uygulanacağı*” belirtilmiştir.¹²

Ayrıca 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda davaya vekâlete ilişkin özel düzenlemeler mevcuttur (madde 34- 65, madde 134- 162). Bu kanunda ağırlıklı olarak müvekkil ile vekil arasındaki iç ilişki düzenlenmiştir.

¹⁰ YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2005, s. 733.

¹¹ YILMAZ, Zekeriya, *Açıklamalı İçtihatlı 6100 Sayılı HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) ve Getirdiği Yeni Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2012, s. 219.

¹² PEKCANITEZ, Hakan ve diğerleri, *Gereççeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, dipnot 82, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2011, s. 125.

“Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetinin usul hukukundaki görünüm biçimi olup, kişinin bizzat veya yetkili kılacağı vekil aracılığı ile bir davayı takip etme ve gerekli usul işlemlerini yapabilme ehliyetini ifade eder.”¹³ Dava ehliyetine¹⁴ sahip olan kişiler, bir davada vekile, davaya vekâlet verme yetkisine sahip olanlardır.

1. 2. DAVAYA VEKÂLET EHLİYETİ

Davaya vekâlet ehliyeti, davanın tarafları dışındaki bir kişinin, bir davayı başkası adına açıp yürütebilmesi veya mevcut bir davada kendisine husumet yöneltilmiş kişi adına savunmada bulunabilmesi için kanunen sahip olması gereken ehliyettir.¹⁵

Maddi hukuktan farklı olarak usul hukukunda bir kişinin vekil sıfatıyla davaya kabul edilip tarafın temsilcisi olması, taraf adına işlemler yapabilmesi için davaya vekâlet ehliyetine sahip olması gerekir. Davaya vekâlet ehliyetine sahip olan kişiler ise kanunlarda açıkça sayılmıştır. Dava vekil aracılığıyla takip edilecekse, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olan ve tahdidi şekilde sayılan bu kişilerden biri olması gerekmektedir. Çünkü davaya vekâlet ehliyeti taraflara ilişkin dava şartlarından biridir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 114/1-f’de “*Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması*”nın dava şartı olduğu belirtilmiştir. Taraf vekilinin bu ehliyete sahip olup olmadığını mahkeme davanın her aşamasında re’sen incelemeye yetkili olduğu gibi taraflar da davanın her aşamasında davaya vekâlet ehliyetinin mevcut olmadığını ileri sürebilirler. Bu dava şartının eksikliği halinde davanın esasına girilmeksizin dava usulden reddedilir.

1. 2. 1. Davaya Vekâlet Ehliyetine Sahip Olan Kişiler

1. 2. 1. 1. Avukatlık Kanunu’na Göre Davaya Vekâlet Ehliyetine Sahip Olan Kişiler

- **Avukatlar:** Kural olarak taraf adına adli işlemleri vekâleten yapma hakkı sadece baroya kayıtlı avukatlara aittir.

Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler

¹³ KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 1, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 1026-1027, aktaran SELÇUK, Seyhan, **a.g.e.**, s. 27.

¹⁴ Dava ehliyeti ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için **b.k.z.** SELÇUK, Seyhan, **a.g.e.**, s. 27-34.

¹⁵ TANRIVER, Süha, *Noterlik Açısından Vekâlet*, Ankara, 2. Baskı, 2001, s. 43, aktaran SELÇUK, Seyhan, **a.g.e.**, s. 35.

Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı'nda¹⁶ “avukat”, ulusal yasaya uygun olarak dava açmaya, müvekkili adına hareket etmeye, hukukun uygulanmasına, müvekkili adına mahkemeye çıkmaya veya ona danışmanlık yapmaya ve onu temsil etmeye ehil ve yetkili olan ve Prensip 1.2'ye göre meslek örgütüne (baroya) kaydı kabul edilmiş kişidir.

- **Avukatlık Ortaklığı:** Aynı baroya kayıtlı birden fazla avukatın, konusu meslek çalışması olan ve ticari sayılmayan bir işi, ortak bir ad altında, ortaklıkla ilgili borçlardan dolayı ortakların müştereken ve sınırsız sorumlu olacakları şekilde bir tüzel kişilik çatısı altında faaliyet göstermeleridir.¹⁷

- **Stajyer Avukatlar:** Avukatlık Kanunu madde 26 ve Avukatlık Staj Yönetmeliği madde 19 hükümlerine göre, stajyer avukatlar stajının ilk altı aylık dönemi olan mahkemelerdeki staj aşamasını tamamlayıp ikinci altı aylık staj dönemi için bir avukat yanında stajlarına başladıktan sonra, yanında staj yaptığı avukatın yazılı izni ve onun gözetimi ile icra mahkemelerinde, sulh hukuk ve sulh ceza mahkemelerinde, icra iflas dairelerinde avukatın üstlenmiş olduğu dava ve işlerle ilgili olarak duruşmalara girebilir ve gerekli takip işlerini yapabilirler.

- **Dava Vekilleri:** Dava vekilleri, 3499 sayılı eski Avukatlık Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce dava vekâletnamesi ruhsatı almış olan kişilerdir.¹⁸ 3 Nisan 1924 tarihli ve 460 sayılı Muhamat Kanunu'nun 12. maddesine göre, en az beş yıl süreyle adalet hizmetinde bulunmuş kimselere baro bulunmayan yerlerde dava vekilliği yapma imkânı tanınmıştır.¹⁹ Bu kişiler 6 Ocak 1926 tarihli ve 708 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince dava vekâleti ruhsatnamesi almışlardır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre dava vekilliği ruhsatnamesi alma imkânı olmamakla birlikte, kanunun geçici 13. maddesinde “3499 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte dava vekâleti ruhsatnamesine sahip olanlar, beş avukat bulunmayan yerlerde vekâlet icra edebilirler. Bu Kanunun

¹⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu tarafından temsilci bakanların katılımıyla 25 Ekim 2000 tarihli 727. Toplantıda benimsenen karardır, (<http://www.ankarabarasu.org.tr/Sitelere/1940-2010/Kitaplar/pdf/untit2007/am2.pdf>, 22.12.2013)

¹⁷ TURANBOY, Asuman, “Avukatlık Ortaklığı”, *AÜHFD*, 2001, Sayı 4-5, s. 41-63, aktaran SELÇUK, Seyhan, **a.g.e.**, s. 60.

¹⁸ ARSLAN, Ramazan ve TANRIVER, Süha, *Yargı Örgütü Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2001, s. 206, aktaran SELÇUK, Seyhan, **a.g.e.**, s. 70.

¹⁹ İYİMAYA, Ahmet, *Muhamat Kanunu ve Hazırlık Çalışmaları* (ABD, 1993/2, s. 167-313), s. 172; ADAY, Nejat, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, İkinci Baskı, İstanbul, 1977, s. 101; GÜNER, Semih, *Avukatlık Hukuku*, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2009, s.139, aktaran SELÇUK, Seyhan, **a.g.e.**, s. 70.

yürürlüğe girmesinden önce 3499 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi uyarınca beş avukat bulunmayan yerlerde dava vekilliği yapmakta olanların kazanılmış hakları saklıdır.” denilmek suretiyle hakları korunmuştur.

- **Dava Takipçileri:** 1136 sayılı Avukatlık Kanunu geçici 17. maddesine göre “*Yargı mercileri, Cumhuriyet Savcılıkları, icra memurlukları nezdinde başkatiplik, zabıt katipliği, zabıt katibi muavinliği yahut icra memurluğu veya yardımcılığı görevlerinden birini en az on yıl süre ile yapmış olan kişiler; bu kanunun 3 üncü maddesi uyarınca avukatlık mesleğine kabul için aranılan tahsil, staj dışındaki şartları haiz olurlar ve 5 inci maddede yazılı engeller kendilerinde bulunmazsa, en az üç avukat veya dava vekili olmayan bir yerde, o yerin bağlı olduğu baroca tutulan listeye yazılmak şartıyla, münhasıran o yerin hukuk mahkemeleri ve icra ve iflas dairelerinde dava ve iş takip edebilirler.*” hükmünde belirtildiği üzere dava takipçilerinin davaya vekâlet ehliyetleri sadece o yerin hukuk mahkemeleri ve icra iflas dairelerindeki iş ve davalarla sınırlıdır. Dava takipçileri üçten az avukat veya dava vekilinin bulunduğu yerlerde görev yapabilirler. Dava takipçisinin görev yaptığı yerdeki avukat veya dava vekili sayısı üçü bulursa, dava vekilinin görevi de kendiliğinden sona ermektedir.

1. 2. 1. 2. Özel Kanun Hükümlerine Göre Davaya Vekâlet Ehliyetine Sahip Olan Kişiler

- **Karı ve kocanın** kadastro işlerinde birbirlerini vekil olarak atayabilmeleri (Kadastro Kanunu madde 31/I),

- **Apartman yöneticisinin** davada temsil yetkisi (Kat Mülkiyeti Kanunu madde 20/2, 35, 38, 40),

- **Gemi müdürünün** donatma iştirakini davada temsil etmesi (Türk Ticaret Kanunu madde 1070),

- **Mirasçılardan birinin** miras şirketini davada temsil etmesi (Türk Medenî Kanunu madde 640/4),

- **Ortaklardan birinin** adi ortaklığı davada temsil etmesi (Borçlar Kanunu madde 637),

- **Acentenin** ticari işletmeyi davada temsil etmesi (Türk Ticaret Kanunu madde 105/2),

- **Ticari mümessilin** işletme sahibini davada temsil etmesi (Borçlar Kanunu madde 548, 551/2),

- **Ticari vekilin** işletme sahibini davada temsil etmesi (Borçlar Kanunu madde 551/2),

- **Tahsil cirosu hamilinin** davada temsil yetkisi (Türk Ticaret Kanunu madde 688).

Davaya vekâlet etmesi kanunen mümkün olmayan kişi tarafından dava takip edilip hükme bağlanmış ise, kesinleşmemiş olan hüküm temyiz edilebilir, kesinleşmiş olan hüküm açısından ise bu durum yargılamanın yenilenmesi sebebidir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 375/1-c).

1. 3. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

Kural olarak, vekâlet sözleşmesi bir sözleşme olması nedeniyle iki tarafın (vekil ve müvekkilin) birbirine uygun irade beyanları ile kurulur.

Borçlar Kanunu 503. maddesinin “*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*” hükmünden vekâlet sözleşmesinin zımni kabulde kurulabileceği anlaşılmaktadır. “Resmi sıfatı gereği işi görenlerin bazıları bu işi aynı zamanda mesleklerinin gereği olarak yaparlar. Avukatlık da bu meslek grubundandır. Avukatlar devletten aldıkları ruhsata dayanarak serbest mesleklerini icra ederler. Bunların, derhal reddetmezlerse vekâleti kabul etmiş sayılmaları, hizmetlerini kamuya arz etmelerinin ve ruhsatları dolayısıyla bir çeşit tekel sahibi olmalarının karşılığıdır.”²⁰

Vekâlet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu bakımından kural olarak bir geçerlilik şekline tabi tutulmamıştır. Ancak bu kural kesin olmayıp istisnalar içermektedir. Bu istisnalardan biri de Avukatlık Kanunu madde 163/1’ de avukatlık sözleşmelerinin yazılı yapılmasının öngörülmüş olmasıdır. Maddede, yazılı olmayan avukatlık anlaşmalarının genel hükümlere göre ispatlanacağından belirtilmesinden hareketle buradaki şekil şartının geçerlilik şartı değil; ispat şartı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.²¹

²⁰ UYGUR, Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Cilt II, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2012, s. 2295-2296.

²¹ UYGUR, Turgut, **a.g.e.** (Cilt II), s. 2291-2292.

1. 4. DAVA VEKÂLETNAMESİNİN ŞEKLİ VE KAPSAMI

1. 4. 1. Dava Vekâletnamelerinin Şekli

Dava vekâletnamelerinin, noterler tarafından düzenleme ya da onaylama şeklinde (Noterlik Kanunu madde 84 vd. , Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 76); kadastro işlerinde kadastro hâkimi ya da sulh hukuk hâkimi tarafından tasdik edilmiş şekilde (Kadastro Kanunu madde 31/1); kamu kurum veyahut kuruluşlarının avukatlarına, yetkili amirleri tarafından usulüne uygun olarak düzenlenip verilmiş olan temsil belgesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 76) şeklinde olması gerekmektedir. Hazarda ve seferde silah altına alınan muvazzaf ve ihtiyati eratların verecekleri vekâletnameler askeri adli hâkimler, bölük komutanları veya buldukları müessese amirleri tarafından düzenlenir ya da onaylanır (1111 sayılı Askerlik Kanunu madde 61). Yabancı ülkelerdeki Türk konsoloslugu tarafından onaylı vekâletnameler, noter tarafından onaylı vekâletnameler gibi geçerlidir (Noterlik Kanunu madde 191). “Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi’ne taraf olan ülkelerde konsolosluklarca yapılması gereken tasdik işlemi kaldırılmış ve Sözleşme’ye taraf yabancı devletin vekâletnameyi düzenleyen yetkili makamınca tasdik şerhinin konulması yeterli kabul edilmiştir. Türkiye bu sözleşmeye 20.06.1984 tarihli ve 3028 sayılı Kanun’la taraf olmuştur.”²²

Noterlik Kanunu Yönetmeliği madde 93’te Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki şekil şartına ek olarak, dava vekâletnamesine vekâlet verenin fotoğrafının yapıştırılmasının zorunlu olduğu noterlik işlemleri belirtilmiştir.²³

²² YILMAZ, Zekeriya, a.g.e. , s. 229.

²³ **İşlemlere Fotoğraf Yapıştırılması:**

MADDE 93 - Aşağıdaki noterlik işlemlerinde ilgilinin fotoğrafının yapıştırılması zorunludur.

- a - Niteliği bakımından tapuda işlem yaptırılmasını gerektiren sözleşmelere,
- b - Niteliği bakımından tapuda işlem yaptırılmasını gerektiren vekâletnamelere,
- c - Vasiyetname,
- d - Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış,
- e - Gayrimenkul satış vaadi,
- f - Vakıf senedi,
- g - Evlenme mukavelesi,
- h - Evlat edinme,
- ı - Tanıma,
- j - Mirasın taksimi sözleşmesi,
- k - Boşanma davaları için düzenlenecek vekâletnameler,

Yukarıda sayılan işlemler dışında kalmakla beraber, diğer kanunların öngördüğü, noterin işlemin ve ilgilinin durumuna göre gerekli bulunduğu veya bizzat ilgilinin istemde bulunduğu işlem kağıtlarına da fotoğraf yapıştırılabilir.

Asıllarına fotoğraf yapıştırılması zorunlu noterlik işlemlerinin, çıkartılacak örneklerine de fotoğraf yapıştırılması zorunludur.

1. 4. 2. Dava Vekâletnamelerinin Kapsamı

1. 4. 2. 1. Genel Olarak

Bir avukatın, temsilci olarak yetkili olduğu işlemlerin neler olduğu kendisine verilen dava vekâletnamesinin kapsamında anlaşılır. Kanunkoyucu bazı işlemlerin avukat tarafından yapılması için vekâletnamede açıkça yetkili olduğunun belirtilmesine gerek olmadığını ifade etmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 73'te "Davaya vekâlet, kanunda özel yetki verilmesini gerektiren hususlar saklı kalmak üzere, hüküm kesinleşinceye kadar, vekilin davanın takibi için gereken bütün işlemleri yapmasına, hükmün yerine getirilmesine, yargılama giderlerinin tahsili ile buna ilişkin makbuz vermesine ve bu işlemlerin tamamının kendisine karşı da yapılabilmesine ilişkin yetkiyi kapsar. Belirtilen bu yetkiyi kısıtlamaya yönelik bütün sınırlandırıcı işlemler, karşı taraf yönünden geçersizdir." hükmü vekâlet sözleşmesi açısından Borçlar Kanunu madde 504'deki²⁴ maddi anlamda vekâletin kapsamına ilişkin genel kuralın usul hukukundaki yansımadır.²⁵

Vekil, hüküm kesinleşene kadar davanın takibi için gerekli olan bütün usul işlemlerini ve maddi hukuk işlemlerini yapma yetkisine kanundan dolayı sahiptir. Yetkinin kapsamı, temsil ilişkisinde rol alan tüm aktörler için büyük bir önem taşır: Temsil olunan, verdiği temsil yetkisinin sınırını aşacak işlemlerin yapılmasını engellemek ister.²⁶ Temsilci de, kendisine verilen yetkiyi kullanırken, verilen yetkinin açık olmamasından, belirli olmamasından

²⁴ I. Vekâletin kapsamı

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

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

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

²⁵ GÜRDOĞAN, Burhan, *Davaya Vekâlette Özel Mezuniyet Gerektiren Haller (Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar)*, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul, 1977, s. 147-161), s. 149-150, aktaran SELÇUK, Seyhan, **a.g.e.**, s. 108.

