

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 17

Sayı: 2

Yıl: 2009



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN: 1306-8075

Sahibi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Mehmet AYAN (Dekan)

Editörler (Editors)

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Arş. Gör. Dr. Mustafa ARIKAN

Yayın Kurulu (Editorial Board)

Prof. Dr. Mehmet AYAN

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

Prof. Dr. Yavuz ATAR

Prof. Dr. Sami KARAHAN

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Doç. Dr. M. Fatih UŞAN

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Doç. Dr. Faruk BİLİR

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board)

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)

Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
(Gazi Ü.)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)

Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara 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>

e-mail: hukukdergi@selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000 yılından itibaren hakemli dergi olarak yayınlanmaktadır. Yılda iki sayı halinde yayımlanan dergimizde yer alan 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)
Doç. Dr. Murat Doğan	(Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Kürşat Turanboy	(Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Süleyman Yalman	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Zafer Zeytin	(Akdeniz 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 Tahirođlu (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Nadi Günal (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

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

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Kadir Arıcı (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoglu (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Adnan Tuđ (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Fatih Uşan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

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

İdare Hukuku Anabilim Dalı

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

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

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

KAMU HUKUKU

GENEL OLARAK BİLGİ VE BİLGİ TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE
BİLGİNİN HUKUKTAKİ ANLAMI..... 11

Dr. Atila ERKAL

DEMOKRATİK ÜLKELERİN ANAYASALARINDA YASALLIK,
MALİ GÜCE GÖRE VERGİLENDİRME VE EŞİTLİK İLKELERİNİN
VERGİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 31

Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN

CUMHURİYET SAVCILARININ GÖREVLERİNDEN
KAYNAKLANAN İDARİ BAŞVURULAR..... 49

Hüseyin BİLGİN

ÖZEL HUKUK

İŞYERİ ETİK KURALLARI 73

Dr. Ertan İREN

TEZ ÖZETLERİ

RESTRICTIONS ON THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE STRASBOURG AND TURKISH LEGAL ORDERS 85

Dr. Murat TUMAY

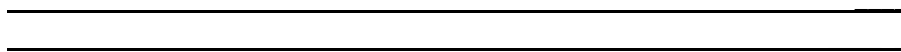
FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA TELEVİZYON PROGRAM FORMATLARININ KORUNMASI 129

Dr. Mustafa ARIKAN

ANONİM ŞİRKETLERDE ORTAKLIKTAN ÇIKARILMA 171

Dr. Aytekin ÇELİK

Makaleler



Kamu Hukuku

GENEL OLARAK BİLGİ VE BİLGİ TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE BİLGİNİN HUKUKTAKİ ANLAMI

Dr. Atila ERKAL*

ÖZET

Bilgi, çok geniş kapsamlı kullanılan bir kavramdır. Nerdeyse tüm toplumsal ve bilimsel alanlarda kullanılmaktadır. Bu kavrama bilim dalları farklı anlamlar yüklemişlerdir. Hukuk alanında da farklı bir bakış açısı vardır. Bilgi, hukuk alanında yoğun bir şekilde shannonun bilgi teorisiyle birlikte ele alınmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: Bilgi, Bilgi kavramı, Bilgi teorisi, Bilginin anlamı, Bilgi ve Hukuk

INFORMATIONSBEGRIFF UND DIE BEDEUTUNG DER INFORMATION IM RECHT BEZUGLICH DER INFORMATIONSTHEORIE

ABSTRAKT

Information ist ein sehr weitläufig verwendeter Begriff. Er findet beinahe in allen Bereichen der Gesellschaft und Wissenschaft Verwendung. Die Einzelwissenschaften haben dem Begriff unterschiedliche Bedeutung gegeben. In den Rechtswissenschaften hat er eine andere Sichtweise. In den Rechtswissenschaften wird die Information sehr häufig mit der shannonischen Informationstheorie angeknüpft.

SCHLUSSELWÖRTER: Information, Informationsbegriff, die Bedeutung der Information, Information und Recht

I. Giriş

Bilgi, üzerinde en çok durulan kavramlardan bir tanesidir. Bilgiye, geçmişten günümüze çok farklı anlamlar yüklenmiştir. Bu kavram hukukta da geniş kapsamlı olarak kullanılmaktadır. Kullanıldığı yer ve duruma göre kendisine farklı hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Bilhassa Kamu Hukuku ve İdare Hukukunda özel bir anlam taşımaktadır. İdarenin elindeki bilgilere erişim hakkı Türkiye’de olduğu gibi birçok ülkede üzerinde durulan ve bireylere

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

tanınan bir hak olmuştur. Bu makalede bilgi kavramı, bilginin önemi ve değeri, bilgi teorisi çerçevesinde bilginin hukuktaki anlamı ve nihayet hukukun konusu olması bakımından bilgi üzerinde durulmuştur.

II. Bilgi Kavramı

A. Kavram Olarak

Kelime anlamı olarak bilgi; “insan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütününe verilen ad, malumat”, “öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek, vukuf”, “insan zekasının çalışması sonucu ortaya çıkan düşünce ürünü”, “genel olarak ve ilk sezi durumunda zihnin kavradığı temel düşünceler, “bilim” ve “kurallardan yararlanarak kişinin veriye yönettiği anlam” olarak ifade edilmektedir.¹ Bunların dışında bilgi farklı bilim dallarında daha farklı anlamlara gelmektedir.² Bilgi kavramıyla çok yakın anlam taşıyan bir diğeri ise enformasyon kavramıdır.³ Enformasyon’un anlamı danışma, tanıtma, haber alma, haber verme ve haberleşmedir.⁴ Enformasyon kavram olarak Batı dillerinde yer alan “Information“ kavramıyla örtüşmektedir.⁵ Bu kavram Batı ülkelerindeki “Bilgi” kavramını ifade etmektedir. Hukuk terminolojisinde de çok uzun bir süredir teknik terim olarak kullanılmaktadır.⁶ Burada ifade edilen, bilginin elde edilmesi ve bilginin iletilmesidir. Bu da yeni bir bilginin elde edilmesi ve ifşa edilme sürecini ortaya koymaktadır.⁷

Bilgi ile çok sıkı bir şekilde yan yana kullanılan veri ve bilen kavramlarına kanunlar ve doktrin farklı anlamlar yüklemektedirler. Bunlar bazen eş anlamlı bazen de farklı olarak kullanılmaktadır. Bir görüş bilgiyi ve

¹ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C. I, A-J, Ankara 1998, S. 294.

² Farklı anlamlar için bkz. Hançerlioğlu, Orhan, Toplumbilim Sözlüğü, İstanbul 1996, S. 39 vd.; Meydan Larousse, C. 2, İstanbul 1990, S. 371.

³ Kaboğlu hak kapsamında enformasyon hakkını ve bilgi edinme hakkını aynı anlamda kullanmaktadır. Kaboğlu, İbrahim, Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye), İnsan Hakları Yıllığı, C. 15, 1993, S. 46.

⁴ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, A-J, S. 712.

⁵ Almanya örneği için bkz. Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, C. 5, Impu-Leim, Mannheim 1999, S. 1935; Brock Haus Enzyklopädie, C. 13, Hurs-Jem, Mannheim 2006, S. 279.

⁶ Bilgi kavramı hukuk alanında “teknik terim“ olarak özellikle 18. y.y. da kullanılmaya başlanmıştır. Capurro, Rafael, Information, Ein Beitrag zur etymologischen und ideengeschichtlichen Begründung des Informationsbegriffs, München, New York, London, Paris 1978, S. 185, 193.

⁷ Capurro, Information, S. 185 vd.

bilme halini eş anlamlı kullanmaktadır.⁸ Diğer bir görüş bilgi ve veriyi eş anlamlı olarak kullanmaktadır.⁹ Bir başka görüş bilgi ve veri arasındaki farklılığa dikkat çekmektedir.¹⁰ Buna göre veri işaret çerçevesinde, bilgi ise sosyal çerçevede ele alınmalıdır. Bilgi ve veriyi birbirinden farklı gören bir diğer görüş ise verinin bilgiden önce geldiği ve bilginin temelini oluşturduğu yönündedir.¹¹ Kanunlarda ise bilgi ve veri çoğunlukla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

B. Yasal Olarak

Bilginin tanımı çeşitli yasalarda yer almaktadır. Bunlar bilgiyi bir taraftan kavram, diğer taraftan bilginin kayıt ve vücut bulduğu fiziksel şekil olarak tanımlamaktadır. Türkiye’de bilginin yasal tanımı özellikle Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nda yer almaktadır. Bu Kanunun 3/c maddesinde bilgi kavramı olarak tanımlanmaktadır. Buna göre bilgi; kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan bu kanun kapsamındaki her türlü veriyi kapsamaktadır. Kanun bilginin dışında ayrıca belgeyi de 3/d maddesinde açıklanmaktadır. Burada tek tek sayma yoluyla kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarının bilgi olduğu ifade edilmektedir. Kanun bu kapsamda bilgi ve belgeyi birbirinden ayırmaktadır. Belge aslında bilginin saklandığı, vücut bulduğu şekilden başka bir şey değildir. Kanun’un bilgi ve belge kavramlarını birbirinden ayırmasının pratik faydası, belgenin istenilen bilgiye erişimin sağlandığı materyal olmasıdır. Bunun dışında Çevre Kanunu, 2/30. fıkrasında bilgiyi çevre bağlamında “su, hava, toprak, bitki ve hayvan varlığı ile bunları olumsuz olarak etkileyen veya etkileme ihtimali bulunan faaliyetler ve alınan idarî ve teknik önlemlere ilişkin olarak mevcut bulunan her türlü yazılı, sözlü veya görüntülü bilgi veya veri”, olarak tanımlamaktadır.

Bilgi kavramı Avrupa hukukunda da yasal olarak tanımlanmaktadır. Almanya örneğine baktığımızda bilginin öncelikle 1994 tarihli Federal Çevresel Bilgilere Erişim Kanunu’nun (Umweltinformationsgesetz) 3/2 maddesinde tanımlandığını görmekteyiz. Buna göre bilgi, yazılı, görsel veya diğer bilgi

⁸ Hopf, Information für Märkte und Märkte für Information, S. 15.

⁹ Wacker, Betriebswirtschaftliche Informationstheorie, S. 32; Benzer bir şekilde Bull, Datenschutz, Informationsrecht und Rechtspolitik, S. 41.

¹⁰ Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 89 vd.; Vesting, in: Hoffmann-Riem/Schmidt Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, S. 10.

¹¹ Schoch, VVDStRL 1998, S. 167.

taşıyıcılarında yer alan verilerdir. Federal Çevresel Bilgilere Erişim Kanununun 2004 tarihinde değişmesiyle daha genel bir tanımlamaya gidilmiştir. Kanununun 2/3 maddesinde bilgi, kayıt şekline bakılmaksızın çevreyle ilgili bütün veriler olarak tanımlanmıştır. Bunun dışında 2006 tarihli Alman Federal Bilgi Özgürlüğü Kanunu da (Bundesinformationsfreiheitsgesetz) bilgiyi tanımlamıştır. Bu kanununun 2/1 maddesine göre bilgi; kayıt şekline bakılmaksızın resmi amaçlara hizmet eden kayıttır. Yine bilgi edinme hakkıyla ilgili olarak 1976 tarihli Federal Alman İdari Usul Kanununun (Bundesverwaltungsverfahrensgesetz) 29. maddesinde Dosya İnceleme Hakkı (Akteneinsichtsrecht) tanınmıştır. Diğer kanunların aksine bu kanunda dosya ve bilgi tanımı yer almamaktadır. Sadece incelenecek dosyaların idari usulü ilgilendiren dosyalar olacağı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere Almanya'da tarihsel süreç içerisinde bilgi kavramının tanımı zamanla genelleşmiştir. Önceleri sayma yoluna giden kanunlar günümüzde kanunun uygulama alanı çerçevesinde bir tanım yapmaktadır. Çevre kanunları bilgiyi sadece çevresel nitelikte değerlendirirken bilgi edinme hakkına ilişkin kanunlar bilgiyi daha genel tanımlamaktadır. Bu tanımlamalara rağmen bilginin genel bir yasal tanımı bulunmamaktadır.¹² Bunun sebebi de kanunların bilginin tanımından ziyade kullanılması, kapsamı, erişim usulü ve istisnalarını düzenlemesidir.¹³ Kısacası kanunlar bilginin hukuki ilişkilere konu olmasını düzenlemektedir.

Görüldüğü üzere yasal tanımlamalar bilginin kaynağına ve resmi - özel bilgi olup olmasına göre yapılmaktadır. Bunun yanında bilginin vücut bulduğu şekil önem taşımaktadır. Çünkü bilgiye erişim bilginin kaydedildiği yada tutulduğu şekil üzerinden gerçekleşmektedir. Bu bir kitap, video ya da teyp bandı olabilmektedir. Dolayısıyla bilgi ve bilginin taşındığı şeklin kanuni deyişimiyle belgenin birbirinden ayrı düşünülmesi imkansız görülmektedir.

III. Bilginin Önemi ve Değeri

Bilgi kavramı çok boyutlu bir içeriğe sahip olması nedeniyle anlam olarak sınırlandırılması da bir o kadar zordur. Bu kavramın neredeyse bütün toplumsal alanlarda ve bilim dünyasında çok geniş bir kullanımı vardır.¹⁴

¹² Ancak doktrinde özellikle İdare Hukuku için geçerli olacak bir normatif tanımın gerekliliğine işaret edilmektedir. Lenk, Klaus, *Ausserrechtliche Grundlagen für das Verwaltungsrecht, Zur Bedeutung von Information und Kommunikation der Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Baden-Baden 2000, S. 63.

¹³ Lenk, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, S. 65.

¹⁴ Bilgi ve değer ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için Muğla Üniversitesi Felsefe Bölümü Sempozyum Bildirileri'ne bakınız. Bilgi ve Değer, Ankara 2002.

Bilgiye kavramsal olarak farklı anlamlar yüklense de doktrinin üzerinde uzlaştığı ortak nokta, bilginin “Güç” anlamına geldiği ve bunu simgelediğidir.¹⁵ Bu da bilginin önemi ve değerini ortaya koymaktadır. Bu güç devlet yada birey hakim olabilir. Burada önemli olan bilginin kullanılış amacıdır. Bilgi insanlığın faydası ve refahına hizmet edebileceği gibi aleyhine ve zararına da kullanılabilir. Bu çerçevede atomun çekirdeklerine bölünebilmesi hakkındaki bilgi, atom enerjisi olarak insanlığın refahını sağlamak için elektrik üretimine konu olabileceği gibi, kitle imha silahlarının üretiminde kullanılarak zararlı sonuçların doğmasına neden olabilir. Bunun dışında bilgi “yol gösterici niteliği“ ile doğru kararlar vererek şahsi menfaatlere de hizmet edebilir. Buna örnek olarak Nathen Rothschild’in¹⁶ 1815 yılında Fransa ve İngiltere arasında yapılan Waterloo savaşında Napoleon’un yenilgisini kurmuş olduğu bilgi ağı sayesinde, özellikle haber güvercinlerini kullanarak çok erken öğrenmesini ve buna binaen verdiği doğru kararlar Londra Borsasında büyük bir kazanç sağlamasını verebiliriz.¹⁷ Buna karşın bilgi eksikliği büyük hataların yapılmasına ve zararların görülmesine neden olabilir. Günümüzde deprem, tsunami, sel gibi doğal afetlerin önceden tespit edilmesini sağlayacak yöntemler ve erken uyarı sistemleri üzerinde çalışılmaktadır. Bu sayede doğal afetler meydana gelmeden önce tespit edilerek elde edilen bilgiyle zararların en aza indirgenmesi hedeflenmektedir.

¹⁵ Klopfer, Michael, Informationsrecht, München 2002, S. 25; Spinner, F. Helmut, Die Wissensordnung, Ein Leitkonzept für die dritte Grundordnung des Informationszeitalters, Opladen 1994, S. 19; Schoch, Friedrich, Das Recht auf Zugang zu staatlichen Informationen – Informationsfreiheit in Deutschland und in der Schweiz-, DÖV 2006, S. 1 vd.; Pitschas, Rainer, Informationelle Selbstbestimmung zwischen digitaler Ökonomie und Internet, DuD 1998, S. 144; Sieber, Ulrich, Informationsrecht und Recht der Informationstechnik, NJW 1989, S. 2570; Tinnefeld, Marie-Theres, Sapere aude! Über Informationsfreiheit, Privatheit und Raster, NJW 2007, S. 626; Schwan, Eggert, Amtsgeheimnis oder Aktenöffentlichkeit?, Der Auskunftsanspruch des Betroffenen, das Grundrecht auf Datenschutz und das Prinzip der Aktenöffentlichkeit, München 1984, S. 152; Francis Bacon’un 16. yüzyılda zikrettiği “Bilgi Güçtür” (nakleden Sieber, NJW 1989, S. 2570) sözü o günden günümüze kadar bilginin öneminden hiç bir şey kaybetmediği bunun aksine değerinin daha da arttığını göstermektedir.

¹⁶ Nathen Rothschild modern bankacılığın ve küresel ekonominin kurucularındandır. Daha fazla bilgi için bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/Mayer_Amschel_Rothschild (Erişim tarihi: 01.06.2009).

¹⁷ Bkz. Steinbuch, Karl, Der Mensch – Objekt oder Subjekt der Informationsverarbeitung, RDV 1988, S. 2.

En büyük bilgi deposu ve bununla birlikte en büyük bilgi kaynağı devlettir.¹⁸ Çünkü devlet yaşamın her alanından bilgi toplamakta ve kayıt tutmaktadır. Özellikle iş, sağlık ve eğitim sektöründe, sosyal güvenlikte, kamu düzeninin korunması için ve planlama gibi alanlarda bilgi toplamaktadır.¹⁹ Devletin bilgi üzerinde yaptığı işlem genel olarak bilgiyi elde etmek, bunu sınıflandırmak ve saklamaktır.²⁰ Zaten bu da devletin geleneksel görevleri arasında yer almaktadır. Devlet yönetiminde bilgi olmazsa olmazdır.²¹ Bilgi sahibi olmayan devlet, yönetim gücüne de sahip olamaz. Kısacası devlet elindeki bilgiler ışığında hareket etmekte ve gücünü bundan almaktadır. Ayrıca bilgi devletin bireyle ve kitleyle iletişim kurmasının en büyük aracıdır.²² Bunun yanında bilgilere erişim bireyi devlet karşısında güçlü bir konuma getirmektedir. Bu da bireyin hem yurttaşlık görevlerini etkili bir şekilde yerine getirmesine hem de bireysel menfaatlerini korumasına hizmet etmektedir.

Böylesine önemli bir kavram tehlikeli bir potansiyel de içermektedir. Bu potansiyel tehlike, özellikle de, bireylerin korunması gereken bilgilerinin açığa vurulmasıdır. Kültürel açıdan ele alındığında ise iletişim yoluyla sadece bilgi değişiminin gerçekleşmediği, aynı zamanda farklı kültürler arasındaki önyargıyı yenmede büyük görevler ifa ettiği görülmektedir. Farklı kültürler hakkında bilgi sahibi olunması karşılıklı saygıyı getirir. Böylece iyi bilgilendirilmiş bireyler farklı yaşam tarzlarına ve değerlere daha fazla tolerans gösterebilir.²³

¹⁸ Schoch, Friedrich/Kloepfer, Michael, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE), Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2002, S. 25; Akıllıoğlu, Tekin, Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı, AÜSBFD, C. 46, Sy. 3-4, S. 1.

¹⁹ Schoch, DÖV 2006, S. 1.

²⁰ Kloepfer, Informationsrecht, S. 13 vd.; Gurlit, Elke, Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, DVBl. 2003, S. 1119; Voßkuhle, Andreas, Das Konzept des rationalen Staates in: Schuppert/Voßkuhle, Governance von und durch Wissen, Baden-Baden 2008, S. 16; Akıllıoğlu, Tekin, Yönetimde Açıklık– Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1990, S. 805.

²¹ Voßkuhle, in: Schuppert/Voßkuhle, Governance von und durch Wissen, S. 16; Kloepfer, Michael, Die öffentliche Verwaltung in der Informationsgesellschaft in: Kloepfer, die Die transparente Verwaltung, Zugangsfreiheit zu öffentlichen Informationen, Berlin 2003, S. 16.

²² Schoch, Friedrich, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 1998, S. 179; Schoch, DÖV 2006, S. 2.

²³ Tinnefeld, NJW 2007, S. 626.

Bilginin üzerinde durulması gereken bir diğer önemi de artan ekonomik değeridir. Bilgi bu manada üretimin ve gücün hammaddesidir.²⁴ Bilginin ekonomik değeri hem devletin bilgilerini hem de özel bilgileri kapsamaktadır. Kamusal bilgilerin değeri bilgiye erişim kanunları'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte artmıştır.²⁵

Hizmet sektörü, bilgi teknolojileri ve toplumun bilgilendirilmesiyle iç içe geçmiş durumdadır.²⁶ Bilginin toplanması, aktarılması ve saklanması teknolojik yatırımları zorunlu kılmaktadır. İdare vatandaşı daha iyi aydınlatılabilmek, daha fazla şeffaflaşabilmek için bilginin kullanımını ve aktarılmasını kolaylaştırmaktadır. Bireylere bilgi edinme hakkının tanınmasıyla birlikte, bilginin ekonomik değerinde de büyük bir artış yaşanmıştır. Amerika örneği bunu çarpıcı bir şekilde göstermektedir. Amerika'da 1966 yılında kabul edilen Bilgi Özgürlüğü Kanunu (Freedom of Information Act) 4 Temmuz 1967 tarihinden beri yürürlüktedir.²⁷ Amerika'da bilgi talebine ilişkin dilekçelerin % 80'i rakipleri hakkında bilgi sahibi olmak isteyen şirketlerden geldiği ifade edilmektedir.²⁸ Bunu da çoğunlukla idarenin elindeki bilgileri toplamak için kurulan müesseseler yapmaktadır. Bunlar bilgi edinme hakkı çerçevesinde idareden bilgileri almakta ve para karşılığında satmaktadırlar.²⁹

Bilginin ekonomik kullanımının dışında bireylerin doğrudan idareden bilgi edinme talepleri de yüksek meblağda masraflara neden olmaktadır. Amerika'da 2003 yılında dilekçelerin işleme konulması ve erişimin sağlanması için 5000 kişilik memur kadrosuna ve 330 milyon dolarlık gidere ihtiyaç duyulmuştur.³⁰ Bilginin ekonomik potansiyelinin farkına varan Avrupa Birliği Komisyonu da 17 Kasım 2003 tarih ve 2003/98/EC sayılı Kamu Verilerinin

²⁴ Schoch, DÖV 2006, S. 1; Püschel, DuD 2006, S. 481; Tinnefeld, NJW 2007, S. 626.

²⁵ Püschel, Jan Ohle, Informationen des Staates als Wirtschaftsgut, Berlin 2006, S. 39; Hoffmann-Riem, Wolfgang, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000, S. 53; Sieber, NJW 1989, S. 2569 vd.

²⁶ Kugelmann, Dieter, Informationsfreiheit als Element moderner Staatlichkeit, DÖV 2005, S. 852; Steinbuch, RDV 1988, S. 1; Sieber, NJW 1989, S. 2569.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, Cemil, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Ankara 2005, S. 318 vd.

²⁸ Püschel, Informationen des Staates als Wirtschaftsgut, S. 24.

²⁹ Püschel, Informationen des Staates als Wirtschaftsgut, S. 24.

³⁰ Bräutigam, Tobias, Das deutsche Informationsfreiheitsgesetz aus rechtsvergleichender Sicht, DVBl. 2006, S. 955.

Yeniden Kullanımı Hakkındaki Direktifi ile buna dikkat çekmiştir.³¹ Bu Direktif kamusal verilerin önemini ortaya koymakta ve devletin özellikle sosyal, ekonomik, coğrafya, hava (meteoroloji), turizm, iş hayatı, patent işleri ve eğitim gibi alanlarda bilgi ürettiğini, tuttuğunu, çoğalttığını ve yaydığını ifade etmektedir.³² Direktif ayrıca bu tür bilgilerin hizmet sektörü için ekonomik manada büyük önem taşıdığını vurgulamaktadır. Bu sebeple işletmelerin bu bilgilerin ekonomik potansiyelinden faydalanarak yeni iş imkanları kurması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca ekonomik büyümenin gerçekleştirilmesi için kamusal bilgilerin kullanılmasının gerekliliği ortaya konmaktadır.³³ Avrupa Birliği'nin bu Direktifi üye ülkelerin kamusal bilgilerin kullanılması hususundaki hukuki düzenlemelerini aynı standarda ulaştırmayı amaçlamaktadır.³⁴

IV. Bilgi Teorisi Çerçevesinde Bilginin Hukuktaki Anlamı

A. Genel Olarak

Bilgi kavramı bilim dünyasında da üzerinde çok konuşulan ve tartışılan bir kavramdır.³⁵ Çeşitli bilim dallarında ihtiyaca ve bakış açısına göre farklı tanımlamalar yapılmaktadır.³⁶ Bu da yukarıda ifade edildiği üzere anlam çeşitliliğine neden olmaktadır. Ancak farklı bilim dallarının üzerinde uzlaştığı

³¹ ABl. EG, Nr. L 345, S. 90.

³² 2003/98/EC sayılı direktif, madde 4.

³³ 2003/98/EC sayılı direktif, madde 5.

³⁴ Direktif için bkz. Püschel, Jan Ole, Vom Informationszugang zur Informationsweiterverwendung, DuD 2006, S. 482 vd.

³⁵ Blieberger, Johann/Burgstaller, Bernd/Helge, Schildt- Gerhard, Informatik, Grundlagen, Wien 2005, S. 16; Janich, Peter, Was ist Information?, Frankfurt a. M. 2006, S. 70; Lyre, Holger, Informationstheorie: eine philosophisch-naturwissenschaftliche Einführung, München 2002, S. 16.

³⁶ Farklı bilim dallarında bilginin anlamı ve tanımı için bkz. Capurro, Information, S. 140 vd.; Steinmüller, Wilhelm, Informationstechnologie und Gesellschaft, Einführung in die Angewandte Informatik, Darmstadt 1993, S. 189 vd.; Fleisner, Peter/Hofkirchner, Wolfgang/Müller, Harald/Pohl, Margit/Stary, Christian, Der Mensch lebt nicht vom Bit allein..., Information in Technik und Gesellschaft, 2. durchgesehene Aufl., Frankfurt a. M. 1997, S. 3; Lyre, Informationstheorie, S. 16 vd.; Janich, Was ist Information?, S. 70; Öner, Necati, Bilginin Serüveni, Ankara 2005, S. 43 vd.; ekonomik anlamda bilgi için bkz. Pethig, Rüdiger, Information als Wirtschaftsgut in wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, in: Fiedler/Ullrich, Information als Wirtschaftsgut, Management und Rechtsgestaltung, Köln 1997, S. 2 vd.; Püschel, Informationen des Staates als Wirtschaftsgut, S. 39 vd.

husus, bilginin imkanlar dahilinde yer alan alternatifler arasından seçim yapma, tercihte bulunma olduğudur.³⁷ Buna göre farklı bilgiler bir havuzda toplanmakta ve bu bilgiler belli kıstaslara göre gruplara ayrılmaktadır. Bilgi havuzu bilgi arayanlara farklı alternatifler arasından seçim yapabilme imkanı sunmaktadır. Örneğin, bilim adamlarının yayınlarından, film karelerinden, kanun maddelerinden veya idarenin bilgilendirmelerinden gerekli bilgiler alınabilmektedir.³⁸ Başka bir ifadeyle farklı seçenekler arasından birini seçebilme imkanı, bireye düşünme, mukayese etme ve en uygunu tercih ederek bir davranışta bulunma hakkı vermektedir.³⁹ Bu da bireylerin bilinçli olarak hareket etmesini sağlamaktadır.

