

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 16

Sayı: 1

Yıl: 2008



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN: 1306-8075

Sahibi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Mehmet AYAN (Dekan)

Editörler (Editors)

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM
Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Arş. Gör. Mustafa ARIKAN

Yayın Kurulu (Editorial Board)

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Sami KARAHAN	Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI	Doç. Dr. Faruk BİLİR
Prof. Dr. Şahin AKINCI	

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board)

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)	Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address)

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**
Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05
<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000 yılından itibaren hakemli dergi olarak yayınlanmaktadır. Dergimiz yılda iki sayı halinde yayımlanmaktadır. Dergimizde yayınlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları dergimizin son sayfasında yer almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ AKADEMİK HAKEM HEYETİ LİSTESİ*

ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Prof. Dr. Şahin Akıncı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gökhan Antalya	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fahrettin Aral	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ayan	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İhsan Erdoğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fikret Eren	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kudret Güven	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ayşe Havutçu	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Çiğdem Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilge Öztan	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ünal	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zafer Zeytin	(Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat Doğan	(Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Kürşat Turanboy	(Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Süleyman Yalman	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Sabih Arkan	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Adil Atasoy	(Osmangazi Üniv. İİBF, Eskişehir)
Prof. Dr. Rıza Ayhan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yadiğar İzmirli	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Sami Karahan	(İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İsmail Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fırat Öztan	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Asuman Turanboy	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Vahit Doğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cemal Şanlı	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turgut Turhan	(Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Roma Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Özcan Çelebicin	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Arzu Oğuz	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

* Hakemler, soyadlarına göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nadi Günel (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Ramazan Arslan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Oğuz Atalay (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Süha Tanrıver (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Erdal Tercan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Ulukapı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ejder Yılmaz (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Recep Akcan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. İbrahim Ercan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Kadir Arıcı (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Adnan Tuğ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Fatih Uşan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yavuz Atar (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan (Hacettepe Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Hayati Hazır (Gazi Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Atilla Özer (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan Tunç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Faruk Bilir (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İdare Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Tayfun Akgüner (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zehredin Aslan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cevdet Atay (Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Halil Kalabalık (Sakarya Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. İl Han Özay (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yıldızhan Yayla (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ramazan Yıldırım (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turan Yıldırım (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Aydın Gülan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cemil Kaya (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Enver Bozkurt (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Şaban Çalış (Selçuk Üniversitesi İİBF)
Doç. Dr. Akif Kütükçü (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Türk Hukuk Tarihi

- Prof. Dr. S. Gül Akyılmaz (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Avcı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gülnihal Bozkurt (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Halil Cin (Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ahmet Mumcu (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Hakan Hakeri (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kayıhan İçel (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İzzet Özgenç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bahri Öztürk (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Doğan Soyaslan (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Adem Sözüer (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cumhur Şahin (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Durmuş Tezcan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Niyazi Öktem (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali Şafak Balı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. İlyas Doğan (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mustafa Yıldız (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Reyhan Sunay (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Vergi Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. F. Rifat Ortaç (Gazi Üniversitesi İİBF.)
Doç. Dr. Mustafa Akkaya (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

EKONOMİ – MALİYE BÖLÜMÜ

- Prof. Dr. Serdar Altınok (Selçuk Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. Selahattin Sarı (Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hilmi Zengin (Karadeniz Teknik Üniversitesi İİBF.)

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

ÖZEL HUKUK

KAMBİYO SENETLERİNDE GEÇERSİZLİK DEF'İLERİ 11
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ARSLAN

TESCİLSİZ MARKALARIN KORUNMASI..... 29
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ARSLAN

AVUKATLIK ORTAKLIĞININ DİĞER ORTAKLIK TÜRLERİ
İLE KARŞILAŞTIRILMASI VE HUKUKİ NİTELİĞİ 47
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ARSLAN
Arş. Gör. Mücahit ÜNAL

TAŞINIR MÜLKİYETİNİN DEVRİNDE SEBEBE BAĞLILIK
SORUNU 71
Arş. Gör. Mustafa ARIKAN

KAMU HUKUKU

EŞİTLİK KURUMLARI VE TÜRKİYE'DE DURUM..... 93
Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ

İPTAL DAVALARINDA MENFAATİN AKTÜEL OLMASI
ŞARTININ ANLAMI VE KAPSAMI 117
Doç. Dr. Cemil KAYA

TEZ ÖZETLERİ

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA GENEL SAĞLIK
SİGORTASI 145
Dr. Yalçın BOSTANCI

Makaleler

Özel Hukuk

KAMBIYO SENETLERİNDE GEÇERSİZLİK DEF'İLERİ

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ARSLAN *

ÖZET

Kambiyo senetlerinde def'i kavramı, itirazı da kapsayan geniş bir manada kullanılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemeler incelendiğinde def'ilerin; senedin hükümsüzlüğüne ilişkin defiler, senet metninden anlaşılan defiler ve şahsi defiler şeklinde üçlü bir ayırımı tabi tutulduğu söylenebilir. Türk Ticaret Kanunu'nda senedin hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler şeklinde ifade edile def'iler, geçersizlik def'ileridir.

Geçersizlik def'ileri kambiyo senetlerine ilişkin mutlak def'i-nispi def'i ayırımı içerisinde mutlak def'iler içerisinde yer alırlar. Bu nedenle geçersizlik def'ileri senedin her alacaklısına karşı ileri sürülebilirler. Geçersizlik def'ilerinde kambiyo senediyle taahhüt altına giren kişinin taahhüdünü etkileyen bir durum söz konusu olduğundan bu def'ilerin senet metninden anlaşılmalrı mümkün değildir.

Kambiyo senediyle taahhüt altına giren kişinin ehliyetsizliği, imzasının sahte olması, yetkisiz olarak temsil edilmesi veya taraflar arasında kambiyo sözleşmesinin bulunmaması halinde geçersizlik def'ileri söz konusu olur. Aynı şekilde kambiyo taahhüdünde bulunan kişinin iradesinin hile veya tehdit neticesinde sakatlandığı hallerde de geçersizlik def'ilerinden söz edilir. Buna karşılık iradenin hata veya gabin neticesinde sakatlanması halinde ileri sürülecek def'iler, geçersizlik def'i olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle iradenin gabin veya hata ile sakatlandığı hallerde bu durumun geçersizlik def'ilerinin aksine iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir.

ANAHTAR KELİMELER: Def'i, Geçersizlik Def'ileri, Mutlak Def'iler, İsnat Def'ileri, Ehliyetsizlik, Sahte İmza, Yetkisiz Temsil, Kambiyo Sözleşmesinin Bulunmaması.

INVALIDITY ANNULMENTS IN BILLS OF EXCHANGE

ABSTRACT

The concept of annulment in bills of exchange is used in a larger sense to include objection. When regulations in Turkish Trade Law are examined, it can be said that annulments are classified as annulments regarding invalidity of bills, annulments understood from the text of the bill and personal annulments.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

Annulments termed in Turkish Trade Law as annulments indicating invalidity of the bill are invalidity annulments.

Invalidity annulments are included in the absolute annulments in the distinction between absolute annulment and relative annulment in regard to bills of Exchange. Therefore, invalidity annulments can be held forth for each creditor of the bill. In invalidity annulments, since there is a situation affecting the commitment of the person who made a commitment with the bill of Exchange, it is impossible to understand these annulments from the text of the bill.

Invalidity annulments are in question in cases where the person who made a commitment with the bill of Exchange is incompetent (unlicenced), the signature is forged, unlicenced representation occurs or there is no exchange agreement between the parties. Likewise, invalidity annulments are in question in cases where the volition of the person who made the exchange commitment is disabled. In contrast, the annulments which will be held forth if the volition is disabled as a result of an error or lesion are considered invalidity annulments. Therefore, in cases where the volition is disabled due to lesion or error, it is impossible to hold forth this case against good-willed third parties in contrast to invalidity annulments.

KEYWORDS: Annulment, Invalidity Annulments, Absolute Annulments, Attribution Annulments, Disability, Forged Signature, Unlicenced Representation, Lack of Exchange Agreement

GİRİŞ

Def'i kavramı, gerek borçlar hukukunun gerek ticaret hukukunun kıymetli evrak kitabının önemli kavramlarından biridir. Aynı şekilde, usul hukuku bakımından da büyük önem arz etmektedir. Zira kambiyo sözleşmesinin taraflarından biri, hukuk alanında sorumlu görülmekte ve borcu ödemekle yükümlü tutulmasına rağmen def'ilerden birine dayanarak bu borcu ödemekten kaçınma imkânına sahip olmaktadır. Kambiyo senetlerinde özel bir anlam ifade eden bu def'ilerin tasnifi doktrinde net bir şekilde belirlenememiştir. Bu konuda yazarlar arasında fikir birliği mevcut değildir. Bu durum biraz da def'i kavramının kambiyo senetleri açısından taşıdığı özelliklerden kaynaklanmaktadır.

Bir sözleşmeden dolayı görünürde borçlu olan bir şahıs, şartları varsa, teknik anlamda itiraz veya def'i imkânını kullanmak suretiyle borcundan kurtulabilir. Görünürde borçlu olan ve bu borcu ödemesi gereken kişi, farklı şartlar taşımaları sebebiyle, teknik anlamda ya itiraz ya def'i yollarından birine başvurma hakkına sahiptir. Borçlu, bu hakkını kullandığı takdirde borcu ödemekten kurtulabilecektir. Hukuk sistemi içerisinde bu iki kavram farklı

şekillerde kullanılmaktadır. Ancak, kambiyo senetleri açısından bu iki kavram bir bütün olarak kabul edilmekte ve *def'i* kavramı altında kullanılmaktadır.

Yukarıdaki şekliyle dikkate alındığında *def'i* kavramı geniş bir anlam ifade etmektedir. Ticaret hukuku doktrini açısından önem arzeden ve tartışılan husus, özellikle geçersizlik *def'ilerinin* net bir şekilde ortaya konulmasını sağlamaktır. Açıklanan sebeplerle, bu çalışmada *def'ilerin* tamamı değil, mutlak *def'ilerden* geçersizlik *def'ileri* ele alınacaktır.

I- KAVRAMLAR

A- DEF'İ KAVRAMI

Def'i, bir talep hakkına karşı herhangi bir hususun itirazen ileri sürülmesidir. *Def'i* kavramını iki şekilde tanımlanabilir. Öncelikle geniş anlamda *def'i*; bir davada maddi hukuka ilişkin savunma vasıtalarının tümünü ifade etmektedir ve İcra ve İflas Kanunu ile düzenlenen itiraz hakkını da içermektedir¹. Geniş anlamda *def'i* itiraz kavramını da içine almaktadır. Alacaklının alacağının olmadığı veya böyle bir alacağın doğduğu ancak sona erdiği yönünde ileri sürülen savunmalar itirazdır. Dar anlamda *def'i* ise, davalının borçlu olduğu edimi özel bir sebebe dayanarak yerine getirmekten kaçınmasına imkân veren bir hakır².

Türk Ticaret Kanunu sisteminde, kambiyo senetlerinde *def'i* kavramı, geniş anlamda kullanılmakta ve bazen borcu ifadan kaçınma hakkı olarak teknik anlamdaki *def'iyi*, bazen ise hakkın mevcut olmamasına dayanan itirazı kapsamaktadır. Bunların dışında *def'i*, kambiyo senedi sebebiyle herhangi bir şekilde borç altına girmiş olan şahısların (keşideci, lehtar, ciranta, kabul eden muhatap, avalist) kendilerinden senet bedelini talep edenlere karşı ileri sürebilecekleri savunmaları da ifade etmek üzere kullanılmaktadır³.

¹ **ŞİMŞEK**, Edip, Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1982, s. 249; **KINACIOĞLU**, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1999, s. 160.

² **PULAŞLI**, Hasan, Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2007, s. 51; **ÖZTAN**, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Bası, Ankara 2005, s. 46; **DOMANIÇ**, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi IV, İstanbul 1990, s. 147.

³ **POROY**, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 16. Baskı, İstanbul 2005, s. 79; **PULAŞLI**, s. 51; **İMREGÜN**, s. 20; **DOMANIÇ**, s. 148

Öncelikle def'iler, geçici ve kesin def'iler olmak üzere ikiye ayrılır⁴. Geçici def'i söz konusu olduğunda bu def'iyi doğuran sebep veya olay ortadan kalktığında alacaklının alacağını talep etmesi durumunda artık borçlu borcunu ödemekten imtina edemez. Ancak kesin def'ide ise borçlunun borcunu ödeme sebebi ortadan kalkmaz, bununla birlikte, alacaklının alacağını talep etmesi söz konusu olamaz⁵.

Def'i konusu Türk Ticaret Kanununun üç ayrı maddesinde düzenlenmiştir. Bunlardan 571. madde hamiline yazılı kıymetli evrakla ilgili def'ileri düzenlemektedir. Madde metni şu şekildedir:

“Borçlu hamile yazılı bir senetten doğan alacağa karşı ancak senedin hükümsüzlüğüne taalluk eden veya senetten anlaşılan def'ilerle alacaklı her kim ise ona karşı şahsan haiz olduğu def'ileri ileri sürebilir.

Borçlu ile önceki hamillerden birisi arasında doğrudan doğruya mevcut münasebetlere dayanan def'ilerin dermeyanı, ancak senedi iktisabederken hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması halinde caizdir.

Senedin borçlunun rızası hilafına tedavüle çıkarıldığı yolunda bir defi dermeyer olunamaz.”

Aynı Kanunun 599. maddesi ise, kambiyo senetlerinin bir türü olan poliçede def'i kavramına yer vermektedir. Türk Ticaret Kanununun 599. maddesi şu şekildedir:

“Poliçeden dolayı kendisine müracaat olunan kimse keşideci veya önceki hamillerden biriyle mükendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def'ileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez; meğer ki, hamil, poliçeyi iktisabederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun.

Alacağın temliki yoluyla yapılan devirlere ait hükümler mahfuzdur.”

Nihayet, daha genel bir düzenleme olarak nitelendirebileceğimiz, Türk Ticaret Kanununun 737. maddesinde emre yazılı senetlerde def'iler düzenlenmiştir. Borçlunun def'ileri başlıklı bu maddenin metni aşağıdaki gibidir.

“Borçlu, emre yazılı senetten doğan alacağına karşı, ancak senedin hükümsüzlüğüne taalluk eden veya senet metninden anlaşılan def'ilerle, alacaklı kimse ise, ona karşı şahsen haiz olduğu def'ileri ileri sürebilir.

⁴ **DOMANIÇ**, s. 150; **İMREGÜN**, , Oğuz, Kıymetli Evrak Hukuku, Genel Hükümler-Kambiyo Senetleri-Makbuz Senedi-Varant, İstanbul 1995, s. 20.

⁵ **İMREGÜN**, s. 20.

Borçlu ile önceki hamillerden birisi veya senedi tanzim eden kimse arasında doğrudan doğruya mevcut münasebetlere dayanan def'ilerin dermeyanı, ancak senedi iktisap ederken hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması halinde caizdir.”

Bu maddeler birlikte dikkate alındığında def'i kavramının üçlü bir ayırımı tabi tutulduğu söylenebilir. Bu hükümlere göre def'ileri:

- senedin hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler,
- senedin metninden anlaşılan def'iler ile
- senedin önceki hamilerinden birisi arasında doğrudan doğruya mevcut ilişkilerden doğan şahsî def'iler olarak tasnif etmek mümkündür.

Yukarıdaki madde metinlerinden de anlaşılacağı üzere, Türk Ticaret Kanunu, def'ileri etraflı bir şekilde ve ayırımının kapsamını açıkça ortaya koymuş değildir. Bilâkis, def'ilerin ayırımı ve kapsamının tayini doktrine bırakılmıştır. Bu açıdan, def'i konusunda kesin kıstaslar yoktur. Def'i kavramının ele alınmasında ve sonuçlarının tespit edilmesinde kıymetli evrakla ilgili muhtelif teorilerin etkisi vardır. Hangi def'ilerin hangi sonuçlara tabi olacağı, tercih edilecek kıymetli evrak teorisine göre farklılık arzedecektir. Özellikle, hukuki görünüş teorisi veya sözleşme teorilerinden birinin ağırlıklı olarak tercih edilmesi durumunda doktrinin ulaşacağı sonuçlar birbirinden çok farklı olabilecektir. Çünkü, birincisi uygulama ikincisi teorik açıdan üstünlük arzeden bu iki teorinin mutlak uygulanmasının düşünülmesi halinde dahi birbirine zıt sonuçlara ulaşılacaktır. Bu sebeple, def'i konusunun kıymetli evrak teorilerinin sentezi yapılmak suretiyle değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Klasik bir ayırım olarak def'iler, etkili olduğu kişiler açısından mutlak def'iler ve nisbî def'iler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁶. Mutlak def'iler, kambiyo senedini ödemekle yükümlü olan şahsın, def'i hakkını, kendisinden senet bedelini talep eden her hamile karşı ileri sürüleceği def'ilerdir. Nisbî def'iler ise, kambiyo senedini ödemekle yükümlü olan şahıs tarafından herkese değil, sadece belli bir senet alacaklısına karşı ileri sürülebilen def'ilerdir. Şahsi def'iler, nisbî def'ilerdir. Şahsi def'i senet borçlusu ile senet lehtarları arasındaki senet dışı ilişkiden doğan def'ilerdir. Bu def'iler ilgili şahıslar dışında kalan iyiniyetli hamile karşı ileri sürülemezler.

B- MUTLAK DEF'İ KAVRAMI

Bir kambiyo senedinin borçlusu tarafından senedin her alacaklısına karşı ileri sürülebilen def'ilere mutlak def'iler denilmektedir. Mutlak def'iler de

⁶ KINACIOĞLU, s. 160, ÖZTAN, s. 47; POROY/TEKİNALP, s. 77; İMREGÜN, s. 20, 21.

geçersizlik def'ileri ve senet metninden anlaşılan def'iler olmak üzere ikiye ayrılır⁷.

Senet metninden anlaşılan def'iler senet metnine bakıldığı zaman görülmesi gereken veya görüldüğü kabul edilen eksiklere yahut yanlışlara ilişkin def'ilerdir⁸. Alacaklı emre yazılı kambiyo senedini üzerinde yer alan def'iyile birlikte almıştır. Bu sebeple alacaklının, senedi devralırken bu def'i sonucunu doğuracak eksiklik veya yanlışları gördüğü ve bu def'inin kendine karşı ileri sürülebileceğini bilmesi gerektiği kabul edilir⁹.

Senet metninden anlaşılan def'iler dört noktada toplanmaktadır. Bunları başlıklar halinde aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:

- Kambiyo senedinin zorunlu şekil şartlarının bir veya birkaçının eksik olmasından kaynaklanan def'iler,
- ciro zincirindeki kopukluktan kaynaklanan def'ler,
- kambiyo senedine konulmaması gerektiği halde her nasılsa senede konulmuş kayıtlardan (örneğin, vadesi belli olan senetlerde anapara faizi konulmasından) kaynaklanan def'iler,
- zamanaşımından kaynaklanan def'iler.

Konumuz mutlak def'ilerin tamamını kapsamadığı için senet metninden anlaşılan def'ilerin açıklamasına yer verilmemiştir. Aşağıda mutlak def'ilerin başka bir alt ayırımını teşkil eden geçersizlik def'ilerine daha ayrıntılı yer verilecektir.

C- NİSBİ DEF'İ KAVRAMI

Bu çalışmada yer verilmeyen ve kural olarak genel hükümlere tabi olan nisbî def'iler aynı zamanda şahsî def'i olarak da nitelendirilmektedir. Bu def'ilerden, kambiyo senedinin ödenmesini talep eden yetkili hamile karşı, kendisinden ödeme talep edilen her şahsın ileri sürebileceği ve borcu ödemekten kurtulabileceği şahsî def'iler anlaşılmaktadır. Bu def'iler, duruma göre, kendisinden kambiyo senedi bedeli talep edilen herhangi bir kambiyo borçlusu

⁷ **POROY/ TEKİNALP**, s. 77; **PULAŞLI**, s. 52; **İMREGÜN**, s. 21.

⁸ Senet metninden anlaşılan def'iler sadece senedin ön yüzüyle sınırlı değildir. Kambiyo taahhüdünde bulunan kişi senedin ön yüzüyle birlikte arka yüzünden hatta alonjdan anlaşılan def'ileri de ileri sürebilir. **PULAŞLI**, s. 53; **POROY/ TEKİNALP**, s. 83; **İMREGÜN**, s. 21.

⁹ **ÖZTAN**, 48; **POROY/ TEKİNALP**, s. 83. Senet metninden anlaşılan def'iler iyiniyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın herkese karşı ileri sürülebilir. **ARSLANLI**, Halil, Ticari Senetler Dersleri, İstanbul 1950, s. 126; **POROY/ TEKİNALP**, s. 83; **DOMANIÇ**, s. 156.

tarafından ileri sürülebilir. Dolayısıyla, şahsî def'ileri keşideci tarafından ileri sürülebileceği gibi bazı durumlarda lehtar, ciranta, muhatap gibi polîçe ilişkisine giren herhangi bir borçlu tarafından da ileri sürülebilir. Ancak bu def'ilerin ileri sürülebilmeleri için borçlu ile hamil arasındaki ilişkiden doğmuş olmaları gerekir¹⁰. Bu durumun istisnası, hamilin borçluya zarar vermek amacıyla hareket etmesi halidir. Bu durumda şahsî def'iler, borçlu ile hamil arasında gerçekleşmemiş olsa bile hamile karşı da ileri sürülebilir (TTK m. 737/II).

D- GEÇERSİZLİK DEF'İ KAVRAMI

Türk Ticaret Kanununda “senedin hükümsüzlüğüne taalluk eden def'iler” olarak adlandırılan (m. 571/I) def'i grubu, geçersizlik def'ileri olarak nitelendirilmektedir. Geçersizlik def'ileri senetten anlaşılabilir, ancak senetle taahhüt altına giren şahsın taahhüdünü etkileyen bir durum söz konusudur¹¹. Bu sebeple, def'i hakkını kullanan şahsın kambiyo senedinden kaynaklanan görünürdeki sorumluluğundan kurtulması söz konusudur.

Geçersizlik def'ilerini öncelikle üçe ayırmak mümkündür. Bunlar, Türk Ticaret Kanununda öngörülen geçersizlik def'ileri, taraflar arasında kambiyo sözleşmesinin bulunmadığına ilişkin def'iler ve isnat def'ileridir. Türk Ticaret Kanununda öngörülen def'iler kendi içinde ehliyetsizlik, başkası yerine imza ve yetkisiz temsil olarak üçe ayrılır. Taraflar arasında kambiyo sözleşmesi bulunmaması hali de sözleşmenin hiç olmaması ve sözleşmenin Borçlar Kanununun 19. maddesine aykırı olması şeklinde ikiye ayrılabilir. Aynı şekilde, isnat def'ilerini de hile ve tehdit olarak ikiye ayırmak mümkündür.

II- GEÇERSİZLİK DEF'İLERİ

Geçersizlik def'ilerinde ortada şeklen düzenli, geçerli bir senet bulunmaktadır. Ancak buna rağmen senet veya çoğu kere senetteki imzalardan birinden kaynaklanan sorumluluk herhangi bir hüküm ifade etmemektedir. İşte senedin veya senetteki imzadan kaynaklanan sorumluluğun hüküm ifade etmemesinin sebebi, Türk Ticaret Kanununda öngörülen geçersizlik def'ilerinden birini bünyesinde barındırması, kambiyo sözleşmesinin bulunmaması veya isnat def'ilerinden birinin mevcut olması olabilir.

Aşağıda geçersizlik def'ileri ile ilgili açıklamalara yer verilecektir.

¹⁰ ARSLANLI, s. 123; POROY/ TEKİNALP, s. 84, 85; PULAŞLI, s. 54; İMREGÜN, s. 23.

¹¹ ÖZTAN, s. 220.

A- TÜRK TİCARET KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN GEÇERSİZLİK DEF'İLERİ

Türk Ticaret Kanununun bazı hükümlerinde, senetteki iradenin sahibini bağlamadığını veya senede yansıyan iradenin ona ait bir irade olarak kabulünün mümkün olmayacağını ya da senet, borçlu tarafından keşide veya ihraç edilmediği için onun sorumlu tutulamayacağını açıkça belirtilmiştir¹². Bu def'iler bazı yazarlar tarafından “kanuni geçersizlik def'ileri”¹³ olarak da adlandırılmaktadır. Bu yazarlara göre, burada yer alan def'ilerin isnat edilebilirlik ile bir ilgisinin bulunmaması, bilâkis kanundan kaynaklanması sebebiyle herkese karşı ileri sürülebilmesi mümkündür. Bu def'ilerin ileri sürülebilmesi açısından hamilin iyiniyetli olup olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁴.

Türk Ticaret Kanununda öngörülmüş olan def'iler genellikle ehliyetsizlik, başkası yerine imza (TTK. m. 589) ve yetkisiz temsil (TTK. m. 590) olarak üçe ayırarak incelenmektedir. Doktrinde bazı yazarlar ise bunlara ilaveten Türk Ticaret Kanununun 660. maddesinde yer alan tahrifatla ilgili def'iyi de aynı gruba dahil etmektedir¹⁵.

1- Ehliyetsizlik

Türk Ticaret Kanununun 582. maddesine göre “*Akit ile borçlanmaya ehil olan kimse, poliçe, çek ve bono ile borçlanmaya da ehildir.*”

Bu hüküm gereğince, bir kişinin kambiyo senedi düzenleyerek borçlanabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir¹⁶. Dolayısıyla tam ehliyetsiz bir kimsenin kambiyo senedi ile borç altına girmesi hüküm ifade etmeyecektir. Tam ehliyetsiz bir kişi herhangi bir şekilde kambiyo senedi ile borç altına girerse, bu işlem batıldır ve bu herkese karşı ileri sürülen bir mutlak def'idir.

Sınırlı ehliyetsiz kişilerin kambiyo senediyle kanuni temsilcisinin izni olmaksızın borç altına girmesi durumunda da sınırlı ehliyetsiz kişi bakımından borç herhangi bir hüküm ifade etmeyecektir. Sınırlı ehliyetsiz kişi bunu herkese

¹² **POROY/ TEKİNALP**, s. 80.

¹³ **POROY/ TEKİNALP**, s. 80.

¹⁴ **POROY/ TEKİNALP**, s. 80.

¹⁵ **POROY/ TEKİNALP**, s. 80, 81.

¹⁶ Yabancıların kambiyo taahhüdünde bulunma ehliyeti, tabi buldukları devletin kanununa göre belirlenir. Ancak bu kişiler kendi kanunlarına göre ehliyetsiz sayılsalar bile Türk hukukuna göre ehliyetli olmak kaydıyla Türkiye'deki imzalarından dolayı sorumludurlar (TTK m. 678).

karşı ileri sürebilecektir. Ancak kanuni temsilcisini izni ile birlikte kambiyo senediyle borçlanma geçerli hale gelir¹⁷.

Kambiyo senedi düzenleme ehliyetinin (fiil ehliyeti) hangi anda bulunması gerektiği önem arz etmektedir. Bu anlamda genel kabul gören görüş, fiil ehliyetinin kambiyo senedinin imzalandığı anda değil, senedin alacaklısına (lehtara veya cirantaya) teslim edildiği anda mevcut olması gerektiği yönündedir¹⁸. Buna bağlı olarak, ehliyetsizlik halinin keşideci açısından senedin lehtara, diğer imza sahipleri açısından ise cirantalara verildiği anda bulunması durumunda bu def'i ileri sürülebilir. Bu durumda borçlu, senet düzenlenirken ehil olsa dahi senedin verildiği anda ehliyetsiz ise bu def'i her zaman ileri sürebilir¹⁹. Buna karşılık kambiyo senedini teslim ettiği sırada ehliyeti haiz olan imza sahibinin daha sonra fiil ehliyetini kaybetmesi senetten doğan sorumluluğu etkilemeyecektir. Keza, sorumluluğun devam etmesi sebebiyle bu konuyla ilgili def'i hakkından da söz edilemeyecektir.

Burada Türk Ticaret Kanununun 589. maddesinde yer alan “imzaların istiklali ilkesi”nin²⁰ de dikkate alınması gerekmektedir. Bu ilke uyarınca, bir kambiyo senedinden kaynaklanan sorumluluk, ehliyetsizlik sebebiyle o borçlu adına sona erse dahi diğer imzaların geçerliliği herhangi bir şekilde etkilenmez ve bu imza sahiplerinin senet dolayısıyla borçları devam eder.

¹⁷ Buna karşılık velayet veya vesayet altındaki kişilere bir meslek veya sanatta uğraşma izni verilmişse bu kişiler meslek veya sanatlarıyla ilgili olağan işler açısından kambiyo taahhüdünde bulunabilirler (MK m. 359, 453). **KINACIOĞLU**, s. 99.

¹⁸ **KINACIOĞLU**, s. 100; **TEKİL**, Fahiman, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1994, s. 100; **KARAYALÇIN**, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 2. Baskı, Ankara 1959, s. 33; **KENDİGELEN**, Abuzer, Çek Hukuku, İstanbul 2004, 43. Buna karşılık **ŞİMŞEK**, bu konuda imza tarihinin esas alınması gerektiği görüşündedir. **ŞİMŞEK**, s. 271.

¹⁹ **ÖZTAN**, s. 221-222; **KINACIOĞLU**, s. 100. Senedin teslimi anında ehliyeti bulunmadığını iddia eden kişi, bu iddiasını ispat etmek zorundadır (**KARAYALÇIN**, s. 33; **KINACIOĞLU**, s. 100; **TEKİL**, s. 100)

²⁰ “İmzaların İstiklali İlkesi” ile senet üzerindeki imzaların birbirinden etkilenmemesi, her bir imzanın, diğerlerinden ayrı olarak sahibini sorumluluk altına sokması kastedilmektedir. Bu ilke senedin elden ele dolaşma kabiliyetini olabildiğince arttırmaktadır. **POROY/TEKİNALP**, s. 141; **BAHTİYAR**, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2003, s. 25; **KINACIOĞLU**, s. 100, 122; **TEKİL**, s. 100, 107; **HİRŞ**, Ersnt, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 483; **ARSLANLI**, s. 30; **ŞİMŞEK**, s. 62, 271; **PULAŞLI**, s. 52; **İMREGÜN**, s. 22, 58; **KARAYALÇIN**, s. 39; **KENDİGELEN**, s. 46.

2-Senette Yer Alan İmzanın Başkasına Ait Olması

Kambiyo senetlerinin geçerli olabilmesi için keşidecinin imzasını taşıması şarttır. Bu imzanın elyazısı ile atılmış olması gerekmektedir. Aksi halde senedin kambiyo senedi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Keza, kambiyo senedine imza koymamış bir şahsın sorumluluğundan da söz edilemeyecektir. İmza ile ilgili bu açıklamalar gerek senedi düzenleyen kişi (keşideci) açısından gerekse cirantalar açısından geçerlidir²¹.

Senette yer alan imzanın başkasına ait olduğuna ilişkin def'inin ileri sürülebilmesi için öncelikle kambiyo senedini şekil anlamında tamamlayan bir unsur olarak el yazısıyla atılmış bir imzanın bulunması şarttır. Ancak senette yer alan bu imzanın, senette borçlu olarak görünmekte olan şahsa ait olmaması gerekir²². Yani, gerçekte kambiyo senedini imzalayan şahıs, lehtarın da yeterli özeni göstermemiş olması sebebiyle başka birinin adını kullanmaktadır. Kambiyo senedinin vadesi geldiğinde alacaklı doğal olarak senet üzerinde borçlu gözüken fakat belki de lehtarla hiçbir hukukî ilişkisi bulunmayan şahsa başvurmaktadır. Bu durumda, kambiyo senedinde borçlu gözükmekle birlikte imzası taklit edilen şahıs bu def'i hakkını, iyiniyetli olsalar dahi, alacaklı gözüken ve kendisinden senet bedelini talep eden herkese karşı ileri sürebilir²³.

Yargıtay da senede karşı ileri sürülen sahte imza def'inin mutlak def'i olduğu, borçlunun bu def'iyi Medeni Kanunun 2. maddesinde zikredilen dürüstlük kuralları içerisinde iyiniyetli hamile karşı da ileri sürebileceği ve bu def'inin varlığı durumunda, yapılan ödemenin istirdadı için de kullanılabileceği görüşündedir²⁴.

Kambiyo senetlerine dayanan takip yolu ile yapılan takiplerde imzaya itiraz def'i özel olarak düzenlenmiştir. Öncelikle imzaya ilişkin itirazın açık

²¹ İMREGÜN, s. 22.

²² CERRAHOĞLU, M.Fadlullah, Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Bonoda Mutlak Defiler, İstanbul 1974, s. 38; ÖZTAN, s. 76.

²³ İmzası taklit edilen şahsın sonradan buna icazet verip veremeyeceği hususu tartışmalıdır. ARSLANLI, sahte imzayla yapılan beyanın hükümsüz olduğunu, sonradan icazet verilerek bu hükümsüzlüğün ortadan kaldırılamayacağını ifade etmektedir. Yazara göre imzası taklit edilen kimse kambiyo tahhüdünde bulunmak istiyorsa bizzat imza atmalıdır. ARSLANLI, s. 30, 31. Buna karşılık POROY/TEKİNALP ve KINACIOĞLU, BK 38'den yola çıkarak imzası taklit edilen kişinin sahte imzaya icazet vermesi halinde kambiyo taahhüdünün geçerli hale geleceğini ileri sürmektedir. KINACIOĞLU, s. 123; POROY/TEKİNALP, s. 141.

²⁴ Y.11. HD., 6.3.2000, 353/1902, POROY/TEKİNALP, s. 81.

şekilde bir dilekçe ile tetkik merciine bildirmesi gerekmektedir (İİK. m. 168/4). Kambiyo senetlerine dayanan takipte yapılan itirazlar takibi durdurmazken, imza inkarı takibi durdurmaktadır (İİK m. 170).

İmzanın sahte olduğu def'i ileri sürüldüğünde, bu durum senetteki diğer imzaların geçerliliğini etkilemez. Bu durumda da "imzaların istiklali ilkesi" geçerlidir.

3- Yetkisiz Temsil

Kambiyo senetlerinde kural olarak senedi imzalayan kişiler borç altına girerler. Ancak bir kimsenin başkası namına imza atarak kambiyo taahhüdünde bulunabilmesi de mümkündür²⁵. Kambiyo senetlerinde temsil, bir kimsenin (temsilci) başka birisinin (temsil olunan) nam ve hesabına kambiyo taahhüdü altına girmesi halinde söz konusu olur²⁶. Ancak temsil yetkisi bulunmayan bir kimsenin imzaladığı senet dolayısıyla, adına senet imzalanan şahsın sorumluluğu yoluna gidilemez. Türk Ticaret Kanununun 590. maddesinde yer alan düzenlemeye göre

"Temsile salahiyeti olmadığı halde bir şahsın temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kimse, o poliçeden dolayı bizzat mesul olur ve poliçeyi ödediği takdirde temsil olunan haiz olabileceği haklara sahip olur. Salahiyetini aşan temsilci için dahi hüküm böyledir."

Yetkisiz temsilde olduğu gibi, temsil yetkisinin aşılması halinde de adına senet imzalanan kişinin sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu durumda senedi düzenleyen yetkisiz temsilci senette yer alan borçtan bizzat sorumlu olur²⁷. Bunun dışında "imzaların istiklali ilkesi" gereğince diğer imza edenler de hamile karşı sorumlu olmaya devam ederler.

Yetkisiz imza atan kişi, senet borçlusu olmayıp ciranta, avalist gibi rücu riski üstlenen bir kişi olarak senedi imzalamış olsa dahi kambiyo taahhüdünden bizzat sorumludur²⁸. Temsil olunan kişiler rücu ilişkisinden sorumlu olmazlar,

²⁵ **KARAYALÇIN**, s. 34.

²⁶ **CERRAHOĞLU**, s. 39.

²⁷ Bunun için yetkisiz temsilcinin kusurlu olup olmaması da önem taşımaz. **KINACIOĞLU**, s. 126. Yetkisiz temsilci bu sorumluluktan ancak alacaklının durumu bildiğini ispatlayarak kurtulabilir. **TEKİL**, s. 100; **PULAŞLI**, s. 91. Bunun dışında temsilciye sonradan icazet verilmesi de sorumluluğu ortadan kaldırır. **İMREGÜN**, s. 37.

²⁸ Yetkisiz temsilcinin sorumlu olabilmesi için senede kendi imzasını atmış olması ve senedi teslim anında kambiyo taahhüdünde bulunma ehliyetine sahip olması gerekir. **KARAYALÇIN**, s. 35.

senet bu kişiler için hüküm ifade etmez²⁹. Ancak diğer imza sahipleri için senedin geçerliliği devam eder.

Temsil yetkisinin var olup olmadığı, senedin lehtara veya cirantaya verildiği tarihe göre araştırılmalıdır. Temsil yetkisi senedin verildiği anda mevcut değilse, adına senet imzalanarak borçlu konumuna getirilen şahıs tarafından her hamile karşı bu durumun dermeyanı mümkündür³⁰.

B- KAMBIYO SÖZLEŞMESİNİN BULUNMAMASI

Bazen şeklen geçerli bir kambiyo senedi bulunmakla beraber taraflardan bazıları için gerçekte senet muhtevasında yazılı borçtan söz edilemez. Çünkü keşideci açısından kambiyo senedinin ihdas edilmesini veya ciranta açısından kambiyo senedinin devrini gerektirecek bir sözleşme bulunmamaktadır. Buna rağmen ortada hukuken ve şeklen geçerli bir kambiyo senedi bulunmaktadır. Bu haliyle kambiyo sözleşmesinin bulunmadığı def'isi, hakkın ileri sürülebilmesi açısından en zor olan def'i türünü oluşturmaktadır³¹. Zira, taraflar arasında kambiyo sözleşmesinin bulunmaması, sözleşme teorisi bakımından senedin geçersiz sayılmasını gerektirirken hukukî görünüş teorisi bakımından iyiniyetli hamillerin korunması öncelik arz etmektedir.

Kambiyo sözleşmesinin bulunmaması def'i kambiyo sözleşmesinin taraflar arasında hiç oluşmaması ve sözleşmenin Borçlar Kanununun 19. maddesine aykırı olması şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu def'ilerden ilkinde kambiyo senedinin oluşumunda borçlunun hiçbir bilgisi bulunmamaktadır. Buna karşılık ikincisinde taraflar arasında bir sözleşme ve buna bağlı olarak düzenlenmiş bir kambiyo senedi vardır. Ancak, taraflar arasındaki sözleşmenin hükümleri kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlâk ve âdâba aykırılıklar taşıması sebebiyle borçluya bu def'ilerden yararlanma hakkı vermektedir.

1- Taraflar Arasında Kambiyo Sözleşmesinin Hiç Bulunmaması

Kambiyo sözleşmesinin hiç yapılmaması durumunda geçersizlik def'isi söz konusu olabilir. Örneğin hamile yazılı çekin çalınması durumunda bu def'i ileri sürülebilir.

Burada kambiyo sözleşmesi bulunmadığından kambiyo senedi borçlusunun, senedi elinde bulunduran kişiye karşı herhangi bir taahhüdü söz konusu olmamaktadır. Kambiyo senedinin ilk hamili olan lehtarın senedi elde

²⁹ Bu durum sahtecilik ve ehliyetsizlik durumunda da geçerlidir. **İMREGÜN**, s. 22.

³⁰ **ÖZTAN**, s. 222.

³¹ Geçersizlik def'ilerinden kambiyo senetlerinin bulunmaması durumu şahsi def'lere daha yakın bir çizgide yer almaktadır.

etmesinde geçerli bir sözleşme olmaması sebebiyle bir noksanlık söz konusudur ve bu noksanlığı ortadan kaldıran herhangi bir sebep de mevcut değildir, yani iyiniyetli bir iktisap gerçekleşmemiştir³². Ancak, bu şahıstan senedi iyiniyetle iktisap eden üçüncü şahsın iyiniyeti korunur³³. Zira borçlu senedi imzalayarak hukuki bir görünümün doğmasına sebebiyet vermiştir. Burada iyiniyetli üçüncü şahıslara tanınan himaye, senedi kaybeden, çaldıran veya başka bir şekilde rızası hilafına elinden çıkmış olan şahsa tanınan himayeye tercih edilmektedir³⁴. Bu sebeple bu def'i her hamile karşı ileri sürülemeyecektir³⁵.

Bu def'i açısından üzerinde durulması gereken bir diğer konu da senedinin bedelsiz olduğu def'idir³⁶. Zira sözleşmenin hiç bulunmaması durumunda senedin bedelsiz olduğu iddiası öncelikli olarak yer almaktadır. Bir kambiyo senedine dercedilen temel alacak, kendisini oluşturan asıl borç ilişkisiyle birlikte ya da ondan ayrı olarak ortadan kalkar, geçerli olarak doğmaz yahut hiç mevcut olmazsa, o senet bedelsiz kambiyo senedir³⁷. Bedelsiz senetleri tarafların bedel konusunda anlaşma yapmadığı senetler ve tarafların bedelsizlik konusunda anlaşdığı senetler olarak ikiye ayırabiliriz³⁸. Tarafların bedelsizlik konusunda anlaşmadığı senetler ise baştan beri bedelsiz olan senetler, sonradan bedelsiz kalan senetler ve geçici süreyle bedelsiz kalan senetler olarak üçe ayrılabilir. Baştan beri bedelsiz olan senetleri de temel ilişkinin hata, hile ve ikrah gibi irade bozukluklarıyla sakatlandığı senetler, temel ilişkisinde ahlaka ve kamu düzenine aykırılık bulunan senetler, kumar veya bahis borcu olarak düzenlenen senetler, ehliyetsiz kişilere verilen ticari senetler, ticari senedin taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı biçimde doldurulmasıyla ortaya çıkan senetler, temel alacağı geçersiz veya hiç var olmayan senetler olarak sınıflandırabiliriz.

Sonradan bedelsiz kalan senetler, asıl borç ilişkisine dayalı olarak sonradan bedelsiz kalan senetler (örneğin, ifa sebebiyle senedin bedelsiz

³² ÖZTAN, s. 224-225.

³³ KINACIOĞLU, s. 161, 162.

³⁴ ÖZTAN, s. 49.

³⁵ KINACIOĞLU, s. 170. Bu def'iler şahsi def'i olarak ve iyiniyetli olmayan kişilere karşı ileri sürülebilir (POROY/TEKİNALP, s. 82).

³⁶ Doktrinde kabul edilen görüş bedelsizlik def'inin şahsi def'i olduğu yönündedir. KARAYALÇIN, s. 183; ŞİMŞEK, s. 278.

³⁷ İNAN, Nurkut, Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, Ankara 1969, s. 25.

³⁸ İNAN, s. 30 vd.

Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri

kalması) ve asıl borç ilişkisi dışında nedenlerle bedelsiz kalan senetler (örneğin, takas) olarak ikiye ayrılabilir.

Geçici süre için bedelsiz kalan senetler düzenleme anında temel alacağın bulunmasına rağmen ödeme zamanı geldiğinde bunu istemenin imkânsız bulunduğu senetler ve asıl borç ilişkisine dayanmakla birlikte temel alacağı henüz doğmamış senetler olarak ikiye ayrılabilir.

Tarafların bedelsizlik konusunda anlaşmış olduğu senetler, ise borçlu yararına düzenlemeler (bu senetler genelde gerçek alacaklıların senet borçlusunun malvarlığına el koymalarını, mallarını haczetmelerini engellemek amacıyla düzenlenir) ve alacaklı yararına düzenlemeler (hatır senetleri) olarak ikiye ayrılabilir.

Herhangi bir sebeple senedi bedelsiz kalan senet borçlusunun, bu kambiyo senedi nedeniyle ödeme yapmasının istenmesi durumunda başvuracağı yol, mahkemeden, senedin bedelsizlik nedeniyle iptalini istemek olmalıdır. Bedelsizlik nedeniyle açılan davalarda, davacı senedi düzenleyen borçlu, davalı ise kötüniyetli hamildir.

Kambiyo senedinin metninde senedin veriliş sebebini belirleyen bir kaydın bulunması, kambiyo senetlerinin mücerretliğinin bir sonucu olarak mümkün değildir. Zira, kambiyo senetlerinde, senedi düzenleyen ile lehtar arasında soyut, kayıtsız ve şartsız bir borç ilişkisinin bulunduğu kabul edilir. Bu sebeple, borçlu öncelikle kambiyo senedinin bir sebebe dayandığını ve sebebin gerçekleşmediğini veya senedin geçerli olmadığını ya da hükümsüzlüğünü yahut sona erdiğini ispatlamak zorundadır. İspat ancak yazılı delille yapılabilir. Bir kambiyo senedine karşı ilgilinin elinde yazılı bir belge bulunması genellikle rastlanan bir durum değildir. Dolayısıyla, kambiyo senedi muhtevasının aksini ispatlamak uygulamada oldukça zordur.

Kambiyo senedinde bedel kaydı varsa artık senedi düzenleyen borçlu ile lehtar arasında soyut bir borç ilişkisi söz konusu değildir, yani senedin niçin verildiği bellidir. Bu durumda kambiyo senedinden söz edilemez. Ancak, kambiyo senedi üzerine borcun sebebini yazılmış olması bu belgeyi tamamen geçersiz kılmaz. Söz konusu belge kambiyo senedi olarak nitelendirilemez, ancak senet üzerinde yer alan bu kayıt, belgeyi yazılı delil başlangıcı olarak nitelendirmeyi gerektirir.

Hatır senetleri temel alacağı mevcut olmayan bedelsiz senetlerdir. Bu tür senetlerde taraflar arasında asıl borç ilişkisi mevcut değildir. Hatır senetleri öyle senetlerdir ki senette borçlu olarak görünen kişi, senette yazılı tutarın doğrudan kendi malvarlığından ödenmesini gerektirir bir borcu bulunmadığı halde senet alacaklısının nakdi kredi sağlamasını ya da mali durumunu olduğundan daha iyi göstermesini sağlamak için bu senedi düzenleyerek lehtara vermekte, lehtar da bu senede dayanarak borçludan istemde bulunmamayı ve

senet bedelini borç diye sağlamayı, senedi tedavüle çıkarmamayı yüklenmektedir³⁹.

Senedin hatır senedi olarak verildiğini iddia eden taraf bedelsizlik iddiasıyla iptal davası açabilir. Bu davada hatır senedini düzenleyen borçlu senedin lehtar ile arasındaki anlaşmaya aykırı olarak kullanıldığını ispat etmekle yükümlüdür.

2- Taraflar Arasındaki Sözleşmenin Borçlar Kanununun 19. Maddesine Aykırı Olması

Taraflar sözleşme serbestisi gereğince kanunun çizmiş olduğu çerçeve içerisinde sözleşmeyi serbestçe oluşturabilirler. Ancak serbestçe kurulmuş olan bu sözleşme ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır, aksi halde sözleşme geçersiz olacaktır (BK. m .19). Asıl borç ilişkisinin kanunun emredici hükümlerine, ahlâka ve kamu düzenine aykırı olduğu iddiası taraflar arasında ileri sürülebileceği gibi, Türk Ticaret Kanununun 599. maddesinde belirtilmiş olan şartların oluşması durumunda hamile karşı da ileri sürülebilir.

Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda; başlık parası karşılığı verilen senedin, genel ahlak kuralları ile insan hak ve özgürlüğüne aykırılığı nedeniyle iptalinin gerektiğini hükme bağlamıştır⁴⁰. Başka bir kararında da ihaleye fesat karıştırılması amacıyla senet düzenlenmesinin BK. m. 19'a aykırı olduğuna karar vermiştir⁴¹.

C- İSNAT DEF'İLERİ

Kambiyo taahhüdünde bulunulmasında iradeyi sakatlayan sebepler varsa borçlu isnat def'ilerini ileri sürebilir. Ancak doktrinde imza sahibi borçlunun isnat def'ilerini iyiniyetli hamile karşı ileri sürüp süremeyecekleri konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, senedin borçlu tarafından imzalanmasıyla birlikte, imzanın serbest irade ile atılmamış olması durumunda, rızayı bozan sebeplerin iyiniyetli hamile karşı da ileri sürülebileceğini savunmakta ise de Yargıtay irade bozukluklarını şahsi def'i

³⁹ İNAN, s.64.

⁴⁰ Y. 11. HD. , 5. 11. 1976, 4887/4912, ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, İzzet, Uygulamada Ticari Senetler, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları ile 3167 Sayılı Çek Yasası Hakkında Açıklama – Uygulama, Poliçe, Bono ,Çek, 2. B., Ankara 1996, s. 810-811

⁴¹ Y. 11. HD. ,17. 11. 1983, 4637/5107, ERTEKİN/KARATAŞ, S. 812-813. Aynı şekilde kumar, bahis ve evlenme telalığına ilişkin olarak tanzim edilen poliçelerden dolayı da borçluya başvurulamaz. KINACIOĞLU, s. 168; ŞİMŞEK, s. 310. Ancak bu tür durumlarda iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları korunur (BK m. 505).

olarak kabul etmektedir⁴². Poroy/Tekinalp'e göre ise, hatayı hile ve tehditten ayırmak gerekmektedir⁴³. Yazarlar, tehdit ve hilenin iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Hata ve gabini ise şahsi def'i olarak kabul etmektedirler, zira borçlunun tutumuyla hukuki görünüşün doğmasına katkıda bulunduğu görüşündedirler⁴⁴. Biz de bu görüşe uygun olarak isnat def'ilerini hile ve tehdit şeklinde ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

1- Hile

Hile, bir kimsenin gerçek durumu bilmesi halinde kabul etmeyecek olduğu bir şeyi kabul etmesine diğer kimse tarafından yol açılmış olmasıdır⁴⁵.

Keşideci borç ilişkisine girerken hileye uğramış ancak ticari senet düzenlenirken bu hile ortadan kalkmışsa bu durumda şahsi def'i söz konusudur. Ancak hile kambiyo senedinin düzenlendiği sırada ortaya çıkarsa bu durumda temel borç ilişkisi geçerli olmakla birlikte senet borçlu açısından hükümsüzdür ve bu hükümsüzlük mutlak def'i niteliğindedir. Hile hem temel borç ilişkisi kurulurken hem de kambiyo senedi düzenlenirken söz konusu ise bu durumda da temel borç ilişkisi askıda hükümsüzdür, senet ise borçlu bakımından hükümsüzdür ve bu hükümsüzlük mutlak def'i niteliğindedir⁴⁶.

Keşidecinin kambiyo senedi düzenleme iradesinin bulunmamasına rağmen, böyle bir senedin imzalanması durumunda görünüşte keşideci bu borca sebebiyet verdiği için, borçlu bu def'i iyiniyetli hamillere karşı ileri süremez. Burada yer alan def'i şahsi def'idir⁴⁷.

Alkol ve uyuşturucu etkisiyle iradenin açıklanması halinde iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı bu def'i ileri sürülemez. Ancak uyuşturucu veya alkol üçüncü bir kişi tarafından borçluya habersiz olarak verilmiş ise artık bu durumda

⁴² Y. HGK., 5.2.1972, 886/63 ve Y.11.HD., 28.12.1976, 5621/ 5698, **POROY/TEKİNALP**, s. 82. **KINACIOĞLU**, bu def'ilerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini ileri sürmektedir. **KINACIOĞLU**, s. 166. **HİRŞ** ve **ŞİMŞEK** de bu def'ileri şahsi def'i olarak kabul etmektedir. **HİRŞ**, s. 503; **ŞİMŞEK**, s. 288 vd.

⁴³ **POROY/TEKİNALP**, s. 82. **ÖZTAN** da tehdit halinde borçlunun bu hususu mutlak bir def'i olarak herkese karşı ileri sürebileceği görüşündedir. **ÖZTAN**, s. 48.

⁴⁴ **POROY/TEKİNALP**, s. 82.

⁴⁵ Y. HGK., 3.4.1963, 4-76/40, **ERTEKİN/ KARATAŞ**, s. 789.

⁴⁶ **CERRAHOĞLU**, s. 46, 47, 48.

⁴⁷ **ÖZTAN**, s. 226.

senedin imzalatılması sebebiyle doğan borç imzayı atan borçluya yükletilemez⁴⁸.

2- Tehdit

Tehdit bir kimsenin hal ve mevkiine nazaran kendisinin veya yakın akrabasından birinin hayat veya şahıs yahut namus veya mallarının ağır ve derhal vuku bulacak bir tehlikeye maruz kalmasıdır (BK. m. 30/ I). Böyle bir tehdit altında sözleşme yapmak zorunda kalan kimse için o sözleşme hüküm ifade etmez (BK. m. 29).

SONUÇ

Türk Ticaret Kanununda def'i kavramı geniş anlamda ele alınmıştır. Yani def'i bir üst kavram olarak ele alınarak teknik anlamda itiraz ve def'i kavramlarını kapsamaktadır. Aslında bu durum karışıklıklara da sebebiyet vermektedir. Zira itirazla def'i arasında büyük farklar bulunmaktadır.

Ticaret Kanunumuz def'ileri senedin hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler, senedin metninden anlaşılan def'iler ile senedin önceki hamillerinden birisi arasında doğrudan doğruya mevcut ilişkilerden doğan def'iler olmak üzere üçe ayırmıştır ancak doktrinde bu ayrımı yeterli bulmayan pek çok yazar değişik tasniflere gitmiştir. Bu tasnifler def'ileri ayrıntılı olarak incelemek amacıyla yapılmaktadır. Tasniflerin birbirinden farklı olması def'iler açısından bir fark yaratmamaktadır.

Def'ileri mutlak ve nisbî def'i olarak net bir biçimde ayırmak mümkün değildir. Yukarıda da yer yer değinilmiş olduğu üzere, def'iler arasındaki benzerlikler, kesin çizgilerle ayrılmış bir tasnife izin vermemektedir. Mutlak def'iler senedin hükümsüzlüğü ve senet metninden anlaşılan def'iler olarak ayrılabilir. Senedin hükümsüzlüğü yani geçersizlik def'ilerinde, senetle taahhüt altına giren şahsın taahhüdünü etkileyen ve bu sebeple senedin hükümsüzlüğüne sebep olan bir durum söz konusudur. Geçersizlik def'ileri Türk Ticaret Kanununda öngörülen def'iler, kambiyo sözleşmesinin bulunmaması ve isnat def'ileri olarak üçe ayrılmıştır. Senedin hükümsüzlüğüne neden olan bu hallerden isnat def'ileri ve Türk Ticaret Kanununda öngörölmüş olan def'iler iyiniyetli hamile karşı ileri sürülebilirken, kambiyo sözleşmesinin bulunmaması durumunda bu def'i iyiniyetli hamile karşı ileri sürülemez.

⁴⁸ **POROY/ TEKİNALP**, s. 82.

BİBLİYOGRAFYA

ARSLANLI, Halil: Ticari Senetler Dersleri, İstanbul 1950.

BAHTİYAR, Mehmet: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2003.

CAN, Halil/ GÜNER, Semih: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1999.

CERRAHOĞLU, M.Fadlullah: Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Bonoda Mutlak Defiler, İstanbul 1974.

ÇEVİK, Orhan Nuri: Türk Ticaret Kanunu ve Uygulamasına İlişkin Mevzuat, 2. Baskı, Ankara 1993.

DOMANIÇ, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Kıymetli Evrak Hukuku, C. IV, İstanbul 1990.

ERTEKİN, Erol/ KARATAŞ, İzzet : Uygulamada Ticari Senetler, Poliçe, Bono, Çek, 2.Baskı, Ankara 1996.

HİRŞ, Ersnt: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948.

İMREGÜN, Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, Genel Hükümler-Kambiyo Senetleri-Makbuz Senedi-Varant, İstanbul 1995.

İNAN, Nurkut: Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, Ankara 1969.

KAÇAK, Nafiz: İçtihatlarla Bono, Ankara 2001.

KARAYALÇIN, Yaşar : Ticaret Hukuku Dersleri, II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 2. Baskı, Ankara 1959.

KENDİGELEN, Abuzer: Çek Hukuku, İstanbul 2004.

KINACIOĞLU, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1999.

ÖĞÜTÇÜ, Tahir/ ALTIN, Mehmet : Ticari Senetler ve Özel Takip Yolları, Ankara 1980.

ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2005.

POROY, Reha/ TEKİNALP Ünal : Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 16. Baskı, İstanbul 2005.

PULAŞLI, Hasan: Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2007.

ŞİMŞEK, Edip: Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara 1982.

TEKİL, Fahiman: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1994.

TESCİLSİZ MARKALARIN KORUNMASI

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ARSLAN *

ÖZET

Ticari hayatın en önemli unsurlarından biri de markadır. Marka özellikle ticaretin ülkeler hatta kıtalar arası boyut kazandığı son dönemlerde işletme malvarlığı içerisinde önemli bir değer olarak yerini almıştır. Çünkü marka hem mal ve hizmetin tanıtımı hem de markanın üreticisine güven duyulması gibi önemli fonksiyonlara sahiptir. Bu önemli değeri ve fonksiyonları nedeniyle markanın korunması gittikçe önemini artıran bir olgudur. Bu koruma 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK/556) ile sağlanmaktadır. KHK/556, kural olarak sadece tescilli markaların korunmasını sağlamaktadır. Hâlbuki Türk Hukuku açısından kullanılan markanın tescil ettirilmesi zorunlu değildir. Dolayısıyla ticari hayatta kullanılan ancak tescil ettirilmemiş yani tescilsiz markaların nasıl korunacağı gündeme gelmektedir. Bu çalışmada da tescilsiz markalar için var olan koruma yolları incelenmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Marka, Markanın Korunması, Tescilsiz Marka, Tanınmış Marka, Haksız Rekabet.

PROTECTION OF UNREGISTERED TRADEMARKS

ABSTRACT

One of the essential elements of business life concerns trademarks. Brand has taken its place as an important value among the assets of a business especially in recent years when trade has gained a global dimension. Trademark serves important functions such as promotion of products and services and creating confidence in the producer of the trademark. Due to its value and functions, protection of trademark is a phenomenon which is gradually increasing its significance. This protection is achieved through Government Order on Protection of Trademarks Having the Force of Law with number 556 (KHK/556). KHK/556 ensures, as a principle, protection of only registered trademarks. On the other hand, it is not obligatory to get the trademark registered according to Turkish Law. Therefore, how trademarks which are used in business life but have not been registered, i.e. unregistered, will be protected poses a problem. The present study investigated existing methods of protection for unregistered trademarks.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

KEYWORDS: Trademark, Protection of Trademark, Unregistered Trademark, Well-known Trademark, Unfair Competition.

GİRİŞ

Dünya ekonomisinin son dönemdeki gelişmeleri dikkate alındığında, en fazla ön plâna çıkan kavramlardan birinin de marka olduğu açıkça görülecektir. Uluslararası ticaret alanında yaşanan gelişmeler ve bilhassa küresel ekonominin kendisine küçümsenemeyecek derecede yer bulması pazar kavramını farklı bir yapıya büründürmüştür. Bunların neticesinde dünyanın her tarafı adeta tek bir pazar gibi görülmeye başlanmıştır. Herhangi bir ülkede üretilen mal ve hizmetler kısa süre içerisinde dünyanın her tarafında pazarlanabilir hale gelmiştir. Bunu sağlayan ve kolaylaştıran önemli unsurlardan biri de markaların tüketiciler nezdinde sahip olduğu kalite ve güven duygusudur.