²⁶ AKYOL, Şener, *Türk Medeni Hukukunda Temsil*, İstanbul, 2009, s. 101 ; TEKİNAY, Selahattin ve diğerleri, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 168; İNCE-OĞLU, M. Murat, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*, İstanbul, 2009, s. 40 vd. ; KOCA-YUSUFPAŞAOĞLU, Necip ve diğerleri, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Cilt I, 4. Baskı, İstanbul, 2008, s. 627 vd. ; EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, 2009, s. 389; TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, İstanbul, 1976, s. 398-399, aktaran CİHAN, Ali Hulki, *Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi*, (Danışman: Doç.Dr. Burak ÖZEN), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 83, (<http://tez2.yok.gov.tr/>, 14 Ağustos 2012).

rahatsızlık duyabilir. Böyle bir yetkiye dayanarak yapacağı işlemlerin, kendisine ağır hukukî sorumluluklar yükleyeceği endişesiyle hareket etmek istemez. Üçüncü kişi ise, işleme girişeceği temsil olunanın, verdiği yetkinin sınırlarını tam ve doğru şekilde bilmek ister. Çünkü yetkinin kapsamı, işlemin geçerliği bakımından önemlidir.²⁷

Temsilin özel bir çeşidi olan davaya vekâlette ise hem vekil ve müvekkil için hem de yargılama makamlarının, davacı ve davalı tarafın temsilcilerinin iddia ve savunmaları bağlamında ulaşacakları nihai hükmün gerçeği yansıtması için vekâlet sözleşmesinin kapsamı önem arz etmektedir.

1. 4. 2. 2. Dava Vekâletnamesinde Özel Yetki Verilmesini Gerektiren Haller

Vekilin, dava vekâletnamesinin kanuni kapsamı dışında kalan bazı işlemleri yapabilmesi için, kendisine verilen dava vekâletnamesinde bu konuda özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Dava vekâletnamesinde özel yetkinin gerekli olduğu işlemler Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74'te belirtilmiştir. Bunun dışında bazı mevzuatta çeşitli düzenlemeler ile vekile özel yetki verilmesini gerektiren işlemler açıkça belirtilmiştir.

Söz konusu işlemlerin kanunkoyucu tarafından kanunlarda tahdidi mi yoksa tâdâdî şekilde mi sayıldığı öğretilerde tartışılmaktadır. Bu konuda bir görüşe²⁸ göre, özel yetki aranmasının amacının sadece müvekkili korumak değil; aynı zamanda vekille işlem yapan üçüncü kişileri de korumaktır. Bu nedenle kanundaki sayma kuralı olarak sınırlı sayma olarak kabul edilmelidir. Ancak sayılan hallerle benzerliği bulunan ve somut olayın özelliği dikkate alındığında müvekkil açısından olağanüstü nitelikte kabul edilebilecek işlemler sınırlı sayma kuralından ayrı tutulmalıdır. “Yasakoyucu, bazı önemli durumlarda özel yetki arayarak, benzeri özel hallerde de bu yetkinin aranacağını öngörmüştür. Norm, örneksime yoluyla hukuk uygulamasına yol göstermiştir. Böylelikle vekilin yetkilerinin sınırsız olmadığı vurgulanmıştır. Aksine yorum, normun amacına uygun düşmedikten başka beklenmedik “vekâlet sürprizlerine” yol açar.”²⁹

²⁷ VURAL, Perihan, *Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu*, 14-16 Haziran 1976, İstanbul, 1977, s. 195, aktaran CİHAN, Ali Hulki, **a.g.e.**, s. 83.

²⁸ TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış Çeşitleri, Trampa, Bağışlama*, Cilt 2, 3. Baskı, Ankara, 1984, s. 219-220; YILDIZ, Şükrü, *Doğrudan Doğruya İradî Temsilde Özel Temsil Yetkisi Gerektiren Haller* (İBD, 1991/1-2-3), s. 28; İNCEOĞLU, M.Murat, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*, İstanbul, 2009, s. 207-208, aktaran SELÇUK, Seyhan, **a.g.e.**, s. 114.

²⁹ İYİMAYA, Ahmet, “*Temsil Yoluyla Bağıtlanan Avukatlık Sözleşmesi İçin Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu Mudur?*”, *TBB Dergisi*, 1993, Sayı 3-4, s. 372, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org>).

Bir diğer görüşe³⁰ göre, özel yetki verilmesini gerektiren işlemlere ilişkin kanunlardaki sayma tâdâdî olduğundan somut olayın koşulları gözetilerek, bir sonuca varılmalıdır.

Bu konudaki son görüşe³¹ göre ise, kanunda yer almayan haller için içtihat ve öğreti ile “özel yetki gerektiren işlemler kategorisi” oluşturulması, yorum ile yasama tasarrufu arasındaki sınırın göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir. Kanunkoyucunun sınırlı sayıda belirttiği özel yetki gerektiren hallerin yorum yoluyla genişletilmesi hiçbir yorum kuralı ile bağdaşmaz. Ayrıca ortada yorumu gerektirecek bir boşluk da söz konusu değildir.

Vekâletnamesinde alt vekâlet ilişkisi kurabilmesi yönünde özel yetki olmasına rağmen bu ikinci vekil ile ücret sözleşmesi yapabilmesi yönünde özel yetkisi olmayan vekilin bu ücret sözleşmesini yapıp yapamayacağı, yapılmış ise bu sözleşmenin müvekkili bağlayıp bağlamayacağı konusunda Yargıtay “*vekâlet ücretinin miktarı müvekkiller için önemli olabilir ve bu önem derecesi de kişiye, her somut olaya göre değişir*”³² dedikten sonra özel yetkisi olması gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay bu kararı ile fevkalade işlem gerekçesine dayanmıştır denebilir. “Yasada sayılmamasına rağmen gerek iş sahibi yönünden, gerekse işlemin mahiyeti yönünden o denli önemli işler vardır ki, o hususta özel yetki olmadıkça, vekilin bir tasarrufta bulunması düşünülemez. Usulî işlem olarak, “yargılamanın yenilenmesi”, bu gerekçenin örneğidir. Aynı gerekçede “iş sahibi borçluyu koruma” düşüncesi de vardır.”³³

tr/m1993-19934-958, 23 Aralık 2013).

³⁰ MÜDERRİSOĞLU, Feridun, *Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi*, Ankara, 1974, s.49-50; GÜRDOĞAN, Burhan, *Davaya Vekâlette Özel Mezuniyet Gerektiren Haller (Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar)*, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul, 1977, s. 147-161) s.150-151; KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 2, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 1281; ŞENOCAK, Zarife, “*Yargıtay’ın Vermiş Olduğu Bir Karar Dolayısıyla*”, *AÜHFD*, 1996/1-4, s. 449-451; MÜDERRİSOĞLU, Feridun, “*Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar (ABD, 1974/5)*”, s. 886; KURU ve diğerleri, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 21. Baskı, Ankara, 2010, s. 269, TANRIVER, Süha, *Noterlik Açısından Vekâlet*, 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 40-41; ÖZKAYA, Eraslan, *Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 264, aktaran SELÇUK, Seyhan, *a.g.e.*, s. 114.

³¹ İYİMAYA, Ahmet, *a.g.m.*, s. 374-375.

³² Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 05.06.1992 tarihli 1992/ 1902 E. ve 1992/ 5282 K. sayılı Karar, (http://www.kararevi.com/karars/696428_yargitay-13-hukuk-dairesi-e-1992-1902-k-1992-5282#.Urab9JdX5M, 22.12.2013)

³³ İYİMAYA, Ahmet, *a.g.m.*, s. 371.

Kanun hükümleri uyarınca dava vekâletnamelerinde özel yetki verilmesi gereken haller:

1. Sulh olma (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74, Borçlar Kanunu madde 504/son),
2. Hâkimin reddi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74),
3. Davanın tamamını ıslah etmek (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74),
4. Yemin teklif etmek, yemini kabul etmek, reddetmek, iade etmek (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74),
5. Başkasını vekil tayin etmek (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74, Borçlar Kanunu madde 506/1, Avukatlık Kanunu madde 171/2),
6. Haczi kaldırmak (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74),
7. Müvekkilin iflasını talep etmek (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74, Borçlar Kanunu madde 504/son),
8. Tahkim ve hakem sözleşmesi yapmak (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74, Borçlar Kanunu madde 504/son),
9. Konkordato teklifinde bulunmak (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74, Borçlar Kanunu madde 504/son),
10. Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunmak ve buna muvafakat vermek (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74),
11. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmak (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74),
12. Davadan veya kanun yollarından feragat etmek (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74),
13. Karşı tarafı ibra etmek ya da davasını kabul etmek (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74),
14. Yargılamanın iadesi yoluna gitmek (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74),
15. Hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açmak (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74),

16. Kişiyeye sıkı sıkıya bağı haklarla ilgili olarak dava açmak ve takibini yapmak (Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 74),

17. Mirasın reddi (Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük m. 39/2).

2. BİREYSEL BAŞVURUDA BAŞVURUCUNUN TEMSİLİ

2. 1. GENEL OLARAK BİREYSEL BAŞVURU

Anayasa yargısına bireysel erişim, bireylerin anayasal olarak garanti edilmiş haklarının ihlallerinin, bireylerin ya tek tek ya da topluluk olarak, bir Anayasa Mahkemesi veya muadil kurum önüne getirilmesini sağlayan farklı çeşitlerdeki mekanizmalar anlamına gelmektedir. Erişim mekanizmaları ya dolaylı ya da doğrudandır. Dolaylı erişim, bireysel sorunların hüküm verilmesi için Anayasa Mahkemesine bir aracı kurum vasıtasıyla ulaştığı mekanizmaları belirtmektedir. Doğrudan erişim, bir bireyin şahsen, başka bir deyişle üçüncü bir tarafın müdahalesi olmaksızın Anayasa Mahkemesine başvurabileceği kanunî yolların çeşitliliğini ifade etmektedir.³⁴

Anayasa'nın 148. maddesine 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile eklenen “*ve bireysel başvuruları karara bağlar*” ifadesi ile bireysel başvuru Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetki alanına dâhil edilmiştir. Anayasa'nın geçici 18. maddesinde bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemelerin iki yıl içinde tamamlanacağı ve uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başvuruların kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Tüm bu gelişmelerin ardından 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun 30.03.2011 tarihinde TBMM tarafından kabul edilerek 03.04.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış, yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuruda bulunma yolu ile hem iç hukukun kendi mekanizması ile bazı sorunların çözümünün mümkün hale gelmesi hem Türkiye aleyhine AİHM'de yapılacak birçok başvurunun önüne geçilmesi amaçlanmıştır. 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla uygulamasına başlanan bireysel başvuru yolu, 6216 sayılı Kanunun 45- 51 maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca, Anayasasının 149. maddesi ile 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayanılarak hazırlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde de bireysel başvuruya ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

³⁴ HARUTYUNYAN Gagik at al. , **CDL- AD(2010)039rev.** , Paragraf 21, s. 7.

2. 2. BİREYSEL BAŞVURUDA BULUNMAK İÇİN DAVA VEKÂLETNAMESİNDE ÖZEL YETKİNİN YER ALMASI ZORUNLULUĞU VE BUNUN DAYANAKLARI

2. 2. 1. Bireysel Başvuruda Bulunmak İçin Dava Vekâletnamesinde Özel Yetkinin Yer Alması Zorunluluğunun Mevzuat Bakımından İncelenmesi

6216 sayılı Kanun madde 47/4'te “Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir” denilmekle yetinilmiştir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde de bireysel başvuruda bulunmak için vekâletnamede özel yetkinin yer alması zorunluluğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün “Başvurucunun Temsili” başlıklı 61. maddesinin 1. fıkrasındaki “Bireysel başvuru, bizzat başvuru, kanuni temsilcisi ya da avukatı tarafından yapılabilir. Avukat veya kanuni temsilci aracılığıyla yapılan başvurularda temsile dair yetki belgesinin sunulması zorunludur” hükmünden hareketle, aslında dava vekâletnamesinde özel yetkinin arandığı yorumu yapılabilir. Kanımızca, İçtüzük, **başvurularda temsilci olabilmeye ilişkin yetki belgesinin sunulmasını zorunlu tutmuştur.**

İçtüzüğün 61. maddesinin yorumundan hareketle, dava vekâletnamesinde bireysel başvuruda bulunmaya ilişkin özel yetkinin aranacağı sonucuna ulaşamayacağı görüşü ileri sürülebilir. bu takdirde yapılması gereken kanımızca içtüzük değişikliği ile bu hususun açıkça içtüzüğe yazılmasıdır. 6216 sayılı Kanun madde 48/5'te “**Kabul edilebilirlik şartları ve incelemesinin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir.**” şeklinde ifade edildiği üzere, **bir kabul edilebilirlik şartı olan “dava vekâletnamesinde bireysel başvuruda bulunmaya ilişkin özel yetkinin bulunması” zorunluluğunun İçtüzükle düzenlenmesinde hukukî engel mevcut değildir.**

Bireysel başvuruda bulunmak için vekâletnamede özel yetkinin mevcut olması gerektiğine dair düzenleme apaçık bir şekilde mevzuatta bulunmamakla birlikte vekilin bireysel başvuruda bulunabilmesi için özel yetki ile yetkilendirilmiş olması şartının, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'ne konulacak bir hüküm ile veya Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Noterler Birliği'nce yapılan ortak bir çalışma neticesinde alınacak karar ile getirmesi mümkündür.

Vekilin müvekkili adına bireysel başvuruda bulunabilmesi için dava vekâletnamesinde özel olarak bu kanun yolu için yetkilendirilmiş olması

gerektiği kanaatindeyiz. Bu görüşümüzün dayanakları aşağıdaki başlık altında açıklanmıştır.

2. 2. 2. Bireysel Başvuruda Bulunmak İçin Dava Vekâletnamesinde Özel Yetkinin Yer Alması Zorunluluğunun Mevcut Olması Gerektiğine Dair Dayanaklar

2. 2. 2. 1. 6216 Sayılı Kanun Madde 48/5 Hükmü

6216 sayılı Kanun madde 48/5'te "*Kabul edilebilirlik şartları ve incelemesinin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İÇTÜZÜKLE DÜZENLENİR.*" denilmektedir. Kanunun içtüzüğe yaptığı yollama nedeniyle bir kabul edilebilirlik şartı olarak "dava vekâletnamesinde özel yetkinin bulunması"nın içtüzükle düzenlenmesinde hukukî bir engel yoktur. Ayrıca hukuk sistemimizde bir emsal olarak da, "*tüzük*" ile getirilen özel yetkili olma koşulu, vekilin mirası reddetmesi durumunda mevcuttur.³⁵

2. 2. 2. 2. Bireysel Başvurunun İkincil Nitelikte Bir Kanun Yolu Olması

Bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Buna göre, anayasa şikâyeti temel hakların ihlalini önlemede en son hukukî çaredir. Temel haklara ilişkin ihlal iddiaları başka hukukî yollarla giderilebilecekse anayasa şikâyetine başvurulmaz. Olağan yasa yollarında yapılan denetime rağmen, temel hak ve özgürlüklerin çiğnendiği iddiası karşılanmamış ise, ancak ondan sonra gerekli şartları taşıyan başvuruların Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi kabul edilebilir. Yani, Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı anayasa şikâyeti denetimi ikincil niteliktedir.³⁶ Bu durum Anayasa'nın 148. maddesinin 3. Fıkrasının son cümlesinde "*Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır*" şeklinde ifade edilmiştir.

İspanya'da "amparo başvurusu" (recurso de amparo) olarak adlandırılan bireysel başvuru yolunun temel amacı, olağan kanun yollarının temel hakların korunmasını gerçekleştirmediği durumlarda bunların korunmasını sağlamaktır. Demek ki bireysel başvuru yolu ancak olağan kanun yollarından bir sonuç alınamaması halinde söz konusu olabilir.³⁷

³⁵ **Bkz.** Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük madde 39/2.

³⁶ KILINÇ, Bahadır, "*Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*", Anayasa Yargısı, Sayı 25, 2008, s. 24-25.

³⁷ ESEN ARNWINE, Selin, "*İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu*", AÜHFD, Cilt 52, 2003, Sayı 4, s. 249-250.

Bireysel başvurunun olağan kanun yollarının zorunlu bir devamı şeklinde anlaşılmasını ya da ülkemizde (yargılama faaliyetine henüz başlamamış olsa da istinaf kanun yolu da dahil edilecek olursa) dördüncü derece kanun yolu olarak görülmesini engellemek, ikincil nitelikte olduğunun daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak için dava vekâletnamesinin genel kapsamına dahil olan olağan kanun yollarına başvurmadan farklı olarak ikincil nitelikteki bu kanun yoluna başvurmak için özel yetkinin aranması kanaatimizce daha uygun olacaktır.

2. 2. 2. 3. Bireysel Başvurunun Olağanüstü Bir Başvuru Yolu Olması

Kılınç'a göre³⁸, Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme veya yargı organlarının işlemleri tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları *olağanüstü bir kanun yolu* olarak tanımlanabilir.

Anayasa şikâyeti ek bir kanun yolu olmayıp, olağandışı bir kanun yoludur. Buradaki denetim alanı, spesifik anayasa hukukunun ihlali ile sınırlandırılmıştır.³⁹ Bireysel başvuru yolu, hukukun tüm alanları için objektif bir değer düzeni oluşturan, temel hakların içeriğinin açıklanması ve her türlü devlet gücünün denetimi amacına yöneliktir.⁴⁰

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, kararlarında Anayasa şikâyetinin olağanüstü bir hukukî çare olduğu ve genel mahkemelerin de temel hakları korumakla yükümlü olduğunu vurgulanmaktadır.⁴¹

“*Davaya vekâletin kanuni kapsamı*” başlıklı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 73. maddesinin “*Davaya vekâlet, kanunda özel yetki verilmesini gerektiren hususlar saklı kalmak üzere, hüküm kesinleşinceye kadar... yetkiyi kapsar.*” hükmünden anlaşılacağı üzere, kanun yollarına ilişkin başvuruda özel yetki aranması gereken hallerle ilgili olarak kanununkoyucu taktirini *kesinleşmiş hükümlere karşı gidilecek kanun yollarında* özel yetki arama şeklinde kullanmıştır. “Vekilin davaya vekâlette genel yetkisi hüküm kesinleşmesine kadar devam eder”⁴². Bunun en belirgin örneği, Hukuk

³⁸ KILINÇ, Bahadır, **a.g.m.**, s. 23.