Bilgi hususunda doktriner görüşlerden biri de bilgiyi maddenin ve enerjinin yanında hayatın temel unsurlarından biri olarak görmektedir.⁴⁰ Bunun dışında bilginin zamanla sınırlandırılmayacağı, gerçekliğin yeni bir çeşidi ve evrensel temel olduğu şeklinde yaklaşımlar vardır. Ancak bu yaklaşımlara haklı olarak çok genel, geniş ve bilgi olgusunun var olan problemlerinin ortadan kaldırılmasına katkı sağlayamadığı için itirazlar gelmektedir.⁴¹ Hatta bunların bilgiyi tanımlamaktan ziyade nelerin bilgi olmadığı hususunu aydınlattığı ifade edilmektedir.⁴² Doktrinde yer alan diğer bir yaklaşım ise bilginin alıcı (insan) tarafından anlamlandırılması, yani alıcı üzerindeki etkisidir.⁴³ Bilgi kavramında en çok başvurulan tanımlardan bir diğeri de Shannon'un yapmış olduğu tanımlamadır. Buna göre bilgi; iletişim yardımıyla bir haberin veya mesajın aktarılmasıdır.⁴⁴ Buna karşılık felsefi anlamda bilgi çok daha geniş ve farklı anlaşılmaktadır. Burada özellikle bilginin kaynağı veya kökeni, bilginin niteliği veya bilginin kesinliği gibi hususlar incelenmektedir.⁴⁵ Teolojik anlamda bilgi

³⁷ Spinner, Die Wissensordnung, S. 26.

³⁸ Bkz. Spinner, Die Wissensordnung, S. 26 vd.

³⁹ Öner, Necati, Bilginin Serüveni, S. 59.

⁴⁰ Wiener, Norbert, Kybernetik, Regelung und Nachrichtenübertragung im Lebewesen und in der Maschine, Düsseldorf 1963, S. 192.

⁴¹ Hoeren, Thomas, Zur Einführung: Informationsrecht, JuS 2002, S. 947.

⁴² Steinbuch, RDV 1988, S. 2.

⁴³ Steinbuch, Karl, Maßlos informiert, Die Enteignung unseres Denkens, München, Berlin 1978, S. 55.

⁴⁴ Shannon, Claude E., Eine Mathematische Theorie der Kommunikation, (Übersetzt von Helmut Dreßler/Überarbeitung: Sandra Khaled-Lustig), in: Ein/Aus, Berlin 2000, S. 11 vd.

⁴⁵ Daha fazla bilgi için bkz. Denk, Arda, Bilginin Temelleri, İstanbul 1998, S. 16 vd.; Ulaş, Sarp Erk, Felsefe Sözlüğü, Ankara 2002, S. 218 vd.

ise daha farklı manada ele alınmaktadır.⁴⁶ Bu yaklaşımlar bilginin genel bir tanımının yapmaktan ziyade, daha çok bilginin önemini ifade etmektedir. Buna rağmen çok sayıda tanımının varlığı görülmektedir. Bunun sebebini de böylesine karmaşık bir kavramın çekim kuvvetinde arayabiliriz.

B. Shannon'un Bilgi Teorisi

Bilgi teorisi çok geniş kapsamlıdır. Eflatun ve Aristo'da bilgi teorisi metafiziğe ve psikolojiye ait görünürken ve başlı başına felsefenin bir kolu olarak bahsedilmezken, J. Locke döneminde müstakil hale gelmiştir.⁴⁷ Bilgi teorisi zamanla gelişmiş ve sadece felsefenin bir konusu olmaktan çıkmış diğer bilim dallarında da inceleme konusu olmuştur. Özellikle matematiksel alanda "bilgi" mevzu bahis olduğunda en çok başvurulan yaklaşımlardan biri de daha önce ifade edildiği üzere Shannon'un bilgi teorisidir. Sebebi ise bu soyut kavramı daha iyi bir biçimde tasavvur etmeye yardımcı olmasıdır. Bu teori bilgi kavramını haber ve mesaj kapsamında değerlendirerek bilginin içeriğini aktarılan haber veya mesaj çerçevesinde nicelik bakımından ele almaktadır. Shannon, vericinin haber veya mesajının bir kanal üzerinden alıcıya aktarılmasını incelemiştir. Araştırmasında tek tek işaretlerden meydana gelen bilgi kaynağının haber ve mesaj haline gelişini gözlemlemiştir. Burada verici işaretleri kodlamaktadır. Bu kodlar sinyal olarak bir kanal üzerinden alıcıya aktarılmaktadır. Alıcı bu haberin kodlarını çözerek istediği bilgiye erişmektedir.⁴⁸ Shannon'a göre bir mesajın taşıdığı bilgi miktarı, mesajın toplam belirsizliğidir. Buna göre kodlar ne kadar düzenli ise aktarılan bilgi miktarı da o kadar fazla olmaktadır. Kısacası Shannon'un bilgi teorisi bir haber veya mesajın kodlanması için gerekli olan en uygun bilgi miktarını ölçmektedir. Bu teori matematiksel niteliği sebebiyle daha çok haberleşme ve kodlama teorisi alanında kabul görmüştür.⁴⁹ Bu teorinin sosyal bilimler alanında özellikle de hukuk bilimleri alanında kabul görmeyişinin sebebi ise bilgiyi sinyal olarak sadece işaretlerin aktarılmasından ibaret görmesidir. Burada haber sadece bir strüktür yani yapı olarak ele alınmaktadır. Haberin ve mesajın anlamının bir değeri yoktur. Shannon'un Bilgi Teorisi anlamını ele almadan sadece sinyallerin aktarılması, kaydedilmesi, çağırılması ve işlenmesiyle ilgilenmektedir. Buna karşılık sosyal bilimler alanında özellikle de hukuk alanında mesajın bilgi içeriği ya da vermek istediği anlam büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede kaynağından alınan bir bilginin alıcıya içerik ve anlamıyla aktarılması gerekir ki buna göre

⁴⁶ Bkz. Yüksel, Emrullah, Amidi'de Bilgi Teorisi, İstanbul 1991, S. 25, 32 vd.; Hessen J., Bilgi Theorisi, Çeviren Köni, Yusuf Kazım, İstanbul 1939, S. 90 vd.

⁴⁷ Hessen J., Bilgi Theorisi, S. 13.

⁴⁸ Shannon, in: Ein/Aus, S. 9 vd.

⁴⁹ Rauterberg, Über das Phänomen: "Information", S. 220.

alıcıda etki gösterebilsin ve alıcının yeni bilgiye göre duruşunu belirleyebilsin. Bu sebeplerden dolayı Shannon'un Bilgi Teorisi çerçevesinde tanımladığı bilgi kavramı hukuk alanında kabul görmemektedir.⁵⁰ Ancak bu teori hukukta uygulama alanı bulan Morris'in İşaret Teorisine kaynaklık etmiştir.

C. Morris'in İşaret Teorisi

Shannon'un Bilgi Teorisi, Morris'in işaretlere (sinyallere) bir anlam vererek İşaret Teorisini (Semiotik) ortaya koymasıyla sosyal bilimler ve hukuk bilimleri alanında uygulama olanağına kavuşmuştur.⁵¹ Hukuk, ancak bilginin anlamıyla gerçekleşebilir. Aynı şekilde hukukun amaçlarından biri olan uyumsuzlukların giderilmesi, ancak bilginin anlamı ile gerçekleşebilir. Bu sebeple hukukta bilgi kavramının ayırt edici özelliği, bilginin içeriği ile birlikte veriler aracılığı ile aktarılmasıdır.⁵² Bu kapsamda hukuk alanında bilgi, bir alıcıya aktarılan ve alıcı tarafından alınan bu olgu üzerine alıcının davranışına veya durumuna etki eden ve onu bilmeye yönelten ve bu çerçevede bir hareket veya tepkide bulunma imkanı sunan veya bunları yapmaktan kaçınmasına vesile olan durum olarak ifade edilebilir.⁵³ Bu durum Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde bir örnekle şu şekilde açıklanabilir. Bu kanuna dayanarak birey idareden talep ettiği bilginin kendisine ulaşmasıyla birlikte talep etmiş olduğu ve

⁵⁰ Druey, Jean Nicolas, *Information als Gegenstand des Rechts*, Zürich 1995, S. 3; Mayer-Schönberger, *Information und Recht, Vom Datenschutz bis zum Urheberrecht*, Wien 2001, S. 15; Albers, Marion, *Information als neue Dimension des Rechts*, *Rechtstheorie* 2002, S. 76; Rauterberg, *Über das Phänomen: "Information"*, S. 220; Vesting, Thomas, *Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt ABmann/Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, *Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*, München 2008, S. 16.

⁵¹ Morris, Charles-William, *Grundlagen der Zeichentheorie, Ästhetik und Zeichentheorie*, Übersetzt von Roland Posner unter Mitarbeit von Jochen Rehbein, München 1972, S. 17 vd.; Ayrıca bkz. Filizok, Riza, *Gösterge Bilimi Yahut İşaret Bilimi (La Sémiotique) ve Anlam*, S. 1 vd. <http://www.ege-edebiyat.org/docs/310.doc> (Erişim tarihi: 20.05.2009).

⁵² Fenchel, *Negative Informationsfreiheit*, Berlin 1997, S. 130 vd.; Akıllıoğlu'na göre bilgi, idari işlev çerçevesinde iletilen her şey olarak tanımlanabilmektedir. Akıllıoğlu, *Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı*, S. 1.

⁵³ Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-ABmann, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, S. 12; Lenk, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-ABmann, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, S. 72; Schoch, *VVDStRL* 1998, S. 166; Petersen, Jens/Schoch, Friedrich, *Einführung in das Informationsrecht und das Medienrecht*, Jura 2005, S. 682.

daha önceden bilmediği bir hususta artık bilgi sahibi olmakta, yani bilen durumuna girmektedir. Elde ettiği bu bilgi çerçevesinde bir haksızlık tespit etmişse gerekli hukuki yola başvurabilir. Bunun aksine haksızlık mevzubahis değilse hukuki yola başvurmaktan imtina edebilir. Bireyin bilgi sahibi olması idareye de kolaylık sağlamaktadır. Çünkü birey bilgi havuzundan aldığı bilgiye göre duruşunu belirleyeceğinden dolayı, hukuka uygunluk durumunda kanuni yola başvurarak zaman kaybına neden olmayacaktır. Dolayısıyla idare kamu hizmetlerini daha hızlı ve etkili ifa edebilecektir.

1. Bilginin Anlam Boyutları

Morris'in İşaret Teorisi bilginin değer olarak üç boyutunun varlığını ortaya koymuştur.⁵⁴ Bunlar bilginin sentaktik (söz dizimsel), semantik (anlam bilimi) ve pragmatik (yararlı) boyutlarıdır. Bu teori iki obje yani alıcı ve verici arasındaki etkileşimi ele almakta ve bunun sonucunda bilgiye değişik anlamlar yüklemektedir.⁵⁵

Sentaktik boyut, bilgiyi yazı, resim ve sesler yani işitsel ve görsel olan veya olmayan anlamları içeren işaretlerin oluşturduğu bir strüktür olarak görmektedir.⁵⁶ Burada önemli olan bilginin aktarılmasıdır. Dolayısıyla bilgi sadece aktarılabilen bir yapıya sahiptir.⁵⁷ Bilginin içeriği ve anlamı önemsizdir. Bu Shannon'un bilgi teorisiyle uyusmaktadır.⁵⁸

Bilginin semantik boyutu, daha çok aktarılan işaretlerin içeriği ve anlamı ile ilgilenmektedir.⁵⁹ Burada mananın işarete veya işaretin manaya dönüşümü önem arz etmektedir.⁶⁰ Alıcı ve vericinin bilgiyi kodlarken veya kodları çözerken bilgiye yüklediği anlam önemlidir.⁶¹ Buna göre işaretlerin bilgiye dönüşmesi ancak alıcının bunları anlayabilmesi ve yorumlayabilmesi durumunda söz konusu olabilir.⁶²

⁵⁴ Morris, Grundlagen der Zeichentheorie, S. 32 vd.

⁵⁵ Janich, Was ist Information?, S. 71.

⁵⁶ Kloepfer, Informationsrecht, S. 24.

⁵⁷ Reucher, Information, S. 6.

⁵⁸ Fleissner/Hofkirchner/Müller/Pohl/Stary, Information in Technik und Gesellschaft, S. 6; Mayer-Schönberger, Information und Recht, S. 15; Lyre, Informationstheorie, S. 31.

⁵⁹ Fleissner/Hofkirchner/Müller/Pohl/Stary, Information in Technik und Gesellschaft, S. 11; Hoeren, JuS 2002, S. 948.

⁶⁰ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 7; Kloepfer, Informationsrecht, S. 25; Hoeren, JuS 2002, S. 948.

⁶¹ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 7.

⁶² Sieber, NJW 1989, S. 2572; Albers, Rechtstheorie 2002, S. 71.

Bilginin pragmatik boyutu ise işaretlerin götüğü amaca değer vermektedir.⁶³ Böylece elde edilen bilgi alıcı üzerinde etkide bulunabilir ve onun davranışını veya durumunu değiştirebilir.⁶⁴ Bu bağlamda bilginin pragmatik boyutunun iki farklı görünüşü vardır. Bunlardan birisi vericinin bilgi aktarımında götüğü amaç diğeri ise bilginin alıcı üzerindeki etkisidir.⁶⁵

Kısacası, bilginin sentaktik boyutu işaretler zincirinin yapısal özelliğini yani haberi veya mesajı, semantik boyutu haber veya mesajın anlamını, pragmatik boyutu ise haber veya mesajın etkisini ifade etmektedir.

2. Bilginin Hukuktaki Anlamı

Bilginin bu farklı boyutlarda ele alınmasından dolayı hukukun hangi boyut kapsamında değerlendirileceği hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre hukuku her üç boyut da ilgilendirmektedir. Buna göre hukuk gerek işaretlerin anlamlarıyla veya anlamları olmadan aktarılmasıyla ve gerekse işaretlerin aktarılmasında güdülen amaç ile ilgilenebilir.⁶⁶ Diğer bir görüşe göre hukuk bireylerin eylemleriyle ve bunların sonuçlarıyla ilgilenebilir.⁶⁷ Dolayısıyla bireyler haberin veya mesajın alınmasıyla semantik ve pragmatik çerçevede bir etkileşime girmektedir. Bu sebeple sinyallerin veya işaretlerin bir kanal aracılığıyla aktarımı önemsizdir. Bu görüş sentaktik açıdan bilginin hukukta önem taşımadığını ifade etmektedir. Başka bir görüşe göre hukukun amacı ve hukuk tekniği farklı anlamlara gelmektedir.⁶⁸ Bu görüşe göre hukukun gayesi insani amaçlara hizmet etmek olduğundan dolayı hukuk, bilginin pragmatik seviyesinde ele alınmalıdır.

Bir bütün olarak hukukun bilginin hangi boyutunda ele alınacağı hususundaki bu farklı görüşlere rağmen Bilgi Hukuku'nun (Informationsrecht) pragmatik seviyede ele alınması, yani bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği konusunda doktrinde uzlaşma bulunmaktadır.⁶⁹ Bunun sebebi de hukukun ve

⁶³ Mayer-Schönberger, Information und Recht, S. 15; Hoeren, JuS 2002, S. 948.

⁶⁴ Sieber, NJW 1989, S. 2573.

⁶⁵ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 8.

⁶⁶ Hoeren, JuS, S. 948; Stohrer, Klaus, Informationspflichten Privater gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung, Ein Beitrag zur Systematisierung und Vereinheitlichung des Allgemeinen Informationsrechts, Berlin 2007, S. 41.

⁶⁷ Sieber, NJW 1989, S. 2573; Mayer-Schönberger, Information und Recht, S. 15.

⁶⁸ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 9; Benzer şekilde Kloepfer, Informationsrecht, S. 25.

⁶⁹ Kloepfer, Informationsrecht, S. 25; Hoeren, JuS 2002, S. 948; Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 10; Sieber, NJW 1989, S. 2573.

Bilgi Hukukunun insanlığa hizmet etmeyi amaçlamasıdır.⁷⁰ Dolayısıyla hukuk dikkatini bilginin hareketine vermektedir.⁷¹ Bilgi, pragmatik seviyede bir eylemin hem sebebi hem de neticesi olabileceği için, insanlığa hizmet etmekte ve aynı zamanda eyleme sonuç bağlamaktadır.⁷²

V. Hukukun Konusu Olması Bakımından Bilgi

Bilgi, diğer bilim dallarında olduğu gibi hukukun da önemli konularından biridir.⁷³ Bu kavram doktrinde çok farklı açılardan enine boyuna incelenmiştir. Özellikle Druey, hukukun konusu olması bakımından bilgi (Information als Gegenstand des Rechts) isimli temel eserinde bu kavramı ayrıntılı olarak ele almıştır. Bunun dışında da birçok çalışma mevcuttur. Bu araştırmalar neticesinde varılan sonuç, bilginin hukukta bir üst kavram kısmen de alt kavram olduğu görüşüdür. Buna göre bilgi, hukuk alanında bir fenomendir. Hukukun kendisi de bilginin çok farklı çeşitlerini düzenlemektedir.⁷⁴ Bundan çıkan sonuç bilginin hukuk yaratmaya yarayan bir hammadde olduğudur.⁷⁵

Hukukun konusu olması bakımından bilgi üç farklı açıdan ele alınmaktadır. Bunlar; bilginin içeriği, aktarılması ve durumudur.⁷⁶

İçerik olarak bilgi, hukuk düzeni açısından anlam ifade eden verilerden oluşmaktadır. Dolayısıyla bilginin varlığı veriyi şart koşmaktadır.⁷⁷ Veriler strüktür olarak görünmekte ve Morris'in İşaret Teorisindeki sentaktik boyutunda yer almaktadır.⁷⁸ Bu veriler veri saklayıcılarında saklanmakta ve gerektiğinde çağırılarak bilgi elde edilmektedir.

⁷⁰ Sieber, NJW 1989, S. 2573; Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 10.

⁷¹ Kloepfer, Informationsrecht, S. 25.

⁷² Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 8; Kloepfer, Informationsrecht, S. 5; Ayrıntılı olarak bkz. Sieber, NJW 1989, S. 2569 vd.

⁷³ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 32; Hoeren, JuS 2002, S. 947; Gurlit, DVBl. 2003, S. 1119.

⁷⁴ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 32; Mastronardi, Philippe, Recht als Gegenstand der Information, Interdisziplinäre Betrachtungen am Beispiel der öffentlichen Verwaltung, in: Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich, Basel, Genf 2002, S. 834.

⁷⁵ Schoch, VVDStRL 1998, S. 168, 179 vd.

⁷⁶ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 5; Kloepfer, Informationsrecht, S. 25.

⁷⁷ Kloepfer, Informationsrecht, S. 26; Schoch, VVDStRL 1998, S. 167.

⁷⁸ Kloepfer, Informationsrecht, S. 26.

Bilginin aktarılması ise muhatabını bilmeye yönlendirmekte veya sahip olduğu bilgileri vasıflandırmaktadır.⁷⁹ Bilginin alıcıdan vericiye aktarılması, vericiye ilgisini çeken veya ihtiyacı olanın teklif edilmesi anlamına gelmektedir. Bilgiyi arayan bu tekliften istediği veya kendisi için önem arz eden bilgileri almaktadır. Bunun sonucunda ise alıcı yeni bir bilginin sahibi olmaktadır. Elde edilen yeni bilgi, alıcının mevcut durum hakkında duruşunu belirlemektedir.⁸⁰ Dolayısıyla yukarıda ifade edildiği gibi bilgi hukuk alanında iletişim yoluyla aktarılmakta ve alıcıyı bilgi sahibi yapmaktadır. Bilme durumu olaylar ve süreçler hakkında yeni anlayışların (idraki bilginin) kazanılmasını sağlayan organize ve sistematik bilgi kitlesidir.⁸¹ Bu nedenle aktarım olarak bilgi, bilgilendirme ve bilgi alma açısından önem taşımaktadır. Bu bağlamda devletin bilgi organlarının ve kitle iletişim araçlarının faaliyeti ağırlık kazanmaktadır. Dolayısıyla da bunlar faal olarak bilgi aktarım sürecini sağlamaya zorunlu kılınmaktadır.⁸²

Nihayet bilgi “durum“ olarak da ele alınmaktadır. Burada bilginin kapsamı çeşitlendirilmekte ve buna istinaden bilgilendirme gerçekleşmektedir. Bilgilendirme yapılırken temel olarak iki amaç güdülmektedir.⁸³ Bunlardan ilki korunması gereken bilgilerin gizlenmesi diğeri ise korunma dışında kalan bilgilere erişimin olabildiğince sağlanmasıdır. Bilgiler burada vasıflandırılmaktadır.⁸⁴ Dolayısıyla erişim sağlanacak ve sağlanmayacak bilgiler bu aşamada tespit edilmekte, sınıflandırılmakta ve bu bilgiler ona göre paylaşımına açılmaktadır. İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı bilginin durumuna göre belirlenmekte ve Bilgi Hukukunun (Informationsrecht) bu kısmında yer almaktadır.⁸⁵

Yukarıda yapılan açıklamalar kısaca özetlenecek olursa veri, bilgi, iletişim ve bilgi sahibi olma birbirinden farklı anlamlar taşısa da bunlar birbirine sıkı sıkıya bağlı kavramlardır.⁸⁶ Bunlar yapısal hallerinden bilgi sahibi olma

⁷⁹ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 5.

⁸⁰ Kloepfer, Informationsrecht, S. 27.

⁸¹ Welsch, Johann, Arbeiten in der Informationsgesellschaft, Bonn 1997, S. 11; Farklı bir yaklaşım için bkz. Vesting, in: Hoffmann-Riem/Schmidt Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, S. 17.

⁸² Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 5.

⁸³ Kloepfer, Informationsrecht, S. 30.

⁸⁴ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 5.

⁸⁵ Kloepfer, Informationsrecht, S. 30.

⁸⁶ Welsch, Arbeiten in der Informationsgesellschaft, S. 11; Kloepfer, Informationsrecht, S. 27.

durumuna kadar birbirine zincirleme bağlıdır. Çünkü veriler bilgi içermektedir ve struktur olarak bulunmaktadır. Bu struktur iletişim yoluyla vericiden alıcıya aktarılmakta ve kendisine yüklenen mana ile bilgi sahibi olunmaktadır.⁸⁷

Sonuç

Bilginin bir güç simgesi ve faktörü olması ve bireyi bilgi sahibi yapmasının dışında, genel bir tanımı üzerinde uzlaşısı yoktur.⁸⁸ Bunun sebebi yukarıda da ifade edildiği üzere bilginin anlamının geniş kapsamlı ve çok yönlü olmasıdır. Bu sebeple bilgi kavramını genel olarak ve bütün alanları kapsayacak şekilde tanımlamak imkansız görünmektedir. Farklı bilim dalları bu kavramı Bilgi Teorisi çerçevesinde incelemiş ve kendi alanları ile sınırlı olmak üzere tanımlama getirmiştir. Bilginin, hukuk alanında da genel ve kapsamlı bir tanımı yoktur. Buna rağmen hukukta bilgi vericiden alıcıya aktarılan ve alıcının davranışına ve durumuna etki eden onu bilmeye yönelten bunun sonucunda ona bir hareket veya tepkide bulunma imkanı sunan veya bu davranışlardan kaçınmasına vesile olan durum olarak ifade edilebilmektedir. Bu sonuca varılmasında özellikle bilginin farklı boyutlarda incelenmesi etkili olmuştur. Hukuk bilginin semantik, sentaktik ve pragmatik anlamlarına sonuçlar bağlamıştır. Buna binaen bilgi hukukta içerik olarak değerlendirilmiş ve veri olarak görülmüş. Bunun dışında bilgi aktarıma konu olmuş ve yeni bir bilgi edinmenin süreci olarak ifade edilmiştir. Nihayet bilgi durum olarak değerlendirilmiş ve nasıl vasıflandırılacağı ortaya konmuştur.

Kaynakça

Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Hakları I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, AÜSBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara 1995.

Akıllıoğlu, Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı, AÜSBFD C. 46, yıl 1993, Sy. 3-4, S. 1 vd.

Akıllıoğlu, Tekin, Yönetimde Açıklık – Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı, in: I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1990, S. 805-819.

⁸⁷ Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, S. 12; Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, S. 16.

⁸⁸ Steinbuch, RDV 1988, S. 2; Blieberger/Burgstaller/H. Schildt, in: H. Schildt, Informatik, S. 15; Bumke, Christian, Publikumsinformation, Erscheinungsformen, Funktionen und verfassungsrechtlicher Rahmen einer Handlungsform des Gewährleistungsstaates, DV 2004, S. 7.

- Albers, Marion, Information als neue Dimension des Rechts, Rechtstheorie 2002, S. 61 vd.
- Albers, Marion, Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 2005.
- Blieberger Johann, Burgstaller Bernd, Helge Schildt- Gerhard, Informatik, Grundlagen, Wien 2005.
- Bräutigam, Tobias, Das deutsche Informationsfreiheitsgesetz aus rechtsvergleichender Sicht, DVBl. 2006, S. 950 vd.
- Brock Haus Enzyklopädie, Bd. 13, Hurs-Jem, Mannheim 2006.
- Bull, Hans Peter, Datenschutz, Informationsrecht und Rechtspolitik, Gesammelte Aufsätze, Berlin 2005.
- Bumke, Christian, Publikumsinformation, Erscheinungsformen, Funktionen und verfassungsrechtlicher Rahmen einer Handlungsform des Gewährleistungsstaates, DV 2004, S. 3 vd.
- Capurro, Rafael, Information, Ein Beitrag zur etymologischen und ideengeschichtlichen Begründung des Informationsbegriffs, München, New York, London, Paris 1978.
- Denkel, Arda, Bilginin Temelleri, İstanbul 1998,
- Ulaş, Sarp Erk, Felsefe Sözlüğü, Ankara 2002,
- Druey, Jean Nicolas, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995.
- Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 5, Impu-Leim, Mannheim 1999.
- Filizok, Riza, Gösterge Bilimi Yahut İşaret Bilimi (La Sémiotique) ve Anlam, S. 1 vd. <http://www.ege-edebiyat.org/docs/310.doc> (Erişim tarihi: 20.05.2009).
- Fenchel, Jörg, Negative Informationsfreiheit, Berlin 1997.
- Fleissner, Peter/Hofkirchner, Wolfgang/Müller, Harald/Pohl, Margit/Stary, Christian, Der Mensch lebt nicht vom Bit allein..., Information in Technik und Gesellschaft, 2. durchgesehene Aufl., Frankfurt a. M. 1997.
- Gurlit, Elke, Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, DVBl. 2003, S. 1119 vd.
- Hançerlioğlu, Orhan, Toplumbilim Sözlüğü, İstanbul 1996.
- Hessen J., Bilgi Theorisi, Çeviren Köni, Yusuf Kazım, İstanbul 1939.
- Hoeren, Thomas, Zur Einführung: Informationsrecht, JuS 2002.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-

Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000.

Janich, Peter, Was ist Information?, Frankfurt a. M. 2006.

Kaboğlu, İbrahim, Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye), İnsan Hakları Yıllığı, C. 15, 1993, S. 46.

Kloepfer, Michael, Die öffentliche Verwaltung in der Informationsgesellschaft, in: Kloepfer, die Die transparente Verwaltung, Zugangsfreiheit zu öffentlichen Informationen, Berlin 2003, S. 9-32.

Kloepfer, Michael, Informationsrecht, München 2002.

Kugelman, Dieter, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, Tübingen 2001.

Kugelman, Dieter, Informationsfreiheit als Element moderner Staatlichkeit, DÖV 2005, S. 851 vd.

Lenk, Klaus, Ausserrechtliche Grundlagen für das Verwaltungsrecht, Zur Bedeutung von Information und Kommunikation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000, S. 59-99.

Lyre, Holger, Informationstheorie: eine philosophisch-naturwissenschaftliche Einführung, München 2002.