Fikri mülkiyet hukukunun en çok meşgûl olduğu alanlardan biri de marka hukukudur. Gerçekten, eşya hukukunun klâsik anlamdaki mülkiyet anlayışının dışına çıkarak, fikir ve sanat eserleri ile sınai haklar üzerinde mülkiyet hakkının kabulü, marka kavramını ticaret hukukunun esaslı kavramlarından biri haline getirmiştir. Gerek buna gerek markanın çoğu kere ticaret alanında sahip olduğu yüksek ekonomik değere bağlı olarak marka hukuku alanında birçok çalışma yapılmıştır. Bu çalışmaların yapılmasına hızla devam edilmektedir.

Hukukî anlamda büyük önem arz eden marka konusu genellikle özel düzenlemelere konu olmuştur. Türk hukuku açısından da aynı durum söz konusudur. Markalar açısından ülkemizdeki ilk yasal düzenleme 28.04.1304 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesidir¹ 03.03.1965 tarihli ve 551 sayılı Markalar Kanununun² yerini ise, 24.06.1995 tarihli ve 556 sayılı "Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"³ (556 sayılı KHK) almıştır.

¹ Literatürde kısaca Alamenti Farika Nizamnamesi olarak anılan nizamnamenin orijinal adı "Fabrikalar Mamulâtıyla Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alamenti Farikalara Dair Nizamname"dir. Bu Nizamname 1857 tarihli Fransız Markalar Kanunundan tercüme yolu ile hukukumuzda kazandırılmıştır. 28.04.1304 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesinin metni için bkz. **ARSEVEN**, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İstanbul, 1951, sh. 205 vd.

² 03.03.1965 tarih ve 551 sayılı Markalar Kanunu, RG. 12.03.1965, S.11951.

³ 24.06.1995 tarih ve 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname RG.27.06.1995, S.22326.

556 sayılı KHK, tescilli markalar ve adından da anlaşılacağı üzere özellikle bunların korunması üzerine inşa edilmiştir⁴. Bu sebeple markaların korunmasında da doğal olarak tescilli markalar esas alınmıştır⁵. Ancak, ticaret hayatında bazen tescilsiz markaların da kullanıldığı görülmektedir. 556 sayılı KHK, ticaret hayatının bu gerçeğini göz ardı etmemiş ve sınırlı da olsa tescilsiz markaların korunmasına da imkân sağlamıştır⁶. Fakat 556 sayılı KHK'nin bu koruması sınırlı olduğu için tescilsiz markaların korunması açısından çoğu zaman Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümlerine başvurma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

556 sayılı KHK'nin 1/I. maddesinde ifade edildiği üzere, Kararnamenin temel amacı tescilli markaların korunmasını sağlamaktır⁷. Gerçekten, söz konusu hüküm "*Bu Kanun Hükümünde Kararname'nin amacı, bu Kanun Hükümünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır*" ifadesini taşımaktadır⁸. Aynı Kararnamenin 6. ve devamı maddeleri ile bilhassa 23 ve devamı maddelerinde, bir markanın nasıl

⁴ **ARKAN**, Sabih, Marka Hukuku, Ankara 1997, C.I, sh. 25; **POROY** Reha/**YASAMAN** Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, sh. 422; **KARAHAN**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2006, sh. 188; **TEKİNALP**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2004, §23 N.2; Hazırlanış amacı (KHK/556.m.1/I) tescilli markaların korunması olan KHK/556'nın sağladığı koruma tescille elde edilir (KHK/556.m.6). İsviçre Markalar Kanunu (Markenschutzgesetz) m.5'e göre de marka korunması tescille elde edilir. Ancak Alman Markalar Kanunu (Markengesetz) m.4, marka korunmasının tescille veya işaretin ticaret sırasında kullanılması sonucunda ilgili çevrede marka olarak algılanması ile veya markanın Paris Sözleşmesi'nin mükerrer 6.maddesine göre tanınmış marka haline gelmesiyle kazanılacağını düzenlemiştir. Marka korunmasının başlangıcına ilişkin benimsenen farklı sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **POROY/YASAMAN**, sh.420 vd.

⁵ KHK/556.m.7/I-ı'da düzenlenen dünyaca tanınmış markalar ve KHK/556 m.8/III'de düzenlenen önceye dayalı hak elde etme bu tescille dayalı koruma kuralının istisnalarını oluşturmaktadır.

⁶ **ARKAN**, Marka, C.I, sh. 124; **KARAHAN**, Ticari İşletme, sh. 188.

⁷ Markanın KHK/556 hükümlerine uygun olarak tescil edilebilmesi için gerekli işlemler için bkz. KHK/556.m.23 vd.

⁸ "556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nin marka hakkının elde edilmesini düzenleyen 6. maddesinde ilke olarak bu düzenlemenin getirdiği marka korunmasının ancak tescille elde edilebileceği öngörülmüş bulunmaktadır..." 11. HD. T.29.09.1999, E.1999/5372, K.1999/256 (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.I, S.1, sh. 141).

tescil edileceği hususlarına ayrıntılı olarak yer verilmiştir. 556 sayılı Kararnamenin 61 ve devamı maddelerinde ise markaya tecavüz⁹ halleri ile marka sahibinin tescilli markasını korumasına ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

Bu çalışmada tescilli markaların¹⁰ korunması konusuna girilmeyecektir¹¹. Bunun yerine, tescilsiz markaların 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre (sınırlı da olsa) korunması konusuna ağırlık verilecektir. Ayrıca, genel hüküm niteliği taşıması sebebiyle, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri ile yeterince koruma sağlanamaması durumunda Ticaret Kanununun haksız rekabeti düzenleyen 56 ve devamı maddelerinde yer alan koruma davalarından da yararlanılabileceği gerçektir. Bu çalışmada haksız rekabet hükümlerine de ayrıntılı bir şekilde yer verilmeyecektir. Ancak konu bütünlüğünün oluşması açısından sadece tescilsiz marka sahibinin haksız rekabet hükümleri çerçevesindeki başvuru haklarına kısaca değinilecektir.

I- TESCİLSİZ MARKALARIN 556 SAYILI KHK HÜKÜMLERİNE GÖRE KORUNMASI

Temelde tescilli markaları düzenleyen 556 sayılı KHK sınırlı da olsa, tescilsiz marka sahiplerinin bazı imkânlardan yararlanmalarını öngörmüştür¹². Bu sebeple, 556 sayılı KHK'nin tescilsiz markayı doğrudan doğruya değil, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda dolaylı bir şekilde korumaya çalıştığını belirtmek gerekir. Esasen tescilsiz marka için kabul edilen bu sınırlı

⁹ Marka Hakkına Tecavüz Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **CENGİZ**, Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995.

¹⁰ Tescilli marka ile TPE nezdinde tescili yapılmış ferdi marka, ortak marka ve garanti markaları kastedilmektedir.

¹¹ Tescilli markaların korunması hakkından ayrıntılı bilgi için bkz. **MERAN**, Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2004, **Ocak**, Nazmi, Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı, Prof.Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1988, **PEKDİNÇER**, Remzi Tamer, Marka Hakkı ve Korunması (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2001.

¹² "Mahkemece taraflarca sunulan kanıtlara göre 556 sayılı KHK'nın 8/III'ncü maddesi hükmünün tescilli markaların yanı sıra tescil edilmemiş markaların korunmasına olanak sağladığı...". 11. HD. T.28.05.2002, E.2002/2411, K.2002/5314 (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.II, S.4, sh. 154.

koruma hükümleri kısmen tanıtmaya işaretleri ve tanınmış markalar açısından da söz konusu olmaktadır¹³.

A) TESCİLSİZ MARKA İÇİN KABUL EDİLEN KORUMA HÜKÜMLERİ

Pozitif düzenleme açısından bakıldığında, 556 sayılı KHK'nin tescilsiz marka sahiplerine markalarını koruma açısından tanıdığı tek imkân 8. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir¹⁴. Anılan fıkranın metni aşağıdaki gibidir:

"Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine tescili istenen marka, aşağıdaki hallerde tescil edilmez.

a)Markanın tescili için yapılan başvurudan önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş ise,

b)Belirtilen işaret sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa"¹⁵.

Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, 556 sayılı KHK, tescilsiz marka sahiplerine itiraz hakkı (TTK. m. 35) vermek suretiyle koruma sağlamaktadır. Yani, markayı kullanmasına rağmen tescil işlemini yerine getirmemiş¹⁶ bir kişinin, kullandığı markanın aynısı veya benzeri bir başka şahıs

¹³ **KARAHAN**, Ticari İşletme, sh. 188; **ARKAN**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004, sh. 283-284; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §23 N.4, §25 N.32 vd.; **TEKİNALP**, Ünal, Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, sh. 474; **DİRİKKAN**, Hanife, Tanınmış Markaların Korunması, Ankara 2003, sh. 25-26; **POROY/YASAMAN**, sh. 424.

¹⁴ Bu hüküm Topluluk Tüzüğü'nün sekizinci maddesinin dördüncü fıkrasından aynen alınmıştır.

¹⁵ Benzer bir hüküm mülga Markalar Kanunu'nda m.15'te bulunmaktaydı. Maddeye göre, bir markayı ilk defa tescil ettiren kimse o markanın gerçek sahibi sayılır. Şu kadar ki, başka şahıs, aynı emtia için aynı markayı daha önce fiilen ihdas ve istimal ettiğini ve piyasada maruf hale getirdiğini tescil edilmiş marka sahibine karşı iddia ve iddiasını dava veya karşılık dava suretiyle ispat etmek hakkını haizdir. Bu hak, markanın tesciline veya kullanıldığına ittıla tarihinden 6 ay ve her halde tescilin ilanından itibaren üç yıl geçmekle düşer. KHK/556 m.8/III'ün Mark.K.m.15/II'den farkı, uyuşmazlığı tescilden evvel çözmesinde görülür.

¹⁶ Tescilli markalar açısından ayırt edicilik tescille ya da kullanım yoluyla kazanılır. Tescilsiz markalar açısından ise ayırt edicilik sadece kullanım

tarafından tescil ettirilmek istendiğinde, Türk Patent Enstitüsü nezdinde itiraz hakkı vardır¹⁷. Türk Patent Enstitüsü tarafından yapılacak incelemede itirazın haklı bulunması halinde tescili istenen marka sahibinin talebi reddedilecektir. Bu ihtimalde, önceden beri tescilsiz olarak kullanılan bir marka, daha sonra başkası tarafından tescili istenen marka karşısında korunmuş olacaktır¹⁸.

İtiraz üzerine, Türk Patent Enstitüsü tarafından yapılan inceleme neticesinde tescilsiz marka sahibinin itirazının haklı olmadığı kanaatine ulaşırsa, tescilsiz marka ile tescili talep edilen marka arasında iltibas¹⁹ oluşturacak bir benzerliğin bulunmadığı kabul edilmiş demektir. Doğal olarak bu durumda, tescilsiz markaya bir tecavüzün söz konusu olmaması sebebiyle onun korunması gereğinden de söz edilemeyecektir.

yoluyla kazanılır. Bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §22.N.7; **KARAHAN**, Sami, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, sh. 20; **NOYAN**, Erdal, Marka Hukuku, Ankara 2004, sh. 128; **ARKAN**, Ticari İşletme, sh. 269; 11.HD.20.11.2000 E.7674 K.9346 (**YASAMAN Hamdi/ALTAY** Sıtkı Anlam/**AYOĞLU**, Tolga/**YUSUFOĞLU** Fülürya/**YÜKSEL** Sinan, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004, sh. 97). TRIPs.m.15/I'e göre marka olarak tescil edilecek işaretlerin ilgili mal veya hizmetleri ayırt edici nitelikleri bulunmadığı takdirde, üyeler tescil edilebilirliği kullanım aracılığıyla kazanılan ayırt edici özelliğe bağlı kılabilirler. Ayırt ediciliğin kazanılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAHAN**, Hükümsüzlük, sh.20, **ÜNAL**, Mücahit, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara 2007, sh. 26, 27.

¹⁷ Önceye dayalı hak sahibi olan kişi markanın tesciline itiraz etmemiş ve yapılan tescil aleyhine hükümsüzlük davası açmamış olsa bile, tescilli marka hakkı sahibi, bu işareti önceden beri, marka veya sair bir tanıtmaya işareti olarak kullanan kişiyi, bu tanıtmaya işareti önceki kapsamı ile kullanmaktan men edemez. 11. HD. T. 15.02.2001, E.2000/9896, K.2001/1214 (**KARAHAN**, Sami, Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.IV, S.2, sh. 11, dn. 4.

¹⁸ "... tescil dışı kullanmadaki öncelik, kazanılmış bir hak meydana getirir. Davacının markasından önce yıldız yazısını kullanmaya başlayan davalı, ... iyiniyetli sayılması gerekir". HGK. T. 07.02.1968, E.1966/1445, K.1968/67 (**DOĞANAY**, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara 1990, C.I, sh. 340, dn. 446).

¹⁹ Markalarda iltibas kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAHAN**, Sami, Markalarda İltibas, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 1990, C.III, S.3, sh.215 vd., **KANETİ**, Selim, İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları, Batider, Ankara 1961, C.I, S.2, sh.235 vd.

B) KORUMA HÜKÜMLERİNİN TANITMA İŞARETLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

556 sayılı KHK'nin 8/III. maddesi, tescilsiz marka sahiplerine verdiği itiraz hakkının aynısını *ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibine* de vermiştir²⁰. Ticaret kullanılan bir başka işareten²¹ ne anlaşılması gerektiği tam olarak açıklanmamıştır. Bu durumda, ticaret unvanı ve işletme adının, sahibine itiraz hakkı vermesi konusunda bir tereddüt olmasa gerekir. Çünkü markaya benzeyen ama farklı amaçlarla kullanılan bu tanıtma işaretleri²² ticaret hayatında yaygın bir kullanım alanına sahiptir ve çoğu zaman marka ile aynı ibareleri taşımaktadır²³. Dolayısıyla, bir tacirin kullanmakta olduğu ticaret unvanı veya işletme adını bir başka şahıs marka olarak tescil ettirmek amacıyla Türk Patent Enstitüsü'ne müracaat ettiğinde, durumdan haberdar olan ticaret unvanı veya işletme adının sahibi 556 sayılı KHK'nin 8. maddesine dayanarak ve 35. maddedeki şartlar yerine getirmek kaydıyla Enstitü'ye itiraz edebilir²⁴.

²⁰ “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ nin 8/3. madde ve fıkrasında tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin marka tesciline itiraz hakkı düzenlenmiş olup, burada itiraz hakkına dayanak olarak tescilli hak sahibi olma zorunluluğu getirilmediği açıktır...” 11. HD. T.06.07.1998, E.1998/359, K.1998/5121 (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.I, S.2, sh. 183).

²¹ İşaret kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §22 N.4 vd., Ayrıca marka olarak tescil edilebilecek işaretlere ilişkin bkz. **ÜNAL**, Mücahit, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Göre Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, S.2005/2, sh. 23-51.

²² Bilindiği gibi, bu tanıtma işaretlerinden ticaret unvanı bir taciri diğer tacirlerden ayırmak için kullanılır. Buna karşılık işletme adı, bir esnaf veya ticari işletmeyi diğer işletmelerden ayırmak amacıyla kullanılır.

²³ Örneğin Arçelik, Beko, Vestel, Ülker ve daha birçok marka aynı zamanda ticaret unvanının esaslı unsuru olarak kullanılmakta ve işletmelere de adını vermektedir.

²⁴ Tanıtma işareti sahibinin itiraz etmemesi yada hükümsüzlük davası açmaması halinde işareti marka olarak tescil ettiren kişi, bu işareti önceden beri kullanan kişinin işareti önceki kapsamıyla kullanmasını engelleyemez. İsviçre Markalar Kanunu'nun 14. maddesine göre, “Marka sahibi, kendisi daha tescil için müracaat etmeden önce bu markayı kullanmaya başlamış olan kimseyi, söz konusu markayı o ana kadar ki kapsamda kullanmaktan men edemez. Markayı kullanma hakkı, işletme ile birlikte devredilebilir.” Bkz. **GÜRZUMAR**, Osman Berat, Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler, Yargıtay Dergisi, C.XX, S.4, sh.517.

İtirazın incelenmesi ve değerlendirilmesinin sonucuna göre, itirazın haksız olması durumunda marka tescil edilecek veya itirazın haklı görülmesi durumunda tescil talebi reddedilecektir.

C) KORUMA HÜKÜMLERİNİN SINAİ HAKLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tanıtma işaretlerinden başka, sınai mülkiyet kapsamına giren patent, faydalı model ve endüstriyel tasarım gibi hak sahiplerinin itiraz haklarının bulunup bulunmadığı üzerinde durulmasında yarar vardır. Yukarıda ifade edildiği gibi, 556 sayılı KHK'nin 8/III. maddesi *ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin*²⁵ sahibine de itiraz hakkı vermektedir. Bir işaretin marka, patent, faydalı model ya da endüstriyel tasarım olarak tescil edilebilmesi için ayırt edici nitelikte olması gerekir²⁶. Ayırt edici nitelikte olmayan işaretler tescil edilemez²⁷.

Patent, faydalı model ve endüstriyel tasarım gibi sınai hakların 556 sayılı KHK'nin 8/III. maddesinde sayılan ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret grubuna girip girmediği yoruma muhtaçtır. Bu haklar sınai hak olarak nitelendirilir ve genellikle sanayide kullanılır. Şayet bu haklar sadece sanayide kullanmakla kalıyorsa genellikle ticaret alanında tanıtma işareti olarak

²⁵ İşaret, sadece simgeyi, yani şekli ifade etmez. İşaret, geniş anlamda sözcükler, logolar, armalar, harfler, sayılar, renkler, üç boyutlu cisimler ve bunların kendi aralarında oluşturdukları kompozisyonlar veya birbirleri ile olan kombinasyonları gibi tescil edilebilecek her şeyi ifade etmektedir. Öte yandan işaret, henüz tescil edilmemiş simgeler için de kullanılmaktadır. Tescil edilen işaret ise marka, patent, faydalı model, yada endüstriyel tasarım adını almaktadır. Nihayet işaret, tescilli yada tescilsiz olarak kullanılan sınai mülkiyet hakkı ile benzerlik içinde bulunan veya aynı olan, bu sebeple hakka tecavüz oluşturan kanuna aykırı işaretin de adıdır. Bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §22.N.4, N.7.

²⁶ **YASAMAN**, KHK Şerhi, sh. 60-61; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §22.N.5; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, sh. 16; **ARKAN**, Marka, C.I, sh. 36.

²⁷ Örneğin KHK/556.m.7/I-c'deki ticaret alanında cins, çeşit vasıf, kalite miktar değer, coğrafi kaynak belirten veya KHK/556.m.7/I-d'deki herkes tarafından kullanılan ve belirli bir meslek veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaretler, ayırt edici nitelikte olmadıkları için, marka olarak tescil edilemez. "Çırağan" kararında Yargıtay, Çırağan ibaresinin kandiller ile aydınlatılarak yapılan şenlik anlamına geldiği; aynı zamanda bunun bir semt adı olduğu; ancak "Çırağan" adının sözcük anlamından zamanla sıyrılıp bağımsızlaşarak anılan sarayla özdeşleşip sarayı çağrıştırmasına neden olduğu belirtilmiştir. 11.HD. T.24.10.2000 E.2000/5319 K.2000/8174 (**YASAMAN**, KHK Şerhi, sh. 61).

nitelendirilmesi gerekmez. Çünkü bu durumda söz konusu sınaî hakların mal ve hizmetleri tanıtıcı özelliği bulunmamaktadır. Ancak söz konusu haklar ticaret hayatında da kullanılıyor ve mal ve hizmetleri ayırt etme özelliğini taşıyorsa tıpkı ticaret unvanı ve işletme adında olduğu gibi, hak sahibinin, tescili talep edilen markaya karşı itiraz hakkının varlığını kabul etmek gerekir²⁸.

D) KORUMA HÜKÜMLERİNİN TANINMIŞ MARKALAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tanınmış ama Türkiye’de tescil edilmemiş markaların korunmasına ilişkin hükümler kendine ait özellikler arz etmektedir²⁹. Tanınmış markalarla ilgili olarak gerek Paris Sözleşmesinin³⁰ mükerrer 6. maddesinde gerek 556 sayılı KHK’nin 35/IV. maddesinde iki farklı hüküm bulunmaktadır. Tanınmış ama Türkiye’de tescil edilmemiş markaların korunmasına ilişkin esasların bu hükümler dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir³¹. Tanınmış bir marka aynı

²⁸ “... tescil dışı kullanmadaki öncelik, kazanılmış bir hak meydana getirir. Davacının markasından önce yıldız yazısını kullanmaya başlayan davalı, ... iyiniyetli sayılması gerekir”. HGK. T. 07.02.1968, E.1966/1445, K.1968/67 (DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara 1990, C.I, sh. 340, dn. 446).

²⁹ Tanınmış markalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **YASAMAN**, Hamdi, Tanınmış Markalar, Halil **ARSLANLI**’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, sh. 691 vd., **YASAMAN**, Hamdi, Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul, 2002, C.I, sh.300 vd., **DİRİKKAN**, Hanife, Tanınmış Markaların Korunması, Ankara 2003; **OYTAÇ**, Kutlu, Tanınmış Markalarda Uluslar arası ve Ulusal Kavram Kargaşasına Son, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.I, sh. 91 vd.; **KAYIHAN**, Şaban, Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 1-2, sh. 427 vd.; **ÇOLAK**, Uğur, Paris Sözleşmesinin 6 bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar, Bu Tanınmışlığın Nasıl Belirleneceği Sorunu ve WIPO Kriterleri, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.IV, S.3, sh. 91 vd

³⁰ Paris Sözleşmesi sınaî mülkiyetin uluslar arası koruması ile ilgili en önemli anlaşmalardan biridir. 1883 tarihli Paris Sözleşmesi 1900 yılında Bürüksel, 1911 yılında Washington, 1925 yılında La Haye, 1934 yılında Londra, 1958 yılında Lizbon ve 1967 yılında Stockholm Anlaşmaları ile değişikliğe uğramıştır. Türkiye 30.01.1957 tarih ve 6894 sayılı Kanunla Paris Sözleşmesinin Londra metnine katılmıştır.

³¹ “Dâvacı söz konusu markayı dâvalıdan çok önce dünya çapında meşhur hale getirmiştir. Her ne kadar dâva konusu markanın Türkiye’deki tescili dâvalı tarafından dâvacıdan daha önce gerçekleştirilmiş... ise de, olayda Paris

zamanda Türk Marka Siciline tescil edilmişse zaten bir sorun bulunmamaktadır. Zira, bu markalar doğal olarak tescilli markaların korunmasına ilişkin hükümlerden doğrudan doğruya yararlanacaktır. Bu yüzden, tanınmış marka ile kastedilen, gerek Türkiye’de gerek dünyanın başka ülkelerinde kullanılsın, tüketiciler arasında genel kabul gören, geniş bir kitle tarafından benimsenen ve tercih edilen ancak Türkiye’de tescil edilmemiş bulunan markalardır³².

Bir Türk markasının hem ülkede tanınmış hale gelmesi hem de tescil edilmemiş olması pek muhtemel değildir. Çünkü bu tür marka sahipleri, tabiatıyla markalarını tescil konusunda titiz davranacak ve 556 sayılı KHK’nin koruma hükümlerinden yararlanacaktır. Ancak, yurt dışında tanınmış bir markanın Türkiye’de tescil edilmeden kullanılması bazen karşılaşılan bir durumdur³³. Bu durum genellikle, zaten başka bir ülkede tescilli olan markanın Türkiye’de ayrıca tesciline gerek bulunmadığı düşüncesinden kaynaklanabilir.

Yabancı bir ülkede tescil olunan tanınmış bir marka ayrıca Türkiye’de tescil edilmediği sürece Türk hukuku bakımından tescilsiz marka niteliğindedir³⁴. Çünkü Türk marka hukukunda kural olarak ülkesellik ilkesi³⁵

Sözleşmesinin uygulanması gerekmesine ve dâvalının tescilinin suiniyete açık bulunmasına göre sözleşmenin 6/III. (mükerrer) maddesi uyarınca dâvacının süreye tabi olmadan, dâvalı markanın sicilden terkinini her zaman için talep etmeye hakkı bulunmaktadır.” 11. HD. T.14.06.1988, E.1988/1918, K.1988/3940 (YKD.1989, C.XV, S.5, sh.680).

³² **YASAMAN**, Paris Anlaşması, sh.303, **YASAMAN**, Tanınmış Marka, sh. 707; **POROY/YASAMAN**, sh.389-390, **ARKAN**, Marka, C.I, sh.93; **ARKAN**, Ticari İşletme, sh. 268; **DİRİKKAN**, sh. 51; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §25 N.30, **TEKİNALP**, Ünal, Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, sh. 472; **NOMER**, Füsun, Tanınmış Marka “Nike”, Moroğlu Armağanı, İstanbul 1999, sh. 502.

³³ Bu nedenle Yargıtay da kararlarında tanınmış marka kavramına yer vermekte ve bir markanın tanınmış marka olabilmesi için gerekli bazı kriterler belirlemektedir. Bkz. 11. HD. T.27.09.1999, E.1999/5162, K.1999/136 (Yasa Hukuk Dergisi, C.XIX, sh. 590; 11. HD. T.03.07.2000, E.2000/5331, K.2000/6265 (Yargıtay Kararları Dergisi, S.2000/2, sh. 214). Doktrin de Yargıtay gibi bir markanın tanınmış marka olabilmesi için bazı kriterler belirlemiştir. Bkz. **YASAMAN**, Tanınmış Marka, sh. 690; **NOMER**, sh. 502.

³⁴ **POROY/YASAMAN**, sh. 386; **ÖÇAL**, Akar, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, 1967, sh. 96.

³⁵ “556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK’nin 3 ve 6 ncı maddelerinde ilke olarak marka korumasının ülkeselliği benimsenmiştir. Bu ilkeye göre, bir marka tescilli ülkenin sınırları içerisinde kendi sahibine,

hakim bulunmaktadır³⁶. 556 sayılı KHK, marka tescili konusunda sadece Türk vatandaşlarına değil başka ülkelerin vatandaşlarına da hak tanımış bulunmaktadır. Ayrıca, marka hakkı gerçek veya tüzel kişilere ait olabilir. Kimlerin marka hakkı ile ilgili olarak 556 sayılı KHK'nin koruma hükümlerinden yararlanacağı 3. maddede açık olarak belirtilmiştir. Bu madde özellikle Paris Sözleşmesi ve Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına³⁷ taraf ülke vatandaşlarının koruma hükümlerinden yararlanacağını düzenledikten sonra mütakabiliyet ilkesini de kabul ederek geniş bir çerçeve oluşturmuştur³⁸. Konuyu düzenleyen, 556 sayılı KHK'nin 3. maddesi aynen şu şekildedir:

Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin öngördüğü koruma; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgahı olan veya sınai veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerce veya Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişilerce elde edilir.

Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamına girmemekle beraber, Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere kanunen veya fiilen marka koruması tanımış yabancı devletlerin gerçek veya tüzel kişileri de karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye'de marka korunmasından aynı şekilde yararlanır.

Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişiler de marka tescili konusunda başvuru yetkisini haiz bulunmaktadır³⁹. Kural olarak marka hakkının korunmasından yararlanabilmek

markasının kullanılmasına yine kendi ülkesinde engel olma hakkı tanımıştır. İzinsiz kullanılan markanın yurt dışında bir başka ülkede tescilli olması hali de sonucu değiştirmez". 11. HD. T.23.01.2000, E.2000/5199, K.2000/8216 (**KENDİGELEN**, sh. 210.)

³⁶ **KARAYALÇIN**, sh. 426; **POROY/YASAMAN**, sh. 386 vd.; **ÖÇAL**, Himaye, sh. 96.

³⁷ Türkiye Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasını 26.01.1995 tarihinde imzalamıştır (26.01.1995 tarih ve 4067 sayılı Kanun, RG. 25.01.1995, S. 22176). Türkiye bu anlaşma ile yükümlülük altına girmiş ve bu yükümlülük çerçevesinde TRIPS (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) hükümlerini de nazara almak suretiyle 556 sayılı KHK'yi hazırlamıştır. Bkz. **POROY/YASAMAN**, sh. 362-263; **ARKAN**, Marka, C.I, sh. 12.

³⁸ **KARAHAN**, Ticari İşletme, sh. 174; **ARKAN**, Ticari İşletme, sh. 270-271; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §24 N.3, N.5.

³⁹ **KENDİGELEN**, Abuzer, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Hukuki Mütalaalar, İstanbul 2002, C.III, sh. 203; **KARAHAN**, Ticari İşletme, sh.174, **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §24 N.4; **ARKAN**, Ticari İşletme, sh.270; **POROY/YASAMAN**, sh. 416-417.

için tescil işleminin yapılmasına ilişkin hüküm yabancı uyruklular için de geçerlidir⁴⁰. Mevzuatımızda, tanınmış yabancı markalar için ayrıca özel bir hüküm bulunmamaktadır⁴¹. Bu sebeple, tanınmış yabancı marka sahibinin de marka başvurusunda bulunması gerekir. Aksi halde, tanınmış marka sahibi de itiraz hakkını haiz kimseler gibi yasal haklarını kullanabilecektir. Buna göre, yabancı tanınmış marka sahibi, daha önce markasını kullanmak suretiyle hak elde ettiği için markasının başkaları tarafından Türkiye'de tescil ettirilmesine karşı itiraz hakkına sahiptir⁴² (556 sayılı KHK m.8/III). Gayet doğaldır ki, bu imkân sadece yabancı tanınmış marka sahiplerine tanınmamıştır. Bilâkis, aynı sonuca, uygulamada pek mümkün olmamakla beraber, tanınmış olduğu halde tescilsiz olarak kullanılan yerli markalar için de varılması gerekir.

Tanınmış markanın önemli bir özelliği, bu marka hakkının sadece ilgili ürün ve hizmet alanında değil, tanınmış marka sahibine, markasının her türlü kullanıma karşı koruma imkânından yararlanma hakkı veriyor olmasıdır⁴³. Bu

⁴⁰ “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nin marka hakkının elde edilmesini düzenleyen 6. maddesinde ilke olarak bu düzenlemenin getirdiği marka korumasının ancak tescille elde edilebileceği öngörülmüş bulunmaktadır. Ne var ki yine aynı düzenlemenin 3.maddesinde marka korumasının sadece Türkiye'de yerleşik ticari faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilere özgü olmadığı Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri çerçevesinde başvuru hakkına sahip kişilere de tanındığı açık bir şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır. Dava konusu olayda da davacı markası, davalıdan önce Paris Sözleşmesine dahil bulunan Kore'de sicile tescil ettirilmiş bulunduğuna göre yine ilke olarak davacı markası aynı sözleşmeyi imzalamış bulunan Türkiye'de 556 sayılı KHK'nin 3.maddesi anlamında koruma altındadır...” 11. HD. T.29.09.1999, E.1999/5372, K.1999/256 (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.I, S.1, sh. 141).

⁴¹ Bu tür markalar ancak 556 sayılı KHK'nin 8/III. maddesinde yer alan şartlar çerçevesinde korunabilmektedir. Diğer bir deyişle yabancılara ait Türkiye'de tescil edilmemiş markalar ancak Türkiye'de tanınmış hale gelmişlerse yani bilinir (maruf) hale gelmişlerse korunabilmektedirler. **KARAHAN**, Marufiyet (Bilinirlik) Şartı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.IV, S.2, sh. 22.

⁴² **POROY/YASAMAN**, sh.386 vd.; **BİLGİLİ**, Fatih, Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara 2006, sh. 48.

⁴³ Bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §25 N.31; **DİRİKKAN**, sh. 194; “...Hüküm uyarınca birçok yabancı ülkede tescilli bulunan hele somut olayda Fikri Mülkiyet Bürosuna tescilli davacı markasının (Dolce Vita) korunmasının gerekmesine, davalının parfüm buluşlarını, gelişmelerini ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorundadır. Bu basiretli bir tacir olmanın zaruri

sebeple, tanınmış marka sahibinin itiraz hakkı, markasının sadece kullanmakta olduğu mal ve hizmetler için tescil ettirilmesi halinde değil, tamamen farklı mal ve hizmetler için tescili söz konusu olduğunda dahi geçerli kabul edilmektedir⁴⁴.

Bu konuda Türk Marka Mevzuatı ile Paris Sözleşmesi arasındaki farka değinmekte yarar vardır. Hemen belirtmek gerekir ki, tanınmış marka sahibinin itiraz hakkı konusunda 556 sayılı KHK'nin yukarıda zikredilen 8/III. madde hükmü aynı konuyu düzenleyen, Paris Sözleşmesinin mükerrer 6. maddesine nazaran daha geniş bir koruma sağlamaktadır⁴⁵. Esasında her iki düzenleme de tanınmış marka sahibine, markasının Türkiye'de başka birisi tarafından tescil ettirilmek istenmesi durumunda bu talebe Türk Patent Enstitüsü nezdinde itiraz etmek hakkı tanımıştır. Ancak, Paris Sözleşmesinin mükerrer 6. maddesi bu korumayı aynı cins veya benzeri ürün ve hizmetler için öngörmesine karşılık 556 sayılı KHK'nin 8/III. maddesi tanınırlığı daha geniş yorumlamaktadır. Bu sonuca, Paris Sözleşmesinin mükerrer 6. maddesinde, bu korumayı aynı cins veya benzeri ürün ve hizmetler için açıkça öngörmesine karşılık tanınmış markaların farklı mal ve hizmetlerde de korunacağına ilişkin açık hüküm bulunmaması sebebiyle ulaşılmaktadır. Bilindiği gibi, 556 sayılı KHK'nin 8/III.

sonucudur. O halde aynı sahada çalışan davalının 22 ülkede tescilli bu markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye'de tescil ettirdiğini ileri sürmesi MK'nun 2. maddesine göre mümkün görülmemiştir. Şu halde Paris Sözleşmesinin mükerrer 6. maddesi 3. bendi anlamında suiiniyetli bir tescil vardır ve bu tescilin terkinini talep edilebilir.” 11. HD. T.06.07.1999, E.1998/1734, K.1999/5146 (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.I, S.1, sh. 146).

⁴⁴ Tanınmış marka kullanıldığı aynı yada benzer mal ve hizmetler açısından Türkiye'de mutlak red nedenleri (m.7/I-ı) çerçevesinde re'sen korunmaktadır. Diğer mal ve hizmetler açısından ise 556 sayılı KHK'nin 8/IV ve 9/I-c maddeleri çerçevesinde korunmaktadır. Bkz. **DİRİKKAN**, sh. 194 vd.; **POROY/YASAMAN**, sh. 386.

⁴⁵ “Dâvacı söz konusu markayı dâvalıdan çok önce dünya çapında meşhur hale getirmiştir. Her ne kadar dâva konusu markanın Türkiye'deki tescili dâvalı tarafından dâvacıdan daha önce gerçekleştirilmiş... ise de, olayda Paris Sözleşmesinin uygulanması gerekmesine ve dâvalının tescilinin suiiniyete açık bulunmasına göre sözleşmenin 6/III. (mükerrer) maddesi uyarınca dâvacının süreye tabi olmadan, dâvalı markanın sicilden terkinini her zaman için talep etmeye hakkı bulunmaktadır.” 11. HD. T.14.06.1988, E.1988/1918, K.1988/3940 (Yargıtay Kararları Dergisi 1989, C.XV, S.5, sh. 680).

maddesinde böyle bir ayırımı gidilmeksizin genel anlamda tanınmış marka sahibinin itiraz hakkının varlığından söz edilmektedir⁴⁶.

Tanınmış marka sahiplerinin, itirazlarına rağmen, tescili talep edilen marka sahibinin başvurusunun kabul edilmesi halinde, doğal olarak bu karara karşı da itiraz hakları bulunmaktadır (m.47). Ayrıca, itirazın reddedilmesi ve marka tescilinin gerçekleşmesi durumunda marka hakkının ihlâl edildiğini düşünen tanınmış marka sahibinin 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinde düzenlenen iptal (hükümsüzlük) davasını açarak haklarını korumaları mümkündür⁴⁷. Bu itiraz ve iptal hakları dışında, tanınmış ama tescil edilmemiş marka sahiplerinin, 556 sayılı KHK çerçevesinde başvurabileceği başkaca bir yöntem bulunmamaktadır. Şartların varlığı halinde Ticaret Kanununun 56 ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin uygulanabileceği hususu bilinen bir gerçektir.

II- TESCİLSİZ MARKALARIN TİCARET KANUNUNUN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNE GÖRE KORUNMASI

Tescilli markaların tersine, tescilsiz markaları koruyan özel bir mevzuat bulunmamaktadır. Marka mevzuatında yukarıda bahsedilen itiraz hakkı dışında, tescilsiz markayı koruyan asıl düzenleme Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin 56 ve devamı maddeleridir. Söz konusu maddelerde ilk olarak haksız rekabetin tanımı yapılmış (m. 56) ve haksız rekabet ile ilgili örnekler verilmiştir (m. 57). Ticaret Kanununun 58-63. maddelerinde haksız rekabetten kaynaklanan hukukî sorumluluk ve bundan kaynaklanan davalar düzenlenmiştir. 64. maddede ise cezai sorumluluğa yer verilmiştir.

Tescilsiz bir markayı kullanmakta iken bu markanın aynısının veya benzerinin başkaları tarafından tescil edilmek istendiğini öğrenen hak sahibi 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden yararlanamamış veya yararlanmasına rağmen haklarının korunmasını tam olarak sağlayamamışsa Ticaret Kanununun haksız rekabet hükümlerine başvurabilecektir.

Ticaret Kanununda, tescilsiz markası ile ilgili olarak bir tecavüzün vaki olduğunu düşünen kişiye ve iktisadi menfaatleri haleldar olan müşterilere belli başlı dört ayrı dava açma hakkı tanınmıştır. Ticaret Kanununun 58. maddesinde düzenlenen bu davalar; haksız rekabetin tesbiti (m.58/I, a), haksız rekabetin men'i (m.58/I, b), Haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması (m.58/I, b) ve maddi ve manevi tazminat davalarıdır (m.58/I, d, e).

⁴⁶ **ARKAN**, Marka, C.I, sh. 93; **ARKAN**, Ticari İşletme, sh. 268; **POROY/YASAMAN**, sh. 389; **DİRİKKAN**, sh. 194.

⁴⁷ Tanınmış marka sahiplerinin markalarını korumak için açabilecekleri iptal (hükümsüzlük) davasının şartları ve prosedürü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAHAN**, Hükümsüzlük, sh. 77 vd., sh. 121 vd.

Bu davalarla bağlantılı olarak, davacılara mahkemeden ihtiyati tedbir talep etme hakkı da tanınmıştır (TTK.m.63).

Haksız rekabetle ilgili davaların açılabilmesi için kusurun gerekip gerekmediği hususuna da değinmekte yarar vardır. Ticaret Kanununun 58. maddesinde düzenlenen ve yukarıda isimleri zikredilen davaların açılabilmesi için kural olarak kusurun varlığı aranmaz. Yani, haksız rekabet fiilinin varlığı halinde failin kusurunun veya kastının araştırılmasına gerek yoktur. Çünkü, bizatihi haksız rekabet fiilinin varlığı davanın açılması için yeterlidir. Ancak, tazminat davası için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira, bu davanın açılabilmesi için davalının kusurlu olması gerekir.

Ticaret Kanununun 64. maddesinde belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda, hukukî sorumluluk dışında cezaî sorumluluk yolu da açılmış bulunmaktadır. Yani, tescilsiz bile olsa, başkasına ait bir markanın aynısını veya çok benzerini kullanan davalı taraf, 64. maddede yazılı şartları yerine getirmiş olmak şartıyla hukukî sorumluluğun yanı sıra cezaî sorumluluğu da üstlenmiş bulunmaktadır.

SONUÇ

556 sayılı KHK, 1/I maddesi hükmü çerçevesinde kural olarak sadece tescilli markaların korunmasını sağlamaktadır. Ancak, ticaret hayatında tescilsiz markaların kullanıldığı da görülmektedir. 556 sayılı KHK, ticaret hayatının bu gerçeğini göz ardı etmemiş ve sınırlı da olsa tescilsiz markaların korunmasına da imkân sağlamıştır. Fakat 556 sayılı KHK'nin bu koruması sınırlı olduğu için tescilsiz markaların korunması açısından kural olarak Ticaret Kanununun 56 vd. maddelerinde yer alan haksız rekabet hükümleri uygulanmaktadır. Bu sebeple, 556 sayılı KHK, tescilsiz markaları doğrudan doğruya değil, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda dolaylı bir şekilde korumaktadır.

556 sayılı KHK, tescilsiz marka sahiplerine itiraz hakkı (KHK/556m.8/III) vermek suretiyle koruma sağlamaktadır. Yani, markayı kullanmasına rağmen tescil işlemini yerine getirmemiş bir kişinin, kullandığı markanın aynısı veya benzeri bir başka şahıs tarafından tescil ettirilmek istendiğinde, Türk Patent Enstitüsü nezdinde itiraz hakkı vardır.

556 sayılı KHK'nin 8/III. maddesi, tescilsiz marka sahiplerine verdiği itiraz hakkının aynısını ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibine de vermiştir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde tanıtma işaretleri ile patent, faydalı model ve endüstriyel tasarım gibi sınaî hak sahipleri de itiraz hakkını kullanabilmektedir.

Tescilsiz markaların korunması açısından tanınmış markaların durumu özellik arz etmektedir. Tanınmış bir marka aynı zamanda Türk Marka Siciline tescil edilmişse bu markanın korunması açısından herhangi bir sorun

bulunmamaktadır. Ancak özellikle başka ülkelerde tescilli olan tanınmış markanın Türkiye’de korunması sorun teşkil edebilmektedir. Çünkü Ülkemiz markaların korunması açısından ülkesellik prensibini benimsemiştir ve başka ülkede tescilli ancak Türkiye’de tescil edilmemiş bir marka Türk Hukuku açısından tescilsiz marka hükmündedir. 556 sayılı KHK hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinde tescil edilmemiş bile olsa tanınmış bir marka sahibine, sadece kullanıldığı ilgili mal ve hizmet alanında değil, markanın her türlü kullanımına karşı koruma imkânı tanımaktadır. Bu sebeple, tanınmış marka sahibinin itiraz hakkı, markasının sadece kullanmakta olduğu mal ve hizmetler için tescil ettirilmesi halinde değil, tamamen farklı mal ve hizmetler için tescili söz konusu olduğunda dahi geçerli kabul edilmektedir.

Kural olarak tescilli markaların korunması açısından başvuru Ticaret Kanununun haksız rekabet hükümleri, tescilsiz marka sahibine dört ayrı dava açma hakkı tanımaktadır. Ticaret Kanununun 58. maddesinde düzenlenen bu davalar; haksız rekabetin tesbiti (m.58/I, a), haksız rekabetin men’i (m.58/I, b), haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması (m.58/I, b) ve maddi ve manevi tazminat davalarıdır (m.58/I, d, e). Bu davalarla bağlantılı olarak, davacılara mahkemeden ihtiyati tedbir talep etme hakkı da tanınmıştır (TTK.m.63). Ayrıca Ticaret Kanununun 64. maddesinde belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda, hukukî sorumluluk dışında cezaî sorumluluk yolu da açılmış bulunmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997.

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004.

ARSEVEN, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İstanbul, 1951.

BİLGİLİ, Fatih, Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara 2006.

CENGİZ, Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995.

ÇOLAK, Uğur, Paris Sözleşmesinin 6 bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar, Bu Tanınmışlığın Nasıl Belirleneceği Sorunu ve WIPO Kriterleri, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.IV, S.3.

DİRİKKAN, Hanife, Tanınmış Markaların Korunması, Ankara 2003.

DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1990.

GÜRZUMAR, Osman Berat, Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler, Yargıtay Dergisi, C.XX, S.4.

KANETİ, Selim, İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları, Batider, C. I, S. 2, Ankara 1961.

- KARAHAN**, Sami, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002.
- KARAHAN**, Sami, Markalarda İltibas, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 1990, C.III, S.3.
- KARAHAN**, Sami, Marufiyet (Bilinirlik) Şartı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.IV, S.2.
- KARAHAN**, Sami, Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.IV, S.2.
- KARAHAN**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2006.
- KAYIHAN**, Şaban, Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 1-2.
- KENDİGELEN**, Abuzer, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Hukuki Mütalaalar, C. III, İstanbul 2002.
- MERAN**, Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2004.
- NOMER**, Füsün, Tanınmış Marka “Nike”, Moroğlu Armağanı, İstanbul 1999.
- NOYAN**, Erdal, Marka Hukuku, Ankara 2004.
- OCAK**, Nazmi, Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı, Prof.Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1988.
- OYTAÇ**, Kutlu, Tanınmış Markalarda Uluslar arası ve Ulusal Kavram Kargaşasına Son, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.I.
- ÖÇAL**, Akar, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, 1967.
- PEKDİNÇER**, Remzi Tamer, Marka Hakkı ve Korunması (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2001.
- POROY Reha/YASAMAN Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004.
- TEKİNALP**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2004.
- TEKİNALP**, Ünal, Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997.
- ÜNAL**, Mücahit, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Göre Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, S.2005/2.
- ÜNAL**, Mücahit, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara 2007.
- YASAMAN Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYOĞLU, Tolga/YUSUFOĞLU Fülürya/YÜKSEL Sinan**, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004.

Tescilsiz Markaların Korunması

YASAMAN, Hamdi, Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, C. I, İstanbul, 2002.

YASAMAN, Hamdi, Tanınmış Markalar, Halil **ARSLANLI**'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978.

AVUKATLIK ORTAKLIĞININ DİĞER ORTAKLIK TÜRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ARSLAN*

Arş. Gör. Mücahit ÜNAL**

ÖZET

Ticari hayatta aynı piyasada birbirleri ile rekabet eden müteşebbisler piyasada tutunabilmek için çoğu zaman işbirliği yapmak ve güçlerini birleştirmek zorunda kalmışlardır. Bu işbirliği sonucunda güçlerini birleştiren küçük işletmeler başarıya da ulaşmışlardır. Ticari hayatta olumlu sonuçlar veren bu işbirliği zamanla diğer meslek dalarına da yayılmıştır. Bu doğrultuda avukatlık mesleğinde de işbirliği yapma ve güçleri birleştirme fikri hem yüksek giderleri paylaşma hem de belli konularda profesyonelleşerek daha iyi hizmet verebilme amacıyla ortaya atılmıştır. Bunun sonucunda da çeşitli ülkelerde avukatlık mesleğinin birlikte yapılmasını sağlayacak hükümler hukuk düzeni içindeki yerlerini almışlardır. Ülkemizde 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 44. maddesi değiştirilerek “Avukatlık Ortaklığı” Türk Hukuk sistemine girmiştir. Bu çalışmada da Türk Hukuku açısından yeni bir müessese olan avukatlık ortaklığı hukukumuzda var olan diğer ortaklık türleri ile karşılaştırmış ve hukuki niteliğini belirlenmeye çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELELER: Avukat, Türkiye’de Avukatlık, Avukatlık Ortaklığı, Avukatlık Şirketi, Türk Hukukunda Avukatlık Ortaklığı.

A COMPARISON OF LAWYER PARTNERSHIP WITH OTHER TYPES OF PARTNERSHIPS AND ITS LEGAL STATUS

ABSTRACT

Entrepreneurs who compete with one another in business life in the same market have often been obliged to cooperate to survive. Small businesses that joined their powers as a result of this cooperation have attained success. This cooperation, which yielded positive results in business life, has spread to other professional branches. In this context, the idea of cooperating and joining powers has been suggested for lawyers for the purpose of sharing high costs and offering better services by going Professional in certain areas. Consequently,

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Araştırma Görevlisi

statutes which enable lawyers to perform their profession together have taken their place within the legal systems of various countries. In our country, Article 44 of the Law on the Profession of Lawyers was replaced with Law number 4667 dated 02.05.2001 and thus “Lawyers’ Partnership” entered Turkish Legal system. The present study compared lawyers’ partnership, which is a new kind of institution in terms of Turkish Legal system, with other types of partnerships that exist in our law and attempted to determine its legal status.

KEYWORDS: Lawyer, Lawyer in Turkish, Lawyer Partnership, Law Firm, Lawyer Partnerships in Turkish Law.

GİRİŞ

Bilim ve teknolojinin akıl almaz bir şekilde ilerlemesi ve küreselleşme olgusu ülkeler arası sınırları ortadan kaldırmıştır. Aynı piyasa içerisinde birbiri ile rekabet etmek zorunda kalan birçok müteşebbis, dünya piyasasında tutunabilmek için güçlerini birleştirme yoluna gitmişlerdir. Ticaret hayatında başarıyı elde edenler de kendi çabası ile ticari faaliyette bulunan küçük işletmeler değil, güçlerini birleştiren büyük müteşebbisler olmuştur.

Ticaret hayatında ortaya çıkan ve başarılı olan bu güçleri birleştirme olgusu zamanla diğer meslek dallarına da yayılmıştır. Bu doğrultuda avukatlık mesleğinde de güçleri birleştirme fikri, özellikle yüksek giderleri paylaşarak daha kolay ayakta kalabilmek gayesi ile ortaya atılmıştır.

Hukuk alanındaki gelişmeler sonucu hukukun alanını genişletmesi, yeni hukuk dallarının ortaya çıkması, bilim ve teknolojinin gelişimi sonucu hukuk kurallarının sonuca bağlamadığı yeni durumların ortaya çıkması ve ticaretin gelişmesi ile Avrupa Birliği gibi oluşumlar sonucu dünya üzerindeki hukuk kurallarını bütünleştirme ve uygunlaştırma çabaları, hukuk ilminin alanını oldukça geniş ve karmaşık hale getirmiştir. Bu durum ise hukuk alanında uzmanlaşmanın gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Nitekim bir hukukçunun önüne çıkan her olaya çözüm getirmesi veya hukuk alanlarının tamamını tüm ayrıntıları ile bilmesi mümkün değildir.

Avukatlık mesleğinde avukatların sadece bazı hukuk dallarında uzmanlaşması ise onları çeşitli konularda uzmanlaşan diğer avukatlarla birlikte çalışmaya yöneltmiştir. İşte yüksek giderleri paylaşma, bazı hukuk dallarında uzmanlaşma ve birlikte çalışma düşünceleri avukatlık mesleğinin birden çok avukat tarafından bir büroda avukatlık ortaklığı şeklinde icra edilmesi fikrini ortaya çıkarmıştır. Ancak serbest bir meslek olan ve ticari bir gayesi olmayan avukatlık mesleğinin, amacı iktisadi bir gayeyi gerçekleştirmek veya kazanç elde etmek olan ortaklık adı altında icra edilmesi fikri çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Tartışmalar çerçevesinde ileri sürülen fikirler avukatlık ortaklığına

karşı olanlar ve avukatlık ortaklığını savunanlar olmak üzere iki taraf oluşturmuştur.

Bu taraflardan avukatlık ortaklığının karşısında olanlar, ortaklık şeklinde icra edilen avukatlığın, mesleğin özellikleri ve gayesi ile bağdaşmadığını, güven duygusunu ortadan kaldırdığını, ortaklığın kar amacı güderek avukatlığı ticari faaliyet haline getireceğini, müvekkil açısından güvence teşkil eden avukatın kişisel sorumluluğunu ve avukatın bağımsızlığını ortadan kaldıracağını ileri sürmüşlerdir.

Avukatlık ortaklığı fikrini savunanlar ise, avukatlık bürosunun giderlerinin paylaşılması ve vergilerin azaltılması için ortaklığın gerekli olduğunu, geniş ve uzmanlaşmış bir kadro ile daha verimli çalışılabileceğini, rekabet gücünün artacağını, mesleğe ve hukuka daha fazla katkıda bulunulabileceğini, müvekkile karşı kişisel olarak sorumlu olan bir avukat yerine ortaklığın tüm avukatlarını sorumluluk altına sokan kurumsallaşmış ve örgütlenmiş bir avukatlık ortaklığının müvekkile daha fazla güven vereceğini ileri sürmüşlerdir.

Tartışmalar ve ileri sürülen fikirler çerçevesinde her ülke taraflardan birinde yer alarak kendi hukuk sistemine uygun bir yapıda olaya yaklaşmıştır. Dolayısıyla her ülke ya avukatlık ortaklığını kabul etmiş ve özel olarak hukuki kurallara bağlamış veya hukuk sistemlerinde var olan ortaklık türleri ile ilişkilendirmiş ya da avukatlık ortaklığını reddetmiştir.

Türkiye uzun süre avukatlık ortaklığını reddeden tarafta yer almıştır. Bu süre içerisinde Türkiye, avukatların birlikte çalışmasını veya birbirinden yardım almasını kabul etmiş ancak avukatlık ortaklığını kabul etmemiştir.

Nihayet, dünyadaki gelişmeler paralelinde ve günün ihtiyaçları çerçevesinde 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 44. maddesi değiştirilerek “Avukatlık Ortaklığı” Türk Hukuk sistemine girmiştir. Daha sonra 25.11.2001 tarihinde Türkiye Barolar Birliğince hazırlanan Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği ile avukatlık ortaklığının ayrıntıları düzenlenmiştir. Yine avukatlık ortaklığına ilişkin ayrıntıları düzenlemek ve uygulamada birliği sağlamak amacıyla Avukatlık Kanunu (m.44, m.95, m.121) ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde (m.5, m.8, m.10, m.12) yer verilen Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesi Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanarak yayınlanmıştır. Ancak bu düzenlemelerde avukatlık ortaklığının hukuki statüsü tam olarak belirlenmediği gibi avukatlık ortaklığı Türk Hukukunda var olan ortaklık türleri ile de ilişkilendirilmemiştir.

1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 44. maddesinde düzenlenen ve avukatlık mesleğinde ortaklaşa çalışma imkanı tanıyan iki müessese mevcuttur. Bunlar “Aynı Büroda Birlikte Çalışma” ve “Avukatlık Ortaklığı”dır. Aynı

büroda birlikte çalışma adı altında düzenlenen avukatlık mesleğinde ortaklaşa çalışma müessesesi, daha önce de Türk Hukukunda var olan ve var olmasa bile adi ortaklık şeklinde gerçekleştirilmesi mümkün olan bir müessesedir. Dolayısıyla aynı büroda birlikte çalışma müessesesi Türk Hukuku açısından bir yenilik değildir. Bu nedenle “Aynı Büroda Birlikte Çalışma” bu çalışmanın kapsamı içerisine alınmamış ve çalışmanın konusu Türk Hukuku açısından yeni bir müessese olan “Avukatlık Ortaklığı” ile sınırlandırılmıştır.

İşte bu çalışma, Türk Hukuku açısından yeni bir müessese olan avukatlık ortaklığını diğer ortaklık türleri ile karşılaştırarak hukuki statüsünü belirlemek amacıyla hazırlanmıştır. Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle avukatlık ortaklığının tanımı verilecek ve tanımında yer alan unsurlar incelenecek daha sonra ise bu unsurlardan yola çıkılarak avukatlık ortaklığı diğer ortaklık türleri ile karşılaştırılacak ve hukuki statüsü belirlenmeye çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK

Türk Hukuk Sisteminde avukatlıkta ortak çalışma ile ilgili ilk hüküm¹, konuya dolaylı olarak değinen 1884 tarihli Dava Vekilleri Hakkında Rumeli Şarkıye Mahsus Kanunu Vilayetin 16. maddesidir. Daha sonra 1925 tarihli “İstanbul Barosu Nizamname-i Dahili” sinin 27. maddesinde ortak çalışma ile ilgili yine dolaylı bir hüküm yer almaktadır. 27 Haziran 1938 tarih ve 3499 Sayılı Avukatlık Kanununun 27 ve 32. maddeleri de avukatların müşterek büro açarak ortak çalışabileceklerini dolaylı olarak düzenlemiştir². Ortak çalışmayı ilk kez açık olarak düzenleyen ise 1136 sayılı Avukatlık Kanunudur. Avukatlık Kanunu “Ortak Avukat Bürosu Halinde Birlikte Çalışma” konu başlıklı 44. maddesinde avukatlıkta ortak çalışmayı düzenlemiştir.

“Avukatlık ortaklığı” kavramı ise Türk Hukuk sistemine 1136 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 sayılı Kanunun 30. maddesi ile girmiştir. Türk Hukuk sistemine 4667 Sayı ve 02.05.2001 tarihli Kanun ile girmiş olmasına rağmen avukatlık ortaklığı, ülkemizde ve diğer bazı

¹ Türkiye’de avukatlık mesleği ile ilgili ilk düzenlemeler, “1870 tarihli İstanbul Barosu Derneği Tüzüğü” ve “13.01.1876 tarihli Dava Vekilleri Hakkında Nizamname” dir. Bu düzenlemelerde avukatlık mesleğinin ortaklaşa icra edilmesine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. 1870 tarihli İstanbul Barosu Derneği Tüzüğü ve 13.01.1876 tarihli Dava Vekilleri Hakkında Nizamname için bkz. Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi Türkiye Barolar Birliği Yayınları 5, İstanbul 1972, s.3 vd

² **ARIHAN** Taylan / **KOÇAK** Aslı, Avukatlıkta Ortak Çalışma, ABD 1997, S.2, s.18.

ülkelerde öteden beri tartışılan ve hakkında çeşitli düzenlemeler yapılan bir konu olmuştur³.

Fransa'da avukatlık ortaklığına⁴ dair ilk düzenleme 1972 tarihli olup 84 maddeden oluşmaktadır. Ayrıca 27 Kasım 1991 tarihli ve 286 maddeden oluşan avukatlık mesleğinin organizasyonuna dair 1197 sayılı Kararname bulunmaktadır⁵. İngiltere'de de 1.1.1992 tarihinde yürürlüğe giren avukatlıkta şirketleşme ile ilgili bir düzenleme bulunmaktadır⁶.

Almanya'da⁷ avukatların limited şirket şeklinde örgütlenerek avukatlık mesleğini ortak yürütmesine, Bayern Eyalet Mahkemesinin 24.11.1994 tarih ve 3 ZBR 115/94 sayılı kararı⁸ ile izin verilmiştir⁹. Almanya'da, avukatlık mesleğinin ortak yürütülmesine olanak sağlayan bir diğer düzenleme, 1995

³ **GÜNER** Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2002, s.499; **HAKİMOĞLU** Kenan, Avukatlıkta Ortak Çalışma ve Uzmanlaşma, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara 2000, s.245

⁴ Fransa'daki avukatlık şirketleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÜNALÇIN** Pınar, Fransa'da Avukatlık Şirketi, TBBD 1999, S.2, s.519 vd.; **GÜNER**, s.505

⁵ **SUNGURTEKİN** Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri İzmir 1999, s.139.

⁶ **KİP** Levent, Avukatlık Şirketleri – Başka Şehirde Büro Açma – Meslekte Uzmanlık- ve Reklam Yasağı, İst.BD. 1992, S.7-8-9-, s.675 vd.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜNER**, s.504

⁸ Bayern Eyalet Mahkemesinin kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ARIHAN / KOÇAK**, s.22 vd.; **ARINIR** Turhan, Avukatlıkta Ortak Çalışma ile ilgili Yeni Alternatifler – Federal Almanya'dan İki Örnek, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği – Sempozyumu 25-29 Ekim 1995 Antalya, s.115 vd.; Bayern Eyalet Mahkemesi kararının Türkçe çevirisi için bkz. **KENDİGELEN** Abuzer / **DOĞAN** Fatih, Avukatlık Mesleğinin Birlikte İcrası, AÜEHFD 2003, S.1-2, s.315 vd.; Kararın orijinal Almanca metni için bkz. OLG- Bayern Beschluss vom 24.11.1994 3 ZBR 115/94, Neue Juristische Wochenschrift, Jahrgang, Heft 1995/3, s.199 vd.