³⁹ HASSEMER, Winfried, “*Anayasa Şikayetleri ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)*”, Anayasa Yargısı, Sayı 21, s. 168.

⁴⁰ GÖREN, Zafer, “*Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Şakir Berki’ye Armağan, Cilt 5, 1996, Sayı 1-2, s. 304.

⁴¹ GÖZTEPE, Ece, *Anayasa Şikayeti*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1998, s. 77.

⁴² KARATAŞ KAYHAN, Eda, *Medeni Usul Hukukunda Davaya Vekâlet*, (Danışman: Prof.Dr.

Muhakemeleri Kanunu madde 74'te özel yetki aranmasını gerektiren haller arasında sayılan "yargılamanın iadesi" yoludur.

Bireysel başvuru, **olağanüstü** bir kanun yolu veya hukukî çaredir. Temyiz veya istinaf benzeri bir başvuru olmadığı gibi, temyiz veya istinaf sonrası olağanüstü bir temyiz fırsatı da değildir.⁴³ **Olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesinde özel yetki aranması yönündeki kanunkoyucunun iradesine bakıldığında, şüphesiz ki kesinleşmiş hükümlere karşı gidilecek olağan üstü kanun yolu/ hukukî çare olan bireysel başvuruda da özel yetki aranması Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun madde 73 ile getirdiği hükmün mantığına uymaktadır.**

2. 2. 2. 4. Bireysel Başvurunun, Anayasa Hukukunun Kendine Özgü Objektif Bir Hukuksal Koruma Aracı Olması

Anayasa şikâyeti, başka yollarla giderilemeyen temel hak ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik istisnai ve ikincil nitelikte bir başvuru yoludur. Yani **Anayasa şikâyeti mevcut kanun yollarının devamı değildir. Bu yol, yalnızca spesifik bir temel hak ihlalinin denetlenebileceği istisnai bir hukuk yolu**, olağanüstü bir hukukî çaredir.⁴⁴

Temel haklar devlet organları için doğrudan doğruya bağlayıcıdır ve devlet organları tarafından temel haklara uyulmasını güvence altına almak ve tek elden yorumlamak için "anayasa şikâyeti" (bireysel başvuru) oluşturulmuştur.⁴⁵

Anayasa şikâyeti kurumu bireysel hukukî korumanın yanında objektif Anayasa hukukunun korunması, yorumu ve geliştirilmesi anlamı ve amacını da içermektedir. Bu haliyle Anayasa şikâyeti aynı zamanda Anayasa hukukunun kendine özgü objektif bir hukuksal koruma aracı durumuna gelerek Anayasa dokunulmazlığının garantisini oluşturmaktadır.⁴⁶

Anayasa hukukunun kendine özgü objektif bir koruma aracı olan bireysel başvuru kurumunun Anayasa Yargısı sistemimize dahil edilmesi ile bireysel

Süha TANRIVER), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 110, (<http://tez2.yok.gov.tr/>, 12 Ağustos 2012).

⁴³ KILINÇ, Bahadır, **a.g.m.**, s. 25.

⁴⁴ SABUNCU, M. Yavuz, ARNWİNE ESEN, Selin, "*Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu*", Anayasa Yargısı, Sayı 21, s. 230.

⁴⁵ Hans- Wolfgang Arndt, *Öffentliches Recht* (Vahlen: Verlag Vahlen, 1983) 60, aktaran GÖREN, Zafer, **a.g.m. (Anayasa Hukuku)**, s. 300.

⁴⁶ GÖREN, Zafer, **a.g.m. (Anayasa Hukuku)**, s. 302-303.

başvuru, Anayasa dokunulmazlığının garantisi olacaktır. Bireyler Anayasa ile canlı bir diyaloga girecek; Anayasa hukukunun gelişmesine ve özellikle temel hakların yorumuna, güncelleştirilmesine katkıda bulunacaktır.⁴⁷

Anayasanın savunulması aslında bütün devlet organlarının ve her şeyden önce tüm mahkemelerin görevi olmakla birlikte Carl Schmitt tarafından oluşturulan “Anayasanın Bekçisi”⁴⁸ tanımlaması, temel hakların yorumu, uygulaması ve korunması Anayasa Mahkemesi kararlarının ana konusunu oluşturduğundan Anayasa Mahkemesi için kullanılmaktadır.⁴⁹

Tüm bu sayılanlar bireysel başvurunun (anayasa şikâyetinin) olağan kanun yollarından çok daha farklı olduğunu ortaya koymakla beraber bu kuruma başvuruda dava vekâletnamesinde özel yetki aranması, kurumun farklı niteliği de dikkate alındığında bireysel başvurunun özelliği gereğidir.

2. 2. 2. 5. Bireysel Başvurunun Objektif ve Sübjektif İşlevi

Bireysel başvurunun sübjektif ve objektif olmak üzere iki temel işlevi vardır: Sübjektif işlevi, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin anayasa yargısı yoluyla korunması; objektif işlevi ise, hukuk düzeninin korunması ve anayasa yargısı içtihatlarının geliştirilmesi olmaktadır.⁵⁰ Bireysel başvurunun objektif işlevi ağır basar denildiğinde, dava vekâletnamesinde özel yetkinin aranması elzem değildir. Çünkü mühim olan hukuk düzeninin korunması, iyileştirilmesi ise bunun için gerekli olan başvuruyu kimin yaptığının çok da bir önemi yoktur. Bireysel başvurunun sübjektif işlevi ağır basar denildiğinde, bireylerin öznel tatminleri ön planda olacağından başvuru yetkisinin kullanılmasında belli niteliklerin aranması bireysel başvurunun bu yönü ile bağdaşacaktır.

2. 2. 2. 6. Vekilin İşi Özenle Yapma Borcu

Özen borcu, vekilin vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği işi, müvekkilin yararına sonuç doğuracak şekilde ifa etmesi ve müvekkilin zararına yol açabilecek her türlü davranıştan kaçınmasıdır.⁵¹

⁴⁷ GÖREN, Zafer, **a.g.m. (Anayasa Hukuku)**, s. 324.

⁴⁸ SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung* (Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1931), aktaran GÖREN, Zafer, **a.g.m. (Anayasa Hukuku)**, s. 331.

⁴⁹ GÖREN, Zafer, **a.g.m. (Anayasa Hukuku)**, s. 331.

⁵⁰ KILINÇ, **a.g.m.**, s. 26.

⁵¹ AKİPEK, Şebnem, *Alt Vekâlet*, Ankara, Yetkin, 2003, s. 55; BAŞPINAR, Veysel, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara, 2. Baskı, 2004, s. 153; KARAHASAN, Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat*, 2. Cilt, Ankara, Beta Yayınları, 2002, s. 1001; TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleş-*

Vekilin özen borcunun kapsamına, vekilin sonucun meydana gelmesini engelleyecek davranışlardan kaçınması dahildir. Vekil, ifa etmeyi üstlendiği edimi yerine getirirken, sonucun gerçekleşmemesinden değil; ancak sonuca kavuşmayı sağlayacak hareketlerin özenle yapılmamasından sorumludur.⁵² Bir iş görme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesinde vekilin ifa etmeyi üstlendiği edim için gerekli her türlü tedbiri almaması halinde kusuru söz konusu olacaktır. Avukatlık Kanunu'nun altıncı bölümünün "Avukatın Hak ve Ödevleri" başlıklı 34. maddesinde "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde **özen**, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak(la) ... yükümlüdürler." hükmü yer almaktadır. Aynı Kanun'un 134. maddesinde "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, **mesleki çalışmada görevlerini yapmayan** veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır." denilmek suretiyle avukatın özen borcuna aykırı sayılabilecek bir davranışının ya da ihmalinin disiplin suçu teşkil edebileceği belirtilmektedir. Avukatlara verilecek olan disiplin cezaları ise "uyarma, kınama, para cezası, işten çıkarma, meslekten çıkarma" şeklindedir (Avukatlık Kanunu madde 135).

meleri, Vekâletsiz İş Görme, Cilt 2, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1977, s. 199; YAVUZ, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Beta Yayınları, 7. Baskı, 2007, s. 642; ZEVKLİLER, Aydın, HAVUTÇU, Ayşe, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, 2007, s. 342; ÖZKAYA, Eraslan, *Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2005, s. 359; YALÇINDURAN, Türker, *Vekâlet Sözleşmesinde Ücret*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2007, s. 75. Aynı doğrultuda Yargıtay 1. HD, 18 Mart 2003 tarih, E.2003/1082, K.2003/2988 sayılı kararı: "Borçlar Kanununun temsil ve vekâlet bağutını düzenleyen hükümlerine göre, vekâlet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan, onun vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğar. Borçlar Kanununda sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiştir". B.k.z. aynı doğrultuda Yargıtay 1. HD, 08 Mayıs 2003 tarih, E.2003/5153 sayılı karar, K.2003/5628; Yargıtay 1. HD, 06 Mayıs 2003 tarih, E.2003/3909, K.2003/5445 sayılı karar; Yargıtay 3. HD, 09 Eylül 1985 tarih, E.1985/2552, K.1985/5380 sayılı karar; Yargıtay 1. HD, 24 Kasım 1997 tarih, E.1997/13932, K.1997/15049 sayılı karar; Yargıtay 1. HD, 23 Şubat 2005 tarih, E.2005/837, K.2005/1805 sayılı karar; Yargıtay 1. HD, 09 Haziran 2003 tarih, E.2003/6215, K.2003/6884 sayılı karar, aktaran DEMİR YÜCE, Özlem, *Vekâlet Sözleşmesinde Tarafların Borçları*, (Danışman: Doç.Dr. Cemal OĞUZ), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 55, (<http://tez2.yok.gov.tr/>, 14 Ağustos 2012).

⁵² BAŞPINAR, Veysel, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara, 2. Baskı, 2004 s. 137, aktaran DEMİR YÜCE, Özlem, a.g.e. , s. 63.

Avukatlık Kanunu'nun "Görevi Kötüye Kullanma" başlıklı 62. maddesinde ise "Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat, Türk Ceza Kanununun 257'nci maddesi⁵³ hükümlerine göre cezalandırılır." denilmiştir.

Tüm bu hükümler karşısında müvekkilin şikâyeti ile disiplin cezası alma ihtimali bulunan, hatta ifa etmeyi üstlendikleri edim için "gerekli tedbir" şeklinde görülebilecek olan bireysel başvuruda bulunmadıkları ve bu nedenle görevlerini ihmal ettikleri gerekçesi ile ağır ceza mahkemesinde Türk Ceza Kanunu madde 257'den yargılanma riski ile karşı karşıya olan avukatlar, elbette bu risklerden kendilerini muhafaza etmek için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmak zorunda bırakılacaklardır. **Vekâletnamenin genel kapsamında kabul edilecek olan bireysel başvuru yolu vekâlet sözleşmesinde avukatın "özen borcu" olarak değerlendirilip avukatları her an bir disiplin suçu ya da ceza yargılamasının sanığı olma ihtimali ile karşı karşıya bırakmaktadır.**

2. 2. 2. 7. Anayasa Mahkemesi'nde Oluşacak İş Yükü

Bireysel başvuru yolunu her ne ad ile olursa olsun kendi iç hukuklarında bir hukukî çare olarak öngören birçok ülkede bu başvuruları incelemekle görevli Anayasa Mahkemeleri ya da dengi yüksek mahkemeler yoğun iş yükü ile karşı karşıya kalmışlardır. Bu başvuruların nihai olarak sonuçlandırılması birkaç yılı bulabilmiştir. Söz konusu gecikmeler ise kimi zaman zararın giderilmesini olanaksızlaştırmıştır. Ayrıca bireysel başvuru yolunda dahi olsa "makul sürede yargılanma hakkı" herkesin her yargılama sürecinde sahip olduğu temel haklarından. **İnsan hakkı ihlallerinin neden olduğu zararları telafi etmek ya da önlemek adına kabul edilen bu kurumda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6 bağlamındaki "adil yargılanma hakkı"nın ihlali, kurumun amacı ve işleyişi arasında tezat yaratmaktadır.** Sonuçta tüm bu nedenler bireysel başvuru incelemelerini yapacak olan mahkemelerin saygınlığına da zarar vermektedir.

⁵³ Görevi kötüye kullanma

MADDE 257. - (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, **görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle**, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, **görevinin gereklerini yapmada ihmal veya gecikme göstererek**, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) (Mülga: 2/7/2012-6352/105 md.)

Bireysel başvuruda bulunmak dava vekâletnamesinin genel kapsamında kabul edilecek olursa disiplin cezası alma ya da görev suçundan dolayı yargılanma riski nedeniyle bireysel başvuruda bulunmak zorunda bırakılan vekiller, vekilliğini yaptıkları tüm dosyaları, kesinleşmelerinin ardından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile göndereceklerdir. Bu durum da, başvurmakta hukukî yararı olsun ya da olmasın birçok başvuruçunun dosyasının Anayasa Mahkemesi'ne gelmesi demektir.

2. 2. 2. 8. Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması

2. 2. 2. 8. 1. AİHM Kararlarında Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda başvuru hakkının kötüye kullanılması kabul edilebilirlik aşamasında başvurunun reddini gerektiren nedenlerdendir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 35/3).

Bu kuralın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almasındaki temel etken bireysel başvuru yolunun hakaret ve siyasal amaçlar için kullanımının önüne geçmek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gereksiz yere meşgul edilmesini önlemektir.⁵⁴

Başvuru hakkının kötüye kullanımının ne anlama geldiğini Strazburg Organları'nın kararları ışığında, siyasal propaganda amacı taşıyan, hakaret niteliği bulunan, denetim organlarını aldatmaya yönelik bilgiler içeren ve **ciddiyetle bağdaşmayan başvurular** olarak özetleyebiliriz.⁵⁵ Hiçbir ciddi iddialara dayanmayan, salt kişisel görüş açıklamalarına yer veren kişisel başvurular da hakkın kötüye kullanılması içeriğinde değerlendirilmek suretiyle reddedilmektedir. Bunun klasik örneğini 1968 tarihli X/ Federal Almanya başvurusu oluşturmaktadır. Bu başvuruda, trafik lambalarına itaat zorunluluğunun insanlık onurunu zedeleyici bir nitelik taşıdığı, bunun da Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkence ve insanlık dışı işlemlere tabi tutulmama hakkını ihlal ettiği iddiasında bulunmuştur. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, başvuruyu "hakkın kötüye kullanımı" içinde değerlendirmek suretiyle reddetmiştir.⁵⁶

⁵⁴ Cohen-Jonathan, La Convection européenne des droits de l'homme, Economica, Paris, 1989, as. 159; TRECHSEL, S. , La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, (Sous la direction de L.E. Pettiti- E. Decaux- P.H. Teitgen), 2. éd. , Economica, Paris, 1999, s. 637, aktaran ANAYURT, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2004, s. 239.

⁵⁵ AİHK, Req. No: 7604/76, 7719/76, 7781/77, DR, 14, s. 133, aktaran ANAYURT, Ömer, **a.g.e.** , s. 240.

⁵⁶ ANAYURT, Ömer, **a.g.e.** , s. 242.

2. 2. 2. 8. 2. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanması: Taraflar usulî haklarını iyi niyetli (bona fide)⁵⁷ bir şekilde ifade etmekle görevlidir. Bir başvurucu bu yükümlülüğü suiistimal ettiğinde Anayasa yargısının etkililiği bozulmaktadır. Bireysel şikâyet prosedürü insan haklarının korunması için çok önemli olmakla birlikte, bu tür istismar Anayasa Mahkemeleri’nce korunan Anayasal düzene zarar vermektedir.⁵⁸

Bazı ülkelerde **fuzuli şikâyetler** için para cezası öngörülmüştür. Mahkeme şikâyetin *mesnetsiz* olduğuna ya da *iyiniyet taşımadığına* kanaat ederse tarafı cezalandırır ve böylece bu tür şikâyetlerin de mahkemeye getirilmeleri önlenmiş olur. “İspanya, Güney Kore”⁵⁹, Portekiz, İsviçre, Almanya ve Avusturya’da bu usul uygulanmaktadır.⁶⁰ Başvurunun kötü niyet taşınması, kötüye kullanılması ya da ölçüsüz davranma durumunda mahkeme ödeninceye karar verebilir.⁶¹

Rusya Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün paragraf 9.4 hükmüne göre, eğer başvurucu Anayasa Mahkemesi’nin zaten bir karar vermiş olduğu konuya ilişkin bir başvuruyu tekrar ederse, bu konu hakkında onlarla olan yazışmanın sona erdirildiği haber edilerek kararın bir örneği başvurucuya bir kez daha gönderir. Aynı mesele ile ilgili aynı birey tarafından yapılan daha fazla şikâyet yanıtız kalacaktır. Diğer devletler, **istismarcı** başvuru sahiplerini para cezasına çarptırma imkânını kabul etmişlerdir.⁶²

Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre bir başvuru açıkça kabul edilemez veya dayanaksız ise ve makul olan hiç kimse bu başvuruda bir **başarı şansı görmüyorsa** kötüye kullanmadan bahsedilebilir.⁶³

⁵⁷ Örneğin, Ermenistan: Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun’un 48. maddesi, Kazakistan: Anayasa Konseyi Hakkında Kanun’un 21. maddesi, aktaran HARUTYUNYAN Gagik at al. , **CDL- AD(2010)039rev.** , Paragraf 119, s. 34.