Mastronardi, Philippe, Recht als Gegenstand der Information, Interdisziplinäre Betrachtungen am Beispiel der öffentlichen Verwaltung, in: Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich, Basel, Genf 2002, S. 834-851.

Mayer-Schönberger, Information und Recht, Vom Datenschutz bis zum Urheberrecht, Wien 2001.

Meydan Larousse, C. 2, İstanbul 1990.

Morris, Charles William, Grundlagen der Zeichentheorie, Ästhetik und Zeichentheorie, Übersetzt von Roland Posner unter Mitarbeit von Jochen Rehbein, München 1972.

Öner, Necati, Bilginin Serüveni, Ankara 2005.

Petersen, Jens/Schoch, Friedrich, Einführung in das Informationsrecht und das Medienrecht, Jura 2005, S. 681 vd.

Pethig, Rüdiger, Information als Wirtschaftsgut in wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, in: Fiedler/Ullrich, Information als Wirtschaftsgut, Management und Rechtsgestaltung, Köln 1997, S. 1-28.

Pitschas, Rainer, Informationelle Selbstbestimmung zwischen digitaler Ökonomie und Internet, DuD 1998, S. 139 vd.

Püschel, Jan Ohle, Informationen des Staates als Wirtschaftsgut, Berlin 2006.

Püschel, Jan Ole, Vom Informationszugang zur Informationsweiterverwendung, DuD 2006, S. 481 vd.

Rauterberg, Matthias, Über das Phänomen: „Information“. <http://alexandria.tue.nl/repository/freearticles/586888.pdf>.

Reucher, Elmar, Die Bewertung von Information im Spannungsfeld zwischen der Informationstheorie und der Betriebswirtschaftslehre, Diskussionsbeitrag, Fern Universität in Hagen, März 2006.

Schoch, Friedrich, Das Recht auf Zugang zu staatlichen Informationen – Informationsfreiheit in Deutschland und in der Schweiz-, DÖV 2006, S. 1 vd.

Schoch, Friedrich, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 1998, S. 158 vd.

Schoch, Friedrich/Kloepfer, Michael, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE), Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2002.

Schwan, Eggert, Amtsgeheimnis oder Aktenöffentlichkeit?, Der Auskunftsanspruch des Betroffenen, das Grundrecht auf Datenschutz und das Prinzip der Aktenöffentlichkeit, München 1984.

Shannon, Claude E., Eine Mathematische Theorie der Kommunikation (Übersetzt von Helmut Dreßler/Überarbeitung: Sandra Khaled-Lustig), in: Ein/Aus, Berlin 2000, S. 7-100.

Sieber, Ulrich, Informationsrecht und Recht der Informationstechnik, NJW 1989, S. 2570 vd.

Sieber, Ulrich, Rechtsinformatik und Informationsrecht, - Herausforderungen und Zukunftsperspektiven an der Schnittstelle von Informatik und Recht, Jura 1993, S. 561 vd.

Spinner, F. Helmut, Die Wissensordnung, Ein Leitkonzept für die dritte Grundordnung des Informationszeitalters, Opladen 1994.

Steinbuch, Karl, Der Mensch – Objekt oder Subjekt der Informationsverarbeitung, RDV 1988, S. 1 vd.

Steinbuch, Karl, Maßlos informiert, Die Enteignung unseres Denkens, München, Berlin 1978.

Steinmüller, Wilhelm, Informationstechnologie und Gesellschaft, Einführung in die Angewandte Informatik, Darmstadt 1993.

Genel Olarak Bilgi ve Bilgi Teorisi Çerçevesinde Bilginin Hukuktaki Anlamı

Stohrer, Klaus, Informationspflichten Privater gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung, Ein Beitrag zur Systematisierung und Vereinheitlichung des Allgemeinen Informationsrechts, Berlin 2007.

Tinnefeld, Marie-Theres, Sapere aude! Über Informationsfreiheit, Privatheit und Raster, NJW 2007, S. 625 vd.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C. 1, A-J, Ankara 1998, S. 712.

Vesting, Thomas, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt ABmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, München 2008, S. 1-37.

Voßkuhle, Andreas, Das Konzept des rationalen Staates, in: Schuppert/Voßkuhle, Governance von und durch Wissen, Baden-Baden 2008, S. 13-33.

Wacker, Wilhelm H., Betriebswirtschaftliche Informationstheorie, Grundlagen des Informationssystems, Opladen 1971.

Welsch, Johann, Arbeiten in der Informationsgesellschaft, Bonn 1997.

Wiener, Norbert, Kybernetik, Regelung und Nachrichtenübertragung im Lebewesen und in der Maschine, Düsseldorf 1963.

Yüksel, Emrullah, Amidi'de Bilgi Teorisi, İstanbul 1991.

**DEMOKRATİK ÜLKELERİN ANAYASALARINDA YASALLIK,
MALİ GÜCE GÖRE VERGİLENDİRME VE EŞİTLİK
İLKELERİNİN VERGİ HUKUKU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN*

ÖZET

Demokrasi ve vergi kavramı aynı zaman dilimi içinde doğan kavramlardır. Geçmişten günümüze demokrasi arayışı nedeniyle yapılan tüm halk hareketlerinin temelinde içinde ağır vergiler nedeniyle hakim gücün yetkilerini sınırlandırma isteği vardır. Dolayısıyla hakim gücün varlığını devam ettirebilmesi için öncelikle elinde tutmak istediği vergilendirme yetkisi, yönetilenlerin de öncelikle sınırlandırmak istedikleri yetkidir. Nitekim tarihteki ilk demokrasi hareketi de İngiltere Kralı Yurtsuz John zamanında meydana gelmiş ve halk hükümdarın ağır vergiler koymasına ayaklanmıştır. Bu ayaklanma neticesinde 1215 Büyük Özgürlük Fermanı Manga Carta ortaya çıkmıştır. 36 maddelik bu fermanın yer alan en önemli konulardan birisi vergi ile ilgili düzenlemelerdir. Magna Carta'dan Fransız İhtilaline kadar tüm halk hareketlerinin ya da demokrasi hareketlerinin temelinde vergi eşitliğini sağlama ve mutlak iktidarın yetkilerini sınırlandırma kaygısı vardır. Demokrasinin temel ilkeleri arasında olan halk denetimi ve eşitlik kavramları vergilendirmenin de temel ilkeleri olup, buradan vergilendirme ilkelerinin doğumunun demokrasi ile aynı zamana rastladığını söylemek mümkündür.

Günümüz devlet yapısı içinde düşündüğümüzde demokrasi ile vergi arasındaki diğer bir bağlantıda mali konudadır. Demokrasilerin sağlam temellere oturtulabilmesi ve sürecin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için mali finansmana ihtiyaç vardır. Dolayısıyla demokrasi vergi ilişkisinin günümüzde de bariz bir şekilde sürdüğünü söylemek mümkündür. Vergilendirmenin direkt insan hak ve özgürlükleri ile ilgili olması başka bir ifade ile verginin yaşama dair birçok hakkı sınırlaması anayasal zemine oturtulmasını gerekli kılmaktadır. Hukuk devleti ve sosyal devlet açısından da bu bir gerekliliktir. Hukuk devleti açısından hukuki istikrar ve güvenliğin sağlanması sosyal devlet açısından da vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının gerçekleşmesi için anayasal bir düzenlemeye ihtiyaç vardır ve bu ihtiyaç demokratik olmayan ülkelerde elzemdir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı

Vergilendirme ilkelerine mutlak olarak anayasalarda yer vermek gerekli midir?

Vergilendirme ilkelerinin demokrasi ile doğrudan bir bağlantısı var mıdır? Bu soruların cevabını bulmak adına ilgili çalışmamda demokratiklik ve gelişmişlik düzeyi temel alınarak bazı ülkelerin anayasalarında yer alan yasallık, mali güce göre vergilendirme ve eşitlik ilkelerinin vergi hukuku açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

ANAHTAR KELİMELEER: Vergi hukuku, vergi ilkeleri, yasallık, mali güce göre vergileme, eşitlik

**ANALYZING THE PRINCIPLES OF LEGALITY, TAXATION
ACCORDING TO THE FINANCIAL POWER AND EQUALITY
IN THE CONSTITUTIONS OF DEMOCRATIC COUNTRIES
ACCORDING TO TAX LAW**

ABSTRACT

Democracy and tax concepts are concepts born in the same period of time. From the past till present, the desire of limitation of powers of the ruling power rests in all civil commotions made as a quest of democracy because of the heavy taxes. Accordingly, for the ruling power to maintain its existence, it first holds the power of taxation which it wants to hold in hand and the desire of restricting the ruled. Eventually, the first democracy movement in history took place in the era of John the Homeless the king of England when the folk revolted against his placing heavy taxes. This commotion led to the emergence of the Great Freedom Mandate Magna Carta of 1215. One of the most outstanding topics of the 36 article mandate was the arrangements brought about taxes. Since the Magna Carta until the French Revolution, in the very foundation of all civil commotions or democratic movements, rested the anxiety of securing tax equality and restriction of powers of the absolute ruling authority. Among the fundamental tenets of democracy, there are the concepts of folk inspection and equality which are the basic principles of taxation as well, the fact that makes it possible to say that the birth of taxation principles coincide the same time with the birth of democracy.

Another relation between democracy and tax within today's commonwealth structure is the fiscal matter. In order to secure that democracies are seated on sound foundations and make the process work properly, we need fiscal financing. Therefore, we could say that the democracy-tax relation is conspicuously continuing in the time present as well. The fact that taxation is in direct relationship with human rights and freedoms, i.e. the fact that tax limits a great deal of rights connected to living makes it necessary to base it right on the constitutional ground. This is requirement from both aspects of constitutional

state and social state. A constitutional amendment is needed to secure legal stability and security for the constitutional state and a just and balanced distribution of tax obligation for the social state and this need is indispensable in nondemocratic countries.

Is it required to absolutely give place to taxation principles in the constitutions?

Do taxation principles have a direct relation with democracy? To find answers for these questions, in my relevant study, taking as a base the democracy and development, the principles of legality, taxation according to the financial power and equality in the constitutions of some countries will be assessed from the aspect of taxation law and legislation.

KEYWORDS: Tax law, tax principles, legality, taxation according to the financial power, equality

GİRİŞ

Vergi kamusal gereksinimlerin karşılanması için özel kesimden kamu kesimine hukuksal bir zor altında, karşılıksız ve kesin olarak yapılan parasal aktarımdır¹.

Vergilendirme ile ilgili kuralların hukuksal çerçevesi anayasa ile çizildiği için hukuksal biçimlerin verileri de anayasada yer almaktadır². Vergi ödevi Türk Anayasasında “Siyasi Hak ve Ödevler” başlığı altında md. 73’de düzenlenmiştir.

“Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.”

Anayasamızın pek çok hüküm vergi hukuku ile ilgilidir. Örneğin Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümleri vergilendirme yetkisinin sınırları bakımından, Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin hükümleri vergi kanunlarının anayasallık işlemlerinde hukuka uygunluğun sağlanması

¹ KANETİ Vergi Hukuku, İstanbul, 1989, s. 4.

² SABAN Nihal, Vergi Hukuku, İstanbul, 2006, s. 3.

bakımından, kanunların yapılışına ilişkin hükümleri vergi kanunlarının yapılışları bakımından, bütçe ile ilgili hükümleri yürütme organına verginin tahsil yetkisinin verilmesi bakımından vergi hukuku ile ilgilidir³.

Vergilendirme ilkelerine mutlak olarak anayasalarda yer vermek gerekli midir?

Vergilendirme ilkelerinin demokrasi ile doğrudan bir bağlantısı var mıdır?

Demokrasilerin doğması ile kamu hukuku ve vergi hukukunun doğması aynı zamana rastlamaktadır⁴. Geçmişten günümüze demokrasi arayışı içinde olan halk hareketlerinin hepsinin temelinde ağır vergiler nedeniyle hakim gücün yetkilerini sınırlandırma isteği vardır. Hakim gücün faaliyet alanı öncelikle vergilendirme yetkisi açısından sınırlandırılmak istenmiştir. Bu çerçevede şu söylenebilir ki hakim gücün ilk elde ettiği yetki vergilendirme yetkisi, hükmedilenlerinde ilk sınırlamak istedikleri vergilendirme yetkisidir.

Hakim güce devlet adını verirken insanlar vergilendirme dolayısıyla devletin varlık nedenini sorgulamaya başlamışlardır. Nitekim tarihteki ilk demokrasi hareketinde İngiltere kralı Yurtsuz John zamanında hükümdarın yetkileri sınırlandırılmak istenmiş ve sınırsız monarşiye karşı ayaklanmıştır. Bu ayaklanma neticesinde 1215 Büyük Özgürlük Fermanı Manga Carta ortaya çıkmıştır. 36 maddelik bu fermana yer alan en önemli konulardan birisi vergi ile ilgili düzenlemelerdir. Ferman kral tarafından keyfi olarak fertlere mali mükellefiyet yükletilemeyeceği, vergilerin konmasında kral için önceden Magnum Concilium Regis teşekkülün onayını alma zorunluluğu getirmiştir⁵. Magna Carta'dan Fransız İhtilaline kadar tüm halk hareketlerinin ya da demokrasi hareketlerinin temelinde vergi eşitliğini sağlama ve mutlak iktidarın yetkilerini sınırlandırma kaygısı vardır. Demokrasinin temel ilkeleri arasında olan halk denetimi ve eşitlik kavramları vergilendirmenin de temel ilkeleri olup, buradan vergilendirme ilkelerinin doğumunun demokrasi ile aynı zamana rastladığını söylemek mümkündür. İnsanların yönetime katılma isteğinin diğer bir görünümü olan temsilsiz vergi olmaz ilkesi de insanların kendilerini yönetenleri seçme ihtiyacının diğer bir görünümüdür.

³ DOĞRUSÖZ Bumin, Anayasa ve Vergi, Dünya Gazetesi 13.10.2005, ET.14.04.2009; Ayrıca bkz.: ÜSTÜN Ümit Süleyman, "Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2003, s. 253 vd.

⁴ ÖNCEL Mualla/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2007, s. 34.

⁵ OKANDAN Recai G., Umumi Amme Hukuku, İstanbul, 1968, s. 184-185.

Günümüz devlet yapısı içinde düşündüğümüzde demokrasi ile vergi arasındaki diğer bir bağlantıda mali konudur. Demokrasilerin sağlam temellere oturtulabilmesi ve sürecin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için mali finansmana ihtiyaç vardır. Dolayısıyla demokrasi vergi ilişkisinin günümüzde de bariz bir şekilde sürdüğünü söylemek mümkündür. Bu mali gücü elinde tutmak isteyen devlet bu yetkisini farklı temellere dayandırmıştır. Jandarma devlet anlayışı vergilendirme yetkisini, egemenlik gibi, mutlak ve sınırsız bir hak olarak ele alırken, liberal devlet vergilendirme yetkisini “karşılıklık” ile açıklamaya çalışmıştır. 19. yüzyılın kolektivist devleti ise vergilendirme yetkisini “fedakârlık” ve “vatandaşlık ödevi” ile izah etmiştir. Çağdaş anlayışta ise vergilendirme yetkisi “devlet egemenliğine” dayandırılmaktadır. Bu yetki devletin mali alanda egemenliği içinde yer alan en önemli yetkilerinden biridir. Devlet kamu hizmetlerini gerçekleştirebilmek için ihtiyaç duyduğu mali kaynakları vergilendirme yetkisini kullanarak karşılar. İzah edilen nedenle bu yetkinin meşruiyetini sağlamak için demokrasilerde vergilendirme yasal bir zemine oturtulmuştur.

Demokratik ülkelerde vergilendirme yetkisi doğrudan veya dolaylı olarak anayasalarda düzenlenmiştir. Herhangi bir vergi potansiyel olarak anayasal haklarla doğrudan bağlantılıdır⁶. Vergileme, kamu giderlerinin finansmanı için devletin siyasi gücüne dayanılarak kişilerin gelir ve malları üzerinden pay alınması işlemi olduğundan, devletle fertlerin karşılıklı hukuki ilişkilerini ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle de vergileme ile ilgili hukuki ilkelerin devletin anayasasından ve dolayısıyla anayasa hukukundan kaynaklanması gerekmektedir⁷.

⁶ EDREY Yoseph, The Janet R. Spragens Memorial Symposium: Low Income Workers And The Federal Tax Sistem: Constitutional Review And Tax Law: An Analytical Framework, American University Law Review, June 2007.

⁷ CAN İsmail, Almanya’da Devletin Yapısı ve Vergi Sisteminin Anayasal Temelleri, portal1.sgb.gov.tr/calismalar/yayinlar, ET. 11.12.2008.

“...Herkes tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak kabul edilen ve Devletin kamusal gereksinimlerini karşılaması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği bir kamu alacağı şeklinde tanımlanan verginin, anayasal sınırlar içinde salınıp toplanması zorunluluğu açıktır. Vergi hukukunda, vergi olgusunun niteliklerini oluşturan yasal düzenlemelerde Anayasa’nın bu konudaki ilkelerinin özenle göz önünde tutulması gerekir. Bu anlamda, Devletin vergilendirme yetkisi vergide yasallık, mali güç ve genellik gibi kimi anayasal ilkelerle sınırlandırılmıştır. Buna göre vergi, Anayasa’nın öngördüğü ilkeleri gözeterek şekilde kanunla düzenlenmeli ve doğal olarak vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olan mali gücü de yansıtmalıdır. Vergi tekniği, vergi adaletini yansıtmadıkça, maliye politikasının

Vergilendirmenin direkt insan hak ve özgürlükleri ile ilgili olması başka bir ifade ile verginin yaşama dair birçok hakkı sınırlaması anayasal zemine oturtulmasını gerekli kılmaktadır. Hukuk devleti ve sosyal devlet açısından da bu bir gerekliliktir. Hukuk devleti açısından hukuki istikrar ve güvenliğin sağlanması sosyal devlet açısından da vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının gerçekleşmesi için anayasal bir düzenlemeye ihtiyaç vardır ve bu ihtiyaç demokratik olmayan ülkelerde elzemdir.

Vergileme ilkelerinin oluşumunda Anayasa'nın sadece doğrudan vergi ile ilgili hükümlerinin değil, tümünün nazara alınması gerekir. Anayasanın birçok hükmü özellikle temel hak hürriyetler düşünüldüğünde vergi ile bağlantılıdır.

İlgili çalışmamda demokratiklik ve gelişmişlik düzeyi temel alınarak bazı ülkelerin anayasalarında yer alan yasallık, mali güce göre vergilendirme ve eşitlik ilkelerinin vergi hukuku açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

1-Yasal İdare ve Yasallık İlkesi

Verginin yasallığı ilkesi vergilendirmenin bir yasa hükmü çerçevesinde gerçekleşmesi ve vergilendirme yetkisinin de bu yasa hükmünden alınması anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bir verginin yasa ile konulmuş sayılması için konu, matrah, oran, tarh, tahakkuk, zamanaşımı gibi verginin kurucu öğelerinin belirlenmiş olması gerekir⁸.

Verginin yasallığı ilkesinin hukuk devleti açısından çok önemli bir işlevi vardır. Verginin yasallığı ilkesi nasıl yükümlüye, kanun sınırlarının aşılmasını güvencesini getiriyorsa, vergi alacaklısına da kanunî koşulların varlığı söz konusu olunca bu yetkinin kullanılması olanağını vermektedir⁹. Vergi hukukunda yasal idare ilkesi ise vergilendirme sürecindeki tüm işlemlerin anayasadan başlayarak, normlar hiyerarşisindeki tüm yasalara uygun olarak gerçekleştirilmesini ve idarenin de vergilendirme işlemlerini yasalara uygun olarak verilmiş bir yetki devri ile yerine getirmesini gerektirir. Demokrasilerde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin

sosyal amacını gerçekleştirmez...”, A.MAH. E. 2004/93, K. 2008/83, 20.03.2008 T., 01.07.2008 RG., S. 26923.

⁸ Bu konuda bkz.: A.MAH. E. 1996/5, K. 1996/26, 26.06.1996 T., AMKD, S. 37, C. 1, S. 38; A.MAH. E. 1980/27, K. 1981/9, 27.01.1981 T., AMKD, S. 19, s. 28-29; SABAN, s. 51; ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007, s. 63.

⁹ KUMRULU Ahmet, “Vergi Hukukunu Bir Kısım Anayasal Temelleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 36, S. 1, 1979, s. 150.

sağlanması gerekir. Verginin yasallığı ilkesi anayasada yer alan diğer vergilendirme ilkelerinin çerçevesini çizmekte ve keyfi uygulamaların önüne geçmektedir. Demokratik ülkelerde vergiler yasama meclisinin kararı ile konmaktadır. Şöyle ki vergi ödevine ilişkin diğer ilkeler vergi yasalarında yer almadan yani verginin yasallığı ilkesine bağlanmadan var olamayacaklar ve işlevlerini yapamayacaklardır¹⁰.

Vergi-demokrasi ilişkisini daha iyi irdeleyebilmek için demokratik ve demokratik olmayan ülke anayasalarına ilişkin örneklere yer vermek faydalı olacaktır.

Demokratik olarak kabul edemeyeceğimiz ülkelerden biri olan Çin Anayasa'sında md. 56'da¹¹ verginin yasallığına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili düzenleme çerçevesinde "Çin Cumhuriyeti vatandaşları kanun çerçevesinde vergi ödemekle yükümlüdür". Ancak bu madde vergi mükelleflerine anayasal anlamda bir güvence sağlayamamaktadır. İlgili hüküm çerçevesince kanunsuz vergi olmaz prensibinin olması gereken iki önemli sonucu vardır. Birincisi vergiler ancak kanunla konabilir; İkincisi vergilendirme ile ilgili olarak vatandaşların hakları yasal olarak korunur ve güvence altına alınır. Çin'de hükümet bütçesi halka açık değildir, detaylarına kişiler tarafından ulaşılamaz, devletin vergileme gücü hukuk tarafından etkin olarak kontrol edilemez ve hükümetin güçlerini genişletme yetkisi vardır. Hükümetin güçleri nasıl sınırlandırılabilir? sorusu Çin gibi bir ülke için cevaplandırılması çok zor bir sorudur. Birçok politikacı ve bilim adamı bu soruyu yanıtlamaya çalışmıştır ancak şu anan kadar etkin bir çözüm önerisi getirilememiştir. Dolayısıyla bu anayasal düzenleme vatandaşların haklarını koruyamamaktadır¹². Vergilendirme gücü doğrudan özel mülkiyetle ilişkilendirilebilecek bir güçtür. Çin'de özel mülkiyetin 2004 yılında yapılan anayasa değişikliği ile güvence altına alındığı korunduğu göz önünde bulundurulursa Çin'in kurulduğu andan itibaren sahip olduğu vergilendirme yetkisinin nasıl sınırsız olduğu tahmin edilebilir. Buradan şu sonuca ulaşabiliriz; demokratik olmayan bir ülkede anayasal anlamda verginin yasallığı ilkesinin düzenlenmesi pratikte bir değer ifade etmemektedir.

Henüz demokrasiyi tam anlamıyla içine sindirememiş ya da bir gecede demokratik olan ülkelerde demokrasinin bir alt yapıya ve bu alt yapıya uyumlu

¹⁰ GÜNEŞ Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 1998 İstanbul, s. 103; ÜSTÜN Ümit Süleyman, "Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2006, s. 222-223.

¹¹ "It is the duty of citizens of the People's Republic of China to pay taxes in accordance with the law." servat.unibe.ch/icl, ET.20.12.2008.

¹² YAN Xu, Taxation and Constitutionalism in China, Hong Kong Law Journal 2006, Westlaw, ET. 22.12.2008.

kurumlara ihtiyacı vardır. Antik çağlardan günümüze miras kalan demokrasinin halen istenilen seviyede olmaması da bunu en güzel kanıttır. Bu ülkelerin anayasalarında verginin yasallığı ilkesinin düzenlenmesi kendilerine olan güvensizliğin bir sonucu olabileceği gibi bu gücü sıkı sıkıya ellerinde tutmak istemelerinden de kaynaklanabilir. Şunu da belirtmekte fayda vardır ki anayasa ya da kanunlarda bu ilkelere yer verilmiş olması yeterli değildir bu ilkeler etkin olarak yürürlükte olmalıdır. Demokratik ve demokratik olmayan ülkeler ayrımında bu durumun çok önemli olduğunu belirtmek gerekir.

Gelişmekte olan ya da gelişmemiş ülkelerde vergi yapıları birbirine benzer özellikler taşımaktadır. Bu özellikleri şu şekilde sıralanabilir¹³:

Karmaşık: idare etmek ve başa çıkmak zordur,

Esnek değil: ekonomik faaliyetlerin değişen yapısına ve ekonomik büyümeye karşı duyarsızdır,

Etkin değil: görel olarak sık sık çok düşük gelir artışı sağlarken ciddi boyutlarda ekonomik sapmaları ve dengesizlikleri ortaya çıkarmaktadır,

Eşitsizlik: aynı durumda olan kişilere ve işletmelere karşı farklı muamele yapılmaktadır,

Adaletsiz: vergi idaresi ve uygulaması seçicidir ve vergi sistemini yıkabilecek güce sahip olanların lehinde davranmaktadır.

Demokratik ülkeler özellikle Avrupa ülkelerinin anayasal düzenleme anlamında verginin yasallığı ilkesine yer vermeleri daha esnektir. Bu ülkelerde demokrasi fikrinin gelişmiş olması ve yasallık ilkesinin genel olarak anayasalarında yer alması böyle bir sonucu ortaya çıkarmış olabilir. Bu ülkelerde devlet kendi koyduğu kurallara bağlı olması demokrasinin farklı bir görünümüdür ve verginin yasallığı ilkesi demokrasinin güvencesi altındadır.

Alman Anayasasında direkt verginin yasallığına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Ancak md.2/2'de yer alan “Herkesin yaşama ve vücut sağlamlığı hakkı vardır. Kişi özgürlüğü yaralanamaz. Bu haklara sadece kanuna dayanarak müdahale edilebilir¹⁴” şeklindeki düzenleme verginin yasallığı ilkesini de prensip olarak içine almaktadır.

¹³ KHALİLZADEH, Javad – SHAH, Shirazi & Anwar, ‘Tax Reform in Developing Countries’, Finance & Development, 1991, Vol:28, No:2, pp.44-46.(Çeviren: Ersan Öz) www.borsamania.net/forum/index

¹⁴ “Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.”

Kişi özgürlüğü yaralanamaz ibaresi anayasal anlamda yorumlandığında yasal olmayan hiçbir düzenleme ile kişilere ek külfet getirilemeyeceği anlamını taşımaktadır ki bu külfetlerin başında da vergi gelmektedir. Alman Anayasa'sının 20. maddesinde yer alan düzenleme ile de verginin yasallığı ilkesi iyice pekişmektedir. İlgili maddeye göre “yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdırlar”.

Almanya'da yasa yapma yetkisi Federal Devlet, eyaletler ve mahalli idareler düzeyinde çeşitli meclisler aracılığıyla kullanılmaktadır. Almanya'da Federal Devlet düzeyinde iki yasama organı bulunmaktadır. Esas organ “Federal Meclis” olup, eyaletlerin mali ve yönetsel konularına ilişkin yasalarda “Federal Konsey” adını alan bir diğer organın da onayı gerekmektedir. Anayasa'nın 105. maddesine göre, vergi ile ilgili olarak yasama yetkisini federal meclis ile birlikte eyalet meclisleri ve mahalli idare meclisleri kullanmaktadır. Diğer yasama çalışmalarında olduğu gibi, vergi ile ilgili yasama çalışmalarını da Federal Hükümet yapmaktadır. Yasa tasarısını ilgili bakanlık hazırlayıp, bunu eyalet temsilcileri konseyine sunmaktadır. Burada yasanın eyalet çıkarlarına uygun olup olmadığı incelenmektedir¹⁵.