⁹ Avukatların limited şirket şeklinde örgütlenerek avukatlık mesleğini ortak yürütmesine izin veren Bayern Adalet Mahkemesinin kararına benzer kararlar için bkz. Bamberg Eyalet Yüksek Mahkemesi 3.Hukuk Dairesinin 01.02.1996 tarihli kararı (MDR 1996, s.423); Baden-Baden İstinaf Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 01.05.1996 tarihli kararı (GmbHR 1996, s.924); Baden Württemberg-AnwGH'nin 13.03.1997 tarihli kararı (NJW 1998, s.270); Köln Eyalet Yüksek Mahkemesinin 12.05.1997 tarihli Kararı (NJW 1998, s.271); Bayern Eyalet Yüksek Mahkemesinin 28.08.1996 tarihli kararı (NJW 1996, s.3217-3218). Bkz. **KENDİGELEN / DOĞAN**, s.318 dn.12 ve dn.13.

yılında yürürlüğe giren¹⁰ “Ticari Bir Mesleği İcra Etmeyen Kişilerin Ortaklık Kurarak Mesleklerini Yapmalarına Dair Kanun¹¹” dur¹². 1998 yılında Alman Federal Avukatlık Kanununda¹³ yapılan değişikliklerden¹⁴ sonra ise avukatlık mesleğinin limited şirket şeklinde ortaklaşa yürütülmesi yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur¹⁵.

Bu ülkelerin dışında Danimarka, Norveç, Hollanda, İsveç gibi¹⁶ Avrupa Birliği¹⁷ ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletlerinde de avukatlık mesleğinin ortaklık şeklinde icra edilmesi mümkündür¹⁸.

Çeşitli dünya ülkelerinde avukatlık mesleğinin ortaklık şeklinde icra edilmesinin mümkün olduğu yıllarda, Türkiye’de de avukatlık mesleğinin ortaklık şeklinde icra edilmesi için çeşitli çalışmalar yapılmış ve bir takım kanun

¹⁰ Kanun 25.07.1994 tarihinde kabul edilmiş 01.07.1995’te yürürlüğe girmiştir.

¹¹ Bu kanunun Almanca ismi Gesetz über die Partnerschaftsgesellschaft Anhängiger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz) dir. Bu kanun için bkz. Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften und zur Aenderung anderer Gesetze, BGBl 1994 I, 1744.

¹² **ARIHAN / KOÇAK**, s. 27; **TURANBOY**, Asuman, Avukatlık Ortaklığı, AÜHFD 2001, S.4, s.42.

¹³ Bundesrechtsanwaltsordnung

¹⁴ 1997 yılında bir tasarı hazırlanmış (Tasarı için bkz. ZIP 1997, 1518) ve bu tasarı 07.09.1998 tarihinde Federal Resmi Gazetede yayınlanarak, Alman Federal Avukatlık Kanununa, avukatlık mesleğinin limited şirket şeklinde ortaklaşa yapılmasına ilişkin §59c - §59m maddeleri eklenmiştir.

¹⁵ Alman Federal Avukatlık Kanununa, avukatlık mesleğinin limited şirket şeklinde ortaklaşa yapılmasına ilişkin eklenen §59c - §59m maddelerinin Türkçe tercümesi için bkz. **KENDİGELEN** Abuzer / **DOĞAN** Fatih, Avukatlık Mesleğinin Birlikte İcrası, AÜEHFD 2003, S.1-2, s.336 vd.

¹⁶ Bu ülkelerde avukatlık mesleğinin ortaklaşa yapılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ARIHAN** Taylan / **KOÇAK** Aslı, Avukatlıkta Ortak Çalışma, ABD 1997, S.2, s.29 vd.

¹⁷ Avrupa Birliğinde avukatlık mesleğinin ortaklaşa yapılmasına ilişkin uygulamalar ve tarihi gelişim için bkz. **GÜNER**, s.506. Ayrıca bkz. **TURANBOY** s.54.

¹⁸ **GÜNER**, s.506; Avrupa Birliğinde Avukatlık Mesleği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **YILMAZ** Ejder, Avrupa Birliği ile Bütünleşmede Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği – Sempozyum 25-29 Ekim 1995 Antalya, s.277 vd.

teklifleri¹⁹ gündeme gelmiştir. Aynı dönemde Türk Hukuk sistemine girecek avukatlık ortaklığının olumlu ve olumsuz yönleri de tartışılmıştır²⁰.

Nihayet, 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanununun 30. maddesi ile 18.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 44. maddesi değiştirilmiş ve Avukatlık Ortaklığının Türk Hukuk sistemine girmesi sağlanmıştır²¹.

II. AVUKATLIK ORTAKLIĞININ TANIMI ve UNSURLARI

A. AVUKATLIK ORTAKLIĞININ TANIMI

Avukatlık Ortaklığı, Avukatlık Kanununun²² 44. maddesinde²³ tanımlanmıştır. Bu hükme göre, “avukatlık ortaklığı, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın bu kanuna göre mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişiliktir”. Bu tanım maddesi avukatlık ortaklığının tüm unsurlarını içermese de avukatlık ortaklığı hakkında kısa ve öz bir bilgi vermektedir. Öte yandan

¹⁹ Bu konudaki çeşitli kanun teklifleri için bkz. **ARIHAN / KOÇAK**, s.38; **SURLU** Mehmet Handan, İz.BD.1996, S.2, s.90; **İNANICI** Haluk, Avukatlık Mesleğinde İhtisaslaşma ve Şirketleşme, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği – Sempozyum 25-29 Ekim 1995 Antalya, s.142; İzmir Barosunca hazırlanan kanun teklifi için bkz. İzmir Barosu Dergisi 1996, S.2, s.118; Türkiye Barolar Birliğince hazırlanan kanun teklifi için bkz. İzmir Barosu Dergisi 1996, S.2, s.120.

²⁰ **GAGO** Pulat Hüseyin, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1996, s.115; **DENİZ** Bülent, Hukuk Bürolarının Şirketleşmesinde Otomasyonun Rolü, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği – Sempozyum 25-29 Ekim 1995 Antalya, s.147; **İNANICI**, s.139-140.

²¹ Daha sonra 25.11.2001 tarihinde Türkiye Barolar Birliğince hazırlanan Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği ile avukatlık ortaklığının ayrıntıları düzenlenmiş ancak hukuki statüsü tam belirlenmemiştir. Yine avukatlık ortaklığına ilişkin ayrıntıları düzenlemek ve uygulamada birliği sağlamak amacıyla Avukatlık Kanunu (m.44, m.95, m.121) ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde (m.5, m.8, m.10, m.12) yer verilen Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesi Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanarak yayınlanmıştır. Ancak bu düzenlemede avukatlık ortaklığının hukuki niteliğine yer vermemiştir. Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesi için bkz. <http://www.barobirlik.org.tr>.

²² 19.03.1969 tarihinde kabul edilen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu RG. 07.04.1969 S.13186.

²³ 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 44. maddesi 4667 sayılı kanun ile değiştirilmiştir. 4667 sayılı kanun için bkz. RG. 10.5.2001 S.243985.

Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinin²⁴ amaç başlığını taşıyan birinci maddesi²⁵ avukatlık ortaklığının tanımını yapmamakta ancak tanıma ilişkin birtakım unsurlara yer vermektedir.

Avukatlık Kanununun 44. maddesi ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinin tamamı dikkate alınarak Avukatlık Ortaklığı, “Aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın, aralarında imzaladıkları bir sözleşme²⁶ ile ticari olmayan meslek çalışmalarını ortak bir unvan altında ve ortaklarının müştereken ve sınırsız şekilde sorumlu olduğu, bir tüzel kişilik şeklinde yürütmeleridir” şeklinde tanımlanabilir²⁷.

Avukatlık ortaklığının bu tanımından çeşitli unsurları ortaya çıkmaktadır.

B. AVUKATLIK ORTAKLIĞININ UNSURLARI

1. BİR DEN ÇOK ORTAK

Avukatlık ortaklığının birden çok kişiyle kurulacağı Avukatlık Kanunu m.44/B’de belirtilmiştir. Kanunda belirtilmemiş olsa bile “ortaklık” ibaresinin geçmesi avukatlık ortaklığının birden çok kişi tarafından oluşturulacağını göstermektedir.

Avukatlık Kanunu m.44 avukatlık ortaklığını oluşturan ortakların gerçek veya tüzel kişi olup olamayacağı hakkında açık bir düzenleme getirmemiştir. Ancak avukatlık ortaklığının unvanına ilişkin, “ortaklardan bir ya da birden çok kişinin ad ve/veya soyadlarına avukatlık ortaklığı ibaresi eklenir²⁸” biçimindeki düzenlemeden ortakların, gerçek kişi olması gerektiği

²⁴ Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği için bkz. RG. 25.11.2001 S.24594.

²⁵ Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinin amaç başlığını taşıyan birinci maddesi şu şekildedir. “Bu Yönetmelik, avukatlık hizmeti vermek üzere faaliyette bulunacak, tüzel kişiliği haiz avukatlık ortaklıklarının; kuruluş, işleyiş, ve sona ermesine ilişkin kuralları belirlemek amacıyla düzenlenmiştir”.

²⁶ Bu sözleşme aynı zamanda avukatlık ortaklığının ana sözleşmesidir. Ana sözleşme, Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde belirtilen Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesine uygun olmalıdır.

²⁷ Farklı avukatlık ortaklığı tanımları için bkz. **TURANBOY**, s.42; **GÜNER**, s.509.

²⁸ “Ortak avukatlık bürosunda yalnız öz ad ve soyadının kullanılabilceği yolundaki kısıtlamanın amacı, avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu gözetilerek, bu niteliğe ve mesleğin onuruna uygun düşmeyecek, ticarete mahsus bir işyeri izlenimi uyandırabilecek ve rekabete neden olabilecek türde büro isimlerinin kullanılmasının önlenmesidir. Yasanın ilgili maddesi mutlaka öz ad ve soyadının birlikte kullanılması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Yalnız

çıkartılabilir²⁹. Ayrıca Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.12/a da “Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesi’nde ortakların ad ve soyadlarının bulunması gerektiğine” dair düzenleme ile açık şekilde olmasa da avukatlık ortaklığının ortaklarının ancak gerçek kişi olabileceğini belirtilmektedir.

Avukatlık mesleğine kabul şartlarını taşıyan Avukatlık Kanununun 3. maddesi Avukatların Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması şartını aramaktadır. Yukarıda yaptığımız açıklamalar ile Av.K. m.3 birlikte değerlendirdiğinde avukatlık ortaklığı ortaklarının sadece Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler olacağı düşünülebilir. Ancak Av.K. m.44 ve Av.Ort.Yön. m.2 ve m.11 yabancı avukatlık ortaklıklarının³⁰ da Türkiye’de faaliyet gösterebileceği kuralını getirmiştir. Böylece avukatlık ortaklığına ortak olabilme hem Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı hem de yabancı uyruklu gerçek kişi avukatlara açık şekilde düzenlenmiştir.

2. ORTAKLARIN AVUKAT SIFATI

Avukatlık ortaklığının tanımını yapan Av.K.m.44/B “aynı baroya kayıtlı birden çok avukat”, ibaresi ile avukatlık ortaklığını oluşturan ortakların ancak avukat sıfatını³¹ haiz kişilerden oluşabileceğini düzenlemiştir³².

Avukat sıfatını haiz olmak hem avukatlık ortaklığı kurulurken³³ hem de avukatlık ortaklığı payı devralınırken önem taşımaktadır. Av.K.m.44/B ve Av.Ort.Yön.m.16 ortaklık payının ancak avukat sıfatını haiz kişilere

soyadının kullanılması da yukarıda değindiğimiz sakıncalara yol açmayacağı için mümkündür. Kovuşturma konusu olayda her üç avukatın da soyadları “Kuru” olduğundan, “Kurular Hukuk Bürosu” ibaresinin kullanılmasında Yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.” TBB Disiplin Kurulu, T.13.09.1997 E.97 K.81 (GÜNER, s.507)

²⁹ GÜNER, s.510

³⁰ Yabancı Avukatlık Ortaklıkları yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde ve müttekabiliyet esasına göre Türkiye’de kurulabilir ve ancak yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık yapabilirler. (Av.Ort.Yön.m.2 ve m.11)

³¹ Avukat sıfatının nasıl kazanıldığı ve avukatlık mesleğine kabul için aranan şartlar Avukatlık Kanununda düzenlenmiştir. Avukatlık mesleğine kabul şartları için bkz. Av.K. m.3.

³² TURANBOY, s.46; GÜNER, s.510

³³ Avukatlık ortaklığı ortaklarının, ortaklık kurulurken avukat sıfatını haiz olmaları gerektiği gibi ortaklık devam ettiği sürece de avukat sıfatını haiz olmaları gerekir. Çünkü avukat sıfatını kaybeden kişi avukatlık ortaklığındaki avukatlık sıfatını da kaybeder. Bkz. Av.Ort.Yön. m.16, m.25, m.26.

devredilebileceğini belirtmektedir. Kanun koyucu bu düzenleme ile kuruluş aşamasında tüm ortakları avukat olan avukatlık ortaklığının kuruluşta sonra da bu özelliğini korumasını istemiştir. Kanun koyucu böyle bir düzenleme getirerek ortaklık payının devrinin ancak avukat sıfatını haiz kişilere yapılabileceğine dair kanuni bir bağlam da getirmiştir³⁴.

Sonuç olarak, avukat ortaklığını hem başta kuran ortaklar hem devam ettiren ortaklar hem de sonradan ortaklık paylarını devralarak ortak olanlar, ancak meslektan kişiler³⁵ yani avukat sıfatını haiz kişiler olabilir.

3. AYNI BAROYA KAYITLI OLMA

Avukatlık Ortaklığını oluşturan ortakların avukat sıfatını haiz olmasının yanında tamamının aynı baroya kayıtlı olması gerekmektedir. Bu kural Av.K.m.44/B ve Av.Ort.Yön.m.7’de düzenlenmiştir³⁶.

Avukatlık Kanunu m.77’e göre bölgesi içinde en az otuz avukat bulunan her il merkezinde bir baro kurulur. Kurulmuş barolardaki avukat sayısının otuzun altına düştüğü veya baro kurulamayan yerlerin en yakın baroya bağlanmasına veya bunların birleştirilerek bir baro kurulmasına ve merkezlerinin belirlenmesine Türkiye Barolar Birliği tarafından karar verilir. İşte “aynı baroya kayıtlı olma” şartındaki aynı baro kavramı da Av.K.m.77’e göre Türkiye Barolar Birliği tarafından tescilleri yapılan barolar dikkate alınarak değerlendirilir³⁷.

4. ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ

Avukatlık ortaklığının kurulabilmesi için bir sözleşmenin varlığı ve bu sözleşmenin tüm ortaklar tarafından imzalanması gerekmektedir³⁸. Bu sözleşmenin aynı zamanda Türkiye Barolar birliği tarafından düzenlenen³⁹

³⁴ Avukatlık Kanunu m.3’e göre avukatlığa kabul şartları:

- a. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak.
- b. Türk Hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olupta Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı sınav vermiş bulunmak,
- c. Avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmak,
- d. Avukatlık sınavını başarmış olmak.
- e. Levhasında yazılmak istenen baro bölgesinde ikametgahı bulunmak,
- f. Bu kanuna göre avukatlığı engel bir hali olmamak gerekir.

³⁵ **SUNGURTEKİN**, Avukatlık Mesleği, s.143.

³⁶ **GÜNER**, s.510

³⁷ **TURANBOY**, s.43.

³⁸ **GÜNER**, s.509

³⁹ Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesi ve Yabancı Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesi için bkz. www.barobirlik.org.tr.

“Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesi”ne⁴⁰ uygun olması gerekmektedir (Av.Ort.Yön.m.12). Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesine uygun olarak hazırlanan ortaklık ana sözleşmesine, sözleşmeyi imzalayan ortakların belirlediği özel hükümler de konulabilir (Av.Ort.Yön.m.5). Ancak bu özel hükümler, Avukatlık Kanununa, Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğine, hukuka, ahlaka, meslek kurallarına, mesleğin onuruna ve bağımsızlığına aykırı olamaz.

Kanunun, ‘avukatlık ortaklığı ana sözleşmesinin, Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesine uygun olması ve tüm ortaklarca imzalanması gerektiği’ kuralını getirmesi, kanun koyucunun ortaklık ana sözleşmesinin yazılı olması ve yazılı şeklin geçerlilik şekli olmasını istediğini ortaya koymaktadır⁴¹.

Kuruluş aşamasında tüm ortaklarca hazırlanıp imzalanan⁴² ortaklık ana sözleşmesi ortaklar kurulu⁴³ tarafından değiştirilebilir. Ortaklar kurulunun görevlerini sayan Av.Ort.Yön.m.18/k’daki “Ortaklık ana sözleşmesinde ihtiyaç duyulacak değişiklikler konusunda karar vermek” hükmü ile sözleşmeyi değiştirme görevi ortaklar kuruluna verilmiştir.

Ortaklar kurulu tarafından ana sözleşmenin değiştirilebilmesi için adi nisap yeterlidir. Çünkü kanunda herhangi bir ağırlaştırılmış nisap belirtilmemiştir. Nitekim ortaklıktan çıkarılmayı düzenleyen Av.Ort.Yön.m.26

⁴⁰ Av.Ort.Yön.m.12’ye göre Avukatlık Ortaklığı Tip Ana Sözleşmesi aşağıdaki hususları kapsar: a. Ortakların adı soyadı, uyruğu ve açık ikamet adresleri, kayıtlı oldukları Baro, Baro sicil ve birlik numaraları, b. Ortaklığın ünvanı ve adresi, c. Ortaklığın süresi, d. Ortaklık payları, e. Ortaklar arasındaki ilişkiler ve uyuşmazlıkların çözümü esasları, f. İş ve davalarla ilgili iş bölümü esasları, g. Yönetici ortakların yetkileri, h. Ortaklığın yönetimi ve temsili, ı. Ortaklar Kurulu, j. Kurulun görev ve yetkileri, k. Gelir ve giderin paylaşılması, l. Denetim, m. Ortaklıktan çıkma., n. Ortaklıktan çıkarılma, o. Pay devri ve hükümleri, p. Ortaklığın sona ermesi, r. Fesih, infisah, s. Tasfiye

⁴¹ **TURANBOY**, s.42; **GÜNER**, s.509

⁴² Avukatlık Kanununda ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde imzaların nerede ve nasıl atılacağına dair bir açıklama bulunmamaktadır. Bu yüzden ana sözleşmenin tüm ortaklarca imzalanması yeterli görülmelidir. Ticaret Kanununda yer alan ortaklıkların kuruluşunda ortakların imzalarının noterce onanması koşulu bulunmaktadır. Avukatlık ortaklığında ise, Ticaret Kanunundan farklı olarak, ortaklığın kurulması sırasında ortaklarca hazırlanan ana sözleşmenin altındaki imzaların noterlikçe onanması, kanunda ve yönetmelikte bu yönde bir şart olmadığı için, zorunlu değildir. Aynı yönde bkz. **GÜNER**, s.510.

⁴³ Ortaklar Kurulu ortaklığın tüm pay sahiplerinden oluşan topluluğa verilen addır. Ortaklar kurulu için bkz. Av.Ort.Yön.m.17.vd.

ortaklıktan çıkarılma için ortaklar kurulunun üye tam sayısının ¾'ü ile karar vereceğini belirtmiştir. Sözleşmenin değiştirilmesinde böyle ağırlaştırılmış bir nisap öngörülmediği için adi nisap avukatlık ortaklığı ana sözleşmesinin değiştirilmesi için yeterlidir⁴⁴. Ancak ortaklar ana sözleşmeye, sözleşme değişikliği için ağırlaştırılmış nisap aranacağı şartını koyabilirler. Çünkü ana sözleşme ile ortaklar kurulunun toplantı ve karar nisapları serbestçe düzenlenebilir (Av.Ort.Yön.m.17/II).

5. AVUKATLIK MESLEĞİNİN YÜRÜTÜLMESİ

Hukukumuzda yer alan ortaklıkların tamamı belli bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulmaktadır⁴⁵. Avukatlık ortaklığı ise Av.K.m.44/B ve Av.Ort.Yön.m.1'e göre avukatlık hizmeti vermek üzere kurulmalıdır. Dolayısıyla avukatlık ortaklığının amacı da avukatlık mesleğinin yürütülmesidir⁴⁶.

Ticaret Kanunu, ortaklık⁴⁷ türlerini 136. maddesinde saymıştır⁴⁸. Bu hükme göre ticaret ortaklıkları kolektif, komandit, limited, anonim ve kooperatif şirketlerdir. Bu ortaklıkların her biri de belli bir amacı gerçekleştirmek için kurulmaktadır. Kolektif ve komandit şirketler ticari işletme işletmek amacı ile kurulurken (TK.m.153, m.243), limited ve anonim şirketler her türlü iktisadi amacı gerçekleştirmek için kurulmaktadır. (TK.m.271, m.503)⁴⁹ Kooperatifler ise üyelerinin ihtiyaçlarını korumak amacıyla kurulmaktadır (Koop.K.m.1)⁵⁰.

Avukatlık ortaklığının amacı avukatlık mesleğinin yürütülmesi olduğu için kolektif, komandit, limited, anonim ve kooperatif şirketlerin amacı ile avukatlık ortaklığının amacı benzerlik göstermemektedir. Çünkü avukatlık ortaklığının amacı ne ticari bir işletme işletmek ne iktisadi bir amacı gerçekleştirmek ne de üyelerinin ihtiyaçlarını karşılamaktır⁵¹. Nitekim

⁴⁴ **GÜNER**, s.519

⁴⁵ **ARSLAN** İbrahim, Şirketler Hukuku Bilgisi, Konya 2005, s.12-13.

⁴⁶ **GÜNER**, s.512

⁴⁷ Türk Ticaret Kanunu dışında çeşitli özel kanunlarla da ortaklıklar düzenlenmiştir. Örneğin Sigorta Şirketleri ve Bankalar.

⁴⁸ TK.m.136'da sayılmamakla beraber Donatma iştiraki ve yapı ortaklığı da Ticaret Kanununda düzenlenen ortaklıklardandır. Donatma iştiraki hakkında bkz. **KARAHAN** Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2005, s.88 vd.

⁴⁹ TK. m.503'te limited şirketlerin her türlü iktisadi amaç için kurulabileceği açıkça belirtilmemekle birlikte, TK. m.503/III'ün TK. m.271'e yaptığı yollama nedeniyle limited şirketler de her türlü iktisadi amaç için kurulabilir.

⁵⁰ **ARSLAN**, s.12

⁵¹ **GÜNER**, s.513

Av.Ort.Yön.m.4 ‘avukatlık ortaklığının çalışması meslek çalışması olup, ticari sayılmaz’ kuralını koyarak bunu belirtmiştir. Av.Ort.Yön.m.4. avukat ortaklığının ticari sayılmayacağını belirtmese bile avukatlık ortaklığı ticari sayılmayacaktı. Çünkü avukatlık ortaklığının konusu avukatlık mesleğinin yürütülmesi olup, avukatlık mesleği ticari bir amaç için yapılamaz⁵². Avukat için öngörülen ticari amaç için işini yapamama yasağı avukatın ortakları ve yanında çalıştırdığı avukatlar için de geçerlidir⁵³.

6. TÜZEL KİŞİLİK

Av.K.m.44/B ve Av.Ort.Yön.m.1’e göre kurulacak olan avukatlık ortaklığı tüzel kişiliği haizdir. Avukatlık ortaklığı kurumunu getiren 4667 sayılı Kanun aynı zamanda avukatlık ortaklığına tüzel kişiliği haiz olma özelliğini de vermiştir. 4667 sayılı Kanundan önce avukatlık ortaklığının kurulup kurulamayacağı⁵⁴ ve kurulursa tüzel kişiliği haiz olup olmayacağı⁵⁵ tartışılmaktaydı. Hatta böyle bir ortaklık oluşturan avukatların cezai müeyyideyle karşılaşması mümkündür⁵⁶.

4667 sayılı Kanun öncesi yapılan tartışmalarda genel itibariyle avukatlık ortaklığına Kanun tarafından tüzel kişilik tanınmadığı bu yüzden de

⁵² Sungurtekin’e göre avukatlık niteliği itibariyle kar gütme ile bağdaştırılmaz, zira bir kamu hizmetidir. (SUNGURTEKİN, Avukatlık Mesleği, s.133).

⁵³ “... yasaklayıcı hüküm avukatın ortağını da kapsar.” TBB.YKK.24.2.1973 (MÜDERRİSOĞLU Feridun, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi, Ankara 1974, s.591).

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **FERAİH** Hüseyin Avni, Avukatlık Şirketlerinin Kuruluş Tartışmaları ile İlgili Bir Değerlendirme, TBBD 1998, S.1, s.73 vd.; **SURLU**, s.87, vd.

⁵⁵ **İNANICI**, Haluk, Avukatlık Mesleğinde İhtisaslaşma ve Şirketleşme, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği Sempozyumu, 25-29 Ekim1995 Antalya , s.138; **SUNGURTEKİN**, Avukatlık Mesleği, s.135.

⁵⁶ “Tacirlik, avukatlıkla birleşmeyen işler arasındadır. Ortakları avukat olsa da “tacir” olan ve dolayısıyla hukuksal yapısı itibariyle ticari amaç gütmesi doğal olan bir ticaret şirketinin baroya kaydedilmesi yalnız avukatların yapabileceği işlerle meşgul olması olanaksızdır.” İstanbul Barosu Disiplin Kurulu 25.1.1997 tarih ve 144/9 sayılı bu kararıyla “Yasa Uluslar arası Hukuk Ticaret ve Temsilcilik Hizmetleri Limited Şirketi”ni kuran avukatlar disiplin cezası ile cezalandırmıştır. (ABD 1997, S.2, s.144).

tüzel kişiliği haiz olamayacağı belirtilmekteydi⁵⁷. Ancak 4467 sayılı Kanun tartışmalara son vermiş ve avukatlık ortaklığına tüzel kişilik tanımıştır.

Av.Ort.Yön.m.9'a göre Avukatlık ortaklığı, Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline yazılmakla tüzel kişilik kazanır⁵⁸. Avukatlık Ortaklığı Siciline yazılmadan diğer bir deyişle tüzel kişilik kazanmadan önce ortaklık unvanı kullanamaz ve ortaklık adına mesleki faaliyette bulunamaz (Av.Ort.Yön.m.9). Avukatlık ortaklığı, Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline kaydedilmeden kurulmuş sayılmaz. Dolayısıyla avukatlık ortaklığının kuruluşunda sicile kayıt ihbari değil, ihdasidir⁵⁹.

Avukatlık Ortaklığının tüzel kişilik kazanmak için yapacağı başvuru ortaklığı kurmak isteyen avukatların tümünün imzasını taşıyan bir dilekçe ile yapılır. Başvurunun yapılacağı yer, ortaklık avukatlarının tamamının kayıtlı olduğu barodur. Avukatlık Ortaklığı kurma başvurusu Baro Yönetim Kurulu tarafından kanun ve yönetmeliğe uygun bulunduğu takdirde, Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline⁶⁰ yazılır (Av.Ort.Yön.m.9). Böylece Avukatlık Ortaklığı tüzel kişilik kazanır, ortaklık unvanını kullanarak, ortaklık adına mesleki faaliyetlerde bulunabilir. Avukatlık ortaklığına, Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline kayıt olduğuna dair bir belge verilir.

Avukatlık ortaklığı, Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline kayıt olarak kurulmasından sona erinceye kadar⁶¹ kazanmış olduğu bu tüzel kişiliği haizdir. Tasfiye haline giren ortaklık ise tasfiye sonuna kadar, tasfiye işleriyle sınırlı kalmak koşuluyla tüzel kişiliği haizdir (Av.Ort.Yön.m.29/II). Tasfiye haline giren ortaklığın durumu Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline de işlenir (Av.Ort.Yön.m.29/IV).

⁵⁷ **SUNGURTEKİN**, Avukatlık Mesleği, s.131 vd.

⁵⁸ Avukatlık ortaklığı sicili de ticaret sicili gibi meslek kuruluşları tarafından tutulan bir sicildir. Ticaret sicili hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAHAN**, s.111 vd.

⁵⁹ Sicile kaydedilen işlemler açısından avukatlık ortaklığı sicili de ticaret sicili gibi ihbari ve ihdasi fonksiyonlara sahiptir. Ticaret sicilinin ihbari ve ihdasi fonksiyonları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz **KARAHAN**, s.125 vd.

⁶⁰ Avukatlık Ortaklığının kaydedildiği Baro Avukatlık Ortaklığı Sicili niteliği itibarıyla genel değil, özel bir sicildir. Bu sicil tüzel kişiliği bulunan bir kamu kurumu olan baro tarafından tutulduğu için, sicili kayıtları, aksi ispat olunana kadar doğru sayılır (MK.m.7).

⁶¹ Avukatlık Ortaklığı belli bir süre için kurulabileceği gibi süresiz olarak da kurulabilir. Belli süreli kurulmuş Avukatlık Ortaklığı için bu süre ana sözleşmesinde belirtilmelidir. Ana sözleşmede herhangi bir süre yoksa ortaklık süresiz kurulmuş kabul edilir (Av.Ort.Yön.m.14).

III. AVUKATLIK ORTAKLIĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK

Bir ortaklık olarak “avukatlık ortaklığı” 4667 sayılı Kanun ile hukuk sistemimize girmiş ve aynı kanun ile bu ortaklığa tüzel kişilik verilmiştir. Ancak ortaklığa verilen bu tüzel kişilik daha önce hukukumuzda var olan⁶² hiçbir ortaklıkla ilişkilendirilmemiş sadece tüzel kişiliğe sahip bir ortaklık olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiştir⁶³. Oysa diğer bazı ülkelerde avukatlık ortaklığının önceden var olan ortaklıklardan birinin statüsü içinde kurulabileceği benimsenmiştir. Örneğin, Almanya’da avukatlık ortaklığının limited şirket şeklinde kurulabileceği benimsenmiştir⁶⁴. Avukatlık ortaklığının statüsünün belirlenebilmesi için bu ortaklık türünün hukukumuzda var olan diğer ortaklık türleri ile karşılaştırılması gerekmektedir.

B. DİĞER ORTAKLIK TÜRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1.KOLLEKTİF ve KOMANDİT ORTAKLIKLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Kollektif ve komandit ortaklıklar (paylı komandit ortaklıklar dahil), ticari işletme işletmek amacıyla kururlar⁶⁵ (TK.m.153 ,m.243). Avukatlık ortaklığı ise ticari amaç için değil avukatlık mesleğinin icrası için kurulur⁶⁶. Nitekim Av.Ort.Yön.m.4’e göre avukatlık ortaklığının çalışması meslek çalışması niteliğinde olup ticari sayılmaz. Bu yüzden kollektif veya komandit ortaklık statüsü avukatlık ortaklığı için uygun değildir.

Nitelik olarak kollektif ve komandit ortaklık gibi şahıs ortaklıkları statüsüne alnamayan avukatlık ortaklığı, vergi hukuku bakımından ise, bu şahıs şirketleri ile ilişkilidir. Av.K.m.44/B ve Av.Ort.Yön.m.4’e göre avukatlık ortaklıklarına vergilendirme bakımından şahıs şirketlerine ilişkin hükümler

⁶² Limited, anonim, kollektif, komandit ortaklıklar, kooperatifler veya adi ortaklık ile ilişkilendirilmemiştir.

⁶³ Fransa’da da avukatlık ortaklığı önceden varolan herhangi bir ortaklık türü ile ilişkilendirilmemiştir. Fransa’da avukatlık ortaklığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNALÇIN, s.549 vd.

⁶⁴ Almanya’da Bayern Eyalet Yüksek Mahkemesi 3.Hukuk Dairesinin 24.11.1994 tarihli kararıyla avukatlık ortaklığının limited şirket şeklinde kurulabileceği kabul edilmiştir. Bu kararın Türkçe tercümesi için bkz. **KENDİGELEN** Abuzer / **DOĞAN** Fatih, Avukatlık Mesleğinin Birlikte İcrası – Avukatlık Limited Şirketi AÜEHFD.2003, Zb1-2, s.315 vd. Ayrıca bu karar hakkındaki yorumlar için bkz. **ARINIR**, s.115 vd.

⁶⁵ **ARSLAN**, s.12

⁶⁶ Avukatlık ortaklığının kuruluş amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II.5.

uygulanır. Gelir Vergisi Kanunu m.65'e göre, kolektif, adi komandit ve adi ortaklıklar tarafından yapılan serbest meslek faaliyeti neticesi elde edilen kazançlar serbest meslek kazancıdır. Gelir Vergisi Kanunu bu tür faaliyetlerden dolayı kişi ortaklıklarının sağladıkları kazancı serbest meslek kazancı saymıştır⁶⁷. Serbest meslek kazancı sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan meslek faaliyeti sonucu elde edilen kazanç olarak tanımlanabilir⁶⁸ (GVK.m.65/I).

Avukat ortaklığı, nitelik olarak kolektif ve komandit ortaklık statüsünde olmamasına⁶⁹ rağmen, vergi hukuku açısından kolektif ve komandit ortaklığa⁷⁰ ilişkin hükümlere tabidir.

2.LİMİTED ve ANONİM ORTAKLIKLA KARŞILAŞTIRILMASI

Limited ve Anonim ortaklıklar ticari işletme kurmak zorunda değildirler⁷¹. Bu nedenle limited ve anonim ortaklıkların avukatların mesleklerini avukatlık ortaklığı şeklinde yürütmeleri bakımından uygun olduğu düşünülebilir⁷². Fakat limited ve anonim ortaklıklar şahıs ortaklığı değil, sermaye ortaklığıdır. Diğer bir deyişle, limited ve anonim ortaklıklar tüzel kişilerin katılımıyla da kurulabilir. Avukatlık ortaklığı ise ancak avukat sıfatını haiz gerçek kişilerce ve mesleki çalışma için kurulabilen bir şahıs ortaklığıdır. Tüzel kişiler veya başka bir avukatlık ortaklığı, avukatlık ortaklığında ortak olarak yer alamaz. Öte yandan, limited ve anonim ortaklıkların amacı, her türlü iktisadi faaliyetin gerçekleştirilmesidir (TK.m.271, m.503)⁷³. Avukatlık ortaklığının amacı ise ticari olmayıp, serbest bir meslek olan avukatlığın yürütülmesidir.

⁶⁷ **BİLİCİ**, s.184.

⁶⁸ Serbest Meslek Kazancı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BİLİCİ** Nurettin, Vergi Hukuku – Türk Vergi Sistemi, Ankara 2002, s.184 vd.

⁶⁹ Avukat ortaklığının kolektif ve komandit ortaklık statüsünde olmadığına dair bkz. **ARIHAN / KOÇAK**, s.34, **TURANBOY**, s.57, **SUNGURTEKİN**, Avukatlık Mesleği, s.141.

⁷⁰ Vergi hukuku açısından avukat ortaklığına kolektif ve komandit şirket statülerinin uygulanması bunların kendi niteliklerinden değil, şahıs şirketi olma özelliklerinden kaynaklanmaktadır.

⁷¹ **ARSLAN**, s.12.

⁷² **SUNGURTEKİN**, Avukatlık Mesleği, s.141, Avukat ortaklığının limited şirket şeklinde örgütlenmesinin avantaj ve dezavantajları için bkz. **ARIHAN / KOÇAK**, s.35.

⁷³ TK.m.503'te limited şirketlerin her türlü iktisadi amaç için kurulabileceği açıkça belirtilmemekle birlikte, TK.m.503/III'ün TK.m.271'e yaptığı yollama nedeniyle limited şirketler de her türlü iktisadi amaç için kurulabilir.

Anonim ortaklıklarda ortak sayısı sınırı bulunmayıp, anonim ortaklık genel itibariyle çok ortaklı oluşumlar için düşünülmüş bir ortaklık türüdür⁷⁴. Diğer yandan anonim ortaklıklarda hisse senetlerinin el değiştirmesi dolayısıyla da ortakların değişmesi oldukça kolaydır. Oysa kişisel güvenin önem taşıdığı ve kişisel ilişkilerin yoğun olduğu avukatlık mesleğinde kişi olarak avukatın şahsı, oldukça önemlidir. Ayrıca anonim ortaklıklarda sermaye unsuru ön planda olmasına rağmen, avukatlık mesleğinde sermayeden ziyade, şahsi mesai, ilmi ve mesleki bilgi daha önemlidir. Bu yüzden avukatlık ortaklığı için anonim ortaklık statüsü uygun değildir.

Limited ortaklıklarda en az 2, en fazla 50 ortak bulunabilir (TK.m.504). Hisse senetlerinin el değiştirmesi, dolayısıyla da ortakların değişmesi oldukça zordur (TK.m.520). Bu durum kişisel güvenin önem taşıdığı ve kişisel ilişkilerin yoğun olduğu avukatlık mesleği için uygundur. Ancak hisse senedi devirlerinin zor olmasına rağmen bunun mümkün olması (özellikle avukat olmayan bir ortağa devrin mümkün olması), limited ortaklıkta da anonim ortaklık gibi sermayenin ön planda olması ve özellikle şirket ortaklarının alacaklılara karşı şirkete koymayı taahhüt ettiği sermaye borcu ile sınırlı olarak sorumlu olması⁷⁵ gibi nedenlerle limited ortaklık statüsünün de avukatlık ortaklığı için uygun olmadığı söylenebilir.

Avukat ortaklığı ile limited ve anonim ortaklıkların bu özellikleri, avukatlık ortaklığı için limited ve anonim ortaklık statüsünün uygun olmadığını göstermektedir.

3. ADİ ORTAKLIKLA KARŞILAŞTIRILMASI

Ortaklıklar hukukunda “numerus clauses” ilkesi benimsenmiştir. Yani ortaklık tipleri kanunda belirtilenlerle sınırlandırılmıştır. Bunların dışında sözleşme ile yeni ortaklık türü oluşturulması mümkün değildir⁷⁶. Bir ortaklık Ticaret Kanununda tarif edilen ortaklıkların mümeyyiz vasıflarını haiz değil ise o ortaklık BK.m.520 uyarınca adi ortaklıktır⁷⁷.

⁷⁴ ARSLAN, s.133

⁷⁵ Limited ortaklıkta avukatın, şirket borçları için, alacaklılara karşı sadece ortaklığa koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarı ile sorumlu olması ve ayrıca ortaklığı sorumluluğunun sermaye miktarı ile sınırlı olması müvekkiller açısından dezavantajdır. Bu dezavantajı aşmak için çeşitli önlemler alınabilir. Örneğin ortak avukat için mesleki sorumluluk sigortası zorunlu hale getirilebilir. Bu konuda bkz. SUNGURTEKİN, Avukatlık Mesleği, s.142 ; ARIHAN / KOÇAK, s.34-35 ; SUNGURTEKİN, Şirketleşme, s.102.

⁷⁶ POROY / TEKİNALP /ÇAMOĞLU, §1 N.18.

⁷⁷ ARSLAN, s.32.

Adi ortaklık kanuna ve ahlaka aykırı olmayan her türlü amaç için kurulabilir⁷⁸. Diğer bir deyişle adi ortaklık, avukatlık mesleğinin icrası için de kurulabilir. Nitekim 4667 sayılı Kanun ile avukatlık ortaklığı hukuk sistemimize girmeden önce avukatların ortak çalışması adi ortaklık şeklinde örgütlenmekteydi. Doktrinde de avukatların ortak çalışmasının adi ortaklık şeklinde yapılabileceği savunulmaktaydı⁷⁹. Adi ortaklıkta, avukatlık ortaklığında olduğu gibi, ortaklar üçüncü kişilere karşı müteselsilen ve sınırsız olarak sorumludur. Aynı zamanda sorumluluk birinci derecede şirkete değil, ortaklara aittir. Bu özellikleri ile adi ortaklık, avukatlık ortaklığı ile pek çok yönden benzerlikler göstermektedir. Fakat bu benzerlikler avukatlık ortaklığının adi ortaklık statüsünde olduğunu söylememiz için yeterli değildir. Çünkü hem Av.K.m.44/B hem de Av.Ort.Yön.m.1 avukatlık ortaklığına tüzel kişilik tanıyarak tüzel kişiliği olmayan adi ortaklıktan avukatlık ortaklığını ayırmıştır. Dolayısıyla avukatlık ortaklığının adi ortaklık statüsünde de olmadığını söyleyebiliriz.

Kanunda düzenlenen ve tüzel kişiliği haiz avukatlık ortaklığı dışında, avukatlık mesleğinin birden çok avukat tarafından adi ortaklık şeklinde yürütülmesi ise her zaman mümkündür⁸⁰. Buna herhangi bir engel olmadığı gibi, kanuna, ahlaka aykırı olmamak şartı ile her türlü amaç için kurulabilen adi ortaklığın amacı ve adi ortaklığın elde edilen menfaatlerden ortaklaşa faydalanma gayesi⁸¹ avukatlık mesleğinin birden çok avukatça ortaklaşa yapılmasına uygundur. Nitekim Av.K. m.44/A'da "Aynı Büroda Birlikte Çalışma"⁸² ifadesi ile düzenlenen ve tüzel kişiliği bulunmayan avukatlıkta birlikte çalışma sistemi, adi ortaklık statüsüne uygundur⁸³.

⁷⁸ ARSLAN, s.39.

⁷⁹ SUNGURTEKİN, Avukatlık Mesleği, s.131; ARIHAN / KOÇAK, s.18; FERAH, s.76; KİP, s.680 ; KENDİGELEN / DOĞAN, s.316.

⁸⁰ KENDİGELEN / DOĞAN, s.316.

⁸¹ DOMANIÇ adi şirketleri, nitelik ve faaliyet konuları bakımından ticari işlerle uğraşanlar – gayri ticari işlerle uğraşanlar şeklinde ikiye ayırmaktadır. İkinci gruptaki adi şirketler, ekonomik amaçlı olmakla beraber yaptıkları iş ticari değildir. (DOMANIÇ Hayri, Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988, s.75).

⁸² Av.K. m.44/A' da düzenlenen "Aynı Büroda Birlikte Çalışma" inceleme konumuz kapsamında yer almadığı için ayrıntıya girilmemiştir. Aynı büroda birlikte çalışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNER, s.507 vd.; ARIHAN Taylan / KOÇAK Aslı, Avukatlıkta Ortak Çalışma, ABD 1997, S.2, s.18 vd.

⁸³ Aynı yönde bkz. GÜNER, s.507 vd.

C. HUKUKİ NİTELİĞİ

4667 sayılı Kanun ile düzenlenen avukatlık ortaklığı yukarıda da açıklandığı gibi hukukumuzda var olan ortaklıkların hiç birinin statüsüne uygun değildir. Bu yüzden avukatlık ortaklığı “sui generis – nev’i şahsına münhasır bir ortaklıktır”⁸⁴. Gerçekten de hem Av.K.m.44/B hem de Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği incelendiğinde avukatlık ortaklığının, hukukumuzda var olan ortaklıklardan farklı, kendine özgü özelliklere sahip olduğu görülecektir.

Avukatlık ortaklığı Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği ile konulan kurallara tabi, kendine özgü ve Ticaret Kanununda sayılan ortaklık türlerinden ayrı statüye sahip bir ortaklık türüdür. Özellikle Ticaret Kanununda düzenlenen ortaklıkların, emek ve sermayeyi ortak amaç olan gelir elde etme doğrultusunda bir araya getirerek oluşmaları⁸⁵, amacı kesinlikle ticari olmayan avukatlık ortaklığını bu ortaklıklardan ayırmaktadır.

Avukatlık ortaklığı kendisi ile aynı maddede⁸⁶ düzenlenen ve benzer özellikler taşıyan “Aynı Büroda Birlikte Çalışma”⁸⁷’den da farklıdır⁸⁸. Aynı büroda birlikte çalışmada da aynı baroya kayıtlı birden çok avukat, ticari olmayan avukatlık mesleğinin yürütümü için aynı büroyu paylaşmaktadır. Ancak bu birlikteliğin tüzel kişiliği olmayıp birlikte çalışan avukatlar, avukatlık mesleğini ayrı ayrı yürütmekte ve sadece gelir-gider paylaşımı gibi nedenlerle bir araya gelip aynı büroyu paylaşmaktadırlar.

Avukat ortaklığı ancak avukatlık mesleğini icra eden kişilerce oluşturulabileceği için bu ortaklıkta sermayeden çok, ortakların kişiliği, özellikle mesleki faaliyetleri önemlidir. Bu yüzden sadece gerçek kişiler ve avukatlık mesleğini yürütenlerce kurulabilmektedir.

Bir ortaklık adı altında ve tüzel kişiliğe sahip olarak ve müşterek bir isim altında kurulmasına rağmen yürüttüğü faaliyet ticari değil mesleki bir faaliyettir. Bir tüzel kişilik oluşturmasına ve ticari bir faaliyet yapmamasına

⁸⁴ GÜNER, s.509

⁸⁵ ARSLAN, s.12

⁸⁶ Aynı büroda birlikte çalışma 1136 sayılı Avukatlık Kanununu m.44/A’da düzenlenmiştir.

⁸⁷ Aynı büroda birlikte çalışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNER, s.507 vd.

⁸⁸ Aynı yönde bkz. KENDİGELEN / DOĞAN, s.315-316; GÜNER kanunda ortaklık ifadesi kullanılsa da, aynı büroda birlikte çalışmanın da, kendine özgü kuralları olan bir adi ortaklık olduğunu savunmaktadır (s.507). Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNER, s.507; SUNGURTEKİN, Avukatlık Mesleği, s.130 vd.

rağmen, hukukumuzdaki diğer ortaklıklardan farklı olarak, ortaklar, ortaklık alacaklarına karşı birinci derecede müştereken ve müteselsilen sınırsız sorumludur. Ortaklığa katılım payı olarak, mesleki faaliyetin gerçekleştirilmesine uygun her türlü maddi değere sahip varlık getirilebilmekte⁸⁹ fakat ortaklık payı rehnedilememekte ve ancak avukatlık mesleğini yürüten kişilere devredilebilmektedir⁹⁰ (Av.Ort.Yön.m.16).

Kurulması için belli bir sermaye⁹¹ ve süre sınırı getirilmemiş olan avukat ortaklığının unvanı⁹² bir yada birkaç ortağın adı ve/veya soyadlarına “Avukatlık Ortaklığı” ibaresinin eklenmesinden oluşur⁹³. Bu özellikleri ile diğer ortaklık türlerinden farklı olan avukatlık ortaklığında dikkat çeken diğer bir özellikte kanun koyucunun birçok konuda ortakların kendi iradeleri ile oluşturacakları sözleşme hükümlerine öncelik vermesidir.

Netice itibariyle, 4667 sayılı Kanun ile hukuk sistemimize giren ve Avukatlık Kanunu m.44/B’de düzenlenen avukatlık ortaklığı, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın ticari olmayan mesleki çalışmalarını birlikte bir tüzel kişilik altında yürüttükleri, ortak avukatların ortaklık alacaklarına karşı (aynen şahıs şirketlerinde veya adi ortaklıkta olduğu gibi) müştereken ve müteselsilen sınırsız

⁸⁹ Av.Ort.Yön.m.6’ya göre “Anasözleşmede ortakların taahhüt ettikleri “ortaklığa katılım payı” her ortak için ayrı ayrı gösterilir. Ortaklar, ortaklığa katılım payı olarak; mesleki faaliyetin gerçekleştirilmesine uygun gayrimenkul, menkul, nakit para, mesleki doküman, arşiv, bilgi ve emek taahhüt edebilirler.”

⁹⁰ Miras halinde bile, ortağın mirasçılarının avukatlık mesleğini icra eden kişiler olması halinde mirasçılar payı devralabilmektedir (Av.Ort.Yön.m.16/IV). Ayrıca avukatlar süreli veya süresiz olarak pay devirlerini yasaklayabilirler.

⁹¹ Avukatlık ortaklığının kurulması için herhangi bir sermaye sınırlamasının getirilmemesi ortakların, ortaklık alacaklarına karşı müştereken ve müteselsilen sınırsız sorumlu olmasının bir sonucudur.

⁹² Avukatlık Kanununda “ortaklığın adı” ifadesi kullanılmasına rağmen, Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde “ortaklığın unvanı” ifadesi kullanılmıştır (Av.Ort.Yön.m.13). Kanaatimizce bu iki farklı düzenlemede yer alan ifadeler aynı anlamda kullanılmış ancak dikkatsizlik sonucu bu şekilde ikili bir kullanım ortaya çıkmıştır. İki düzenlemede de kast edilen tüzel kişiliği bulunan avukatlık ortaklığını diğer avukatlık ortaklıklarından ayırt etmeye yarayan avukatlık ortaklığının unvanıdır.

⁹³ **TURANBOY**, s.50; **GÜNER**, s.513

olarak sorumlu olduğu, kendine özgü kuralları olan⁹⁴, ancak vergi hukuku yönünden şahıs şirketlerine ait hükümlere tabi⁹⁵ sui generis bir ortaklık türüdür.

SONUÇ

Avukatlık ortaklığı, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın, aralarında imzaladıkları bir sözleşme ile ticari olmayan meslek çalışmalarını ortak bir unvan altında ve ortaklarının müştereken ve sınırsız şekilde sorumlu olduğu, bir tüzel kişilik şeklinde yürütmeleridir.

Avukatlık ortaklığı, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 44. maddesi ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemelerde avukatlık ortaklığının hukuki statüsü tam olarak belirlenmediği gibi avukatlık ortaklığı Türk Hukukunda var olan ortaklık türleri ile de ilişkilendirilmemiştir.

Avukatlık ortaklığı, hukuki nitelik açısından Türk Hukukunda var olan ortaklık türlerinden hiçbirine uygun değildir. Bu yüzden avukatlık ortaklığı, Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği ile konulan kurallara tabi, kendine özgü ve Ticaret Kanununda sayılan ortaklık türlerinden ayrı statüye sahip bir ortaklık türüdür. Özellikle Ticaret Kanununda düzenlenen ortaklıkların, emek ve sermayeyi ortak amaç olan gelir elde etme doğrultusunda bir araya getirerek oluşmaları, amacı kesinlikle ticari olmayan avukatlık ortaklığını bu ortaklıklardan ayırmaktadır.

Avukatlık ortaklığı kendisi ile aynı maddede düzenlenen ve benzer özellikler taşıyan “Aynı Büroda Birlikte Çalışma”dan da farklıdır. Aynı büroda birlikte çalışmada da aynı baroya kayıtlı birden çok avukat, ticari olmayan avukatlık mesleğinin yürütümü için aynı büroyu paylaşmaktadır. Ancak bu birlikteliğin tüzel kişiliği olmayıp birlikte çalışan avukatlar, avukatlık mesleğini ayrı ayrı yürütmekte ve sadece gelir-gider paylaşımı gibi nedenlerle bir araya gelip aynı büroyu paylaşmaktadırlar.

Avukatlık ortaklığı hukuki nitelik açısından; aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın ticari olmayan mesleki çalışmalarını birlikte bir tüzel kişilik altında yürüttükleri, ortak avukatların, ortaklık alacaklarına karşı (aynen şahıs şirketlerinde veya adi ortaklıkta olduğu gibi) müştereken ve müteselsilen sınırsız olarak sorumlu olduğu, kendine özgü kuralları olan, ancak vergi hukuku yönünden şahıs şirketlerine ait hükümlere tabi sui generis bir ortaklık türüdür.

⁹⁴ Avukat ortaklığına özgü kurallar 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.44/B ve Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde düzenlenen kurallardır.

⁹⁵ Aynı yönde bkz. **KENDİGELEN / DOĞAN**, s.316

BİBLİYOGRAFYA

ARIHAN Taylan/KOÇAK Aslı : Avukatlıkta Ortak Çalışma, ABD 1997, S.1-4, s.18 vd.

ARINIR Turhan : Avukatlık Mesleğinin Güçlendirilmesinde Ortak Çalışmanın Önemi, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği – Sempozyum 25-29 Ekim 1995 Antalya, s.115 vd.

ARSLAN İbrahim : Şirketler Hukuku Bilgisi, Konya 2004

BİLİCİ Nurettin : Vergi Hukuku – Türk Vergi Sistemi, Ankara 2002

DENİZ Bülent : Hukuk Bürolarının Şirketleşmesinde Otomasyonun Rolü, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği – Sempozyum 25-29 Ekim 1995 Antalya, s.146 vd.

DOMANIÇ Hayri : Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988

ERSOY Yüksel : Avukatlıkta Reklam Yasağı ve İhtisaslaşma, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği – Sempozyum 25-29 Ekim 1995 Antalya, s.178 vd.

FERAH Avni : Avukatlık Şirketlerinin Kuruluş Tartışmaları İle İlgili Bir Değerlendirme, TBBD 1998, S.1, s.73 vd.

GAGO Pulat Hüseyin : Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri İzmir 1996.

GÜNER Semih : Avukatlık Hukuku, Ankara 2002

HAKİMOĞLU Kemal : Avukatlıkta Ortak Çalışma ve Uzmanlaşma, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara 2000, s.240 vd.

İNANICI Haluk : Avukatlık Mesleğinde İhtisaslaşma ve Şirketleşme, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği – Sempozyum 25-29 Ekim 1995 Antalya, s.126 vd.

KARAHAN Sami : Ticari İşletme Hukuku, Konya 2004

KENDİGELEN Abuzer / DOĞAN Fatih: Avukatlık Mesleğinin Birlikte İcrası, AÜEHFD. 2003, S.1-2, s.315 vd.

KİP Levent : Avukatlık Şirketleri – Başka Şehirde Büro Açma – Meslekte Uzmanlık – ve Reklam Yasağı, İst.BD 1992, S.7-8-9, s.675 vd.

MÜDERRİSOĞLU Feridun : Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi Ankara 1974.

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin : Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2003.

SUNGURTEKİN Meral : Avukatlık Mesleği ve Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1999 (Avukatlık Mesleği)

SUNGURTEKİN Meral : Avukatlıkta Şirketleşme ve Reklam Yasağı, İzm.BD 1996 S.2, s.99 vd.(Avukatlıkta Şirketleşme)

SURLU Mehmet Handan : Avukatlık Mesleğinin Özellikleri - Avukatlıkta Ortak Çalışma, İzm.BD 1996, S.2, s.87 vd.

TURANBOY Asuman : Avukatlık Ortaklığı, AÜHFD 2001, S.4, s.41 vd.

ULUKAPI Ömer / AKCAN Recep / ERCAN İbrahim : Avukatlık Hukuk Mevzuatı, Konya 2002.

ÜÇALÇIN Pınar : Fransa'da Avukatlık Şirketi, TBBD 1999, S.2, s.549 vd.

YILMAZ Ejder : Avrupa Birliği ile Bütünleşmede Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği – Sempozyum 25-29 Ekim 1995 Antalya, s.277 vd.

TAŞINIR MÜLKİYETİNİN DEVRİNDE SEBEBE BAĞLILIK SORUNU

Arş. Gör. Mustafa ARIKAN*

ÖZET

Taşınır eşya mülkiyetinin devrinde tasarruflı işlemin geçerliliğinin temelde yatan borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olup olmadığı sorusu belki de özel hukukun en uzun süreli ve hararetli tartışma konularından biridir. Taşınmaz eşya bakımından bu tartışma sebebe bağlılık ilkesi lehine kesin bir şekilde (MK. m. 1024/1025) çözüme kavuşturulmuştur. Taşınır eşya bakımından konunun çözüme kavuşturulması çok kolay olmasa da bu çalışma ile konuya açıklık getirilmesi amaçlanmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER; Taşınır Eşya, Mülkiyet, Devir, Sebebe Bağlı İşlem, Soyut İşlem.

Die Kausalitätsfrage Bei Der Übereignung Des Mobiliareigentums ZUSAMMENFASSUNG

Die Frage, ob die Gültigkeit des Verfügungsgeschäft bei der Übereignung der Mobiliarsachen grundsätzlich auf der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäft basiert, ist eines der langfristig und warmstens diskutierten Themen des Privatrechts. Dieses Diskussionsthema im Hinblick auf die Immobiliarsachen ist zugunsten des kausalitätsprinzips endgültig gelöst worden. Die lösung des Themas in Bezug auf die Mobiliarsachen nicht so leitet erfolgte, wurde mit der vorliegenden Arbeit bezweckt, das Thema zu klären.

SCHLÜSSEL WÖRTER; Mobiliarsachen, Mobiliareigentum, Übereignung des Mobiliareigentum, Kausalgeschäft, abstraktes Rechtsgeschäft.

I. GİRİŞ

Taşınır mülkiyeti, MK. m. 762 ve 778 arasında düzenlenmiştir. MK. m. 762'ye göre "Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir". Bu hükme göre, taşınır eşya ve tabii kuvvetler taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturan şeylerdir¹. Taşınır mülkiyetinin iktisabında devren iktisap ve aslen iktisap ayrımı söz konusudur².

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi

¹ **SCHELLHAMMER**, Kurt, Sachenrecht, 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2005, s. 477; **BAUR**, Fritz/**BAUR**, Jürgen/**STÜRNER**, Rolf, Sachenrecht, München 1999, s. 562 vd.; **ERTAŞ**, Şeref, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 445; **OĞUZMAN**, Kemal / **SELİÇİ**, Özer, Eşya

Devren iktisap, ya devreden ile iktisap eden şahsın bu hususta anlaşmaları sonucu gerçekleşir ya da onların iradeleri söz konusu olmaksızın mirasın intikali şeklinde gerçekleşir.

Taşınır eşyanın mülkiyetinin devrinde geçerli olan ayrılık sistemine³ göre, borçlandırıcı işlem (satım sözleşmesi) ve tasarrufi işlem (aynî sözleşme ve zilyedliğin devri) birbirinden ayrı tutulmalıdır.

Zilyedliğin devri ile ilgili olarak EMK. m. 687'deki teslim kavramından zilyetliğin naklinin kastedildiği açık değildir. Oysa şu anda mer'î olan MK.'nun 763. maddesi "taşınır mülkiyetinin devri için zilyetliğin devri gerekir" şeklindeki ifadesiyle zilyetliğin devrini şart kılmaktadır⁴. Ayrılık sistemi ile bağlantılı olarak taşınır mülkiyetinin devrini iki aşamalı ve üç istasyonlu iktisap süreci olarak nitelendiren yazarlar bu süreci şu şekilde şematize etmektedirler⁵.

Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2002, s. 535; **AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku, Mülkiyet, C.II, 3. Baskı, Konya 2000, s. 411, 412; Tabii kuvvetler ile ilgili daha geniş açıklamalar için bkz. **REY**, Heinz, Perspektiven des Fernwaermelieferungsvertrages, in Innominat verträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von W.R. Schluep, Zürich 1988, s. 137; **REY**, Heinz, Die Grundlagen des Sachen rechts und das Eigentum, Band I, Bern 1991, s. 25, 35; **WIELING**, Hans Josef, Sachenrecht, Zweite korrigierte und ergaenzte Auflage, Trier 1992, s. 79 vd.; **SEROZAN**, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 183,187.