⁵⁸ HARUTYUNYAN Gagik at al. , **CDL- AD(2010)039rev.** , Paragraf 119, s. 34.

⁵⁹ KILINÇ, Bahadır, **a.g.m.** , s. 52.

⁶⁰ PIMENTEL, David, “*Dünyada Anayasa Şikayeti Uygulamaları*” , in *Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”*, Ankara, HUKAB, 2011, s. 72.

⁶¹ ESEN ARNWINE, Selin, **a.g.m.** , s. 265.

⁶² HARUTYUNYAN Gagik at al. , **CDL- AD(2010)039rev.** , Paragraf 119, s. 48.

⁶³ BverfG, NJW 1986, 2101 (Dörr, s. 182), aktaran AYDIN, Öykü Didem, “*Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, 2011, Sayı 4, s. 166.

6216 sayılı Kanun'un 51. maddesinde “*Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuruçular aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir.*” denilmek suretiyle bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda başvuruçunun para cezasına çarptırılabilceği belirtilmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün “*Başvuru hakkının kötüye kullanılması*” başlıklı 83. maddesinde “*Başvuruçunun istismar edici, yanıltıcı ve benzeri nitelikteki davranışlarıyla bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığının tespit edilmesi hâlinde başvuru reddedilir ve yargılama giderleri dışında, ilgilinin ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilir.*” hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında ve karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi ciddiyetle bağdaşmayan, fuzulî olan ya da başarı şansı olmayan başvuruları “*kötüniyetli başvuru*” olarak değerlendirip değerlendirmeyeceği uygulama ile kendini gösterecektir. 6216 sayılı Kanun'un 51. maddesinde belirtilen “*bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması*”nın içeriği, İçtüzüğün 83. maddesi ile biraz daha açıklanmakla beraber İçtüzük'te geçen “*ve benzeri nitelikteki davranışlar*” ifadesinden başvuru hakkının kötüye kullanılması halinin İçtüzük hükmünde sayılı olanlarla sınırlı olmadığı, içtihatlarla yenilerinin ilave edilebileceği sonucuna varılmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararları ile başvurunun “*kötü niyetli başvuru*” olarak değerlendirilebilecek olma ihtimaline binaen bireysel başvuruda dava vekâletnamesinde özel yetkinin bulunması zorunluluğunun önemi bir derece daha artmaktadır. **Kötüniyetli başvuruda bulunmak nedeniyle disiplin para cezasına çarptırılma ihtimaliyle karşı karşıya olan müvekkil açısından, kendisini borç altına sokabilecek bireysel başvuruda bulunma yetkisinin özel bir yetki ile vekile verilmesi yerinde olacaktır.**

2. 2. 2. 9. Bireysel Başvuru Yolunun Öneminin Anlaşılması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmek için iç hukukta tüketilmesi gereken son kanun yolu olan bireysel başvuruda, “*dava vekâletnamesinde özel yetkinin yer alması*”nın kabul edilebilirlik şartı olması ile bireylerin karşı karşıya oldukları duruma ilişkin farkındalıkları sağlanacaktır. Özel yetki aranması ile müvekkile bu özel yetkiye dair rızası sorulacak böylece kişi bu son iç hukuk yolundan haberdar olacaktır.

Bireysel başvuru yolunun kanun yollarından ayrı bir yol olduğunun ve öneminin anlaşılması amacıyla dava vekâletnamesinde özel yetki aranmalıdır.

2. 2. 3. Bireysel Başvuruda Bulunmak İçin Dava Vekâletnamesinde Özel Yetkinin Yer Alması Zorunluluğunun Kabulü Halinde Mevcut Dava Vekâletnameleri İçin Uygulanması Gereken Prosedür

Bireysel başvuruda bulunmak için vekâletnamede vekilin özel olarak yetkilendirilmiş olması gerektiği şartı aranacağı kabul edilirse böyle bir icazetin mevcut olmadığı durumda, yetkisiz vekilin yapmış olduğu işlemler müvekkil açısından sonuç doğurmaz. Vekâletnamesinde böyle bir özel yetki olmayan vekiller müvekkilleri adına bu yola başvuramayacaklardır. Vekâletnamede özel yetki olmaksızın bir başvuru yapılmış ise yetkisiz temsil durumu söz konusu olacaktır. Özellikle bireysel başvuru yolunun uygulamaya girmesinden önceki tarihte düzenlenen, bireysel başvuruda bulunmak açısından özel yetkinin yer almadığı dava vekâletnameleri ile yapılan başvurularda bu durum söz konusu olacaktır.

Bireysel başvuru, hakları ihlal edilenlere Anayasa veya yasayla tanınan bir *dava türü*dür.⁶⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 77’de ise *yetkisiz temsilci konumunda olan avukatın dava açması* hali düzenlenmiştir. Bireysel başvurunun da bir dava olma özelliği dikkate alındığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 77’nin vekâletnamede özel yetki olmaksızın bireysel başvuruda bulunulması durumuna uygulanmasında kanımızca, bir mahzur görülmemektedir. Kaldı ki 6216 sayılı Kanun’un 49. maddesinin 7. fıkrasında “*Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır.*” denilmek suretiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na atıf da yapılmış durumdadır.

Borçlar Kanunu’nun “Yetkisiz Temsilci” başlıklı 46. maddesinin 1. fıkrasında “*Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukukî işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme binaen temsil edilen, yetkisiz temsilcinin hukukî işlemini onarsa işlem, temsilci yetkiliymiş gibi, yapıldığı andan itibaren temsil edileni bağlar.⁶⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 72’deki Borçlar Kanunu’nun temsile ilişkin hükümlerine yapılan atıf⁶⁶ düşünüldüğünde temsile

⁶⁴ KILINÇ, a.g.m. , s. 23.

⁶⁵ REİSOĞLU, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 16. Baskı, 2004, s. 124, FEYZİOĞLU, Necmettin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 1976, s. 434, aktaran UYGUR, Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Cilt I, Ankara, Şekçin Yayıncılık, 1. Baskı, 2012, s. 390-391.

⁶⁶ Davaya vekâlet hakkında uygulanacak hükümler

ilişkin Borçlar Kanunu madde 46/1 hükmü müvekkilin, yetkisiz vekilin yaptığı işleme icazet vermesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 77 ile birlikte dayanılan norm olacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 77'yi inceleyecek olursak: madde 77/1'de “*Şu kadar ki, gecikmesinde zarar doğabilecek hâllerde mahkeme, vereceği kesin süre içinde vekâletnamesini getirmek koşuluyla avukatın dava açmasına veya usul işlemlerini yapmasına izin verebilir. Bu süre içinde vekâletname verilmez veya asıl taraf yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçeyle mahkemeye bildirmez ise dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılır.*” hükmü yer almaktadır. Kanaatimizce, bireysel başvuru yolunda söz konusu duruma ilişkin boşluğun, bu düzenlemenin kıyasen uygulanması ile doldurulması mümkün olacaktır. Müvekkil, bir defaya mahsus olmak üzere tebligat gönderilerek durumdan haberdar edilmeli ve kendisine yetkisiz vekilin yaptığı bireysel başvuruya icazet vermesi için kesin süre verilmelidir. Bu süre içinde, müvekkil yetkisiz vekilin yaptığı işleme icazet verirse başvuru geçerli hale gelmeli; eğer icazet verilmezse başvuru, kabul edilebilirlik koşullarını taşımadığından reddedilmelidir.

Medeni yargıda müvekkil, yetkisiz vekilin yapmış olduğu işleme iki şekilde icazet verebilir: ya vekile, o işlem için gerekli özel yetkiyi içeren yeni bir vekâletname verilebilir ya da bizzat duruşmaya gelerek yetkisiz vekilin yaptığı işleme icazet verildiğinin mahkemeye bildirmesi ve bu durumun tutanağa geçirilmesi ile o işleme geçerlilik kazandırılabilir.⁶⁷ Durumun tutanağa geçirilmesinin ardından tutanağın altı müvekkile imzalatılır ve bu halde artık kişi tarafından vekile vekâletname düzenlettirilmesine gerek kalmaz.⁶⁸

MADDE 72- (1) Davanın vekil aracılığıyla açılması ve takip edilmesinde, kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak üzere, 22/ 4/ 1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümleri uygulanır. (Yapılan bu atıf, 12/ 01/ 2011 tarihli ve 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8. Maddesi gereğince 11/ 01/ 2011 tarihli ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na yapılmış sayılır.)

⁶⁷ KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 2, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 1305-1306; GÜRDOĞAN, Burhan, *Davaya Vekâlette Özel Mezuniyet Gerektiren Haller (Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar)*, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul, 1977, s. 147-161), s. 161; TANRIVER, Süha, *Noterlik Açısından Vekâlet*, 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 63; ADAY, Nejat, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, İstanbul, 1977, s. 118, aktaran SELÇUK, Seyhan, **a.g.e.**, s. 147.

⁶⁸ KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 2, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 1271, aktaran SELÇUK, Seyhan, **a.g.e.**, s. 155.

Uygulama Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ise şu şekildedir: Kişinin ehliyet durumu ne olursa olsun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakkına sahiptir. Taraf ehliyeti ve dava ehliyeti bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi özel bir koşul getirmemekte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özel bir koşul aramamaktadır.⁶⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 45. maddesine göre, başvuru formu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 35'te belirtilen bireysel başvuruda bulunmaya hakkı olan kişiler tarafından ya da temsilcileri tarafından imzalanmış olmalıdır. Temsilci aracılığı ile yapılacak başvurularda yazılı olarak düzenlenecek *yetki belgesi* yeterli olacaktır. Yetki belgesinin yazılı olması, yetki verenin imzasını ve başvuru yetkisini içermesi dışında herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir.⁷⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde başvurunun bir temsilci aracılığı ile yapılması durumunda başvuru dilekçesinde temsilcinin kimlik bilgilerine de yer verilmiş olması ve *yetki belgesi formunun* doldurulmuş olması gerekmektedir. Noter tarafından düzenlenen ve "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmaya ve beni temsile" şeklinde özel yetki içeren vekâletnameye dayanılarak başvuru yapmak, ileride doğabilecek itirazları önlemek bakımından daha uygun olacaktır.

Bu yolu bireysel başvuruya uyarlayacak olursak: Vekâletnamede özel yetki olmaksızın bireysel başvuruda bulunan yetkisiz vekilin bu işlemine ilişkin müvekkilin icazetini açıklaması, bireysel başvuruda bulunma yetkisini de içeren yeni bir dava vekâletnamesi düzenlenmesi ile olabilir. Fakat bu durumda noter masrafları nedeniyle başvuru yapanın mağdur olmaması için ikinci bir yol olarak: bireysel başvuruda bulunmak için dava vekâletnamesinde özel yetkinin yer alması zorunluluğuna ilişkin mevzuat düzenlemesinde, bireysel başvuru uygulamasının yürürlüğe girdiği tarihten önce düzenlenmiş dava vekâletnameleri ile yapılan başvurularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde bireysel başvuruda bulunmada olduğu gibi hazırlanan matbu bir yetki belgesi formunun doldurularak başvuru ya da

⁶⁹ Örneğin AİHK, on dört yaşındaki bir çocuk tarafından herhangi bir temsilci kullanılmaksızın ve velisinin izni almaksızın yapıldığı başvuruyu kabul etmiştir. AİHK, Req. No: 6753/74, X ve Y/ Hollanda, 19.12.1974, DR, 16, s. 105, aktaran ANAYURT, Ömer, **a.g.e.**, s. 173.

⁷⁰ Ankara Barosu İnsan Hakları Hukuku Araştırma Danışma ve Danışma Merkezi, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuatı*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 3. Baskı, 2008, s. 326, s. 351.

vekili tarafından Anayasa Mahkemesi'ne ulaştırılması ile müvekkilin icazetini açıklanması sağlanmalıdır.⁷¹

2. 2. 4. Vekilin Bireysel Başvuruda Bulunabilmesi İçin Özel Yetki İle Yetkilendirilmiş Olması Zorunluluğuna Karşılaştırmalı Hukuktan Örnekler

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne yapılan anayasa şikâyeti dilekçesi ekindeki belge listesine ilave edilmesi gereken belgeler içerisinde “*temsilcinin yetkisini onaylayan vekâletname veya diğer belge, ayrıca kişinin Anayasa Mahkemesi'nde bir temsilci olarak hazır bulunma hakkını onaylayan belgelerin suretleri*” yer almaktadır.⁷²

İspanya'da amparo başvurusunda dava süreci, davacının talebinin temsilcisi aracılığıyla bir dilekçeyle Anayasa Mahkemesi'ne verilmesiyle başlar. Amparo başvurusunun yazılı biçimde yapılması ve dilekçeye, davacının kim tarafından resmen temsil edildiğini gösteren belgenin de eklenmesi gerekir.⁷³

Almanya'da Anayasa şikâyetinde, temsil yetkisi veren vekâletnamede dava özellikle ve açıkça belirtilmelidir (Anayasa Mahkemesi Kanunu madde 22/11).⁷⁴

SONUÇ

Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler'de (Havana Kuralları)⁷⁵ “avukatın görev ve sorumlulukları” başlığı altında “Avukatlar müvekkillerinin haklarını korurken ulusal ve uluslararası hukukun tanıdığı insan haklarını ve

⁷¹ Her ne kadar yargılama usulündeki gibi müvekkilin bizzat duruşmaya gelerek yetkisiz vekilin yaptığı işleme icazet verdiğini mahkemeye bildirmesi ve bu durumun tutanağa bağlanması ile o işleme geçerlilik kazandırılabilmesi mümkün olsa da bireysel başvuru yolunda duruşma yapılması halini ve usulünü düzenleyen Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 74. maddesinden hareketle bireysel başvuruların dosya üzerinden inceleneceği genel kuralına ulaşılır. Bu genel kurala binaen her bireysel başvuru dosyası için duruşma yapılmayacağından duruşmada icazet verme usulünün tüm bireysel başvuru dosyalarında uygulanması imkânı yoktur.

⁷² RÜSTEMZADE, HANKİŞİ oğlu Ayhan, “*Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinde; Anayasa Şikâyeti ve İncelemesi*”, in *Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti*”, Ankara, HUKAB Yayınları, 2011, s. 217.

⁷³ ESEN ARNWINE, Selin, **a.g.m.**, s. 261.

⁷⁴ GÖZTEPE, Ece, **a.g.e.**, s. 96.

⁷⁵ 27 Ağustos- 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesine Ve Suçların İslahı Üzerine Sekizinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir.

temel özgürlükleri yüceltmeye çalışırlar ve hukuka ve hukukçuluk mesleğinin kabul görmüş standartlarına, ahlaki kurallara uygun biçimde serbestçe ve özenle hareket ederler.” denilmiştir.⁷⁶ Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, insan haklarının korunması konusunda bireysel başvuru mekanizmasının işleyişinde avukatlara da büyük görev düşmektedir.

Bireysel başvuru kurumunun sistematikliğinin sağlanması ve spesifik nitelikteki bu hukukî çare yolunun sorunsuz şekilde uygulanmasına devam edilmesi için kabul edilebilirlik şartlarının, en ufak sayılabilecek ayrıntıların dahi gözden kaçırılmasına izin verilmeksizin büyük bir dikkat ile belirlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar toplumumuzda “kervan yolda düzülür” gibi bir deyiş mevcut olsa da bireysel başvuru yolunun iç hukuk sistemimizde yürürlüğe girmesi ile başlayan hukuk serüveninde küçük hatalar ya da ihmaller arkasından büyük sorunları getirebilir. Bu istenmeyen durumların meydana gelmesinin önlenmesi için, kanımızca öncelikli olarak yapılması gereken, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün “İçtüzüğün Değiştirilmesi” başlıklı 95. maddesine uygun olarak yapılacak içtüzük değişikliği ile başvuruların kabul edilebilirlik koşulları arasına dava vekâletnamesinde bireysel başvuruda bulunmaya ilişkin özel yetkinin yer alması zorunluluğunun eklenmesidir.

KAYNAKÇA

- ALANGOYA**, Yavuz, **YILDIRIM**, Kamil, **DEREN YILDIRIM**, Nevhis, *Medeni Usul Hukuk Esasları*, İstanbul, Beta Yayınları, 8. Baskı, 2011.
- ANAYURT**, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2004.
- Ankara Barosu İnsan Hakları Hukuku Araştırma Danışma ve Danışma Merkezi**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuatı*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 3. Baskı, 2008.
- AYDIN**, Öykü Didem, “*Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, 2011, Sayı 4, s. 121- 170.

⁷⁶ ÇELİK, M. Lamih, *TBB Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2011, s. 255.

- CİHAN**, Ali Hulki, *Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi*, (Danışman: Doç.Dr. Burak ÖZEN), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- ÇELİK**, M. Lamih, *TBB Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2011.
- DEMİR YÜCE**, Özlem, *Vekâlet Sözleşmesinde Tarafların Borçları*, (Danışman: Doç.Dr. Cemal OĞUZ), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- ESEN ARNWINE**, Selin, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, AÜHFD, Cilt 52, 2003, Sayı 4, s. 249- 271.
- GÖREN**, Zafer, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Şakir Berki’ye Armağan, Cilt 5, 1996, Sayı 1- 2, s. 299- 340.
- GÖREN**, Zafer, “Anayasa Şikayeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’ a Armağan, Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, Cilt 2, 2008, s. 293- 337, (Anayasa Hukuku).
- GÖZTEPE**, Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, 2011, Sayı 95, s. 13- 40.
- GÖZTEPE**, Ece, *Anayasa Şikayeti*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref, **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, 2009.
- HARUTYUNYAN** Gagik; **NUSSBERGER** Angelika; **PACZOLAY** Peter, *Study On Individual Access To Constitutional Justice*, European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), CDL- AD(2010)039rev. , Study No 538/ 2009, Strasbourg, 27 January 2011 [Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17- 18 December 2010)].
- HASSEMER**, Winfried, “Anayasa Şikayetleri ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)”, Anayasa Yargısı, Sayı 21, s.164- 178.