Avrupa ülkelerinden Lüksemburg Anayasasında verginin yasallığı ilkesi açıkça dile getirilmektedir. Vergilendirme başlıklı md. 99'da kanundaki düzenleme dışında hiç kimseden zorla vergi alınamayacağı düzenlenerek verginin yasallığı ilkesi vurgulanmıştır. 100. maddede yasama organı yeni bir düzenleme yapmadığı sürece vergilerin aynı kalacağı belirtilmiş ve güçler ayrılığı ilkesi vurgulanarak verginin yasallığı ilkesi sağlanmıştır. Aynı şekilde kanunda yer almayan hiçbir indirim ve muafiyetin uygulanamayacağı belirtilerek yasallık ilkesi vurgulanmıştır.

ABD'de yasallık ilkesinin kökeni çok eskilere dayanmaktadır. ABD'de bağımsızlık hareketi hem anayasal hem de ekonomik bir öneme sahip olan “temsilsiz vergi olmaz” ilkesi ile başlamıştır. Bu ilkenin bir sonucu olarak seçilmiş hükümet tarafından konulan vergiler yasallık kazanmaktadır.

Teorik olarak demokratik bir toplumda vergiler sadece yönetilenlerin onayı ile çıkarılabilmektedir. Bu onaylama ise genelde dolaylı yollardan yapılmakta ve mükelleflerinin, vergi tabanlarını düzenleme yetkisi bulunan yasama organı üyelerini seçme hakkı bulunmaktadır¹⁶. ABD'de vergilendirme

¹⁵ CAN, agm.

¹⁶ HOLCOMBE Randal G., Vergileme Yetkisinin Sınırları (Çev. Özgür Saraç), www.canaktan.org, ET. 15.12.2008

yetkisi ABD Anayasası tarafından kongreye verilmiştir ve sınırları da anayasada açıkça düzenlenmiştir¹⁷.

20. yüzyılın sonunda böyle bir dolaylı toplumsal onayın vergilendirme konusunda yetersiz kaldığı ve yönetilenlerin karşı çıktığı yasaların uyguladığına ilişkin yaygın bir kaygı bulunmaktadır. Sorumluların yeniden seçilmede ve seçmenlerin çoğu tarafından benimsenmeyen yasaları çıkarma imkânını vermesinde önemli üstünlükler sağlaması durumları bu yetersizliklerin nedeni olarak görülmektedir. Mevcut vergi oranları ile yeni vergiler ve vergi artışlarının uygulanmadan önce seçmen tarafından onaylanması şartıyla, vergi konusu daha doğrudan bir onaylama ile ele alınabilir. Seçmen onayı ile ilgili şartlar ve koşullar eyalet düzeyinde oluşabilmektedir. Çünkü bunlar yurttaş inisiyatifi ile kabul edilecektir. Günümüzde Colorado yeni vergiler ya da vergi oranı artışları ile ilgili seçmen onayının mutlaka şart olduğunu öngören tek eyalettir. Oklahoma ve Nevada da yeni vergilerin seçmen tarafından onaylanması ile ilgili hükümler getirmişlerdir¹⁸.

Yasama faaliyeti anayasal normlar açısından değerlendirildiğinde Almanya ve ABD eşdeğer bir gelişim süreci seyretmektedir¹⁹.

2-Genellik ve Eşitlik İlkesi

Genellik ve eşitlik ilkesi, geleneksel vergi adaleti ilkeleri olarak adlandırılmaktadır. Vergide genellik ilkesi; toplumda yaşayan herkesin dil, din, ırk ve cinsiyet ayrımı olmaksızın mali gücüne göre vergi yükümlüsü olmasını gerektirir. Günümüzde bu ilke herkesin şu veya bu şekilde geliri, serveti veya harcamaları üzerinden vergi ödemesi ile gerçekleşmektedir²⁰. Bu durumda verginin genelliği ilkesinden şu sonuçlar çıkartılabilir²¹:

- Yalnız belirli bireyleri kapsayacak şekilde vergi konamaz,

¹⁷ US.Const.Art.I-8.cl.1, Powers of Congress; Levy of Taxes for Common Defense and General Welfare; Uniformity of taxation.

“The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, impost and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all duties imposts and excises shall be uniform throughout the United States.” Westlaw International, ET.18.12.2008.

¹⁸ HOLCOMBE.

¹⁹ BARKER William B., The Three Faces Of Equity: Constitutional Requirement in Taxation, 57 Case W.Res.1, Case Western Reserve University, Fall, 2006, Heinonline.

²⁰ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 40.

²¹ KANETİ, s. 28–29.

- Vergi yükü, toplumun belirli kesimleri üzerinde yoğunlaştırılmaz,
- Vergi istisna ve muafiyetlerinin, verginin yapısına ve Anayasal ilkelere uygun olarak ve nesnel gerekçelere dayanması gerekir,
- Vergi yasasında, vergiyi doğuran olayın, verginin konuluş amacına göre doğal olarak kapsadığı bütün olguları içerecek şekilde tanımlanması gerekir,
- Vergileme oranlarının mali güçle orantılama ilkesi saklı kalmak üzere yükümlülerin bir bölümünün eylemli olarak vergi dışı kalmalarına yol açacak bir biçimde belirlenmemesi gerekir.

Verginin genel olması eşit olmasının da bir ön koşuludur. Ancak vergilendirmede eşitlik ilkesi daha geniştir²². Vergide eşitlik ilkesi ise benzer durumda bulunanlara eşit muamele, farklı koşullar altında bulunanlara ise farklı muamele olarak tanımlanmaktadır.

“Eşitlik ilkesi anayasal demokrasilerin doğum sancısı olarak nitelendirilmektedir”²³. Eşitlik ve genellik ilkesi demokratik olsun ya da olmasın hemen hemen tüm devletlerin anayasalarında bir şekilde yer almaktadır. Bazı ülkelerin anayasalarında genel bir eşitlik prensibine yer verilirken bazı anayasalarda da vergisel eşitlik Türk Anayasası’nda olduğu gibi ayrıca düzenlenmiştir.

Almanya’da verginin genelliği ve eşitliği ilkesi, Anayasanın 3. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine dayandırılmaktadır. İlgili maddeye göre *“Bütün insanlar kanun önünde eşittir. Erkek ve kadınlar eşit haklara sahiptirler. Devlet, kadın ve erkek eşitliğinin gerçek anlamda sağlanmasını özendirir ve mevcut dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir. Hiç kimse, cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, yurdu ve kökeni, inancı, dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla mağdur edilemez ve hiç kimseye ayrıcalık tanınamaz. Hiç kimse özür ve sakatlığından dolayı mağdur edilemez.”*

Alman Anayasası ABD anayasası gibi genel bir eşitlik kavramı üzerinde durmakta, bu anayasalarda ayrıca verginin eşitliği gibi bir ibareye rastlanmamaktadır. Bu anayasalarda eşitlik ilkesi vatandaş ile hukuk devleti arasındaki ilişkiyi göstermektedir. Amerika’da eşitliğin temeli 1787 ilk Amerikan anayasası ve 1791 tarihli Bill of Rights’a dayanmaktadır. Ancak bu belgelerde eşitlik tam olarak garanti altına alınmamıştı²⁴. ABD’de farklı

²² ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 41.

²³ BARKER, agm.

²⁴ NEUMA, Gerald L., Constitutional Equality: Equal Protection, "General Equqlity" and Economic Discrimination From A U.S. Perspective, The Parker

ekonomik sınıfların mücadelesi sonucu vergilendirmede eşitlik anlamında anayasal düzenlemeler yapıldı²⁵. Bu çerçevede ABD’de eşitliğin temellerinin çok eskilere dayandığını söylemek mümkündür.

Almanya’da vergilendirmede eşitlik ilkesi Federal Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde gelişmektedir. Vergi Kanunları ABD ve Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde gelişmekte ve bu çerçevede de eşitlik ilkesinin ihlaline ilişkin birçok karar bulunmaktadır. Almanya’da ne zaman eşitliğin genel şartlarını etkileyecek ya da bazı grupları etkileyecek bir yasama yapılsa vergilendirme konusunda anayasal bir koruma ve üç soru ortaya çıkmaktadır; birincisi bu ayrımın farklılığın amacı nedir, ikincisi bu ayrım amaca ulaşmada zorunludur, üçüncü olarak ise bu ayrımın ilgili sınıf açısından dezavantajlarının olup olmadığı ve arzu edilen amaçla orantılı olup olmadığı sorulmaktadır. Bu çerçevede Almanya’da Anayasa Mahkemesi ABD’deki yüksek mahkemeden farklı bir hukuk nosyonu geliştirmekte olup insan haklarının korunmasından ziyade yasal, ahlaki ve politik bir modelin koruyuculuğu rolünün üstlenmiştir. Almanya’da Anayasa Mahkemesi 50 yıldır kararlarını eşitlik prensibi üzerine kurmaktadır²⁶.

Hem Almanya hem de ABD anayasalarında direkt yer almamakla birlikte vergilendirme işlemi yapılırken yatay ve dikey eşitlik kavramları göz önünde bulundurulmaktadır. Yatay eşitlik ABD Anayasasının özünde yer almaktadır denilebilir. Ancak bu eşitlik kavramları daha çok mahkeme kararları ile şekillenmiştir. Almanya’da mahkemelerde yatay ve dikey eşitliğin fonksiyonları şu şekilde ifade edilmektedir: Vergi mükelleflerinden aynı ödeme gücüne sahip olanlar eşit olarak yani yatay vergilendirilmeli, yüksek geliri ve düşük geliri olanlar da dikey olarak vergilendirilmelidir²⁷. Bu iki eşitlik kavramı vergi mükelleflerinin üzerindeki orantsız vergi yükünü düzenlemeye yönelik olup servetten ziyade daha çok geliri ilgilidir. Bu çerçevede de hem Almanya hem de ABD’de gelir vergisinde kademeli bir oran yapısı belirlenmiştir. Gelir vergisi açısından Almanya’da en düşük oran %16 en yüksek oran %45’dir. ABD’de ise en düşük %10 en yüksek %35’dir. Her iki ülkede kademeli vergilendirme ile dikey eşitlik sağlanmaktadır²⁸. Ancak vergilendirmede dikey

School of Foreign and Comparative Law, Columbia University Columbia Journal of European Law, Spring, 1999, 5 Colum. J. Eur. L. 281, Hein Online

²⁵ BARKER, agm.

²⁶ BARKER, agm.

²⁷ ORDOWER, Henry, Horizontal and Vertical Equity in Taxation as Constitutional Principles: Germany and United States Contrasted, University of Florida Tax Review 2006, 7 Fla. Tax Rev.259, Hein Online, ET.04.12.2008.

²⁸ ORDOWER, agm.

eşitlik sadece gelir vergisi açısından uygulanabilir diğer vergi türleri için uygulanmaya elverişli değildir²⁹. Gelirleri eşit olmayan vergi mükellefleri farklı vergi oranlarına tabii olmakta dolayısıyla da vergisel anlamda eşitlik ve adalet sağlanmaktadır.

Çin Anayasası'nda eşitlik prensibine ilişkin genel bir düzenleme mevcuttur. Çin Anayasa'sı md. 4 ve 33'de eşitlik prensibine yer verilmiştir. Ancak bu düzenleme vatandaşların hak ve yükümlülüklerine ilişkin bir düzenleme olup doğrudan vergi ile ilgili değildir³⁰. Çin vergi sisteminde eşitlik prensibi doğrudan veya dolaylı vergi uygulamalarında kendini göstermektedir. Şöyle ki doğrudan vergiler üreticiler tarafından ödenirken aşamalı olup geliri yüksek olanlar geliri az olanlardan daha fazla öder. Dolaylı vergiler ise nihai tüketici tarafından ödenir ve vergi oranı herkes için eşittir. Türkiye ve Çin gibi gelişmekte olan ülkelerde vergi yükü dolaylı vergilerin üzerine yığılmıştır. Dolaylı vergiler, içlerinde doğal olarak mali güç ilkesini barındırmazlar ve bu vergilere hâkim olacak ilkeler, dolaysız vergilerde olduğu gibi anayasal ilke düzeyinde pek fazla düzenlenmemiştir³¹. Bununla birlikte doğrudan vergilerin mükelleflerinde vergi kaçırma yönünde bir eğilim vardır ve bu da dolaylı vergi mükellefleri açısından bir adaletsizlik ortaya çıkarmaktadır. Çin'de devletin gelirinin 2004 yılı itibariyle %76,4'ünün dolaylı vergilerden oluşması da bu gerçeği doğrulamaktadır³².

Herkesin mali gücüne göre vergi ödemesi ilkesi, sadece vergi kanunlardaki düzenlemelerle ihlali edilmez. Bazen fiili olgular da bu ihlali yaratabilir. Örneğin, etkin bir denetimin olmayışı da verginin genelliğini ve eşitliğini zedeler. Denetimsizlik, vergi kanunlarına uymayanlar lehine, uyanlar aleyhine adaletsizlik yaratır, piyasalardaki rekabet düzenini bozar³³. Bu gerçekler demokratik olmayan ülkelerin anayasalarında yer alan eşitlik prensibinin uygulamada bir değeri olmadığını göstermektedir. Gerçek anlamda demokrasi olmadan, eşitlik prensibi bir değer ifade etmemektedir.

²⁹ ORDOWER, agm.

³⁰ "Md.4 : All nationalities in the People's Republic of China are equal" "Md. 33: All persons holding the nationality of the People's Republic of China are citizens of the People's Republic of China. All citizens of the People's Republic of China are equal before the law. Every citizen enjoys the rights and at the same time must perform the duties prescribed by the Constitution and the law."

³¹ DOĞRUSÖZ, Bumin, Vergi hukuku ve ilkeler, 11.06.2009, Referans Gazetesi.

³² YAN Xu, agm.

³³ DOĞRUSÖZ, agm.

3-Mali Güce Göre Vergilendirme

Anayasa'nın 73. maddesi gereği herkes kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür.

Mali güce göre vergilendirme, sosyal devletin vergi adaleti ile ilgili bir ilkesidir. Bu ilke verginin adaletli ve dengeli dağılımını sağlar. Yasa koyucunun vergi koyulan yükümlülerin ekonomik durumunu göz önüne alacak bir sisteme uyması gerekir. Vergide asıl olan, ödeme gücüdür. Mali güç de ödeme gücünü belirler. Vergi yükümlüsünün mali gücüne göre vergilendirilebilmesi için, gerçek gelirin saptanması gerekir. Bireylerin ekonomik ve kişisel durumlarının göz önüne alınarak vergilendirilmesi gerekmektedir. Bu ilke, mali gücü fazla olanın, mali gücü az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gerektiğini belirler. Mali gücün tanımı Anayasa'da bulunmamakla birlikte, ödeme gücü anlamında kullanılmakta, kamu maliyesi yönünden gelir, servet ve harcamalar mali gücün göstergeleridir. Verginin mali güce göre alınması aynı zamanda eşitlik ilkesinin de uygulama aracıdır. Vergide eşitlik ilkesi, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngörür. Başka bir deyişle, kişilerin genel vergi yüküne kendi ödeme güçlerine göre katılmalarıdır. Bu durumda Anayasa'da öngörülen verginin "mali güce göre ödenmesi", herkesin vergi ödemesi ilkesiyle birlikte vergilendirmede adalet ve eşitlik ilkesine uygunluğu gösterir ve sosyal devletin en etkin uygulama aracını oluşturur. Verginin adaletli ve dengeli dağılımı bu ilkelere uyularak sağlanır³⁴.

ABD'de vergilendirme konusunda temel prensip herkesin gücü ile orantılı olarak hükümeti desteklemek için katkıda bulunmasıdır³⁵.

Almanya'da ise Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarına ve vergi hukuku doktrinine göre, "vergi devletinde eşitlik kuralının uygulanmasında karşılaştırma kriteri *verginin mali güçle orantılı olması* ilkesidir."³⁶

Almanya ve ABD Anayasalarında verginin mali güçle orantılı olması gerektiği ilkesine doğrudan yer verilmemiştir. Bu ilke eşitlik ilkesinin bir izdüşümü olarak ortaya çıkmış ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde gelişmiştir. Almanya'da vergilendirmede eşitlik prensibinin anlamı farklı bireylerin ekonomik güçleri çerçevesinde yani ödeme gücü ile orantılı olarak vergilendirilmesidir³⁷. Alman Anayasa'sında direk vergi yükü ile ilgili

³⁴ A.MAH., 2002/133 E., 2006/91 K. 27.09.2006 Tarih, 9.12.2006 RG., 26371 S., www.anayasa.gov.tr ET. 11.12.2008.

³⁵ HAYS, N.B., The Tax Laws of The State Of Kentucky, Heinonline.

³⁶ CAN, agm.

³⁷ EDREY, Yoseph, Constitutional Review And Tax Law: An Analytical Framework, The Janet R. Spragens Memorial Symposium, June 2007 Westlaw.

olmamakla beraber finansal eşitlik başlıklı md. 107' de zayıf ve güçlü eyaletler arasında bütçenin finansmanı açısından ayırım yapılmış, 104. maddede de eyaletlerin devlete finansal katkılarının ekonomik büyümeleri, ödeme güçleri ya da toprak büyüklüğüne göre yapılacağı belirtilmiştir.

Almanya'da vergilendirmede eşitlik ilkesi sosyal devlet konseptinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede eşitlik sadece anayasada yer alan bir hüküm olmayıp yasama vasıtasıyla sosyal devletin ilerlemesini sağlayan pozitif bir emirdir. Dolayısıyla da Anayasa Mahkemesi tarafından desteklenmektedir. II. Dünya Savaşından sonra da yasamanın ödeme gücü çerçevesinde vergi koyması eşitlik prensibinin bir gereği olarak mahkeme kararlarıyla geliştirilmiştir. Bireyler üzerindeki adaletsiz yük ödeme gücü prensibiyle bertaraf edilmiştir. Vergilendirmenin, mükelleflerin ödeme gücü dikkate alınarak yapılması nedeniyle bir takım giderler vergi matrahından indirilmektedir. Vergilendirmede insan hakları ve saygınlığı mükelleflerin ödeme gücü dikkate alınarak korunacak ve dolayısıyla da mükelleflerin yaşamaları için gerekli olan minimum gelir vergilendirilmeyecektir. Almanya'da mali güce göre vergilendirme sosyal bir amaca hizmet ederken ABD'de politik bir amaca hizmet etmekte ve bir hak olarak değerlendirilmektedir³⁸. Ancak ABD'de mali güce göre vergilendirme prensibinin mükelleflerce de bir hak olarak benimsenmesi halkın vergilendirmeye daha aktif katılımını sağlamakta zaman zaman da bir takım vergi uygulamalarının yönünü belirlemektedirler.

ABD'de ödeme gücü açısından gelir vergisini dengelemek için evli çiftler için bir takım vergisel indirimler öngörülmüştür. Ancak çiftlerin haftalık kazançlarının ırklarına göre farklılık arz etmesi nedeniyle bu indirim tartışmalara neden olmuştur. Şöyle ki evden sadece bir kişinin çalışması halinde bu vergi indirimi artmaktaydı. ABD'de irksal nedenlerle siyahlar beyazlara göre daha az kazanmaktaydı dolayısıyla da karı-koca çalışmak zorundaydılar. ABD'de beyaz bir erkek ise tek başına bir siyah çiftin kazandığı geliri kazanmakta ancak eşi çalışmıyor ise daha fazla vergi indiriminden yararlanmaktaydı³⁹. Bu husus anayasal anlamda eşitliğe ve ödeme gücüne göre vergilendirme prensibine aykırı olduğu için tartışmalara neden olmuştur. Önceleri siyah ve beyaz çiftler arasında yapılan ayırım tartışılırken günümüzde ise tartışmalar boyut değiştirmiştir. Bu indirimin sadece evli çiftler için öngörülmüş olması tartışmalara neden olmuştur. Birçok akademisyen bu vergi eşitsizliğinin ortadan kalkması için düzenleme yapılması gerektiğini ve ilgili

³⁸ BARKER.

³⁹ UY Mylinh, Tax and Race: The Impact on Asian Americans, Regents of the University of California Asian Law Journal, May 2004, Lexisnexis, ET.15.12.2008.

indirim hem evli olmayan çiftleri hem de aynı cinsten evlilik yapan kişileri kapaması gerektiğinin düşünmektedir⁴⁰. Bu husus vergilendirme ilkelerinden hem ödeme gücü açısından hem de eşitlik açısından ABD’de tartışılmaktadır. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere ABD’de eşitlik çok geniş bir perspektifle değerlendirilmekte ve tartışılmaktadır. Çin gibi demokrasi zaafı bulunan ülkelerde ise vatandaşların sahip oldukları haklar konusunda en ufak bir fikirlerinin olduğu söylenemez.

Çin Anayasasında mali güce göre vergilendirme ilkesine doğrudan yer verilmemiştir. Ancak vergi sistemi içinde mali güce göre vergilendirme ilkesi uygulanmaktadır. Üretici kesimin ödediği doğrudan vergilerde mali güce göre vergilendirme prensibi uygulamaktadır. Mali güce göre vergilendirme yapılırken yaşamak için temel ihtiyaçlar, sosyal ihtiyaçlar ve varsa çocukları eğitim giderleri göz önünde bulundurulmaktadır. Ancak Çin’de vergi kaçırma eğiliminin fazla olması ve kayıt dışı ekonomi nedeniyle mali güce göre vergilendirme ilkesi uygulamada kendisinden beklenen faydayı sağlamamaktadır. 2004 yılı itibarıyla devletin gelir vergisinden elde ettiği miktarın %54-65’i çalışan kesimin maaşlarından elde edilmektedir. Yüksek gelir grubunun vergi kaçırması önlenmediği sürece vergi yükü işçi ve memur kesimi üzerinde kalacaktır. Dolayısıyla Çin’de pratikte mali güce göre vergi adaletini sağlamak mümkün gözükmemektedir⁴¹.

SONUÇ

Demokrasi, genel geçerliliği olan somut bir kavram değildir. Demokratik idealleri ve ilkeleri, bu ilkelerin ve ideallerin nasıl hayata geçirileceğini, hangi durumlarla geçerlik kazanacağını ortaya koymaksızın soyut bir şekilde tanımlamak da mümkün değildir. Demokrasi siyasal bir kavramdır ve toplumun tamamı için bağlayıcı kurallar ve politikalar konusundaki kararlarla ilgilidir⁴². Demokrasinin toplumu ilgilendiren her şeyle doğrudan ilişkisi vardır. Vergi de bu alanlardan biridir. Antik çağlardan günümüze kadar gelen birçok demokrasi hareketinin temelinde insanların eşit haklara sahip olma isteği dolayısıyla da ödeme güçleri ile orantısız olan keyfi vergilerden kurtulma isteği vardır. Devletlerin ilk kuruldukları andan itibaren sahip oldukları yetkililerden biri de vergilendirme yetkisidir ve bir devletin tabiiyetinde yaşayan insanların da

⁴⁰ BLACK Stephen T., Same-Sex Marriage and Taxes, Brigham Young University Journal Law 2008, Lexisnexis, ET. 15.12.2008.

⁴¹ YAN Xu.

⁴² BEETHAM, David, Demokrasi ve İnsan Hakları, s. 240.(Çeviren Bilal Canatan)

sınırlandırmak istedikleri ilk yetki vergilendirme yetkisidir. Dolayısıyla vergi de demokrasi kadar eski bir kavramdır.

Vergi doğrudan yaşama hakkı ile ilgili olan bir kavramdır. Dolayısıyla anayasal anlamda korunması gereken bir kavramdır. Hukuk devleti ve sosyal devlet açısından da bu bir gerekliliktir. Hukuk devleti açısından hukuki istikrar ve güvenliğin sağlanması sosyal devlet açısından da vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının sağlanması anayasal bir düzenlemeye ihtiyaç vardır ve bu ihtiyaç demokratik olmayan ülkelerde elzemdir. Ancak sadece anayasal bir düzenlemeyle ne hukuk devleti ne de sosyal devlet açısından vergilendirmede demokrasiyi sağlamak mümkündür. Çin örneğinde bu husus açıkça teyit edilmektedir. Demokrasinin tüm kurumları ile yerleşmiş olduğu demokratik ülkelerde ise vergilendirmeye ilgili ayrıca bir yasal düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Bu ülkelerde vergilendirme ilkeleri kişi hakları bağlamında genel bir çerçeve ile düzenlenmiştir. Vergilendirme ilkelerinin genel çerçeve ile düzenlenmesi ekonomik faaliyetlerin değişen yapısına ve ekonomik büyümeye daha esnek ve duyarlı olunması sonucunu doğurmaktadır.

KAYNAKLAR

BARKER, William B., The Three Faces Of Equity: Constitutional Requirement In Taxation, 57 Case W.Res.1, Case Western Reserve University, Fall, 2006.

BEETHAM, David, Demokrasi ve İnsan Hakları, (Çeviren Bilal Canatan).

BLACK, Stephen T., Same-Sex Marriage and Taxes, Brigham Young University BYU Journal Law 2008, Lexisnesis.

CAN, İsmail, Almanya'da Devletin Yapısı ve Vergi Sisteminin Anayasal Temelleri, portal1.sgb.gov.tr/calismalar/yayinlar, ET. 11.12.2008.

DOĞRUSÖZ Bumin, Anayasa ve Vergi, Dünya Gazetesi 13.10.2005, ET.14.04.2009.

DOĞRUSÖZ, Bumin, Vergi hukuku ve ilkeler, 11.06.2009, Referans Gazetesi.

EDREY, Yoseph, Constitutional Rewiev And Tax Law:An Analtical Framework, The Janet R. Spragens Memorial Symposium, June 2007.

GÜNEŞ, Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 1998 İstanbul.

HAYS, N.B., The Tax Laws of The State Of Kentucky, Heinonline.

HOLCOMBE, Randal G., Vergileme Yetkisinin Sınırları (Çev. Özgür Saraç), www.canaktan.org, ET. 15.12.2008.

KANETİ, Selim, Vergi Hukuku, 1986-1987, İstanbul.

KHALİLZADEH, Javad – SHAH, Shirazi & Anwar, ‘*Tax Reform in Developing Countries*’, Finance & Development, 1991, Vol:28, No:2, pp.44-46, (Çeviren: Ersan Öz).

KUMRULU, Ahmet, “Vergi Hukukunu Bir Kısım Anayasal Temelleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 36, S. 1, 1979.

NEUMAN, Gerald L., Constitutional Equality: Equal Protection, "General Equality" and Economic Discrimination From A U.S. Perspective, The Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University Columbia Journal of European Law, Spring, 1999, 5 Colum. J. Eur. L. 281.

OKANDAN, Recai G., Umumi Amme Hukuku, İstanbul, 1968.

ORDOWER, Henry, Horizontal and Vertical Equity in Taxation as Constitutional Principles: Germany and United States Contrasted, University of Florida Tax Review 2006, 7 Fla. Tax Rev.259, Hein Online, ET.04.12.2008.

ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2007.

SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, İstanbul, 2006.

servat.unibe.ch/icl, ET.20.12.2008.

UY, Mylinh, Tax and Race: The Impact on Asian Americans, Regents of the University of California Asian Law Journal, May 2004, Lexisnexis.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2003.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2006.

YAN Xu, Taxation and Constitutionalism in China, Hong Kong Law Journal 2006, Westlaw, ET. 22.12.2008.

CUMHURİYET SAVCILARININ GÖREVLERİNDEN KAYNAKLANAN İDARİ BAŞVURULAR

Hüseyin BİLGİN*

ÖZET

Cumhuriyet savcılarının yaptıkları bazı idarî başvurular vardır. Bu başvuruların bazıları kendilerinin özlük haklarına ve bazıları da adli görevlerine ilişkindir. Adli görevlerine ilişkin başvuruları dışında kamu görevlisi olmalarından kaynaklanan başka diğer başvuruları da mevcuttur.

Kamu görevlisi olmasından kaynaklanan bu başvurular, 1136, 1512 ve 4483 sayılı kanunlarda düzenlenmiştir. Bu başvuruları yapıp yapmama konusunda takdir yetkileri vardır ve bu başvurulardaki amaç kamu yararının sağlanmasıdır.