² **OĞUZMAN / SELİÇİ**, s. 537; **WIELING**, s. 86, 127; **ERTAŞ**, s. 447; **GÜRSOY**, Kemal T./**EREN**, Fikret / **CANSEL**, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 670; **SAYMEN**, Ferit H. / **ELBİR**, Halit K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 392; **AYAN**, s. 412.

³ Taşınır eşya satım sözleşmesi (Borçlandırıcı işlem), mülkiyetin devrini amaçlasa bile, bunu tek başına gerçekleştiremez. Satım sözleşmesi tarafları borçlandıran nispi etki doğurur ve kendisinden sonra gerçekleşecek olan aynî sözleşmeyi hazırlar (bkz. **SEROZAN**, s. 192).

⁴ Zilyetlik nakledilmeden de taşınır mülkiyetinin kazanılması mümkündür. Miras ve şirketlerin birleşmesi gibi külli halefiyet halinde zilyetlik nakledilmeksizin mülkiyet kazanılır. Yine BK. m. 213'e göre, müzayede ile taşınır bir mal alan kişi, ihale anında zilyetliği kazanmadan önce malın mülkiyetini kazanır. Bu konu ile daha detaylı açıklamalar için bkz., **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 538, 539; **AYAN**, s. 415 ve dpn. 15; **ERTAŞ**, s. 449.

⁵ **SEROZAN**, s. 192; **HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/ **ARPACI**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 310.



Mülkiyetin aslen kazanılmasında ise, daha önce hiç kimsenin mülkiyetine tabi olmayan bir mal üzerinde bir kimsenin mülkiyet hakkını ele geçirmekte yahut birisi mülkiyet hakkını kazanırken bir başkası kaybetmekte ancak bir intikal söz konusu olmamaktadır. İhraz ve definenin kazanılması, lükata, işleme, karışma birleşme ve zamanlaşımı, mülkiyetin aslen iktisabına örnek olarak gösterilebilir.

II. GENEL OLARAK SEBEBE BAĞLILIK SORUNU

Taşınır Mülkiyetinin hukuki işlem yoluyla devren kazanılmasında özellikle üzerinde durulması gereken hususlardan birisi de mülkiyetin devrinin sebebe bağlı olup olmadığı sorunudur. Mülkiyetin geçerli bir şekilde devredilebilmesi için, tasarruf işlemine temel teşkil eden borçlandırıcı işlemin geçerli olması gerektiği konusunda MK. da açık bir hüküm yoktur. Hâlbuki Medeni Kanun, taşınmazlar bakımından açık bir hüküm sevk etmiştir. MK. m. 1024'e göre, taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlıdır. Borçlandırıcı işlemde ayrı bir sözleşme oluşturan "aynî sözleşmesinin" geçerliliğinin kendisinden önce gelen ve "causa"sını oluşturan borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olup olmadığı taşınır mülkiyetinin devredilmesini sağlayan tasarruf işleminin buna sebep teşkil eden borç münasebetine bağlı olup olmadığı, borç ilişkisindeki sakatlığın devir işleminin geçerliliğine etki edip etmeyeceği doktrinde tartışma konusu olmuştur⁶.

III. SEBEBE BAĞLILIK SORUNUNUN TARİHİ SÜRECİ

A) GENEL OLARAK

Taşınır mülkiyetinin naklinin sebebe bağlı olup olmadığı sorunu Roma Hukukunda kaynağını bulmaktadır. Roma Hukukunda ileri sürülmüş olan bir

⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 540; ERTAŞ, s. 448; DURAL, Mustafa, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 109, 110; CANSAL, Erol, Taşınır Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı, İmran Öktem Armağanı, Ankara 1970, s. 333; EDİS, Seyfullah, Taşınırlarda Mülkiyetin İntikali-Hususiyet İlliyet Meselesi, AÜHFD., C. 14, 1957, S. 1-4, s. 278 vd.; Von TUHR, Andreas (Çeviren Kudret Ayiter), İsviçre Hukukuna Göre mülkiyetin Nakli AÜHFD. 1948, C. 5, S. 1-4, s. 161 vd.; ÖZDAMAR ÇELİKTAŞ, Demet, Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer Ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2000, S. 3, s. 409, 410; SAYMEN/ELBİR, s. 394, 395; AYAN, s. 417.

görüşe göre⁷, taraflar, mülkiyeti nakledilecek şey üzerinde uzlaşırlar fakat bunun hukuki sebeplerinde farklı düşünürlerse yine de mülkiyetin nakli geçerli bir şekilde gerçekleşir.

Zira taraf iradeleri uyuşmamaktadır. İşte bu iki farklı görüş, doktrindeki tartışmaların kaynağını oluşturmuştur.

B) CAUSA VE TRADITIO İLİŞKİSİ

Klasik Hukuk dönemi doktrinine göre, sadece traditio (teslim)⁸, mülkiyetin geçmesi için yeterli değildi. Bu işlemin temelinde satım, bağışlama vaadi gibi bir işlem bulunmalıydı. Bu durum, traditio'nun klasik devirde sebebe bağlı, illi bir muamele olmasından ileri gelmektedir. Causa⁹ ve traditio mülkiyeti devir işleminin safhaları olarak birbiriyle ilişkili kavramlardır. Mülkiyet hakkını ortadan kaldıran ve devreden husus Causadır. Traditio ise causa'ya dayalı olarak malların bir başka ele geçmesi için yapılan fiili bir durumdur. Traditio, tek başına önem ifade etmez. Teslim, eşyanın ödünç, kira, rehin gibi malikin değiştirilmesinin düşünülmediği durumlarda da gerçekleşmektedir. Bir teslimi devir yapan unsur, causa'dır¹⁰. Hukuki vakıa ise satım, bağış vs. gibi herhangi

⁷ Julianus Digest'in görüşü için bkz. **SCHWARZ**, Andreas B., Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1942, C. 1, s. 118; **OĞUZ**, Arzu, Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı (Justa Causa Traditionis), AÜHFD. 1998, C. 47, S. 1/4, s. 49 ve dpn. 1'deki yazarlar.

⁸ Traditio'nun ifade ettiği anlamı, kesin bir tarif vermek suretiyle tanımlamak mümkün değildir. Çünkü traditio kelimesi latince pek çok anlama geldiğinden, Roma hukukçuları bu kelimeyi her zaman teknik anlamda kullanmamışlardır. Genel bir ifadeyle traditio, mülkiyeti nakleden, önceleri malın karşı tarafa fiilen verilmesini zorunlu kılarken sonradan devralanın devir sırasında malın maddi hakimiyetine sahip olması şartıyla, tarafların anlaşmasıyla mülkiyetin naklini sağlayan bir muameledir, **KARAGÖZ**, Havva, Traditio'nun Tarihsel Gelişimi ve Constitutum Possessorium (Zilyetlik Anlaşması), İstanbul 2001, s. 9,10,11; **ÇELEBİCAN KARADENİZ**, Özcan, Roma Eşya Hukuku, Ankara 2000, s. 166; **ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2000, s. 63, 64; **TAHİROĞLU**, Bülent / **ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2001, s. 51 vd; **AYİTER**, Kudret / **KOSCHAKER**, Paul, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 139.

⁹ Causa, bir muamelenin yapılmasının subjektif sebebi olan saik; tarafları bir akit yapmaya veya bir edimi yerine getirmeye sevk eden yakın sebep; bir borç münasebetinin, bir ifanın veya herhangi bir hukuki durumun hukuken istinat ettiği kaynaktır (bkz. **UMUR**, Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s. 33).

¹⁰ **OĞUZ**, s. 51 ve dpn. 8.

bir işlem olabilir. Causa, mülkiyetin devrini sağlayan unsurdur. Traditio sadece bunun fiili olarak icra edilmesini sağlar. Traditio'nun bir devir işlemi olarak causa'ya gereksinim duyup duymadığı konusunda da Justinianus iki türlü tavır takınmaktadır¹¹. Hatta Justinianus'un bu konu ile ilgili olarak kesin bir sonuca varmak istemediği ancak causa'nın varlığını zorunlu görmemek yönünde bir eğilime sahip olduğu izlenimini edinmek de mümkündür¹².

Uzun tartışmalara rağmen, klasik hukuk döneminde genellikle Traditio'nun sebebe bağlı olduğu kabul edilmektedir¹³. Traditio, klasik devrin diğer mülkiyeti nakil işlemleri olan mancipatio ve in iure cessio¹⁴ dan bu yönüyle de ayrılmaktadır. Mancipatio ve in iure cessio soyut nitelikte olduğu halde, traditio (devir işlemi) sebebe bağlı olarak kabul edilmiştir.

¹¹ **OĞUZ**, s. 52; 53; **ÇELEBİCAN**, s. 167; **ERDOĞMUŞ**, s. 67, 68.

¹² Justinianus şöyle ikili tavır sergilemektedir: Birincisi, doğal hukuka göre eşyayı teslim (traditio) ile de iktisap ederiz. Nitekim malını devretmek isteyen malikin bu isteğini onaylaması kadar doğal bir şey yoktur. Bu görüşünde traditio'yu mülkiyeti devir işlemi olarak belirlemekten çok, onun uygulama alanını tespit etmeye gayret etmiştir. Causa'dan bahsedilmemişti. İkincisinde de; mallar bağış nedeniyle, çeyiz nedeniyle veya herhangi başka bir hukuki nedenle teslim edilirlerse, hiç şüphesiz mülkiyetleri devredilir. Oysa bir şey satılmış ve teslim edilmişse bu şeyin mülkiyeti ancak semen satıcıya tediye edildikten sonra veya başka bir suretle örneğin kefil göstermekten sonra veya başka bir suretle örneğin kefil göstermek veya rehin vermek suretiyle satıcı güvence altına alındıktan sonra alıcıya geçer. Burada da Causa'nın gerekli olup olmadığı tam olarak belirtilmemiştir. Eğer traditio causa donationis, dotis (bağış, çeyiz nedeniyle teslim) vs. den dolayı yapılmışsa eşyanın mülkiyeti tartışmasız karşı tarafa geçer. Eğer traditio, causa emptionis (satım) nedeniyle gerçekleşmişse, mülkiyet bedelin ödenmiş olması veya güvence altına alınmış olması durumunda geçer. Ancak hiç causa olmaması durumunda ne olacaktır? Bu durumda mülkiyetin geçmeyeceği söylenmemektedir. Ancak aksi de söylenmemektedir (bkz. **OĞUZ** s. 54).

¹³ **TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ**, s. 53; **ÇELEBİCAN / KARADENİZ**, s. 174; **KOSCHAKER / AYİTER**, s. 141

¹⁴ Mancipatio, beş tanığın hazır bulunmasıyla yapılan ve mülkiyetin devredilmesindeki aleniyeti sağlayan işlemdir. Genellikle res mancipi (taşınmaz mallar) malların mülkiyetinin devrinde kullanılan yöntemdir. İn iure Cessio, dava şeklinde ortaya çıkan bir hukuki işleme dayanan mülkiyeti devir biçimidir. Bu kavramlarla ilgili daha geniş bilgi için bkz., **OĞUZ**, s. 49, 50; **ÇELEBİCAN / KARADENİZ**, s. 161, 164; **UMUR**, s. 131, 88; **KOSCHAKER / AYİTER**, s. 133,138.

C) CAUSA TRADITIONIS KAVRAMI

Romalı hukukçular *causa traditionis*'in tanımını yapmaktan kaçınmışlardır. Fakat genel olarak, *causa traditionis*, bir tarafın bir mal üzerindeki fiili hâkimiyeti, mülkiyeti, çeşitli sebeplerle diğer tarafa devretmesi şeklinde tanımlanabilir¹⁵. Bu sebepler, *causa credendi* (ödünç), *causa solvendi* (ifa sebebi) ve *causa donandi* (bağış) gibi çeşitli olabilirler. Daha önce de değinildiği üzere, *causa*, eşyanın teslimi (*traditio*) sırasındaki bir neden, saik anlamına gelmektedir. *Causa traditionis*'i oluşturan saik, teslim ile amaçlanan şeyi oluşturmalıdır. Örneğin satım, bağış, bir borcun ifası gibi *causalar* eşyanın teslimi amacına yönelik ilişkiler ortaya çıkarırlar. Buna göre, *causa*, mülkiyetin devrini hukuka uygun hale getiren ve malın fiziki varlığının devriyle birlikte gerçekleşen bir amaçtır¹⁶. Zira *traditio*'nun mülkiyeti devretmesini *causa* temin eder. Bu nedenle de *traditio*, *causa*'ya uymak durumundadır. Ama toplumsal ya da ekonomik ilişkide değil hukuki ilişkide varlık kazanmaktadır.

Causa traditionis'i esas itibariyle mülkiyetin devrini amaçlayan ve *traditio*'yu mülkiyetin devrini sağlayan bir hukuki işlem gerçekleştirmek için gerekli olan hukuki ilişkiler grubu olarak kabul etmek mümkün görünmektedir. Netice itibariyle, Roma hukukuna ilişkin metinler incelendiğinde *causa*'yı gerekli gören açıklamaların yanı sıra *causa*'nın varlığının gerekli olmadığını savunan metinler de vardır. *Causa*'nın gerekli görülmediği metinler diğerine göre öncelik arz etmektedirler¹⁷. Esasen Roma hukukundaki taşınır mülkiyetinin sebebe bağlılığı ile ilgili görüş ayrılıkları günümüz hukuk sistemleri açısından da kaynak mahiyetinde düşünülebilir. Roma hukukundaki bu çelişkili görüşler günümüz kanunlarında ve doktrinlerinde de birleştirilebilmiş değildir.

IV. BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDE SORUNUN TARTIŞILMASI

A) ALMAN HUKUKUNDA SORUNUN TARTIŞILMASI

Bu hukuk sistemine göre, taşınır mülkiyetinin devredilmesi sebebe bağlı olmayan, soyut bir işlemdir¹⁸. Alman Medeni Kanunu'na göre, taşınır mülkiyetinin diğer tarafa geçmesi için malikin, malı diğer tarafa teslim etmesi ve tarafların mülkiyetin geçmesi konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Alman

¹⁵ UMUR, s. 33; KOSCHAKER/AYİTER, s. 141; OĞUZ, s. 78 vd.

¹⁶ OĞUZ, s. 79; KOSCHAKER/AYİTER, s. 141.

¹⁷ OĞUZ, s. 80; KOSCHAKER/AYİTER, s. 141; KARAGÖZ, s. 114, 115; ERDOĞMUŞ, s. 59 vd; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 51 vd; ÇELEBİCAN (KARADENİZ), s. 161 vd.

¹⁸ EDİS, s. 279; CANSEL, s. 336; Von TUHR, Eigentumsübetragung, s. 641; SCHWARZ, A.B., Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1948, s 166.

doktrini bu anlaşmayı bir tasarruf işlemi olarak görüp, aynî sözleşme (Dinglicher Vertrag) şeklinde ifade etmişlerdir¹⁹.

Aynî sözleşmeler, aynî haklar alanında etkilerini gösterir. Bunlarla aynî haklar ihdas, tadil ve özellikle nakledilirler. Aynî sözleşmenin, kendisine esas teşkil eden borç sözleşmesinden veya hukuki sebepten tamamen ayrı bir sözleşme olduğu ve böyle bir borç akti veya hukuki sebep mevcut olmasa dahi, bağımsız bir sözleşme olduğu savunulmaktadır²⁰.

Ancak aynî sözleşmelerin ve tasarruf işlemlerinin aynı şey olmadıklarını kabul etmek gerekir. Zira tasarruf muamelesi niteliğindeki bir işlem, örneğin alacağın temliki, aynî sözleşme mahiyetinde olmayabilir. Bazı durumlarda da, aynî sözleşme bir tasarruf muamelesidir. Tasarruf muameleleri aynî sözleşmeleri de kapsayan geniş bir kavramdır²¹. Alman Hukuk sisteminde taşınır mülkiyetinin devredilmesini sağlayan tasarruf muamelesinin aynı zamanda bir aynî sözleşme olduğu açık bir şekilde kabul edilmektedir. Alman Hukukunun bu konuda İsviçre/Türk Hukukundan farklılık gösterdiği nokta şudur: İsviçre/Türk Hukukunda kanun hükümlerinde açık bir şekilde ifade edilmemiş olsa bile, taşınır mülkiyetinin geçmesi için tasarruf muamelesine gerek vardır. Taahhüt muamelesi mülkiyeti geçirmeye tek başına yeterli

¹⁹ **SCHELLHAMMER**, s. 478; **WIELING**, s. 86; **BAUR/BAUR/STÜRNER**, s. 590; **Von TUHR** (Ayiter Çevirisi), s. 640; **Von GIERKE**, Julius, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, 1959, §. 31, I, 1; **CANSEL**, s. 334; Aynı sözleşme ile ilgili doktrinde yer alan tanımlardan bazıları şöyledir: Aynı hakları kurmaya, değiştirmeye ve özellikle de onları devretmeye yönelik, aynı haklara ilişkin akitlere aynı sözleşmeler denir. Bu nevd'iden en önemli sözleşme, taşınırlarda zilyetliğin devrine lüzum gösteren mülkiyetin naklidir, (**Von TUHR**, Andreas (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. 1-2, Ankara 1988, s. 137-138). Daha ayrıntılı bilgi için bkz., **HOWALD**, M., Der Dingliche Vertrag, Zürich 1946, s. 4 vd.; **ÖZ**, Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1980, s. 198 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 54 55; **ÖZDAMAR**, s. 402 vd.. Aynı sözleşmeye diğer örnekler alacağın temliki, borcun ibrası gösterilebilir, **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s. 189 ve dpn. 10'da ki yazarlar; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 44.

²⁰ **SCHELLHAMMER**, s. 478; **BAUR/BAUR/STÜRNER**, s. 590; **AYİTER**, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s. 32, 33 ve dpn. 132 deki yazarlar.

²¹ **HOWALD**, s. 19 vd; **AYİTER**, Tasarruf Muameleleri, s. 39

değildir²². Fakat, mülkiyetin intikalini sağlayan bu tasarruf işleminin Alman Hukukundaki gibi bir aynî sözleşme olup olmadığı hususu İsviçre/Türk Hukukunda tartışmalıdır²³. Aynî sözleşme kavramının Türk Hukukunda olmadığını savunanlar²⁴, aynî sözleşmenin soyutluk görüşünü kabul eden hukuk sistemlerinde sözkonusu olduğunu ve mülkiyetin intikalini sağlayan tasarruflî işlemin taahhüt işleminin aynen yerine getirilmesinden ibaret olduğunu iddia etmektedirler. Aynı görüşe göre, tasarruf işleminin dayandığı hukukî sebep bazen tek taraflı bir hukuki işlem olabilir (örneğin vasiyetname) bu nedenle de aynî sözleşmeden bahsedilemez.

Aynî sözleşmenin Türk Hukukunda varlığını kabul edenler ise şu fikirleri ileri sürmektedirler²⁵: Taraflar mülkiyeti geçirmek için önce bir taahhüt işlemi yaparlar. Ancak mülkiyetin intikali tasarruf işlemi ile sağlanır. Tasarruf işlemi yapılırken taraflar iradelerini karşılıklı olarak açıklayacaklardır. Genellikle bu anlaşma zımnen vardır ve zilyedlik nakledilirken her iki tarafça mülkiyetin devrinin de istenmiş olmasını ifade eder²⁶. Bu anlaşma, aynî sözleşmeyi meydana getirir.

Alman Hukukunda tasarruf muamelesinin gerçekleşmesiyle taşınır mülkiyetinin intikal edeceği kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle Alman hukukunda taşınmaz mülkiyetinin intikalinin sebebe bağlı olmadığı, soyut olduğu kabul edilmektedir²⁷.

B) FRANSIZ HUKUKUNDA SORUNUN TARTIŞILMASI

Fransız hukuk sistemine göre, muayyen bir taşınır eşyanın mülkiyetinin devri, akdin kurulmasıyla birlikte gerçekleşir. Mülkiyetin intikali için teslim gibi

²² SAYMEN/ELBİR, s. 393; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 309; AYAN, s. 413, 414; MK. md.763'e göre, "Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyedliğin devri gerekir".

²³ CANSEL, s. 350 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 550; Bu konu ile tartışmalar için bkz., ERTAŞ, s. 25; Von TUHR, s. 137, 138; İsviçre Hukukundaki durum için bkz., GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R./JAEGGİ, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage, Zürich 1995, s. 290, 294, 299.

²⁴ ÖZDAMAR, s. 403 ve dnp. 24 deki yazarlar.

²⁵ ÖZDAMAR, s. 403.

²⁶ ÖZDAMAR, s. 403; CANSEL, s. 356; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 54, 55; AYAN, 415.

²⁷ CANSEL, s. 336; Bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. BAUR/BAUR/STÜRNER, s.277.

ikinci bir muameleye gerek yoktur²⁸. Taşınır eşya, muayyen veya henüz mevcut değilse, akdin kurulması mülkiyetin intikalini gerçekleştirmez. Böyle durumlarda eşyanın ferdileştirilmesinden/ayrılmasından itibaren mülkiyet intikal eder²⁹. Fransız Hukuku, mülkiyetin iktisabını mümkün olduğu kadar borç sözleşmesiyle (taahhüt işlemi) birleştirmiştir³⁰. Taşınmazlarda söz konusu olan tapuya tescil, mülkiyeti devralan şahsa intikal ettirmeyip sadece üçüncü şahıslara karşı hukuki durumunu kuvvetlendirir. Mülkiyetin iktisabı, satış sözleşmesine istinad ettiği için satış sözleşmesinin geçersiz olması durumunda mülkiyetin geçmediği de kabul edilmelidir.

Fransız Hukukuna göre, taşınırlarda zilyedlik, mülkiyetin hukuki dayanağıdır³¹. Fransız Medeni Kanununun 2279. maddesine göre, bir şeyi kaybeden veya çaldıran kimse kayıp veya çalma tarihinden itibaren üç yıl içinde o şey kimin elinde ise ondan geri alabilir³². Satıcının, henüz uhdesinde bulunan mülkiyeti, istihkak davası ile ileri sürebilmesi gerekir. Misli mallara ilişkin borçlar hariç sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talep söz konusu olmamalıdır³³. Mülkiyetin intikalinin sebebe bağlı olduğu kabul edilmemiş olsaydı, sebepsiz zenginleşme davası açılabilirdi.

V. İSVİÇRE/TÜRK HUKUKUNDA SORUNUN TARTIŞILMASI

A) İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre Hukukunda taşınır eşyanın mülkiyetinin devredilmesinin sebebe bağlı bir işlem mi yoksa sebepten bağımsız soyut bir işlem mi olduğu ihtilaflıdır. Bazı yazarlara göre, taşınır eşyanın mülkiyetinin³⁴ geçerli bir şekilde

²⁸ EDİS, s. 281.

²⁹ EDİS, s. 283 ve dpn. 4'deki yazarlar

³⁰ CANSEL, s. 333; EDİS, s. 282; ÖZDAMAR, s. 410; Buna sözleşme ilkesi (vertraqprinzip) denmektedir. Bu ilke gereğince sözleşmenin kurulması ile devralan malik olur ve malın teslimi sadece devralan şahsı zilyet kılar.

³¹ EDİS, s. 282; Von TUHR, s. 635.

³² EDİS, s. 282.

³³ Fransız MK. md. 1376 vd. hükümlerinde, sebepsiz mal iktisabı talebini, Roma hukukunda olduğu gibi, sebepsiz yere verilen bir malın mülkiyetinin iktisap edilmiş olacağı esasına dayanarak düzenlemiştir. Kanunun, birbiriyle çelişen bu hükümlerinden sonra-sebepsiz zenginleşmeyle ilgili *condictio indebiti*'nin-borç olmayan bir şeyi hataen ödeyen kimsenin onu geri almak için açtığı dava-aynı veya şahsi bir talep olarak değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği konusunda Fransız doktrininde önemli bir tartışma ortaya çıkmıştır. (bkz. ÖZDAMAR, s. 411; Von TUHR (Çev: Ayiter), s. 635 ve dpn. 6'daki yazarlar).

³⁴ REY, Sachenrechts, s. 359; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGİ, Band I, s. 299.

devredilebilmesi için, devrin geçerli bir hukuki sebebe dayanması ve zilyetliğin karşı tarafa nakledilmesi gerekir. Taşınır eşya mülkiyetinin geçerli bir şekilde devredilmesi için aranan bu şartların sebebe bağlılık ilkesinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir³⁵. Bazı yazarlar³⁶, taşınmazlarda teslimin sebebe bağlı olmasını kıyasen taşınırlara da uygulamak istemişlerdir. Ancak taşınmazların mülkiyetinin kazanılması, taşınırlardan özü itibarıyla oldukça farklı olduğu için bu görüş pek itibar görmemiştir³⁷. İsviçre hukukunda, taşınır mülkiyetinin intikalinde soyutluk görüşünü savunanlar³⁸, bu hukuk sisteminde sebepsiz zenginleşme davasına yer verilmiş olmasını kendi görüşlerine dayanak gösterirler. Sebepsiz zenginleşme durumunda, teslim alanın sebepsiz iktisabından doğan bir durum söz konusudur. Şayet teslim, sebebe bağlı olsaydı, teslim alan mülkiyeti kazanmamış ve dolayısıyla zenginleşmemiş olurdu. Bu nedenle taşınmazlarda sebepsiz zenginleşme davası olmadığı gibi, taşınırlar için de sebepsiz zenginleşme davası söz konusu olmayacaktır.

B) TÜRK HUKUKUNDA

1) Taşınır Mülkiyetinin İntikalinde Soyutluk Görüşü

a) Genel Olarak

Taşınır mülkiyetinin intikalini gerçekleştirecek olan tasarrufi muamelenin geçerli bir hukuki sebebe dayanması gerektiği konusunda Medeni Kanun açık bir hüküm sevk etmemiştir. Halbuki taşınmaz mülkiyetinin intikali açısından MK açıkça tasarrufi muamelenin geçerli bir hukuki sebebe dayanması gerektiğini kabul etmiştir³⁹. MK. m. 1024'e göre, tescilin dayandığı borç

³⁵ **REY**, Sachenrechts, s. 359; Sebebe bağlıdır diyen yine **GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI**, s. 290, 299.

³⁶ **Von TUHR**, Çev. Ayiter, s. 162 ve dpn. 81'deki yazarlar

³⁷ Taşınmazlarda mülkiyetin iktisabı, tapu sicil memurunun resmi muamelesi dışında, yalnızca borç sözleşmesine dayanır. Bu sözleşme tarafların nakil konusunda iradelerini ortaya koydukları, hukuki muamele şeklindeki yegane olaydır. Bu nedenle bunun geçerli olup olmaması mülkiyetin nakli hususunda kesin bir etkiye sahiptir. Taşınırlarda ise borçlandırıcı bir etki meydana getiren satım sözleşmesi yanı sıra teslim denilen ikinci bir muamele söz konusudur. Teslim, satım sözleşmesinin gerçekleştiremediği, mülkiyetin naklini gerçekleştirir, (**Von TUHR**, Mülkiyetin Nakli s. 162, 163).

³⁸ **Von TUHR**, Mülkiyetin Nakli, s. 162,163.

³⁹ **ERTAŞ**, s. 256; **CANSEL**, Mülkiyetin İlliliği, s. 336, 351; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 540; **AYAN**, s. 107, 108; 1. HD., 10/04/1989 E. 1989/2585, K. 1989/4417, "Taşınmaz malların mülkiyetini devreden işlemler sebebe bağlıdır. Sebebe dayamayan bir işlemle mülkiyetin devredilmesi durumunda Medeni Kanunun 931. maddesinden yararlanılmasına imkan

ilişkisindeki sakatlık, mülkiyetin geçmesine engel teşkil edecektir. Buna tescilin sebebe bağlılığı ilkesi adı verilir⁴⁰. Geçersiz bir borç ilişkisine istinaden yapılan tescil bir yolsuz tescildir ve böyle bir tescil mülkiyetin intikalini geçirmez. Kanun koyucu taşınmazlar için bu şekilde açık bir hüküm sevk etmiş ancak taşınır olarak herhangî bir hüküm koymamıştır. Bu nedenle de konu doktrinde ve mahkeme içtihatlarında tartışılmaktadır.

Taşınır mülkiyetinin intikalinin soyut olduğunu savunan görüş, mülkiyetin intikaline sebep teşkil eden borç münasebetindeki sakatlığın tasarrufi muamelelerin geçerliliğine etki etmeyeceğini ileri sürmektedir⁴¹. Bu görüşe göre, taşınmazlarda olduğu gibi taşınır mülkiyetinin devrinin de, sebebe bağlı olduğu kabul edilirse Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunan sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanma alanı oldukça daralacaktır. Ayrıca yine borç olmayan şeyin ifasına ilişkin BK. m. 62 hükmünün varlığı da manasız kalacaktır.

b) Soyutluk Görüşünün Gerekçeleri

aa) Hukuki İşlemlerde Güven'in Temini

Geçerli bir hukuki sebep olmadan, taşınır mülkiyetini nakletmek üzere bir tasarruf muamelesi yapılmışsa soyutluk görüşü dikkate alındığında mülkiyeti iktisap eden korunmuş olur. Fakat sebebe bağlılık görüşü kabul edilir ve hukuki sebep geçerli olmadığı için tasarruf muamelesiyle mülkiyet intikal etmez görüşü kabul edilirse, devreden şahıs korunmuş olur. Çünkü soyutluk görüşünün kabul edilmesi durumunda devralan mülkiyeti kazanmaktadır. Buna karşılık, sebebe bağlılık görüşü kabul edilirse, devreden, mülkiyet hakkını kaybetmemektedir.

Taşınır mülkiyetinin intikalinde güveni temin etmek için mülkiyeti iktisap edenin korunması ve dolayısıyla soyutluk görüşünün kabul edilmesi gerekmektedir. Bu sayede mülkiyeti iktisap edecek olanların kendilerinden öncekilerin mülkiyeti geçerli bir hukuki sebebe dayanarak iktisap edip etmediklerini araştırma külfeti söz konusu olmayacaktır. Fakat bu görüş, kötü niyetli devralanları da koruyabileceği yönüyle eleştirilmiştir. Örneğin A, B' ye bir taşınır malı satıp teslim ediyor. A, sonradan hileye maruz kaldığını, B tarafından aldatıldığını anlıyor. Soyutluk görüşüne göre, A, malın mülkiyetini kaybetmiştir ve B'ye karşı sadece sebepsiz zenginleşme davası açma imkanına

yoktur", (YKD. 1989, C.XV, S. 11, s. 1541); **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 473.

⁴⁰ **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 540; **AYAN**, s. 108 ve dnp 19.

⁴¹ **ARSEBÜK**, Esat, Borçlar Hukuku, Ankara 1950, s. 213; **SUNGURBEY**, İsmet Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1950, s. 85; **ARSLANLI**, Halil, Ticari Bey, İstanbul 1952, s. 629; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 540; **ULUSAN**, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 20-21; **Von TUHR**, Mülkiyetin Nakli, s. 164.

sahiptir. Eğer, B bu taşınır malı, A ile B arasındaki sözleşmede hileye vakıf olan kötünietli C'ye satmışsa C de mülkiyeti kazanacaktır. Halbuki sebebe bağlılık görüşü kabul edilmiş olsaydı, taşınır malın mülkiyeti ne B'ye ne de C'ye geçmemiş olurdu. A ise her ikisine de istihkak davası açma imkânına sahip olurdu şeklinde soyutluk görüşü eleştirilmiştir⁴².

bb) Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerinin Uygulama Alanının Daralması

Soyutluk görüşünün diğer bir gerekçesi de bu görüşün kabul edilmemesi durumunda sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin uygulama alanının oldukça daralacağıdır. Hatta, bu görüş yanlıları⁴³, BK. m. 62 vd. hükümlerinin soyutluk görüşü esas alınarak düzenlendiğini savunur. Sebebe bağlılık görüşünün kabulüyle bu hükümlerin anlamını yitireceği savunulmaktadır. Çünkü BK. m. 62 “Borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse hataen kendisini borçlu zannederek verdiğini ispat etmedikçe onu istirdat edemez” hükmüyle, iadenin istihkak davası ile değil sebepsiz zenginleşme davası ile mümkün olabileceğini ifade etmek istemiştir. Bu görüşü savunanlara göre, kanun koyucu taşınır mülkiyetinin intikalini sebebe bağlı kabul etseydi, teslim alan mülkiyeti iktisap etmemiş ve zenginleşmemiş olurdu. Dolayısıyla kanun koyucunun da, mülkiyetin soyut bir tasarruf muamelesiyle intikal edeceğini öngörerek hareket etmiş olduğu kabul edilmelidir.

cc) Kanunda Hüküm Bulunmaması

Taşınır mülkiyetinin intikalinin soyut olduğunu savunanların diğer bir gerekçesi de şudur: Kanun koyucu taşınmaz mülkiyetinin intikalinin sebebe bağlı olduğunu MK. m. 1023 ve 1024 gibi hükümlerle açıkça kabul etmiştir. Buna karşılık taşınır mülkiyetinin intikaline ilişkin hükümlerde sebebe bağlılık yönünde hiçbir görüş ortaya konulmamıştır. Taşınmaz mülkiyetinin intikalinin sebebe bağlılığını netice veren hükümlerin mefhumu muhalifinden yola çıkılırsa, taşınmazlarda kabul edilen bu sistemin taşınırlarda kabul edilmediği neticesi ortaya çıkar. Buna karşı çıkan sebebe bağlılık görüşünün taraftarları⁴⁴,

⁴² **CANSEL**, Mülkiyetin İlliği, s. 342; **ÖZDAMAR**, s. 415; **EDİS**, s. 294. Burada A, süresi içinde hile hükümlerine dayanarak sözleşmenin iptali yoluna da gidebilir.

⁴³ **ARSEBÜK**, s. 213; **SUNGURBEY**, s. 85; **ARSLANLI**, s. 629; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 540; **ULUSAN**, s. 20-21; **Von TUHR**, Mülkiyetin Nakli, s. 164; **SEROZAN**, Taşınır Eşya, s. 200, 201.

⁴⁴ **VELİDEDEOĞLU**, H.Veldet, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963, s. 742; **SCHWARZ**, A.B., Borçlar Hukuku, İstanbul 1948, s. 238; **TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Ders Notları, Ankara 1966, s. 73,74; Sebebe bağlılık

MK. m. 763'de taşınır mülkiyetinin intikali bakımından açık bir ifade kullanılmamasını bilerek iyi niyetle alınmış bir tutum olarak değerlendirmektedirler. Ayrıca yine bu görüş taraftarlarına göre, aksi ile kanıt yoluyla neticeye varılabilen hallerde kıyas yapılması da mümkündür. Binaenaleyh kanun koyucu taşınmaz mülkiyetinin intikalinde sebebe bağlılığı kabul etmişse taşınır mülkiyetinin intikalinde de kanun koyucunun farklı düşünmesini zorunlu kılan bir sebep yoktur.

dd) İspat Kolaylığı

Taşınır mülkiyetinin soyut tasarruf muamelesiyle geçmesini kabul edenlerin diğer bir gerekçesi de ispat külfeti açısından dır. Buna göre, mülkiyet soyut bir tasarruf muamelesiyle geçeceğine göre, iktisap edenin borçlandırıcı muamelenin geçerliliğini ispat zorunluluğu da olmayacaktır. Buna karşı çıkanlar ise soyutluk sisteminin zannedildiği gibi ispat kolaylığı getirmeyeceğini savunurlar.

2) Taşınır Mülkiyetinin İntikalinde Sebebe Bağlılık Görüşü

a) Genel Olarak

Taşınır mülkiyetinin intikalinin geçerli bir hukuki sebebe dayanması (sebebe bağlılık) gerektiğini savunanlar⁴⁵, şu görüşleri ileri sürmüşlerdir; Soyutluk görüşünün kabulü durumunda geçerli bir borçlandırıcı işlem olmasa da sadece tasarruf işlemiyle mülkiyetin intikal edeceği neticesi ortaya çıkmaktadır. Fakat bu şekilde mülkiyetin kazanılmasının sosyal yaşamın gerekleriyle ters düştüğü söylenebilir. Zira hiç kimse, hiç düşünmediği bir şekilde malını başkasına devretmiş sayılmak istemez. Taşınır mülkiyetinin soyut tasarruf işlemiyle geçirilmesi biçimi, Medeni Kanunun yapısına, sosyal gereksinimlere ve hukuki güvenliğe uygun düşmemektedir. Tıpkı taşınmazlarda olduğu gibi taşınır mülkiyetinin intikalinde de geçerli bir hukuki sebep olmalıdır.

Bundan başka soyutluk görüşünün kabulü durumunda taşınır mal elinden çıkmış olan malik, borçlandırıcı işlem geçerli değilse, ancak iktisap edenin elinde mal aynen mevcut ise sebepsiz zenginleşme davasıyla malın iadesini isteyebilir. Eğer malı elinden çıkarmışsa zenginleştiği miktarı talep edebilir. Hiç zenginleşmemişse, malik hiçbir şey talep edemez. Bütün bunlar soyutluk görüşünün kabul edilmesinin getireceği olumsuz neticelerdir. Yine taşınır mülkiyetinin intikalinde soyutluğu savunanlar mülkiyetin intikalini gerektiren borçlandırıcı muamelenin hile ile yapılması durumunda görüşlerine

ilkesinin soyutluk ilkesine üstün tutulması gerekir. **EREN**, s. 182; **GAUCH/SCHLUEP/JAEGGİ**, Band I, s. 290.

⁴⁵ **VELİDEDEOĞLU**, s. 742; **SCHWARZ**, s. 238; **TANDOĞAN**, s. 73,74; Sebebe bağlılık ilkesinin soyutluk ilkesine üstün tutulması gerekir görüşü için bkz. **EREN**, s. 182; **GAUCH/SCHLUEP/JAEGGİ**, Band I, s. 290.

bir istisna getirerek, tasarruf muamelesinin mülkiyeti intikal ettirmeyeceğini kabul ederler. Ancak borçlandırıcı muamelesinin ikrah nedeniyle gerçekleşmesi durumunda soyut tasarruf muamelesiyle mülkiyetin intikal edip etmeyeceği tartışmalıdır⁴⁶.

Tehdit altında yapılan borçlandırıcı muameleyle ilgili aynı belirsizlik, ahlaka aykırı temelde yapılan bir borçlandırıcı işlem için de söz konusudur. Netice itibarıyla soyutluk sisteminde soyut tasarruf muamelesinin hangi hallerde mülkiyeti geçireceği veya geçirmeyeceği net değildir. Diğer bir ifadeyle borçlandırıcı muameleyle tasarruf muamelesinin ne zaman bir arada düşünüleceği veya ne zaman ayrı ayrı mütalaa edileceği konusunda da görüş birliği yoktur⁴⁷. Sebebe bağlılık görüşüne göre, taşınmazlarda olduğu gibi taşınır mülkiyetinde de mülkiyetin intikali için geçerli bir hukuki sebebin mevcudiyeti şarttır. Taraflar geçerli bir borçlandırıcı muameleyi hiç dikkati nazara almadan soyut tasarruf muamelesiyle mülkiyetin geçeceğine dair anlaşma yapamazlar.

b) Sebebe Bağlılık Görüşünün Gerekçeleri

aa) İyiniyetin Korunması

Tasarruf muamelelerinde mülkiyeti devralan şahsın veya iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması bakımından soyutluk fikrinin kabul edilmesinin zorunluluğu görüşü MK.'nin iyiniyetli müktesibin korunması için hükümler sevk etmesinden sonra geçerliliğini kaybetmiştir. MK.'da bu şekilde hükümler söz konusu olmasaydı soyutluk görüşünün gerekçesi makul gelebilirdi. Kaldı ki, soyutluk görüşünde çok aşırı bir koruma olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü bu görüşün kabul edilmesi durumunda hem iyiniyetli hem de kötüniyetli devralanlar korunmaktadırlar. Bu durum hakkaniyetle bağdaşmaz. Ayrıca sebebe bağlılık görüşünü kabul edenler, soyutluk sisteminde savunulan hukuki işlemlerde güven ilkesinin, sebebe bağlılık sisteminde de iyi niyetin korunması ile temin edilebileceğini iddia ederler. Buna göre yukarıdaki örnekte son müktesip C iyiniyetli ise, A ile B arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa ve aynı zamanda B'nin malik olmadığını bilmiyorsa, taşınır mülkiyetini kazanır. Hatta bu iki sistem kıyas edildiğinde, iyiniyetin önemli rol oynadığı sebebe bağlılık sisteminde, iyi niyetli üçüncü şahıs geçerli bir hukuki sebep mevcut olmasa da taşınır mülkiyetini iktisap edebilmektedir. Böyle bir durumda iyiniyetli üçüncü şahsa karşı devreden şahıs ne istihkak davası ne de sebepsiz zenginleme davası açabilmektedir⁴⁸. Görülüyor

⁴⁶ CANSEL, s. 349 ve dpn. 63.

⁴⁷ CANSEL, s. 349 dpn. 66.

⁴⁸ İyi niyetli üçüncü şahıs değil de, bizzat sözleşmenin tarafı olan (A-B örneğinde B gibi) şahıs söz konusu olursa, aralarındaki sözleşme herhangi bir nedenle

ki sebebe bağıllık sisteminde kabul edilen iyi niyetle mülkiyetin iktisabı soyutluk görüşüne oranla hukuki işlemlerde daha fazla güven, emniyet sağlamaktadır. Soyutluk görüşünün güven ilkesini karşı görüştekiler bu şekilde eleştirmektedirler.

bb) İspatı Güçleştirme

Soyutluk görüşü, iddia edildiği gibi ispat kolaylığı getirmez. Aksine ispatı güçleştirir. Zira sebebin batıl olmasının mülkiyetin intikalini de batıl kıldığı hallerin ayırt edilmesi oldukça zordur. Örneğin, devreden korku, hile ve tehditle borç yükleyen muamelede rızasını beyan ettiği farz edilirse, bu korku, hile ve tehdit hallerinin tasarruf muamelesine de sirayet edip etmediğini söylemek zordur⁴⁹.

cc) Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerinin Uygulama Alanına İlişkin İtiraz

Sebebe bağıllık görüşünü savunan yazarlar, sebebe bağıllık görüşünün benimsenmesi durumunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanının daralacağı itirazını doğru bulmamaktadırlar. Bunlara göre, sebebe bağıllık görüşü kabul edilse de sebepsiz zenginleşme hükümleri çok geniş bir uygulama, alanına sahiptir⁵⁰. Örneğin taşınır mal aynen mevcut değilse, tüketilmiş veya iyiniyetli müktesibe devredilmişse artık istihkak davası değil sebepsiz zenginleşme davası açılır. Bundan başka tam bir mücerret borç vaad

geçerli olmazsa, iyi niyetli olmak şartıyla taşınır mülkiyetini ancak beş yıllık zaman aşımı süresinin sonunda elde edebilir (AYAN, s. 418; AKINTÜRK, Turgut/AKİPEK, Jale, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, I. Cilt Ankara 2002, s. 162 vd; AYAN, Mehmet Medeni Hukuka Giriş, Konya 2007, s. 147 vd).

⁴⁹ EDİS, s. 294 ve dpn. 37.

⁵⁰ İstihkak davası, sebepsiz zenginleşme davasını önler, (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 735; OĞUZMAN/ÖZ, s. 714; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2007, s. 249,250; SEROZAN, Rona (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı ile birlikte) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998, s. 283; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2003, s. 190 vd). Zira davacının mülkiyet hakkının mevcut olduğu yerde, davalının sebepsiz zenginleşmesi söz konusu olamaz. Yine sebepsiz zenginleşme davası, mülkiyet hakkının karşı tarafa haklı bir sebep olmaksızın geçmiş olduğu hallerde açılabileceği için, mülkiyet (istihkak) davasının açılabileceği hallerde de sebepsiz zenginleşme davası açılmaz, çünkü mülkiyet hakkı karşı tarafa geçmemiştir. (EREN, s. 840; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 60 vd).

edilmesi veya eda edilmesi⁵¹ taşınır malın başka bir şeyle birleştirilmesi, karıştırılması hallerinde de sebepsiz zenginleşme davası açılır. Bunların yanı sıra BK. ve MK.'nin pek çok yerinde (BK m. 39/son, 117/II, 244/1; MK. m. 122/II, 452/I, 548/II, 604/II gibi) sebepsiz zenginleşme davasına yollamalar yapılmıştır. Netice itibariyle bu örnekler sebebe bağlılık görüşünün kabulü durumunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanının daralacağı itirazını bertaraf etmeye yetecektir⁵².

dd) Teslim'in Sadece Mülkiyetin Naklinde Kullanılmaması

Mülkiyetin intikali için başvuru olan zilyedliğin devri, başka birtakım hukuki muamelelerde de karşımıza çıkmaktadır. Örneğin taşınır rehninde, ariyette, vadiada ve real akıtlarda zilyetliğin devri zorunludur. Bütün bu durumların hukuki mahiyetini belirleyen en önemli husus, zilyedliğin devrinin dayandığı hukuki sebeptir. Soyutluk görüşü kabul edilir ve zilyedliğin devrinin mülkiyetin intikalinde sebepten bağımsız olduğu düşünülürse, söz konusu hukuki durumları birbirinden ayırt etmemizi sağlayacak en önemli kriterden yoksun kalırız. Bu nedenle, zilyedliğin devri mülkiyetin intikalinde sebebe bağlı bir işlem olarak kabul edilmek zorundadır.

3) Sebebe Bağlılık veya Soyutluk Görüşünün Kabul Edilmesi Durumunda Ortaya Çıkacak Neticeler

a) Mülkiyetin İntikali Bakımından Ortaya Çıkan Neticeler

Eğer, sebebe bağlılık ilkesi kabul edilecek olursa, geçerli bir hukuki sebebe dayanmadan teslim alınan taşınır malın mülkiyeti karşı tarafa geçmeyecektir. Çünkü tasarruf muamelesinin mutlaka geçerli bir hukuki sebebe dayanması gerekir. Tasarruf muamelesi böyle bir sebebe dayanmadan gerçekleştirilen teslimlerde, devreden, teslim ettiği malı, istihkak davası açarak geri alabilir (MK. m. 683/II). İİK. m. 96 gereğince de, eğer teslim edilen taşınır mal, karşı tarafın elinde iken haczedilmiş olursa, devreden taraf, icra dairesine istihkak iddiasını bildirebilir. Yine İİK. m. 228 uyarınca, teslim alan taraf iflas etmiş olursa, devreden, istihkak talebiyle iflas masasına başvurabilir.

Bütün bunlara karşılık, taşınır mülkiyetinin intikalinin soyut olduğu kabul edilecek olursa, taşınır malın teslimiyle karşı taraf mülkiyeti kazanacaktır.

⁵¹ **ARIK**, Fikret, Mücerret Alacaklar Nazariyesine Dair, BK. Md. 17 hakkında Kısa bir İnceleme Adalet Ceridesi 1943, C. 34, S. 1, s. 15.

⁵² Medeni Kanunun sebebe bağlılık ilkesini kabul etmesi neticesinde mülkiyet ve alacak haklarına ilişkin sebepsiz zenginleşme davası açma imkanı son derece daralmıştır, görüşü için bkz., **EREN**, s. 840; Ayrıca Hukuki sebebi olmaksızın devredilen şeylerin karıştırılmasından dolayı açılacak zenginleşme davası olmadığı yönündeki iddiaların haklı olmadığına dair bkz., **EREN**, s. 284.

Tasarruf işleminin temelinde yatan sebep muteber olmasa dahi netice değişmeyecektir. Böyle bir durumda, taşınır malı teslim eden taraf, karşı tarafa ancak sebepsiz zenginleşme davası açabilecektir. Soyutluk görüşünün kabulü durumunda, malı teslim alan tarafın iflas etmesi söz konusu olursa, devreden taraf istihkak talebiyle iflas masasına başvuramaz⁵³.

b) İstihkak Davası ve Sebepsiz Zenginleşme Davasının Hükümleri Bakımından Ortaya Çıkan Neticeler

İstihkak davası ve sebepsiz zenginleşme davası ile taşınır malın mülkiyetinin geri alınması söz konusu olmaktadır. Ancak istihkak davasının açılabilirdiği durumlarda, davacı zaten mülkiyeti kaybetmiş değildir. Sebepsiz zenginleşme davasında ise taşınır malın mülkiyeti karşı tarafa geçmiş olduğundan, davacı taşınır üzerinde mülkiyet hakkını yeniden kazanır⁵⁴. Taşınır malı teslim alan taraf, bunu iyiniyetli gerçekleştirmişse, gerek sebepsiz zenginleşme davasında gerekse istihkak davasında taşınır malın hasara uğramasından veya telef olmasından dolayı sorumlu tutulamaz (MK. m. 993/son). Buna karşılık iyiniyetli zilyet, taşınır malın iadesini isteyen kimseden, taşınır için yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafları ödemesini isteyebilir (MK. m. 994). Bu masraflar ödenmedikçe mal üzerinde satış hakkı vermeyen eksik hapis hakkını kullanabilir⁵⁵.

Söz konusu davalar arasında semereler açısından da farklılık vardır. Sebepsiz zenginleşme davası açılmışsa davalı, taşınırdan elde ettiği semerelerden dolayı da zenginleştiğinden, bunları iade etmek zorundadır. İstihkak davası açılmışsa, davalı elde ettiği semerelerden dolayı sorumlu değildir. Fakat talep ettiği zorunlu ve faydalı masraflara mahsup edilebilir.

⁵³ A, B'ye taşınır malı teslim eder ve B'de bunu C'ye bağışlarsa, soyutluk görüşünün kabul edilmesi durumunda bile, A, B'ye karşı sebepsiz zenginleşme davası açamayacaktır. Çünkü B malı bağışlayarak elinden çıkarmış herhangi bir ivaz elde etmemiştir. Bu nedenle de zenginleşmemiştir. A, C'ye karşı da sebepsiz zenginleşme davası açamayacaktır. Çünkü soyut tasarruf muamelesiyle taşınır mal B'nin mülkiyetinde iken C'ye geçmiştir. A'nın mülkiyetinde olmayan bir mal, kendisini fakirleştiremeyecektir (bkz. **CANSEL**, s. 339). Bununla birlikte BGB, bu kurala istisna getirmiş ve A'nın sebepsiz zenginleşme davası açarak taşınırın mülkiyetinin iadesini C'den isteyebileceğini kabul etmiştir (bkz. **CANSEL**, s. 339 ve dpn. 3).

⁵⁴ Bu durumu şu şekilde ifade etmek de mümkündür. İstihkak davası zilyedliği, sebepsiz zenginleşme davası ise mülkiyet hakkını yeniden tesis eder. Ayrıca istihkak davası aynı nitelikte bir dava iken sebepsiz zenginleşme davası şahsi nitelikte bir davadır (bkz. **CANSEL**, s. 340; **ÖZDAMAR**, s. 416).

⁵⁵ **CANSEL**, s. 340; **CANSEL**, Erol, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara 1961, s. 166 vd.

Taşınır malı teslim alan taraf kötüniyetli ise yani tasarruf işleminin geçerli bir hukuki sebebe dayanmadığını bilerek mülkiyeti kazanmışsa, aleyhine istihkak davası açıldığında taşınır malı iade ve her türlü zararı tazmin ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereleri de ödemek zorundadır. Buna karşılık taşınır malı kötüniyetle teslim alan tarafa karşı sebepsiz zenginleşme davası açılırsa, davalı elinde kalanı iade etmekle yükümlüdür⁵⁶.

VI. SONUÇ

Taşınır mülkiyetinin devrine yönelik gerçekleştirilen tasarruffi işlemin soyut olduğunu veya sebebe bağlı olduğunu kabul etmek etkisini şu noktada gösterir: Eğer sebebe bağlılık görüşü kabul edilirse, mülkiyetin devri geçerli bir sebebe dayanmıyorsa devreden, malik olarak kalmaya devam edecek ve malın zilyedine karşı istihkak davası açabilecektir. Soyutluk görüşü kabul edilecek olursa mülkiyetin devri geçerli bir sebebe dayanmasa bile devralan mülkiyeti kazanmış olacaktır fakat devralanın bu kazanımı sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir. İstihkak davası aynı bir dava olup herhangi bir zamanaşımı süresi ile sınırlandırılmamıştır. Sebepsiz zenginleşme davası ise BK. m. 66 da ifade edilen zamanaşımı süresi ile sınırlandırılmıştır. Sebebe bağlılık görüşü devredeni korumakta iken soyutluk görüşü devralanı korumaktadır. Zaten hukuken yeterince korunan devredeni bir de sebebe bağlılık ilkesiyle korumak gereksizdir. Kanaatimizce bu bağlamda taşınır mülkiyetinin devredilmesinde soyutluk görüşü kabul edilebilir. Ayrıca soyutluk görüşünün kabulü alışveriş hayatında istikrarı da sağlamaktadır. Soyutluk görüşünün, eleştiriye açık tarafları olmasına rağmen, pratik faydaları gözönüne alındığında sebebe bağlılık görüşüne tercih edilebilir mahiyette olduğu anlaşılmaktadır.

⁵⁶ Kötü niyetli teslim alana karşı sebepsiz zenginleşme davası açılması durumunda, teslim alan taşınır malı teslim edeceğini bilerek, kötü niyetli elinden çıkarmışsa, taşınır malın tamamını iade etmek zorundadır. İstihkak davasından farklı olarak, teslim alan taraf, iade zamanında malda mevcut olan fazlalık oranında yaptığı faideli masrafları da isteyebilir. İstihkak davasında kötü niyetli zilyede, lüks masrafları isteme hakkı tanınmadığı halde sebepsiz zenginleşme davasında mala zarar vermeden alma imkanı tanınmıştır (CANSEL, s. 340, 341).

BİBLİYOGRAFYA

- AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2003.
- AKINTÜRK**, Turgut/**AKİPEK**, Jale, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, I. Cilt Ankara 2002.
- ARSEBÜK**, Esat, Borçlar Hukuku, Ankara 1950.
- ARSLANLI**, Halil, Ticari Bey, İstanbul 1952.
- AYAN**, Mehmet Medeni Hukuka Giriş, Konya 2007 (Giriş).
- AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2007 (Borçlar).
- AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku, Mülkiyet, C.II, Konya 2000.
- AYİTER**, Kudret / **KOSCHAKER**, Paul, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.
- AYİTER**, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953.
- BAUR**, Fritz/**BAUR**, Jürgen/**STÜRNER**, Rolf, Sachenrecht, München 1999.
- CANSEL**, Erol, Taşınır Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Aynı Sözleşme Kavramı, İmran Öktem Armağanı, Ankara 1970, s. 333-359.
- CANSEL**, Erol, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara 1961 (Hapis Hakkı).
- CELEBİCAN KARADENİZ**, Özcan, Roma Eşya Hukuku, Ankara 2000.
- DURAL**, Mustafa, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981.
- EDİS**, Seyfullah, Taşınırlarda Mülkiyetin İntikali-Hususiyle İlliyet Meselesi, AÜHFD., C. 14, 1957, S. 1-4, s. 278-299.
- ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2000.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003.
- ERTAŞ**, Şeref, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2002.
- GAUCH**, Peter / **SCHLUEP**, Walter R./**JAEGGİ**, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage, Zürich 1995.
- GÜRSOY**, Kemal T./**EREN**, Fikret / **CANSEL**, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.
- HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/ **ARPACI**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- HOWALD**, M., Der Dingliche Vertrag, Zürich 1946.
- KARAGÖZ**, Havva, Traditio'nun Tarihsel Gelişimi ve Constitutum Possessorium (Zilyetlik Anlaşması), İstanbul 2001.
- OĞUZ**, Arzu, Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı (Justa Causa Traditionis), AÜHFD. 1998, C. 47, S.1-4, s. 49-83.

- OĞUZMAN**, Kemal / **SELİÇİ**, Özer, Eşya Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2002.
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.
- ÖZ**, Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1980.
- ÖZDAMAR ÇELİKTAŞ**, Demet, Aynı Sözleşme ve Aynı Sözleşmeye Benzer Ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2000, S. 3, s. 399-418.
- REY**, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern 1991.
- REY**, Heinz, Perspektiven des Fernwärmelieferungsvertrages, in Innominat verträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von W.R. Schlupe, Zürich 1988.
- SAYMEN**, Ferit H. / **ELBİR**, Halit K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.
- SCHELLHAMMER**, Kurt, Sachenrecht, 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2005.
- SCHWARZ**, A.B., Borçlar Hukuku, İstanbul 1948.
- SEROZAN**, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002 (Taşınır Eşya).
- SEROZAN**, Rona (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı ile birlikte) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998.
- SUNGURBEY**, İsmet Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1950.
- TAHİROĞLU**, Bülent / **ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2001.
- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Ders Notları, Ankara 1966.
- ULUSAN**, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.
- UMUR**, Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983.
- VELİDEDEOĞLU**, H.Veldet, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963.
- Von GIERKE**, Julius, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, 1959.
- Von TUHR**, Andreas (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Ankara 1988.
- Von TUHR**, Andreas (Çeviren Kudret Ayiter), İsviçre Hukukuna Göre mülkiyetin Nakli AÜHFD. 1948, C. 5, S. 1-4, s. 154-166.
- WIELING**, Hans Josef, Sachenrecht, Zweite korrigierte und ergänzte Auflage, Trier 1992.

Makaleler

Kamu Hukuku

EŞİTLİK KURUMLARI VE TÜRKiYE'DE DURUM

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ*

ÖZET

Günümüzde eşitlik, insan hakları gibi kavramlar çok tartışılmakta ve uygulamaya geçirilmeye çalışılmaktadır. İnsan hakları, insan kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez tabii haklardır. Eşitsizlik ve ayrımcılık yapılması da insan haklarının ihlali niteliği taşımaktadır. Bu anlamda eşitsizlik ve ayrımcılığın önlenmesi insanlık için önemli problemlerden birisidir. Bu durumun giderilmesi için çalışmalara başlanılmıştır.

Bu çalışma eşitlik, fırsat eşitliği, ayrımcılığın önlenmesi gibi konuları ve bunlar hakkında yapılan düzenlemeleri ve kurumları ele almaktadır.

ANAHTAR KELİMELEER: eşitlik, fırsat eşitliği, ayrımcılığın önlenmesi, insan hakları, eşitlik kurumları.

INSTITUTION OF EQUALITY IN TURKEY

ABSTRACT

Equality and human rights are much debated questions at the present day. Human rights are natural rights. Unequality and discrimination are human rights violation. In this context nondiscrimination is a big problem for humanity.

The article deals with questions of discrimination, equality of opportunity, equality, institution of equality and legal arrangement relative to these questions.

KEYWORDS: equality, equality of opportunity, discrimination, institution of equality, human rights.

GİRİŞ

Çağımız; bilgi ve iletişim çağı olmasının yanında eşitlik, insan hakları gibi kavramların en fazla tartışıldığı ve uygulamaya geçirilmesi için uğraşıldığı bir çağdır.

İnsan hakları; insan kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez tabii haklar olup çok geniş içeriklidir.¹

* Gazi Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi

Ancak fırsat eşitliği verilmemesi, ayrımcılık yapılması sadece insan haklarının ihlâli olmayıp daha öte bir tutum ve davranıştır.²

İnsan hakları ihlâllerinin durdurulması, ayrımcılığın önlenmesi, eşitliğin sağlanması bakımından fırsat eşitliği verilmesi için bu kavramların her birinin farklı içeriklere sahip olduğunu bilmek gerekmektedir.