- İYİMAYA**, Ahmet, “*Temsil Yoluyla Bağitlanan Avukatlık Sözleşmesi İçin Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu Mudur?*”, TBB Dergisi, 1993, Sayı 3-4, s. 362-384.
- KARATAŞ KAYHAN**, Eda, *Medeni Usul Hukukunda Davaya Vekâlet*, (Danışman: Prof. Dr. Süha TANRIVER), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2005.
- KILINÇ**, Bahadır, “*Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*”, Anayasa Yargısı, Sayı 25, 2008, s. 19- 59.
- KILINÇ**, Halil, *Açıklamalı İçtihatlı 6100 Sayılı HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanun)*, Cilt I, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2011.
- KUNIG**, Philip, “*Türkiye İçin Bir Örnek: Federal Almanya’da Bireysel Başvuru*”, in Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, Ankara, HUKAB Yayınları, 2011, s. 37- 52.
- PEKCANITEZ**, Hakan, **ATALAY**, Oğuz, **ÖZEKES**, Muhammet, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 12. Baskı, 2011.
- PEKCANITEZ**, Hakan, **TAŞ KORKMAZ**, Hülya, **MERİÇ**, Nedim, *Gereğçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu İlgili Mevzuat İçtihadı Birleştirme Kararları Anayasa Mahkemesi Kararları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2011.
- PIMENTEL**, David, “*Dünyada Anayasa Şikayeti Uygulamaları*”, in Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, Ankara, HUKAB Yayınları, 2011, s. 53-76.
- RÜSTEMZADE**, Hankişi oğlu Ayhan, “*Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinde; Anayasa Şikayeti ve İncelemesi*”, in Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, Ankara, HUKAB Yayınları, 2011, s. 202- 228.
- SABUNCU**, Yavuz, **ESEN ARNWINE** Selin, “*Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu*”, Anayasa Yargısı, Sayı 21, 2004, s. 229- 246.
- SAV**, Atılâ, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Savunma Ve Avukatlık Mesleği (Türkiye Barolar Birliğinin Anayasa Mahkemesine Sunduğu Görüş İle Birlikte)*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 2008, s. 169- 201.

SELÇUK, Seyhan, *Medenî Usul Hukukunda Dava Vekâletnameleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2011.

TUTUMLU, Mehmet Akif, *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ve İlgili Mevzuat*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2011.

UYGUR, Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Cilt I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2012.

UYGUR, Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Cilt II, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2012.

YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2005.

YILMAZ, Zekeriya, *Açıklamalı İçtihatlı 6100 Sayılı HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) ve Getirdiği Yeni Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2012, s. 219.

ZORKİN, Valery, “*Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 26, 2009, s. 283- 292.

<http://www.anayasa.gov.tr>

<http://www.ankarabarusu.org.tr>

<http://auhf.ankara.edu.tr>

<http://www.barobirlik.org.tr>

<http://www.kararevi.com>

<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr>

<http://pdf.gen.tr/ara/pdf>

<http://portal.ubap.org.tr>

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>

<http://tez2.yok.gov.tr>

<http://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.venice.coe.int>

ADİL YARGILANMA HAKKI VE SADDAM HÜSEYİN DAVASI

Mahmut ŞEN*

ÖZET

Irak savaşının sona ermesinden sonra Saddam Hüseyin ve Baas Yönetimi ileri gelenleri, 1968-2003 yılları arasında işlendiği iddia edilen insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırım suçu ile suçlanmıştır. Bu süre içerisinde Baas rejimi, beşyüzbinden fazla kişinin ölümüne neden olmak, insanlık dışı muamelede bulunmak ve ciddi insan hakları ihlalleri ile itham edilmiştir. İsnat edilen suçlar nedeniyle Saddam Hüseyin ve Baas Yöneticilerinin hangi mahkemede yargılanacağı hususu, Birleşmiş Milletler(BM), Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve sivil toplum kuruluşları tarafından farklı platformlarda tartışılmıştır.

Tamamen uluslararası unsurlardan oluşan bir mahkemeden, Iraklı hakimlerle birlikte uluslararası hukukçuların katılacağı karma mahkemeye veya uluslararası camianın desteği ile iç hukuka göre yargılama yapacak bir mahkemeye kadar pek çok alternatif ele alınmıştır. Uluslararası hukukçular tarafından, Iraklı hakimlerin de katıldığı uluslararası bir ceza mahkemesi kurulmasının faydalı olacağı ifade edilmesine karşın, Irak Geçici Yönetimi tarafından yerel bir ceza mahkemesi kurulmasına karar verilmiştir. Ancak, sadece Iraklı hakimlerden oluşan bir mahkemenin varlığı, mahkemenin yetkinliği ve tarafsızlığı üzerine tartışmalara neden olmuş, yargılama sırasında mahkemenin masumiyet karinesi, silahların eşitliği ve tanıkların korunması gibi konularda adil yargılanma hakkı ilkesini ihlal ettiği vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler : *Saddam Hüseyin, Uluslararası Ceza Hukuku, İnsanlığa Karşı Suçlar, Savaş Suçları, Soykırım, Adil Yargılanma Hakkı, Mahkemenin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Masumiyet Karinesi*

RIGHT TO A FAIR TRIAL AND SADDAM HUSSEIN CASE

ABSTRACT

After Iraq war, Saddam Hussein and his co-defendants accused of committing genocide, crimes against humanity, war crimes committed between 1968 and 2003. It has been claimed that the widespread and systematic violence and atrocities of the Ba'athist regime caused nearly five hundred thousand deaths and numerous human rights abuse. The question of which institution should try Saddam Hussein and his co-defendants was discussed by The United States, the United Nations, and non-governmental organizations in different platforms.

* Ankara 10. İdare Mahkemesi Başkan

There were several alternatives from purely international courts to hybrid international domestic tribunals to domestic courts which would receive some degree of international support and assistance. Although international judicial experts indicated the advantages of an international criminal court with domestic participation, Iraqi Governing Council decided to establish a domestic tribunal . However, the choice of a domestic court raised serious concern about the competence and impartiality of judges due to the fact that tribunal would only be consisted of Iraqi judges. It is argued that the Tribunal has been far from to conduct a fair trial regarding witness protection, the presumption of innocence and the principle of equality of arms.

Keywords: *Saddam Hussein, International Criminal Law, Crime Against Humanity, War Crime, Genocide, Right to a Fair Trial, Independence and Impartiality of Court, the Presumption of Innocence*

GİRİŞ

Saddam Hüseyin ve Baas yönetiminin yargılandığı Irak Ağır Ceza Mahkemesi, hem Irak iç hukuk kurallarının, hem de uluslararası ceza mahkemelerine ilişkin usul ve kuralların uygulandığı kendine has özellikler taşıyan bir mahkemedir. İlk kurulduğu günden itibaren insan hakları örgütlerince adil yargılanma hakkına aykırı uygulamaları nedeniyle yoğun bir şekilde eleştirilmiştir. Eleştirilerin çoğunluğu, mahkemenin uluslararası hukuk açısından meşruiyeti ile tarafsız ve bağımsız olmadığı üzerinde yoğunlaşmıştır. Ayrıca mahkemeye yönelik; yargılama sırasında masumiyet karinesine uyulmadığı, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği, yargılamayı yürüten hakim, taraf vekilleri ve tanıkların can güvenliğinin sağlanamadığı gibi eleştiriler de yapılmıştır. Bazılarına göre, yargılamaya ilişkin evrensel kabul gören ilkelerin ihlali öylesine ciddi boyutlara ulaşmıştır ki, süreç devam ederken BM Özel Temsilcisi tarafından yargılama sürecinin durdurulması çağrısında bulunulmuştur¹. Mahkeme heyeti tarafından yapılan eleştiriler dikkate alınmamış ve süreç tamamlanarak nihai karar verilmiştir.

Yapılan yargılama sonucunda Saddam Hüseyin ve bazı üst düzey Baas yetkilileri hakkında idam kararları verilmiş, ancak bu aşamada da insan hakları sözleşme ve bildirgeleri ile garanti altına alınmış temel haklardan olan adil yargılanma hakkı tanınmadan hiç kimsenin suçlu ilan edilip infaz

¹ **Doebbler**, Curtis F.J., An intentionally unfair trial , Journal of International Criminal Justice, 2007, s. 61.

edilemeyeceğinden bahisle infazların durdurulması talebinde bulunulmuş², ancak bu talepte sonuç vermemiş ve kararlar infaz edilmiştir.

Aslında savaş sonrasında Baas Yönetimince yapıldığı ileri sürülen insan hakları ihlalleri ve işlendiği iddia edilen insanlığa karşı suçların kovuşturulması için yargılamanın Iraklı hakimler tarafından yapılması, uluslararası toplumun tartıştığı tek seçenek değildir. Irak yönetiminin düşürülmesi sonrasında Saddam Hüseyin ve arkadaşlarının yargılanmasının nasıl yapılacağına ilişkin sorun, ABD, BM ve sivil toplum kuruluşları tarafından farklı platformlarda tartışılmıştır. Bu kapsamda, Yugoslavya ve Ruanda örneklerinde olduğu gibi tamamen uluslararası nitelikte bir ceza mahkemesi kurulması, Sierra Leone örneği gibi uluslararası hukuka göre yargılama yapacak yerel bir mahkeme oluşturulması ya da uluslararası destek ve yardımla iç hukuka göre yargılama yapacak bir mahkeme kurulması seçenek olarak değerlendirilmiştir³.

Ancak, ABD'nin de teşvikiyle, Irak Geçici Yönetimi tarafından uluslararası katılıma izin verilmemiş ve Baas Yönetiminin insanlığa karşı işlediği iddia olunan suçları ve faileri yargılamak üzere 2003 yılında özel yetkili Irak Ağır Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Bu mahkeme esas itibarıyla, Irak iç hukukunda düzenlenen suçlardan ziyade Uluslararası hukukta suç sayılan insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırım gibi suçları yargılamak üzere kurulduğundan uluslararasılaştırılmış ulusal mahkeme olarak adlandırılmıştır⁴.

Bu çalışmada, Irak'ta yıllarca iş başında kalan Saddam Hüseyin ve Baas rejimi temsilcilerini yargılamak üzere savaş sonrası Amerika Birleşik Devletleri'nin teşvik ve desteği ile kurulan Irak Ağır Ceza Mahkemesince yürütülen yargılamalar, adil yargılanma hakkı açısından değerlendirilmektedir.

1. ULUSLARARASICEZA ADALETİNDE YETKİLİ MAHKEME

Uluslararası ceza hukukunda, savaş veya iç savaş sırasında işlenen soykırım, savaş suçu ya da insanlığa karşı suçların faillerinin ulusal mahkemelerde yargılanması genel kural olarak kabul edilmektedir. Çeşitli nedenlerle bu durumun mümkün olmaması halinde, uluslararası mahkemelerin kurulması da mümkündür. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluş ve

² **Schabas**, William, Imposing the Death Penalty on Saddam Hussein Violates International Human Rights Law, Grotian Moment Blog, Dujail cilt, 45, s. 15.

³ **Scharf**, Michael P., The Iraqi High Tribunal, A Viable Experiment in International Justice?, Journal of International Criminal Justice, 2007, s. 11.

⁴ **Scharf**, s.24.

Yargılama Usullerini düzenleyen Kanun'un 17. maddesi de, uluslararası adaletin ulusal mahkemeleri tamamlayıcı nitelikte olduğunu teyit etmektedir⁵.

Tamamlayıcılık ilkesine göre, soykırım, savaş suçu ya da insanlığa karşı işlenen suçların faillerinin yargılanması ile ilgili asıl yetkili olan yargı merciinin, ulusal mahkemeler olduğu kabul edilmektedir. Ancak, bu mahkemelerin soruşturma ve yargılama için istekli olmaması, ülkenin ve ulusal mahkemelerin kapasitelerinin bu tür karmaşık davalar için yeterli görülmemesi ya da savaş ve iç savaş sonrası dönemin hassasiyeti nedeniyle genellikle savaşın galibi olan tarafın kuracağı mahkemelerin adil yargılanma açısından gerekli garantileri sağlayamayacağını düşünülmesi durumunda, uluslararası ceza mahkemesi kurulması yoluna başvurulmaktadır⁶. Bu nedenle, yerel mahkemelerin suç ve suçluların kovuşturulması ve yargılanmasında istekli ve adil yargılanma hakkı açısından yeterli kapasiteye sahip olmaları halinde, uluslararası çözüme başvurulmamaktadır. Dolayısıyla, Irak Ağır Ceza Mahkemesinin özel yetkili mahkeme olarak kurulması ve önceki yönetim zamanında işlendiği iddia edilen insan hakları ihlallerinin bu mahkemede yargılanmasının bir sebebi de, uluslararası hukuka göre ulusal mahkemelerin önceliği ve uluslararası adaletin iç hukuku tamamlayıcılık fonksiyonudur⁷. Bununla birlikte, Bush yönetimindeki Amerika'nın yerel mahkemeden yana tavır alması da, Irak Ağır Ceza Mahkemesinin özel yetkili mahkeme olarak kurulmasında ve bugün hala tartışılan yargılama faaliyetlerini yürütmesinde etkili olmuştur⁸.

Bununla birlikte, bugün bile Irak gibi toplumsal kutuplaşma ve mezhep çatışmalarının olduğu bir ülkede işlendiği iddia edilen insanlığa karşı suçların soruşturulmasının ve faillerin yargılanmasının tamamen uluslararası bir mahkemece ya da ulusal hakimlerinde bulunduğu karma yapıda bir mahkemece yürütülmesinin, adil yargılanma hakkı açısından daha iyi bir seçenek olabileceği yönünde değerlendirmeler de yapılmaktadır. Böyle bir mahkemede görev yapacak hakim ve yardımcı personel, Birleşmiş Milletlerin öncülüğünde uluslararası toplum tarafından seçileceğinden, mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı teminat altına alınabilecektir. Ayrıca, uluslararası

⁵ **Bassiouni** ,M. Cherif, **Hana**, Michael Wahid ,Ceding the High Ground: The Iraqi High Criminal Court Statute and the Trial of Saddam Case Western Reserve Journal of International Law,2006-2007, s. 35.

⁶ **Cassese**, Antonio, International criminal law, Oxford, 2003, s. 351.

⁷ **Newton**, Michael A., The Iraqi High Criminal Court: controversy and contributions, International review of the red cross,Cilt, 88 Sayı, 862, 2006, s.86.

⁸ **Bassiouni** , **Hanna** , s.39.

katılım ve desteğin alındığı bir yargısal süreçte, savaşın galipleri ve ülkedeki çeşitli politik gruplardan gelecek baskı ve etkileme çabalarına karşı mahkeme heyetinin de daha dirençli olabileceği belirtilmektedir⁹.

Uluslararası toplumun sürece dahil edilmesinin gerekliliğini savunanlar tarafından ileri sürülen temel argümanlardan birisi de, yargısal faaliyet yürütülürken mahkemenin tarafsız, bağımsız ve adil yargılama yaptığına ilişkin kamuoyu algısının, en az gerçek durum kadar önemli olduğudur. Bu nedenle, karma yapıda bir mahkemenin kurulması ile, hem uluslararası ceza yargısı alanında tecrübeli hakimler vasıtasıyla sanıkların adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi konusundaki hassasiyet vurgulanmış olacak, hem de Irak Yargısında görevli hakimlerin sürece meşruiyet getirmesi sağlanabilecektir¹⁰. Gerçekten, sanıklara isnat edilen soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlar gibi suç türleri dikkate alındığında, bu suçların yerel mahkemelerin aşına olmadığı tip ve nitelikte fiiller olduğu görülmektedir. Bu tür durumlarda, yargılamayı yürütecek olan mahkemenin bağımsızlığına ve hakimlerin bu alandaki uzmanlık ve yetkinliğine olan güven, sürecin sağlıklı sürdürülebilmesi açısından önem taşımaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemelerine yapılan atamalar dikkate alındığında, bu mahkemelerde görev yapanların, uluslararası ceza hukuku alanında deneyimli hakimlerden seçildiği görülmektedir. Bu durumun, tüm insan hakları belgelerinde temel hakların korunması açısından kabul gören, tarafsız, bağımsız ve davayı adil bir şekilde karara bağlayabilecek nitelik ve liyakatta hakimler tarafından uyumsuzluğun çözümlenmesi ilkesinin bir gereği olduğu izahtan varestedir.

Özel Yetkili Irak Ağır Ceza Mahkemesine, insan hakları örgütleri tarafından, kuruluşundan itibaren sert eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştirilerin en kayda değer olanları, mahkemede yargılanan kişilerin, Irak'ta savaş öncesi dönemin en üst düzey kamu görevlileri, isnat edilen fiillerin ise görev sırasında ve görevden dolayı işlenmiş fiiller olduğu, bir kısım isnatların savaş ya da iç savaş döneminde meydana gelen insan hakları ihlallerine ilişkin olduğu, mevcut durumda mahkeme üyelerinin bu tür karmaşık davaları çözümlenebilecek deneyim ve kapasiteye sahip olmadığına ilişkindir¹¹. Bir diğeri ise, savaşın galipleri tarafından oluşturulmuş Irak Yönetimi tarafından iş başına getirilmiş olmaları nedeniyle tarafsız ve bağımsız yargılama yapmadıklarıdır¹².