ANAHTAR KELİMELEER: İdari Başvuru, Savcı, Avukatlık Kanunu, Noterlik Kanunu, 4483 Sayılı Kanun.

APPEALS MADE BY THE PROSECUTERS BECAUSE OF THEIR DUTIES

ABSTRACT

There are some administrative appeals that the prosecutors make . Some of those appeals are about their personel rights and some others are about their judicial duties. Except the appeals about judicial duties, there are also some appeals of their position of being public officers.

The appeals which are made because of the public officer position, are regulated in Law Number, 1136, 1512 and 4483. Making those appeals are due to their appreciation and the aim of those appeals is getting the common weal.

KEYWORDS: Administrative appeal, Prosecutor, Attorney Law, Nottery Law, Law Number 4483.

GİRİŞ

Kamu hukukunu ilgilendiren ve kamu idarelerini belli bir yönde işlem tesis etmesini amaçlayan ilişkilerin birçoğu, ilgili hukuk öznesinin yapacağı bir

* Denizli İdare Mahkemesi Hakimi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi

dilek veya şikâyet içeren kamusal başvuru¹ yoluyla gerçekleşmektedir. Bir başka ifadeyle, kamusal başvuruların konusunu, hukuk özneleri olan gerçek veya tüzel kişilerin, belli bir kamusal şikâyet, itiraz, istek ile devletin üç önemli erki olan yasama, yürütme ve yargı organlarından herhangi birisine yapılan başvurular oluşturmaktadır².

Türk Hukuk Sisteminde, başvuru hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 36., 40., ve 74. maddeleri başvuru hakkı ile ilgili bulunmaktadır³. Aynı şekilde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 13. maddesi de bu konuyu düzenlemektedir⁴.

İdarî başvuruları en kısa haliyle idarî makamlara yapılan başvurular olarak tanımlayabiliriz⁵. Ancak, idarî başvurunun geniş kapsamlı tanımı, idarî

¹ Duran, Lütfi, "İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu", **İ.Ü.H.F.M. C XII**, S.1, s.32.

² Yıldırım, Ramazan, **İdari Başvurular**, İkinci Bası, Konya, 2006, s.3.

³ 1982 Anayasası **Madde 36**, "Hak arama hürriyeti": Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz

1982 Anayasası **Madde 40**, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması": Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.

1982 Anayasası **Madde 74**, "Dilekçe hakkı": Vatandaşlar, ve karşılıklılık esaslı gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir.

⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi **Madde 13**, "Etkili Başvuru Hakkı": Bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.

⁵ Eroğlu, Hamza, **İdâre Hukuku**, Ankara, 1978, 3. Bası, s.358.; Ayrıca Prof. Dr. Lütfi Duran idarî başvuruları, " Fertlerin, menfaatleri bulunan hususlarda, merkeziyet veya ademi merkeziyet idârelerinde vaki olacak, amme hukukuna

başvurulara ilişkin en güncel çalışma olan Yıldırım'ın İdari Başvurular isimli eserinde, “ Kişilerin menfaatleri bulunan ve idarî işlev kapsamına giren konularda, kamusal makamlara yaptıkları başvuruların tümü ile; kamu yararını korumak amacıyla, yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerinin, diğer idarî makamların yaptığı idarî işlemlerin iptali, değiştirilmesi veya geri alınması gibi nedenlerle, yine yasaların gösterdiği idarî işleve sahip makamlara yaptıkları İdâre Hukukuna ilişkin başvurular” şeklinde ifade edilmiştir⁶.

İdari Başvuruları, başvurma iradesine göre, isteğe bağlı başvurular ve zorunlu idarî başvurular olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Buna göre, özel hukuk kişileri ile kamu görevlileri⁷ ve kamu tüzel kişilerinin yaptıkları ve idârenin bu başvurular hususunda takdir yetkisine sahip olduğu başvurular isteğe bağlı başvuru olarak kabul edilmektedir. İsteğe bağlı olarak yapılan başvuruların yapılmaması, idarî yargı yerlerindeki dava açma süresini durdurmaz⁸. Zorunlu idarî başvurular ise, kanun koyucu tarafından, dava açma hakkının kullanılması yada özel hukuk kişilerinin yükümlülük ve ödevlerinden kaynaklanan veya kamu görevlileri, kamu tüzel kişileri için öngörülen başvuru türleridir⁹. Bu başvuru yollarının tüketilmesi kanun koyucu tarafından ilgili mevzuatında zorunlu olarak öngörülmüştür. Zorunlu idarî başvurunun hiç yapılmaması halinde, mevzuatta öngörülen süre geçirildikten sonra zorunlu idarî başvuru yoluna gidilemez. Süre geçtikten sonra yapılan idarî başvurular, etkili idarî başvuru olma özelliğini kaybeder, dava açma hakkı kullanılamaz¹⁰ ve dava açma hakkı düşer¹¹. Zorunlu idarî başvuru yapılmadan açılan davalarda ise, ilgili

müteallik, bil cümle talep, iddia ve dilekleri idarî müracaatı tazammum eder” şeklinde tanımlamıştır. Duran, a.g.m., s.135. Duran tarafından yapılan idarî başvuru tanımında eksik kalan ve eleştirilen yönleri için bkz. Yıldırım, İdarî Başvurular, s. 28-29.

⁶ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.30

⁷ Kamu Görevlileri kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, Ramazan, **İdâre Hukuku Dersleri**, Konya 2006, 2.Bası, s. 159 vd.; Gözübüyük, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara, 2000, 15. bası, s. 159vd.; Akyılmaz, Bahtiyar, **İdâre Hukuku**, Konya, 2004, s.368vd.; Günday, Metin, **İdâre Hukuku**, Ankara, 2002, 5.Bası, s.503vd.; Giritli, İsmet- Bilgen, Pertev – Akgüner Tayfun, **İdâre Hukuku**, İstanbul 2001s.395 vd.

⁸ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.111.

⁹ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.116.

¹⁰ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.200

¹¹ Yenice – Esin, s.248.

mahkemesinde dava dosyası hakkında idarî merci tecavüzüne¹² karar verilir ve dava dilekçesi ilgili idareye gönderilir. Zorunlu idarî başvuru yoluna gidilmemesi bireylerin bir takım idarî para cezasıyla¹³ cezalandırılması şeklinde bir sonuç da doğurabilir¹⁴.

Cumhuriyet savcıları da birçok başvuru yapmaktadırlar. Cumhuriyet savcıları tarafından yapılan başvurular görevleri gereği yapılan başvurular olabileceği gibi, görev dışı (örneğin kişisel) nedenlerle, yapılan başvurular olabilir. Cumhuriyet savcılarının görevleri gereği yaptıkları başvurulardan bazıları idari görevleri nedeniyle, bazıları ise, yargısal görevleri nedeniyle yapılan başvurulardır.

Bu çalışmada Cumhuriyet savcıları tarafından yapılan idari başvurular incelenecektir. Ancak, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için önce, kısaca, Cumhuriyet savcılarının idari nitelikli olmayan başvurularına değinilecek, daha sonra da Cumhuriyet savcılarının idari başvurular ele alınacaktır.

I. CUMHURİYET SAVCILARININ İDARİ NİTELİKLİ OLMAYAN BAŞVURULARI

Cumhuriyet Savcıları, 2802 sayılı Hâkim ve Savcılar Kanununa tabi personel olup, adli ve idarî görev ve yetkileri de bu kanunda düzenlenmiştir. Adalet Bakanlığı, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler dışında savcılar üzerinde gözetim hakkına sahip olup, savcılar idarî görevleri yönünden Adalet bakanlığına bağlıdırlar (m.5) . Öte yandan diğer kanunlarda¹⁵ da cumhuriyet savcılarına çeşitli adli ve idarî görevler yüklenilmiştir. Ceza Muhakemeleri Usul Kanununa göre Cumhuriyet savcıları, suçun işlendiğini herhangi bir şekilde (ihbar, şikâyet vs.) haber almaları üzerine bu olayın

¹² İdarî Mercii Tecavüzünün tanımları hakkında, Gözübüyük A. Şeref - Dinçer, Güven, **İdarî Yargılama Usulü**, Ankara 1999, 2. Bası s. 398.- Yıldırım, İdarî Başvurular, s .202.; Kalabalık, Halil, **İdarî Yargılama Usulü Hukuku**, İstanbul,2006, 2.Bası., s.271; Topuz, İbrahim – Özkaya, Kadir, **İdarî Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, 2002, s. 376. ;Alan, Nuri, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartı”, **Danıştay Dergisi**, Yıl:13, S.50-51, 1983, s.30.; Candan, Turgut, **Açıklamalı İdarî Yargılama Usul Kanunu**, Ankara 2006, 2. Bası, s. 558.

¹³ Örneğin 1111 sayılı Askerlik Kanununun 11 ve 17. maddesi ve 3194 sayılı İmar Kanununun 21,32, 42 maddeleri uyarınca verilen idarî para cezaları.

¹⁴ Yıldırım, İdarî Başvurular, s. 207-208.

¹⁵ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 3091 sayılı Kanun, 1512 sayılı Noterlik Kanunu, 4483 Sayılı Kanun.

gerçekliğini araştırmakla yükümlüdürler¹⁶. (CMK m 160.) Herhangi bir suç unsurunun varlığını tespit eden savcı tarafından suçla alakalı iddianame hazırlanarak, ilgililer hakkında kamu davası açılabilir. Bu durum, Cumhuriyet savcılarının yargısal görev ve yetkilerinin¹⁷ doğal bir sonucudur.

Kamusal idârelere yapılan başvuruların bir çoğu özel hukuk kişileri tarafından yapılmakta iken, bir takım idarî başvurular ise kamusal makamlar tarafından başka bir kamusal makama yapılmaktadır. Kamusal makamların yapmış oldukları bu başvurular, o makamlara tanınan görev ve yetkiden kaynaklanmakta olup, bu başvuruları bir hak olarak görme olanağı

¹⁶ Günay, Erhan, **Cumhuriyet Savcıları ile Ceza Hâkimlerinin Görev ve Yetkileri**, Ankara, 1996, I.Bası, s.41.

¹⁷ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 161, “ Cumhuriyet Savcısının Görev ve Yetkileri” : 1) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki Maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adli görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister. 2) Adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.3) Cumhuriyet savcısı, adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir.4) Diğer kamu görevlileri de, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür. 5) Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.6) Ağır cezayı gerektiren suçüstü hâllerinde, bu Kanunun hükümleri uygulanmak koşuluyla, vali ve kaymakamların kişisel suçlarından dolayı haklarında genel hükümlere göre soruşturma yapılması kaymakamların mensup oldukları il ve valilerin buldukları ile en yakın il Cumhuriyet başsavcısına aittir. Bu suçlarda kovuşturma yapmaya, soruşturmanın yapıldığı yerin görevli mahkemesi yetkilidir.

bulunmamaktadır¹⁸. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcılarının idarî başvuruları da, görev ve yetkileri gereği yaptıkları başvurulardır.

Kamu görevlilerinin sırf kamu görevlisi olma sıfatına haiz olmaları veya bir idarî organ içinde yer almaları nedeniyle yapmış oldukları idarî başvurulardaki menfaat unsurunu, kamu yararı oluşturmaktadır¹⁹. Kamu görevlilerinin yapmış olduğu bu başvurularda kamu görevlisinin kendi bireysel bir menfaatinin ihlali aranmamaktadır. Bir başka ifadeyle, kamu görevlisinin kendi özlük ve parasal hakları ile ilgili yapmış oldukları idarî başvurular kamusal idarî başvurular olarak değerlendirilemez. Kamu görevlisinin görevleri gereği yapacakları idarî başvuruda menfaat unsurunun hangi aşamada ihlal edilmiş sayılacağı hususunu yasa koyucu tespit edecektir²⁰. Cumhuriyet savcılarının kendi özlük hakları, atamaları, derece ve terfi işleri için yapmış oldukları idarî başvurular konumuzun kapsamı dışında yer almaktadır²¹. Örneğin, 2802 sayılı Kanunun 29.maddesinde²² savcılarının meslekte yükselme çeşitleri düzenlemektedir. Cumhuriyet savcıları, HSYK tarafından yapılan yükselme şekline, kararın kendisine tebliğinden itibaren 10 gün içinde yazılı olarak başvurabilirler. Buradaki başvuru, savcılarının görevlerinden dolayı yaptıkları bir idarî başvuru değildir. Benzer bir şekilde Cumhuriyet savcıları kendileri hakkında verilen disiplin cezalarına karşı, kararın tebliğinden itibaren

¹⁸ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.23.

¹⁹ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.31.

²⁰ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.32.

²¹ Yargı Mercilerinin idarî işlemleri hakkında bkz. Erkut, Celal, **İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990.s.79-80.

²² 2802 Sayılı Kanun **Madde 29**, “Yükselme çeşitleri”: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, yukarıdaki maddelere göre belirleyeceği koşulları göz önüne alarak, yükselmeye layık gördüğü hâkim ve savcıları; a) Yükselmeye layık, b) Tercihli yükselmeye layık, c) Mümtazen yükselmeye layık. Olmak üzere üç kısma ayırır ve her kısım içindekileri kendi arasında sıraya koyar ve birer deftere yazarak kendilerine tebliğ eder. Bu sıra defterleri Resmi Gazete’de de yayımlanır. İlgililer defterlerdeki yükselme çeşidi ve sırasının, yükselmeye layık görülmeyle ise durumlarının, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bir defa daha incelenmesini tebliğden itibaren on gün içinde yazılı olarak başvurmak suretiyle isteyebilirler. Kurul, başvurunun süresi içinde yapılmadığını veya haklı olmadığını görürse reddine karar verir. İlgili bu karar aleyhine tebliğden itibaren on gün içinde İtirazları İnceleme Kuruluna itiraz edebilir. Başvuru veya itiraz üzerine defterlerde değişiklik yapılmışsa ayrıca Resmi Gazete’de yayımlanır.

10 gün içinde yeniden incelenmesi istemiyle HSYK ya başvurabilir (m.73)²³. Cumhuriyet savcılarının haklarında verilen disiplin cezalarına karşı yaptıkları bu başvuru da bir idarî başvurudur, ancak görevlerinden kaynaklanan idarî başvuru olmadığı için konumuzun dışında tutuyoruz.

Benzer bir örnekte, anılan yasanın 75. maddesinde²⁴ düzenlenmiş olup, disiplin cezası alan savcının yasada öngörülen sürelerin dolmasından sonra cezasının silinmesi istemiyle yapacağı başvuru savcının görevinden kaynaklanmayan bir idarî başvuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada cumhuriyet savcılarının idarî başvuru yaptıkları makam olan HSYK kararları kesin niteliktedir ve bu kararlara karşı yargı yoluna da başvurulamaz (1982 Anayasası m.159)²⁵.

²³ 2802 Sayılı Kanun **Madde 73**, “Yeniden inceleme ve itiraz” : Hâkimler ve savcılar hakkında verilen disiplin cezalarına ilişkin kararın tebliğinden itibaren on gün içinde Adalet Bakanı veya ilgililer kararın bir defa daha incelenmesini isteyebilir. Bu halde Kurul, gerekli incelemeyi yaparak kararını verir. Kurulca yeniden incelenerek verilen karara karşı ilgililer tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde itirazda bulunabilirler. İtiraz; İtirazları İnceleme Kurulunca incelenerek sonuçlandırılır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bu kararlar hakkında başka bir idarî veya kazai mercie başvurulamaz. Hakkında meslekten çıkarma cezası istenilen hâkim ve savcılar İtirazları İnceleme Kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma hakkına sahiptir.

²⁴ 2802 Sayılı Kanun **Madde 75**, “Disiplin cezalarının sicilden silinmesi” : Meslekten çıkarma ve yer değiştirme cezalarından başka bir disiplin cezası verilen hâkim ve savcılar, uyarma, aylıktan kesme ve kınama cezalarının uygulanmasından itibaren dört yıl, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesini durdurma cezalarının uygulanmasından itibaren altı yıl geçtikten sonra Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna başvurarak bu disiplin cezalarının sicillerinden silinmesini isteyebilirler. İlgilinin yukarıdaki fıkrada yazılı süreler içerisindeki sicilinde mevcut belgelerle kanıtlanan tutum ve davranışları ile meslekteki başarısı, isteğini haklı kılacak nitelikte görülürse, disiplin cezasının silinmesine karar verilir ve sicil dosyasındaki disiplin bölümü çıkarılarak yenisi düzenlenir.

²⁵ Oysa 1961 Anayasasınının 144. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ Yüksek Hâkimler Kurulu, adlî mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz” ibaresinin Danıştay 5. Dairesince itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi üzerine, AYM, 27.01.1977, E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı kararında anılan hükümde yer alan bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz ibaresinin Anayasa'nın 9. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Kayhan, Mehmet, **Kamu Personel Hukuku ve İdarî Yargı Mevzuatı**, Ankara, 2006, s.66-90.

Öte yandan, Cumhuriyet savcıları kendileri hakkında düzenlenen hal kağıtları ve sicil raporlarının kendilerine verilmesi istemiyle Adalet Bakanlığına başvurabilirler²⁶. Burada yaptıkları başvurular da birer idarî başvuru olmakla birlikte konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır.

Cumhuriyet Savcıları aslında birer yargısal makam olarak kendilerine yasaların verdiği yargısal faaliyetleri yerine getirirken yargısal işlemler tesis etmektedir. Cumhuriyet Savcılarının yargısal işlemlerine iddianame hazırlamak, acele hallerde yakalama ve tutuklamaya karar vermek ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 161 maddesinde düzenlenen Cumhuriyet Savcısının Görev ve Yetkileri birer yargısal işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargılama faaliyeti içersinde yer alan yargısal işlemlerin idari başvuru olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Cumhuriyet savcılarının yargısal görevleri nedeniyle yaptığı başvuruların tamamının incelenmesi bu çalışmanın amaç ve kapsamı dışında olduğu için bu konuda bazı örnekler verilmekle yetinilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesinde düzenlenen ve kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken, kamu adına kovuşturulması gereken bir suç işlendiğini öğrenmeleri halinde, bu durumu ilgili daireye bildirmeleri zorunlu idarî bir başvuru olarak karşımıza çıkmaktadır²⁷. Ancak burada kamu adına kovuşturma yapma yetkisi savcının bizzat kendisinde olduğu için savcı tarafından bu şekilde bir başvuru yapılması gerekmemektedir. Dolayısıyla bu başvuruyu da Cumhuriyet Savcılarının görevlerinden kaynaklanan başvurular kapsamında göremeyiz.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 10 / D maddesi uyarınca, Vali, ilin düzen ve güvenliği ile ilgili işlerde kamu davası açılıncaya kadar yapılacaklar hakkında Cumhuriyet Savcılarından yazılı olarak bilgi isteyebilir. Cumhuriyet savcıları gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Burada yasa ile savcıya idâreye bir bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu nedenle, Cumhuriyet savcısı tarafından, görev alanına giren ve ilin kamu düzeni ve güvenliği ile ilgili olan işler hakkında dava açma safhasına kadar yapacaklarına ilişkin Vali'ye

²⁶ Hâkim ve Savcıların kendileri hakkında verilen sicil ve hal kağıtlarını istemesi halinde, bu bilgilerin kendilerine verilmesi yönündeki T.C. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun 11.10.2006 günlü ve K.2006/784 sayılı kararı bulunmaktadır (Kayhan, s. 293- 295; Aynı konuda verilen Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun 05.07.2004 gün ve K.2004/12 sayılı kararı için bkz. Hız – Yılmaz, s.344; Müfettiş hal kağıdın verilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada Ankara 8. İdâre Mahkemesi 31.05.2006 gün ve E.2005/54, K.2006/1151 sayılı kararında anılan işlemin iptaline karar vermiştir.

²⁷ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.126.

verdiği bilgiyi Cumhuriyet savcısının görevinden kaynaklanan idarî başvuru olarak kabul etme imkanı bulunmamaktadır.

Ceza Kanununda düzenlenen “ön ödeme” müessesesi²⁸ uyarınca yapılan başvurular, idarî başvurular kapsamında değerlendirilmektedir²⁹. Ancak bu görüşe katılmayanlar da bulunmaktadır³⁰. Ön ödeme müessesesinin idarî başvuru olarak değerlendirilemeyeceği görüşünü savunanlara göre, ön ödeme kurumunun cumhuriyet savcılığı ve mahkemelerin tasarrufunda olması, bütün suçlara uygulanmaması, uygulama usulü nazara alınınca organik açıdan yargısal; işlevsel açıdan ise idarî başvuru niteliği taşıdığı savunulmaktadır. Hemen belirtelim ki, ön ödeme kurumunda Cumhuriyet Savcısı idarî başvuru yapan makam değil, idarî başvuru yapılan makam olduğu için bu konunun detayına girmiyoruz.

II. CUMHURİYET SAVCILARININ GÖREVLERİNDEN KAYNAKLANAN İDARİ BAŞVURULAR

1. Avukatlık Kanunu Uyarınca Yapılan Başvurular

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun disiplin kurulu kararına karşı itiraz başlıklı 157. maddesinde, Cumhuriyet savcılarının yapacağı idarî başvuru yolu düzenlenmiştir. Anılan madde hükmüne bakıldığında, “ *Disiplin kurulu kararlarına karşı, Cumhuriyet Savcısı ve ilgililer, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edebilirler. Birlik disiplin kurulu, disiplin davalarını dosya üzerinde inceler. Ancak, işten veya meslekten çıkarma cezasına yahut işten yasaklanmaya dair kararların incelenmesi sırasında, ilgili avukatın isteği üzerine veya kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir.*145 ve 146 ncı maddeler, birlik disiplin kurulu hakkında da uygulanır. Birlik disiplin kurulunda duruşmaya raportör üyenin işi izah etmesiyle başlanır. Bu üyenin duruşmadan önce raporunu imzalayıp dosyaya koymuş bulunması gereklidir. Raportör üyenin izahından sonra ilgili avukat ve varsa vekilleri gerekli izahlarda bulunurlar. Bunlardan itirazı yapmış olan taraf önce dinlenir. Son söz, hakkında disiplin kovuşturması yapılanındır. Birlik disiplin kurulu, inceleme konusu kararın onanmasına veya kovuşturmanın derinleştirilmesi için kararın bozularak dosyanın ilgili baroya gönderilmesine karar verebileceği gibi, yeniden incelemeyi gerektirmeyen hallerde, uygun görmediği kararı kaldırarak işin esası hakkında karar verebilir veya verilmiş olan kararı düzelterek onaylayabilir. Birlik Disiplin Kurulunun, itiraz üzerine

²⁸ Günay, Cumhuriyet Savcıları, s.97 ve 108.

²⁹ Gölcüklü, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı” A.Ü.S.B.F. Dergisi, C.XVIII, S.2, Haziran 1963, s.148.

³⁰ Soyarslan, Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, İstanbul, 1990, s.114.

verdiği kararlar Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya karar onaylandığı takdirde kesinleşir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı kararları bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliğine geri gönderir. Geri gönderilen bu kararlar, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır; sonuç Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığına bildirilir. Şu kadar ki, uyarma, kınama ve para cezasına ilişkin kararlar kesin olup, Bakanlığın onayına tâbi değildir.” ifadeleri yer almaktadır.

Buradaki başvuru şeklini incelediğimizde, cumhuriyet savcılarında, baro disiplin kurulu kararlarına karşı bir itiraz yolu öngörülmemiştir. Yasanın açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, buradaki başvuru, isteğe bağlı bir idarî başvurudur. Ancak, yasa koyucu Cumhuriyet savcısının yapacağı bu başvuruyu belli bir süre ile sınırlı tutmuştur. Buna göre, cumhuriyet savcısı Baro disiplin kurulu kararına karşı kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz etmek zorundadır. Bu süre geçirildikten sonra yapılan başvurular etkisiz idarî başvuruya dönüşür ve herhangi bir netice doğurmaz. Başvurulan Kurul da bu süre koşuluna uyulup uyulmadığını kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür. Zira, buradaki süreler hak düşürücü nitelikteki sürelerdendir³¹.

Cumhuriyet savcısının itiraz edeceği makam T.C.Barolar Birliği Disiplin Kurulu iken, Cumhuriyet savcılığı devlet tüzel kişiliği içerisinde yer almaktadır. Bu durum kamu görevlilerinin görevleri gereği yapacakları idarî başvuruların aynı idarî makam içerisindeki yerler olmasının şart olmadığını göstermektedir³². Burada Avukatlara verilen disiplin cezalarına karşı Cumhuriyet savcısının idarî başvurusu, bireysel bir hak olmaktan daha ziyade kamusal bir görev ve yetkiden kaynaklanmaktadır³³.

Kamusal görev olması nedeniyle bu itiraz yolu idarenin kânunîliği ilkesi³⁴ uyarınca açıkça Avukatlık Kanununda düzenlenmiştir.

³¹ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.183.

³² Yıldırım, İdarî Başvurular, s.115.

³³ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.178.

³⁴ İdârenin Kânunîliği İlkesi hakkında bkz. Azrak, Ali Ülkü, **Avrupa Topuluklarında İdarî Yargının Genel Esasları**, İstanbul, 1988, s.64; Yıldırım, Turan, **Türkiye'nin İdarî Teşkilatı**, 4.Bası, İstanbul, 2005, s.13.; Gözübüyük – Tan, **İdâre Hukuku.,Genel Esaslar**, Ankara 1999, Cilt:1, s.495; Eroğlu, Hamza, s.51vd.; Akyılmaz, Akyılmaz, Bahtiyar, **İdâre Hukuku**, Konya, 2004; Atay, Ethem Ender, **İdâre Hukuku**, Ankara,2006, s.100-101.

Buradaki idarî başvuru bir etkili idarî başvuru olmasına rağmen başvurunun reddi üzerine Cumhuriyet savcısının idarî yargı yerinde ret işlemine karşı iptal davası açma yetkisi bulunmamaktadır. Bu yönüyle, Cumhuriyet Savcısının yapmış olduğu bu başvuru diğer etkili idarî başvurulardan ayrılmaktadır. Baro Disiplin Kurulu kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısı veya ilgilisi tarafından yapılan itiraz isteğe bağlı bir idarî başvurudur. Ancak, Danıştay bir kararında, Baro Kararına karşı ilgilinin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edilmesi ve kararın buradan geçip kesinleşmesi üzerine idarî yargıya başvurulması gerektiğinden, davada idarî merci tecavüzü nedeniyle dosyanın Türkiye Barolar Birliğine gönderilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁵. Danıştay'ın bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira, 1136 Sayılı Kanunu'nun 157. maddesinin ilk cümlesine göre, gerek Cumhuriyet Savcısının gerekse ilgisinin başvuruları isteğe bağlı bir idarî başvurudur. Buna göre, ilgili kişi dilerse isteğe bağlı olarak Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na itiraz edebilmeli yada bu başvuru sonucunda her hangi bir sonuç elde edemeyeceğini düşünüyorsa doğrudan idarî yargı yerinde dava açabilmelidir.

Öte yandan Avukatlık Kanunu uyarınca Cumhuriyet Savcılarında tanınan bu idarî başvuru sayesinde, baro disiplin kurulu kararlarının Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna idarî vesayet³⁶ yoluyla incelenmesi ve denetlenmesi sağlanmaktadır³⁷. Cumhuriyet Savcısının yapmış olduğu bu itiraz da kendi çıkarını koruma amacı bulunmayıp, baro disiplin kurulunca verilen kararın denetlenmesi amaçlanmaktadır. Bu şekilde yapılan idarî vesayet denetimi sayesinde, baro disiplin kurullarınca verilen kararların vesayet makamı olan Barolar Birliğinde onanmasına veya disiplin soruşturmasının derinleştirilmesi amacıyla dosyanın ilgili baroya gönderilmesine karar verilebilmektedir³⁸.