- Bu ihlâllerin, eşitsizliklerin, ayrımcılığın artık yapılmaması ve tüm toplumu bilinçlendirmek, işverenleri eğitmek için uzun vadeli plânlr yapılması başka bir fonksiyondur;

- İnsan hakkı ihlâl edilen, eşitsizliğe, ayrımcılığa maruz kalan mağdurları korumak, haklarını geri vermek veya geri verilmesine aracı olmak başka bir fonksiyondur;

- İnsan haklarının ihlâl edilmemesi, ayrımcılık yapılmaması için gerek toplumu bilinçlendirmek, gerek mağdurlarla ilgilenmek için kuruluşlar, komisyonlar kurmak üzere kanunlar, kararnameler çıkarmak başka konudur;

- Bu mevzuatı kabûl ettikten sonra bu kurumları fiilen kurmak başkadır;

- Hattâ bu kurumları kurduktan sonra bunları faaliyete geçirmek yine başka bir fonksiyondur.

Bu konulara ilişkin uygulamalarda çoğu zaman insan haklarının ihlâl edilmesi ile ayrımcılık yapılması karıştırılmaktadır.

Kuvvetli ve güçlü bir idarî yargı teşkilâtına sahip olan ülkeler, idare mahkemelerinin fonksiyonu ile Ombudsman fonksiyonunu nasıl birbirine karıştırıyorlarsa, bazı ülkeler de insan hakları, fırsat eşitliği, ayrımcılık kavramlarını birbirine karıştırdıkları için ülkelerinde mevcut olan veya yeni kurdukları ve sadece insan hakları ihlâllerinin önlenmesi ile yetkili kılınmış kurumların bu saydığımız kavramlarla ilgili mağdurların da sorunlarına yeterli olacağını düşünmektedirler. Halbuki ayrımcılık yapılması başka türlü bir ihlâl konusudur.

Ancak; burada kastettiğim birden çok kurumun kurulması değildir, ama bir tek kurumun birden çok yetkiyle donatılmasının sağlanmasıdır.

Bu çalışmanın esas amacı Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil bir ülkede hazırlanacak fırsat eşitliğini sağlamak ve ayrımcılığı önlemekle ilgili düzenlemenin nasıl olması, neleri içermesi gerektiğini ortaya koymaktır. Bu

¹ **ODYAKMAZ**, Zehra: “İnsan Haklarının Hatırıma Getirdikleri”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, 6-10 Ocak 2004 Ankara, İnsan Hakları 2, Ankara 2004, s.255-259.

² “Fundamental rights and anti-discrimination” için bkz: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_en.htm

düzenlemeye göre kurulacak Fırsat Eşitliği Kurumu'nun yetkileri, görev alanı neler olmalıdır? Ayrıca Ombudsmanlık kurumunun bulunduğu ülkelerde Kurumun yerinin ve işlevinin nerede ve ne olduğunun tespiti.

I- EŞİT MUAMELE İLKESİNİN UYGULANMADIĞI, FIRSAT EŞİTLİĞİNİN VERİLMEDİĞİ, AYIRIMCILIĞIN YAPILDIĞI KONULAR NELERDİR?

Eşit muamele ilkesine aykırı düşen davranış biçimlerinin bir kısmı Avrupa Birliği Konsey Direktiflerinde yer almış, sayılan bir çoğu ise eşitlik kurumlarına yapılan şikâyet başvurularıyla tespit edilmiştir.

Bunları bazı somut örnekleri ile birlikte şöyle sıralayabiliriz:

İrk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık, renk, din, inanca dayalı ayrımcılık, yabancı düşmanlığı³, Yahudi düşmanlığı, Müslümanlara karşı ayrımcılık, istenmeyen bir davranışın onur kırıcı olması, onur zedeleyen düşmanca şaka, fıkra, zenci – beyaz ayrımı yapmak, ırkı nedeniyle sendikaya üye olarak kabûl edilmemek, sinemaya, kafeteryaya erişim, medyada ırkçı nefreti işleyen konular, mültecilerin yerleşim bölgelerinden tahliye edilmesi, ırksal şiddet, ırkçılık, cinsel yönelime dayalı ayrımcılık, transseksüellerin fişlenmesi, evli çiftlerin farklı ülkelere gönderilmeleri, evli ve evlilik dışı birliktelik sürdüren çiftler için serbest dolaşım, eğlence yerlerine veya umuma açık yerlere etnik grupların alınmaması.

Meslekî eğitimden yoksun bırakılmak, işe giriş, çalışma şartlarıyla ilgili olarak kadın ve erkeğe eşit muamele edilmemesi, cinsiyet temelinde tâciz ve cinsel tâciz, hamilelikte ve sonrasında kadının biyolojik durumunun eşit muamele gereğince korunmaması, kadın ve çocukların sırf kadın ve çocuk oldukları için ayrımcılığa maruz kalmaları, kadın ve erkeklerin mal ve hizmete, mülkiyete, konut edinmeye eşit şekilde erişememeleri, belli yaşlardaki göçmen kadınların işgücü piyasasında değerlendirilmemesi, ürün, mal ve hizmetlerin cinsiyet ayrımı gözetmeksizin tüm tüketicilere eşit değerinde sunulmaması, reklâmlar yapılırken bir cinsin diğerine üstünlüğüne yönelik kamuoyu oluşturulması, kadının ilerlemesini engellemek, hanımları kabûl etmeyen bir golf kulübü, genç annelerin âdil olmayan şekilde işten çıkarılmalarını önlemek.

Çocuk haklarını ihlâl etmek, sokak çocukları, çocuk işçi çalıştırılması, eğitim alma hakkı ve sığınma hakkı isteyenlerin bu kararı beklerken eğitim alamayan çocukları, bursların dağıtımını ve öğrencilere kredi temini.

³ Avrupa İrkçilik ve Yabancı Düşmanlığını İzleme Merkezi (EUMC) için bkz: <http://eumc.eu.int>

EUMC 2 Haziran 1997 tarihli ve 1035/97 sayılı Konsey Tüzüğü ile kurulmuştur (RG L 151, 10.06.1997) ve faaliyetlerine 1998'de başlamıştır.

Çalışma şartları itibarıyla ayrımcılık, tam zamanlı – kısmî zamanlı çalışanlar arasında yapılan ayırım, geçici ve süreli sözleşmeyle çalışanlar arasında yapılan ayırım.

“Yaş”a dayalı ayrımcılık, yaşlı işçilere farklı ve özensiz muamele yapılması, bir şahsın yaşı sebebiyle işlem yapmayı reddeden sigorta şirketine karşı açılan dava, yaşlı işçilerin işgücüne katılmalarının engellenmesi.

Özürlü işçilere özen gösterilmemesi, işyerinde özürlü insanların ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik tedbirlerin alınmaması, özürlü insanların işyerine uyum sağlamasına yönelik çalışmaların yapılmaması, özürlü insanların eğitiminin ve istihdamının geliştirilmemesi.

Göçmenlerde: Göçmen topluluk üyeliği, millî özgeçmiş, milliyet konularında yapılan ayrımcılık, sığınmacı ve sınırdışı edilme konularında ırk, din, milliyet gibi durumlara göre yapılan işlemler ile yaratılan ayrımcılık.

Mahkûmlar hakkında yapılan ayrımcılık.

II- EŞİT MUAMELE İLKESİNİN SAĞLANMASI İÇİN AYIRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ KONUSUNDA YAPILAN ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR

1. Paris Prensipleri

Paris’ de 7-9 Ekim 1991 tarihlerinde düzenlenen, insan haklarının korunması ve yaygınlaştırılmasına ilişkin, ulusal kuruluşların ilk uluslararası toplantısında ortaya konan temel ilkelere “Paris Prensipleri” denilmektedir.

Bu prensipler hemen hemen sadece insan haklarıyla ilgilidir. İnsan hakları yanında bir yerinde ayrımcılıkla mücadeleyi de önermiştir. Bu öneri Birleşmiş Milletler’ e ışık tutmuştur.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun 3 Mart 1992 tarih ve 1992/54 sayılı ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 20 Aralık 1993 tarih ve 48/134 sayılı kararlarıyla kabûl edilen Paris Prensiplerinde, insan haklarının geliştirilmesi ve korunması için kurulacak ulusal kurumların statüsü ve kuruluş ilkeleri belirtilmiştir.

Paris Prensipleri insan haklarının geliştirilmesi ve korunması için kurulacak Kurumların/Komisyonların statüsü ile ilgili standartlar belirlemiştir.

Bu standartlar ayrımcılığın önlenmesi için kurulacak Eşitlik Kurumları için de uygulanabilecek niteliktedir.

Bu standartların bir kısmını şöyle sıralayabiliriz:

- Kurumların bağımsızlığı anayasal veya yasal bir çerçeve ile güvence altına alınmalıdır,

- Hükümetten bağımsız olmalıdır,

- Sivil Toplum Kuruluşları, sosyal-meslekî kuruluşlar, akademisyenler, parlâmento, din ve felsefî akım temsilcileri, idare temsilcilerinin katılmalarıyla “çoğulcu” biçimde oluşturulmalıdır,

- Geniş yetki verilmelidir,
- Yeterli finans kaynakları sağlanmalıdır.

İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI) da Paris Prensiplerine atıfta bulunmaktadır.

2. Avrupa Birliği Konsey Direktifleri

Avrupa Birliği Avrupa Konseyi de insan haklarının, temel hak ve özgürlüklerin, demokrasinin korunması, eşit muamele ilkesinin uygulanması, eşit fırsat tanınması, ayrımcılığa karşı korunmanın sağlanması için birkaç önemli direktif kabûl etmiştir.

Bu direktifler İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun (ECRI) tavsiyeleri ile uyumaktadır.

Avrupa Birliği Avrupa Konseyi 29 Haziran 2000 tarihinde “İrk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konulması”na İlişkin 2000/43/EC sayılı Konsey Direktifini kabûl etmiştir.

27 Kasım 2000 tarihinde “İstihdam ve İş Konusunda Eşit Muamele İçin Bir Genel Çerçeve Oluşturulması”na ilişkin 2000/78/EC sayılı Konsey Direktifini kabûl etmiştir.

23 Eylül 2002’ de “İstihdamda, Meslekî Eğitimde, Meslekte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 76/207 EEC sayılı Konsey Direktifini Değiştiren 2002/73/EC sayılı Konsey Direktifi”ni kabûl etmiştir.

Son olarak da “Kadın ve Erkeklerin Mal ve Hizmetlere Erişimi Hakkında 2004/113 EC sayılı Direktif” i kabûl etmiştir.

Bu direktifler eşitsizlik veya ayrımcılık yapılan bütün konuları tek tek düzenlememektedir. Ancak direktifler, 2002/73 sayılı direktifin 5 Ekim 2005 tarihine kadar kurulmasını önerdiği Fırsat Eşitliği Kurumları veya Eşitlik veya Ayrımcılığın Önlenmesi Kurumlarının konumuzla ilgili sorunları tespit etmesini esas almaktadır.

Nitekim bu sorunların çoğunun varlığı hayli zaman önce eşitlik kurumlarını kurmuş olan devletlerdeki kurumlara uzun yıllardan beri yapılan şikâyet başvuruları sırasında tespit edilmiş ve sonra çözümü için çabalar başlamıştır.

Zaten; ayrımcılık mağdurlarının bu kurumlara erişimi başlı başına önemli bir konudur. Ayrımcılık mağdurları açısından sadece tavsiye almak veya

bir ayrımcılık olayının bildirilmesi bile ayrımcılığı yapanlar açısından engelleyici rol oynamaktadır.⁴

A. Direktiflerin Amacı

Avrupa Birliği Konsey Direktiflerine genel hatlarıyla bakacak olursak:

Direktifler “amaç” maddelerinde amaçlarını “üye devletlerde eşit muamele ilkesini yürürlüğe koymak amacıyla düzenledikleri alanda bir genel çerçeve oluşturmak” olarak belirtmektedirler.

Düzenledikleri alanları da – farklı direktifler açısından – istihdam ve iş alanlarında din veya inanç, malûliyet, yaş veya cinsel yönelim, ırk ve etnik köken, cinsiyete dayalı ayrımcılığa karşı mücadele etmek olarak ifade etmektedirler.

Ayrımcılık yapanlar bu davranışlarını çok farklı şekillerde uygulamaya geçirdikleri için, Avrupa Birliği, direktiflerinde doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz, cinsel taciz şeklinde farklı tarifler geliştirmiş ve hatta daha ileri giderek bu tarifleri her bir direktifte o direktifin konusuna göre farklı şekilde yapmıştır.

Bu davranışları yapanların yanında teşvik edenin de, emir ve talimat verenin de doğrudan sorumlu olması gerekmektedir.

B. Kavramlar

a. Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konulmasına İlişkin 29 Haziran 2000 Tarih ve 2000/43/EC Sayılı Konsey Direktifi⁵

aa. Eşit Muamele İlkesi Kavramı

Bu direktifin amaçları açısından eşit muamele ilkesi; ırk ve etnik kökene dayalı doğrudan ya da dolaysız ayrımcılık olmaması anlamına gelmektedir.

Bu direktifin amacı ise üye devletlerde eşit muamele ilkesini geçerli kılmak amacıyla ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılığa dayalı bir çerçeve getirmektir.

bb. Doğrudan Ayrımcılık Kavramı

Doğrudan ayrımcılık; 1. fıkra hedefleri açısından bir kimsenin karşılaştırılabilir durumlarda ırk veya etnik kökene dayalı olarak, bir diğer kişiye

⁴ Bu konuda bkz: Eşitlik Kurumları ile ilgili olarak, Ayrımcılığa Karşı Topluluk Programı Kapsamında (2001-2006) Avrupa Birliği tarafından hazırlanan Rapor. http://europa.eu.int/comm/employment_socail/fundamental_rights/pdf/legisln/mslegln/equalitybodies_final_en.pdf

⁵ AB Resmî Gazetesi, L 180/22, 19.07.2000.

göre daha az tercih edilir bir muameleye tâbi tutulması, şimdiye kadar tutuluyor olması veya tutulma ihtimali olması halinde doğrudan ayrımcılığın ortaya çıktığı anlaşılır.

cc. Dolaylı Ayrımcılık Kavramı

Dolaylı ayrımcılık; görünüşte tarafsız bir hüküm, yansız kriterler veya uygulamanın; bir ırksal veya etnik kökenden kimseyi diğer kişilerle karşılaştırıldığında özel bir avantajlı konuma getirdiği durumlarda bu yansız hüküm, yansız kıstaslar veya uygulama, meşrû bir amaç ile nesnel olarak haklılık kazanmamışsa ve söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve zarurî değilse, dolaylı ayrımcılığın zuhur ettiği anlaşılır.

dd. Taciz Kavramı

Taciz; ırk ve etnik kökenle ilgili olarak, insan haysiyet ve itibarının çiğnenmesi amacını taşıyan veya o sonucu doğuracak ya da yıldırıcı, düşmanca, başkalarının gözünde alçaltıcı, aşağılayıcı, hakâretamiz bir ortam yaratan, arzu edilmeyen kasıtlı bir tavır ve hareket varsa 1. fıkradaki anlamıyla ayrımcılık olarak anlaşılır. Bu bağlamda bezdirme/taciz kavramının Üye Devletlerin hukuku ve uygulamasına uygun olarak tarifi yapılabilir.

b. İstihdam ve İş Konusunda Eşit Muamele İçin Bir Genel Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 27 Kasım 2000 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi⁶

aa. Eşit Muamele İlkesi Kavramı

Bu direktifin amaçları açısından eşit muamele ilkesi, madde 1' de bahsedilen nedenlerden herhangi birisiyle doğrudan ya da dolaylı hiçbir ayrımcılığın olmayacağı anlamına gelecektir.

Bu direktifin amacı, Üye Devletlerde eşit muamele ilkesini yürürlüğe sokmak amacıyla, istihdam ve iş alanlarında din veya inanç, malûiyet, yaş veya cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılığa karşı mücadele etmek için genel bir çerçeve oluşturmaktır.

bb. Doğrudan Ayrımcılık Kavramı

Doğrudan ayrımcılık bir kişiye madde 1'de (amaç maddesinde) bahsedilen nedenlerden herhangi birisiyle başka bir kişiye benzer bir durumda muamele edildiğinden, edilmiş olduğundan veya edileceğinden daha az elverişli şekilde muamele edildiği zaman ortaya çıkmış olarak kabul edilecektir.

cc. Dolaylı Ayrımcılık Kavramı

Dolaylı ayrımcılık; görünüşte tarafsız olan bir hüküm, ölçüt ya da uygulama aşağıdaki durumlar dışında, belli bir din veya inanca, belli bir

⁶ AB Resmî Gazetesi, L 303/16, 02.12.2000.

malûliyete, belli bir yaşa ya da belli bir cinsel yönelime dahil olan kişilere diğer kişilerle karşılaştırıldığında belli bir dezavantaja maruz bırakıyorsa ortaya çıkmış kabul edilecektir.

dd. Taciz Kavramı

Taciz madde 1’de bahsedilen nedenlerden herhangi birisiyle istenmeyen fiil, bir kişinin diğerine zarar vermek ve aşağılayıcı, düşmanca, haysiyet kırıcı, hakaret edici veya saldırgan bir ortam yaratmak amacıyla veya bu sonucu doğuracak şekilde gerçekleştiğinde, 1. fıkranın anlamı çerçevesinde bir çeşit ayrımcılık olarak kabul edilecektir. Bu bağlamda taciz kavramı Üye Devletlerin ulusal hukuklarına ve uygulamalarına göre tanımlanabilir.

c. İstihdamda, Meslekî Eğitimde, Meslekte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 76/207/EEC Sayılı Konsey Direktifini Değiştiren 23 Eylül 2002 Tarih ve 2002/73/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi⁷

aa. Eşit Muamele İlkesi Kavramı

Bu direktifin amaçları bakımından eşit muamele ilkesi doğrudan veya dolaylı özellikle medenî duruma veya aile durumuna atıfta bulunacak şekilde, cinsiyet temelinde hertürlü ayrımcılığın yapılamayacağı anlamına gelmektedir.

bb. Doğrudan Ayrımcılık Kavramı

Doğrudan ayrımcılık; bir kimsenin cinsiyete dayalı olarak benzer bir durumda bir başkasının gördüğü, görmekte olduğu veya görebileceği bir muameleden daha aşağı bir muameleye tâbi tutulmasıdır.

cc. Dolaylı Ayrımcılık Kavramı

Dolaylı ayrımcılık; bir hüküm, kriter ya da uygulama meşru bir amaçla yasallaştırılmamışsa ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli değilse, görünüşte tarafsız olan bu hüküm, kriter ya da uygulamanın bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilerle karşılaştırıldığında daha aşağı bir duruma getirmesidir.

dd. Taciz Kavramı

Taciz; bir kimsenin cinsiyetine dayalı olarak onurunu çığnemeyi amaçlayan ve yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam oluşturan veya o sonucu doğuran her türlü istenmeyen tavidir.

Cinsel taciz ise yalnızca bu direktifte tarif edilmiştir.

Cinsel taciz; kişinin onurunu çığnemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan veya o sonucu doğuran, istenmeyen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavidir.

⁷ AB Resmî Gazetesi, L 269, 05.10.2002.

Direktifler “Ayrımcılık Kavramı” başlıklı olan ve tarifleri kapsayan bu maddelere son fıkra olarak amaç maddesindeki sayılanlara dayanarak - ırk, etnik köken, istihdam ve iş alanlarında din, inanç, malûliyet, yaş, cinsel yönelim, cinsiyete dayalı ayrımcılık- kişilere karşı ayrımcılık yapılmasını isteyen bir talimatın bu direktiflerdeki anlamıyla ayrımcılık olarak kabûl edileceğini eklemiştir.

C. Direktiflerde Yer Alan Benzer Hükümler

Direktiflere göre üye devletler eşit muamele ilkesinin ihlâl edilmediğini ispat etme yükümlülüğünün davalıya ait olmasını sağlamak için gerekli önlemleri alacaklardır. Yani mağdur edildiği kanısında olan kişi değil şikâyet edilen taraf eşit muamele ilkesini ihlâl etmediğini ispat edecektir.

Üye devletler, ulusal geleneklerine uygun olarak eşit muameleyi geliştirmek ve ırk, etnik köken, cinsiyete dayalı ayrımcılığı önlemek amacıyla, işyeri uygulamaları, toplu sözleşmeler gibi yollarla iş yaşamının iki tarafı arasındaki sosyal diyalogu geliştirmeye yönelik tedbirler alacaklardır.

Üye devletler eşit muameleyi geliştirmek amacıyla Sivil Toplum Kuruluşlarıyla diyalogu teşvik edeceklerdir.

Üye devletlerin mağdura tazminat ödenmesiyle ilgili koydukları yaptırımlar etkili, orantılı ve caydırıcı olacaktır.

Adalet Divanı eşit muamele ilkesinin ihlâli durumunda ayrımcılığa uğrayan işçiye verilecek tazminatın uğranan zarar nispetinde olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Tazminatta üst sınır belirlemeyi de kabûl etmemektedir.

Kurumlar raporlarını hazırlarken Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Avrupa İzleme Merkezi'nin görüşlerini dikkate alacaktır.

Üye devletler eşit muamele ilkesine aykırı bütün kanun, tüzük ve idarî hükümleri kaldırmak hususunda gereken tedbirleri alırlar. Üye devletler bu direktifler uyarınca kanun, tüzük ve idarî hükümlerde yapılan değişikliklerin ihlâl edilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar hakkında kurallar koyarlar.

III- AYIRIMCILIKLA MÜCADELE DİREKTİFLERİNİN SONUCUNDA OLUŞTURULAN EŞİTLİK KURUMLARI⁸

Irksal Eşitlik Direktifi'nin (2000/43/EC) 13. maddesi üye ülkelerin ırk ve etnik köken alanlarında ayrımcılık yapılmaksızın tüm kişilere eşit muamelenin desteklenmesi için bağımsız birer kurum veya kurumlar kurulmasını gerektirmektedir.

⁸ Temmuz 2004'de tamamlanan rapor için bkz: http://europa.eu.int/comm/employment_socail/fundamental_rights/index_en.htm

Bu hüküm 1997 yılında ırkçılık, yabancı düşmanlığı, Yahudi düşmanlığı ile ulusal düzeyde mücadele etmek için uzmanlaşmış kurum oluşturulması çağrısında bulunan Avrupa Konseyi’nin Hoşgörüsüzlük ve Irkçılığa Karşı Avrupa Komisyonu’nun 2 numaralı Genel Politika Tavsiye Kararı’nı tamamlamaktadır.

Ancak; din veya inanç, yaş, engellilik veya cinsel tercih alanlarındaki ayrımcılıkla ilgili Çerçeve Direktif (2000/78/EC) bir eşitlik kurumu kurulması yönünde bir şart içermemektedir.

Bununla beraber cinsiyete ilişkin ayrımcılık yapılmaması ve eşit muamelenin sağlanması için bir eşitlik kurumu kurulması 76/207 sayılı direktifin 8a maddesini değiştiren 2002/73 sayılı direktifte öngörülmekte⁹ ve son tarih olarak 5 Ekim 2005 verilmektedir.

Ayrımcılığın tüm alanları için eşitlik kurumu kurulmasına yönelik bir Avrupa Birliği Konsey direktifi olmamasına rağmen, yine de artan sayıda ülke ayrımcılığın yasaklanması için kurumsal destek sağlamakta, eşitlik kurumları kurmaktadır.¹⁰

⁹ 15 Ekim 2004 tarihli Kadın-Erkek Eşitlik Kurumları Üzerine Rapor (Kadın ve Erkek Arasında Eşit Muamele Bakımından Topluluk Hukukunun Uygulanması Konusunda Yasama Uzmanları Bilgi Ağı tarafından). Bu raporda Avrupa Komisyonu tarafından yapılan ankete dayanarak oluşturulan Ulusal Raporlar’ın içinde Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Letonya, Liechtenstein, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, Birleşik Krallık yer almaktadır.

¹⁰ Bu konuda bkz:

LINDSNAES, Birgit -Lone LINDHOLT: “İnsan Hakları Ulusal Kurumları- Standart Ortam ve Başarılar”, İnsan Hakları Danimarka Merkezi, Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Şartları ve Çalışma Tabloları (Hazırlayan: Adam Nissen Feldt, Pia Laulund, Helle Borgstrom): Gözden geçirilmiş 2.Baskı, 2001, Danimarka, Handy Print, Skive-Danimarka; **MOHAMEDOU, Mohammad-Mahmoud:** “Ulusal İnsan Hakları Kuruluşlarının Etkinliği”, İnsan Hakları Uluslararası Konseyi, Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Şartları ve Çalışma Tabloları (Hazırlayan: Adam Nissen Feldt, Pia Laulund, Helle Borgstrom): Gözden geçirilmiş 2.Baskı, 2001, Danimarka, Handy Print, Skive-Danimarka; **YIGEN, Kristine:** “Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Bağımsızlığının Teminatları: Lider Üyelerin Tayini ve İhracına İlişkin Prosedürler”, Danimarka İnsan Hakları Merkezi, Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Şartları ve Çalışma Tabloları (Hazırlayan: Adam Nissen Feldt, Pia Laulund, Helle Borgstrom): Gözden geçirilmiş 2.Baskı, 2001, Danimarka, Handy Print, Skive-Danimarka;

Ülkelerde direktifler doğrultusunda eşitliği sağlamak için çeşitli kurumlar kurulduğu gibi, mevcut olan insan hakları kurumları ile benzer bazı kurumlara ayırıcılık konularında da yetki tanınmıştır.

Bu kurumların amaçları ve görevlerini; eşitsizlik ve ayırıcılık konularında araştırma yapmak, şikâyetleri dinlemek, mağdurlara yardımcı olmak, toplu anlaşmazlıklara çözüm önermek, gerektiğinde mahkemelere dava açmak olarak özetleyebiliriz.

Ayrıca yaptıkları araştırmalar sonunda belirledikleri mevzuat aksaklıklarını gidermek için gerekli girişimlerde bulunmak veya kanun yapıcıya yeni hükümler koyması yönünde yardımcı olmak da görevleri arasındadır.

Direktiflerde; fırsat eşitliği ve ayırıcılık konularında çalışan Sivil Toplum Kuruluşları genellikle işbirliğine davet edilmektedir.

IV. TÜRKİYE'DE DURUM

1. Eşitlik İlkesinin Uygulanmasında Etkili Olabilecek Mevzuat ve Kurumlar¹¹

3 Nisan 1930'da kabul edilen Belediye Kanunu evvelce yalnız erkeklere ait olan seçme ve seçilme hakkını kadınlara da tanımıştır.¹²

LINDHOLT, Lone -Kristine YIGEN-Birgit LINDSNAES: “Yargı ve Şikâyet Konuları: Genel ve Karşılaştırmalı Bir Perspektif”, Danimarka İnsan Hakları Merkezi, Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Şartları ve Çalışma Tabloları (Hazırlayan: Adam Nissen Feldt, Pia Laulund, Helle Borgstrom): Gözden geçirilmiş 2.Baskı, 2001, Danimarka, Handy Print, Skive-Danimarka; **KERRIGAN, Fergus -Lone LINDHOLT:** “Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Yarı-Yargısal Yetkisinin Genel Özellikleri”, Danimarka İnsan Hakları Merkezi, Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Şartları ve Çalışma Tabloları (Hazırlayan: Adam Nissen Feldt, Pia Laulund, Helle Borgstrom): Gözden geçirilmiş 2.Baskı, 2001, Danimarka, Handy Print, Skive-Danimarka; **KİJAERUM, Morten:** “Ulusal İnsan Hakları Örgütleri, İnsan Haklarını Uygulamak”, Danimarka İnsan Hakları Merkezi, “Haksızlığa Uğramış Olanlar İçin İnsan Hakları ve Adalet”, Danimarka 2003, Martinus Nijhoff Yayıncılık, Editör: Klaus Slavensky, Handy Print A/S Skive, Danimarka.

¹¹ **MOROĞLU, Nazan:** “Turkey and the European Union: Reasons for a Historic Choice”, Conference 6-7 December 2004, EU Parliament, Brussels.

¹² Kadın Hakları konusunda bkz: ODYAKMAZ, Zehra: “Atatürkçülük İlkeleri Işığında Millî Birlik, Lâiklik, Güncel Konular: Bağımsız ve Güçlü Devlet”, Atatürk Konferansları-II, 2006, [T.C. Genelkurmay Atase ve Denetleme Başkanlığı tarafından basılmaktadır]; ODYAKMAZ, Zehra: “Atatürk ve Kadın Hakları”, Yasa Hukuk Mevzuat ve İçtihat Dergisi, Cilt 13, Sayı 03, Genel Sayı 147, Mart 1990, s.333-344; ODYAKMAZ, Zehra: “Anayasalarımızda Kadın

1933 yılında Köy Kanunu’nda değişiklik yapılarak köylerde kadınlara muhtar olma ve ihtiyar meclisine üye seçilme hakkı verilmiştir.

5 Aralık 1934’de kadınlara milletvekili seçme ve seçilme hakkı tanınmıştır.¹³

1979 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabûl edilen “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmacılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW-United Nations Convention to Eliminate of All Forms of Discrimination Against Women), 3 Eylül 1981 yılında yürürlüğe girmiş, Türkiye bu sözleşmeyi 1985 yılında imzalamış ve Sözleşmeye 1986 yılında taraf olmuştur.¹⁴

Hakları”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt 5, Sayı 14, Mart 1989, s.455-466; ODYAKMAZ, Zehra: “Anayasalarımızda Kadın Hakları”, I. Uluslararası Atatürk Sempozyumu (Açılış Konuşmaları – Bildiriler), 21-23 Eylül 1987, s.465-476, Ankara 1994, VIII+1159 sayfa, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi; ODYAKMAZ, Zehra: “Geçmişten Bugüne Türk Kadınının Hakları”, Gazi Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Yıl 1990, Sayı 1, s.503-550; ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Hizmetinde Türk Kadını”, s.140-153, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, 17-18 Mayıs 1998 9 Eylül Üniversitesi İzmir, İzmir 1998, XXXVII+428[28] sayfa, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 86; ODYAKMAZ, Zehra: “Die Türkische Frau im Öffentlichen Dienst (Almanca’ya çeviren Hakan HAKERİ)”, s.157-164, Symposium Gleichberechtigung 17-18 Mai 1998 İzmir, Juristische Fakultät der Dokuz Eylül Universität, Vorträge, Bearbeitung: Prof. Dr. Zafer GÖREN, İzmir 1998, XXXVII+428+[28] sayfa, Veröffentlichungen der Juristischen Fakultät der Dokuz Eylül Universität Nr.86; ODYAKMAZ, Zehra: “Türk Kadınının Geçmişten Günümüze Kadar Yasama, Yürütme ve Kamu Hizmetindeki Etkinlikleri ve Atatürk’ün Kadın Haklarına Verdiği Önem”, Türk Hukuk, Türk Hukuk Enstitüsü’nün Aylık Yayını, 2000, Yıl 5, Sayı 52, s.3-14; ODYAKMAZ, Zehra: “How Can Women Be Effective For The Maintenance Of Peace and Stability”, [Greek Association for Atlantic and European Cooperation tarafından basılmaktadır].

¹³ 1 Mart 1935’te ilk kadın milletvekillerimiz TBMM’ne girmiştir. 1935 yılında 395 milletvekilinden 18’i kadın iken 2003 yılında 550 milletvekilinden 24’ü kadındır. 2007 yılında 550 milletvekilinden 50’si kadındır. Demek ki; kadınların katıldığı ilk seçimlerdeki oranın yüksekliği ancak 2007 yılında aşılmıştır.

¹⁴ Bu konuda bkz: **ODYAKMAZ, Zehra**: “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmacılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu”, İşveren, Nisan- Mayıs 2005, Sayı: 7-8, Cilt: 43, s. 34-37.

Sözleşme; “kadınlara karşı ayırım” kavramını tarif etmekte, taraf devlete kadınlara karşı ayırımı, tüm uygun yollardan yararlanarak gecikmeksizin ortadan kaldırma görevini vermektedir. Türkiye; CEDAW Komitesi’ne 4. ve 5. birleştirilmiş raporlarını 2004 yılında vermiş, 20 Ocak 2005 yılında da sunmuştur.

1998 yılında TBMM; aile içi şiddeti önlemek üzere cezaî nitelikteki tedbirleri içeren 4320 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun”u kabul etmiş ve kanun 17 Ocak 1998 yılında yürürlüğe girmiştir.

3 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun’un 17.maddesi ile 1982 Anayasası’nın “Ailenin korunması” başlıklı ve daha önce “Aile Türk toplumunun temelidir” şeklinde olan 41.maddesine “ve eşler arasında eşitliğe dayanır” cümlesi eklenmiştir.

2001 yılında Türkiye CEDAW ile ilgili İhtiyarî Protokole taraf olarak hakları ihlâl edilen kadınların doğrudan Komite’ye başvurusunu kabul etmiştir.

22 Kasım 2001’de kabul edilip 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanunu¹⁵ kadınların lehine hükümler içermektedir.

22 Mayıs 2003’te kabul edilip 10 Haziran 2003’te yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu AB direktiflerine uygun olarak hazırlanmış ve cinsel tâcizi de düzenlemiştir.¹⁶

9 Ocak 2003’te 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun kabul edilerek 18 Ocak 2003’te yürürlüğe girmiş ve aynı yıl “Aile mahkemeleri” kurulmuştur.

9 Ekim 2003 yılında 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kabul edilip 24 Nisan 2004 yılında yürürlüğe girmiştir.¹⁷

7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun’un 1.maddesiyle 1982 Anayasası’nın “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10. maddesine bir fıkra

¹⁵ 8 Aralık 2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

Yeni Türk Medenî Kanunu md. 124 (eski MK. md. 88), yeni MK. md. 186 (eski MK. md.152), yeni MK. md. 188 (eski MK. md.154 ve 155), yeni MK. md. 336 (eski MK. md. 263).

¹⁶ Bu konuda bkz: **ODYAKMAZ, Zehra-Çağlar ÖZDEMİR**: “Innovations Brought By Labour Act (No:4857) of 10th June 2003 to the Turkish Republic”, *Advocatura Macedonia Skopje February-March 2006*, [Makedonya Barolar Birliği tarafından basılmaktadır].

¹⁷ “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu” konusunda daha fazla bilgi ve kaynakça için bkz: **ODYAKMAZ, Zehra**: “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu İşliyor mu?”, s. 235 – 300, *Türk Hukuk Kurumu, Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı*, 9 Nisan 2005, Ankara 2005, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Armağan Kitap: 1.

eklenmiştir. Bu fıkraya göre “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür”.

Böylece “Devlet”; pozitif ayrımcılığı kabûl etmiş ve sağlamayı taahhüt etmiş olmaktadır.¹⁸

7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun’un 7.maddesiyle 1982 Anayasası’nın “Milletlerarası antlaşmaları uygun bulma” başlıklı 90.maddesine bir cümle eklenmiştir. “Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”.¹⁹

26 Eylül 2004 yılında kabûl edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 1 Haziran 2005’de, 27 Ekim 2004 yılında kabûl edilen 5251 sayılı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilât ve Görevleri Hakkındaki Kanun 6 Kasım 2004’te, 4 Kasım 2004 yılında kabûl edilen 5253 sayılı Dernekler Kanunu 23 Kasım 2004’te, 4 Aralık 2004 yılında kabûl edilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 1 Haziran 2005’te yürürlüğe girmiştir²⁰. Bu kanunların hepsi eşitlikle veya kadın haklarıyla ilgili olumlu düzenlemeleri içermektedir.

Konuya; eşitlik ilkesinin uygulanmasında etkili olabilecek kurumlar itibariyle bakacak olursak; sivil toplum kuruluşlarının, üniversitelerde kurulmuş olmakla beraber daha geniş bir çevreye hizmet veren kadın sorunları araştırma ve uygulama merkezlerinin, baroların kurduğu kadın hakları, çocuk hakları ve

¹⁸ **ODYAKMAZ, Zehra:** “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu”, İşveren, agm., s. 34-37.

¹⁹ **ODYAKMAZ, Zehra:** “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu”, İşveren, agm., s. 34-37.

²⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 1 Nisan 2005 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanmış, ancak yürürlüğe giriş tarihi 2 ay ertelenerek 1 Haziran 2005’e bırakılmıştır.

5251 sayılı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilât ve Görevleri Hakkındaki Kanun 6 Kasım 2004 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir.

5253 sayılı Dernekler Kanunu 23 Kasım 2004 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 17 Aralık 2004 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanmış, ancak yürürlüğe giriş tarihi 2 ay ertelenerek 1 Haziran 2005’e bırakılmıştır.

insan hakları komisyonlarının varlığını ve önemini dile getirmekte yarar olduğunu görürüz.

2. Türkiye’de İnsan Hakları Alanındaki Kurumsallaşma²¹

Ülkemizde insan hakları alanındaki kurumsallaşmaya kısaca bakmakta fayda vardır.

1987 yılında Devlet Plânlama Teşkilâtı kadına yönelik politikalarla ilgili olarak bir çalışma yapmıştır.

1990 yılında Kadın ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanlığı’na bağlı olarak çalışan Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü kurulmuştur.

1990 yılında “Dilekçe Komisyonu”na ilâveten ilk kez TBMM “İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu” faaliyete geçmiştir.

1998 yılında kurulan “İnsan Hakları Eğitiminin On Yılı Ulusal Komitesi” insan hakları eğitimi konusunda çalışmalar yürütmüştür.²²

12 Nisan 2001 yılında 4643 sayılı Kanunla Başbakanlık Merkez Teşkilâtı Kanunu’nda değişiklik yapılarak Başbakanlık “İnsan Hakları Başkanlığı” kurulmuştur.^{23 24}

İdarî ve kanunî düzenlemelere ilişkin çalışmalar yapmak ve tavsiye kararları vermek üzere “İnsan Hakları Üst Kurulu” oluşturulmuştur.

Devlet kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları arasında iletişim sağlamak ve danışma organı olarak görev yapmak üzere “İnsan Hakları Danışma Kurulu” kurulmuştur.

23 Kasım 2003 tarihinde İl ve İlçe İnsan Hakları Üst Kurulları yeniden yapılandırılmıştır²⁵. Ayırmacılığın her türünün önlenmesi için gerekli çalışmaları

²¹ **BIÇAK, Vahit:** “Türkiye’de İnsan Haklarını Koruma ve Geliştirme Mekanizması”, Eşit Muamele Kurumları Semineri, 7-8 Şubat 2005, Ankara.

²² 4.6.1998 tarihli ve 23362 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi, 11.11.2006 tarihli ve 26343 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesi Yönetmeliği’nin 7. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²³ İnsan Hakları Başkanlığı’nın görevleri için bkz: 10.10.1984 tarihli ve 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilâtı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin Değiştirilerek Kabûlü Hakkındaki Kanun’un 17/A maddesi.

²⁴ İnsan Hakları Başkanlığı Organizasyon Şeması için bkz: T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Bilgi Dosyası, Ocak 2005.

²⁵ 23 Kasım 2003 tarihli ve 25298 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik.

yürütme, insan hakları ihlâli iddiaları ile ilgili başvuruları incelemek ve araştırmak, bu kurulların görevleri arasındadır. 81 il ve 850 ilçede 931 adet insan hakları kurulu görev yapmaktadır.

Türkiye genelinde il ve ilçe merkezlerinde bulunan her bir kurulun bünyesinde “İnsan Hakları Danışma ve Başvuru Masası” oluşturulmuştur.

2004 yılı Ocak ayından itibaren; insan hakları ihlâllerinin etkili bir şekilde soruşturulmasını sağlamak ve ihlâllerin niteliği ve değişimi konusunda sağlıklı veri elde etmek amacıyla tüm başvuru masalarında “İnsan Hakları İhlâl İddiası Bireysel Başvuru Formu” bulundurulmaya ve kullanılmaya başlanmıştır.

Bu Kanunda “İnsan Hakları İhlâl İddialarını İnceleme Heyetleri” oluşturulması öngörülmüş, ancak henüz faaliyete geçirilememiştir.

Avrupa Birliği Konseyi’nin kabul ettiği 43 ve 78 numaralı direktifler ile Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen²⁶ Paris Prensiplerine uygun, ayrımcılık konusunda çalışacak, bağımsız bir “Türkiye İnsan Hakları Ulusal Kurumu” Kanun Tasarısı Taslağı İnsan Hakları Başkanlığı tarafından hazırlanmış, Başbakanlığa gönderilmiştir.

2006 yılı Kasım ayında “İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesi” oluşturulmuştur.²⁷

3. İleriye Yönelik Çalışmalar

İnsanlar arasındaki bazı eşitsizlikleri, bazı konulardaki ayrımcılığı önleyebilecek veya düzeltebilecek kurumlardan birisi olan Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)²⁸ Kurumu Kanunu Tasarısı hazırlanmış ve TBMM’nde kabul

²⁶ 20 Aralık 1993 tarih ve 48/134 sayılı karar.

²⁷ 11.11.2006 tarihli ve 26343 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan yönetmeliğe göre; İnsan Hakları Üst Kurulu’na bağlı olarak görev yapacak olan komite, Başbakanlık, Adalet, İçişleri, Dışişleri, Millî Eğitim, Sağlık, Kültür ve Turizm Bakanlıkları ile Sosyal Hizmetler Kurumu Genel Müdürlüğü ve Kadının Statüsü Genel Müdürlüğünden birer temsilci, insan hakları alanında faaliyet gösteren gönüllü kuruluşlardan 6 temsilci ve bu alanda çalışmalarını tanınmış 5 öğretim üyesinden oluşacaktır. İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesi, BM İnsan Hakları Eğitim Dünya Programının Türkiye’de uygulanabilmesi için eylem plânı önerisi hazırlayarak onay için İnsan Hakları Üst Kurulu’na sunacaktır. Bu çerçevede yürütülen eğitim çalışmalarını izleyerek, değerlendirmelerini İnsan Hakları Üst Kurulu’na bildirecektir.

²⁸ Bu konuda fazla bilgi için bkz: **ODYAKMAZ, Zehra**: “Ombudsmanlık-Kamu Denetçiliği Kurumu”, s.67-93, Yasama Yargı Yürütme Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu (Ombudsmanlık), Her şey Türkiye İçin, 19 Haziran 2004 Ankara Ak Parti Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu İl Başkanları I. Toplantısı’nda Verilen Konferans, [Basım yeri ve yılı yok], 110 sayfa, Parti İçi

edilmiştir. Ancak şu anda Anayasa Mahkemesi'ndedir.²⁹ Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) kurumunu konumuz açısından değerlendirecek olursak, bu kurumun temel hak ve özgürlüklerle sınırlı olmayıp, daha ziyade iyi yönetim (good governance) ile ilgili olup, idarenin iyi işleyişini sağlamayı amaç edindiğini görürüz.

İdarenin idarî işlemleri oluşturma, daha doğrusu karar verme sürecindeki usûlü düzenleyen bir kanun olan "Genel İdarî Usûl Kanunu"³⁰, vatandaşla devlet

Demokrasi Hakem Kurulu Çalışmaları (2004-2005); **ODYAKMAZ, Zehra**: "The Draft Law On The Institution Of Ombudsman In Turkey", [Yunanistan Ombudsmanlık Kurumu tarafından basılmaktadır]; **ODYAKMAZ, Zehra**: "Kamu Yönetimi Reformu Açısından Kamu Denetçiliği- Ombudluk Kurumu", GÜİİBF., Forum Dergisi; **ODYAKMAZ, Zehra-Tufan ERHÜRMAN**: "Ombudsman Kurumunun Cumhuriyet Rejimine Katkısı", Yeni Türkiye Dergisi, Cumhuriyet Özel Sayısı V, Ekonomik İdarî, Hukukî Değerlendirme, Yıl 4, Sayı 23-24, Eylül-Aralık 1998, s.3760-3770; **ODYAKMAZ, Zehra**: "Türk Hukuk Kurultayı'na Sunulan İsveç Parlâmento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler", s.487-491, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, Felsefe, Avukatlık Hukuku, Yeni Düzenlemeler, Hukuk Eğitimi, 4, Ankara 2000, VII + 641 sayfa, Grafik Tasarım, Dizgi ve Baskı; **ODYAKMAZ, Zehra**: "Ombudsmanlık Kurumu Hakkında Düşünceler", Diyarbakır Polis Okulu Dergisi, Emniyet Teşkilâtının 155. Yılı Yayını, 2000, s.18-21; **ODYAKMAZ, Zehra**: "İdareye Ombudsman Denetimi Geliyor", Tempo Dergisi, Sayı 2000/39, s.26-28.

²⁹ 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu için Anayasa Mahkemesi'ne iki iptal davası açılmıştır: Birinci iptal davası E.2006/140sayılı olup Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından açılan davadır (Tümü) (Ayrıca 3, 4, 9, 11, 13, 15, 22, 26, 30, 33, 41, geçici 1. maddeler). Geçici 1. maddenin yürürlüğünün durdurulmasına 27.10.2006 gün ve K.2006/33 YD kararı ile karar verilmiştir. İkinci iptal davası E.2006/141 sayılı olup, 123 milletvekili tarafından açılan davadır (2, 9, 11, 13, 15, 22, 26, 30, 33, 41, geçici 1. maddeler). 2006/141 Esas sayılı davanın, aralarındaki hukukî irtibat nedeniyle 2006/140 Esas sayılı dava ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2006/140 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 27.10.2006 gününde (2006/101 sayılı karar) oybirliğiyle karar verilmiştir.

³⁰ **ODYAKMAZ, Zehra**: "Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, Sayı 2, Aralık 1997, s.1-21; **ODYAKMAZ, Zehra**: "İdarî Usûlden Beklediklerimiz", s.2-5, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C. Başbakanlık Basımevi; **ODYAKMAZ, Zehra**:

arasındaki ilişkileri daha âdilâne yürütmesi ve hukuka aykırı olarak yapılabilme ihtimali fazla olan işlemleri en aza indirmesi bakımından çok önemli bir kanun olacaktır.

İdarî usûle göre idare; şahıslar hakkında bir karar alırken “ilgili”nin haklarının idare karşısında korunmasına dikkat edecektir.

1970’li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde gelişmeye ve daha sonraları çok sık olarak diğer ülkelerde de kullanılmaya başlanan yargı-öncesi çözüm usûlleri (ADR-Alternative Dispute Resolutions)³¹ yapımıza ve hukukî sistemimize uygun bir şekilde düzenlendiği takdirde vatandaş, idarî yargıya gitmeden müzakere yoluyla idare ile sorununu çözecek, böylece idare karşısında korunmuş olacaktır.

Eşitsizliğin giderilmesi, ayrımcılığın önlenmesi konularında ileride yapılacak çalışmalarda göz önünde bulundurulması gereken hususları şöyle sıralayabiliriz:

İnsan hakları kuruluşları temel hak ve özgürlükler için çalışmaktadır. Eşitlik Kurumları ise sadece ayrımcılık konusu ile ilgilidir ve eşitlik ile ilgili direktifleri uygulamakla sorumludur. Kaldı ki, eşitsizlik ve ayrımcılık da farklı kavramlardır.

Bu kavramların içine çocuk hakları, sığınma hakkı isteyenlerin çocukları, eğitim alma hakkı, çocuk işçi çalıştırılması, evsiz çocuklar, engelliler, zekâ özürlü insanların hakları, zihinsel engelli hastalar, yaşlı ve bakıma muhtaç kişiler, huzurevleri, hapisane koşulları ve mahkûmlar da girmektedir.

“Demokratik Yönetim İçin İdarî Usul Yasası”, s.203-208, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller 2002, Law Scope Conferences and Panel Discussions 2002, 3, Ankara Barosu Yayınları, ABA Publications, 602 sayfa; **ODYAKMAZ, Zehra**: “Şeffaf Yönetime Doğru”, Strateji (Yimler Bülteni), Yıl: 1, Sayı: 2, s. 3.

³¹ **Prof.Dr.Zehra ODAYAKMAZ** tarafından 20 Şubat 2004 tarihinde Ankara’da Türk Hukuk Enstitüsü’nün düzenlediği “Genel İdarî Usûl Kanunu Tasarısı Sempozyumu”nda “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usûlleri (Alternative Dispute Resolutions): Tasarı, maddeler 45-60” konulu tebliğde açıklanmıştır. Ayrıca bkz. **ODYAKMAZ, Zehra**: “Mutual Limits of Administration’s and Individual’s Powers or Freedom of Power in Terms of Alternative Dispute Resoluotion in Administrative Law-Yargı-Öncesi Çözüm Usûlleri Açısından İdare Hukukunda İdarenin ve Fertlerin Yetkilerinin Karşılıklı Sınırı ya da Yetki Hürriyetleri”, Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Sloboda, 20, godina kopaonicke skole prirodnog prava, Broj 10/2007, Godina LVI / Knjiga 510, 1-972, Beograd, s.547-576.

Ancak; azınlıkları koruyalım derken çoğunluğun hakları ihlâl edilmemelidir. Aksi halde çoğunluk, azınlık statüsüne tâbi olur.

Ayrımcılıkla ilgili olarak; üye devletlerin hemen hemen tamamının 2000/43 sayılı ırk ve etnik köken ayrımcılığının önlenmesiyle ilgili direktifi iç hukuka aktarmakta zorlandıkları, ayrımcılığı yasaklayan mevzuatın istihdam dışında da ayrımcılığı kapsamaması nedeniyle bunun uygulanmasının çok zor olduğu, 2000/78 sayılı İstihdam ve İşte Eşit Muamele İle İlgili Direktif bakımından ise “yaş”la ilgili bir tanım getirilememesinin Türkiye gibi genç nüfusu fazla ülkeler için sorun teşkil edebileceği aşikârdır.

Türkiye’de –Özürlüler İdaresi Başkanlığı ve yeni çıkan Özürlüler Kanunu dışında- özürlüler için henüz özel koruma bulunmadığı da ayrı bir gerçektir.³²

Avrupa Birliği, direktiflerinde prensibi ortaya koymakta, bir model önermemektedir. O halde standart bir model olmaması nedeniyle biz; kendi ihtiyaçlarımızı ortaya koyarak ve diğer ülkelerin tecrübelerinden yararlanarak kendi modelimizi oluşturmalıyız.

V. ÖNERİLER

Avrupa Birliği’nin eşit muamele ilkesinin sağlanması yönündeki direktifleri doğrultusunda kurulması gereken Fırsat Eşitliği Kurumu veya Örgütleri bakımından bazı önerilerim olacaktır:

Her çeşit eşitsizliğin giderilmesi, her çeşit ayrımcılığın önlenmesi için oluşturulacak teşkilâtlarla (örgütlerle) ilgili tek bir “**Fırsat Eşitliğinin Sağlanması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Kanunu**” çıkarılmalıdır.

Bu kanun; teşkilâtın yapısını, yetki alanını, görevlerini, kararlarının niteliğini iyi belirlemelidir.

Kanaatimca üç çeşit kurum kurulmalıdır.

Birincisi; işi bilimsel yönden inceleyecek, fırsat eşitliği ve ayrımcılık konularında araştırmalar, anketler yapacak, bunları kamuoyu oluşturmak amacıyla yayınlayacak, başta yasama organı olmak üzere yönetim birimlerine danışmanlık yapacak, somut olaylarda bilirkişi olarak hizmet verecek bir “**Enstitü**” kurulmalıdır. Bu Enstitünün amacı eşitsizliği ve ayrımcılığı önleyecek tedbirleri saptamak ve bu konularda herkese “eğitim” vermek olmalıdır.

³² 1.7.2005 yılında kabul edilen 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun için bkz. 7.7.2005 tarihli ve 25868 sayılı Resmî Gazete.

(Bu kanununun 35. ve 50. maddesinin a bendi 1.6.2006 tarihinde, diğer maddeleri yayın tarihinde yürürlüğe girer).

İkincisi; uygulamada saptanacak eşitsizlik veya ayrımcılık hallerinde işe el koyacak ve olayı çözümlenecek yetkilere sahip bir “**Eşitsizliği ve Ayrımcılığı Önleme Kurumu**” kurulmalıdır. Bu kurum bu konudaki şikâyetleri dinlemek, soruşturmasını yapmak, gereken önleyici tedbirleri almak ve kesin olarak çözümlenemeyen hallerde işi mahkemeye sevk etmek ve hatta mahkemede taraf olmak yetki ve görevi ile donatılmış olmalıdır.

Ombudsmanlık (kamu denetçiliği) müessesesinin bulunduğu ülkelerde ayrımcılığa ve eşitsizliğe maruz kalanların uygulamaları incelemekle görevli Kurum veya Ombudsmandan hangisine başvurması gerektiği konusunda olabilecek anlaşmazlıkları kanaatimca şöyle çözümlenebiliriz sanırım:

Eğer ayrımcılık ve eşitsizlik idareden kaynaklanıyorsa mağdur ombudsmana (kamu denetçisine), gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinden kaynaklanıyorsa mağdur Eşitsizliği ve Ayrımcılığı Önleme Kurumu’na başvurmalıdır.

Nihayet özel bilgi ve özel usulî hükümlerin uygulanmasını gerektiren eşitsizlik ve ayrımcılık konularını inceleyip karara bağlamakla görevli özel “**Eşitsizliğin ve Ayrımcılığın Önlenmesi Mahkemeleri**” kurulmalıdır.

Ayrıca parlâmentoda bütün bu kurumları yönlendirecek ve denetleyecek “**Eşitlik Komisyonu**” kurulmalı veya mevcut insan hakları komisyonu “**İnsan Hakları İhlallerini, Eşitsizliği ve Ayrımcılığı Önleme Komisyonu**” şeklinde yeniden düzenlenerek çalışma alanı genişletilmelidir.

SONUÇ

Görüldüğü gibi her türlü eşitsizlik ve ayrımcılık insanlık için kesinlikle önlenmesi gereken problemlerden biridir. Bugün bütün toplumlar her alandaki eşitsizliğin ve ayrımcılığın giderilmesinin idrakine varmış ve bu konuda gereken önlemleri almak ve bu hallere son vermek için çalışmalara başlamıştır.

2007 yılı “Avrupa Eşit Haklar Yılı” olarak ilân edilmiştir.

Bu kurumların başarılı olması için stratejii; talebin halktan gelmesini sağlayacak şekilde tespit etmek gerekmektedir.

Toplumlar, eğer menfaatları olduğunu anlarılarsa böyle bir kurumun kurulmasını isterler. O halde çeşitli araştırmalar yapılarak halktan böyle bir talep gelmesini sağlayacak çalışmalar, yöntemler geliştirilmelidir.

Bugün global açıdan bakıldığında dünya; nasıl ki “diversity management”ın önemini kavrayarak tep tip işçi, tek tip fikir yerine farklılaşmaya giderek ve farklı insanlar çalıştırıp, farklı fikirlere sahip olup, üretim çeşitlerini arttırarak yeni bir şey yaratmak (innovation), olan bir şeyde yenilik yaratmak (creativity) yolunda ilerlemiştir ve daha iyi üretime ulaşmıştır; işte bu Enstitülerin ve Kurumların da fertlerin hayatında ne tür faydalar

sağlayacağı, onların bakış açılarını nasıl etkileyeceği hususu topluma iyi bir şekilde anlatılmalıdır.

Bu çalışmalar, devletlerin kurdukları kurumlar ve gidermek için başvurdukları yollar birbirinden farklı da olsa hepsinin amacı yine her yönden eşit ve herhangi bir ayırıma yer verilmeyen mutlu toplumlar yaratmaktır.

Kanaatımca bütün bunların temelinde yatan gerçek önleyici tedbir ne kanunlar ve ne de kurulacak kurumlardır. Asıl olan; bütün bireylerin bu konularda eğitilmesidir.

Ayrıca toplumlar “diversity-farklılaşma” kavramını kabul edecek, benimseyecek doğrultuda eğitilmelidir.

Okullarda öğrencilerden başlayarak başta idare olmak üzere bütün kurum ve kuruluşlarda genel ve hizmet - içi eğitimlerle bireylerin her bakımdan birbirlerinin haklarına saygılı olmasını sağlamak bu sonuca varmak için yegâne koşuldur.

Bu münasebetle bütün insanların eşit olduğu, hiçbir bakımdan ayrımcılığa uğramadığı bir dünyaya biran evvel kavuşmak ümit ve dileklerimi belirtmek isterim.

KAYNAKÇA

BIÇAK, Vahit: “Türkiye’de İnsan Haklarını Koruma ve Geliştirme Mekanizması”, Eşit Muamele Kurumları Semineri, 7-8 Şubat 2005, Ankara.

KERRIGAN, Fergus -Lone LINDHOLT: “Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Yarı-Yargısal Yetkisinin Genel Özellikleri”, Danimarka İnsan Hakları Merkezi, Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Şartları ve Çalışma Tabloları (Hazırlayan: Adam Nissen Feldt, Pia Laulund, Helle Borgstrom): Gözden geçirilmiş 2.Baskı, 2001, Danimarka, Handy Print, Skive-Danimarka.

KIJAERUM, Morten: “Ulusal İnsan Hakları Örgütleri, İnsan Haklarını Uygulamak”, Danimarka İnsan Hakları Merkezi, “Haksızlığa Uğramış Olanlar İçin İnsan Hakları ve Adalet”, Danimarka 2003, Martinus Nijhoff Yayıncılık, Editör: Klaus Slavensky, Handy Print A/S Skive, Danimarka.

LINDSNAES, Birgit -Lone LINDHOLT: “İnsan Hakları Ulusal Kurumları-Standart Ortam ve Başarılar”, İnsan Hakları Danimarka Merkezi, Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Şartları ve Çalışma Tabloları (Hazırlayan: Adam Nissen Feldt, Pia Laulund, Helle Borgstrom): Gözden geçirilmiş 2.Baskı, 2001, Danimarka, Handy Print, Skive-Danimarka.

MOHAMEDOU, Mohammad-Mahmoud: “Ulusal İnsan Hakları Kuruluşlarının Etkinliği”, İnsan Hakları Uluslararası Konseyi, Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Şartları ve Çalışma Tabloları (Hazırlayan: Adam Nissen Feldt, Pia Laulund, Helle Borgstrom): Gözden geçirilmiş 2.Baskı, 2001, Danimarka, Handy Print, Skive-Danimarka.

MOROĞLU, Nazan: “Turkey and the European Union: Reasons for a Historic Choice”, Conference 6-7 December 2004, EU Parliament, Brussels.

ODYAKMAZ, Zehra: “İnsan Haklarının Hatırıma Getirdikleri”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, 6-10 Ocak 2004 Ankara, İnsan Hakları 2, Ankara 2004, s.255-259.

ODYAKMAZ, Zehra: “Mutual Limits of Administration’s and Individual’s Powers or Freedom of Power in Terms of Alternative Dispute Resolution in Administrative Law-Yargı-Öncesi Çözüm Usûlleri Açısından İdare Hukukunda İdarenin ve Fertlerin Yetkilerinin Karşılıklı Sınırı ya da Yetki Hürriyetleri”, Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Sloboda, 20, godina kopaonice skole prirodnog prava, Broj 10/2007, Godina LVI / Knjiga 510, 1-972, Beograd, s.547-576.