⁹ **Roth**, The International Herald Tribune, 15 Aralık 2003

¹⁰ **De Bertodano**, Sylvia, Were there more acceptable alternatives to the Iraqi High Tribunal, Journal of International Criminal Justice, 2007, s. 405.

¹¹ **Bertodano**, s. 409.

¹² **Folsché**, Céline, The Challenges Faced by the Iraqi High Tribunal: The Dujail Trial, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Volume 6, Number 3, 2007, s.407.

2.ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA ADİL YARGILANMA HAKKI

Uluslararası Ceza Mahkemelerinin her birinin kendine ait yargılama usulü bulunmakla birlikte evrensel hukukta kabul gören hukukun genel ilkeleri de, bu mahkemeler için bağlayıcı niteliktedir. Uluslararası ceza ve hukuk mahkemelerinin statüsü, verdikleri kararların bağlayıcılığı, bu mahkemelerde görev yapacak hakimlerin niteliği ve uygulanacak usul kuralları konusunda gerek insan hakları bildirge ve sözleşmelerinde, gerekse mahkemelerin yargılama usulünün düzenlendiği mevzuatta adil yargılanma ilkesine ilişkin hükümler mevcuttur. Evrensel ilkelere göre, hakkında suç isnadında bulunulan bir kimse, kanunla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız bir yargılama mercii tarafından adil bir şekilde yargılanmadığı sürece cezalandırılmaz¹³.

Bu kapsamda yargılama faaliyetinin adil olduğundan bahsedebilmek için;

Masumiyet ilkesine riayet edilmesi, kimsenin suçluluğu kanıtlanmadıkça suçlu ilan edilmemesi,

Hakkındaki suçlamalardan anlayabildiği bir dilde detaylı olarak haberdar edilmesi,

Avukat ya da müdafii seçme hakkına riayet edilmesi ve savunmanın hazırlanabilmesi için yeterli imkan ve zamanın sağlanması,

Hukuki dinlenilme ve savunma hakkına riayet edilmesi, kendi huzuru ile makul bir sürede yargılanması,

İddia makamının sahip olduğu tanık gösterme ve karşı tarafın tanıklarını sorgulayabilme hakkına sahip olması,

Kendi aleyhine itirafta bulunmaya ya da suçlanmasına neden olacak kendi aleyhine ifadede bulunmaya zorlanmaması,

Verilmiş olan karara karşı daha üst yargı merciiine başvuru hakkı tanınmış olması gerekir¹⁴.

BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14. maddesi'nde tanınmış olan bu haklar, adil yargılanma ilkesi açısından bir mahkeme ve yargılama sürecinin taşıması gereken asgari şartlar niteliğindedir.

¹³ Newton, s.54.

¹⁴ Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslar arası Sözleşmesi'nin 14. maddesi,

Bu ilkelerden bir veya birkaçına aykırı hareket edildiğinin tespiti halinde, yargılama faaliyetinin adil şekilde sonuçlandırıldığından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Adil yargılanma hakkı açısından ilk şart, kanunla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından yargılama faaliyetinin yürütülmesidir. Tüm hukuk sistemlerinde kabul gören ilkeye göre, herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Anayasal eşitlik ilkesi, hukuki statüleri aynı olan herkese aynı hukuk kurallarının uygulanmasını ifade etmektedir. Buna göre Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Ancak kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, ulusal güvenlik gibi toplum yararına olan durumlarda veya tarafların özel yaşamlarının gerektirmesi halinde veya mahkemenin görüşüne göre aleniliğin adaletin gerçekleşmesine zarar vereceği özel şartların kesinlikle gerektirdiği ölçüde, duruşmaların tamamen veya kısmen kapalı yapılmasına karar verilebilir.

İkinci olarak, soruşturma ve kovuşturma aşamasında elde edilen delillerin niteliği ne olursa olsun, mahkemece verilmiş olan nihai hüküm kesinleşmeden kimse suçlu ilan edilmemeli ve verilen hüküm infaz edilmemelidir.

Üçüncü olarak, hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, suç isnadının niteliği ve nedenleri konusunda ayrıntılı bir şekilde ve anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilir. Suçlamanın niteliği konusunda bilgi sahibi olunmadan savunma hazırlanması mümkün olmadığından, kanunda yazılı belli şartların gerçekleşmesi dışında, iddia makamının elinde bulunan ve suçlamaya temel teşkil eden bilgiler, suçlanan ile paylaşılmalıdır.

Dördüncü olarak, suçlananın avukat ya da müdafii seçme hakkına riayet edilmeli ve savunmasını hazırlayabilmesi için yeterli imkan ve zaman sağlanmalıdır. Sanık, savunmasını hazırlamak ve kendi seçtiği avukatla görüşmek için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olmalıdır. Bu hak, duruşmalarda hazır bulundurulma ve kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma, avukata ödeme yapabilecek yeterli imkanı yoksa, ücretsiz olarak avukat tayin edilme hakkını da kapsamaktadır.

Beşinci olarak, sanığın iddia makamının sahip olduğu tanık gösterme ve karşı tarafın tanıklarının sorgulayabilme hakkına sahip olması gerekir.

Altıncı olarak, kişi kendisini suçlandırıcı tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanmamalıdır. Adil yargılanma hakkı ilkesinin yargılamanın

her aşamasında gerçekleşebilmesi için uyulması gereken kurallardan birisi de, suçlanan kişinin kendi aleyhine olacak beyanlarda bulunmaya zorlanamamasıdır.

Yedinci olarak; verilmiş olan karara karşı daha üst yargı merciine başvuru hakkı tanınmalıdır. Bir suçtan ötürü mahkum olan bir kimse, mahkumiyetinin ve aldığı cezanın daha yüksek bir yargı yeri tarafından hukuka göre incelenmesini isteme hakkına sahip olmalı, beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamamalıdır.

Her kademedeki ulusal ve uluslararası mahkemenin yargılama faaliyetini yürütürken yukarıda bahsedilen temel ilkelere uyması, adil yargılanma hakkı ilkesinin bir gereğidir. Dolayısıyla, bu çalışmanın konusu olan ve savaş sonrasında savaşın galiplerinin yardım ve etkisiyle kurulup, sadece Iraklı hakimlerden oluşan Irak Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi'nden de uluslararası toplumun başlangıçtaki beklentisi, adil yargılanma hakkı açısından her mahkeme ve yargısal süreçte bulunması gereken asgari şartların sağlanmasıdır. Bununla birlikte, yargılamalar boyunca görülmüştür ki, ne savaş sonrası Irak yargısının kurumsal kapasitesi, ne davaya bakan hakimlerin soykırım, savaş suçu ve insanlığa karşı işlenen suçlar alanındaki deneyim ve yetkinliği, ne de savunma vekilleri ve tanıkların can güvenliğinin sağlanması açısından ülkenin içinde bulunduğu durum, bakılan davaların adil bir şekilde karara bağlandığı yönünde bir kanaate ulaşılmasını sağlayacak nitelikte değildir.

3. SADDAM HÜSEYİN VE ÜST DÜZEY BAAS PARTİSİ YÖNETİCİLERİNİN YARGILANDIĞI DUJAİL DAVASI

3.1. DUJAİL DAVASI HAKKINDA GENEL BİLGİ

Dujail davası, 1968 -2003 yılları arasında Saddam Hüseyin yönetiminin işlediği iddia edilen soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarına ilişkin Irak Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinde açılan ilk davadır. Kurulmuş olan bu mahkeme, kullanmış olduğu yetkiler ve baktığı davaların niteliği açısından Irak yargı sistemi için bir ilktir. İlk kez bir mahkemeye mahkemenin yetki ve görevlerini düzenleyen Kanun'un 11. maddesiyle soykırım, 12. maddesiyle insanlığa karşı suçlar ve 13. maddesiyle savaş suçlarını yargılama yetkisi verilmiştir¹⁵. Aslında bu durum, uluslararası ceza yargısı alanında da sık karşılaşılan bir durum değildir. Nazi yönetiminin üst düzey yetkililerininin

¹⁵ Newton, s.9.

yargılandığı Nürnberg davalarından sonra, bir siyasi rejimin hayatta olan tüm üst düzey görevlilerinin insan hakları ihlalleri ile suçlanıp yargılandığı ilk dava niteliğindedir. Bu yüzden yargılamaların siyasi niteliği, savaşın mağlubu olan eski rejime karşı hakimlerin takındığı tutum gibi nedenlerle yargılama esnasında *galiplerin adaleti* deyimi çok sık zikredilmiştir¹⁶.

Dujail olayı, 1982 yılında Dujail kasabasına Devlet Başkanı Saddam Hüseyin'in ziyareti esnasında vuku bulan suikast girişimi ile ilgilidir. Bu girişim sonrasında, yaklaşık 800 kişilik kadın, erkek ve çocuklardan oluşan bir grup gözaltına alınmış, iddiaya göre bir kısmı işkenceye maruz kalmış ve mahkeme tarafından 148 kişi idama mahkum edilmiş ve 1985 yılında idamlar infaz edilmiştir.

Bu olayla ilgili Özel Yetkili Irak Ağır Ceza Mahkemesi'nde Saddam Hüseyin ve 8 üst düzey Baas yetkilisi hakkında, adam öldürme, kanunsuz olarak hürriyetten yoksun bırakma, masum insanları sürgüne gönderme, gözaltında kaybolma gibi insanlığa karşı işlendiği iddia edilen fiilleri işledikleri iddiasıyla dava açılmıştır. 5 Kasım 2006 tarihinde mahkeme kararını açıklamış ve Saddam Hüseyin, Barzan el-Tikriti ve Avad el Bandar'ı sivil halka karşı yönetimleri sırasında işledikleri iddia edilen fiillerden suçlu bulmuştur. Karar sonrasında Saddam Hüseyin 30 Aralık 2006, Barzan el-Tikriti and Avad el Bandar 15 Ocak 2007 tarihinde idam edilmiştir¹⁷.

3.2. ADİL YARGILANMA HAKKI AÇISINDAN DUJAİL DAVASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

3.2.1. MAHKEMENİN MEŞRUIYETİ

Irak Ağır Ceza Mahkemesi, 1968- 2003 yılları arasında Irak vatandaşları tarafından işlendiği iddia edilen soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarını kovuşturmak üzere özel yetkilerle donatılmış bir mahkemedir. Yargılama sırasında dile getirilen iddialara göre, bu dönem içerisinde Baas rejimi, yaklaşık 500.000 insanın ölümünün ve sayısız insan hakları ihlallerinin sorumlusudur¹⁸. Dolayısıyla, bu kadar önemli ihlallerin faillerinin yargılanacağı mahkemenin oluşumu ve bu mahkemelerde görev yapacak

¹⁶ **Human Rights Watch Report**, Judging Dujail, The First Trial before the Iraqi High Tribunal , 2006, s. 6.

¹⁷ **Human Rights Watch Report** , s. 7.

¹⁸ **Bassiouni & Hanna** , s.45.

hakimlerin niteliği konusunda savaş sonrasında tartışmalar yapılmış ve değişik seçenekler üzerinde durulmuştur. Yukarıda değinildiği gibi, tamamen uluslararası nitelikte bir ceza mahkemesi kurulması, uluslararası hukuka göre yargılama yapacak yerel bir mahkeme oluşturulması ya da uluslararası destek ve yardımla iç hukuka göre yargılama yapacak bir mahkeme kurulması seçenek olarak değerlendirilmiş ve son seçenek üzerinde karar kılınmıştır. Irak Ağır Ceza Mahkemesi, Iraklı hakimlerden oluşan ulusal bir mahkeme olarak kurulmuş ve yargılama faaliyetini Bağdat'ta yürütmüştür. Bununla birlikte, Irak yargı sisteminin dışında olan ve olağanüstü yetkiler tanınan bir mahkeme niteliğindedir. Ancak, mahkemenin kuruluş ve yetkileri ile yargılama usullerinin tamamen Irak Yönetiminin bağımsız iradesinin ürünü olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Mahkemenin bağımsızlığına ilişkin yapılan eleştirilerden birisi de tam bu noktadadır. Irak Geçici Yönetimi tarafından Özel Yetkili Mahkeme, ülkenin hala Amerikan işgali altında olduğu 10 Aralık 2003 tarihinde kurulmuştur¹⁹. Amerika Birleşik Devletleri Yönetimi'nin mahkemenin kurulmasındaki etki ve tesirinin önemli olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, savaşın mağlubu olan devrik yönetimin ileri gelenlerinin yargılanacağı mahkemenin, ülke henüz işgal altındayken kurulup yargılama faaliyetine başlaması nedeniyle, verilecek kararların savaşın galiplerinin iradesine uygun olarak önceden

oluşturulduğu eleştirileri hala yapılmaktadır²⁰. Ülkede Amerikan işgalinin devam ettiği bir sırada, Amerika'nın finansmanı ile kurulan ve yargılama yetki ve görevine ilişkin kanunu Amerikalı uzmanlar tarafından hazırlanan mahkemenin daha başlangıçta Amerika'nın oynacağı olarak algılandığı da belirtilmektedir²¹. Ayrıca, Iraklı hakimlerin belirlenen dava türlerindeki deneyim eksikliği nedeniyle Amerikalı uzmanların sürece olan etki ve katkısının istenenden fazla olduğu da ifade edilmektedir²². Öyle ki, mahkemenin kuruluş aşamasında Amerikan hükümeti tarafından sağlanan finansman desteği 75 milyon dolar olup, mahkemenin kuruluş ve görevlerine ilişkin kanun, Arapça bilmeyen Amerikalı uzmanlar tarafından İngilizce

¹⁹ Irak Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi'nin Kuruluş ve Görevlerine İlişkin Kanun'un 1(2).maddesi.

²⁰ **Eckart**, Christian, Saddam Hussein's Trial in Iraq: Fairness, Legitimacy & Alternatives, a Legal Analysis, Cornell Law Library, 2006, s.5.

²¹ **Scharf**, Michael P. , Kang, Ahran , Errors and Missteps: Key Lessons the Iraqi Special Tribunal Can Learn from the ICTY, ICTR, and SCSL, International Criminal Justice, 2005, s. 12.

²² **Bassiouni** ,M. Cherif ,Post-Conflict Justice in Iraq: An Appraisal of the Iraqi Special Tribunal ,http://law.case.edu/saddamtrial/documents/Bassiouni_Article_on_IST.pdf, erişim tarihi: 25/03/2011, s. 18.

olarak yazılmış²³, yargılamanın başladığı tarihte kanun metni henüz Arapça'ya çevrilip savunma avukatlarına verilememiştir²⁴.

Bu aşamada savunma avukatları tarafından işgalci güç olan Amerika tarafından mağlupları yargılamak üzere mahkeme kurulmasının Cenevre Sözleşmesi'ne ve uluslararası insan hakları hukukuna aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 1949 yılında kabul edilen ve savaş sırasında sivillerin hakları ve korunmasına ilişkin hükümler içeren 4. Cenevre Sözleşmesi, savaş sonrası işgal güçlerinin ülkenin mevcut yargı sistemini kaldırıp yerine kendi kurumlarını oluşturmasını yasaklanmış iken, Amerika tarafından Irak'ta yargı yetkisini kullanan mahkemelerin yerine özel nitelikli mahkemeler kurulmuştur²⁵. Dahası, Irak anayasası, özel yetkili mahkeme kurulmasını yasaklamıştır²⁶. Dolayısıyla, Irak Ağır Ceza Mahkemesi, hem uluslararası hukuk, hem de iç hukukta yer alan düzenlemelere aykırı olarak kurulup, özel yetkilerle donatıldığından bahisle meşruiyet temelinde eleştirilere maruz kalmıştır.

3.2.2.YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI İLE MASUMİYET KARİNESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna ilişkin temel belgelerin tamamında herkesin tarafsız, bağımsız, alanında uzman bir mahkeme tarafından makul süre içerisinde açık ve adil bir şekilde yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargı bağımsızlığı, insan haklarına ilişkin temel metinlerde adil yargılanma hakkının teminatı olarak görülmüştür²⁷. Bağımsız yargı, hak ve özgürlüklerin hiçbir etkiye maruz kalmadan, tamamen hukuki sınırlar içinde gerçekleşen adil bir yargılama sonucu, tarafsız bir biçimde tespit edilmesini sağlar. Bu nedenle bağımsızlık, hakimler için sağlanmış bir ayrıcalık değil, hukukun tarafsız bir biçimde uygulanması için bir güvencedir²⁸.

Yargı bağımsızlığı, hakimlinin yargısal faaliyeti yerine getirirken yasama ve yürütme organı ile her türlü kurum, kişi ya da müesseseden gelecek dış

²³ Eckart, s.3.

²⁴ Doebbler,s. 61.

²⁵ Doebbler, s.62.

²⁶ Irak Anayasası'nın 95. maddesi.

²⁷ Bu husus İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10. maddesinde, "Herkes, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir." şeklinde ifade edilmiştir.