³⁵ D.8.D., 19.02.1997, E. 1995/1883, K.1997/579, **Danıştay Dergisi**, S.94, s.484.;

³⁶ İdari Vesayet Denetimi hakkında bkz . Coşkun, Sabri, **İdarenin İdarî Denetiminde İdari Vesayet**, Ankara 1976, s.15; Yıldırım, **İdâre Hukuku Dersleri**, s.28-31.; Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, s.310-311; Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, 1996, s.159; Akyılmaz, s.126; Kalabalık, Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, İstanbul 2004, s. 388; Atay, s.129; Giritli – Bilgen – Akgüner, s.184; **Gözler, Kemal, İdâre Hukukuna Giriş**, Bursa, 2003, s. 298.

³⁷ Yıldırım, , İdari Başvurular, s. 177

³⁸ Manisa Baro Başkanlığı tarafından düzenlenen ölüm cezası nedeniyle insanın yaşam hakkının tartışıldığı bir yarışma hakkında olumsuz görüşleri ile birlikte ölüm cezasının kaldırılmasına karşı çıktığı beyan eden söz ve davranışlarının Avukatlık Kanunu ve Meslek Kurallarıyla bağdaşmadığı için disipline sevkine üzerine, baro disiplin kurulunca kovuşturmanın süre aşımı yönünden düşürülmesine karar verildiği ve bu karara karşı Trabzon Cumhuriyet

Barolar Birliğince, dosya yeniden incelenmek üzere ilgili baroya gönderilmesi yerine dosya üzerinde yapılan inceleme ile baro disiplin kurulunca alınan hukuka uygun olmayan disiplin kararlarının ortadan kaldırılması veya düzeltilerek onanması söz konusu olabilmektedir³⁹. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararları Adalet Bakanlığı'nın onayı ile yürürlüğe girmektedir. Barolar Birliği'ne yapılan bu itirazlar ilgilisi açısından idarî dava açma süresini durdurucu etkiye sahip olup, itirazın Barolar Birliği'nce reddi üzerine ilgili kişi idarî yargı yerlerinde iptal davası açabilir. Hemen belirtmekte fayda var ki, Adalet Bakanlığı'nca onaylanarak yürürlüğe giren baro kararlarına karşı Cumhuriyet Savcılarının idarî yargı yerinde dava açma yetkisi konusunda kanunda açık bir hüküm yoktur. Yasa koyucu burada Cumhuriyet Savcılarında isteğe bağlı idarî başvuru yapma yetkisi tanımış iken, bu başvuru sonucunda verilen karara karşı dava açma yetkisi tanımamıştır⁴⁰. Kanaatimce, burada Cumhuriyet Savcılarında da dava açma yetkisi tanınmalı ve uyuşmazlık konusu olay idarî yargı mercii önüne taşınmalıdır. Zira, burada da Barolar Birliğince tesis edilen ve Adalet Bakanlığınca da onaylanarak yürürlüğe giren işlem bir idarî işlemdir ve her idarî işlem gibi yargı yolu açık olmalıdır.

2. Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanuna Göre Yapılan Başvurular

4483 Sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun, "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü" düzenlemektedir.

4483 sayılı yasanın 4. ve 9. maddelerinde cumhuriyet savcılarında iki tür başvuru yolu öngörülmüştür.

Birinci başvuru şeklinde, cumhuriyet savcılarında kamu görevlilerince görevleri sırasında herhangi bir suç işlendiğini ihbar, şikâyet/iddia⁴¹ üzerine,

Savcısının yapmış olduğu itiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunca, 15.09.1991 gün ve E.1991/45, K.1991/46 sayılı kararı ile Avukatlık Yasasının 144. maddesinde öngörülen bir yıllık sürenin hak düşürücü bir süre olmadığı ve bu süre geçtikten sonra verilen kararların da geçerli olacağından bahisle Trabzon Barosu Disiplin Kurulu kararının kaldırılmasına karar verdiği görülmektedir. Anılan karar Adalet Bakanlığınca da onaylanmıştır (Günay, Erhan, **Uygulamada Hâkim, Savcı, Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar**, Ankara, 1997, 1. Bası, s. 98-99).

³⁹ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.181.

⁴⁰ Yıldırım, İdarî Başvurular, s.197.

⁴¹ Yayla, Yıldızhan, "Memurların Yargılanması", **İdâre Hukuku ve İlimleri Dergisi**, 1985, Yıl:6, S.1-3, s.268.

yazılı veya görsel basın yoluyla veya denetleme ve teftiş sırasında öğrenmeleri halinde suç işleyen kamu görevlisi hakkında soruşturma yapabilmesi için, memurun bağlı olduğu kamusal makama soruşturma izni verilmesi⁴² istemiyle başvuru yapar. Burada idâreye yapılan başvuru yasadan kaynaklanan zorunlu bir idarî başvuru olup, cumhuriyet savcısının görevini yerine getirebilmesi için yapması gereken bir zorunluluktur. Acaba buradaki başvuru bir idarî başvuru mu yoksa yargısal bir başvuru mudur⁴³? Kanaatimce buradaki başvuru bir idarî başvurudur. Zira, cumhuriyet savcısı yargısal görevini ifa edebilme amacıyla bu başvuruyu yapmaktadır. Burada kamu görevlisi olan Cumhuriyet Savcısının kamusal görevi nedeniyle adlîye makamları dışında idarî makamlara yapılmış bir başvuru söz konusudur⁴⁴. İdarî makamlar tarafından, 4483 sayılı yasa uyarınca yapılan başvurularda başvuru konusu ve memur hakkında bir ön inceleme yaptırılarak başvuruya konu kişi hakkında soruşturma izni verilebileceği gibi, soruşturma izni verilmemesine de karar verilebilmektedir. Burada idârenin karar verme serbestliği bulunmakla birlikte cumhuriyet savcısının da idârenin olumsuz kararına karşı idarî yargı yerlerine itiraz hakkı bulunmaktadır. Uygulamada çoğu zaman, Cumhuriyet savcıları, gerekli kovuşturmayı yaparak delilleri topladıktan sonra idarî iznin verilmesi için idâreye başvurmaktadır. Öte yandan 4483 sayılı yasa kapsamına girmeyen suçlar ve kamu görevlileri için Cumhuriyet savcıları tarafından herhangi bir izne gerek olmaksızın hazırlık soruşturmasının yapılabileceği de unutulmaması gereken bir husustur. Bu nedenle Cumhuriyet savcısı önüne gelen olayla ilgili inceleme ve araştırmasını bu hususu da nazara alarak yapmalıdır⁴⁵. Cumhuriyet Savcısının,

⁴² Kınalıtaş, Vahit – Aslan Fethi, **Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hukuku**, Ankara 2003, s.19.

⁴³ Doktrinde, Kemal Gözler, bu başvurular sonucunda idârenin verdiği soruşturma izni verilmesi yada verilmemesi yönündeki kararları yargısal nitelikte kararlar olarak görmektedir. Bu kararlara karşı idarî karar kabul edilerek idarî yargı yoluna iptal istemiyle başvurulamayacağını ifade etmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Gözler, Kemal, **İdâre Hukuku**, Cilt I, Bursa 2003, s. 536 – 537.

⁴⁴ 4483 sayılı Kanun ile ilgili olarak yapılacak olan başvurular neticesinde, soruşturma izni verilip verilmemesi konusunda takdir yetkisinin ve bu mercii kararına karşı yapılacak olan itirazın incelenmesinde idarî mercii yerine adlî mercii tarafından değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Malkoç, İsmail, **Açıklamalı – Gereçeli Memur Yargılaması**, Ankara, 2006, s.2.; Benzer görüş için bkz. Şelçuk, Sami, **Memur Yargılaması Hakkında**, İstanbul, 1997, s. 161.

⁴⁵ Çetin, Erol, **Açıklamalı – İctihathı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Usûlü ve Memur Suçları**, Ankara, 2000, s.455.

4483 sayılı Kanun kapsamına girmeyen bir konu ile ilgili soruşturma izni istemesi halinde ise, ilgili kamusal merci, işleminin gerekçesini de belirtmek suretiyle bir üst yazı ile bu istemi reddedebilir.⁴⁶

Cumhuriyet Savcısının soruşturma izni verilmesi istemiyle yapmış olduğu başvurunun kabul edilmesi ve ilgili kamu personeli hakkında soruşturma izni verilmesi halinde cumhuriyet savcısının 4483 sayılı yasadan doğan idarî başvuru yetkisi tamamlanmaktadır. Ancak, ilgili kamusal makam tarafından savcının başvurusunun reddedilmesi ve memurun soruşturulmasına izin verilmemesi halinde ise, yine yasada öngörülen bir başvuru yolu daha ortaya çıkmaktadır. (4483 SK m.9) Soruşturma izni verilmemesi kararına karşı Cumhuriyet Savcısı tarafından kararın kendisine tebliğinden itibaren 10 gün içinde olayın durumuna göre Danıştay 1. Dairesine veya yargı çevresinde yer alan Bölge İdâre Mahkemesine soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara itiraz edebilir⁴⁷.

İtiraz edilen makamların hangisi olacağı yasada açıkça belirtilmiştir. Öte yandan buradaki süre, hak düşürücü bir süredir. Süre hesabında kararın tebliğ tarihi nazara alınmaz ve tebliği izleyen günden itibaren süre işlemeye başlar⁴⁸. Dolayısıyla 10 günlük süre geçtikten sonra yapılan itirazların geçerliği bulunmamaktadır⁴⁹. İtiraz üzerine ilgili Danıştay Dairesi veya Bölge İdâre Mahkemesi tarafından en geç 3 ay içinde itirazın reddine veya kabulüne yönelik bir karar verilir. Danıştay veya Bölge İdâre Mahkemelerince verilen bu kararları kesindir (4483 SK. m.9/ 4).Danıştay 1. Dairesince ve Bölge İdare Mahkemelerince verilen kesin nitelikteki bu kararlara karşı yapılacak olan itiraz yada temyiz başvurularının da incelenmeksizin reddedilmesi gerekmektedir⁵⁰. Ancak buradaki kararlara karşı Cumhuriyet savcıları Danıştay Dava Dairelerine iptal istemiyle iptal davası açamaz mı? Bu konuya ilişkin Danıştay kararlarında 4483 sayılı Kanun uyarınca Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesince verilen kararlara karşı dava açılmayacağı ifade edilmiştir. Oysa burada verilen kararlar organik açıdan yargısal bir işlem gibi görülse de maddi açıdan bakıldığında birer

⁴⁶ Akyılmaz, s.397.

⁴⁷ Kınalıtaş – Arlan, s.61-62.

⁴⁸ İtirazın 10 günlük süre içinde yapılmaması halinde Danıştay veya Bölge idâre Mahkemesi itirazı süre aşımı yönünden reddeder. D.2.D., 07.11.2000, E.2000/3058, K.2000/3749; Adana Bölge İdâre Mahkemesi, 23.03.2005, E.2005/104, K.2005/121.

⁴⁹ Topuz, s. 226.

⁵⁰ Kınalıtaş – Aslan, s.74.

idarî işlem gibi düşünülebilir. Bu sayede bu kararlara karşı da yargı yolu açılması gerektiği tartışılabilir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 4483 sayılı Kanunda Cumhuriyet savcılarını yönden düzenlenen ikinci başvuru türü ise, Danıştay veya Bölge İdare Mahkemesine yapılan itiraz başvurusudur. Cumhuriyet savcılarının idârelere yaptığı soruşturma izni verilmesi istemli başvurularının reddine ilişkin karara karşı Danıştay veya Bölge İdare Mahkemelerine yaptıkları itirazlar birer idarî başvuru sayılabilir mi? Bu konuda yapılan başvuru aslında cumhuriyet savcısının yargısal görevine devam edebilmesi için gerekli olan izni almak için yapılan bir başvurudur. Cumhuriyet Savcılarının, “ soruşturma izni verilmemesi” işlemine karşı Bölge İdare Mahkemelerine veya Danıştay 1. Dairesine yapmış olduğu itiraz başvurusu yargısal bir başvurudur. Amacı da, soruşturmaya izin vermeme işleminin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları açısından denetlenmesini sağlamaktır. Bölge İdare Mahkemelerinin veya Danıştay 1. Dairesinin vermiş olduğu bu konudaki kararları da, iptal davasının sonucunda verdiği kararların maddi sonucunu doğurmaktadır⁵¹.

3. Noterlik Kanununa Göre Yapılan Başvurular

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun da Cumhuriyet savcılarının yapacağı idarî başvuru yolları düzenlenmiştir. Cumhuriyet Savcısına bu kanuna göre tanınan idarî başvurular şunlardır.

a) Adaylığa Kabul veya Ret İşlemine Karşı Yapılan Başvurular

Bu madde hükmüne bakıldığında, “*Oda yönetim kurulu, itiraz süresinin bitmesinden itibaren bir ay içinde 11 inci maddede yazılı raporu da göz önünde tutarak, adayın stajyer listesine kabul edilip edilmemesi veya kovuşturma sonuna kadar beklenmesi hakkında gerekçeli bir karar verir. Bu karar aleyhine, oda yönetim kurulu üyeleri, kararın verildiği yer Cumhuriyet savcısı ve alakalı, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Türkiye Noterler Birliğine itirazda bulunabilir. Birinci fıkrada yazılı süre içinde bir karar verilmemiş olması halinde talep reddedilmiş sayılır. Bu takdirde bir aylık sürenin bitiminden itibaren on beş gün içinde, staj isteminde bulunan, Türkiye Noterler Birliğine itiraz edebilir. Oda yönetim kurulunun kabul kararı ve Türkiye Noterler Birliği Yönetim Kurulunun itiraz üzerine verdiği karar Adalet*

⁵¹ Hemen belirtelim ki, bir takım kamu görevlileri 4483 sayılı yasa kapsamına tabi değildirler Örneğin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda özel olarak soruşturma izni alınacak makamlar düzenlenmiştir. Buna göre, yüksek öğretim kurumunda görev yapan ve görevi ile ilgili bir suç işleyen memur hakkında da Cumhuriyet Savcısı soruşturma izni verilmesi istemiyle ilgili idareye bir başvuru yapar. Bu başvuru ve bu başvuru üzerine verilen cevap üzerine yapılacak itirazla ilgili olarak yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerlidir.

Bakanlığının onayı ile kesinleşir. Adalet Bakanlığı kararı aleyhine staj isteminde bulunan veya Türkiye Noterler Birliği Danıştay'a başvurabilirler.” hükmü yer almaktadır.

Anılan kanun maddesine göre, noterlik stajına başlamak üzere başvuru yapan noter adayının başvurusu, noter odası tarafından kabul edilebileceği gibi, reddedilebilir veya hakkında yapılacak kovuşturma sonuna kadar da bekletilebilir. Noter odaları tarafından verilen bu kararlar gerekçeli olmak zorundadır. Cumhuriyet Savcıları noter odalarının staja kabule ilişkin olarak verdikleri karara karşı, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde Türkiye Noterler Birliği'ne itiraz edebilir. İtiraz üzerine verilen karar da Adalet Bakanlığının onayı ile kesinleşir.

Burada Cumhuriyet savcısının kamusal görevinden dolayı yapmış olduğu bir idarî başvuru söz konusudur. Bu başvuru, idarî başvuru türleri içinde isteğe bağlı bir idarî başvuru türüdür. Cumhuriyet savcısı bu yola gerek görürse başvurabilir. Başvurunun reddi üzerine cumhuriyet savcısının ret işlemine karşı idarî itiraz yada dava açma yetkisi yoktur. Zira yasa maddesi, itiraz üzerine verilen kararlara karşı sadece staj talebinde bulunan veya Noterler Birliğinin dava açma hakkı olduğunu açıkça belirtmiştir.

b) Türkiye Noterler Birliği Disiplin Kurulu Kararına Karşı Yapılan Başvurular

Noterlik Kanununun 131.maddesi hükmüne bakıldığında; *“Türkiye Noterler Birliği Disiplin Kurulu, şikâyet veya ihbar konusunun kovuşturmaya değer olmadığına karar verirse, bu kararı şikâyet olunan noterin çalıştığı yerdeki Cumhuriyet savcısına ve varsa şikâyetçiye tebliğ eder. Cumhuriyet savcısı veya şikâyetçi tebliğden itibaren 15 gün içinde doğrudan doğruya veya Türkiye Noterler Birliği aracılığı ile Adalet Bakanlığına verecekleri bir dilekçe ile bu karara itiraz edebilirler. Türkiye Noterler Birliği kendisine verilen itiraz dilekçelerini derhal Adalet Bakanlığına intikal ettirir. İtiraz üzerine Bakanlık disiplin dosyasını getirterek inceler ve bir karar verir .Bakanlığın bu kararı kesindir. Kurul, şikâyet veya ihbar konusunda kovuşturma açılmasına karar vermiş yahut da kovuşturma açılmasına yer olmadığına dair verilen karar Adalet Bakanlığınca bozulmuş ise, şikâyet olunan noter hakkında kovuşturmaya geçilir. Kovuşturma açılmasına yer olmadığına dair verilen kararların kesinleşmesi halinde, aynı konuda yeniden inceleme yapılabilmesi, yeni delillerin bulunmasına ve kesinleşme tarihinden itibaren üç yıl geçmemiş olmasına bağlıdır.”* şeklinde bir düzenleme söz konusudur.

Anılan yasa maddesinde öngörülen itiraz yolu ise, avukatlık kanununda öngörülen itiraza benzer nitelikler taşımaktadır. Ancak burada disiplin cezasını veren makam noterler birliği ve itiraz edilen makam ise Adalet Bakanlığıdır. Oysa, Avukatlık Yasasına göre itiraz edilen işlemi Baro yaparken

baronun işlemine karşı Türkiye Barolar Birliğine itiraz ediliyordu. Türkiye Noterler Birliği Disiplin Kurulu tarafından noterler hakkında disipline ilişkin olarak verilen kararlara karşı, kararın kendisine tebliğinden itibaren 15 gün içinde Cumhuriyet Savcısı tarafından Adalet Bakanlığına itiraz edilebilir ve bu itiraz üzerine verilen karar kesindir.

Burada da cumhuriyet savcısının görevinden kaynaklanan bir idarî başvuru söz konusudur. Bu idarî başvuru Cumhuriyet Savcısının isteğe bağlı olarak yapabileceği bir idarî başvuru türüdür.

c) Noter Katipleri ve Katip Adayları Hakkında Verilen Kararlara Karşı Yapılan Başvuru

Noterlik Kanununun 150.maddesine göre, “Noter, herhangi bir katibi veya katip adayı hakkında verdiği kararı, ilgiliye ve Cumhuriyet Savcısına tebliğ eder. Bu karara karşı, ilgili katip veya aday ve Cumhuriyet Savcısı 15 gün içinde Türkiye Noterler Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edebilirler. İtiraz yapılmasa dahi, noter, itiraz süresi sonunda karara ait dosyayı incelenmek üzere Türkiye Noterler Birliği Disiplin Kuruluna yollar. Kurulun vereceği kararlar kesindir. İlgililerin bu karar hakkında Danıştay’a başvurma hakkı saklıdır.”

Bu madde hükmü ile, noter katipleri ve katip adaylarına noter tarafından verilen disiplin cezalarına Cumhuriyet savcısına Türkiye Noterler Birliği Disiplin Kuruluna itiraz yetkisi verilmektedir. Cumhuriyet Savcısı bu karara karşı 15 gün içinde itiraz etmelidir. Kurulun vereceği karar idarî anlamda kesin nitelikte bir karardır. Ancak ilgilisi idarî dava yoluna gidebilir. Kanun metninde yasaklayıcı bir hüküm yer almadığı için Cumhuriyet savcısının da birlik kararına karşı idarî yargı yoluna başvurup başvurmayacağı hususu tartışılabilir. Kanaatimce, Cumhuriyet Savcıları bu tür işlemlere karşı idarî yargı yerinde dava açabilmelidir. Zira, bu sayede hukuka aykırı olabilecek bir idarî işlemin denetimden kaçırılmasının önüne de geçilmiş olur.

Son olarak yukarıdaki açıklamalarımızdan da görüleceği üzere Cumhuriyet savcılarının Noterlik Kanununda kaynaklanan idarî başvuru yetkisi vardır. Bu idarî başvuruların tamamı cumhuriyet savcısının görevinden kaynaklanan idarî başvurulardır. Cumhuriyet savcısının itiraz edeceği makam T.C. Noterler Birliği iken, Cumhuriyet Savcılığı yargı teşkilatı içerisinde yer almaktadır. Bu durum kamu görevlilerinin görevleri gereği yapacakları idarî başvuruların aynı idarî makam içerisindeki yerler olması gerekmediğini göstermektedir. Burada noterlerle ilgili tesis edilen işlemlere karşı Cumhuriyet savcısının idarî başvurusu bireysel bir hak olarak değil kamusal bir görev ve yetkiden kaynaklanmaktadır⁵². Kamusal görev olması nedeniyle bu itiraz yolu

⁵² Yıldırım, İdari Başvurular, s.178.

idârenin kânunîliği ilkesi uyarınca açıkça Noterlik Kanunu'nda düzenlenmiştir⁵³. Cumhuriyet savcısının bu idarî başvuruları yapmada bir hareket serbestliği bulunmaktadır. Savcı gerekli görmezse bu başvuruları yapmayabilir. Cumhuriyet Savcısının bu başvuruları yaparken korumak istediği asıl menfaatin ise kamu yararı olduğunda kuşku yoktur. Ancak, yasa koyucu Cumhuriyet savcısının yapacağı bu başvuruyu belli bir süre ile sınırlı tutmuştur. Buna göre, cumhuriyet savcısı noterler hakkında verilen kararlara karşı kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde itiraz etmelidir. Bu süre geçirildikten sonra yapılan başvurular etkisiz idarî başvuruya dönüşür ve herhangi bir netice doğurmaz. Başvurulan mercii de bu süre koşuluna uyulup uyulmadığını kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür. Zira, buradaki süreler hak düşürücü nitelikteki sürelerdendir⁵⁴.

SONUÇ

Cumhuriyet Savcılarının Görevlerinden kaynaklanan idarî başvurulara ilişkin çalışmamızda Avukatlık Kanununda düzenlenen bir adet idarî başvuru yolu ile Noterlik Kanununda düzenlenen dört adet idarî başvuru türünü ve 4483 sayılı yasa uyarınca yapılan iki adet başvuru ve bunlardan Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesine yapılan itirazın idarî başvuru sayılıp sayılmayacağı hususlarını ele alıp inceledik.

Cumhuriyet Savcıları iddia makamı olarak yürüttükleri yargısal faaliyetlerinin yanı sıra özel yasalarda kendilerine tanınan yetkiler kapsamında bir takım idarî makamlara da başvuru yapmaktadır. Aslında uygulama da Cumhuriyet savcılarının bir çoğu, bu başvuru işlemlerini de yargısal faaliyetleri kapsamında görmektedir. Ancak Avukatlık Kanununda ve Noterlik Kanununda düzenlenen başvuru türlerinin gerek başvuru şekilleri, gerekse tabi olduğu usuller nazara alındığında yargısal başvuru olmadığı açıktır.

4483 sayılı yasa uyarınca yapılan başvuruların idarî başvuru olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, ön inceleme yapılması sırasında, başvuru yapılan makamın bir idarî makam olması, Cumhuriyet Savcısının bu makamların izin vermemesi işlemi halinde ceza kovuşturması yapamaması nedeniyle bu başvuruları idarî başvuru olarak kabul etmek gerekir. Oysa, Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerine yapılan itirazlar birer yargısal başvuru olup, bu merciler tarafından verilen kararlar da yargısal nitelikte kararlardır.

KAYNAKLAR

Akyılmaz, Bahtiyar, **İdare Hukuku**, Konya, 2004.

⁵³ Yıldırım, , İdari Başvurular, s.178.

⁵⁴ Yıldırım, , İdari Başvurular, s.183.

Alan, Nuri, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartı”, **Danıştay Dergisi**, Yıl:13, S.50-51, 1983.

Atay, Ethem Ender, **İdare Hukuku**, Ankara,2006.

Azrak, Ali Ülkü, **Avrupa Topluluklarında İdarî Yargının Genel Esasları**, İstanbul, 1988.

Bal, Yakup – Karabulut, Mustafa – Yahya Şahin, **İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Ankara, 2003.

Bilgin, Hüseyin: **Belediyelerin Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin İdarî Yoldan Önlenmesi**, Ankara, 2005.

Candan, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usul Kanunu**, 2. Bası, Ankara 2006.

Coşkun, Sabri, **İdarenin İdarî Denetiminde İdari Vesayet**, Ankara 1976.

Çetin, Erol, Açıklamalı – İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Usulü ve Memur Suçları, Ankara, 2000.

Çırakman, Erol, “İdari Davalarda Süre”, **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler**, C:1, Ankara, 1976.

Demirkol, Selami – Bereket, Zühal, **İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, Ankara, 1998.

Duran, Lütfi, “İdarî Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu”, **İ.Ü.H.F.M. C XII**, S.1.

Erkut, Celal, **İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990.

Eroğlu, Hamza, **İdare Hukuku**, 3.Bası, Ankara, 1978.

Giritli, İsmet- Bilgen, Pertev – Akgüner Tayfun, **İdare Hukuku**, İstanbul 2001

Gölcüklü, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı” **A.Ü.S.B.F. Dergisi**, C.XVIII, S.2, Haziran 1963.

Gözler, Kemal, **İdare Hukukuna Giriş**, Bursa, 2003.

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

Gözübüyük – Tan , **İdare Hukuku, İdarî Yargılama Hukuku**, Cilt.2, Ankara, 1999.

Gözübüyük – Tan, **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, Ankara, 1999, Cilt:1.

Gözübüyük A. Şeref - Dinçer, Güven, **İdarî Yargılama Usulü**, 2. Bası, Ankara 1999.

Gözübüyük, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, 15. Bası, Ankara, 2000.

Gözübüyük, A. Şeref; **Yönetsel Yargı**, 13.Bası, Ankara, 1999.

Günay, Erhan, **Cumhuriyet Savcıları ile Ceza Hâkimlerinin Görev ve Yetkileri**, Ankara, 1996.

Günay, Erhan, **Uygulamada Hâkim, Savcı, Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar**, Ankara, 1997.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, 5. Bası, Ankara, 2002.

Hız, Yüksel – Yılmaz, Zekeriya, **Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı**, Ankara, 2004.

Hondu, Selçuk, “İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nda Yer Alan İdari Usuller ve Uygulaması” **İdarî Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar arası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, Ankara.

Kalabalık, Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, İstanbul 2004.

Kalabalık, Halil, **İdarî Yargılama Usulü Hukuku**, 2.Bası.,İstanbul,2006.

Kayhan, Mehmet, **Kamu Personel Hukuku ve İdari Yargı Mevzuatı**, Ankara, 2006

Kınalıtaş, Vahit – Aslan Fethi, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hukuku, Ankara 2003.

Malkoç, İsmail, Açıklamalı – Gerekçeli Memur Yargılaması, Ankara, 2006.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Bası, İstanbul, 1967.

Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, 1996.

Sağlam, Mehmet, **Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, Ankara, 2003.

Salihoğlu, Enver – Demirkol, Selami, **4483 Sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya İlişkin Usul ve Esaslar**, 2.Bası, İstanbul, 2005.

Soyarslan, Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, İstanbul, 1990.

Soybay, Selçuk, **İdârenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İ.Ü.S.B.Enstitüsü.

Şelçuk, Sami, Memur Yargılaması Hakkında, İstanbul, 1997.

Topuz, İbrahim – Özkaya, Kadir, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, 2002.

Topuz, İbrahim, “Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması” **Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi**, Haziran 2000, Cilt :5, S:6

Topuz, İbrahim, **Memur Yargılama Hukuku**, Ankara, 2001.

Yayla, Yıldızhan, “Memurların Yargılanması”, *İdâre Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1985, Yıl:6, S.1-3,

Yenice, Kazım – Esin, Yüksel, **Açıklamalı – İçtihatlı – Notlu İdârî Yargılama Usulü**, Ankara, 1983.