ODYAKMAZ, Zehra: “Atatürkçülük İlkeleri Işığında Millî Birlik, Lâiklik, Güncel Konular: Bağımsız ve Güçlü Devlet”, Atatürk Konferansları-II, 2006, [T.C. Genelkurmay Atase ve Denetleme Başkanlığı tarafından basılmaktadır].

ODYAKMAZ, Zehra: “Atatürk ve Kadın Hakları”, Yasa Hukuk Mevzuat ve İçtihat Dergisi, Cilt 13, Sayı 03, Genel Sayı 147, Mart 1990, s.333-344.

ODYAKMAZ, Zehra: “Anayasalarımızda Kadın Hakları”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt 5, Sayı 14, Mart 1989, s.455-466.

ODYAKMAZ, Zehra: “Anayasalarımızda Kadın Hakları”, I. Uluslararası Atatürk Sempozyumu (Açılış Konuşmaları – Bildiriler), 21-23 Eylül 1987, s.465-476, Ankara 1994, VIII+1159 sayfa, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi.

ODYAKMAZ, Zehra: “Geçmişten Bugüne Türk Kadınının Hakları”, Gazi Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Yıl 1990, Sayı 1, s.503-550.

ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Hizmetinde Türk Kadını”, s.140-153, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, 17-18 Mayıs 1998 9 Eylül Üniversitesi İzmir, İzmir 1998, XXXVII+428[28] sayfa, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 86.

ODYAKMAZ, Zehra: “Die Türkische Frau im Öffentlichen Dienst (Almanca’ya çeviren Hakan HAKERİ)”, s.157-164, Symposium Gleichberechtigung 17-18 Mai 1998 İzmir, Juristische Fakultät der Dokuz Eylül Universität, Vorträge, Bearbeitung: Prof. Dr. Zafer GÖREN, İzmir 1998, XXXVII+428+[28] sayfa, Veröffentlichungen der Juristischen Fakultät der Dokuz Eylül Universität Nr.86.

ODYAKMAZ, Zehra: “Türk Kadınının Geçmişten Günümüze Kadar Yasama, Yürütme ve Kamu Hizmetindeki Etkinlikleri ve Atatürk’ün Kadın Haklarına Verdiği Önem”, Türk Hukuk, Türk Hukuk Enstitüsü’nün Aylık Yayını, 2000, Yıl 5, Sayı 52, s.3-14.

ODYAKMAZ, Zehra: “How Can Women Be Effective For The Maintenance Of Peace and Stability”, [Greek Association for Atlantic and European Cooperation tarafından basılmaktadır].

ODYAKMAZ, Zehra: “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu”, İşveren, Nisan- Mayıs 2005, Sayı: 7-8, Cilt: 43, s. 34-37.

ODYAKMAZ, Zehra-Çağlar ÖZDEMİR: “Innovations Brought By Labour Act (No:4857) of 10th June 2003 to the Turkish Republic”, Advocatura Macedonia Skopje February-March 2006, [Makedonya Barolar Birliği tarafından basılmaktadır].

ODYAKMAZ, Zehra: “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu İşliyor mu?”, s. 235 – 300, Türk Hukuk Kurumu, Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı, 9 Nisan 2005, Ankara 2005, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Armağan Kitap: 1.

ODYAKMAZ, Zehra: “Ombudsmanlık-Kamu Denetçiliği Kurumu”, s.67-93, Yasama Yargı Yürütme Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu (Ombudsmanlık), Her şey Türkiye İçin, 19 Haziran 2004 Ankara Ak Parti Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu İl Başkanları I. Toplantısı’nda Verilen Konferans, [Basım yeri ve yılı yok], 110 sayfa, Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu Çalışmaları (2004-2005).

ODYAKMAZ, Zehra: “The Draft Law On The Institution Of Ombudsman In Turkey”, [Yunanistan Ombudsmanlık Kurumu tarafından basılmaktadır].

ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Yönetimi Reformu Açısından Kamu Denetçiliği- Ombudluk Kurumu”, GÜİİBF., Forum Dergisi.

ODYAKMAZ, Zehra-Tufan ERHÜRMAN: “Ombudsman Kurumunun Cumhuriyet Rejimine Katkısı”, Yeni Türkiye Dergisi, Cumhuriyet Özel Sayısı V, Ekonomik İdarî, Hukukî Değerlendirme, Yıl 4, Sayı 23-24, Eylül-Aralık 1998, s.3760-3770.

ODYAKMAZ, Zehra: “Türk Hukuk Kurultayı’na Sunulan İsveç Parlâmento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler”, s.487-491, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, Felsefe, Avukatlık Hukuku, Yeni Düzenlemeler, Hukuk Eğitimi, 4, Ankara 2000, VII + 641 sayfa, Grafik Tasarım, Dizgi ve Baskı.

ODYAKMAZ, Zehra: “Ombudsmanlık Kurumu Hakkında Düşünceler”, Diyarbakır Polis Okulu Dergisi, Emniyet Teşkilâtının 155. Yılı Yayını, 2000, s.18-21.

ODYAKMAZ, Zehra: “İdareye Ombudsman Denetimi Geliyor”, Tempo Dergisi, Sayı 2000/39, s.26-28.

ODYAKMAZ, Zehra: “Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU’na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, Sayı 2, Aralık 1997, s.1-21.

ODYAKMAZ, Zehra: “İdarî Usûlden Beklediklerimiz”, s.2-5, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C. Başbakanlık Basımevi.

ODYAKMAZ, Zehra: “Demokratik Yönetim İçin İdarî Usul Yasası”, s.203-208, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller 2002, Law Scope Conferences and Panel Discussions 2002, 3, Ankara Barosu Yayınları, ABA Publications, 602 sayfa.

ODYAKMAZ, Zehra: “Şeffaf Yönetime Doğru”, Strateji (Yimder Bülteni), Yıl: 1, Sayı: 2, s. 3.

ODYAKMAZ, Zehra: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usûlleri (Alternative Dispute Resolutions): Tasarı, maddeler 45-60”, 20 Şubat 2004 tarihinde Ankara’da Türk Hukuk Enstitüsü’nün düzenlediği “Genel İdarî Usûl Kanunu Tasarısı Sempozyumu”nda sunulan tebliğ.

YIGEN, Kristine: : “Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Bağımsızlığının Teminatları: Lider Üyelerin Tayini ve İhracına İlişkin Prosedürler”, Danimarka İnsan Hakları Merkezi, Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Şartları ve Çalışma Tabloları (Hazırlayan: Adam Nissen Feldt, Pia Laulund, Helle Borgstrom): Gözden geçirilmiş 2.Baskı, 2001, Danimarka, Handy Print, Skive-Danimarka.

http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_en.htm

<http://eumc.eu.int>

http://europa.eu.int/comm/employment_socail/fundamental_rights/pdf/legislation/mslegln/equalitybodies_final_en.pdf

AB Resmî Gazetesi, L 180/22, 19.07.2000.

AB Resmî Gazetesi, L 303/16, 02.12.2000.

AB Resmî Gazetesi, L 269, 05.10.2002.

İPTAL DAVALARINDA MENFAATİN AKTÜEL OLMASI ŞARTININ ANLAMI VE KAPSAMI

Doç.Dr. Cemil KAYA*

ÖZET

İptal davalarında davacının menfaatinin ihlal edilmesi gerekir. Aksi takdirde bir idari işlemde menfaati ihlal edilmeyen davacı bu işleme karşı iptal davası açamaz. Davacının menfaati kişisel, meşru ve aktüel olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İptal davaları, menfaat, aktüel menfaat

THE SCOPE AND MEANING OF ACTUAL INTEREST CONDITION IN ANNULMENT ACTIONS

ABSTRACT

A breach of the interest of the plaintiff is a must in annulment actions. A plaintiff does not have standing to sue unless he has an adversely affected interest by the administrative decision of which he seeks review. His interest must be of a personal, legitimate and of an actual nature.

Key Words: Annulment actions, interest, actual interest

GİRİŞ

Hukuk devletinin bir unsuru olan idarenin hukuka bağlılığının yargısal denetimi ve dolayısıyla bu denetimin bir boyutu olan idari işlemlerin hukuka uygunluğunun sağlanması iptal davaları yoluyla olur. Diğer bir ifadeyle iptal davaları, hukuka aykırı idari işlemleri ortadan kaldırmak suretiyle idarenin hukuka bağlılığını sağlama ve bu şekilde hukuk düzenini koruma amacı taşıyan davalardır. Ancak idari işlemlere karşı iptal davası açılabilmesi için davacının ihlal edilen menfaatinin diğer şartlarla birlikte aynı zamanda güncel/aktüel bir nitelik arzemesi de gerekmektedir. Yani davacının dava açmakta aktüel bir menfaati olmalıdır. Aktüel olmayan yani hali hazırda mevcut bulunmayan bir menfaat için iptal davası açılmaz. İptal davalarında aktüel bir menfaat ihlali bulunmaması halinde meşru ve kişisel menfaat ihlali gerçekleşse bile dava ehliyet yönünden reddedilecektir. O halde iptal davalarında davanın esasına ilişkin denetime geçilebilmesi için aranan şartlardan birisi de aktüel bir menfaatin ihlal edilmiş olmasıdır.

* Selçuk. Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD

Menfaatin aktüel olması henüz doğmamış menfaatler ve doğmuş menfaatler açısından ele alınabilir. İşte bu makalede doktrin ve yazarların görüşleri ve de Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) içtihatları ışığında iptal davalarında menfaatin aktüel olması şartının anlamı ve kapsamı üzerinde durulacaktır.

I. DOĞMAMIŞ MENFAATLER İÇİN İPTAL DAVASI AÇILMASI

A. Doktrin ve Yazarların Konuya Yaklaşımı

Doktrin ve yazarların bir kısmı doğmamış, ileride/gelecekte ortaya çıkması *muhtemel bir menfaat* için iptal davası açılmayacağını kesin bir şekilde ifade etmektedir¹. Diğer bir kısmı doğmamış, ileride/gelecekte ortaya çıkması *muhtemel bir menfaat* için “kural olarak” iptal davası açılmayacağını belirtmekte ve dolaylı olarak bu durumun istisnalarının bulunabileceğini kabul etmektedir². Bir diğer kısmı ileride/gelecekte ortaya çıkması *kesin bir menfaat* için iptal davası açılabileceğini, bu halde davacının ciddi bir menfaat ihlali tehdidi ve tehlikesi karşısında kalmış olmasının yeterli görülebileceğini belirtmektedir³. Diğer bir kısmı muhtemel bir menfaat-kesin bir menfaat ayrımı yapmaksızın ileride/gelecekte ortaya çıkacak menfaat için iptal davası açılmayacağını savunmaktadır⁴. Bir diğer kısmı ise muhtemel bir menfaat-

¹ **Onar**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. 3, İstanbul 1966, s. 1782; **Sarıca**, Ragıp, İdari Kaza, c. 1, İdari Davalar, İstanbul 1949, s. 42-43; **Gökalp**, Ali Sıtkı, İptal Davaları, in Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1986, s. 453; **Eroğlu**, Hamza, İdare Hukuku, Ankara 1985, s. 425; **Candan**, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005, s. 110; **Topuz**, İbrahim – **Özkaya**, Kadir, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2002, s. 386; **Çelikkol**, Hüseyin, İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1984, sy. 3, s. 50.

² **Gözübüyük**, A. Şeref – **Tan**, Turgut, İdare Hukuku, c. 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 429; **Gözübüyük**, A. Şeref – **Dinçer**, Güven, İdari Yargılama Usulü, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 107; **Karatepe**, Şükrü, İdare Hukuku, İzmir 1995, s. 267.

³ **İkinciöğulları**, Füzan, Dava Açma Ehliyeti, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, s. 155; **Yenice**, Kazım – **Esin**, Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 490. *Yenice-Esin*'e göre, düzenleyici işlemlere karşı ilgililerin uygulamadan önce dava açabilmeleri bu ihtimalden kaynaklanmaktadır. s. 490; **Karavelioğlu**, Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, c. 1, 2006, s. 1092; **Özdek**, E. Yasemin, İptal Davasında Menfaat Koşulu, AİD, c. 24, Mart 1991, sy. 1, s. 112.

⁴ **Özyörük**, Mukbil, İdari Yargı Ders Notları, Ankara 1977, s. 216; **Zabunoğlu**, Yahya K., İdari Yargı Hukuku Dersleri, Ankara 1982, s. 175; **Kalabalık**, Halil,

kesin bir menfaat ayrımı yapmaksızın *yakın gelecekte* ortaya çıkacak menfaat için iptal davası açılabileceğini savunmaktadır⁵.

Kanaatimizce henüz doğmamış bir menfaat için iptal davası açılmaz. Bununla birlikte iptal davası açıldığı tarihte henüz doğmuş bir menfaat bulunmamasına karşılık, davanın esas bakımından karara bağlanmasından önce menfaat ihlali gerçekleşmişse menfaat aktüel sayılmalıdır⁶. Diğer taraftan belli bir statü içerisinde bulunan bir kişinin o statüde yapılan değişikliklere karşı iptal davası açması halinde bu değişiklikler ister o kişiyi yakın gelecekte isterse de uzak gelecekte etkileyecek olsun artık doğmamış menfaatten söz edilememelidir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 7. maddesinin 4. fıkrası "ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz" hükmünü öngörmektedir. Bu hükümden hareketle bazı yazarlar düzenleyici işlemlere karşı henüz uygulama işlemi olmadan iptal davası açılabilmesini, kanun koyucunun menfaat ihlali şartını aramaması şeklinde yorumlamıştır⁷. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Düzenleyici

İdari Yargılama Usulü Hukuku, Değişim Yayınları, Sakarya 2006, s. 117; Alan, Nuri, İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları, DD, y. 13, 1983, sy. 50-51, s. 32.

⁵ "Güncellik, iptali istenen işlemle davacı arasında halihazırda veya yakın gelecekte bir ilgi kurulabilmesini ifade eder. Özellikle düzenleyici işlemlerin yakın gelecekte uygulanacağı gerekçesiyle dava açılabilirdir. Yakın gelecek kavramına dava açmak isteyen kişi açısından bakmak gerekir. İlgili, işlemi kendi menfaati bakımından tehdit olarak görüyorsa ve bu algılamayı haklı kılan gerekçeler varsa dava ehliyetinin varlığı kabul edilmelidir". Yıldırım, Turan, İdari Yargı Ders Notları, İstanbul 2003, s. 23.

⁶ Aynı yönde bkz. Zabunoğlu, s. 159; Özdek, s. 112-114; İkinçioğulları, s. 154; Gökalp, s. 453.

⁷ "Yasa, düzenleyici tasarruflara karşı henüz uygulama olmadan da iptal davası açılabileceğini kabul ettiğine göre hiç değilse bu tür işlemler bakımından 'menfaat ihlali' şartını bırakmış gibidir ... yasanın uygulama olmadan düzenleyici tasarruflara karşı dava açılabileceğini kabul etmek suretiyle 'menfaat ihlal' şartını aramaması, idari yargı yönünden ileri bir aşamadır. Bir başka yönüyle de menfaat ihlalini geniş ve kapsamlı olarak yorumladığını gösterir". Alan, s. 31.

işlemin kapsamında yer alan kişi açısından zaten aktüel menfaat var demektir. Nitekim bir kararında *Danıştay* da bu görüşümüzü teyit etmiştir⁸.

B. Yargı İçtihatlarının Konuya Yaklaşımı

1. Danıştay Uygulaması

Danıştay içtihatları, ileride doğması muhtemel bir menfaat ilişkisine dayanarak dava açılmayacağı yönündedir. Buna karşılık bazı hallerde *CE*, ileride doğması ihtimal dahilinde bulunan bir menfaat için iptal davası açılabileceğini kabul etmektedir⁹.

İleride doğması muhtemel bir menfaat ilişkisine dayanarak dava açılmayacağı eski tarihli bir *Danıştay* kararında şu şekilde ortaya konmuştur: “Şurayı devlette açılacak iptal davalarında davaya bakılabilmesi iptali istenilen kararın alakadar hakkında hemen müessir ve zararı mucib olması ile mümkündür. Müstenidin iptalini istediği kararın ise ancak kendisi hakkında müstakbelen teessüs edecek tekaüd muamelesi sırasında tesirde bulunabileceği

⁸ “İstem; vadesinde ödenmeyen su ve atık su ücretler için yapılacak işlemleri düzenleyen Tarifeler Yönetmeliğinin 32/a maddesinin değiştirilmesine ilişkin Genel Kurulun 7.7.1994 tarih ve 5/122 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davayı reddeden ... Vergi Mahkemesi kararının bozulmasına ilişkindir. / Olayda, yükümlünün abone olması nedeniyle iptali istenilen kararla aktüel menfaat bağı bulunmaktadır. Ancak bu gibi durumlarda aktüel menfaati bulunanların iki şekilde dava açabilecekleri 2577 sayılı Kanunun 7/4. maddesinde açıklanmıştır. Birincisi ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin işlemin ilan edildiği tarihi izleyen günden itibaren başlayacağı dikkate alınarak açılacak davalardır. İkincisi ise düzenleyici işlemin ilgili kişiye uygulanması halinde açılacak davalardır ve bu davalarda da işlemin tebliğinden itibaren 30 gün içinde gerekirse uygulanan işlemle birlikte düzenleyici işlemin de iptali isteminde bulunularak dava açılabilir. / Dosyalardaki belgelerden; 7.7.1994 tarihli Genel Kurul kararından yükümlünün 3.8.1995 tarihinde haberdar olduğu ve 18.10.1995'te dava açıldığı anlaşılmaktadır. Haberdar olma tarihinin esas alınması halinde dahi birinci şekilde dava açma süresinin geçirildiği görülmektedir. Öte yandan henüz iptali istenilen kararın yükümlüye uygulanmadığı anlaşıldığından ikinci hale göre de dava açılmayacaktır. Ancak yükümlüye bu kararın uygulanması halinde yasal dava açma süresi içinde hem Genel Kurul Kararının iptali hem de uygulanan işlemin iptali istemiyle dava açılabilecektir”. D9D, E. 99/4885, K. 2001/665, KT. 27.02.2001, Danıştay Bilgi Bankası (DBB).

⁹ *CE*, 26 Aralık 1925 Rodière, Rec., s. 1065. Nakleden **Gözübüyük – Tan**, s. 432; **Nedjati**, Zaim M. – **Trice**, J. E. – **Dashwood**, A. A., *English and Continental Systems of Administrative Law*, North – Holland Publishing Company, Amsterdam – New York – Oxford 1978, s. 84.

aşıkardır. Şu vaziyete nazaran atide tahakkuk etmesi muhtemel bir zarar aleyhine şimdiden kaza yolile karar vermek müstakbel hadısası da hüküm tarikile tesbit etmeye müncer bir vaziyet hasıl eder ki hukukan ve mantıkan tecviz edilemez”¹⁰.

Zaman içerisinde *Danıştay* içtihatları bu yönde gelişmiştir: “4753 sayılı Yasaya göre, dağıtılacak arazilerin toprak karakterinin saptanmasıyla norm tayinlerinin mevzuata aykırı bulunduğu ileri sürülerek yapılan itirazları sonucunda verilen kararın iptali istenmekte ise de, anılan yasa uyarınca henüz davacıya verileceği belli olmayan toprakların karakterlerinin tespiti işleminde halen menfaatini ihlal eden bir husus olmadığından davanın reddine karar verilmiştir”¹¹. “Dava konusu Bakanlar Kurulu kararıyla; kurumlardan hangilerinin devlete verilmiş asli ve sürekli bir kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları, hangilerinin bu nitelikte bulunmadıkları tespit edilmiş olup bu kararlar, kurumlarda hangi görevlerde çalışanların memur ya da işçi olduğu kesin olarak karara bağlanmadığı gibi söz konusu kararın, davacının kişisel ve aktüel bir menfaatini ihlal ettiği de söylenemez”¹². “İptal davasına konu edilen işlem ile davacı arasında menfaat ilgisinin kurulabilmesi, ancak, kişisel, meşru ve güncel bir ilginin varlığıyla mümkündür. Aksi halde, kişilerin kendi menfaatini etkilemeyen, ciddi ve makul ilişkisinin bulunmadığı idari işlemlere karşı dava açabilmesi, idarenin işleyişini sürekli dava tehdidi altında bırakacağından, olumsuz yönde etkileyecektir. / Henüz öğrencilik statüsü sürmekte olan davacının mezun olmadığı okulunun da arasında bulunduğu bazı okullardan mezun olanların yapılacak sınavı başarmak şartıyla kıyı kaptanlığı yeterlik belgesi alabileceği yolundaki düzenlemenin iptalini istemesinde, bu işlem ile arasında kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi olmadığından dava açma ehliyeti de bulunmamaktadır”¹³. “Ayrıca dava ehliyeti, dava açıldığı tarihte bulunması gereken ve davanın görülebilmesi için zorunlu bir usul hukuku koşuludur. Yani iptal davasının açıldığı sırada davacının aktüel (halen mevcut) bir menfaatinin bulunması gerekir. İleride ortaya çıkması muhtemel bir menfaat ilişkisine dayanarak dava açılması mümkün değildir. / Olayda ise; davacı derneğin tüzüğünde belirtilen, bütün vatandaşların ortak varlığı olan çevrenin korunması, iyileştirilmesi, kırsal ve kentsel alanda arazinin

¹⁰ DDUH, E. 38/275, K. 38/205, KT. 21.10.1938, DKM, Mart 1939, sy. 7, s. 77.

¹¹ D8D, E. 69/2630, K. 70/544, KT. 01.03.1970, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, 1974, s. 99.

¹² DDDK, E. 75/401, K. 78/105, KT. 10.02.1978, DD, 1979, sy. 32-33, s. 338. Aynı yönde bkz. DDDK, E. 76/116, K. 78/108, KT. 10.02.1978, Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları, Birinci Kitap, (1965-1978), 1981, s. 687-688.

¹³ D10D, E. 97/1372, K. 97/1314, KT. 14.04.1997, DD, 1998, sy. 94, s. 653-654.

ve doğal kaynakların en uygun şekilde kullanılması ve korunması yolundaki amacı doğrultusunda dava açabileceği kabul edilebilirse de; henüz tahsis yapılacağı yolundaki işleminde ve tahsis safhasında çevrenin tahribi yolunda bir zarar söz konusu değildir. / Başka bir anlatımla, derneğin, tüzüğünde belirtilen amacına aykırı olarak, orman alanına zarar verilmesi, ancak tahsis işleminden sonra yapılacak bir çalışma (inşaat vs.) sırasında ortaya çıkabilir, bu aşamada doğal kaynakların bozulması ve benzeri etkiler nedeniyle muhtemel bir menfaat ihlalden söz edilemeyeceğinden davacı derneğin dava açma ehliyetinin varlığı kabul edilemez¹⁴. “Dava açma anına kadar mevcut olmayan, hukuk aleminde yer almayan, ileride tesisi muhtemel işlemlerin tesis edilme ihtimali göz önünde bulundurularak, idari davaya konu edilemeyecekleri idare hukukunun temel ilkelerindedir. / Olayda, davanın açıldığı tarihte, hesaplanmış bir gecikme zammı ve bu gecikme zammının davacıdan tahsili için tesis edilmiş bir işlemin mevcut olmadığı anlaşılmalı, ileride hesaplanacak gecikme zammının uygulanacağı sürelerde esas alınacağı endişesiyle, ödeme emrinde yer alan “vade tarihleri” açısından ödeme emrinin iptalinin talep edilmesinde davacının korunmaya değer hukuki menfaatinden söz etmek mümkün değildir¹⁵. “Dava konusu edilen Bütçe Uygulama Talimatının ... maddelerinde yer alan düzenleme ise, devlet memuru olarak görev yapanlar ile bunların bakmakla yükümlü oldukları aile bireylerinin dış tedavilerine ilişkin usul ve esaslarla bu tedavi bedellerinin ödenmesine ilişkindir. / Oysa, dava dosyasında yer alan bilgi ve belgeler ile, ... davacının vermiş olduğu cevaptan; ortada, gerek davacı ve gerekse bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri hakkında, dış tedavisinin yapıldığına veya böyle bir tedavi bedelinin ödenip ödenmeyeceğine dair hukukun başlatılmış ne bir süreç ne de bir uyumsuzluk bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır. / Bu itibarla davacının, yukarıda anılan dava konusu Bütçe Uygulama Talimatıyla aktüel, kişisel menfaat ilgisi henüz kurulmuş değildir. / Davacının, anılan düzenlemenin kendisi hakkında uygulanması halinde, uygulama işlemiyle birlikte söz konusu düzenlemeyi de dava konusu edebileceği açıktır¹⁶.

2. AYİM Uygulaması

AYİM içtihatları da, ileride doğması muhtemel bir menfaat ilişkisine dayanarak dava açılmayacağı yönündedir. Nitekim *AYİM*'e göre, “davacının dava konusu yapılan bu sicillerinin yargay rütbesinde düzenlenmiş siciller olarak kabulü, onun albaylığa terfi edip etmeyeceği hususu değerlendirilirken bir önem taşıyacaktır. Şu halde bugün için bu sicillerin binbaşılık rütbesine veya

¹⁴ D8D, E. 98/397, K. 98/2243, KT. 15.06.1998, DD, 1999, sy. 98, s. 486-487.

¹⁵ D7D, E. 97/1721, K. 98/1669, KT. 30.04.1998, DBB.

¹⁶ D5D, E. 2003/2079, K. 2003/3335, KT. 28.07.2003, DKD, 2004, sy. 3, s. 163.

yarbaylık rütbesine ilişkin olarak kabul edilip değerlendirilmesinin, davacının durumunda değişiklik yapan bir işlevi bulunmamaktadır. Davacı bekleme süresini 30.8.1994 tarihinde tamamlayacağına göre, bu tarihten önce albaylığa terfi koşullarını taşıyıp taşımadığı konusunda bir değerlendirmeye tabi tutulması söz konusu olamaz. Bu durum karşısında davacının, işbu davayı açmakta güncel bir hukuki yararı bulunduğunu kabul etmek olanağı bulunmamaktadır¹⁷. Aynı şekilde *AYİM*'e göre, “davacının, halen oturmakta olduğu sıra tahsisli konutta 5 yıllık oturma süresini doldurması nedeniyle konutun öneriye dahil edildiğini, TSK Konut Yönergesinde belirtilen usul ve esaslara aykırı olarak oturduğu konutun kendisine tahsis edilmesi gerekirken kendisine yeni bir konut tahsis edildiğini ve bu konuta taşındığını, bundan sonraki lojman dağıtımlarına ışık tutması açısından Yönergenin 3 ncü bölüm 5 nci maddesinin yorumlanması gerektiğini belirterek açtığı davada; davacının, yapılan genel veya birel işlemlerin iptalini istememesi, ileride yapılacak konut tahsislerinde personel mağduriyetlerine engel olunabilmesi için uygulamaya açıklık getirilmesini talep etmesi karşısında bundan sonra yapılacak konut tahsislerinde personel mağduriyetlerinin ortadan kaldırılmasında davacının herhangi bir güncel ve kişisel menfaati bulunmadığından, davanın sübjektif ehliyet yönünden reddi gerekir¹⁸.”

II. DOĞMUŞ MENFAATLER İÇİN İPTAL DAVASI AÇILMASI

Doğmuş menfaatler için iptal davası açılabilirliği kuşkusuzdur. Bu nitelikteki menfaatlerde ilk aşamada, menfaatin güncel olma özelliği açısından herhangi bir sorunla karşılaşılmaz. Bununla birlikte burada asıl sorun bir kere doğmuş olan menfaat ilişkisinin devamı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla burada menfaatin, idari işlemin tesis edildiği tarihte, davanın açıldığı tarihte, davanın tetkiki tarihinde, davanın açıldığı tarihte ve davanın karara bağlandığı tarihte (dava süresince), davanın açıldığı tarihte ya da davanın karara bağlandığı tarihte, davanın karara bağlandığı tarihte mevcut bulunmasının aktüellik şartı açısından yeterli görülüp görülmeyeceği üzerinde durulmalıdır.

A. Doktrin ve Yazarların Konuya Yaklaşımı

Onar'a göre, menfaatin davanın açıldığı tarihte ve hiç olmazsa davanın karara bağlandığı tarihte mevcut olması gerekir ve bu menfaatin davanın karara bağlandığı sırada da devam etmesi şarttır¹⁹. *Gözübüyük – Tan*, kural olarak

¹⁷ AYİM1D, E. 94/354, K. 94/1698, KT. 17.05.1994, AYİMD, 1995, sy. 9, s. 71-72.

¹⁸ AYİM1D, E. 98/37, K. 98/507, KT. 28.04.1998, **Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu**, Kitap 1, Ankara 2004, s. 293.

¹⁹ **Onar**, s. 1782. Aynı yönde bkz. **Eroğlu**, s. 425; **Zabunoğlu**, s. 175; **Kalabalık**, s. 117.

menfaatin davanın açıldığı tarihte ya da davanın karara bağlandığı tarihte mevcut bulunması gerektiğini savunmaktadır²⁰. *Sarıca*'ya göre ise menfaat ya davanın açıldığı tarihte ya da davanın tetkikine başlandığı tarihte mevcut olmalıdır²¹. Davanın ikamesi ya da rüyeti sırasında mevcut olmayan bir menfaat aktüel sayılmaz²². Menfaatin davanın açıldığı tarihte mevcut bulunmasını yeterli sayan ve dolayısıyla dava sonuçlanana kadar devam etmesinin gerekli olmadığını savunan *Özay*'a göre, "... menfaat sadece yargı mekanizmasını harekete geçirmeye yetecek kadar bir ilginin bulunup bulunmadığının iptal davasının başlangıcında saptanması demektir. Zira iptal davalarının 'nesnel' niteliği gereği, yargı denetimi bir kere harekete geçirildi mi, sorun artık idari işlemin hukuk düzenine aykırı olup olmadığının yorumlanması ve belirlenmesi noktasında odaklaşmaktadır"²³.

İkincioğulları'na göre, menfaatin davanın açıldığı tarihte mevcut olması ve dava süresince de devam etmesi gerekir²⁴. *Yaman*'a göre, menfaatin davanın açıldığı tarihte ya da davanın karara bağlandığı tarihte mevcut olması gerekir²⁵. *Yenice – Esin*'e göre, menfaatin davanın açıldığı tarihte mevcut olması yeterlidir²⁶. *Alan*, menfaatin idari işlemin tesis edildiği tarihte bulunmasını yeterli görmektedir. Çünkü, "aksi halde belli sürelerle sınırlı olarak yapılan işlemlere karşı iptal davası yolu kapatılmış olur. Örneğin 20 gün için geçici görev verilen kişi bu süre içinde davasını açmaz ise dava hakkında yoksun mu kalacaktır? Bu itibarla 'güncel menfaat' deyiminin artık iptal davasında yeri yoktur. Ancak bununla ilgili olarak şunlar söylenebilir; idare, dava açılmadan veya dava açıldıktan sonra işlemi geri almış ise, artık davacının dava ile elde etmek istediği sonuçlar idare tarafından yerine getirilmiş olduğundan uyumsuzluk bitmiştir; esas hakkında karar verilmesi gerekmez. Beklenen veya

²⁰ **Gözübüyük**, – **Tan**, s. 429. Aynı yönde bkz. **Gözübüyük**, – **Dinçer**, s. 107.

²¹ **Sarıca**, s. 41.

²² **Sarıca**, s. 42.

²³ **Özay**, İl Han, Kendine Özgü Bir "Hukuk Devleti", in I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara 1991, s. 119, dn. 10. Aynı yönde bkz. **Zabunoğlu**, s. 159; **Özyörük**, s. 216; **Yıldırım**, s. 24; **Özdek**, s. 112-114.

²⁴ **İkincioğulları**, s. 154. Aynı yönde bkz. **Candan**, s. 109-110; **Gökalp**, s. 453.

²⁵ **Yaman**, Murat, Açıklamalı – İçtihatlı – Dilekçe Örnekli Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, Ankara 2006, s. 264.

²⁶ **Yenice – Esin**, s. 489-492. Aynı yönde bkz. **Topuz – Özkaya**, s. 386. **Çelikkol**, s. 50.

ileride oluşacak hak ve menfaatler için dava açılmaz. Belki bu anlamda olmak üzere güncellikten söz edilebilir”²⁷.

Kanaatimizce menfaatin davanın açıldığı tarihte bulunması yeterlidir. Dava açıldığı tarihte mevcut olan menfaatin dava süresince devam etmesi gerekmez. Çünkü objektif nitelikte olan iptal davalarında amaç, idarenin hukuka aykırı işlemlerini ortadan kaldırmak suretiyle hukuk düzenini korumaktır²⁸. Bu itibarla davanın açıldığı tarihte mevcut olan menfaat ihlali davanın devamı için/objektif hukuk düzeninin korunması için yeterli kabul edilmelidir. Ayrıca bir idari işlem nedeniyle zarara uğrayan ancak tam yargı davasını iptal davasından sonra açmayı düşünen kişinin açtığı iptal davasının sonuçlanması, tam yargı davası bakımından önem arz ettiğinden çeşitli nedenlerle güncel menfaat ilişkisi sona erdiği gerekçesiyle iptal davasının ehliyet yönünden reddine karar vermemek gerekir.

B. Yargı İçtihatlarının Konuya Yaklaşımı

1. Danıştay Uygulaması

Doğmuş bir menfaate dayalı olarak iptal davası açılması üzerine başlangıçta mevcut bulunan bu menfaatin dava devam ederken 1) Davacıdan kaynaklanan nedenlerle, 2) İdareden kaynaklanan nedenlerle ve 3) Diğer nedenlerle sona ermesi mümkündür. Bu noktada *Danıştay* içtihatları genellikle, bu menfaatin davanın açıldığı tarihte var olması, dava süresince devam etmesi ve nihayet davanın karara bağlandığı tarihte de mevcut bulunması gerektiği yönündedir. Dolayısıyla *Danıştay* başlangıçta mevcut bulunan menfaatin bu gibi nedenlerle dava devam ederken ortadan kalkması halinde davayı reddetmektedir. Hatta *Danıştay*'a göre, “sözü edilen menfaatin ihlal edilmesi koşulunun davanın açıldığı tarihte mevcut bulunması yeterli olmayıp davayı sonuçlandıran kararın kesinleşmesine kadar devam etmesi idari yargının belli esaslarındandır. Temyiz istemi sonuçlandırılmadan kararın kesinleşmesinden de söz edilemeyeceği açıktır”²⁹. Buna karşılık *CE* dava açıldığı tarihte mevcut bulunan bir menfaatin dava karara bağlanıncaya kadar geçen süre içinde ortadan

²⁷ Alan, s. 32.

²⁸ Bu konuda bkz. **Azrak**, Ali Ülkü, İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, in Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 145-155; **Azrak**, A. Ülkü, İptal Davalarının Objektif Niteliği, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, c. 1, s. 331-336.

²⁹ D6D, E. 88/1816, K. 89/323, KT. 21.02.1989, DBB. Aynı yönde bkz. D6D, E. 85/890, K. 86/42, KT. 16.01.1986, DBB.

kalkmasını davanın reddi sebebi saymamaktadır³⁰. Bu konuda *CE* ya dava açıldığı tarihte ya da dava karara bağlandığı tarihte menfaatin bulunmasını yeterli saymaktadır³¹.

1) Bir idari işleme karşı iptal davası açılması üzerine başlangıçta mevcut bulunan menfaatin davacıdan kaynaklanan nedenlerle ortadan kalkması mümkündür. *Danıştay* bu gibi nedenlerin mevcudiyeti halinde aktüel menfaatin sona ereceğine karar vermektedir. *Danıştay* içtihatları derdest bir davada davacının emeklilik³², istifa³³, istem üzerine başka bir yere veya göreve atanma³⁴, ilişik kesme³⁵, hakkını devretme³⁶ gibi nedenlerle statüsünde meydana gelen değişikliklerin aktüel menfaat bağını sona erdireceği yönündedir.

³⁰ CE, 22 Kasım 1963 Louis de Dalmes Polignas, Rec., s. 565; Revue du Droit Public, 1964, s. 692. Nakleden **Gözübüyük – Tan**, s. 432; **Nedjati – Trice – Dashwood**, s. 83-84.

³¹ **Gözübüyük – Tan**, s. 432.

³² “Adapazarı İlköğretim Müdürlüğüne kendisi yerine bir başka ilkokul müdürünün atanmasına ilişkin işlemin iptali isteğiyle açılan davanın; ... dava açıldığı sırada mevcut olan menfaat alakasının davanın sonuna kadar devamının idare hukuku ilkelerinden bulunduğu, anılan ilin milli eğitim müdürlüğünün yazısından, davacının kendi isteği ile emekli olmak suretiyle görevinden ayrıldığı anlaşılmakla dava konusu işlem ile menfaat alakasının kalmadığı nedeniyle reddine karar verilmiştir”. D5D, E. 77/854, K. 81/369, KT. 19.03.1981, D5DK, s. 563. **Aynı yönde bkz.** D5D, E. 73/11016, K. 75/2806, KT. 15.05.1975, D5DK, s. 560; D5D, E. 53/3266, K. 54/937, KT. 20.03.1954, **İkinciogulları**, s. 155; D5D, E. 63/4458, K. 65/710, KT. 17.03.1965, **Gökalp**, s. 453; DDDK, E. 72/95, K. 74/756, KT. 06.12.1974, DDDK, s. 679-680.

³³ “Maliye Bakanlığı gelirler kontrolörlüğünden Defterdarlık Gelir Müdürlüğüne naklen atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın; ... davacının dava açılması sırasında mevcut olan menfaat ilgisinin dava sonuna kadar devamı şart olduğuna, davacı ise istifa ederek görevinden ayrıldığına göre, ilgilinin dava konusu işlemle menfaat ilgisinin kalmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir”. D5D, E. 77/6219, K. 79/1335, KT. 16.05.1979, D5DK, s. 562.

³⁴ “Yer değiştirme işleminin iptali istemiyle açılan davanın; iptal davalarında dava sonuna kadar iptali istenilen karar veya işlemle menfaat ilişkisinin devamı şart olduğuna ve İstanbul Basma Yazı ve Resimleri Derleme Müdürlüğünden Basım Müşavirliğine atanan davacı, daha sonraki başvurusu ve rızası üzerine İstanbul Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademisinde Genel Sekreterlik niteliğinde bir göreve atandığına göre, adı geçenin dava konusu ile ilgisinin kalmamış olduğundan reddine karar verilmiştir”. D5D, E. 71/7156, K. 72/53, KT. 12.01.1972, D5DK, s. 559.

2) Bir idari işleme karşı iptal davası açılması üzerine başlangıçta mevcut bulunan menfaatin idareden kaynaklanan nedenlerle ortadan kalkması mümkündür. *Danıştay* bu gibi nedenlerin mevcudiyeti halinde aktüel menfaatin sona ereceğine karar vermektedir. *Danıştay* içtihatları derdest bir davada davalı idarenin davacıyı görevden çekilmiş sayma³⁷, müstafi sayma işlemini kaldırarak göreve atama³⁸, bakanlık emrine alma³⁹, başka bir göreve atama⁴⁰, eski görev

³⁵ “Hadisede davanın açıldığı tarihte, davacının, dava konusu işlem sebebiyle menfaatinin ihlal edildiği ve bu menfaat alakasının dava tarihinde mevcut olduğu aşıkâr ise de; Dairemizce verilen ... yürütmenin durdurulması kararı üzerine, davacı hakkında ne gibi bir işlem yapıldığının ... ara kararımızda sorulması üzerine, idarece verilen cevapta; davacının ... günlü dilekçesi üzerine kendi isteğiyle kaydının silindiği ... okula ilişiği kesilen davacının dava ile herhangi bir menfaat alakasının kalmadığı anlaşılmıştır”. D12D, E. 68/2607, K. 70/333, KT. 24.02.1970, AİD, c. 4, Haziran 1971, sy. 2, s. 166.

³⁶ “Hissedarı bulunduğu evin belediye encümenince yıktırılması hakkındaki karar nedeniyle maruz kaldığı zararın tazmini talebiyle açılan davanın; olayda davacının yıkma kararı verilen eve ait hissesini kararın tebliğinden sonra sattığı, bu itibarla kendisinin yıkma konusu evle bir ilgisi kalmadığından tazminat istemek hakkı bulunmadığı nedeniyle ... ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir”. D6D, E. 63/1569, K. 67/825, KT. 29.03.1967, D6DK, Birinci Kitap, (1965-1977), 1979, s. 611. Aynı yönde bkz. DDDK, E. 70/130, K. 72/1028, KT. 24.11.1972, İkinciöğulları, s. 154; D6D, E. 2005/5556, K. 2007/3298, KT. 05.06.2007. Karar Yayınlanmamıştır; D6D, E. 82/4056, K. 85/380, KT. 04.03.1985, DBB; D6D, E. 85/589, K. 85/1378, KT. 21.11.1985, DD, 1986, sy. 62-63, s. 245-246; D6D, E. 85/890, K. 86/42, KT. 16.01.1986, DBB; D6D, E. 88/1816, K. 89/323, KT. 21.02.1989, DBB; D6D, E. 81/1912, K. 82/4052, KT. 29.11.1982, DD, 1983, sy. 50-51, s. 295-296; D8D, E. 66/4424, K. 68/1220, KT. 29.03.1968, D8DK, s. 316.

³⁷ “Kıbrıs Türk Barış Kuvvetleri Komutanlığı nakit saymanlığından Kars İline yapılan naklen atama işleminin iptali istemiyle açılan davanın; iptal davalarının incelenebilmeleri ilgililerin dava sonuna kadar iptalini istedikleri işleme menfaat ilişkilerinin devamı halinde mümkün olduğuna ... 15 günden fazla süre geçmesine karşın yeni görevine gitmediği ve raporda göstermediği için görevden çekilmiş sayılan davacının, naklen atama işlemi ile menfaat ilişkisi kalkmış olduğundan, inceleme yeteneği bulunmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir”. D5D, E. 77/1048, K. 79/441, KT. 26.02.1979, D5DK, s. 561-562.

³⁸ D5D, E. 66/3381, K. 67/1406, KT. 30.03.1967, Gökalp, s. 453.

³⁹ “İptal davalarında, dava sonuna kadar iptali istenilen tasarrufla menfaat alakasının devamı meşrut bulunmasına, davacının Milli Eğitim Bakanlığının ... kararı ile Bakanlık emrine alındığının anlaşılmasına, bu suretle iptalini istediği

yerine atama⁴¹ işlemlerinin ve idari işlemi geri alma işleminin aktüel menfaat bağına sona erdireceği yönündedir.

3) Bir idari işleme karşı iptal davası açılması üzerine başlangıçta mevcut bulunan menfaatin davacı ve idare dışında başka nedenlerle ortadan kalkması mümkündür. *Danıştay* bu gibi nedenlerin mevcudiyeti halinde de aktüel menfaatin sona ereceğine karar vermektedir. Nitekim bir kararında *Danıştay*, "... 29.7.1988 gün ve 23417 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4369 sayılı Kanunun yayımını izleyen beşinci ayın sonuna kadar işe alınan işçilerle ilgili olan uygulamanın, davanın çözümlendiği tarihte sona ermiş olduğu göz önüne alındığında artık aktüel bir menfaatten söz edilemez(yeceğine)"⁴² hükmetmiştir. Yine *Danıştay*'a göre, "... kamulaştırıldığı, kamulaştırma işlemine karşı davacı şirket tarafından açılan davanın ... sayılı kararıyla reddedilerek kesinleştiği işbu davaya ait dosya ile Dairemizin ... esasında kayıtlı dava dosyalarının birlikte incelenmesinden anlaşılması olup, kesinleşen kamulaştırma işlemi nedeniyle uyuşmazlık konusu taşınmazlarla davacı şirket arasında mülkiyet bağının kalmamış bulunması karşısında, anılan taşınmazların tahsis şeklinin değiştirilmesi yolundaki imar planı değişikliği işleminden ötürü davacının menfaatinin ihlali de söz konusu edilemez"⁴³. Aynı şekilde *Danıştay*'a göre, "... iptal davalarının çözümlenebilmesi için davacının dava sonuna kadar iptalini istediği idari işlemle menfaat ilişkisinin devamı gerektiğine ve Cumhuriyet Başsavcılığının kuruluşu 1730 sayılı Yasanın 3. maddesi ve çalışması da Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi ile yeniden düzenlendiğinden, dava konusu Yönetmeliğin uygulama alanı kalmadığına göre, halen yürürlükte bulunmayan bu Yönetmeliğin iptali ile davacının güncel

tasarrufla menfaat alakasının kalmadığı anlaşılmasına binaen tetkik kabiliyeti kalmayan davanın reddine ... karar verilmiştir". D5D, E. 67/720, K. 68/1986, KT. 23.05.1968, **Dinçer**, Güven – **Çırakman**, Erol, **Necipoglu**, Nejat, *Danıştay Kararları*, 1967-1968-1969, İkinci Kitap, Ankara 1969, s. 14.

⁴⁰ "Mülkiye başmüfettişi olarak görev yapmakta iken, idarece düzenlenen mülkiye müfettişleri kıdem cetveli ile bu cetvel esas alınarak kendi yerine başkalarının mülkiye müşavir müfettiş kadrolarına atanmasına ilişkin işleme karşı açtığı davadan sonra, davacının Valiliğe atandığının, duruşma tebliğ alındısının incelenmesinden anlaşılması karşısında, ilgilinin dava konusu işlemle menfaat ilişkisi kalmadığından inceleme olanağı bulunmayan davanın reddine karar verilmiştir" D5D, E. 76/1316, K. 79/1856, KT. 13.06.1979, D5DK, s. 563.

⁴¹ D8D, E. 80/1028, K. 81/381, KT. 15.01.1981, DD, 1982, sy. 44-45, s. 428-429.

⁴² D4D, E. 98/4810, K. 2000/796, KT. 29.02.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 185.

⁴³ D6D, E. 84/233, K. 84/2499, KT. 19.06.1984, DD, 1985, sy. 56-57, s. 238.

menfaat ilgisinin olmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir⁴⁴. Aynı doğrultuda *Danıştay*'a göre, “idarenin yürütülmesi gerekli kararlarına karşı açılan idari davalarda davacının menfaat alakasının, davanın görülmesi sırasında da devamının idari yargının temel prensiplerinden olduğu, 81 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesi ile davacının başka yere nakli hakkındaki anılan karar kaldırılmış bulunduğu ortada iptal davasına konu olabilecek bir idari işlem kalma(mıştır)”⁴⁵.

Danıştay'ın genel yaklaşımı bu olmakla birlikte bu duruma aykırı kararları da mevcuttur. Bu kararlar “aktüel menfaatin idari işlemin dava konusu edildiği tarih itibarıyla dikkate alınması, davacının durumunda sonradan meydana gelen değişikliklerin dikkate alınmaması” düşüncesine dayanmaktadır. Bu doğrultuda *Danıştay* kararları şu şekildedir: “İptal davalarında davacının dava ile menfaat ilişkisinin dava sonuna kadar devam etmesi gerekmesine, davacının ise istifa etmek suretiyle ordudan ayrılmış bulunmasına ve bu suretle artık, terfi ettirilmesi dileğiyle açılmış bu dava ile ilişkisinin kalmamış olmasına binaen davada ayrıca bir karar verilmesine mahal olmadığı ...” yolundaki ayrışık oya rağmen işin esasını inceleyerek işlemin iptaline⁴⁶ karar vermiştir. “Davalı idarenin, davacıyı, dava neticelenmeden daha üst düzeyde Genel Müdürlük Fen ve Tetkik Kurulu Müşavir üyeliğine atadığını ve bu nedenle dava ile bir illiyet rabitası kalmadığını iddia etmekte ise de, idari işlemler, tesis edildiği andaki hukuki durumlara göre kanuna aykırı olup olmadığı yönünden incelenir ve davacının da daha sonra başka bir göreve nakli, dava ile illiyet rabitasını kesmez”⁴⁷; TKİ Genel Müdürlüğünden alınmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali için dava açan davacının dava henüz sonuçlanmadan yeni bir kararname ile eski görevine getirilmesi üzerine *Danıştay*, davadaki menfaat ilişkisinin sürdüğünü kabul etmiş ve davacının eski görevine yeniden atanmasının “davanın esastan incelenmesine engel teşkil etmeyeceğine” karar vermiştir⁴⁸; “... bir idari işlemin veya kararın iptali istemiyle açılan davanın, bu işlemin yapıldığı ya da kararın alındığı zamanda varolan hukuksal koşullar içinde değerlendirilerek karara bağlanması gerekmektedir. Davalı idare tarafından, idari işlemin geri alınması dışında, sonradan yapılan idari işlem denetlenen dava konusu işlemin kendi koşulları içinde değerlendirilmesine ve

⁴⁴ D5D, E. 73/12185, K. 79/536, KT. 05.03.1979, D5DK, (1970-1981), Birinci Kitap, c. II, 1983, s. 553.

⁴⁵ DDDK, E. 61/56, K. 66/1664, KT. 30.12.1966, **Yenice – Esin**, s. 491.

⁴⁶ DDDK, E. 66/499, K. 67/166, KT. 03.02.1967, DKD, 1968, sy. 111-114, s. 80.

⁴⁷ D5D, E. 74/7154, K. 75/2997, KT. 21.05.1975, AİD, c. 8, Haziran 1975, sy. 2, s. 218.

⁴⁸ DDDK, E. 79/44, K. 80/146, KT. 15.02.1980, **Yenice – Esin**, s. 492.

buna göre bir karar verilmesine engel değildir. Bu itibarla; davalı idarelerin, idari işlem dava konusu edilmiş ve aradan uzun bir süre geçmiş bulunduktan sonra davacıyı eski görevine atamış olmaları bakılan davada iptali istenen işlemin hukuk kurallarına uygun olup olmadığının incelenmesine engel bir hukuksal neden oluşturma(z)⁴⁹. “... İdare hukukuna özgü bir dava türü olan iptal davaları idari işlemler hakkında hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı, hukuksal düzeni korumaya yönelik nesnel davalar olup, iptal davalarında yargı yeri yalnızca hukuksal işlemi inceler, tasarrufta bir sakatlık olup olmadığına ve hukuka aykırılık arzedip, etmediğine bakar. Tam yargı davalarında olduğu gibi hakları ihlaldeki ağırlık derecesinin ve bunun giderilmesi yollarının araştırılmadığı iptal davalarında öncelikle aranan ilgilinin menfaatinin ihlal edilip edilmediğidir. / Ancak, menfaat ilişkisinin olması gerekenden daha geniş kapsamlı olarak ele alınması, iptal davalarının objektifliğini zedeleyeceği gibi idarenin hukuka uygunluğunu sağlamada en etkili yollardan biri olan bu davanın amacı ile de bağdaşmaz. / İhlal edilen menfaatin her halde maddi veya ekonomik olması gerekmediğinden, temyizen incelenen ısrar kararında belirtilen ‘davacının davaya devam etmekte hiçbir hukuki yararı kalmamaktadır. Çünkü dava sonucunda mahkememizce bir iptal kararı verilmiş olsa bile davacının tekrar kiracısı bulunduğu konutta oturmasına veya bir tazminat talebinde bulunmasına kesinleşen yargı kararları karşısında olanak yoktur’ gerekçesi de yerinde değildir⁵⁰. “Bilindiği üzere iptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygunluğu denetlenir ve böylece idarenin hukuk alanı içinde kalması, bu alan içinde hareket etmesi amaçlanır. İdari Yargı yerlerince verilen iptal kararları ile hem iptal edilen idari işlemle hukuk alanı dışına çıktığı saptanan idare yeniden bu alan içine alınmış olur, hem de menfaati ihlal edilen ve bu nedenle dava açan ilgili, eski hukuki durumuna geri gelerek, iptal kararından somut olarak yararlanır. İptal davalarının bu amacı ve kişiler yönünden doğurduğu sonuçlar göz önünde bulundurularak gerek öğretide gerekse Danıştay Kararlarına iptal davası açılabilmesi ve davanın görülebilmesi için davacının iptali istenilen işlemle menfaatinin ihlal edilmesi yeterli sayılmakta, bu işlemle menfaatinin ihlal edilmesi yeterli sayılmakta, bu işlemle ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar sürmesi aranmamaktadır. Davacının idari işlemle ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesini zorunlu tutmak, iptal davalarını sadece davacılar yönünden ortaya koyduğu sonuçlarla değerlendirmek, bu davaların amacını ihmal etmek anlamını taşır. Bunun sonucu olarak, dava görülmeden önce alınacak yeni idari kararlarla davacının iptali istenilen işlemle ilişkisini kesmek ve böylece hukuka aykırılığı ileri sürülen işlemi yargısal denetim dışında bırakmak yolu açılmış olur. Bu nedenle, dava açıldıktan sonra istifa

⁴⁹ DDDK, E. 78/1258, K. 80/194, KT. 11.04.1980, DD, 1981, sy. 40-41, s. 118.

⁵⁰ DİDDGK, E. 87/47, K. 88/3, KT. 21.01.1988, DD, 1989, sy. 72-73, s. 105-106.

ederek görevinden ayrılan davacının, dava konusu işlemde menfaat ilişkisinin kalmadığından bahisle davanın reddine ilişkin mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir⁵¹. “Davacının görev yerinden başka bir yere nakline ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı dava devam ederken kendi isteği olmaksızın ikinci bir yere nakledilmiş olması dava sonucu ile menfaat alakasını kesen bir hal olarak kabul edilemez⁵². “Davacının mahluliyet kararının iptali istemiyle bu davayı açtığı tarihte kayyım olduğu, ancak dava derdest iken kayyımlık kararının 5.6.1996 tarihli yargı kararı ile kaldırıldığı tartışmasız olup, işlemin tesis edildiği ve dava konusu edildiği tarih itibarıyla, meşru, güncel, kişisel ehliyeti bulunduğu açık olan davacının durumunda sonradan meydana gelen değişiklikler dikkate alınmak suretiyle davanın esasının çözümlenmeyerek ehliyet yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık görülme(miştir)⁵³. “İdare Hukukunun genel ilkelerine göre iptal davası açılabilmesi için, davacı ile dava konusu işlem arasında menfaat ilişkisinin varlığı yeterli olup, ayrıca bu işlemle menfaat ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesi aranmamaktadır. / Davacının idari işlemle ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesini zorunlu tutmak iptal davalarını sadece davacılar yönünden ortaya koyduğu sonuçlarla değerlendirmek ve bu davaların amacını ihlal etmek anlamını taşır. Bunun sonucu olarak dava görülmeden önce alınacak yeni idari kararlarla davacının iptali istenilen işlemle ilişkisini kesmek ve böylece hukuka aykırılığı ileri sürülen işlemi yargısal denetim dışında bırakmak yolu açılmış olur. Ayrıca idari yargılamada, yargılamanın işlemin tesis edildiği tarihten itibaren hüküm ifade etmesi nedeniyle işlemin hukuka uygun olup olmadığının tespiti yargılama giderlerine ve vekalet ücretine hükmedilmesi açısından da önem arz etmektedir. Bu nedenlerle dava açıldıktan sonra iptali istenen işlemle atanan kişinin başka yere atanması, bu atama nedeniyle davacının dava konusu işlemle menfaat ilişkisinin kalmadığından bahisle işin esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir⁵⁴. “... davacının menfaatinin ihlaline neden olan uyumsuzluk konusu işlemin idarece geri alınmadığı sürece hukuk alemindeki varlığını halen koruduğu ve davacı ile işlem arasındaki ilişki devam eden nitelik arzettiğinden, uyumsuzluk konusu işlemin tesis edildiği tarihte taşıdığı hukuki unsurlar yönünden incelenerek işin esası yönünden bir karar verilmesi ve

⁵¹ D5D, E. 86/1099, K. 88/1908, KT. 16.06.1988, DBB. Kararın eleştirisi için bkz. **Candan**, s. 112-113.

⁵² D5D, E. 87/3267, K. 88/2502, KT. 15.11.1988, DD, 1989, sy. 74-75, s. 319.

⁵³ D10D, E. 97/6341, K. 2000/1372, KT. 10.04.2000, DD, 2001, sy. 104, s. 550.

⁵⁴ D5D, E. 2005/1005, K. 2006/455, KT. 13.02.2006, DD, 2006, sy. 112, s. 180-181. **Aynı yönde bkz.** D5D, E. 95/2361, K. 96/1256, KT. 25.03.1996, **Topuz – Özkaya**, s. 80-82.

verilecek kararın türüne göre yargılama gideri ile vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken; İdare Mahkemesince, [davacının dava devam etmekte iken emekli olması nedeniyle] işbu davada verilecek kararın fiilen uygulanabilirliği kalmadığından bahisle dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir⁵⁵.

2. AYİM Uygulaması

Doğmuş bir menfaate dayalı olarak iptal davası açılması noktasında AYİM içtihatları genellikle, bu menfaatin davanın açıldığı tarihte var olması, dava süresince devam etmesi ve nihayet davanın karara bağlandığı tarihte de mevcut bulunması gerektiği yönündedir. Dolayısıyla AYİM başlangıçta mevcut bulunan menfaatin davacıdan veya davacı dışından kaynaklanan nedenlerle olsun dava devam ederken ortadan kalkması halinde davayı reddetmektedir.

AYİM bu içtihadını, 1) Sadece manevi haz boyutlarında kalacak niteliğe bürünen alaka ve menfaatin yargılamanın devamına yeterli görülmeyeceği, 2) İptal davası sonunda verilecek yargı kararının sonuç doğurmayacak olması halinde böyle bir yargı kararı vermemenin daha doğru olacağı/uygulaması bitmiş bir idari işlemin iptal davası çerçevesinde yargı denetimine tabi tutularak davanın reddedilmesinin veya işlemin iptal edilmesinin bir hukuki yarar sağlamayacağı, 3) Davanın açıldığı tarihte mevcut olan menfaatin dava süresince devam etmesi gerektiğinin ve hatta davanın karara bağlandığı anda mevcut bulunmasının uygulama ve öğretide kabul gördüğü, 4) Ayrıntılı açıklama yapmadan güncel menfaat bağı kalmadığı gerekçelerine dayandırmaktadır.

1) AYİM yaklaşımının temelinde ilk olarak, sadece manevi haz boyutlarında kalacak niteliğe bürünen alaka ve menfaatin yargılamanın devamına yeterli görülmemesi düşüncesi yatmaktadır. Nitekim AYİM'e göre, "Bir idari işlemde dolayı iptal davası açılabilmesi için davacının 'kişisel', 'meşru' ve 'güncel' nitelikte bir menfaatinin varlığı gereklidir. Ayrıca iptal davalarında davacı ile iptalini istediği idari işlem arasındaki 'güncel' menfaat ilişkisinin dava sonuna kadar devam etmesi zorunlu bulunmaktadır. TSK'den muvazzaf hizmette bulunan bir subayın, herhangi bir yıla ait düşük veya yüksek olarak gerçekleşen sicil notu ve hakkındaki kanaat ile kendi arasında bir menfaat ilişkisi bulunduğu hususu ne kadar tartışma götürmez bir gerçek ise de Yüksek Askeri Şura kararıyla TSK'nden ilişkisi kesilen ve re'sen emekliye sevk edilen bir subayın muvazzaf döneminde aldığı sicil notu ile kendi arasında güncel bir menfaat ilişkisinin bulunmadığı hususu da şüphe götürmez diğer bir gerçek olarak kabul edilmektedir. Davacının istemi 1994 yılı olumsuz sicili ve

⁵⁵ D2D, E. 2004/5494, K. 2006/4269, KT. 18.12.2006, DD, 2007, sy. 115, s. 136-137.

kanaatlerin iptali isteminden ibaret olup, davacı yargılama devam ettiği sırada, Yüksek Askeri Şura kararıyla, Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ilişkisinin kesilmesiyle, eski bulunduğu statüden çıkararak, yeni bir statüye girmiş olduğundan, istemi gerçekleşse dahi, davacının artık sadece manevi haz boyutlarında kalacak niteliğe bürünen alaka ve menfaati yargılamanın devamına yeterli görülmeyecektir. Bu nedenle, davacının iptalini istediği dava konusu sicil iptalinin esastan incelenmesine lüzum görülmemiştir⁵⁶.