²⁸ İnceoğlu, Sibel Yeni Anayasa'da Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı?Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi,2011,95,s 236.

etkiden azade olması şeklinde tanımlanmaktadır²⁹. Bu bağlamda, hakimi baskı ve müdahalelere karşı koruyacak yasal ve anayasal mekanizmalar kurulmasının yanında, mahkemelerin ve hakimlerin uygulamada yargı bağımsızlığını zedeleyecek uygunsuz etki ve müdahalelere maruz kalması önlenemiyorsa somut olarak anayasal ve yasal güvenceler çok anlamlı olmamaktadır³⁰.

Bu durumun, uluslararası ceza adaleti açısından Irak Ağır Ceza Mahkemesi'nin kamuoyundaki algısı içinde geçerli olduğu söylenebilir. Gerçekten, daha yargılama sonuçlanmadan verilecek idam kararlarının ve infazların zamanının tartışıldığı bir ortamda kararı veren mahkemenin sanıklara ilişkin önyargısının ya da isnat edilen suçların işlendiğine ilişkin ön kabullerinin olmadığından bahsetmek zordur.

Bu nedenle, yukarıda söz edilen yargı bağımsızlığına ilişkin temel ilkeler dikkate alındığında, Irak Ağır Ceza Mahkemesi'nin tarafsız ve bağımsız olma ve tarafsız olarak algılanma ilkesine uygun bir yapıya sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, mahkeme Amerika'nın Irak'taki askeri varlığının devam ettiği sırada bu ülkenin mali, teknik ve hukuki yardımı ile kurulmuş, yine Amerika tarafından oluşturulan geçici Irak Yönetimi siyasi bir otorite olmasına rağmen, mahkemede görev yapacak hakimlerin atamasını yapmıştır. Yargının geniş şekilde temsil edildiği bağımsız ya da özerk kurullar tarafından hakim ve savcılarının atanmasının gerekliliği, evrensel bir ilkedir. İşgal altındaki bir ülkede, işgalci gücün oluşturduğu siyasi otorite tarafından atanan hakimlerin, savaşın mağlubu olan rejimin yöneticilerini yargılaması, bağımsız ve tarafsız bir mahkemece yargılama yapılması ilkesinin ihlali olarak eleştirilmiştir.

Öte yandan, ülkede yargı kurulunun atamalarda sadece danışma yetkisi vardır. Mahkemeye atamalar bağımsız bir kurul yerine siyasi otorite tarafından yapılırken, bu siyasi otoriteye Mahkemenin Kuruluş ve Görevlerine İlişkin Kanun'un 4/4. maddesi ile görevde başarısız olduğu tespit edilen hakimleri görevden alma veya başka mahkemeye atama yetkisi de verilmiştir. Bu düzenlemeler başta Birleşmiş Milletler Yargının Bağımsızlığı Bildirgesi olmak üzere yargı bağımsızlığının düzenlendiği temel ilkelere aykırıdır³¹.

²⁹ **Kunter**, Nurullah, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, s. 348.

³⁰ **Gönenç**, s. 14.

³¹ **Blinderman**, Eric H., Judging Human Rights Watch: An Appraisal of Human Rights Watch's Analysis of the Al-Dujail trial., Case Western Reserve Journal of International Law, 2006-2007, s.15.

Buna ek olarak, Mahkemenin Kuruluş ve Görevlerine İlişkin Kanun'un 33. maddesi ile siyasi bir komisyona (National De-Ba'athification Commission) hakimlerle ilgili soruşturma yapma ve gerektiğinde hakimleri görevden uzaklaştırma yetkisi verilmiş; mahkeme heyetindeki bazı hakimler bu yetkiye dayanarak görevden alınmıştır. Bu nedenle, yargılama boyunca bu komisyonun hakimler üzerindeki yetkisinin demoklesin kılıcı gibi kullanıldığı eleştirisi yapılmıştır³². Komisyonun kuruluş amacı, Baas rejimi ile bağı olduğu tespit edilen herkesin yönetimden uzaklaştırılmasıdır. Diğer devlet kurumları ile birlikte mahkemede bu politikadan nasibini almış ve önceki rejimle ilişkisi tespit edilen hakimler görevden uzaklaştırılmıştır³³.

Öte yandan, savunma avukatları tarafından, mahkeme başkanı hakkında eski rejim muhalifi organizasyonlara üye olduğu, bu nedenle tarafsız yargılama yapamayacağı iddiasıyla reddi hakim talebinde bulunulmuştur. Heyette bulunan hakimlerden birisi ise, Saddam Hüseyin'in diktatör olmadığı yönündeki beyanları nedeniyle anılan Komisyon tarafından emekliye zorlanmıştır³⁴. Mahkemenin ilk başkanı olan Rizgar Hama Amin, Amerika tarafından oluşturulan geçici Irak yönetiminin baskısına maruz kaldığı yönündeki ifadesi sonrasında emekliliğe sevk edilmiş; emeklilik sonrası mahkeme üzerindeki siyasi baskının adil yargılanma ilkesinin ihlaline yol açacak düzeyde olduğunu belirtmiştir³⁵. Daha sonra başkanlık görevine atanan Saed el-Hammash da siyasi otorite tarafından emekli olması yönünde baskı yapıldığını ifade etmiştir³⁶. Bir hakimin başka bir göreve atanmasından sonra yapılan eleştiriler hakkında hükümet sözcüsü açıklama yapmış ve hükümetin ilgili kanun gereği hakimleri atama, görevden alma ve görev yerlerini değiştirme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir³⁷. Yargılama süreci boyunca siyasi otoritenin baskı ve müdahalesi o kadar belirgin bir hale gelmiştir ki, ilk atanan heyetten sadece bir hakim, Taha Yasin Ramazan hakkındaki hükmün açıklandığı 12 Şubat 2007 tarihli son duruşmada yer almıştır. Yargılama boyunca en az 6 hakim ve 3 başkan değişikliği yapılmış, bu değişiklikler hakimlerin dosyaya olan

³² **Human Rights Watch Report**, s. 42.

³³ **Eckart**, s.16

³⁴ Opper, Richard A., On First Day, New Judge Throws Hussein Out of Court, to Lawyers' Dismay, <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9B0CEEDD1131F932A1575AC0A9609C8B63>, erişim tarihi: 30.03.2011, s. 8.

³⁵ **Eckart**, s.18.

³⁶ **Doebbler**,s. 61.

³⁷ **Human Rights Watch Report**, s. 43.

hakimiyetini de etkilemiştir³⁸.

Yargılama süreci boyunca mahkemenin yetkinliği ve konuya ilişkin uzmanlığı açısından da ciddi eleştiriler yapılmıştır. Yargılamaya katılan hakimlerin, mahkemedeki idari görevlilerin, yardımcı personelin, savcılarının ve sanık müdafilerinin, daha önce karşılaşmadıkları türde ve karmaşıklıkta olan davaları adil yargılanma hakkı ilkesinin gereklerine uygun olarak sonuçlandıramadıkları ve bu ilke açısından pek çok ihlale neden oldukları ifade edilmiştir³⁹.

Öte yandan yargılama süreci boyunca üst düzey hükümet yetkililerince yapılan açıklamalar da, mahkemenin tarafsız ve bağımsız yargılama yapamayacağı yönündeki kamuoyu algısını güçlendirmiştir. Ayrıca, bazı açıklamaların masumiyet karinesinin de ihlali niteliğinde olduğu saptanmıştır. Başbakan Nuri el Maliki, daha mahkeme hükmünü açıklamadan, kendi halkına karşı ciddi insan hakları ihlalleri ile suçlanan sanıklar hakkındaki hükmün hemen infaz edileceği, Cumhurbaşkanı Talabani ise, Saddam Hüseyin'in savaşa suçlusunu olduğu ve idam edilmeyi hak ettiği beyanında bulunmuştur⁴⁰.

Üst düzey siyasi figürlerin yargılamalar devam ederken sanıkların idamı hak ettikleri ya da infazların geciktirilmeden yapılacağı yönündeki beyanları sonrasında, mahkemece verilecek kararın tarafsız olduğuna, sanıklara masumiyet ilkesi dahil bütün usuli hakların tanındığına kamuoyunun inandırılması mümkün olamamıştır⁴¹.

3.2.3. SUÇ VE CEZALARIN KANUNİLİĞİ İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesine göre, hiç kimsenin işlendiği zaman kanunda açıkça suç olarak belirtilmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmaması gerekir. Ancak, Irak Ağır Ceza Mahkemesinde yargılama boyunca savunma avukatları tarafından, kanunların geçmişe şamil bir şekilde uygulanmakta olduğu eleştirisi yapılmıştır. Eleştirilerin sebebi, kanunda tanımlanan suç türlerinin, kanunun yürürlüğe girmesinden çok önce işlenen fiiller için uygulanmasıdır. Zira, Dujail davasında sanıklar, 1982 – 1986 yılları arasında işlendiği iddia edilen fiiller nedeniyle yargılanmıştır. Irak Ceza

³⁸ **Amann**, Diane Marie, Saddam Hussein and the impartiality deficit in international criminal justice, University of Georgia School of Law, September 24, 2005, s. 6.

³⁹ **Human Rights Watch Report**, s. 6.

⁴⁰ **Blinderman**, s. 65.

⁴¹ **Human Rights Watch Report**, s. 28.

Kanunu'nda soykırım ve insanlığa karşı suç adı altında herhangi bir suç türü bulunmamaktadır. Anılan fiiller, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinin Kuruluşuna İlişkin 2003 tarihli Kanun'da bu suç olarak düzenlenmiştir⁴². Dolayısıyla, fiillerin işlendiği sırada suç olarak öngörülmemiş eylemlerin, daha sonra çıkan kanunla suç olarak kabul edilerek sanıkların Kanun hükmü geçmişe etkili bir şekilde uygulanarak cezalandırıldığı eleştirisi yapılmıştır.

3.2.4. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Uluslararası Ceza Usul Hukukunun en önemli ilkelerinden birisi de silahların eşitliği ilkesidir. Buna göre, yargılamanın taraflarından her birine iddia ve tezlerini hazırlamak için aynı şartların sağlanması, yargılama süreçlerinde bir tarafın diğerine göre dezavantajlı durumda olmaması gerekmektedir⁴³.

Uluslararası mahkemelerde iddia makamı olan savcılık, askeri uzmandan yararlanma, adli tıp incelemesi yaptırma, uluslararası kuruluşlardan ve uzmanlardan destek alma, deneyimli savcı ve inceleme elemanı kullanma gibi bir çok imkana sahip bulunmaktadır. Özellikle iç savaş ve savaş ortamlarında işlendiği iddia edilen soykırım gibi suçların ispatlanabilmesi için savcılık makamının bu olanaklara sahip olması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte, savunma tarafı açısından da, kendi tezlerini ispatlayabilmek için benzer kurumsal, lojistik ve yasal desteğin sağlanması, adil yargılanma hakkı açısından gereklidir⁴⁴.

Irak Ağır Ceza Mahkemesi'nin Kuruluş ve Görevlerine İlişkin Kanun, mevcut Irak Ceza Usul Kanunu'na göre savunma hakkı açısından daha ileri hükümler taşımakta olup, bu hükümler uluslararası mevzuata da uygundur⁴⁵. Bununla birlikte, kanunla tanınan teorik hakların mahkeme tarafından pratiğe aktarılmasında bazı sorunlarla karşılaşmıştır. Örneğin, savunma avukatlarına savunmanın hazırlanması için yeterli süre ve imkan tanınmadığı gibi sanıklara yöneltilen suçlamaların içeriği konusunda da savunma vekilleri zamanında haberdar edilmemiştir⁴⁶.

⁴² Bassiouni ,s. 22.

⁴³ Jalloh , DiBella, Chernor ,Charles, Amy, Equality of Arms in International Criminal Law: Continuing Challenges,s.1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2314587, erişim tarihi: 11.02.2014, s.1.

⁴⁴ Human Rights Watch Report,s.28.

⁴⁵ Bassiouni, Hanna , s. 35.

⁴⁶ Ellis, Mark S., The Saddam Trial: Challenges to Meeting International Standards

İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün raporuna göre, savunma vekillerinin savcılık tarafından sunulan bazı belgeleri mahkemece bu belgeler ele alınana kadar incelemesine izin verilmemiştir. Mahkeme heyeti tarafından, soruşturma ve davanın açıldığı aşamada savcılıkça sunulmayan bazı delillerin, davanın her aşamasında bu konuda iddia makamından makul bir açıklama dahi istenilmeden sunulmasına izin verilmiş, savunma tarafına bu delillerin analiz edilmesi için süre verilmemiştir. Ancak, savunma tarafından sunulan yeni deliller için aynı kurallar uygulanmamıştır⁴⁷. Bu nedenle, yargılama boyunca savunma avukatları tarafından, iddia makamının sunmuş olduğu delillere zamanında ulaşılamadığı, bu delillerle ilgili görüş ve savunmalarını hazırlamak için zaman ve imkan tanınmadığı, bu şekilde silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür⁴⁸. Savunma makamının, iddia makamının sahip olduğu bilgilere zamanında ulaşamamasının bir sonucu olarak, muhtemel her türlü suçlama ve iddiaya karşı hazırlıklı olunması mümkün değildir. Dujail davasında, işlendiği iddia edilen fiillere, sanıkların hangi yolla ne kadar katıldıkları konusunda aydınlatılmadıkları, bu nedenle savunma hazırlanmasının bile zor olduğu belirtilmiş; bu hususun uluslararası ceza hukuku ilkelerinden birisi olan suçlamaya ilişkin her türlü bilgi ve delilin sanığa bildirilmesi ilkesine de aykırı olduğu ifade edilmiştir⁴⁹.

Mahkemeye yönelik dile getirilen diğer bir iddia ise, savcılık makamının göstermiş olduğu tanıkların savunma tarafından çapraz sorgusuna yeterince izin verilmediği yönündedir. Ceza hukuku açısından, ifade veren tanıkların güvenilirliğinin test edilebilmesi için en önemli araçlardan birisinin çapraz sorgu olduğu kabul edilmektedir. İddia makamının sahip olduğu tanık gösterme ve karşı tarafın tanıklarını sorgulayabilme hakkına sahip olması, savunma açısından hayati önem taşımaktadır. Bu hakkın, tanık ifade verdiği ya da delil gösterdiği anda kullanılmasının sağlanması veya verilen ifade ve gösterilen kanıt için hazırlık yapmak gerekecekse, daha sonraki duruşmalar için yeterli zaman tanınmak suretiyle kullandırılması gerekmektedir⁵⁰. Dujail davasında, şikayetçi ve iddia makamının tanık sayısı 29 olmasına rağmen, hiçbirinin savunma avukatları tarafından sorgulanmasına izin verilmemiştir⁵¹.

of Fairness with Regard to the Defense. Case Western Reserve Journal of International Law,2006-2007, s. 45.

⁴⁷ **Human Rights Watch Report**, s. 29.

⁴⁸ **Amann**,s. 24.

⁴⁹ **Human Rights Watch Report**, s.49.

⁵⁰ **Jalloh , DiBella** , s.9

⁵¹ **Human Rights Watch Report**, s. 65.

Savunma vekillerinin duruşmalarda karşılaştıkları zorlukların yanında ülkenin güvenlik açısından içinde bulunduğu durum ve savaş sonrası kutuplaşma ve toplumsal hassasiyet, savunmanın kendi soruşturmasını yapmasını da engellemiştir⁵². Bu kapsamda, yargılama sürecinde savunma avukatları ile tanıkların can ve mal güvenliğinin yeterince sağlanabildiğinden bahsetmek mümkün değildir. Yargılama boyunca, can güvenliğine ilişkin endişe ve korku nedeniyle savunma tanıklarından bir kısmının ifade vermekten kaçındığı ileri sürülmüştür.

Yargılama süreçlerinin her türlü endişe ve korkudan bağımsız yürütülmesi zorunlu olmasına karşın, mahkeme personelinin de bu korkudan azade olduğunu söylemek zordur. Süreç içerisinde 3 savunma avukatı, 2 sorgu hakimi, bir hakimin aile bireylerinin suikasta kurban gittiği dikkate alındığında, yargılama sürecine katılan aktörlerin güvenlik endişesi taşımasının doğal olduğu belirtilmiş⁵³; savunma avukatları tarafından, güvenliğin artırılması yönünde defalarca talepte bulunulmasına rağmen, gerekli önlemlerin alınmadığı/alınmadığı yönünde eleştiriler yapılmıştır⁵⁴.

SONUÇ

Saddam Hüseyin ve üst düzey Baas Partisi yetkililerinin yargılandığı ve bu idam cezasına mahkum edilerek hükmün infaz edildiği Dujail davasına, yargılama süreci boyunca yaşanan sorunlar ciddi eleştirilerde bulunulmuştur. Uluslararası ceza adaleti açısından bakıldığında, yargılamanın tarafsız, bağımsız, alanında uzman ve liyakatli hakimler tarafından yapılarak adil olana karar verildiği hususunda ciddi tereddütler meydana gelmiştir. Adil yürütülmediğine ilişkin eleştirilerin bu kadar çok dile getirildiği bir ortamda, mahkemece kararların verilmesinin hemen arkasından infazların gerçekleştirilmesi, yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukuku ilkelerinin tavizsiz bir şekilde uygulanması suretiyle Yeni Irak Yargı Sistemi'nin iç ve dış dinamiklerden tarafsız ve bağımsız olarak yargılama yapabileceğine ilişkin beklenti ve umutlarda boşa çıkmıştır⁵⁵.

⁵² Bertodano , s.11.

⁵³ Bertodano, s.12.

⁵⁴ Human Rights Watch Report, s. 37.

⁵⁵ Bhuta, Nehal, Fatal errors: the trial and appeal judgments in the Dujail case, Journal of International Criminal Justice , 2008, s.8.