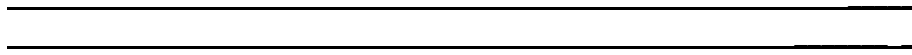
Yıldırım, Ramazan, **İdâre Hukuku Dersleri**, 2.Bası, Konya 2006.

Yıldırım, Ramazan, **İdari Başvurular**, İkinci Bası, Konya, 2006.

Yıldırım, Turan, **Türkiye’nin İdari Teşkilatı**, 4.Bası, İstanbul, 2005.

Yıldırım, Turhan, “İdari Usul Yasası Kapsamında İdâreye Başvuru” **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar arası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998, Ankara.

Makaleler



Özel Hukuk

İŞYERİ ETİK KURALLARI

Dr. Ertan İREN*

ÖZET

İşletmelerce hazırlanan işyeri etik kurallarının iş hukuku kaynakları arasında yer alıp alamayacağının ve işçiler bakımından bağlayıcı olup olamayacağının tespiti çalışma ilişkileri bakımından önemlidir. İşyeri etik kurallarının bir hukuki değer taşıyabilmesi için bunların işverence iş sözleşmesinin kurulmasından önce işe girerken işçiye bildirilmiş olması veya iş ilişkisi devam ederken işçiye tebliğ edilmiş ve muvafakatinin alınmış olması gerekir. Böylece bağlayıcılık kazanan işyeri etik kuralları iş sözleşmesinin eki haline gelir ve iş sözleşmesi hükmü olarak kabul edilir, iş hukuku kaynaklar hiyerarşisinde yasaların ve toplu iş sözleşmelerinin altında yer alırlar. İşçi iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri etik kuralını ihlal ediyorsa bu davranışı iş sözleşmesinin işverence feshi için geçerli bir sebep oluşturacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: İşyeri etik kuralları, iş hukukunun kaynakları, işyeri iç yönetmelikleri, geçerli sebeple fesih, eşitlik ilkesi.

WORKPLACE ETHICAL RULES

SUMMARY

It is important in terms of employment relations to determine that whether the workplace ethical rules are among the sources of labour law and binding for employees. In order the ethical rules in workplace have legal asset, those should have been notified to employees by employer before the employment contract or communicated to the employee and taken the approval during the employment relation. Thus, the ethical rules in workplace, which have a binding force, become an annex of employment contract and accepted as labour contract clause, those take place under the laws and collective agreement in terms of hierarchy of labour law sources. If an employee breaches ethical rules in workplace which is an annex of labour contract, this behaviour of the employee shall be a valid reason for termination of the contract by employer.

KEY WORDS: Workplace ethical rules, sources of labour law, workplace internal regulation, termination with a valid reason, principle of equality.

* Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Hukuk Müşaviri

I. GİRİŞ

Son yıllarda özellikle uluslararası faaliyetlerde bulunan büyük işletmelerde işyerlerindeki çalışma ilişkilerine yön veren yeni bir kaynak olarak işverenlerce işyeri etik kuralları oluşturulmaktadır. Böylece çalışanlar işyerlerinde iş etiği ya da işyeri etiği başlığı altında bazı kurallarla karşılaşmaktadırlar. Uluslararası işletmelerce, faaliyette bulunulan sektör, çalışan, tedarikçi ve müşteri profili dikkate alınarak hazırlanan işyeri etik kurallarının iş hukuku kaynakları arasında yer alıp alamayacağı ve işçiler bakımından bağlayıcı olup olamayacağının tespiti çalışma ilişkileri bakımından önemlidir. Çalışmamızda işyeri etik kurallarının hukuki niteliği ve çalışanlar bakımından bağlayıcılığı Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2009 yılında vermiş olduğu içtihat da dikkate alınmak suretiyle incelenmiştir.

II. İŞ/İŞYERİ ETİĞİ KAVRAMI

Kavram olarak iş etiği, iş ile ilgili kararları ahlaki standartlara göre değerlendirme sürecidir. İşletmelerin uzun dönemde başarılı olabilmeleri, güvenilir olmaları ve etik değerlere sahip çıkmalarına bağlıdır. Bu bilinçle özellikle uluslararası faaliyetler de bulunan işletmeler işyerlerinde etik kurallarını oluşturmuşlardır. Üst düzey yöneticilerden en alt kademede çalışan işçilere kadar organizasyondaki tüm çalışanlar karar ve hareketlerinde bu etik değerleri göz önünde bulundurmak zorundadır. Güvenli olmak, bilgilerin açık ve şeffaf olması, tüketicilere karşı duyarlı olmak işyerlerinde oluşturulan etik değerlere örnek gösterilebilir¹.

İşyeri etik kuralları içerisinde çalışma prensipleri, şirket kaynaklarının korunması ve doğru kullanımı, çıkar çatışması yaratabilecek faaliyetlerden kaçınma, görevi kötüye kullanmama, gizli bilgilerin korunması, adil çalışma ortamının yaratılması, yasalara, topluma ve çevreye karşı sorumluluklar gibi konular açıklanarak, bu hususlarda nelere dikkat edilmesi gerektiği hakkında bilgiler verilmektedir².

Birçok uluslararası düzenlemede yer alan zorla çalıştırma yapılamayacağı, çocuk işgücünün çalıştırılmayacağı, çalışanların fiziksel, cinsel, psikolojik tacize maruz bırakılmayacağı, cinsiyet ayrımcılığı

¹ Dürüstlük, bağlılık, işbirliği gibi değerler etik kurallarının temelini oluşturmaktadır. CRANE Andrew-MATTEN Dirk, Business Ethics, Oxford University Press, Oxford 2004, s.8. İşyeri etik kuralları hakkında bilgi için bkz. SHAW H. William, Ethics at Work, Basic Readings in Business Ethics Oxford University Press, Oxford, 2003, s.2-15.

² İşyeri etik kurallarının uygulaması için bkz. Ferrell, O.C.-Fraedrich John, Ferrell, Linda, Business Ethics, Ethical Decision Making and Cases, Mifflin Company, Boston, 2005, s.1-45.

yapılamayacağı, çalışanların özel hayatına ve kişisel alanına saygı, sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının yaratılması gibi ilkeler işyerlerinin etik kuralları olarak düzenlenmektedir. Verimli bir çalışmanın yaratılması için kurumsal bilinç, ekip çalışması, performans artırılması, eğitimin önemi gibi konulara da etik kuralları içerisinde yer verilmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere işyeri etik kuralları içerisinde topluma, tüketicilere, müşterilere, tedarikçilere yönelik hükümler bulunduğu gibi, işyerindeki çalışma disiplininin, verimliliğin artırılmasına ilişkin çalışanlarla ilgili düzenlemeler de mevcuttur. Bazı işyerlerinde etik kuralların ihlal edildiğine dair şikayet ve bildirimleri soruşturmak ve çözümlenmek ile sorumlu etik kurullar oluşturulmaktadır.

III. İŞYERİ ETİK KURALLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE BAĞLAYICILIĞI

İş hukukunun kaynakları; genel kaynaklar ve özel kaynaklar olarak iki başlık altında gruplandırılabilir. Genel kaynaklar ulusal ve uluslararası olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Resmi kaynaklar olarak da isimlendirilebilen iş hukukunun ulusal kaynaklarını anayasa, kanunlar, tüzükler ve yönetmelikler, Bakanlar Kurulu kararları, genelgeler, resmi tebliğler, yargı kararları ve doktrin olarak sıralayabiliriz. Uluslararası kaynaklar da iş hukukunda önemli bir yere sahiptir. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmeleri, Birleşmiş Milletler belgeleri, Avrupa Konseyi sözleşmeleri, Avrupa Birliği yönergeleri, iki taraflı anlaşmalar, iş hukukunun uluslararası kaynaklarını oluşturmaktadır. İş hukukunun özel kaynakları da iş hukukuna özgü kaynaklardır. İş hukukunun özel kaynakları arasında iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri, işyeri iç yönetmelikleri, işyeri uygulamaları, işverenin talimatları yer almaktadır³.

Günümüzde işletmelerde her işçi ile ayrı ayrı çalışma koşullarının saptanması yerine bu koşulların önceden hazırlanmış genel ve yeknesak kurallara göre belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Bunların tipik örneği işyeri iç yönetmeliği ya da işyeri personel yönetmeliği olarak düzenlenen metinlerdir⁴. İş

³ SÜMER, Hadi, Haluk, İş Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2008, s.9-14. UŞAN, Fatih, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006, s.10-18. Uluslararası iş hukuku kaynakları için bkz. SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 4. B. İstanbul, 2008, s.81-97.

⁴ İşyerlerinde bütün iş ilişkileri için geçerliliği olması gereken genel çalışma şartlarının bulunması kaçınılmazdır. İşverence hazırlanan ve işçinin kabulü ile iş sözleşmesinin hükmü ve eki niteliğinde kabul edilen iç yönetmelik, personel yönetmeliği ve benzeri yönetmelikler çalışma şartlarının bireysel düzeyde düzenlenmesinde önemli bir araçtır. EKONOMİ Münir, Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu, Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997, s.159. İç yönetmelikler belirli bir sözleşme tarafı gözönüne

hukukunun özel kaynakları arasında yer alan bu metinler işverence tek taraflı olarak hazırlanan işyerinde uygulanacak genel ve yeknesak çalışma koşullarını içeren düzenlemelerden oluşmaktadır. İşverenler, iş kanunlarının emredici hükümlerine ve yukarıda belirtilen kaynaklar hiyerarşisine aykırı olmamak koşuluyla iç yönetmeliklerin içeriğini belirleyebilirler⁵.

İşyeri etik kuralları da işyeri iç yönetmelikleri gibi işverence tek taraflı olarak hazırlanan işyerinde uygulanacak genel ve yeknesak düzenlemeleri içermektedir. Bu itibarla işyeri etik kuralları da iç yönetmelikler gibi işçilerin önceden bilgisine sunulması ve her bir işçinin açık veya örtülü kabulü ile işçiler bakımından geçerli (bağlayıcı) hale gelir. Bu husus Borçlar K.'nun 315. maddesinde hükme bağlanmıştır. "Mesai Kaideleri" başlığını taşıyan adı geçen maddeye göre "*Sınai ve ticari bir teşebbüste iş sahibi tarafından mesai veya dahili intizam için muttarid bir kaide ittihaz edilmiş ise bunlar evvelce yazılmış ve işçiye dahi bildirilmiş olmadıkça işçiye bir borç tahmil etmez.*"

Bu nedenle iç yönetmelikler gibi işyeri etik kurallarının bir hukuki değer taşıyabilmesi için bunların işverence iş sözleşmesinin kurulmasından önce işe girerken işçilere bildirilmiş olması veya iş ilişkisi devam ederken işçilere tebliğ edilmiş ve muvafakatleri alınmış olması gerekir⁶. Burada önemli olan işçinin genel iş koşullarını içeren işyeri etik kurallarını düzenleyen belge üzerinde kolaylıkla inceleme yapabilme olanağına sahip olmasıdır. Şüphesiz bunu sağlamanın en güvenilir yolu genel iş koşullarının basılı bir metin olarak işçiye verilmesi ve tebliğ edildiğine dair imzasının alınmasıdır. Uygulamada iş sözleşmesi yapılırken işçilere işyerinde uygulanmakta olan etik kurallar gösterilmekte, okutulmakta ve okuyup kabul ettiklerine dair yazılı belge alınmaktadır⁷.

İş K.'nun 22. maddesinin 1. fıkrasında personel yönetmeliğinin (iç yönetmeliğin) iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Kanımızca

alınmadan hazırlanmaktadır. Bu nedenle iç yönetmelikler işyerinin bütününde veya bir bölümündeki çalışma koşullarını mevcut veya gelecekteki azalıp çoğalabilecek personel açısından kişiye özgü niteliklerden bağımsız olarak genel ve yeknesak bir biçimde belirlerler. Bkz. SÜZEK Sarper, İş Hukukunda İç Yönetmelikler, AÜHFD, Ankara, 1996, s.183.

⁵ SÜZEK, (2008) s.62. TUNÇOMAĞ Kenan-CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s.24.

⁶ SÜZEK, (1995), s.186. ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22.B. Beta Yayınevi, İstanbul, Ağustos 2009, s.111. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.57. AKTAY Nizamettin-ARICI Kadir-KAPLAN Tuncay, İş Hukuku 2. B. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.52.

⁷ SÜZEK, (2008) s.64.

yukarıda belirtilen şekilde bağlayıcılık kazanan işyeri etik kuralları da iç yönetmelikler gibi iş sözleşmesinin eki niteliğindedir ve iş hukukunun özel kaynakları içerisinde yer almaktadır⁸. Bağlayıcılık kazanan işyeri etik kuralları da iş sözleşmesi hükmü gibi kabul edilir ve tıpkı iç yönetmelikler gibi iş hukuku kaynaklar hiyerarşisinde yasaların ve toplu iş sözleşmelerinin altında yer alırlar.

Bağlayıcılık kazanan işyeri etik kurallarının değiştirilmesi de iç yönetmelik hükümlerinin değiştirilmesi gibi çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapacağından İş K.'nun 22. maddesindeki prosedür çerçevesinde işçinin muvafakatine tabidir⁹. Zira İş K.'nun 22. maddesi gereğince, işveren iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ile oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu prosedüre uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşyeri etik kurallarının uygulanmaması bu kuralların işverence tek taraflı değiştirilmesi anlamına gelir. Bu nedenle etik kuralların uygulanmaması ancak işverence değişiklik feshine ilişkin İş K.'nun 22. maddesindeki prosedüre uyulmak suretiyle gerçekleştirilebilir.

⁸ İşverenin işyeri yönetmeliğinde değişiklik yapma isteği hukuken mevcut iş şartlarında değişiklik anlamını taşır ve işçi haklarına dokunduğu ölçüde de, bir takım sınırlamalara bağlıdır. İşçi işyeri yönetmeliği hükümlerini benimseyip bireysel iş sözleşmesini yapmak suretiyle işverenin iradesini daha önce açıklamış olduğu işyeri yönetmeliğini kabul etmiş bulunur ve işyeri yönetmeliği de böylelikle iş sözleşmesinin eki niteliğini kazanır. Bkz. CENTEL, Tankut, İşyeri Yönetmeliğinde Değişiklik, Münir Ekonomi 60. Yaş Armağanı, Ankara, 1993, s.181.

⁹ AKTAY-ARICI- KAPLAN, (2007), s.52. SÜZEK, (2008) s.65. ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.s. 61. Çalışma Koşullarında esaslı değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi için bkz. AKYİĞİT, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.859-871. YENİSEY, Doğan, Kübra, Çalışma Koşullarında Değişiklik, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, 2005, s.112-113. ULUCAN, Devrim, İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, 2004, s.86-88.

IV. İŞYERİ ETİK KURALLARININ İHLALİNİN GEÇERLİ NEDENLE FESİH SEBEBİ OLUŞTURMASINA İLİŞKİN YARGITAY KARARI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2009 yılında verdiği bir kararında,¹⁰ işyeri etik kurallarının ihlalinin, çalışanın iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi için geçerli bir sebep oluşturacağı belirtilmiştir. Söz konusu karara konu olan olayda, bir bankada IT Planlama ve Bütçe Kontrol Birim yöneticisi olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davalı işveren, davacıya görevinde yapmakla yükümlü bulunduğu görevleri hatırlatıldığı halde ifa etmediğini bu hususta ısrar ettiğini, işverenin gıyabında şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf ettiğini, asılsız isnatlarda bulunduğunu, mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde gezerek işverenin güvenini kötüye kullandığını, doğruluk ve bağlılığa uymayan bu davranışları nedeni ile iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş K.'nun 25/II maddesi uyarınca feshedildiğini savunmuştur.

Somut olayda, davalı işveren davacının internette oyun oynaması ve çeşitli haber sitelerinde zaman geçirmesine ilişkin kayıtlar sunmuştur. Mahkemece belirlenen bilirkişi heyetinin raporunda, davacının her gün kısa süreli olsa da iş amaçlı bilgisayarında internet alışveriş ve oyun sitelerine girdiği, bir yıl içerisinde 6 kez yarım saat, 6 kez de bir saatin üzerinde internette zaman geçirdiği tespit edilmiştir. Ancak bilirkişiler, bilgisayar yazılım ve yönetiminde görev alan bir personelin zamanını boşa harcadığının tek göstergesinin üstlenilen işi yetiştirmemesi ve bu nedenle bir zararın oluşması olduğunu ileri sürerek bunun da kanıtlanamadığından bahisle feshin geçerli nedene dayanmadığını belirtmişlerdir. İlk derece mahkemesi bilirkişi raporunu dikkate alarak feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile işe iade davasının kabulüne karar vermiştir.

İlk derece mahkemesinin kararının davacı tarafından temyizi neticesinde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi işverence yapılan feshi geçerli kabul ederek, mahkemenin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermiştir. Yargıtay kararında işverence üçüncü fesih sebebi olarak gösterilen mesai saatleri içerisinde internette oyun oynama ve çeşitli haber sitelerinde zaman geçirme hususu ayrıntılı olarak incelenmiş ve davacının davranışlarının işyeri etik kurallarına aykırı olması nedeni ile işverenin iş sözleşmesini feshi geçerli kabul edilmiştir.

¹⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 04.05.2009 tarih, 2008/36305 E. 2009/12393 K. nolu Kararı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:22, 2009, s.645-649.

Yargıtay kararında, banka işyerinde çalışanların uymakla yükümlü olduğu işyeri etik kuralları bulunduğu ve bu kuralların 20. maddesinde, “*çalışanların adalet, doğruluk, dürüstlük...güvenirlilik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı*” ve “*Bankaya ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı*” kurallarına yer verildiği belirtilerek, bu etik kuralların iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğu, davacının iş amaçlı bilgisayarı mesai saatleri içerisinde internet alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı, üstlenilen işin yetiştirilmesinin veya işverenin zararının oluşmamasının bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmayacağı, davacının yan yükümlülüğünü ihlal ettiği, davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığından bahisle iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı belirtilmiştir.

Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla davacının çalıştığı bankada tüm çalışanlar bakımından bağlayıcılık kazanmış, uyulması gerekli işyeri etik kuralları mevcut olup, söz konusu kurallarda bankaya ait varlıkların ve kaynakların verimsiz ve amaç dışı kullanılmayacağı açıkça belirtilmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere iş sözleşmesinin kurulmasından önce mevcut ve işe girerken işçiye tebliğ edilmiş, onun bilgisi dahilinde olan veya iş ilişkisi devam ederken işçilere tebliğ edilen ve muvafakatleri alınan işyeri etik kuralları iş sözleşmesinin eki niteliğindedir ve iş sözleşmesi hükmü gibi kabul edilir. İşyerindeki bilgisayarlar da işyerinin varlıklarından, kaynaklarından birisidir. Davacı, iş amaçlı bilgisayarı mesai saatleri içerisinde internet alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullanarak işyeri etik kurallarını ihlal etmiştir. Üstlenilen işin yetiştirilmiş olması veya işverenin zararının oluşmaması davacının olumsuz davranışını ortadan kaldırmaz. Zira işyeri etik kurallarında, bu kuralların ihlalinin varlığı için böyle bir zarar şartı aranmamıştır.

Belirtmek gerekir ki, işyeri etik kuralları uygulanırken de işverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu devam etmektedir. Zira iş sözleşmesinin devamı süresince işveren işçilerine eşit davranma ve ayırım yapmama borcuna uygun davranmak zorundadır¹¹. Bu nedenle işyerindeki etik

¹¹ Eşitlik ilkesi iş hukukunda işverenin işçileri arasında keyfi ayırım yapmasını yasaklayarak işvereni sınırlandırmaktadır. İş hukukunda işverenin eşit davranma borcu mutlak eşitlik anlamına gelmez. Önemli olan işverenin aynı niteliklere sahip, aynı ya da eşit değerdeki (benzer) işlerde çalışan işçiler arasında eşit davranmasıdır. YILDIZ, Burcu, Gaye, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.65. İş hukukunda eşitlik ilkesi için bkz. KAYA, Pir, Ali, Nobel Yayınları, 2007, Ankara, s.129-169. ERTÜRK, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.94-110.

kuralların uygulanması bakımından ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı her somut olayda incelenmelidir.

İş Kanunu'nun "Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması" başlıklı 18. maddesinin gerekçesinde, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeplerin İş K.'nun 25. maddesi gereği işverene haklı nedenle derhal fesih imkanını veren sebepler dışında kalan ve işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebepler olduğu belirtilmektedir. O halde işçinin davranışları nedeniyle işyerinin yürüyüşü olumsuz bir şekilde etkilenmişse ve iş ilişkisinin sürdürülmesi işverenden makul ölçüde beklenemiyorsa bu durumda iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır¹².

İş sözleşmesine veya eki personel (iç) yönetmeliğe ya da işyeri etik kurallarına aykırı davranış iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep oluşturacaktır. İşçi kendisinin bilgisi dahilinde olan ve uymakla yükümlü olduğu bir iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri etik kuralını ihlal ediyorsa, bu kusurlu davranışının sorumluluğuna katlanmak durumundadır. Somut olayda işyeri etik kurallarının ihlali sebebiyle iş ilişkisinin tarafları arasındaki güven ilişkisi ortadan kalktığından ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesi beklenmez bir hal aldığından, Yüksek Mahkemenin feshi geçerli kabul eden kararı kanımızca isabetlidir.

V. SONUÇ

İşyeri etik kurallarının işyerindeki işçiler bakımından bağlayıcılık kazanması bu kurallara uymakla yükümlü olduklarının bilgileri ve muvafakatleri dahilinde olmasına bağlıdır. İhtilaf halinde bunun ispatı işverenlerdedir. İşyeri etik kurallarının ihlali sebebiyle ortaya çıkan ihtilafların yargıya yansımaları durumunda yapılacak incelemelerde, her somut olayda bu kuralların işçiler bakımından bağlayıcı hale gelip gelmediği, işverence eşitlik ilkesinin gözetilip gözetilmediği, söz konusu ihlal nedeniyle işveren açısından iş ilişkisinin devamının beklenilmez bir hal alıp almadığı tespit edilmelidir.

KAYNAKÇA

AKTAY Nizamettin-ARICI Kadir-KAPLAN Tuncay:İş Hukuku 2. B. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

¹² KILIÇOĞLU, Mustafa- ŞENOCAK, Kemal, İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayını, İstanbul, 2007, s.384. İşçinin davranışlarından doğan geçerli fesih sebepleri için bkz. AKYİĞİT, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.259-269. ÇANKAYA Güven Osman-GÜNAY İlhan Cevdet-GÖKTAŞ Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005. s.84-88.

- AKYİĞİT, Ercan: 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006,
- AKYİĞİT, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ALP, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- TUNÇOMAĞ, Kenan-CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.
- CENTEL, Tankut: İşyeri Yönetmeliğinde Değişiklik, Münir Ekonomi 60. Yaş Armağanı, Ankara, 1993, 179-185.
- CRANE Andrew-MATTEN Dirk, Business Ethics, Oxford University Press, Oxford 2004.
- ÇANKAYA Güven Osman-GÜNAY İlhan Cevdet-GÖKTAŞ Seracetin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22.B. Beta Yayınevi, İstanbul, Ağustos 2009.
- EKONOMİ, Münir: Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu, Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997, 157-179.
- FERRELL, O.C.-FRAEDRİCh, John- FERRELL, Linda, Business Ethics, Ethical Decision Making and Cases, Mifflin Company, Boston, 2005, 1-45.
- KILIÇOĞLU, Mustafa- ŞENOCAK, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayını, İstanbul, 2007.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- SHAW H. William: Ethics at Work, Basic Readings in Business Ethics Oxford University Press, Oxford, 2003, 2-15.
- SÜMER, Hadi, Haluk: İş Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2008.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 4. B. İstanbul, 2005.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukukunda İç Yönetmelikler, AÜHFD, 1995, Ankara, 1996, 183-191
- ULUCAN, Devrim: İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, 2004.
- UŞAN, Fatih: İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Eylül, Ankara, 2006.
- YENİSEY, Doğan, Kübra: Çalışma Koşullarında Değişiklik, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, 2005, 103-132.
- YILDIZ, Burcu, Gaye, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Tez Özetleri

RESTRICTIONS ON THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE STRASBOURG AND TURKISH LEGAL ORDERS

Dr. Murat TUMAY*

TÜRK VE STRASBOURG HUKUK DÜZENİNDE TEMEL HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI

ÖZET

Kamunun genel yararı temel hakların sınırlandırılmasının meşruiyetini sağlar. Her bir bireyin hakkını toplumun menfaatlerini göz önünde bulundurarak kontrol etmek ve düzenlemek hakikatte temel hakların kendilerini daha iyi korumayı netice verir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre taraf Devletler meşru amaçlardan birini taşıması, uygun hukuki prosedür ile yapılmış olması, kamuoyu tarafından ulaşılabilir, anlaşılabilir ve açık olmaları şartı ile temel hak ve hürriyetleri sınırlayıcı önlemler alabilirler. Ancak bu sınırlamalar demokratik toplumda gerekli olmalı ve gerçekleştirmek istedikleri meşru amaç ile orantılı olmalıdır. Bu bağlamda Strasbourg Mahkemesinin önüne bir dava geldiğinde Sözleşme koruma altına alınan bir temel hakka müdahale olup olmadığı ve bu müdahalenin kanuni bir dayanağının olup olmadığı meselesi kolaylıkla çözülebilmektedir. Dolayısıyla Strasbourg Mahkemesinin temel görevi kanuni dayanağı ve meşru bir amacı olan bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını katarlaştırmaktır.

Starbourg Hukuk düzeni paralelinde Türk Anayasası da kamusal yararın ve diğerlerinin haklarının gerektirdiği durumlarda bireylerin temel haklarının sınırlandırılabilceğini düzenlemektedir. Bir bireyin hakkının diğerlerinininki ile çatıştığı durumlarda bu çatışmanın Anayasa, hukuk ve yargılama ile uzlaştırılması gerektiğine inanılır.

Bu makale Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuk Sistemi düzenlerinde temel hakların sınırlarının kapsamını incelemektedir. Makale her iki hukuk sistemini eleştirel bir bakış açısı ile karşılaştırarak analiz etmeyi amaçlamaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: Temel Haklar, Sınırlamalar, Kısıtlamalar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türk Anayasası.

* Arş. Gör. Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Bu makale 5 Eylül 2006 tarihinde Leicester Üniversitesi Hukuk Fakültesinde başarı ile savunulan doktora tezinin bir bölümünün güncellenmesi ve düzenlenmesi ile üretilmiştir.

ABSTRACT

The common good may justify laws restricting the exercise of fundamental rights. Controlling and regulating the rights of each individual in the interests of all, in fact better achieves protection of the rights themselves. According to European Convention on Human Rights, States can create limitations on the exercise of such human rights so long as they are: reasonably based on one of the legitimate grounds; have been created by proper legal procedure; and are accessible, clear, and understandable to the public. The restrictions should be necessary in a democratic society and proportional to the aim they seek. When a case comes before Strasbourg Court the legitimate ground of the interference and whether the interference is prescribed by law is easily established. Therefore the main task of Strasbourg is to assess the interference whether it is necessary in a democratic society.

In line with the Strasbourg legal order, the Turkish Constitution, also regulates the fundamental rights of the individual with restrictions where the common good of the society and the rights of others so require. It is believed that when the use of one's rights and freedoms is in conflict with others' rights and freedoms, the conflict should be compromised via the constitution, law and adjudication.

This article is going to look at the scope of limitations of European Convention on Human Rights system and Fundamental Rights in Turkish Legal Order. The article is going to critically analyse and compare both legal systems.

KEYWORDS: Fundamental Rights, Restrictions, Limitations, European Convention on Human Rights, Turkish Constitution.