Ancak *AYİM*'in bu içtihadına katılmak mümkün değildir. Çünkü iptal davasının konusu manevi bir menfaat de olabilir.

2) *AYİM* yaklaşımının temelinde ikinci olarak, iptal davası sonunda verilecek yargı kararının sonuç doğurmayacak olması halinde böyle bir yargı kararını hiç vermemenin daha doğru olacağı/uygulanması bitmiş bir idari işlemin iptal davası çerçevesinde yargı denetimine tabi tutularak davanın reddedilmesinin veya işlemin iptal edilmesinin bir hukuki yarar sağlamayacağı düşüncesi yatmaktadır. Nitekim *AYİM*'e göre, "Davanın sonuçlanmasından önce davacının bir başka görev yerine KKK.lığına atandırılması maddi gerçeği karşısında konunun öncelikle 'ehliyet' açısından incelenmesi zorunlu bulunmaktadır: / Bilindiği üzere, iptal davası açısından davacıda bulunması gereken ve iptal davasına özgü olan koşul 'menfaat' koşuludur. İptali istenen işlemin, davacının hukuken korunmaya layık, güncel bir menfaatini ihlal etmiş olması ve işlemin iptalinde davacının yararının bulunması gereklidir. / 1602 sayılı Kanununun 21 nci maddesinden de anlaşılacağı üzere, idari kararlara karşı herkes yargı yoluna gidemez. Ancak, bu karardan doğrudan doğruya menfaati haleldar olanlar dava açabilirler. Uygulama ve öğretide, menfaatin davanın açıldığı tarihte mevcut olmasının yeterli olmadığı, bu menfaatin dava süresince

⁵⁶ AYİM1D, E. 94/998, K. 95/322, KT. 14.03.1995, AYİMD, 1996, sy. 10, s. 259. **Kararda yer alan karşı oy şu şekildedir:** "3) Çoğunluk görüşünde davacının sicil iptal davasının görülmesinde maddi değil, manevi menfaati olduğu kabul edilmektedir. Bilindiği üzere menfaat ögesi hem maddi, hem de manevi zararları tazmine yönelik bir ögedir. O halde sırf bu yönüyle bile (çoğunluğun kabulüyle bile) davada menfaat ögesi halen devam etmektedir. 4) Kaldığı davacının 1994 yılı sicilinin iptal edilmesinde 'maddi menfaat'inin dahi devam etmekte olduğu aşıkardır. Davacının Silahlı Kuvvetlerden ayrıldıktan sonra sivil kamu kurum ve kuruluşlarında ya da özel sektörde görev alması halinde Silahlı Kuvvetlerden sicil durumu sorulacaktır. Olumsuz bir 'teskiye' davacının tüm 'geleceğini' 'ipotek' altına alabilir. İş bulması, çoluk çocuğunu geçindirme olasılığını engelleyebilir. O halde davacının davasının 'esas'tan görüşülüp haklı ise işlemin (sicilin) iptali haksız ise davasının reddine karar verilmesi gerekirdi". s. 260. Aynı yönde bkz. AYİM1D, E. 90/965, K. 91/1363, KT. 21.05.1991, AYİMD, c. 1, 1993, sy. 7, s. 90-91.

devam etmesi gerektiği ve hatta davanın karara bağlandığı anda dahi bu menfaat ilişkisinin devam etmesi koşulunun aranması gerektiği genel kabul görmüştür. Diğer bir deyişle menfaat ilişkisinin ‘meşru’ ve ‘kişisel’ olması yanında ‘güncel’ olması da şarttır. Bu görüşün temelinde, iptal davası sonunda verilecek yargı kararının sonuç yaratmayacak olması halinde, böyle bir yargı kararının hiç verilmemesinin daha doğru olacağı düşüncesi yatmaktadır. Gerçekten, yargı kararları uygulanmak için verilir ve uygulanmak suretiyle de taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırırlar. Uygulanabilme olanağı bulunmayan yargı kararı vermenin hiçbir anlamı olamayacağı şüphesizdir. Çünkü, iptal davalarının konusu artık uygulanmayan işlemler değil; uygulanmakta olan ve hukuki sonuçlar doğurmaya devam eden idari işlemlerdir. Uygulanması bitmiş bir idari işlemin iptal davası çerçevesinde yargı denetimine tabi tutularak davanın reddedilmesinin veya işlemin iptal edilmesinin bir hukuki yarar sağlayacağı söylenemez. / Davacının açtığı davada da durum budur: Davacının davasını açtığı 29.11.1995 tarihinde davada menfaat ilişkisinin bulunduğu hatta dava devam ederken KKK.lığınca Hrt. Gn. K.lığı dışındaki bir kadroya atandırıldığı 20.4.1996 tarihine kadar güncel menfaat ilişkisinin devam ettiğinde kuşku yoktur. Ne var ki, KKK.lığın yeni işlemi ile davacı bir başka göreve atandırıldığından; dava konusu Hrt. Gn. K.lığı bünyesindeki Hrt. Gn. K. Lığı tasarrufu ile yapılan görevlendirmenin (atamanın), halen yürürlükte bulunan ve hukuki sonuçlarını devam ettiren bir idari işlem olma niteliği ortadan kalkmış bulunmaktadır. Bu nedenle de artık davaya iptal davası olarak devam edilmesi, geçmişte kalan işlemin denetimi değil; ileride tesisi muhtemel işlemin nasıl olması gerektiğine yargı organınca işaret edilmesi anlamına gelecektir ki bunun da anlamı idari işlem niteliğinde yargı kararı vermektir ve gerek Anayasanın 125 nci maddesi, gerekse 1602 sayılı Kanunun 21 nci maddesi bu hususu açıkça yasaklamaktadır. / Şu halde, idari yargının özelliği ve iptal davasının niteliği açısından; karar tarihinden önce davacının iptali istenen işlemle olan güncel menfaat ilişkisinin kesilmesi karşısında, artık bu işlemin iptal davasına konu olamayacağını kabul etmek gerekli bulunmaktadır. Dava, iptal davası biçiminde açıldığı için, güncel menfaat ilişkisinin kesilmesi karşısında ehliyet yönünden redle sonuçlanacak olmakla beraber; davacının 1602 sayılı Kanunun 42 nci maddesi gereğince bu konuda bir tam yargı davası açması halinde, hukuki problemin bir yargısal kararla çözümleneceği kuşkusuzdur. / Açıklanan nedenlerle; davanın ehliyet yönünden reddine (karar verilmiştir)⁵⁷.

⁵⁷ AYİM1D, E. 95/1237, K. 96/465, KT. 14.05.1996, AYİMD, 1997, sy. 11, s. 238-239. **Aynı yönde bkz.** AYİM2D, E. 95/306, K. 96/427, KT. 10.04.1996, AYİMD, 1997, sy. 11, s. 240-241; AYİM1D, E. 96/919, K. 97/639, KT. 30.09.1997, AYİMD, 1998, sy. 12, s. 68-69; AYİM1D, E. 96/184, K. 96/902, KT. 05.11.1996, AYİMD, 1998, sy. 12, s. 66-67; AYİM1D, E. 2000/715, K.

2000/1025, KT. 31.10.2000, AYİMD, 2001, sy. 15, s. 126-127; AYİMDK, E. 2000/51, K. 2001/46, KT. 05.04.2001, AYİMD, 2001, sy. 16, s. 110. **Kararda yer alan karşı oylar şu şekildedir:** “Davacı, kendi isteği ile emekliye ayrılmış ise de bu duruma dayanılarak adı geçenin, davanın görülmekte olduğu sırada dava konusu işlemin iptaliyle menfaat ilişkisinin kalmadığından bahsedilemeyeceği, davacının hukuki menfaatinin devam ettiği kanaatinde olduğumuzdan uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi gerekir...”. s. 110 “2. ... davacı hakkında verilmiş bulunan disiplin cezası özlük dosyasında durmaya ve davacının hukuki menfaatini ihlal etmeye devam etmektedir. ... 3. Davalı idare ile olan ‘uyuşmazlık’ sona erdirilmiş, örneğin davanın idarece ‘ kabul’ü yahut davacı tarafından davadan ‘feragat’i de söz konusu değildir. O nedenle davacının davadaki ‘güncel’ menfaati devam etmektedir. 4. Davanın ‘esas’ı hakkında bu nedenle bir karar verilmemesi davacının ‘adil yargılanma hakkı’ ‘adalete-mahkemeye ulaşma hakkı’ ... müessesesinden yararlanmasına da engel olmuştur. ... 5. ... yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılması ‘gerekçesiz’ kalmıştır. Halbuki Anayasanın 141 nci maddesi 3 ncü fıkrası, mahkeme kararlarının ‘gerekçeli’ yazılmasını zorunlu kılmaktadır. ... 6. ... gerek 1602 sayılı Yasada, gerek 2577 sayılı Yasada idari bir davanın açılması sırasına ya da kararın verileceği aşamada ‘uygulanabilme’ yeteneğinin olacağına ilişkin herhangi bir koşul öngörülmemiştir. ...[iptal kararı üzerine] idari işlemin geri alınması işleminin yapılmasında davacının ‘emekli’ ya da ‘görevde’ olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Davacının bu davayı açmaktaki ‘hukuki menfaat’i, emekli olsa da, berdevamdır. 7. ... kınama cezasının haksız ve yersiz verildiği inancı içinde olan bir kişinin bu cezanın ‘iptal’i ya da ‘yok hükmünde’ olduğunu tespit ettirip karara bağlatmakta ‘hukuki menfaat’i maddeten ve manen devam etmektedir. Davacı bu davadan ‘feragat’ etmediğine göre artık onun yerine geçip bir nevi ‘feragat’ varmış gibi ‘esas’a ilişkin bir karar vermemek usul ve kanuna aykırıdır. ... 8. ... [bu şekilde] karar vermek 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 42 nci maddesi hükmüyle de bağdaşmamaktadır. ... Davacı, iptal davası olumlu sonuçlanır ve işlem iptal edilecek olursa, daha sonra açacağı tam yargı (tazminat) davasının ögelerinden biri olan ‘hukuka aykırılık’ ögesini mahkeme kararıyla tespit ve tescil ettirmiş olmanın rahatlığı içinde olacaktır”. s. 111-113; AYİM1D, E. 2002/232, K. 2002/1098, KT. 09.07.2002, AYİMD, c. 2, sy. 18, 2003, s. 896-900; AYİM3D, E. 2003/266, K. 2004/885, KT. 27.05.2004, AYİMD, c. 1, 2005, sy. 20, s. 109-110; AYİM1D, E. 2004/745, K. 2004/129, KT. 01.02.2005, AYİMD, c. 1, 2005, sy. 20, s. 111-112. Kararda yer alan karşı oy şu şekildedir: “... Menfaat ilişkisinin, hangi sınırlar içinde ve ne zaman aranacağı konusunda yasal bir ölçüt söz konusu değildir. ... İptal davasında, menfaat ilişkisinin sadece maddi ve ekonomik bir alana indirgenmesi, bu indirgeme sonucu ilişkisinin somut karşılığının dava açma tarihi dışında, yargılama süresince ve karar anında aranması, iptal davasının hukuk düzenininin

Ancak *AYİM*'in bu içtihadına katılmak mümkün değildir. Çünkü *AYİM* uygulanabilme imkanı olmayacak bir iptal kararını vermemenin daha doğru olacağı yönündeki içtihadını esas inceleme sonunda işlemin iptal edilme ihtimaline dayandırmaktadır. Oysa henüz ilk inceleme aşamasında denetim gerçekleştiren mahkemenin farazi olarak esas inceleme aşamasına geçmesi ve yine farazi olarak iptal kararı vermesi yargılama tekniği açısından kabul edilemez. Diğer taraftan iptal davalarında mahkemenin yapması gereken idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetlemek ve buna göre bir karar vermektir. Yoksa vermiş olduğu kararın uygulanabilme imkanı bulunup bulunmadığı mahkemenin bir sorunu değildir. Mahkemeler, davacının gelecekteki menfaatlerini korumak ve idarelerin bir daha hukuka aykırı kararlar vermesini önlemek açısından da davanın açıldığı tarihte mevcut bulunan bir menfaati davanın devamı açısından yeterli kabul etmelidir. Yine özellikle davacı dışından kaynaklanan nedenlerle güncel menfaat ilişkisinin sona erdiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi halinde yargılama masraflarının davacı üzerinde bırakılması ayrı bir sorun oluşturmaktadır. Ayrıca davacının iptal davasından sonra uğradığı zarar nedeniyle tam yargı davası açması noktasında da belirsizlik ve karışıklıklar ortaya çıkacaktır. Ancak *AYİM* bu son argümanı şu gerekçe ile kabul etmemektedir: “Davacı her ne kadar bu iptal davasının ileride açabileceği tam yargı davasına temel teşkil etmesi nedeniyle konusuz bulunmadığını, belirterek menfaat ilişkisinin varlığının devam ettiğini ifade etmiş ise de, bu görüşe iştirak edilmemiştir. Zira ileride açılacak başka bir davaya temel teşkil etmek hususu şu anda görülen davada menfaatin bulunduğunu göstermez. Davacı eğer 2000 yılı sicil işlemi nedeni ile daha sonra bir tam yargı davası açar ise, tazminata müstehak olup olmadığının tespiti için sicil işleminin hukuka uygun olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilecektir. Bu nedenle re’sen emekli edilmiş olan davacının sicilinin iptal edilmesi sonradan açacağı tam yargı davasının görülmesi için zorunlu ve lüzumlu değildir. Netice itibariyle davacının, 2000 yılı sicilinin iptali hususunda güncel bir menfaati yoktur”⁵⁸.

3) *AYİM* yaklaşımının temelinde üçüncü olarak, davanın açıldığı tarihte mevcut olan menfaatin dava süresince devam etmesi gerektiğinin ve hatta

korunmasına ve kamu yararının sağlanmasına yönelik objektif bir dava olma özelliğini ve hukuk devleti ilkesini gerçekleştirme potansiyelini dışlamak demektir”. s. 112-113; AYİM1D, E. 2003/1301, K. 2004/903, KT. 14.09.2004, AYİMD, c. 1, 2005, sy. 20, s. 116-117; AYİM1D, E. 88/362, K. 89/101, KT. 21.03.1989, AYİMD, c. 1, 1993, sy. 7, s. 87-90.

⁵⁸ AYİM1D, E. 2000/664, K. 2000/1109, KT. 14.11.2000, AYİMD, 2001, sy. 15, s. 125. Aynı yönde bkz. AYİM1D, E. 88/362, K. 89/101, KT. 21.03.1989, AYİMD, c. 1, 1993, sy. 7, s. 90.

davanın karara bağlandığı anda dahi mevcut bulunmasının uygulama ve öğretilde kabul gördüğü düşüncesi yatmaktadır⁵⁹.

Ancak *AYİM* in bu içtihadına da katılmak mümkün değildir. Çünkü *AYİM* in bu içtihadı uygulama ve öğretilde genel kabul görmüş değildir. Özellikle öğretilde davanın açıldığı tarihte mevcut olan menfaati davanın devamı için yeterli sayan hayli görüş mevcuttur.

4) Nihayet son olarak *AYİM* yaklaşımının temelinde, kararlarda ayrıntılı bir açıklama yapılmaksızın, aktüel menfaat bağı kalmadığı düşüncesi yatmaktadır⁶⁰.

⁵⁹ AYİMDK, E. 98/92, K. 98/83, KT. 09.07.1998, AYİMD, 2000, sy. 13, s. 121-122. Aynı yönde bkz. AYİMDK, E. 94/37, K. 94/228, KT. 24.11.1994, AYİMD, 1995, sy. 9, s. 70-71; AYİM2D, E. 93/74, K. 93/67, KT. 10.02.1993, AYİMD, 1994, sy. 8, s. 426-428; AYİM1D, E. 90/965, K. 91/1363, KT. 21.05.1991, AYİMD, c. 1, 1993, sy. 7, s. 90-91.

⁶⁰ AYİMDK, E. 2004/186, K. 2005/40, KT. 22.04.2005, AYİMD, 2006, sy. 21, s. 118-120. Aynı yönde bkz. AYİM1D, E. 2006/691, K. 2006/1024, KT. 05.12.2006, AYİMD, c. 1, 2007, sy. 22, s. 113-114. Kararda yer alan karşı oy şu şekildedir: "... Menfaat ilişkisinin, hangi sınırlar içinde ve ne zaman aranacağı konusunda yasal bir ölçüt söz konusu değildir. ... İptal davasında, menfaat ilişkisinin sadece maddi ve ekonomik bir alana indirgenmesi, bu indirgeme sonucu ilişkinin somut karşılığının dava açma tarihi dışında, yargılama süresince ve karar anında aranması, iptal davasının hukuk düzeninin korunmasına ve kamu yararının sağlanmasına yönelik objektif bir dava olma özelliğini ve hukuk devleti ilkesini gerçekleştirme potansiyelini dışlamak demektir". s. 115-116; AYİM1D, E. 2007/806, K. 2007/1138, AYİMD, c. 1, 2008, sy. 23, s.; AYİM1D, E. 77/203, K. 80/784, KT. 18.03.1980, AYİMKD, c. 1, 1983, sy. 2-5, s. 33-34; AYİM1D, E. 79/1906, K. 80/824, KT. 24.04.1980, AYİMKD, c. 1, 1983, sy. 2-5, s. 37; AYİM1D, E. 80/202, K. 80/990, KT. 08.10.1980, AYİMKD, c. 1, 1983, sy. 2-5, s. 46; AYİM1D, E. 80/96, K. 80/988, KT. 07.10.1980, AYİMKD, c. 1, 1983, sy. 2-5, s. 46-47; AYİM1D, E. 80/462, K. 81/298, KT. 03.02.1981, AYİMKD, c. 1, 1983, sy. 2-5, s. 49-50; AYİM2D, E. 80/125, K. 80/98, KT. 16.04.1980, AYİMKD, c. 1, 1983, sy. 2-5, s. 200. Kararda yer alan karşı oy şu şekildedir: "İptal davasında menfaat ilişkisinin dava açıldığı tarihte mevcut olması yeterlidir. Dava açıldığı zaman mevcut olduğu saptanan menfaatin dava karara bağlanıncaya kadar devam etmesi dava ön koşulu sayılamaz. Ve bu koşulun yokluğu davanın reddi nedeni olamaz. Bu davada ise davacının dava açıldığı anda menfaat ilişkisi mevcut olmasına rağmen karar aşamasında menfaat ilişkisi sona ermiştir. / Bu itibarla bu noktadan davanın reddedilmesi ve esasa girilmesi gerektiği kanaatiyle çoğunluk kararına karşıyım"; AYİM2D, E. 79/432, K. 80/486, KT. 23.09.1980, AYİMKD, c. 1, 1983, sy. 2-5, s. 215; AYİM1D, E. 84/39, K. 84/12, KT.

AYİM'in doğmuş menfaatlerde menfaatin aktüelliği konusundaki genel kabulüne uymayan az sayıda kararı da bulunmaktadır. Örneğin sicil işleminin ve birinci dereceye yükseltilmeme işleminin iptali istemiyle dava açtıktan sonra emekli olan davacıyla dava konusu işlemler arasında aktüel menfaat ilişkisinin bulunup bulunmadığı konusunda *AYİM*, davanın sadece belli yıllardaki sicillerin iptaline yönelik olmadığı, bu sicillerle birlikte birinci dereceye yükseltilmeme konusunun da dava edildiği, sicillerin iptal edilmesi halinde davacının emeklilikteki durumunu da içine alan bir değişikliğe muhatap olabileceği düşüncesiyle aktüel menfaat ilişkisinin devam ettiğine karar vermiştir⁶¹. Yine Deniz Kuvvetleri Komutanlığında komodor olarak görev yaparken emrindeki gemilerden birisinin kaza yapması nedeniyle yapılan idari soruşturma gerekçe gösterilerek başka bir göreve atanmış davacının, bu atama işleminin iptali için dava açmasından sonra başka bir göreve atanması üzerine *AYİM*, davacının kurmay subay olmasını, ileride terfi etmesinde bu kaza ve soruşturma nedeniyle

10.01.1984, AYİMKD, c. 2, 1985, sy. 6, s. 8-9; AYİM1D, E. 84/20, K. 84/34, KT. 21.02.1984, AYİMKD, c. 2, 1985, sy. 6, s. 131-132; AYİM3D, E. 2005/15, K. 2005/649, KT. 05.05.2005, Yaman, s. 274; AYİM1D, E. 2001/939, K. 2002/191, KT. 29.01.2002, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 288-289; AYİM1D, E. 2001/12, K. 2001/953, KT. 18.09.2001, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 289; AYİM1D, E. 2000/218, K. 2000/788, KT. 12.09.2000, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 291; AYİM1D, E. 99/603, K. 2000/707, KT. 27.06.2000, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 292; AYİM1D, E. 99/602, K. 2000/66, KT. 18.01.2000, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 292; AYİM1D, E. 98/467, K. 98/1083, KT. 15.12.1998, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 293; AYİM1D, E. 97/360, K. 98/46, KT. 20.01.1998, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 293; AYİM2D, E. 97/966, K. 98/399, KT. 20.05.1998, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 294; AYİM1D, E. 98/603, K. 99/33, KT. 12.01.1999, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 294; AYİM2D, E. 97/29, K. 97/536, KT. 04.06.1997, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 294; AYİM1D, E. 96/685, K. 97/4, KT. 07.01.1997, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 294; AYİM1D, E. 96/268, K. 96/1048, KT. 03.12.1996, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 295; AYİM2D, E. 95/235, K. 96/459, KT. 29.05.1996, Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, s. 295.

⁶¹ AYİM1D, E. 94/1327, K. 95/826, KT. 19.09.1995, AYİMD, sy. 10, 1996, s. 841-843. **Benzer yönde bkz.** AYİM1D, E. 2008/46, K. 2008/199, KT. 19.02.2008, KY.

tesis edilen atama işleminin onu olumsuz yönde etkileyeceğini, bu olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması bakımından dava konusu işlem ile davacı arasında aktüel menfaat ilişkisinin varlığını kabul etmiş ve davayı esastan inceleyerek atama işlemini iptal etmiştir⁶².

SONUÇ

İdari işlemlerin hukuka aykırı olduklarından dolayı idari mahkemelerde iptal davası açılabilmesi için idari işlemin ilgisinin menfaatini ihlal etmesi gerektiği İYUK'nun aradığı bir zorunluluktur. Buradaki menfaat ihlalinin kişisel, meşru ve aktüel olması gerektiği ise doktrin ve yargı içtihatları ile ortaya konmuştur.

İptal davalarında aktüel menfaat şartı konusunda bazı tespit, değerlendirme ve önerilerimiz şunlardır:

1) Henüz doğmamış bir menfaat için iptal davası açılmamalıdır. Bununla birlikte iptal davası açıldığı tarihte henüz doğmuş bir menfaat bulunmamasına karşılık, davanın esas bakımından karara bağlanmasından önce menfaat ihlali gerçekleşmişse menfaat aktüel sayılmalıdır. *Danıştay* ve *AYİM* içtihatları, ileride doğması muhtemel bir menfaat ilişkisine dayanarak dava açılmayacağı yönündedir.

2) Menfaatin davanın açıldığı tarihte bulunması yeterli kabul edilmelidir. Dava açıldığı tarihte mevcut olan menfaatin dava süresince devam etmesi gerekmez. Çünkü objektif nitelikte olan iptal davalarında amaç, idarenin hukuka aykırı işlemlerini ortadan kaldırmak suretiyle hukuk düzenini korumaktır. Aksi takdirde bir idari işleme karşı iptal davası açılması üzerine özellikle idare tarafından yeni işlemler tesis edilmek suretiyle yargısal denetim engellenebilir. Ayrıca dava açılmasından sonra aktüel menfaat ilişkisinin ortadan kalkması, idarenin hukuka aykırı işlemlerini ortadan kaldırmamaktadır. Bu itibarla bir idari işleme karşı iptal davası açılabilmesi için, bu işlemin, davacının davasını açtığı tarihte mevcut menfaatini ihlal etmiş olması yeterli sayılmalıdır. *Danıştay* ve *AYİM* içtihatları ise genellikle, menfaatin davanın açıldığı tarihte var olması, dava süresince devam etmesi ve nihayet davanın karara bağlandığı tarihte de mevcut bulunması gerektiği yönündedir. Bu noktada, mevcut kararlardan hareketle *AYİM* uygulamasının *Danıştay*'dan daha katı olduğu söylenebilir.

3) Menfaatin aktüelliği konusunda doktrin ve yazarların görüşleri ve yargı içtihatları arasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu konuda özellikle *Danıştay* içtihatlarında da bir istikrar olmadığı göze çarpmaktadır.

⁶² AYİM1D, E. 96/807, K. 97/565, KT. 16.09.1997, AYİMD, 1998, sy. 12, s. 202-211.

4) Aktüel menfaat bağı kalmadığı gerekçesiyle dava reddedilirken mahkemelerin bir kısmı “ehliyetten davanın reddine” bir kısmı ise “konusu kalmayan davanın esası hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına” karar vermektedir. Böyle bir durumda İYUK ve AYİMK uyarınca ehliyetten davanın reddine karar vermek daha isabetli olacaktır.

KAYNAKLAR

- Açıklamalı – İçtihatlı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu**, Kitap 1, Ankara 2004.
- Alan**, Nuri, İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları, DD, y. 13, sy. 50-51, 1983.
- Azrak**, A. Ülkü, İptal Davalarının Objektif Niteliği, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, c. 1.
- Azrak**, Ali Ülkü, İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, in Onar Armağanı, İstanbul 1977.
- Candan**, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005.
- Çelikkol**, Hüseyin, İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet, İzmir Barosu Dergisi, sy. 3, Temmuz 1984.
- Dinçer**, Güven – **Çırakman**, Erol, **Necipoglu**, Nejat, Danıştay Kararları, 1967-1968-1969, İkinci Kitap, Ankara 1969.
- Eroğlu**, Hamza, İdare Hukuku, Ankara 1985.
- Gökbalp**, Ali Sıtkı, İptal Davaları, in Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1986.
- Gözübüyük**, A. Şeref – **Dinçer**, Güven, İdari Yargılama Usulü, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- Gözübüyük**, A. Şeref – **Tan**, Turgut, İdare Hukuku, c. 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- İkinciogulları**, Füzulan, Dava Açma Ehliyeti, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Ankara 1976.
- Kalabalık**, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Değişim Yayınları, Sakarya 2006.
- Karatepe**, Şükrü, İdare Hukuku, İzmir 1995.
- Karavelioğlu**, Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, c. 1, 2006.
- Nedjati**, Zaim M. – **Trice**, J. E. – **Dashwood**, A. A., English and Continental Systems of Administrative Law, North – Holland Publishing Company, Amsterdam – New York – Oxford 1978.
- Onar**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. 3, İstanbul 1966.
- Özay**, İl Han, Kendine Özgü Bir “Hukuk Devleti”, in I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara 1991.
- Özdek**, E. Yasemin, İptal Davasında Menfaat Koşulu, AİD, c. 24, sy. 1, Mart 1991.
- Özyörük**, Mukbil, İdari Yargı Ders Notları, Ankara 1977.

- Sarıca**, Ragıp, İdari Kaza, c. 1, İdari Davalar, İstanbul 1949.
- Topuz**, İbrahim – **Özkaya**, Kadir, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2002.
- Yaman**, Murat, Açıklamalı – İçtihatlı – Dilekçe Örnekli Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, Ankara 2006.
- Yenice**, Kazım – **Esin**, Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983.
- Yıldırım**, Turan, İdari Yargı Ders Notları, İstanbul 2003.
- Zabunoğlu**, Yahya K., İdari Yargı Hukuku Dersleri, Ankara 1982.

Tez Özetleri

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA GENEL SAĞLIK SİGORTASI *

Dr. Yalçın BOSTANCI*

ÖZET

Sosyal güvenlik, en genel anlamıyla belirli sosyal risklerin yol açabileceği gelir kayıpları ve gider artışlarına karşı kişilerin korunarak güvenliklerinin sağlanmasıdır. Sosyal güvenlik anlayışında yaşanan gelişmeler sonucunda, sosyal güvenliğin anayasal bir hak olması, toplumun bütününe belirli sosyal ve ekonomik risklere karşı güvence sağlaması ve kamu kurumları aracılığıyla yerine getirilmesi anlayışı egemen olmuştur. Hastalık sigortasının sosyal güvenlik rejiminde önemli bir rolü vardır. Hastalıkların önlenmesi ve kişilere tedavi imkanı sağlanması sağlık politikasının temel unsurudur. Uzun zamandır tartışılan Genel sağlık sigortası sistemi sosyal güvenlik reformu çerçevesinde ülkemizde uygulanmak istenmektedir. 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu” ile sağlık hizmetlerini, Türkiye’de yaşayan herkesi kapsayacak biçimde eşit ve tek bir yapıya kavuşturmak öngörülmüştür. Genel sağlık sigortasının temel amacı ülkenin tüm nüfusuna adil, herkesin ulaşabileceği, daha geniş kapsamlı sağlık hizmetlerini sunmak olarak belirlenmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Sosyal Güvenlik Hukuku, Sağlık, Sağlık Sigortası, Sağlık Sistemleri, Genel Sağlık Sigortası.

GENERAL HEALTH INSURANCE IN THE LAW OF SOCIAL SECURITY

ABSTRACT

In its broadest meaning, social security is ensuring the security of people by protecting them against revenue losses or increases in expenditures which may result from certain social risks. After the development of

* Bu çalışma Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında hazırlanan ve 15.1.2008 tarihinde savunulan “Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası” isimli doktora tezinin özeti şeklinde hazırlanmıştır. Çalışma hazırlanırken tezin savunularak kabul edilen haline bağlı kalmıştır.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

understanding of the social security, to be a constitutional right, to provide a security against basic social and economic risks to the whole public, and to provide by public institutions of social security understanding were effective. Health insurance has a base role in the regime of social security. To avoid illnesses and to provide means for treatments are the fundamentals of the health policy. The General Health Insurance System, which is discussed for a long time, is desired to be implemented with the reform of social security in our country. The main objective of the General Health Insurance is to provide equal health services to every citizen, which are easily accessible and covering a wider scope.

KEY WORDS: Social Security Law, Health, Health Insurance, Health Systems, General Health Insurance.

GİRİŞ

Hastalık, Sosyal Güvenlik Hukuku muhtevasında yer alan kısa dönemli bir risk olarak, üzerinde en fazla durulan sosyal güvenlik riskleri arasındadır. Çünkü, hastalık geçici iş göremezliğe yol açabileceği gibi teşhis, tedavi ve ilaç gibi ihtiyaçlardan dolayı gider artışına da neden olur. Ülkeler hastalık riskine karşı, sağlık sistemlerini etkili ve verimli hale getirmeye çalışmaktadırlar. Sağlık sisteminin finansman ve hizmet sunumu gibi açılardan farklı şekillenmesi, ülkelerin ekonomik, siyasi ve sosyal yapılarının bir sonucudur.

Genel sağlık sigortası, kişilerin ekonomik gücüne ve isteğine bakılmaksızın, ortaya çıkacak hastalık riskine karşı, toplumun bütün fertlerinin sağlık hizmetlerinden eşit, ulaşılabilir ve etkin bir şekilde faydalanmasını hedefleyen sağlık sigortası sistemi şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak kavram, her zaman aynı şeyi ifade etmemekte; içerik olarak değişebilmektedir.

Genel sağlık sigortası dünyada olduğu gibi Türkiye’de de yöntem, kişi ve konu bakımından kapsam açısından kendine özgü düzenlemeleri içeren bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifade ile konu ile ilgili mevzuatın başka bir ülkeden aynen alınması söz konusu değildir.

Modern Türkiye Cumhuriyeti, kurulduğu günden bu yana adım adım geliştirdiği sosyal güvenlik hizmetlerini, bu defa yeni bir düzenleme ile tek çatı ve tek yasa içerisinde toplamak istemektedir. Bu kapsamda Kasım 2002’de 58’inci Hükümetin açıkladığı “Acil Eylem Planı” çerçevesinde uygulamaya konan Sosyal Güvenlik Reformu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na bağlı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından yürütülmeye başlanmıştır. Sosyal Güvenlik Reformu kapsamında hazırlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu 20 Mayıs 2006 tarihinde yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ise 16 Haziran 2006 tarihinde yayınlanmış ancak, Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 2006 tarihinde bazı

maddelerinin iptali yönünde verdiği karar nedeniyle Kanunun yürürlük tarihi ertelenmiştir.

Kanunların, genel sağlık sigortasına ilişkin hükümleri incelenirken, yeri geldikçe Kanunun kabulünden önceki taslak, Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararı, 25.10.2007 tarihinde ilan edilen ve 5510 sayılı Kanunda değişiklik öngören taslaktaki hükümlere de yer verilmeye çalışılacaktır. Yine, Türkiye’de uygulamaya konulacak genel sağlık sigortasına ilişkin hükümler incelenirken bazı durumlarda Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin 102 Sayılı Sözleşme hükümleri ile karşılaştırmalı olarak değerlendirmeler yapılmaya çalışılacaktır.

I- SOSYAL GÜVENLİK

A- GENEL OLARAK

İnsanoğlu, yaradılışından itibaren tarihin her döneminde kendisini fakirliğe, hastalığa, kazaya iten veya geleceğini tehdit eden olaylardan korunma duygusu ve çabası içinde olmuştur¹. Eski çağlarda kabile, daha sonra da aile içi dayanışma ve yardımlaşma, sosyal güvenliğin doğal yolları olarak kabul edilmiştir. Tarım ekonomisine geçişten sanayileşme öncesine kadar olan dönemde özellikle aile içi dayanışma önemli rol oynamıştır².

¹ **Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2004, s.1; Dilik, Sait, Sosyal Güvenliğin Tarihsel Gelişimi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.43, No.1-2, Ocak- Haziran 1988, s.41; Dilik, Sait, Sosyal Güvenlik Kavramı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XIV, S.1, Haziran 1987, s.46; Aydın, Ufuk, Sosyal Güvenlik Sorunlarının Çözümünde Özel Sigortalar, Eskişehir 1999, s.3; Akbulak, Sevinç/Akbulak, Yavuz, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yaşanan Sorunlar ve Alınması Gereken Önlemler, Sosyal Güvenlik Kurumlarının Kaynak Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ekonomik ve Mali Araştırma Yarışması, Maliye Hesap Uzmanları Vakfı Yayınları, Yayın No.17, Ankara 2004, s.1; Dilik, Sait, Sosyal Piyasa Ekonomisinin Vazgeçilmez Bir Parçası Olarak Sosyal Güvenlik, Ankara 1992, s.6; Çelikoğlu, İlyas, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin Temel Sorunları ve Sistemin Yeniden Yapılandırılması, DPT, Ankara 1998, s.1.**

² **Greenough, W.C./King, F.P., Pension Plans and Public Policy, New York 1976, s.26; Williamson, John B., Old Age Relief Policy Prior to 1900: The Trend Toward Restrictiveness, The American Journal of Economics and Sociology, Vol.43, No.3, July 1984, s.374; Talas, Cahit, Toplumsal Politika, Ankara 1990, s.21 vd.; Erkul, İhsan, Sosyal Politika Dersleri, C.1, AÜESBAV, Yayın No:50, Eskişehir 1988, s.44-45; İzveren, Adil, Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1968, s.10; Şen, Murat, Osmanlı Devletinde Sosyal Güvenlik: Ahi Birlikleri, Loncalar ve Vakıflar, Çimento İşveren, C.16, S.6, Kasım 2002, s.22 vd.; Dilik, Tarihsel Gelişimi, s.41.**

“Sosyal güvenlik” kavramının bir Kanun’da yer alması ise ilk kez Amerika Birleşik Devletleri’nde, Social Security Act (Sosyal Güvenlik Kanunu) ile 1935’te olmuştur³. 1937 yılında uygulamaya konulan söz konusu Kanun ile toplumun büyük ekonomik sorunları sosyal sigorta ilkeleri ile çözüme kavuşturulmak istenmiştir⁴. Kavram daha sonra, 1941 tarihli Atlantik Pakti’nda ve 1944 tarihli ILO’nun Philedelphia Konferansı’nda kullanılmıştır. Sosyal güvenlik kavramı, ayrıca İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 22 ve 25. maddelerinde temel haklardan biri olarak sayılmıştır. ILO’nun 1952 tarihli ve 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkındaki Sözleşme’sinde de geniş şekilde açıklanarak çok sık kullanılan bir kavram haline gelmiştir⁵.

B- TÜRKİYE’DE GERÇEKLEŞTİRİLMEME ÇALIŞILAN SOSYAL GÜVENLİK REFORMU

Tüm dünyada olduğu gibi, Türk sosyal güvenlik sistemi de, çok karmaşık ve ciddi sorunlarla karşı karşıyadır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, sosyal güvenlik sisteminin sorunlarına çözüm getirmek amacıyla, sistemde köklü değişikliği içeren yeni bir model⁶ öngörmekte ve söz konusu

³ **Taylor**, P. Gooby/**Dale**, J., Social Theory and Social Welfare, Great Britain 1981, s.73; **Gordon**, Margeret S., Social Security Policies In Industrial Countries, A Comparative Analysis, Cambridge University Pres, New York 1990, s.2; **Ross**, Stanford G., Income Security Programs: Past, Present and Future, Working Paper for the President’s Commission on Pencion Policy, Washington DC 1980, s.5-8; **Tunçomağ**, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1988, s.1; **Tuncay**, A. Can/**Ekmekçi**, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s.5-6; **Akyıldız**, Hüseyin, Sosyal Güvenlik Hukuku, Isparta 2004, s.1; **Akkaya**, Yüksel, Sosyal Güvenlik Tarihi Üzerine Notlar, Toplum ve Hekim, C.15, S.2, Mart- Nisan 2000, s.82; **DPT**, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2001, s.9-10; **Dilic**, Sosyal Güvenlik Kavramı, s.47; **Aydın**, s.5.

⁴ **Dorfman**, Mark S., Risk Management- Insurance, New Jersey 1994, s.375.

⁵ **Çelikoğlu**, İlyas, Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Finansman Yöntemleri ve Türkiye Uygulaması, DPT, Ankara 1994, s.1; **Çelikoğlu**, İlyas, Sosyal Güvenlikte Yeni Eğilimler ve Gelişme Perspektifleri, DPT, Ankara 1998, s.2; **Çelikoğlu**, İlyas, Yeni Bir Reform Öncesinde Sosyal Güvenlik, DPT, Ankara 2005, s.3-4; **Sosyal Güvenlik Kuruluşları Genel Müdürlüğü**, 75 Yılda Sosyal Güvenlikte Gelişmeler, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Dergisi, S.1, Ekim-Aralık 1998, s.101; **Aydın**, s.5; **Akkaya**, Notlar, s.82; **Akyıldız**, s.1; **Dilic**, Sosyal Güvenlik Kavramı, s.46 vd.

⁶ Türk sosyal güvenlik sistemi içinde yer alan sosyal güvenlik kurumları arasındaki düzenleme farkları uzun yıllardan beri tüm sosyal taraflarca dile

model idari yapı açısından “*tek çatı*” modeli olarak adlandırılmaktadır. Bu model ile bugüne kadar faaliyet gösteren sosyal güvenlik kuruluşları tümüyle ortadan kaldırılarak, tek bir sosyal güvenlik kurumuna dönüştürülmektedir⁷.

Türkiye’de sosyal güvenlik sisteminin sorunları 1990’lı yıllardan günümüze kadar tartışılmaya devam etmektedir. Sorunların belirlenmesi konusunda herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Tüm sorunların temelinde, diğer ülkelerin aksine, Türkiye’de devletin başlangıçtan itibaren kapsamlı ve etkin bir sosyal güvenlik politikasına sahip olmaması yer almaktadır⁸.

5510⁹ ve 5502¹⁰ sayılı Kanunlarla gerçekleştirilmeye çalışılan Sosyal Güvenlik Reformunun gerekçeleri genel olarak şu şekilde ifade edilmiştir¹¹: Nüfus yapısındaki değişim, mevcut sistemin yoksulluğa karşı koruma sağlayamaması, finansman açıklarının ekonomi üzerindeki olumsuz etkileri, bütün nüfusun koruma altına alınamaması, yönetim ve alt yapıya ilişkin sorunlar.

getirilen bir sorun olmuştur. Bkz. **Akın**, Levent, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Tek Çatı Uygulaması Üzerine Bir Değerlendirme, Türk-İş, S.362, Temmuz-Ağustos 2004, s.61.

⁷ **Güzel**, Ali, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?, Çalışma ve Toplum, S.7 -Internet Baskısı-, 2005/4, s.61-62; Aynı yönde bkz. **Başterzi**, Fatma, Türk Emeklilik Sisteminde Reform, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006, s.183-184.

⁸ **Güzel**, Ali, Genel Değerlendirme: Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?, Çalışma ve Toplum, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Sempozyumu Özel Sayı, 2006/1, s.176; **Sözer**, Ali Nazım, Sosyal Güvenliğin Organizasyonu, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri, 7-8 Aralık 2006, TİSK Yayın No:284, Ankara 2007, s.92; **Güzel**, Ali, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılandırma: Nedenler ve Amaçlar, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri 7-8 Aralık 2006, TİSK Yayın No:284, Ankara 2007, s.28.

⁹ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, RG., 16.6.2006, 26200.

¹⁰ 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, R.G., 20.5.2006, 26173.

¹¹ **T.C. Başbakanlık**, Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma 9, Sosyal Güvenlik Reformu: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ankara, Nisan 2005, s.33 vd.

Gerçekleştirilmeye çalışılan sosyal güvenlik reformu genel olarak ve dayanılan gerekçeleri¹² açısından değerlendirildiğinde haksız sayılamayacak çok sayıda eleştiriyle karşılaşmıştır.

Güzel'e göre, mevcut sosyal güvenlik kurumlarının bütçe açıklarının her yıl çığ gibi arttığı yönündeki tespit doğrudur. Buna karşılık, diğer gerekçe ve öngörülerin, gerçek anlamdaki bir sosyal güvenlik sisteminin doğruluk kazanmış evrensel ilke ve değerleri karşısında bilimsel bir dayanağı bulunmamaktadır¹³.

Okur'a göre, yapılan çalışmalar sosyal güvenlik reformu değil sosyal kargaşa ve sosyal kaostur. Reform çalışmalarında yoksulluğu gidermek amacıyla sosyal sigortalarda tek çatı düşünülmüş ancak primsiz rejim ile uyum sağlanamamıştır. Norm ve standart birliği hedeflenmiş ancak bu hedefe ulaşılamamıştır¹⁴.

¹² Reformun gerekçeleri ve değerlendirmeleri için bkz. **Topak**, Oğuz, Dünya Bankası ve Sosyal Güvenlik Sistemine İlişkin Yeni Hedefler, Sendikal Notlar (Petrol-İş), S.23, Ağustos 2004, s.56 vd.

¹³ **Güzel**, Ali, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin Yeniden Yapılanması: Öngörülen Modelin Değerlendirilmesi, İş Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s.91; **Güzel**, Ali, Sosyal Güvenlik Reformuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Toprak İşveren, S.70, Haziran 2006, s.6 vd.; **Güzel**, Ali, Sosyal Güvenliğin Evrensel Değerleri ve Yeni Liberal Reformlar, Tes-İş 2006/3, Kasım 2006 s.47; **Güzel**, Ali/**Ocak**, Saim, 5510 Sayılı Yasa İle İşverenlere Getirilen Ek Sosyal Sigorta Yükümlülükleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.13, İstanbul 2007, s.138 vd.; **Güzel**, Ali, Sosyal Güvenlik Reformuna İlişkin Kısa Bir Değerlendirme, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık 2007, s.10-12; **Güzel**, Yeniden Yapılandırma, s.36 vd.; **Güzel**, Genel Değerlendirme, s.176 vd.; **Güzel**, Reform, s.61 vd.

¹⁴ **Okur**, Ali Rıza, Çok Çatı, Tek Çatı, Yok Çatı, Türk-İş, S.362, Temmuz-Ağustos 2004, s.53-55; **Okur**, Ali Rıza, Çatıdan Temele Sosyal Güvenlik Reformu, TİSK İşveren, C.43, S.4-5-6, Ocak/Şubat/Mart 2005, s.83-85; **Okur**, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.12, İstanbul 2006, s.1285 vd.; **Okur**, Ali Rıza, Genel Sağlık Sigortasının Ortaya Çıkaracağı Sorunlar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu 26-27.01.2007, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.172 vd.; **Okur**, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dalları, Çalışma ve Toplum, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Sempozyumu Özel Sayı, 2006/1, s.106 vd.; **Okur**, Ali Rıza, Sorunları İle Gelen Reform, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006, s.17 vd.; **Okur**, Ali Rıza, Türk Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri 7-8 Aralık 2006, TİSK Yayın No:284, Ankara 2007, s.115 vd.; Aynı yönde bkz. **Ergin**, Berin, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık

Tuncay'a göre, sosyal güvenlik sisteminde reform düşüncesine prensipte hayır demek mümkün değildir. Fakat çare, üç büyük sosyal güvenlik kurumunu birleştirerek ortaya elli yıllık sosyal güvenlik deneyimini sıfırlayacak, dev, hantal bir yapı çıkarmak değildir. Önemli olan bunlar arasında koordinasyon, norm ve standart birliğinin sağlanmasıdır¹⁵.

Sözer'e göre, ülkemiz sosyal güvenlik sorunları uzun yıllardır sosyal taraflarca ve akademisyenlerce tartışılmaktadır. Temel sorun tercih edilen model değil, bu modelin gereklerinin yerine getirilmemesidir. Yani, özerk yönetim yerine devletçi yönetimin tercih edilmiş olmasıdır. Reform adı altında günümüze kadar yapılan çalışmalar yöntem bakımından hatalıdır¹⁶.

Arıcı'ya göre, Türkiye'de sosyal güvenlik alanında devlet çok önemli adımlar atmaya başlamıştır. Ancak bu alanda devletin izlediği politika, "olabildiğince en az maliyetle en çok faydayı nasıl sağlarız" anlayışı çerçevesinde olmuştur¹⁷.

Sigortası Kanunu İşverene Rücuya Nasıl Bakıyor?, MESS Sicil, S.4, Aralık 2006, s.129.

¹⁵ **Tuncay**, A.Can, Türk Emeklilik Sisteminde Reform Önerisinin Değerlendirilmesi, Çimento İşveren, C.19, S.2, Mart 2005, s.4 vd.; **Tuncay**, A.Can, Sosyal Güvenlik Krizi Çözülmemeyecek Mi?, MESS Mercek, S.9, Ocak 1998, s.61 vd.; **Tuncay**, A.Can, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform İhtiyacı, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.349 vd.

¹⁶ **Sözer**, Ali Nazım, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın 29 Temmuz 2004 Tarihli Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Önerisi Taslak Metni Üzerine, <http://www.harb-is.org.tr/media%5Csosyalguvenlikraporu.doc>, 9.2.2006, s.4 vd.; **Sözer**, Ali Nazım, Genel Sağlık ve Emeklilik Sigortası Sistemleri İle Sosyal Yardım ve Hizmetler Kanun Tasarı Taslakları Hakkında, Türk-İş, S.362, Temmuz-Ağustos 2004, s.56 vd.; Aynı yönde bkz. **Sözer**, Ali Nazım, Sosyal Sigorta Kurumlarında Yeniden Yapılanma, Çimento İşveren, C.8, S.3, Mayıs 1994, s.6-13; **Sözer**, Ali Nazım, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Sosyal Sigortalara İlişkin Hükümleri Üzerine, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006, s.141; Aynı yönde bkz. **Yılmaz**, B.Elif/**Şeker**, Murat, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yaşanan Sorunlar ve Bir Alan Araştırması, Sigorta Araştırmaları Dergisi, S.2, Temmuz 2006, s.55.

¹⁷ **Arıcı**, Kadir, Sosyal Güvenlik Yasa Tasarılarının Değerlendirilmesi, Sosyal Güvenlik Yasa Tasarılarının Değerlendirilmesi Semineri 22 Şubat 2005, TİSK Yayın No:256, Ankara 2005, s.69-74; **Arıcı**, Kadir, Sosyal Güvenlik Sisteminde Bir Reformun Gerekliliği Tartışması Üzerine Notlar, Türk Harb-İş, S.211, Aralık 2004, s.32 vd.; **Arıcı**, Kadir, Primsiz Ödemeler Kanunu'nun Getirdikleri, TİSK İşveren, C.43, S.4-5-6, Ocak/Şubat/Mart 2005, s.80-82; **Arıcı**, Kadir, Sosyal Güvenlik Kurumunun Yeni Yapısı ve İşleyiş Esasları,

Şakar'a göre, IMF isteği ile çıkarılan 5502 ve 5510 sayılı Kanunların daha iyi bir sosyal güvenlik için değil, genel bütçeden daha az kaynak aktarmak amaçlıdır ve toplumun bütün kesimlerinden tepki görmektedir. Ehliyetsiz bürokratlara, hazinecilere, IMF ve Dünya Bankası uzmanlarına bırakılan reform, çöküşü daha da hızlandıracak, finansman krizini daha da artıracak olup birkaç yıl sonra yeni sosyal güvenlik reformları gündeme gelecektir¹⁸.

Alper'e göre, sosyal güvenlik sisteminin yeniden yapılanması gereği, Türkiye'nin ihtiyaçlarından ve gerçeklerinden ziyade IMF programının bir gereği gibi görülmüş ve çalışmalara IMF gölgesi düşmüştür. Sosyal sigorta mevzuatının tekleştirilmesi, çalışan grupları arasında yönetilebilirlik problemlerini ortaya çıkaracaktır¹⁹.

Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri 29-30 Kasım 2006, Kamu-İş, Ankara 2007, s.33 vd.; **Arıcı**, Kadir, Sosyal Yardımlar ve Primsiz Ödemeler Kanunu Tasarısı'nın Genel İlkeleri, İşleyişi, Yeterliliği Sorunu, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006, s.112 vd; **Arıcı**, Kadir, Yeni Sosyal Güvenlik Kurumunun İşleyiş Tarzı ve Üstlendiği Yeni Görevler, TİSK İşveren, C.44, S.8, Mayıs 2006, s.34.

¹⁸ **Şakar**, Müjdat, SSK'lıların Adı 4/a'lı Oldu, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006, s.99 vd.; **Şakar**, Müjdat, Kazanılmış Haklar Bağlamında Uzun Vadeli Sigortalar ve 5510 Sayılı Yasa Uygulamasında Çıkacak Sorunlar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu 26-27.01.2007, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.121-131; **Şakar**, Müjdat, Kazanılmış Haklar Bakımından Yeni Mevzuat, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri 29-30 Kasım 2006, Kamu-İş, Ankara 2007, s.193-205.

¹⁹ **Alper**, Yusuf, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Arayışları, Türk-İş, S.362, Temmuz-Ağustos 2004, s.33 vd.; **Alper**, Yusuf, Sosyal Güvenlik Yasa Tasarılarının Değerlendirilmesi, Sosyal Güvenlik Yasa Tasarılarının Değerlendirilmesi Semineri 22 Şubat 2005, TİSK Yayın No:256, Ankara 2005, s.33 vd.; **Alper**, Yusuf, Türk Emeklilik Sisteminde Reform, MESS Mercek, Ocak 2005, s.121 vd.; **Alper**, Yusuf, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform: Temel Esaslar ve Tartışmalar, TİSK İşveren, C.44, S.2, Kasım 2005, s.54 vd.; **Alper**, Yusuf, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle İşverene Getirilen Yükümlülükler, TİSK İşveren, C.44, S.8, Mayıs 2006, s.30; **Alper**, Yusuf, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform: Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve Kurumsal Değerlendirme Analizi, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006, s.41; **Alper**, Yusuf, Sosyal Güvenliğin Finansmanı/Primler, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri 29-30 Kasım 2006, Kamu-İş, Ankara 2007, s.225 vd.

Ekmekçi'ye göre, sosyal güvenliğe ilişkin kanunlar herkesi ilgilendiren kanunlardır. Dolayısıyla herkesi ilgilendiren bir reform için, zaman sıkıntısı bulunduğu gerekçesi ileri sürülemez. Zaman yetersizliği söz konusu ise reform daha sonra yapılmalıdır²⁰.

Caniklioğlu'na göre, böylesine önemli görevi olan bu sistemde reform yapmak, uzun, kapsamlı, katılımcı ve titiz bir süreci gerektirir. Oysa Türkiye'de yaşanan süreç belirtilen niteliklerden çok uzaktır²¹.

Akın'a göre, tek çatıdan kasıt, tüm sosyal güvenlik kurumlarının yeni oluşturulacak bir kurum bünyesinde toplanması mıdır, yoksa tek çatı ortak normların oluşturduğu bir tek çatı mıdır. Bir başka deyişle tek çatı sosyal güvenlik kurumları arasında norm birliği olarak mı anlaşılmalıdır. Tek çatı anlayışının, tek kurumda toplanmaktan, norm birliği oluşturmaya doğru kaydığı söylenebilir²².

II- GENEL SAĞLIK SİGORTASI KAVRAMI

Genel sağlık sigortası, "kişilerin ekonomik gücüne ve isteğine bakılmaksızın, ortaya çıkacak hastalık riskine karşı, toplumun bütün fertlerinin sağlık hizmetlerinden eşit, ulaşılabilir ve etkin bir şekilde faydalanmasını hedefleyen sağlık sigortası sistemi"²³ şeklinde tanımlanmaktadır²⁴. Ancak

²⁰ **Ekmekçi**, Ömer, Emeklilik Sigortası Kanunu Tasarısı Taslağı Üzerine, Toprak İşveren, S.65, Mart 2005, s.9-14; **Ekmekçi**, Ömer, 5510 Sayılı Yasada Prim Sistemi, Prime Esas Ücret ve Prim Tahsilatındaki Sorunlar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu 26-27.01.2007, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.57 vd.

²¹ **Caniklioğlu**, Nurşen, Kısa Vadeli Sigorta Kolları Açısından Yeni Mevzuatın Getirdiği Değişiklikler, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri 29-30 Kasım 2006, Kamu-İş, Ankara 2007, s.59 vd.; **Caniklioğlu**, Nurşen, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısına Göre Sosyal Sigorta Hak ve Yükümlülükleri, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri 10-11 Haziran 2005, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2006, s.151-152; **Caniklioğlu**, Nurşen, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri, Çalışma ve Toplum, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Sempozyumu Özel Sayı, 2006/1, s.50-51; **Caniklioğlu**, Nurşen, Kısa Vadeli Sigortalar Bağlamında 5510 Sayılı Yasa Uygulaması ve Çıkacak Sorunlar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu 26-27.01.2007, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.66 vd.

²² **Akın**, Tek Çatı, s.63.

²³ **T.C. Başbakanlık**, Beyaz Kitap, s.266.

kavram her zaman içerik olarak aynı şeyi ifade etmemektedir. Başka bir deyişle içeriği kesin olmayan bir kavramdır²⁵.

Genel sağlık sigortasının kişi ve konu bakımından farklı içeriği olabileceği gibi yöntem bakımından da ülkelere göre farklılıklar olabilir. Kavrama lafzi olarak bakıldığında “sigorta” tekniğinin kullanılması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Ancak aynı kavram altında ulusal sağlık hizmetini uygulayan ülkeler de olabilmektedir. Yine “sigorta” ifadesinden de sosyal sigorta mı yoksa özel sigorta mı olduğu anlaşılammaktadır²⁶.

Sonuç olarak “genel sağlık sigortası” içeriği açısından sistemi uygulayan ülkeye göre yöntem ve kapsam (kişi ve konu açısından) bakımından farklılıklar arz edebilmektedir. Bunun yanında kavram olarak genel sağlık sigortasını kullanmayıp da içerik olarak yukarıda belirtilen şekilde kapsama sahip bir sağlık sistemini uygulayan ülkeler de mevcuttur. Dolayısıyla “Genel Sağlık Sigortası” ifadesinden bütün unsurlarıyla tek bir sistem anlaşılammalıdır.

IV- TÜRK HUKUKUNDA GENEL SAĞLIK SİĞORTASI

A- GENEL OLARAK

Sağlık sigortasının tüm nüfusu kapsamı ve Genel Sağlık Sigortası sisteminin kurulması ise bugüne gelinceye kadar²⁷ gerçekleştirilememiştir. Bununla birlikte Genel Sağlık Sigortasını hayata geçirmek için Beş Yıllık Kalkınma Planlarında konuya yer verilmiş, hedefler konulmuş; yine çeşitli

²⁴ “Genel Sağlık Sigortası” kavramı Tomanbay’ın sosyal çalışma sözlüğünde, “Sağlık hizmetlerinin hem çeşitlilik hem de yaygınlık bakımından geliştirilerek tüm yurttaşların sağlıklarının sigorta kapsamında güvence altına alındığı dizge” olarak tanımlanmıştır. Bkz. **Tomanbay**, İlhan, Sosyal Çalışma Sözlüğü, Ankara 1999, s.100.

²⁵ **Sözer**, Ali Nazım, Genel Sağlık Sigortası: Reform Mu Deform Mu?, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri 29-30 Kasım 2006, Kamu-İş, Ankara 2007, s.124.

²⁶ **Sözer**, Genel Sağlık Sigortası, s.125.

²⁷ Sağlık sektöründe reform hareketlerinin başlangıcı 1980’li yılların sonuna rastlarmaktaysa da, bu hareketin başlangıç noktası 24 Ocak 1980 kararlarıyla başlayan hızlı liberalleşme politikalarına uzanmaktadır. Bkz. **Soyer**, Polat, Darbe, Liberalizasyon ve Sağlık, Türkiye Fotoğrafi (1980-1995), Ekim 1996, s.8; **Sargutan**, Erdal, Türk Sağlık Politikası, Ankara 1996, s.2 vd.; **Serin**, s.140.

tariflerde farklı çalışmalar yapılmış²⁸, bu çalışmalardan bazıları düşünce aşamasını geçememiş, bazıları en fazla taslak haline getirilebilmiş, bazıları ise Meclis'e sunulduğu halde kanunlaşmamıştır²⁹.

Konumuz genel sağlık sigortasını düzenleyen Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile ilgili olmakla birlikte birbiriyle yakın bağlantısı olan reform çalışmaları dört ana bileşenden oluşmaktadır. Bu bileşenlerden ilki, nüfusun tümüne hakkaniyete uygun, eşit, koruyucu ve tedavi edici kaliteli sağlık hizmeti sunumunu finanse etmeyi amaçlayan Genel Sağlık Sigortası'nın³⁰ oluşturulmasıdır³¹. İkincisi, sağlık dışındaki kısa ve uzun vadeli sigorta kollarının yer aldığı tek bir emeklilik sigortası rejiminin kurulmasıdır. Üçüncüsü, halen dağınık bir halde yürütülen primsiz ödemeler ve sosyal yardımların toplulaştırılarak objektif yararlanma ölçütlerine dayalı, tüm muhtaç kesimlerin erişebileceği bir sistemin temin edilmesidir. Dördüncü ve son bileşen ise, yukarıda anılan üç temel işleve ilişkin hizmetlerin çağdaş, etkin ve vatandaşlarımızın günlük hayatını kolaylaştıracak şekilde sunulmasına olanak sağlayacak yeni bir kurumsal yapının oluşturulmasıdır.