Yargılamanın adil bir şekilde yapılması için başlangıçta belli düzenlemelerin yapıldığı ve bazı önlemlerin alındığı görülmekle birlikte, savaş sonrası ülkede yaşanan güvenlik zafiyeti nedeniyle hakimlerin, aile fertlerinin, savunma avukatlarının suikasta kurban gittiği bir ortamda adil yargılanma ilkesinin yerine getirilmesindeki zorluk aşıkardır. Buna ek olarak, savaşın galibi olan Amerika Birleşik Devletlerinin desteği ile kurulan siyasi iktidarın üst düzey yetkilileri tarafından mahkemeye yapılan baskı ve verilen beyanatlar da yargılamanın tarafsız ve mahkemenin bağımsız olmadığı yönündeki algının artmasına yol açmıştır. Yargılamayı yapan hakimlerin çok sık değiştirilmesi ve bu hakimlerin uluslararası insan hakları ve uluslararası ceza hukuku alanlarındaki bilgi ve deneyim eksiklikleri de, savaş suçu, soykırım ve insanlığa karşı suç kavramlarına aşina olmadıklarından adil yargılama yapamadıkları yönünde eleştirilere neden olmuştur⁵⁶.

Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin kamuoyundaki algının önemsenmemesi ve 30 Aralık 2006 tarihinde Irak Eski Başkanı Saddam Hüseyin'in asılarak idam edilmesi de, hiç kimsenin adil bir şekilde yargılanmadan infaz edilemeyeceğinden bahisle eleştirilmiştir. İnfaza ilişkin bir eleştiri de, infazın şekli ve bu aşamada sergilenen düşmanca tavır ve davranışların insanlık onuru ile bağdaşmadığına ilişkindir⁵⁷

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Amann, Diane Marie Saddam Hussein and the impartiality deficit in international criminal justice, University of Georgia School of Law, September 24, 2005

Blinderman, Eric H., Judging Human Rights Watch: An Appraisal of Human Rights Watch's Analysis of the Al-Dujail trial., Case Western Reserve Journal of International Law, 2006-2007

Bassiouni, M. Cherif, Hana, Michael Wahid, Ceding the High Ground: The Iraqi High Criminal Court Statute and the Trial of Saddam Case Western Reserve Journal of International Law, 2006-2007

⁵⁶ Eckart, s.15.

⁵⁷ Eckart, s.16.

- Bassiouni** ,M. Cherif ,Post-Conflict Justice in Iraq: An Appraisal of the Iraq Special Tribunal ,http://law.case.edu/saddamtrial/documents/Bassiouni_Article_on_IST.pdf, erişim tarihi: 25/03/2011
- Bhuta**, Nehal, Fatal errors: the trial and appeal judgments in the Dujail case, *Journal of International Criminal Justice* , 2008
- Cassese**, Antonio, *International criminal law*, Oxford, 2003
- De Bertodano**, Sylvia, Were there more acceptable alternatives to the Iraqi High Tribunal,*Journal of International Criminal Justice*,2007
- Doebbler**, Curtis F.J., An intentionally unfair trial , *Journal of International Criminal Justice*, 2007
- Eckart**, Christian, Saddam Hussein's Trial in Iraq: Fairness, Legitimacy & Alternatives, a Legal Analysis, *Cornell Law Library*, 2006
- Ellis**, Mark S., The Saddam Trial: Challenges to Meeting International Standards of Fairness with Regard to the Defense. *Case Western Reserve Journal of International Law*,2006-2007
- Folsché**, Céline, The Challenges Faced by the Iraqi High Tribunal: The Dujail Trial, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, cilt 6, sayı 3, 2007
- Gönenç**, Levent, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, *TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri*,2011
- Günday**, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.
- İnceoğlu**, **Sibel** Yeni Anayasa'da Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? *Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi,2011,95
- Kunter**, Nurullah, *Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1989.
- Jalloh** , DiBella, **Chernor** ,Charles, Amy, Equality of Arms in International Criminal Law: Continuing Challenges,s.1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2314587, erişim tarihi: 11.02.2014
- Newton**, Michael A., The Iraqi High Criminal Court: controversy and contributions, *International review of the red cross*, Cilt, 88 Sayı, 862, 2006

- Oppel, Richard A.**, On First Day, New Judge Throws Hussein Out of Court, to Lawyers' Dismay,<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9B0CEEDD1131F932A1575AC0A9609C8B63>, accessed in 30.03.2011
- Reitz, John C.** Export of the rule of law, *Transnational Law & Contemporary Problems* *Transnational Law & Contemporary Problems*, 429, 2003
- Roth, Kenneth**, Try Saddam in an International Court , *The International Herald Tribune*, 15 Aralık 2003
- Scharf, Michael P.**, The Iraqi High Tribunal, A Viable Experiment in International Justice?, *Journal of International Criminal Justice*, 2007
- Scharf, Michael P. , Kang, Ahran** , Errors and Missteps: Key Lessons the Iraqi Special Tribunal Can Learn from the ICTY, ICTR, and SCSL, *International Criminal Justice*, 2005
- Schabas, William**, Imposing the Death Penalty on Saddam Hussein Violates International Human Rights Law, *Grotian Moment Blog*, Dujail cilt, 45
- Tacha ,Deanell Reece**, Independence of the Judiciary for the Third Century, *46 Mercer Law Review*, (1995)

Belge ve Raporlar

- Human Rights Watch Report**, Judging Dujail, The First Trial before the Iraqi High Tribunal (Nov. 2006)
- Irak Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi'nin Kuruluş ve Görevlerine İlişkin Kanun, http://www.law.case.edu/saddamtrial/documents/IST_statute_official_english.pdf
- Irak Anayasası**, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_125861.pdf

ÇEVİRİ>>

BOŞ

**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN LOTODAN KAZANILAN
İKRAMİYENİN EDİNİLMİŞ MAL SAYILACAĞINA İLİŞKİN
11.04.1995 TARİHLİ (BGE 121 III 201) KARARI**

**THE DECISION OF THE SWISS FEDERAL COURT (BGE 121 III 201)
DATED 11.04.1995 REGARDING QUALIFICATION OF LOTTO PRIZE AS AN
ACQUIRED PROPERTY**

Çeviren: Fahri Erdem KAŞAK*

Karar Başlığı

121 III 201

İsviçre Federal Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi'nin N.'nin M.'ye karşı olan davasında verdiği karardan aktarılmıştır. (*Temyiz*)

ÖZET¹

Boşanma; ZGB Art. 151 Abs. 1 ve Art. 197.

Karı daha ayrılık süresinde ekonomik açıdan bağımsızsa ve eşler

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ İsviçre'de Amtliche Sammlung 1999, 1118 ile 26 Haziran 1998 tarihinde değiştirilen ve 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren yeni boşanma hukuku hükümleri ile ZGB Art. 90-149 hükümleri değiştirilmiş, Art. 150-158 hükümleri ise yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kararda sıkça yollama yapılan ve günümüzde yürürlükte olmayan ZGB Art. 151 hükmü ve anılan hükmün çevirisi şöyledir:

“VI. Leistungen bei Scheidung

1. Entschädigung und Genugtuung

Werden durch die Scheidung die Vermögensrechte oder die Anwartschaften für den schuldlosen Ehegatten beeinträchtigt, so hat ihm der schuldige Ehegatte eine angemessene Entschädigung zu entrichten.

Liegt in den Umständen, die zur Scheidung geführt haben, für den schuldlosen Ehegatten eine schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse, so kann ihm der Richter eine Geldsumme als Genugtuung zusprechen.”

“VI. Boşanma Halinde Tazminat

1. Maddî ve Manevî Tazminat

“Kusurlu eş, boşanma nedeniyle malvarlığı ya da beklenen hakları zarar gören kusursuz eşe uygun bir maddî tazminat ödemek zorundadır.

Hâkim, boşanmaya yol açan şartların kusursuz eşin kişilik haklarını ağır bir şekilde ihlal etmesi halinde ona manevî tazminat olarak bir miktar para ödenmesine karar verebilir.”

Söz konusu hükme ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SPÜHLER, Karl/FREI-MAURER, Sylvia, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte: Die Ehescheidung, Artikel 137-158 ZGB, Ergänzungsband, Bern 1991; JERMANN, Ignaz, Die Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten nach Art. 151 Abs. 1 und Art. 152 ZGB, 2. Auflage, Bern 1982, s. 90 vd., s. 143 vd.; SCHWARZENBACH, René, Die Vererblichkeit der Leistungen bei Scheidung (Art. 151 und 152 ZGB), Zürich 1987, s. 10-19.

arasında nafaka talep edilemiyorsa ZGB Art. 151 Abs. 1 anlamında irat şeklinde bir maddî tazminat söz konusu olmaz (E. 3).

Edinilmiş mallardan bir loto kuponu satın alınmışsa elde edilen ikramiye, ZGB Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 anlamında edinilmiş malların yerine geçen bir değer teşkil eder.

Gerekçeler

Gerekçelerden Alıntılar:

3. Ayrıca davalı, ZGB Art. 151 Abs. 1 hükmünün doğru olmayan bir şekilde uygulanmasını talep etmektedir. Davacı (karı), tüm evlilik süresince tam zamanlı bir şekilde çalışmıştır. Tarafların ayrı yaşadıkları son on yılda da kadın eş, davalıdan evlilik birliğinin korunması prosedürü (1991/92) çerçevesinde kendisi için nafaka talep etmeyişinin de gösterdiği üzere ekonomik açıdan kendi geçimini kendisi temin edebilmiştir. Bu nedenle davacı, boşanma dolayısıyla hiçbir ekonomik zarar görmemiştir.

ZGB Art. 151 Abs. 1'e göre söz konusu maddî tazminat, kusursuz eşin "boşanma sebebiyle" olumsuz olarak etkilenen malvarlığı ya da beklenen haklarını telafi etmeye hizmet eder. Bu noktada tazminat talebinde bulunan eşin ekonomik açıdan bağımsızlığı sorunu belirleyici bir rol oynayacaktır; burada da onun iş görebilirliği ve dolayısıyla evlilik birliği boyunca icra etmiş olduğu işin kapsamı ve niteliği derinden etkilidir (*BGE 115 II 6 E. 3 ve 4, s. 8 vd.; SPÜHLER/FREI-MAURER, ZGB Art. 151'e ilişkin N. 33; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 3. Bası, Bern 1993, § 11 N 11.20*). İlk derece mahkemesi; ZGB Art. 151 Abs. 1 anlamında irat şeklinde maddî tazminat talebini reddetmesine karşın, irat şeklinde bir maddî tazminatın yalnızca tarafların 1984 yılındaki ayrılığın kadar açıkça ortak bir şekilde para işlerini yürütmeleri ve bu yapılırken de mevcut para kaynaklarının daha yüksek bir hayat standardının sürdürülmesini finanse etmekte kullanılmış olması koşuluyla kabul edilebileceğini belirtmiştir. Boşanma ve buna bağlı olarak davalının ZGB Art. 163 anlamında evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun ortadan kalkması ile davacı, 1984 yılına kadar sürdürdüğü hayat standardını muhafaza etme imkânını yitirmiştir. Ayrıca 1984 yılındaki fiilî ayrılıktan beri davacı, kendisinin ve çocuklarının geçim masraflarını kendi başına karşılamaktadır. Böylece davacı, gelecekte de davalının evlilik birliğinin giderlerine katılmasından menfaat sağlama imkânını kaybetmiştir. Davacı, kocasının hatalı finansal desteği yüzünden borçlu olacağından ekonomik açıdan daha kötü bir durumda olurdu ve 30.000 CHF tutarındaki ödenmemiş

kredileri günümüzde geri ödemek zorunda kalırdı. Yüksek mahkeme, buna karşın davalının bu yıllarda paralarını kendi kumar düşkünlüğünü tatmin etmek için kullanacağından ve son zamanlarda bu şekilde aylık en azından 1.000 CHF'yi lotoya harcayacağından hareket etmiştir. Davalı boşanmada ağırlıklı kusura sahip olduğundan neredeyse otuz yıllık evlilik süresince davacının, davalı tarafından özellikle kumar düşkünlüğü nedeniyle karşılanmamış hayat standardına dair bir hakkı vardır. Ayrıca her iki oğlun da halen davacının yanında oturduğu ve bu noktada daha büyük olan oğlun işsiz olduğu da göz önünde tutulmalıdır.

Böylece ilk derece mahkemesi, ZGB Art. 151 Abs. 1 hükmünün sözünü ve özünü tamamen yanlış değerlendirmiştir. Davacı on yıllık ayrılık süresince davalıdan ne nafaka talep etmiş ne de benzerlerini almıştır. Davacı, davalıdan her halükarda daha o zamanda bile ekonomik olarak bağımsızdı. Bu husus boşanma ile de değişmemiştir. Bu şartlar altında –diğer malvarlığı hakları ya da beklenen haklar söz konusu olmadığı için– ZGB Art. 151 Abs. 1 anlamında irat şeklinde maddî tazminat uygulama alanı bulamaz. İrat şeklinde böyle bir maddî tazminat, ne evlilik sırasında eşler arasındaki her türlü ekonomik eşitsizliklerin (gelirler ve geçim masrafları) sonradan dengelenebilmesini ne de evlilik süresince talep edilmeyen olası bir alacağın, yani evlilik birliğinin giderlerine katılmaya dair bir davanın açılmamasını telafi eder.

Bu husus, bu noktada temyiz talebinin kabulüne ve ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına, yani tamamlayıcı nitelikteki 1. fıkranın 4. bendinin uygulanmamasına ve tamamlayıcı nitelikteki 1. fıkranın 5. bendinin uygun bir şekilde uyarlamasına yol açmıştır.

4. Son olarak, davalının kazandığı loto ikramiyesinin ilk derece mahkemesi tarafından mal rejimine ilişkin nitelendirilmesine karşı temyize başvurulmuştur.

a) Davalı 1991 yılında lotodan net 65.139,40 CHF kazanmıştır. Yüksek mahkeme, ikramiyeyi kazandıran kuponun davalının çalışmasının karşılığı olan edinimden alınması sebebiyle davalının bu kazancını onun edinilmiş mallarına eklemiştir. Loto kuponunun davalının edinilmiş mallarından iktisap edildiği hususuna istinaf aşamasında itiraz edilmemiştir; buna rağmen davalı loto kuponunun bedeli bakımından sadece 7 CHF'nin ZGB Art. 198 Ziff. 2 anlamında karşılıksız elde edilen ve kendi kişisel mallarından mahsup edilmesi gereken bir malvarlığı değeri olduğu, her halükarda ise loto kuponunun alış fiyatı yüksekliğinde edinilmiş mallar lehine denkleştirme talebinden

indirilmesi gerektiği görüşündedir. Davalının görüşüne göre, en azından karma bağışlamaya kıyasen ikramiyenin kısmen ivazsız, kısmen ivazlı bir kazanç teşkil etmesinden yola çıkılmalı, bu hususta loto ikramiyesinin en azından ivazsız elde edilen kısmı, kişisel mallara dâhil edilmelidir. Davalıya göre burada ZGB Art. 198 Ziff. 2 hükmünün ihlali söz konusudur.

Federal Mahkeme, şimdiye kadar bir loto ikramiyesinin mal rejimi bakımından niteliğine hükmetmek zorunda kalmamıştı. ZGB Art. 197 Abs. 1'e göre edinilmiş mallar, eşlerden biri tarafından mal rejimi süresince ivazlı olarak iktisap edilen malvarlığı değerleridir. Bu hükmün 2. fıkrasına göre eşlerden birinin edinilmiş malları, özellikle onun çalışmasının karşılığı olan edinimler (Ziff. 1) ve edinilmiş mallarının yerine geçen değerlerdir (Ziff. 5). İlk derece mahkemesi tarafından loto ikramiyesinin mal rejimi bakımından ZGB Art. 197 anlamında edinilmiş mal olarak tasnif edilmesi isabetlidir, esasen burada Ziff. 1 ile bağlantılı olarak ZGB Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 hükmü anlamında edinilmiş malın yerine geçen bir değer söz konusudur. Edinilmiş malın yerine geçen değerden ne anlaşılacağı kanun koyucu tarafından detaylı bir şekilde açıklanmamıştır. En azından yeni hukuk, ZGB Art. 198 Ziff. 4 hükmündeki gibi ZGB Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 hükmünü 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu'nun ifade şekli ile irtibatlandırmıştır (özellikle eski ZGB'nin Art. 239 Abs. 2 hükmü ile karşılaştırınız). Bu itibarla buna ek olarak, şimdiye kadarki öğreti ve içtihatlardan yola çıkılabilir (HAUSHEER/REUSSER/GEISSER, ZGB Art. 197 N. 106). Buna uygun olarak loto ikramiyeleri, finanse edildiği kaynağa göre mal rejimi bakımından sınıflandırılmalıdır (LEMP, eski ZGB Art. 190 N. 15, Art. 195 N. 34, Art. 224 N. 24, Art. 230 N. 13) Burada olduğu gibi loto kuponu çalışma karşılığı olan edinimlerden, yani edinilmiş mallardan iktisap edilmişse, bu halde elde edilen kazanç sonuç olarak edinilmiş malların yerine geçen bir değer teşkil eder. ZGB Art. 198 Ziff. 2 anlamında ivazsız bir kazanç, sadece davalının loto kuponunu da ivazsız olarak elde etmesi halinde mevcuttur (LEMP, eski ZGB Art. 230 N. 15 ile bağlantılı olarak N. 13). Bu bağlamda temyiz itirazı, bu noktada haklı değildir.