Sosyal Güvenlik Reformu kapsamında hazırlanan 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu 20 Mayıs 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir³². 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ise 16 Haziran 2006

²⁸ Genel sağlık sigortasının gerekliliği üzerine 1990 yılında ortaya çıkan görüşler için bkz. **Üçışık**, Fehim, Türkiye'de Genel Sağlık Sigortasının Kurulması, Argumentum, S.1, Ağustos 1990, s.1-4.

²⁹ **Sözer**, Ali Nazım, Sağlıkta Dönüşüm Projesi ve Genel Sağlık Sigortası, TİSK Akademi, C.1, S.1, 2006, s.47; **Serin**, İlhan, Genel Sağlık Sigortası ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, İstanbul 2004, s.140.

³⁰ Rekabet şartları altında sağlık hizmetlerinde iyileşme amaçlayan sistemin, kısa vadede kişiler için her zaman bu sonucu doğurmayabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. **Alper**, Yusuf, Genel Sağlık Sigortasına Geçiş, SSK Mensuplarının Daha İyi Sağlık Hizmetleri Alması Anlamına Gelmeyebilir, İşveren, Ocak 2004, s.24 vd.; Kurulacak yeni sağlık sistemi, bireylerin istedikleri kalitede hizmet sağlanabilirse, %1'ler düzeyindeki özel sağlık sigortacılığı daha da gerileyecektir. Bkz. **Su**, Mustafa, Özel Sağlık Sigortası Sistemine Giren Kişilerin Sayısında Önemli Bir Düşüş Olacaktır, TİSK İşveren, Ocak 2004, s.22.

³¹ **Çelik**, Hüseyin, GSS İle Getirilen Yenilikler, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006, s.162; Aynı yönde, bkz. **Toptaş**, Ali, Sosyal Güvenlikte Tek Çatı, Türk Harb-İş, S.221, Haziran 2006, s.7; **Özsarı**, Haluk, Ülkemizde Genel Sağlık Sigortası Süreci, TİSK İşveren, C.43, S.4-5-6, Ocak/Şubat/Mart 2005, s.70-71.

³² R.G., 20.5.2006, 26173.

tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmış³³, yürürlük tarihi 1.1.2007 olarak belirlenmiş (m.108) ancak, Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 2006 tarihinde bazı maddelerinin iptali yönünde verdiği karar³⁴ üzerine Kanun'un yürürlük tarihi 2007 yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'na (5565 sayılı Kanun)³⁵ konulan bir hükümlerle (m.30/4) önce 1 Temmuz 2007'ye ertelenmiş, daha sonra TBMM'de kabul edilen 5655 sayılı Kanun³⁶ ile 1 Ocak 2008 olarak değiştirilmiştir³⁷. 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihi, son olarak 2008 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa (5724 sayılı Kanun)³⁸ konulan bir hükümlerle (m.28) 1 Haziran 2008 olarak tespit edilmiştir. Primsiz Ödemeler Kanun Tasarısı ise henüz Meclise sunulmamıştır³⁹.

5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinin üç kez değiştirilmesi kanundan beklenen faydayı azalttığı söylenebilir. Ayrıca birbiriyle yakından ilgili kanunların aynı tarihte yürürlüğe girmesi daha doğru olacaktır.

B-KAPSAM

1) Genel Olarak

Sigortalı kavramı Kanunun 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, sigortalı, kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi ifade eder (m.3/6). Tanımda geçen kısa vadeli sigorta kolları, iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigorta kollarını; uzun vadeli sigorta kolları ise malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta kollarını ifade etmektedir (m.3/4,5). Söz konusu sigorta kollarının tümü sosyal sigortalar olarak tanımlanmıştır (m.3/3). Bu durum

³³ RG., 16.6.2006, 26200.

³⁴ AYM., 15.12.2006, E. 2006/111, K. 2006/112, RG., 30.12.2006, 26392 (5.Mük.).

³⁵ RG., 29.12.2006, 26391 (Mük.)

³⁶ RG., 20.5.2007, 26527.

³⁷ 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünün ertelenmesi, taraflara tekrar düşünme ve gerekli düzeltmeleri yapma fırsatını vermiştir. Bkz. **Yorgun**, Sayım, 5510 Sayılı Kanun'un Tekrar Ertelenmesine İlişkin Gerekçeler Kamuoyu İle Paylaşılmalıdır, Norm ve Standart Birliğinden Taviz Verilmeyeceği İlan Edilmelidir, TİSK İşveren, C.46, S.1, Ekim 2007, s.42.

³⁸ RG., 28.12.2007, 26740.

³⁹ Sosyal güvenlik sisteminin bir bütün olduğu dikkate alınırsa birbiriyle yakından ilgili Kanunların farklı zamanlarda yürürlüğe girmesi kargaşa meydana getirecektir. Bkz. **Okur**, Ali Rıza/**Laçiner**, Hediye, Reform Sonrasında Yaşlılık Aylığı Koşulları, Tes-İş, S.2006/3, Kasım 2006, s.74.

karşısında anılan sigortalardan yararlananlar sosyal sigorta sigortalısı olarak ifade edilebilir⁴⁰.

Kanunun 3/4 hükmünde yer verilen kısa vadeli sigorta kolları tanımında geçen “*hastalık sigortası*” ifadesi, bu adı taşıyan sigortanın Kanunda bulunmaması karşısında karışıklık meydana getirmiştir. Ancak ifade, hastalığın sebep olduğu gelir kaybının telafisini sağlayan yardımları ifade etmek için kullanılmıştır. Nitekim Kanunun 15. maddesinde hastalığın, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğe sebep olan halleri kapsadığı belirtilmekte ve 16. maddede de bu hallerde sağlanacak haklara işaret edilmektedir. Söz konusu haklar ise sadece parasal niteliktedir. Buna karşılık sağlık sigortası, sigortalı ile bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık sebebiyle hastalanmaları halinde tedavilerini, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlamak amacıyla sağlık hizmetleri sunmaktadır. Dolayısıyla hastalık sigortası yardımı, hastalık nedeniyle ortaya çıkan gelir kaybını 16. maddedeki araçlarla telafi edilmesini ifade etmektedir⁴¹.

Bugüne kadar uygulanan sosyal güvenlik kanunlarında hastalık (sağlık) yardımları, sigortalı olmanın sonucu olarak sağlanmaktadır. Ancak 5510 sayılı Kanun, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından, yani sosyal sigorta sigortalılığından tamamen bağımsız olarak genel sağlık sigortalısı kavramını getirmektedir. Kanuna göre, genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, kurum için ise bu hizmet, bir yükümlülüktür (m.3/8, m.62/1). Kanunun, tasarı halindeki, metninde sadece hakların sağlanmasından söz edilirken, son halinde hakların finansmanının

⁴⁰ **Akın**, Levent, Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Sigortalılığın Kapsamı ve Primli Rejimle Bağdaşması, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, 26-27.01.2007, Sosyal Güvenlik Hukuku Yasalar Gerçekler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.23-24; **Akın**, Levent, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, Çalışma ve Toplum, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Sempozyumu Özel Sayı, S.8, 2006/1, s.29.

⁴¹ **Akın**, Levent, Sigortalılık Kavramı Açısından Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.2, Ankara 2005, s.46; **Akın**, Sigortalılığın Kapsamı, s.23-24.

sağlanmasından söz edilmesi, Sosyal Güvenlik Kurumunun amaçlanan görevini belirlemek açısından daha açıklayıcı olmuştur⁴².

2) Sigortalı Sayılanlar

Kanunun Genel Sağlık Sigortasına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı kişiler, başka bir ifade ile Genel Sağlık Sigortasının kişi bakımından kapsamı belirlenirken, toplumun hemen hemen tamamının kapsam içine alınmaya çalışıldığı görülmektedir⁴³. Genel bir ifade ile Genel Sağlık Sigortası tarafından sağlanan sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler yararlanır. Kanunun genel sağlık sigortası bakımından kapsama girebilmenin temel ve ön şartı kişinin yerleşim yerinin Türkiye olmasıdır (m.60/1)⁴⁴. Dolayısıyla yerleşim yeri Türkiye olmayan bir kişi diğer şartları sağlasa bile Kanunun kapsamı dışında kalmaktadır. Buna göre, Genel Sağlık Sigortası kapsamında yer alan kişiler şunlardır: iş sözleşmesi ile çalışanlar, kamu idarelerinde çalışanlar, bağımsız çalışanlar ile köy ve mahalle muhtarları, isteğe bağlı sigortalı olanlar, düşük gelir sahipleri, vatansızlar ve sığınmacılar, 7) 2022 sayılı Kanuna göre aylık alanlar, şeref aylığı alanlar, vatani hizmet tertibinden aylık alanlar, nakdi tazminat ve aylık alanlar, ücretsiz olarak bakılan, korunan ve rehabilite edilenler, harp malullüğü ve terör mağduru aylığı alanlar, geçici köy korucuları, işsizlik ödeneği alanlar, kısa çalışma ödeneği alanlar, sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alanlar, oturma izni almış yabancılar, iş kaybı tazminatı alanlar, Dünya olimpiyat ve Avrupa şampiyonluğu kazanmış kişiler, başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayanlar.

⁴² **Akın**, Sigortalılığın Kapsamı, s.38; Aynı yönde bkz., **Teksöz**, A.Tuncay, Sosyal Güvenlik Reformu, TİSK İşveren, C.43, S.4-5-6, Ocak/Şubat/Mart 2005, s.68.

⁴³ **Gerek**, Nüvit, Sosyal Güvenlik Reformu Mu Yoksa Sosyal Güvenlik Çıkmazı Mı?, Tühis, C.19, S.6, Kasım 2005, s.2; Aynı yönde, **Pekten**, Ali, Genel Sağlık Sigortası Sistemi ve Getirdiği Yenilikler, Sayıştay Dergisi, S.61, Nisan-Haziran 2006, s.120; **Sözer**, Düzenlemeler, s.1180-1181; **Sözer**, Sağlıkta Dönüşüm, s.49-50.

⁴⁴ Kanunun 60. maddesi “genel sağlık sigortalısı sayılanlar”ı düzenlemektedir. Ancak başlangıçta bağımsız olan Sosyal Sigortalar Kanunu ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu sonradan birleştirilince, iç atıflar yoğunluk kazanmış, bazı konularda tekrardan kaçınmak amacıyla ilgili hükümlere gönderme yapmakla yetinilmiştir. Bu yöntem, tekrarları önlemekle birlikte, maddenin ağırlaşmasına, anlaşılmasının güçleşmesine, kapsamdaki sigortalıların numara ile anılmasına neden olmuştur. (İşçi 4/a’lı, memur 4/c’li, bağımsız çalışan 4/b’li). Bkz. **Okur**, Sosyal Güvenlik Reformu, s.1291 vd.; **Okur**, Genel Sağlık Sigortası, s.133; Aynı yönde bkz. **Şakar**, SSK’lıların Adı, s.87; **Akın**, Yeni Gelişmeler, s.33 vd.

3) Sigortalı Sayılmayanlar

Kanun genel sağlık sigortası açısından kapsamda olanları ayrı ayrı belirttikten sonra, kapsam dışında kalanlara da ayrıca yer vermiştir (m.60/III). Burada da sigortalılık kavramında olduğu gibi, ayrıca düzenleme yapılmıştır.

Kanunun 60/I,II maddelerinde genel sağlık sigortası bakımından sigortalı sayılanlar sayılmış, 60/III hükmünde ise genel sağlık sigortası açısından sigortalı sayılmayanlar açıkça sayılarak veya 6. maddenin bazı fıkralarına gönderme yapılarak düzenlenmiştir⁴⁵.

Genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılmayanlar Kanunun 60/III hükmünde 8 grup halinde düzenlenmiştir. Hüküm, oldukça karmaşık bir biçimde sunulmuştur. Genel sağlık sigortalısı sayılmayanların bir kısmı ilgili hükümde açıkça sayılarak ifade edilmiş, bir kısmı için 6. maddenin d,e ve 1 bentlerine gönderme yapılmış, göndermeye rağmen bir kısmı (1) bendinde tekrarlanarak III. fıkrada da yer almış, bir kısmı için de bir yıldan kısa süreyle Türkiye’de yerleşik olma” koşulu aranmıştır⁴⁶. Buna göre genel sağlık sigortası kapsamında sigortalı sayılmayanlar şunlardır: askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar (m.60/III, m.6/d), yedek subay okulu öğrencileri (m.60/III ve m.6/d), yabancı ülkedeki kuruluş adına ve hesabına Türkiye’ye gönderilen ve yabancı ülkede sigortalı olduğunu belgeleyenler (m.60/III ve m.6/e), Türkiye’de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan yurtdışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanlar (m.60/III ve m.6/e)⁴⁷, Kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde çalışanlardan, sürekli ikamet izni olup bu ülke vatandaşlığına da sahip olan sözleşmeli personelden, bulunduğu ülkede sigortalı olduğunu belgeleyenler veya bu ülkelerde uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri gereğince zorunlu sigortalı olanlar (m.60/III ve m.6/1)^{48,49}, oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan ve Türkiye’de bir yıldan az bir süre için yerleşik durumda

⁴⁵ **Okur**, Genel Sağlık Sigortası, s.135.

⁴⁶ **Okur**, Genel Sağlık Sigortası, s.135-136.

⁴⁷ Bu hüküm kapsamına girenler hem m.60/III’de hem de m.6/1’ye gönderme yapınca, fıkra içinde bunların ayrıca tekrarlanmasına gerek yoktu. Bkz. **Okur**, Genel Sağlık Sigortası, s.176.

⁴⁸ Bu fıkra kapsamına girenler hem m.60/III’de hem de m.6/1’de ayrı ayrı düzenlenmiştir. Oysa m.60/III’ün başında, m.6/1’ye gönderme yapınca, fıkra içinde bunların ayrıca tekrarlanmasına gerek yoktu. Bkz. **Okur**, Genel Sağlık Sigortası, s.176.

⁴⁹ Söz konusu hükmün değişiklik taslağı ile metinden çıkarılması öngörülmüştür.

olanlar (m.60/III), ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde bulunan hükümlü ve tutuklular (m.60/III), 5510 sayılı Kanun veya daha önceki sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık bağlanmış olan kişiler, mülga 2147 sayılı⁵⁰ ve 3201 sayılı⁵¹ Kanunlara göre borçlanarak aylık bağlanan kişilerden ise Türkiye’de ikamet etmeyenler⁵² genel sağlık sigortası kapsamı dışındadırlar.

C- SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMA ŞARTLARI

1) Genel Olarak

5510 sayılı Kanun kapsamında genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir yükümlülüktür. Sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler yararlandırılır. Kapsamdaki kişilere sağlanacak sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile kişilerden alınan primlerin tutarı arasında ilişki kurulamaz (m.62).

2) Bekleme Süresi ve Prim Ödeme

Kural olarak, genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetinden yararlanmak için (kendilerine gelir ve aylık bağlanmış olanlar hariç), “*genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması*” gerekir (m.67/I-a).

Kanunun düzenlemesinden sağlık hizmetinden yararlanmak için başvurudan önceki bir yıl içinde 30 günlük prim koşulunun arandığı açıktır. Ancak Kanun bunu anlatmak için “*son bir yıl içinde*” ifadesini kullanmıştır. Başvurudan önceki bir yıl dendikten sonra tekrar “son” kelimesini kullanmak anlamsızdır. Dolayısıyla burada “son” sözcüğünün ifadeye herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Yine prim koşulunu yerine getirecek olanlar belirtilirken “*genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler*” denmiştir. Prim ödemekle yükümlü olan sadece genel sağlık sigortalısıdır. Bakmakla yükümlü olduğu kişiler zaten sigortalı üzerinden sağlık yardımı almaktadır. Kanun koyucunun kastının da aynı olduğunu düşünsek dahi maddenin lafzından hem sigortalı, hem de bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ayrı ayrı bu şartı yerine

⁵⁰ 30.5.1978 tarihli ve 2147 sayılı Kanun 3201 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵¹ 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, RG., 22.5.1985, 18761.

⁵² Bu hüküm değişiklik taslağı ile Kanuna eklenmiştir.

getirmesi gibi bir sonuç çıkmaktadır ki bu da yanlış anlamalara yol açabilecek niteliktedir⁵³.

Kanunun 67. maddesinde temel kuralın yanında prim ödeme yükümlülüğü aranmayacak kişi ve durumlar da belirtilmiştir. Buna göre, a) 18 yaşından küçük olan kişiler, b) Tıbbi açıdan başkasının bakımına muhtaç durumda olanlar, c) Durumu acil olanlar, d) İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle sağlık yardımı isteyenler, e) Bildirimi zorunlu bulaşıcı hastalıklara yakalanmış olanlar, e) Koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanacak olanlar, f) Analık halinde sağlık hizmeti alacak olanlar, g) Doğal afet ve savaş hallerinde sağlık hizmeti alacak olanlar, h) Grev ve lokavt hallerinde sağlık yardımı alacak olanlar Kanundaki 30 gün genel sağlık sigortası primi ödeme koşulundan muaftır (m.67/I).

Yukarıda sayılan istisnalar dışında genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlanan yardımlardan yararlanabilmeleri için sigortalının, sağlık hizmet sunucusuna başvurudan önceki bir yıl içinde 30 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının bulunması yeterlidir. Bunun dışında Kuruma prim borcu olmama gibi bir şart aranmamaktadır. Ancak, Kanunun 67/I-b hükmünde, belirtilen bazı sigortalı grupları için prim borcu olmama şartı da aranmaktadır. Buna göre, a) Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar, b) İsteğe bağlı sigortalılar, c) Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, yabancı bir ülke mevzuatına göre sigortalı olmayanlar, d) Genel sağlık sigortası kapsamında sayılmamakla birlikte başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı olmayan vatandaşların sağlık yardımlarından yararlanmaları, hem 30 günlük prim ödeme hem de kısa vadeli, uzun vadeli ve genel sağlık sigortası prim borcu bulunmama şartına bağlıdır.

3) Kimlik Belgesinin Gösterilmesi

Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer yardımlardan yararlanabilmeleri için, sağlık hizmet sunucularına kimlik göstermeleri gerekmektedir. Kanunda (m.67/II) kimlik bildiriminde kullanılacak belgeler sınırlı biçimde sayılmıştır. Dolayısıyla sayılanlar dışında başka bir belge kabul edilmeyecektir. Buna göre kimlik bildirimini, nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport ve Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı ile yapılabilecektir.

Sağlık birimlerine başvuru anında istenecek olan kimlik bildirimini, acil hallerde, acil halin sona ermesinden sonra da yerine getirilebilecektir (m.67/II).

⁵³ **Okur**, Genel Sağlık Sigortası, s.152; **Sözer**, Sağlıkta Dönüşüm, s.50.

4) Katılım Payı Ödenmesi

Kanunun sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları başlıklı 67. maddesinde katılım payı⁵⁴ düzenlenmemiştir. Kanunun 68 ve 69. maddelerinde düzenlenen katılım payı diğer şartlardan farklı olarak hizmet alımı için başvururken değil, hizmet gerçekleştikten sonra yerine getirilecek bir yükümlülüktür.

Sağlık hizmetlerinden yararlananların ödemekle yükümlü oldukları katılım payları, özel sigorta şirketleri tarafından teminat veya ödeme konusu yapılamaz (m.98/II). Kanundaki bu düzenleme karşısında özel sağlık sigortası kapsamına alınabilecek kısıtlı bir alan kalmaktadır. Buna göre özel sağlık sigortası yaptırılabilir durumlar şunlardır⁵⁵: a) Otelcilik hizmetleri farkları, b) Öğretim üyesi, servis şefi veya Kurum ile sözleşme yapmayan doktor ve sağlık birimlerinin fiyat farkları, c) Kullanılan malzemede, ameliyat tekniklerinde tanımlanmış standardın dışındaki talepler, d) Kurum tarafından açıklanacak negatif listedeki ilaçlar, e) Sevk zincirine uyulmaması durumları.

a) Katılım Payı Ödenecek Durumlar

Kanunun 68. maddesinde katılım payı beş ayrı durumda öngörülmüştür. Bunlar: a) Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesinde, b) Ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için, c) Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar, d) Yardımcı üreme yöntemi uygulaması, e) Yatan hastaların tedavi bedelleri⁵⁶.

b) Katılım Payı Alınmayacak Durumlar

Kanunun 68. maddesinde belirtilen ve katılım payı ödenmesi gereken hallerde 69. maddeyle istisnalar getirilmiştir. Kanun hükmüne göre, katılım payı alınmayacak sağlık hizmetleri ve kişiler şunlardır:

a) Katılım payı alınmayacak sağlık hizmetleri: İş kazası ile meslek hastalığı halleri ile askerî tatbikat ve manevralarda sağlanan sağlık hizmetleri, doğal afetler ve savaş hali nedeniyle sağlanan sağlık hizmetleri, aile hekimi

⁵⁴ 5510 sayılı Kanunda (m.3/26) katılım payı, sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından ödenecek tutar olarak tanımlanmıştır.

⁵⁵ **Zakaryan**, Kaspar, Genel Sağlık Sigortası Yasa Taslağına Özel Sağlık Sigortaları Açısından Bir Bakış, Toprak İşveren, Mart 2005, s.16; **Dayanıklı**, Murat, Sosyal Güvenlik Reformu Çerçevesinde Genel Sağlık Sigortası Düzenlemesi, TİSK İşveren, C.44, S.8, Mayıs 2006, s.40.

⁵⁶ Değişiklik taslağı ile (m.68) katılım payı alınacak haller arasına dahil edilmesi öngörülmüştür.

muayeneleri ve kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri, sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla; Kurumca belirlenen kronik hastalıklar, organ nakli, doku ve kök hücre nakli, hayati önemdeki ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçlerini sağlama ve kontrol muayeneleri nedeniyle verilen sağlık hizmetlerinden katılım payı alınmayacaktır.

b) Katılım payı alınmayacak kişiler: Şeref aylığı alanlar ile bunların eşleri⁵⁷, vatani hizmet aylığı alanlar, nakdi tazminat ve aylık alanlar, ücretsiz olarak koruma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden yararlananlar, harp malullüğü aylığı alanlar, terörle mücadele nedeniyle yardıma hak kazananlar katılım payı ödemeksizin sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerdir.

D-SAĞLANAN SAĞLIK HİZMETLERİ VE DİĞER HAKLAR

1) Sağlık Hizmetleri

a) Genel Sağlık Sigortası Kapsamındaki Hizmetler

5510 sayılı Kanununun 63. maddesinde “genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını; iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri” öngörülmüştür.

aa) Koruyucu Sağlık Hizmetleri

Koruyucu sağlık hizmetleri genel sağlık sigortası kapsamında verilen hizmetlerin en önemlisidir denilebilir. Sigorta açısından önemli olan kişinin hastalığa yakalanmamasıdır. Genel olarak kişilerin sağlıklı kalmalarına başka bir ifadeyle hastalanmaya engel olacak tüm sağlık hizmetleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Genel sağlık sigortasının temel hedefi de zaten, hastalığa engel olacak koruyucu sağlık hizmetlerinin yaygınlaştırılmasıdır⁵⁸.

bb) Hastalık Halinde Sağlık Yardımı

Genel sağlık sigortasının temel amacı kişinin hastalanmasını engellemek ve bu yönde hizmetler sunmak olsa da bireyler koruyucu sağlık hizmetlerine rağmen hastalanmışlarsa bu durumda Kanununun 63/b hükmündeki sağlık yardımları devreye girer. Buna göre kapsama giren ve hastalık halinde ayakta veya yatarak verilecek sağlık hizmetleri şunlardır: a) Hekim tarafından yapılacak klinik muayene, b) Hekimin gerekli görmesi halinde teşhis için laboratuvar tetkik ve tahlilleri, c) Diğer tanı yöntemleri (röntgen, ultrason,

⁵⁷ Değişiklik taslağı (m.69) ile, şeref aylığı alan kişilerin eşlerinin de katılım payı alınmayacak kişiler arasına dahil edilmesi öngörülmüştür.

⁵⁸ **T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı**, Türkiye’de Yeni Bir Sosyal Güvenlik Sistemine Doğru, Ankara 2006, s.23.

tomografi gibi tetkikler), d)Teşhise bağlı olarak gereken tıbbi müdahaleler ve tedavileri, e) Hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, f) Organ, doku ve hücre nakli işlemleri, g) Hücre tedavisi, h) Hekim kararıyla, sağlık meslek mensuplarınca yapılacak tıbbi bakım ve tedaviler.

cc) Analık Halinde Sağlık Yardımı

aaa) Genel Olarak

Analık⁵⁹ halinden neyin anlaşılması gerektiği 5510 sayılı Kanunda şu şekilde ifade edilmiştir: “*Sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve özürülük halleri analık hali kabul edilir*”(m.15/II)⁶⁰.

Genel sağlık sigortası tarafından kapsama alınan ve analık halinde finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri Kanunun 63/c maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: Analık sebebiyle ayakta veya yatarak; a) Hekim tarafından yapılacak muayene, b) Hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, c) Doğum, d) Laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, e) Konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, f) Hasta takibi, g) Rahim tahliyesi, tıbbî sterilizasyon, h) Analık halinde acil sağlık hizmetleri, ı) İlgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler.

bbb) Yardımcı Üreme Teknikleri İle Çocuk Sahibi Olma

Genel sağlık sigortası kapsamında yukarıda sayılan sağlık hizmetleri yanında, normal yollardan çocuk sahibi olamayanlar için bazı şartlarla yardımcı

⁵⁹ İnsan neslinin devamı çocuk sahibi olmaya bağlıdır. Analık, geçici olması ve tedavi gereği yönünden hastalığa benzemektedir. Bu sebeple analık, kadının bünyesinde meydana gelen fizyolojik bir risktir. Analık ve analık sigortası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tulukçu**, Binnur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması, Ankara 2000, s.188 vd.

⁶⁰ Değişiklik taslağında (m.15/II) ise analık hali daha isabetli bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, *kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve özürülük halleri analık hali kabul edilir.*

üreme teknikleri⁶¹ ile çocuk sahibi olma imkanı da sağlanmıştır. Tasarının ilk halinde olmayan bu imkan, komisyon çalışmaları sırasında Kanuna dahil edilmiştir⁶². Kanunun 63/e maddesindeki bu düzenlemeden yararlanabilmek için öncelikli şart, evli olmakla birlikte çocuk sahibi olamayan genel sağlık sigortalısı kadın veya genel sağlık sigortalısı erkeğin karısı olmaktır. Evli olmayan ve genel sağlık sigortalısı olmayanların söz konusu düzenlemeden yararlanmaları mümkün değildir.

dd) İş Kazası Ve Meslek Hastalığı Halinde Sağlık Yardımı

Kanunun 63. maddesinde genel sağlık sigortası kapsamında yer alan sağlık hizmetleri düzenlenirken iş kazası ve meslek hastalığı halinde sunulan sağlık hizmetleri ayrıca sayılmamış, hastalık halinde verilen sağlık hizmetlerine atıfta bulunulmuştur. Dolayısıyla iş kazası ve meslek hastalığı risklerinden birine muhatap olan kişi, hekim tarafından ayakta veya yatarak tedavi edilebilmekte ve hastalık halindeki diğer sağlık yardımlarına hak kazanabilmektedir. Yine bu kapsamda verilen hizmete dış tedavisi ve malzeme giderleri de dahildir⁶³.

ee) Ağız ve Diş Tedavisi

Ağız ve diş tedavisine ilişkin olarak genel sağlık sigortası kapsamında yer alan sağlık hizmetleri Kanunun 63/d hükmünde ifade edilmiştir. Buna göre kapsama giren ve ayakta veya yatarak verilen hizmetler şunlardır: a) Ağız ve diş muayenesi, b) Diş hekiminin göreceği lüzum üzerine ağız ve diş hastalıklarının teşhisi için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, c) Konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, d) Diş çekimi, e) Konservatif diş tedavisi ve kanal tedavisi, f) Hasta takibi, g) Travmaya ve onkolojik tedaviye bağlı protez uygulamaları, h) Ağız ve diş hastalıkları ile ilgili acil sağlık hizmetleri, ı) 18 yaşını doldurmamış kişilerin

⁶¹ İstemesine rağmen çocuk sahibi olamayanlarda çeşitli yöntemler uygulanmaktadır. Yapılan tetkikler sonucu belirlenen nedene yönelik çeşitli ilaç tedavileri ya da cerrahi tedavi yolu seçilebilmektedir. Bkz. **Kurt**, Resul, Sosyal Güvenlik Reformu Kanunlarının Çalışanlara Etkileri, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006, s.149.

⁶² **Okur**, Genel Sağlık Sigortası, s.141-142.

⁶³ **Sözer**, 102 Sayılı, s.165; **Sözer**, Sağlıkta Dönüşüm, s.50.

ortodontik diş tedavileri⁶⁴, i) 18 yaşını doldurmamış veya 45 yaşından gün almış kişilerin diş protezlerinin 72. maddeye göre⁶⁵ belirlenen tutarının % 50'si.

Ortodontik diş tedavilerinin sadece 18 yaşından küçükler için kapsama alınması, 18 yaşını doldurmuş ve 45 yaşından gün almamış kişilerin diş protezi ile ilgili hizmetler açısından kapsam dışına çıkarılması, yine protezle ilgili tedavide kapsamda olanlar için öngörülen katılım payının çok yüksek olması düzenlemenin eksik yönleridir.

ff) Acil Sağlık Hizmetleri

Acil sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilen yardımlar Kanunun 63/b hükmüyle genel sağlık sigortası kapsamına alınmıştır.

b) Yurt Dışında Tedavi

Genel sağlık sigortası kapsamında sağlanan sağlık hizmetleri kural olarak yurt içindeki sağlık hizmet sunucuları tarafından verilir. Ancak Kanunun 66. maddesiyle⁶⁶ bazı durumlarda yurt dışından da sağlık hizmeti alınabileceği ifade edilmiştir. Buna göre geçici görevle yurt dışına gönderilenler, sürekli görevle yurt dışına gönderilenler ve yurt içinde tedavisi mümkün olmayanlar için farklı şartlarla yurt dışında tedavi olma imkanı düzenlenmiştir.

c) Kapsam Dışında Kalan Hizmetler

Genel sağlık sigortası kapsamında finansmanı Kurumca sağlanmayacak olan hizmetler, Kanunun 64. maddesinde ifade edilmiştir. Ancak konunun ayrıntıları çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu kapsamda yer alan hizmetler, estetik amaçlı yapılan sağlık hizmetleri, izin veya ruhsat verilmeyen sağlık hizmetleri ve sağlık hizmeti olarak tanımlanmayan hizmetler olarak üç grup altında toplanabilir⁶⁷.

⁶⁴ Değişiklik taslağı (m.63/d) ile söz konusu tedavilerin Kanunun 72 ve 73. maddesine göre belirlenen tutarının Kurum tarafından karşılanacağı öngörülmüştür.

⁶⁵ Değişiklik taslağı ile hükme, 72. maddenin yanında 73. maddenin de eklenmesi öngörülmüştür (72 ve 73. maddeye göre şekilde).

⁶⁶ Kamu idarelerinde çalışan sigortalılar dışında 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların geçici veya sürekli görevlendirilmesine ilişkin usûller ve süreler ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usûl ve esaslar, ilgili Bakanlıkların görüşü alınarak Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir (m.66/son).

⁶⁷ Değişiklik taslağı (m.64/c) ile, yabancıların sigortalı olmadan önceki kronik hastalıklarının da finansmanı sağlanmayacak hizmetler arasına dahil edilmesi öngörülmüştür.

F- FİNANSMAN

1) Genel Olarak

Kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için, bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır. Kurumca tahsil edilen genel sağlık sigortası primleri, tahsil edilmesini müteakip doğrudan Kurum bütçesinin genel sağlık sigortası kalemine aktarılır (m.79).

5510 sayılı Kanunda genel sağlık sigortası kapsamındaki hizmetlerin finansmanı için, primli sistemin gereği olarak sigortalı, işveren ve devlet açısından prim ödeme zorunluluğu öngörülmüştür. Finansmana devlet tarafından katkı yapılması sosyal güvenlik sistemi ve sosyal devlet açısından olumlu bir gelişmedir⁶⁸.

Finansmana ilişkin hükümler sadece 5510 sayılı Kanunda yer almamakta 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununda da sistemin finansmanına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu anlamda Kurumun uzun dönemli finansman hedeflerinin belirlenmesi, genel yönetim giderlerinin, Kurumun yıllık toplam gelirin % 5'ini aşmaması (m.37) ve Kurumun Sayıştay denetimine tabi olması (m.1), sosyal sigortalar, genel sağlık sigortası ve primsiz ödemelerin fonlarının birleştirilememesi, bir fonda yer alan kaynakların diğer fonlara aktarılmasının mümkün olmaması (m.37) sayılabilir⁶⁹.

2) Prim Oranları

Genel sağlık sigortası primi, kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olanlar için, hesaplanan prime esas kazancın % 12,5'idir. Bu primin % 5'i sigortalı, % 7,5'i ise işveren payıdır. Yalnızca genel sağlık sigortasına tâbi olanların genel sağlık sigortası primi, prime esas kazancın % 12'sidir (m.81/I-f).

Değişiklik taslağı (m.81) ile finansmana devlet katkısını düzenleyen hükmün değiştirilmesi öngörülmüştür. Buna göre, Devlet, Kurumun ay itibarıyla tahsil ettiği malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası priminin dörtte biri oranında Kuruma katkı yapar. Devlet katkısı olarak hesaplanacak tutar talep edilen tarihi takip eden 15 gün içinde Hazinece Kuruma ödenir⁷⁰.

⁶⁸ Aynı yönde bkz. **Gönencan**, Zahit, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Arayışları, TİSK İşveren, C.44, S.2, Kasım 2005, s.41; **Öztürk**, Ercüment, Sosyal Güvenlik Kurumlarında Tek Çatı Çalışmaları Üzerine, Sayıştay Dergisi, S.56, Ocak-Mart 2005, s.99; **Alper**, Primler, s.235.

⁶⁹ **Alper**, Primler, s.236-237.

⁷⁰ Tezel'e göre, devletin sistemin finansmanına katkısı şartlı ve teşvik edici olursa prim tahsilatının artırılması yönünde bir adım atılmış olur. Buna göre, işveren

Devletin sosyal güvenliğin finansmanına katılma sorumluluğundan koparılması, halk-devlet ilişkisinde önemli kopmalara neden olabilir⁷¹. Bununla birlikte, Devletin sosyal güvenlik sistemine katkısının düzeyi belirlenirken, gelişmekte olan ülkeler için önemli olan ulusal tasarruf saikini zedelemeyecek oranda olması ve diğer sosyal devlet uygulamalarına da kaynak ayrılacak şekilde olmasına dikkat edilmelidir⁷².

SONUÇ

Genel sağlık sigortası, kişilerin ekonomik gücüne ve isteğine bakılmaksızın, ortaya çıkacak hastalık riskine karşı, toplumun bütün fertlerinin sağlık hizmetlerinden eşit, ulaşılabilir ve etkin bir şekilde faydalanmasını hedefleyen sağlık sigortası sistemi şeklinde tanımlanabilir. Ancak kavram her zaman içerik olarak aynı şeyi ifade etmemektedir. Başka bir deyişle içeriği kesin olmayan bir kavramdır. Kavramdaki “genel” ifadesi tüm yurttaşları kapsama alma gerekliliğini ortaya koymaktadır. Yani, çalışan veya çalışmayan herkesin asli hak sahibi olması gerekecektir. Genel sağlık sigortasının kapsamı kişiler açısından belirlenirken kavramı kullanan veya sistemi farklı şekillerde uygulayan ülkeler bulunabilir. Bazı ülkelerde kapsam vatandaşlığa göre belirlenirken, bazılarında ise ülkede yaşayan herkes kapsama alınabilmektedir. Yine “genel” ifadesine karşın nüfusun sadece bir kısmının (örneğin, sosyal sigorta kapsamında olmayanların) kapsama alınması da mümkündür. Konunun sağlık olduğu, kullanılan kavram gereği açıktır. Ancak, sağlık kavramının içeriği çok geniş olduğu için kapsama hangi hizmetlerin gireceği hususu da ülkelerin takdirine bağlıdır. Bir ülkede kapsamda olan ve finansmanı sağlanan bir hizmet başka bir ülkede kapsam dışı kalabilmektedir.

Sosyal Güvenlik Reformu kapsamında hazırlanan 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu 20 Mayıs 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ise 16 Haziran 2006 tarihinde yayınlanmış, yürürlük tarihi 1.1.2007 olarak belirlenmiş (m.108) ancak, Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 2006 tarihinde bazı maddelerinin iptali yönünde verdiği karar üzerine Kanun’un yürürlük tarihi önce 1 Temmuz 2007’ye ertelenmiş, daha sonra TBMM’de kabul edilen 5655 sayılı Kanun ile 1

veya bağımsız çalışan, prim ödemediği zaman devletin katkısından yoksun bırakılması bir yöntem olabilir. Bkz. **Tezel**, Ali, Sosyal Güvenlik Reformuna Nereden Başlanmalı, Türk Harb-İş, S.211, Aralık 2004, s.31.

⁷¹ **Koç**, Yıldırım, Sağlık ve Sosyal Güvenlik Alanındaki Düzenlemeler Türkiye’ye Büyük Zarar Verecektir, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006, s.110-111.

⁷² **Çanakçı**, H.İbrahim, Sosyal Güvenlik Reformu ve Devlet Katkısı, TİSK İşveren, C.43, S.4-5-6, Ocak/Şubat/Mart 2005, s.65.

Ocak 2008 olarak değiştirilmiştir. Son olarak 2008 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa konulan bir hükümlerle Kanunun yürürlük tarihi 1 Haziran 2008 olarak belirlenmiştir. Primsiz Ödemeler Kanun Tasarısı ise henüz Meclise sunulmamıştır.

Bütün vatandaşlara genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmeti sunulmasına dair Kanunun memurlar yönünden Anayasaya aykırılığını anlamak güçtür. Eğer Anayasaya aykırılık var ise bütün vatandaşlar bakımından vardır. Mahkeme de buna işaret eder ve bu değerlendirilebilir. Ancak bu Kanun ile memurların ilk defa diğer vatandaşlar gibi sağlık sigortası içinde prim katkısında bulunması, diğer vatandaşlarla aynı hak ve yükümlülüklerle tabii tutulmasının Anayasaya aykırı olması anlaşılabilir.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin genel sağlık sigortası kapsamının dışına çıkarılması, sosyal güvenlik reformunun en önemli ayağı olan sağlık sisteminin, genel sağlık sigortası adını almasını da tehlikeye sokmuştu. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararından sonra kamuoyunun görüşüne sunulan Kanuna ilişkin değişiklik taslağında memur ve kamu görevlilerinin tekrar genel sağlık sigortası kapsamında yer aldığı görülmektedir. Bu durum da tüm çalışan gruplarının genel sağlık sigortası sistemi içinde yer alması iradesinin göstergesidir.

Genel sağlık sigortasının kurulmasında ve bunun memurları da içine alacak şekilde düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır. Çünkü, çalışma şekli ve yapılan hizmetin niteliği ne olursa olsun sağlık hakkı tüm insanlar için aynı önemde geçerlidir. Dolayısıyla bu hak herkes için mümkün olduğunca eşit esaslara göre düzenlenmelidir. Sağlık, zengin-fakir, emekli-çalışan, işçi-memur, bağımsız çalışan herkes için vazgeçilmez bir ihtiyaçtır. Sağlık hakkı ve sağlık hizmetlerinin sağlanmasında kişileri gruplara ayırmak doğru değildir. Sonuç olarak 5510 sayılı Kanunun eleştiriler doğrultusunda düzenlemeler yapılmak ve gerekli alt yapının sağlanması şartıyla yürürlüğe girmesinde genel sağlık sigortası açısından fayda görüyoruz.

KAYNAKÇA*

- Akbulak**, Sevinç/**Akbulak**, Yavuz, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yaşanan Sorunlar ve Alınması Gereken Önlemler, Sosyal Güvenlik Kurumlarının Kaynak Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ekonomik ve Mali Araştırma Yarışması, Maliye Hesap Uzmanları Vakfı Yayınları, Yayın No.17, Ankara 2004.
- Akın**, Levent, Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Sigortalılığın Kapsamı ve Primli Rejimle Bağdaşması, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, 26-27.01.2007, Sosyal Güvenlik Hukuku Yasalar Gerçekler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007 (Sigortalılığın Kapsamı).
- Akın**, Levent, Sigortalılık Kavramı Açısından Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.2, Ankara 2005 (Sigortalılık Kavramı).
- Akın**, Levent, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, Çalışma ve Toplum, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Sempozyumu Özel Sayı, S.8, 2006/1 (Yeni Gelişmeler).
- Akın**, Levent, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Tek Çatı Uygulaması Üzerine Bir Değerlendirme, Türk-İş, S.362, Temmuz-Ağustos 2004 (Tek Çatı).
- Akkaya**, Yüksel, Sosyal Güvenlik Tarihi Üzerine Notlar, Toplum ve Hekim, C.15, S.2, Mart- Nisan 2000.
- Akyıldız**, Hüseyin, Sosyal Güvenlik Hukuku, Isparta 2004.
- Alper**, Yusuf, Genel Sağlık Sigortasına Geçiş, SSK Mensuplarının Daha İyi Sağlık Hizmetleri Alması Anlamına Gelmebilir, İşveren, Ocak 2004 (Geçiş).
- Alper**, Yusuf, Sosyal Güvenliğin Finansmanı/Primler, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri 29-30 Kasım 2006, Kamu-İş, Ankara 2007 (Primler).
- Alper**, Yusuf, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform: Temel Esaslar ve Tartışmalar, TİSK İşveren, C.44, S.2, Kasım 2005 (Tartışmalar).
- Alper**, Yusuf, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Arayışları, Türk-İş, S.362, Temmuz-Ağustos 2004 (Reform Arayışları).
- Alper**, Yusuf, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform: Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve Kurumsal Değerlendirme Analizi, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006 (Kurumsal Değerlendirme).
- Alper**, Yusuf, Sosyal Güvenlik Yasa Tasarılarının Değerlendirilmesi, Sosyal Güvenlik Yasa Tasarılarının Değerlendirilmesi Semineri 22 Şubat 2005, TİSK Yayın No:256, Ankara 2005 (Değerlendirilmesi).
- Alper**, Yusuf, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle İşverene Getirilen Yükümlülükler, TİSK İşveren, C.44, S.8, Mayıs 2006 (Yükümlülükler).
- Alper**, Yusuf, Türk Emeklilik Sisteminde Reform, MESS Mercek, Ocak 2005 (Reform).
- Arıcı**, Kadir, Primsiz Ödemeler Kanunu'nun Getirdikleri, TİSK İşveren, C.43, S.4-5-6, Ocak/Şubat/Mart 2005 (Primsiz Ödemeler).
- Arıcı**, Kadir, Sosyal Güvenlik Kurumunun Yeni Yapısı ve İşleyiş Esasları, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri 29-30 Kasım 2006, Kamu-İş, Ankara 2007 (İşleyiş Esasları).
- Arıcı**, Kadir, Sosyal Güvenlik Sisteminde Bir Reformun Gerekliği Tartışması Üzerine Notlar, Türk Harb-İş, S.211, Aralık 2004 (Notlar).
- Arıcı**, Kadir, Sosyal Güvenlik Yasa Tasarılarının Değerlendirilmesi, Sosyal Güvenlik Yasa Tasarılarının Değerlendirilmesi Semineri 22 Şubat 2005, TİSK Yayın No:256, Ankara 2005 (Değerlendirilmesi).
- Arıcı**, Kadir, Sosyal Yardımlar ve Primsiz Ödemeler Kanunu Tasarısı'nın Genel İlkeleri, İşleyişi, Yeterliliği Sorunu, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006 (Sorunu).

* Birden fazla eserine gönderme yapılan yazarlarda parantez içindeki kısaltmalar kullanılmıştır.

- Arıcı, Kadir**, Yeni Sosyal Güvenlik Kurumunun İşleyiş Tarzı ve Üstlendiği Yeni Görevler, TİSK İşveren, C.44, S.8, Mayıs 2006 (Yeni Görevler).
- Aydın, Ufuk**, Sosyal Güvenlik Sorunlarının Çözümünde Özel Sigortalar, Eskişehir 1999.
- Başterzi, Fatma**, Türk Emeklilik Sisteminde Reform, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006.
- Caniklioğlu, Nurşen**, Kısa Vadeli Sigorta Kolları Açısından Yeni Mevzuatın Getirdiği Değişiklikler, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri 29-30 Kasım 2006, Kamu-İş, Ankara 2007 (Değişiklikler).
- Caniklioğlu, Nurşen**, Kısa Vadeli Sigortalar Bağlamında 5510 Sayılı Yasa Uygulaması ve Çıkacak Sorunlar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu 26-27.01.2007, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007 (Sorunlar).
- Caniklioğlu, Nurşen**, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısına Göre Sosyal Sigorta Hak ve Yükümlülükleri, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri 10-11 Haziran 2005, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2006 (Sosyal Sigortalar).
- Caniklioğlu, Nurşen**, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri, Çalışma ve Toplum, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Sempozyumu Özel Sayı, 2006/1 (Hükümleri).
- Çanakçı, H.İbrahim**, Sosyal Güvenlik Reformu ve Devlet Katkısı, TİSK İşveren, C.43, S.4-5-6, Ocak/Şubat/Mart 2005.
- Çelik, Hüseyin**, GSS İle Getirilen Yenilikler, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006.
- Çelikoğlu, İlyas**, Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Finansman Yöntemleri ve Türkiye Uygulaması, DPT, Ankara 1994 (Türkiye Uygulaması).
- Çelikoğlu, İlyas**, Sosyal Güvenlikte Yeni Eğilimler ve Gelişme Perspektifleri, DPT, Ankara 1998 (Yeni Eğilimler).
- Çelikoğlu, İlyas**, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin Temel Sorunları ve Sistemin Yeniden Yapılandırılması, DPT, Ankara 1998 (Temel Sorunlar).
- Çelikoğlu, İlyas**, Yeni Bir Reform Öncesinde Sosyal Güvenlik, DPT, Ankara 2005 (Yeni Bir Reform).
- Dayanıklı, Murat**, Sosyal Güvenlik Reformu Çerçevesinde Genel Sağlık Sigortası Düzenlemesi, TİSK İşveren, C.44, S.8, Mayıs 2006.
- Dilic, Sait**, Sosyal Güvenliğin Tarihsel Gelişimi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.43, No.1-2, Ocak- Haziran 1988 (Tarihsel Gelişimi).
- Dilic, Sait**, Sosyal Güvenlik Kavramı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XIV, S.1, Haziran 1987 (Sosyal Güvenlik Kavramı).
- Dilic, Sait**, Sosyal Piyasa Ekonomisinin Vazgeçilmez Bir Parçası Olarak Sosyal Güvenlik, Ankara 1992 (Sosyal Piyasa Ekonomisi).
- Dorfman, Mark S.**, Risk Management- Insurance, New Jersey 1994.
- DPT**, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2001.
- Ekmekeçi, Ömer**, 5510 Sayılı Yasada Prim Sistemi, Prime Esas Ücret ve Prim Tahsilatındaki Sorunlar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu 26-27.01.2007, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007 (Sorunlar).
- Ekmekeçi, Ömer**, Emeklilik Sigortası Kanunu Tasarısı Taslağı Üzerine, Toprak İşveren, S.65, Mart 2005 (Emeklilik Sigortası).
- Ergin, Berin**, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuya Nasıl Bakıyor?, MESS Sicil, S.4, Aralık 2006.
- Erkul, İhsan**, Sosyal Politika Dersleri, C.1, AÜESBAV, Yayın No:50, Eskişehir 1988.
- Gerek, Nüvit**, Sosyal Güvenlik Reformu Mu Yoksa Sosyal Güvenlik Çıkmazı Mı?, Tühis, C.19, S.6, Kasım 2005.
- Gordon, Margeret S.**, Social Security Policies In Industrial Countries, A Comparative Analysis, Cambridge University Pres, New York 1990.
- Gönencan, Zahit**, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Reform Arayışları, TİSK İşveren, C.44, S.2, Kasım 2005.
- Greenough, W.C./King, F.P.**, Pension Plans and Public Policy, New York 1976.

Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası

- Güzel**, Ali, Genel Değerlendirme: Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?, Çalışma ve Toplum, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Sempozyumu Özel Sayı, 2006/1 (Genel Değerlendirme).
- Güzel**, Ali, Sosyal Güvenliğin Evrensel Değerleri ve Yeni Liberal Reformlar, Tes-İş 2006/3, Kasım 2006 (Liberal Reformlar).
- Güzel**, Ali, Sosyal Güvenlik Reformuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Toprak İşveren, S.70, Haziran 2006 (Sosyal Güvenlik).
- Güzel**, Ali, Sosyal Güvenlik Reformuna İlişkin Kısa Bir Değerlendirme, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık 2007 (Kısa Bir Değerlendirme).
- Güzel**, Ali, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?, Çalışma ve Toplum, S.7 -Internet Baskısı-, 2005/4 (Reform).
- Güzel**, Ali, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin Yeniden Yapılanması: Öngörülen Modelin Değerlendirilmesi, İş Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005 (Modelin Değerlendirilmesi).
- Güzel**, Ali, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılandırma: Nedenler ve Amaçlar, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri 7-8 Aralık 2006, TİSK Yayın No:284, Ankara 2007 (Yeniden Yapılandırma).
- Güzel**, Ali/**Ocak**, Saim, 5510 Sayılı Yasa İle İşverenlere Getirilen Ek Sosyal Sigorta Yükümlülükleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.13, İstanbul 2007.
- Güzel**, Ali/**Okur**, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2004.
- İşveren**, Adil, Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1968.
- Koç**, Yıldırım, Sağlık ve Sosyal Güvenlik Alanındaki Düzenlemeler Türkiye'ye Büyük Zarar Verecektir, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006.
- Kurt**, Resul, Sosyal Güvenlik Reformu Kanunlarının Çalışanlara Etkileri, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006.
- Okur**, Ali Rıza, Çatıdan Temele Sosyal Güvenlik Reformu, TİSK İşveren, C.43, S.4-5-6, Ocak/Şubat/Mart 2005 (Çatıdan Temele).
- Okur**, Ali Rıza, Çok Çatı, Tek Çatı, Yok Çatı, Türk-İş, S.362, Temmuz-Ağustos 2004 (Tek Çatı).
- Okur**, Ali Rıza, Genel Sağlık Sigortasının Ortaya Çıkaracağı Sorunlar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu 26-27.01.2007, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007 (Sorunlar).
- Okur**, Ali Rıza, Sorunları İle Gelen Reform, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006 (Reform).
- Okur**, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.12, İstanbul 2006 (Sosyal Güvenlik Reformu).
- Okur**, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dalları, Çalışma ve Toplum, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Sempozyumu Özel Sayı, 2006/1 (Sigorta Dalları).
- Okur**, Ali Rıza, Türk Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri 7-8 Aralık 2006, TİSK Yayın No:284, Ankara 2007 (Genel Sağlık Sigortası).
- Okur**, Ali Rıza/**Laçiner**, Hediye, Reform Sonrasında Yaşlılık Aylığı Koşulları, Tes-İş, S.2006/3, Kasım 2006.
- Özsarı**, Haluk, Ülkemizde Genel Sağlık Sigortası Süreci, TİSK İşveren, C.43, S.4-5-6, Ocak/Şubat/Mart 2005.
- Öztürk**, Ercüment, Sosyal Güvenlik Kurumlarında Tek Çatı Çalışmaları Üzerine, Sayıştay Dergisi, S.56, Ocak-Mart 2005.
- Pekten**, Ali, Genel Sağlık Sigortası Sistemi ve Getirdiği Yenilikler, Sayıştay Dergisi, S.61, Nisan-Haziran 2006.
- Ross**, Stanford G., Income Security Programs: Past, Present and Future, Working Paper for the President's Commission on Pension Policy, Washington DC 1980.
- Sargutan**, Erdal, Türk Sağlık Politikası, Ankara 1996.
- Serin**, İlhan, Genel Sağlık Sigortası ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, İstanbul 2004.
- Sosyal Güvenlik Kuruluşları Genel Müdürlüğü**, 75 Yılda Sosyal Güvenlikte Gelişmeler, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Dergisi, S.1, Ekim-Aralık 1998.
- Soyer**, Polat, Darbe, Liberalizasyon ve Sağlık, Türkiye Fotoğrafı (1980-1995), Ekim 1996.
- Sözer**, Ali Nazım, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Sosyal Sigortalara İlişkin Hükümleri Üzerine, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006 (5510 Sayılı).
- Sözer**, Ali Nazım, Genel Sağlık ve Emeklilik Sigortası Sistemleri İle Sosyal Yardım ve Hizmetler Kanun Tasarı Taslakları Hakkında, Türk-İş, S.362, Temmuz-Ağustos 2004 (Taslakları Hakkında).

- Sözer**, Ali Nazım, Sağlıkta Dönüşüm Projesi ve Genel Sağlık Sigortası, TİSK Akademi, C.1, S.1, 2006 (Sağlıkta Dönüşüm).
- Sözer**, Ali Nazım, Sosyal Güvenliğin Organizasyonu, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri, 7-8 Aralık 2006, TİSK Yayın No:284, Ankara 2007 (Organizasyonu).
- Sözer**, Ali Nazım, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın 29 Temmuz 2004 Tarihli Sosyal Güvenlik Sistemine Reform Önerisi Taslak Metni Üzerine, <http://www.harb-is.org.tr/media%5Csosyalguvenlikraporu.doc>, 9.2.2006 (Taslak Metni Üzerine).
- Sözer**, Ali Nazım, Sosyal Sigorta Kurumlarında Yeniden Yapılanma, Çimento İşveren, C.8, S.3, Mayıs 1994 (Yeniden Yapılanma).
- Sözer**, Ali Nazım, Genel Sağlık Sigortası: Reform Mu Deform Mu?, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri 29-30 Kasım 2006, Kamu-İş, Ankara 2007 (Genel Sağlık Sigortası).
- Su**, Mustafa, Özel Sağlık Sigortası Sistemine Giren Kişilerin Sayısında Önemli Bir Düşüş Olacaktır, TİSK İşveren, Ocak 2004.
- Şakar**, Müjdat, Kazanılmış Haklar Bağlamında Uzun Vadeli Sigortalar ve 5510 Sayılı Yasa Uygulamasında Çıkacak Sorunlar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu 26-27.01.2007, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007 (Sorunlar).
- Şakar**, Müjdat, Kazanılmış Haklar Bakımından Yeni Mevzuat, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri 29-30 Kasım 2006, Kamu-İş, Ankara 2007 (Kazanılmış Haklar).
- Şakar**, Müjdat, SSK'lıların Adı 4/a'lı Oldu, MESS Mercek, Özel Sayı, Temmuz 2006 (SSK'lıların Adı).
- Şen**, Murat, Osmanlı Devletinde Sosyal Güvenlik: Ahi Birlikleri, Loncalar ve Vakıflar, Çimento İşveren, C.16, S.6, Kasım 2002.
- Talas**, Cahit, Toplumsal Politika, Ankara 1990.
- Taylor**, P. Gooby/Dale, J., Social Theory and Social Welfare, Great Britain 1981.
- Teksöz**, A. Tuncay, Sosyal Güvenlik Reformu, TİSK İşveren, C.43, S.4-5-6, Ocak/Şubat/Mart 2005.
- Tezel**, Ali, Sosyal Güvenlik Reformuna Nereden Başlanmalı, Türk Harb-İş, S.211, Aralık 2004.
- Tomanbay**, İlhan, Sosyal Çalışma Sözlüğü, Ankara 1999.
- Topak**, Oğuz, Dünya Bankası ve Sosyal Güvenlik Sistemine İlişkin Yeni Hedefler, Sendikal Notlar (Petrol-İş), S.23, Ağustos 2004.
- Toptaş**, Ali, Sosyal Güvenlikte Tek Çatı, Türk Harb-İş, S.221, Haziran 2006.
- Tulukçu**, Binnur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması, Ankara 2000.
- Tuncay**, A. Can/Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.
- Tuncay**, A. Can, Sosyal Güvenlik Krizi Çözülmemeyecek Mi?, MESS Mercek, S.9, Ocak 1998 (Sosyal Güvenlik).
- Tuncay**, A. Can, Türk Emeklilik Sistemine Reform Önerisinin Değerlendirilmesi, Çimento İşveren, C.19, S.2, Mart 2005 (Değerlendirilmesi).
- Tuncay**, A. Can, Türk Sosyal Güvenlik Sistemine Reform İhtiyacı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997 (Reform İhtiyacı).
- Tunçomağ**, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1988.
- Üçışık**, Fehim, Türkiye'de Genel Sağlık Sigortasının Kurulması, Argumentum, S.1, Ağustos 1990.
- Williamson**, John B., Old Age Relief Policy Prior to 1900: The Trend Toward Restrictiveness, The American Journal of Economics and Sociology, Vol.43, No.3, July 1984.
- Yılmaz**, B. Elif/Şeker, Murat, Türk Sosyal Güvenlik Sistemine Yaşanan Sorunlar ve Bir Alan Araştırması, Sigorta Araştırmaları Dergisi, S.2, Temmuz 2006.
- Yorgun**, Sayim, 5510 Sayılı Kanun'un Tekrar Ertilenmesine İlişkin Gerekçeler Kamuoyu İle Paylaşılmalıdır, Norm ve Standart Birliğinden Taviz Verilmeyeceği İlan Edilmelidir, TİSK İşveren, C.46, S.1, Ekim 2007.
- Zakaryan**, Kaspar, Genel Sağlık Sigortası Yasa Taslağına Özel Sağlık Sigortaları Açısından Bir Bakış, Toprak İşveren, Mart 2005.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) ve rtf (zengin metin biçimi) türlerinde kaydedilmiş iki ayrı dosya halinde hazırlanmış **bir disket/cd.si** ve ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

2. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

3. **Metin yazıları** Times New Roman karakteri ile **10,5** punto **tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. Yazıdaki başlıklar başlık biçimleri kullanılarak yazılmalı, **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalı, metin içerisindeki diğeri tüm başlıklar Başlık 2 biçiminden başlayarak ayarlanmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

4. **Dipnotlar,** Times New Roman yazı karakteri, **10** punto, **Tek** satır aralığı, **0,7 asılı,** paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı (örn. YILDIRIM Ramazan), (yayın yılı), **Kitap Adı,** (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), **Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa;** aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

5. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı,** en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adeti geçmemek üzere **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Bu şartları taşımayan başvurular kabul edilmeyecektir.

Dergiyle ilgili tüm bilgilere **<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/dergi/dergi.html>** internet adresinden ulaşabilirsiniz.