A- INTRODUCTION AND GENERAL REMARKS

Human rights and fundamental freedoms are subject to the general rule that no-one has the right to 'engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms' recognised elsewhere.¹ To prevent this, where necessary, it is legitimate to restrict the fundamental rights of individuals. In addition, the common good may justify laws restricting the exercise of fundamental rights. The purpose of such restrictions is to protect the moral ethos of society.² Controlling and regulating the rights of each individual in the interests of all, in fact better achieves protection of the rights themselves.

¹ http://www.hreoc.gov.au/human_rights/briefs/hr4.1 accessed on 15/05/2004, see also Art.18 ECHR

² see Costello D, 'Limiting Rights Constitutionally' in O'Reilly J, (ed.) *Human Rights and Constitutional Law*, (The Round Hall Press, 1992)

So in the final analysis, restrictions or limitations on the rights of the individual are designed to secure the liberty of all individuals in a given society. These ideas underlie the limitation and the restriction of rights under the ECHR.³ In effect, the control of restrictions is respectful of the state's sovereignty, in that it disregards the hierarchy of norms; the pre-eminence of the European norm is indeed tempered by taking into account national interests.⁴ As Greer suggests, a cursory reading of the Convention might suggest that what it gives with one hand it takes away with the other, since most of the rights which the High Contracting Parties have agreed to respect and protect are subject to so many broad and often vague exceptions, restrictions and qualifications.⁵

The circumstances in which human rights can be limited are called, within the ECHR, permissible limitations or 'restrictions.' States can create limitations on the exercise of such human rights so long as they are: reasonably based on one of the legitimate grounds; have been created by proper legal procedure; and are accessible, clear, and understandable to the public. The restrictions also should be necessary in a democratic society and proportional to the aim they seek. When a case comes before Strasbourg Court the legitimate ground of the interference and whether the interference is prescribed by law is easily established and generally there is not a problem here. Therefore the main task of Strasbourg is to assess the interference whether it is necessary in a democratic society.

In line with the Strasbourg legal order, the Turkish Constitution, also regulates the fundamental rights of the individual with restrictions where the common good of the society and the rights of others so require. It is believed that when the use of one's rights and freedoms is in conflict with others' rights and freedoms, the conflict should be compromised via the constitution, law and adjudication. This article consists of two subsections. First section is going to look at the scope of limitations on Convention Rights. After a general introduction on the scope and nature of the limitations, the issues of derogable and non-derogable rights, qualified and absolute rights and the inherent limitations will be explored. Then the important limitation grounds that will contribute to the discussion of democratic necessity will be investigated. The

³ Loucaides, L.G, "Restrictions or limitations on the Rights Guaranteed by the European Convention on Human Rights" in (1993) 4 Finnish Yearbook of International Law 334, p.334

⁴ Delmas-Marty M, *The European Convention for the protection of Human Rights International Protection versus National Restrictions*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p.12

⁵ Greer, S., *Public Interests and Human Rights in the European Convention on Human Rights*, (Strasbourg: Council of Europe Publication, January 1995)

examination of safeguards against the abuse of restrictions will follow that. The second section will be devoted to explore the rights restriction system of Turkish Constitutional Law which will give us the opportunity to compare and contrast with that of the Strasbourg. The main difference between Strasbourg system and Turkish system is the Turkish Constitution's emphasis on special Turkish type Democracy which confines democracy to that of established in it. This understanding, unlike the Strasbourg system, gives rise to a narrower approach to fundamental rights with the aim of protecting the state vis-à-vis individual.

B- NATURE AND SCOPE OF THE LIMITATIONS ON CONVENTION RIGHTS

According to the Convention, some freedoms, such as freedom from torture and freedom from slavery cannot be restricted by governments in the interests of balancing other competing interests. Governments within defined boundaries, with the aim of protecting competing interests, can restrict other freedoms. They may be defined as 'limitable freedoms.' These restrictions or limitations are themselves constrained by international human rights law. Any restriction must be justifiable by reference to one or more of the legitimate objectives. The first condition for a restriction to be justified is that it should have one of the legitimate aims established by the Convention. These legitimate aims vary according to the right in issue, but typically include the interests of national security or the economic well-being of the country; the prevention of disorder or crime; the protection of health or morals; and the protection of the rights and freedoms of others. Whether the measure in question pursues one of the stated legitimate aims, it is usually uncontroversial and the Court has rarely found that a state was not pursuing the aim it asserted. If it could establish that a restriction or interference was not, in truth, in pursuit of one of the legitimate aims, for example where someone was punished for publishing an article, ostensibly to prevent disorder, but in reality with the aim of hindering his trade union activity, there would be a violation of Article 18. However, while the Court may accept that the policy or measure pursued was one of the legitimate aims laid down in the relevant Article, it will not necessarily accept that the specific objective pursued by the policy was 'necessary in a democratic society'. The extent of the interference with a right will obviously be another highly material factor. A measure that reduces or restricts a right, in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired, will constitute a disproportionate interference.⁶

⁶ Mahoney, P., *Judicial Activism and Judicial Self Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin* (1990) HRLJ 57; Lavender, N., *The Problem of the Margin of Appreciation* (1997) EHRLR 380; see also Macdonald, R. St J., *Methods of Interpretation of the Convention*, in

In particular circumstances states are allowed to interfere with rights and freedoms guaranteed under the Convention; therefore, the state may inter alia: deprive an individual of his life or liberty in certain circumstances;⁷ require the performance of forced or compulsory labour in well-defined cases;⁸ exclude the press and the public from all or part of a trial;⁹ interfere with the right to respect for a person's private and family life, his home and his correspondence;¹⁰ limit or curtail the freedom to manifest one's religion or beliefs, in worship, teaching, practice and observance;¹¹ regulate the right to freedom of expression by requiring the licensing of a broadcasting, television or cinema enterprise, or subject such freedom of expression to formalities, conditions, restrictions or penalties;¹² restrict the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to join trade unions;¹³ deprive a person of his possessions;¹⁴ control the use of property, or secure the payment of taxes or other contributions or penalties;¹⁵ impose certain conditions on the rights to vote and to stand for election;¹⁶ and restrict, within its territory or any particular area thereof, the liberty or movement and the freedom to choose a residence.¹⁷

All of these restrictions are permitted to a Contracting Party in the very article that sets out the right in question. The Convention employs a variety of techniques to limit the scope of its rights and freedoms or to permit restrictions on rights and freedoms in specified circumstances. Some of the articles contain expressive clauses, which indicate that certain activities do not fall within the scope of the article. Secondly, Article 15 allows special restrictions on a number

MacDonald, Matscher and Petzold (eds) *The European System for the Protection of Human Rights*, (Martinus Nijhoff, 1993).

⁷ Article 2 of the Convention. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ETS No: 005, opened for signature in Rome on 04 November 1950 and came into force on 03 September 1953

⁸ Article 4 (2) ECHR

⁹ Article 6 (1) ECHR

¹⁰ Article 8 (2) ECHR

¹¹ Article 9 (2) ECHR

¹² Article 10 ECHR

¹³ Article 11 ECHR

¹⁴ Article 1 of the First Protocol

¹⁵ *ibid*

¹⁶ Article 3 of the first protocol

¹⁷ Article 2(3) and (4) of the Fourth Protocol

of rights and freedoms in time of war or public emergency. Finally, some of the articles setting out specific rights or freedoms make express provision for restrictions that meet certain qualifying conditions.¹⁸ Apart from the article itself that guarantees the right and freedom, general provisions set out in the Articles 15 to 18 authorise the restriction or limitation of rights in various forms.

The restriction system of the Convention is largely based on the restriction principles found in Articles 8-11. Articles 8-11 have some similar features. Each of them has been formulated in an almost identical manner. The first paragraph sets out the basic right. The second paragraph typically expresses the conditions and forms of restriction of the basic right. Articles 8, 9, 10 and 11 deal with the protection of private and family life, freedom of thought and religion, freedom of expression and freedom of association and assembly, respectively.

Although each of the second paragraphs of Articles 8-11 states the system of restriction in the same structure, there are some slight differences between them. To give an example: the economic well-being of the country as a ground of restriction is defined only in Art.8 (2); and protection of the authority of the judiciary in Art.10 (2). Another difference is that while the other three Articles establish the restriction grounds in their second paragraphs, Article 10, in its first paragraph, states that limitations are allowed because the exercise of free expression carries with it certain duties and responsibilities.

There is no a standard setting document within the Council of Europe on the meaning and principles of restriction grounds. Therefore, where necessary, I will refer to the Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights¹⁹ prepared by United Nation's Economic and Social Council, UN Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.

¹⁸ Hovius B, "The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights and Freedoms and section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Comparative Analysis" in (1986) 6 YEL 1, p. 9

¹⁹ Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Annex, UN Doc E/CN.4/1985/4 (1985).

The United Nations, Economic and Social Council, U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities have prepared Siracusa Principles. They have been formulated with the aim of setting up General Interpretative Principles Relating to the Justification of Limitations and Interpretative Principles Related to Specific Limitation Clauses

Table 1 Limitation Grounds in Articles 8-11

Limitation Grounds	Article 8	Article 9	Article 10	Article 11
Interests of national security	X		X	X
Interests of public safety	X	X	X	X
Prevention of disorder or crime	X		X	X
Protection of public order		X		
Protection of health or morals	X	X	X	X
Protection of the rights and freedoms of others	X	X		X
Interests of Territorial Integrity			X	
Protection of the reputation of others			X	
Protection of the rights of others			X	
Preventing the disclosure of information received in confidence			X	
Maintaining the authority and impartiality of the judiciary			X	
Interests of economic well being of the country	X			

The restrictions under Articles 8-11 can broadly be divided into two groups: the public interest grounds and the private interest grounds.²⁰ While the public interest restrictions are designed to protect the interests of society as a whole, the private interest restrictions protect individuals from the acts of their peers. In summary, public interest grounds are concerned with the general

²⁰ See Greer S., *Public Interest and Human Rights in the European Convention on Human Rights*, (Council of Europe, 1995) and Greer S., *Exceptions to Articles 8-11 of European Convention on Human Rights*, (Council of Europe: 1997)

interest of state and society, whilst private interest grounds are capable of benefiting distinct groups or individuals.²¹

I- Derogable Rights and Non-Derogable Rights

The rights guaranteed in the Convention and its Protocols can be split into two broad categories; derogable rights and non-derogable rights. According to Article 15 of the Convention, a State Party to the Convention is permitted to derogate from certain provisions of the Convention in times of public emergency, to the extent strictly required by the exigencies of the situation. On the other hand non-derogable rights cannot be derogated or restricted in any situation even in times of war or public emergency. In this respect Article 3 is an absolute non-derogable right, guaranteed by the Convention. There will be no place to derogate or restrict the right not to be tortured. Another non-derogable right is the right to life guaranteed by Article 2, but Article 15(2) itself makes the exception of deaths caused by lawful acts of war. Furthermore, Articles 4 (1) and 7 set forth non-derogable rights. The Protocol 6 together with Protocol 13 abolishes the death penalty; under Article 3 of Protocol 6 derogation from the sixth Protocol is prohibited. Derogation arises, in certain emergencies so that a state can be free from their obligations under the Convention. However, given the language of Article 15, it does enhance the position taken by the Court that proportionality of derogation measures will ordinarily require a process of supervision to prevent or reduce the possibility of abuse of the derogation.²²

II- Absolute and Qualified Rights

Rights and freedoms set forth in the Convention can be grouped as either absolute or qualified according to the permissibility of their limitation or restriction. Qualified rights permit the state to interfere with the rights guaranteed, on the condition that the interference is prescribed by law; has a legitimate aim; and is necessary in a democratic society. Articles 8-11, Article 1 of Protocol 1 and Article 2 of the Protocol 1 are defined as qualified rights, because they permit the limitation in their second paragraphs.²³

The absolute rights set out in the Convention start with Article 2, the right to life. Although the right to life is classified as absolute under Article 2, execution may take place following a court conviction of a crime for which the death penalty is allowed, (it should be borne in mind that this is subject to the

²¹ Greer S., *Exceptions to Articles 8-11 of European Convention on Human Rights*, (Council of Europe: 1997), p.18

²² Harris, D.J., O'Boyle, M., Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, (Butterworth: 1995), p.504

²³ Clayton, R., Tomlinson, H., *The Law of Human Rights*, (Oxford Univ. Press: 2000), p. 305

prohibition of the death penalty under Protocol 6 which applies to the states bound by it). In addition to this, Article 2 establishes that deprivation of life is not a breach of the Convention where it results from the use of force which is no more than absolutely necessary in: (a) defence of any person from unlawful violence;(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; and (c) in action lawfully taken for the purpose of suppressing a riot or insurrection. The list of absolute rights continues: Article 3, the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment; Article 4(1) the prohibition of slavery or servitude; and Article 7 the prohibition of the retrospective effect of criminal law. Protocol 6 concerns the abolition of the death penalty and Article 4 Protocol 7 prohibits criminal trial for an offence for which one has already been acquitted or convicted. Therefore as regarding absolute rights, neither in times of emergency nor in a normal situation any restriction or limitation is not permitted. For the other rights and freedoms provided and guaranteed under the Convention certain restrictions are permitted. These restrictions can be in different forms. In many cases, the nature and scope of the restriction measure is decisive for the question of whether or not a violation has taken place.²⁴

III- Inherent Limitations

For some time, the Commission, took the view that in addition to the expressly mentioned restrictions (or in the absence of an express reference), the scope of the rights and freedoms laid down in the Convention would be subject to implied limitations. Unlike the express restrictions, these implied restrictions were inherent in those rights and freedoms themselves, so that, as long as they and their inherent limitations were respected, there would be no breach and the question as to possible limitations did not arise.²⁵ However, the Court rejected this doctrine, adopting the view that the enumeration given there is exhaustive. It stated that there is no room for inherent limitations.²⁶ Therefore, it is now established that the only restrictions which are allowed are those which are

²⁴ van Dijk, P. van Hoof G.J.H, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed The Hague, (London: Kluwer Law International, 1998), p. 761

²⁵ Ibid p.763

²⁶ see *Vagrancy cases De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgement of 18 June 1971 , Series A No.12 (1979-80) 1 EHRR 373, see also *Golder v. United Kingdom*, Judgement of 21 February 1975, Series A No.18; (1979-80) 1 EHRR 524, para. 44

expressly permitted by either the general articles of the Convention, or the limitations contained in individual articles.²⁷

C- THE LEGITIMATE AIMS OF LIMITATIONS

Greer has stated that legitimate restrictions and limitations can be grouped according to whether they are private or public interest restrictions.²⁸ The Commission and the Court have, from time to time, deliberated upon, given decisions and delivered judgements on the interpretation, meaning and effect of some of the qualifying provisions of the restrictive clauses, including such provisions as have those legitimate aims. Here only the important restriction grounds that attract quite number of applications to the Strasbourg Court and those that contribute to the discussions central to the thesis in this article will be explored.

I- National Security

The term “national security” includes two distinct elements, “national” and “security.” The word “national” is generally used to refer to that which concerns a country as a whole. The word “security” suggests the protection of territorial integrity and political independence against foreign or internal force, or threats of force. Although the terms national and security can have these meanings, it should be recognised that both terms can be used to refer to different things. The word “nation” can be used to refer to both a cultural, ethnic etc. grouping within a state, (generally with a past history of independence before incorporation into a larger unit), as well as the state itself. As to the term “security,” it may be defined as a state of being free from fear, risk of threat etc.; in other words either an absence of threats, or the existence of threats but coupled with adequate safeguards.²⁹ The principal cases in which the national security defence has been raised indicate that it concerns the security of the state and the democratic constitutional order from threats posed by enemies from both within and outside.³⁰ Cameron, in this framework, is of the opinion that, in an era of global interdependence, the ordinary meaning of “national security”

²⁷ Robertson, A.H, Merrills, J.G, *Human Rights in Europe*, 3rd ed. (Manchester University Press, 1996); Ovey, C., White, R., *Jacobs and White European Convention on Human Rights*, (Oxford: Clarendon Press, 2002), p.198-199

²⁸ See Greer, S., *Public Interests and Human Rights in the European Convention on Human Rights*, (Council of Europe Publication, (Strasbourg, January 1995)

²⁹ Cameron I., *National Security and the European Convention on Human Rights*, (The Hague-London-Boston:Kluwer Law International, 2000), pp.40-41

³⁰ see, Greer, S., *Public Interests and Human Rights in the European Convention on Human Rights*, (Council of Europe Publication, (Strasbourg, January 1995), p.12

cannot be limited to the simple preservation of territorial integrity and political independence from external armed attack, or interference by foreign powers. National security must also logically encompass espionage, (economic or political), and covert action by foreign powers. Moreover, notwithstanding a lack of foreign involvement, purely internal threats to the existing political order by use of force must also be checked. Certainly these are considered by most, if not all, governments as legitimate national security concerns.³¹

Basically, the aim of the national security restriction ground is to protect the existence of the nation or its territorial integrity or political independence against force, or threat of force.³² National security cannot be invoked as a reason for imposing limitations to prevent merely local or relatively isolated threats to law and order. It is very important that vague or arbitrary limitations should not be imposed; the restriction may only be invoked when there are adequate safeguards and effective remedies against abuse.³³ The national security concept is as old as the nation state itself but it began to be used generally at the beginning of the cold war. The first example of its statutory usage was apparently the US National Security Act of 1947.³⁴

This exception has not often been raised in the case law of the Strasbourg organs. However, where it has been an issue it has been of fundamental importance. It is worth recalling that there is a long tradition of governments dishonourably invoking national security to deal with what are really political embarrassments or disclosures which are harmful to their own partisan interest, rather than some larger “national” interest.³⁵ Therefore, in particular, a restriction sought to be justified on the ground of national security is not legitimate if its genuine purpose or demonstrable effect is to protect interests unrelated to national security. This includes using the exception, for example, to protect a government from the embarrassment of the exposure of

³¹ See Cameron I., *National Security and the European Convention on Human Rights*, (The Hague-London-Boston:Kluwer Law International, 2000), p.43

³² see Cameron I., *National Security and the European Convention on Human Rights*, (The Hague-London-Boston:Kluwer Law International, 2000), pp.41-42

³³ Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Annex, UN Doc E/CN.4/1985/4 (1985)

³⁴ Cameron I., *National Security and the European Convention on Human Rights*, (The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2000), p. 39

³⁵ Nicol, A., “National Security Considerations And The Limits Of European Supervision” (1996) EHRLR 1, p.41

wrongdoing, to conceal information about the functioning of its public institutions, to entrench a particular ideology, or to suppress industrial unrest.³⁶

The national security defence is available to states in relation to interference with the right to a public trial, (Article 6 para.1); the right to respect for private and family life, home and correspondence, (Article 8 para.2); the right to freedom of expression, (Article 10 para.2); the right to peaceful assembly and association, (Article 11 para.2); the right to freedom of movement and freedom to choose residence, (Article 2 para.3 of Protocol 4); and the right of aliens lawfully resident in a territory not to be expelled without a hearing, (Article 1 para.2 of Protocol 7).

In a number of cases the national security defence has been an issue under the right to respect for private and family life, home and correspondence; the right to freedom of assembly and association³⁷; and the right to freedom of expression. In the early cases where the national security exception was raised,

³⁶ The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Principle 2. U.N. Doc. E/CN.4/1996/39 (1996). These Principles were adopted on 1 October 1995 by a group of experts in international law, national security, and human rights convened by ARTICLE 19, the International Centre Against Censorship, in collaboration with the Centre for Applied Legal Studies of the University of the Witwatersrand, in Johannesburg. The Principles are based on international and regional law and standards relating to the protection of human rights, evolving state practice (as reflected, inter alia, in judgements of national courts), and the general principles of law recognised by the community of nations. These principles aim to promote a clear recognition of the limited scope of restrictions on freedom of expression and freedom of information that may be imposed in the interests of national security, so as to discourage governments from using the pretext of national security to place unjustified restrictions on the exercise of these freedoms.

³⁷ One of the main focuses of this thesis is to explore the issue of dissolution of political parties by the Turkish Constitutional Court with the national security ground and the Strasbourg organs' response to those cases. In later chapters political party cases will be examined in detail. The first time that the Court looked at the question of banning of A Turkish political party was in *United Communist party of Turkey and Others v. Turkey*, Judgment of 30 January 1998, (1998) 26 EHRR 121. the other cases are *Socialist Party v. Turkey*, Judgment of 25 May 1998, (1999) 27 EHRR 51, *The Freedom and Democracy Party (OZDEP) v. Turkey*, Judgment of 8 December 1999; (2001) 31 EHRR 27, *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, (41340/98), (2002) 35 EHRR 3 and *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, (41340/98), Grand Chamber Judgment of 13 February 2003, (2003) 37 EHRR 1

interference with the right to respect for private and family life, home and correspondence was raised in connection with the use of secret surveillance.³⁸ Although the Strasbourg institutions accepted that secret surveillance constitutes an interference with Article 8,³⁹ they also decided that this interference could be justified where it is strictly necessary to protect democratic institutions.⁴⁰ The Strasbourg Court stated in the well known *Klass* case that technical advances in espionage and the development of European terrorism made secret surveillance particularly necessary.

In July 1999, the Court gave almost identical judgements in a series of Article 10 cases.⁴¹ These related to government actions against a number of newspapers and magazines on the basis that they were provoking division amongst the people of Turkey, and threatening the integrity of the state.⁴² The various publications had made what the Court accepted were powerful and acerbic criticisms of the Turkish Government and its politics.⁴³ In particular, it said that the Convention left little room for the restriction of political speech. Here democracy was on the side of the individual. A democratic government had to be open to criticism and scrutiny, in this case by the media.⁴⁴

The judgements were given in an objective style, and in each case the main focus of the Court was on whether the publication in question had incited violence. Where the publication incited the violence, the Court found that the government had not been in violation of its responsibilities under the

³⁸ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, *Leander v. Sweden*, Judgement of 26 March 1987, Series A No. 116; (1988) 9 EHRR 433

³⁹ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, para.41

⁴⁰ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, para.42, Appl. No; 8290/78, *A, B, C and D v. Federal Republic of Germany*, (1980) 18 DR p.176

⁴¹ See *Ceylan v. Turkey*, (App 23556/94), Judgement of 8 July 1999, Reports 1999-IV, (2000) 30 EHRR 73; *Okcuoglu v. Turkey*, (App 24246/94), Judgement of 8 July 1999; *Surek and Ozdemir v. Turkey*, (Apps 23927/94 and 24277/94), Judgement of 8 July 1999; *Arslan v. Turkey* (App 26432/94), Judgement of 8 July 1999, (2001) 31 EHRR 9; and *Surek nos.1-3 v. Turkey* (Apps 26682/95, 24122/94, 24735/94 respectively), Judgement of 8 July 1999.

⁴² Under Criminal Code Article 312 (1) and (2)

⁴³ *Ceylan v. Turkey*, (App 23556/94), Judgement of 8 July 1999, Reports 1999-IV, (2000) 30 EHRR 73; case para.33

⁴⁴ see *ibid* para.34

Convention in taking action against publishers. In view of the objective assessment of this question, it was odd that the Court described the government as having a greater margin of appreciation in cases where there was an incitement to violence. The language of the margin here is confusing. What the Court really meant was simply that there was no violation in these cases. The use of the incitement of violence criterion appears as an intersection of the essential issues of necessity and proportionality. The Court seemed to suggest that national security and territorial integrity could only be threatened by some act of violence, i.e. actual terrorist activity.⁴⁵ In the absence of some such threat, it would not be necessary to restrict publication. Proportionality depended on the same question, where violence was incited it would be proportionate to impose restrictions. The single question of incitement can fulfil both roles, but the two questions remain distinct.

However, while the Court's method does cover the questions of necessity and proportionality, it was criticised by the concurring opinion of Judges Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall and Greve. They stated that:

“It is only by a careful examination of the context in which the offending words appear that one can draw a meaningful distinction between language which is shocking and offensive, which is protected by Article 10 and that which forfeits its right to tolerance in a democratic society.”

This is certainly a criticism which has some validity to this particular series of cases, given that the Court did apply its test in a rather abstract way, focused on the words of the publication. However, while Judge Palm is right to emphasise the need to place the words in context, the Court must still make the assessment itself, rather than deferring to the state. This series of cases appears to firmly entrench freedom of expression as the dominant force in this area, as well as seeing the effective rejection of the margin of appreciation.

One of the important cases decided by Strasbourg with regard to the justification of the national security limitation is the *Leander v. Sweden*⁴⁶ case. It may be accepted that one of the crucial means of protecting a state from any kind of internal threat is the gathering of information through intelligence. In the *Leander* case the applicant was refused employment in a security sensitive job on the basis of information contained in a police file, which the applicant was not allowed to see. Sweden, not surprisingly, claimed that the interference with the applicants' right to private and family life under Article 8 should be

⁴⁵ *ibid.* para.36. In these cases The Turkish Government did not explain its view on the threat posed in detail rather it relied on the language of the convention.

⁴⁶ *Leander v. Sweden*, Judgement of 26 March 1987, Series A No. 116; (1988) 9 EHRR 433

considered as justified on the ground of protecting national security. The Court agreed with the state making the important evaluation that protecting national security requires state authorities to have the power to collect and store information on persons in a register which is withheld from the public. On the other hand, the Court stated that it was equally necessary that there should be adequate safeguards to prevent abuse of the system.⁴⁷ Safeguards can mitigate the effects of derogation, or as here a limitation. That being the case they should be as extensive as possible in the circumstances. Therefore, in a field where abuse is potentially so easy in individual cases and might have extremely harmful consequences for democratic society as a whole, it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge.⁴⁸

This general statement of principle, which asserts the essential importance of safeguards in a system for collecting information about individuals, was reaffirmed in another cornerstone case *Klass v. Germany*.⁴⁹ In this case the applicants were lawyers. In the past some of them had represented clients who were suspected of engaging in anti-constitutional activities. The applicants claimed that they might be subjected to security service telephone taps.⁵⁰ They complained that there was no requirement that anyone subject to surveillance be told of the fact after it had finished, nor was there any means available under German law of preventing such surveillance.⁵¹ The German government claimed that their secret surveillance laws were justified under the second paragraph of Art.8. The Court stated in general that:

⁴⁷ *ibid* para.59, The Commission reached a similar conclusion in *Friedl v. Austria*, Report of 19 May 1994, Series A, No. 305-B, (1996) 21 EHRR 83. The case was concerned to withholding by the police of photographs taken during a demonstration, notwithstanding that there had been no prosecution. This case was settled and the merits has not been reached the Court.

⁴⁸ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, para.41, para.56

⁴⁹ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214,

⁵⁰ The Commission Report, quoted at para 27 of the Judgement. In this case there was an issue as to whether the applicants could be victims under the direct victim requirement, since they had no clear information about whether their clients had been subject to telephone taps or not. The Court decided that it was unacceptable that an applicant be denied such status on the basis of the secrecy of the very measures about which he complains. Para.36

⁵¹ *ibid*, para.10

“The Court... cannot but take notice of two important facts. The first consists of the technical advances made in the means of espionage and, correspondingly, of surveillance; the second is the development of terrorism in Europe in recent years. Democratic societies nowadays find themselves threatened by highly sophisticated forms of espionage and by terrorism with the result that the State must be able, in order to effectively counter such threats, to undertake surveillance of subversive elements operating within its jurisdiction. The Court has therefore to accept that the existence of ...secret surveillance over the mail, post and telecommunications is under exceptional circumstances, necessary in a democratic society in the interests of national security and /or for the prevention of disorder or crime.”⁵²

Indeed, the case turned upon the question of what safeguards were provided, and whether they allowed these particular surveillance powers to be justified under the second paragraph. It should be borne in mind that, as surveillance is redolent of a police state, therefore the exceptions to the right in the second paragraph had to be narrowly interpreted.⁵³

Under the German surveillance system the safeguards were extensive. Surveillance could only be used where there was an immediate danger to the constitutional order, where there was no other means available and where there was some factual basis to suspect the person monitored. Furthermore a judicially qualified officer, who passed only required information on to the authorities, supervised this. Perhaps the most important of the safeguards was that there was a parliamentary board (which included members of the opposition), to whom the responsible minister had to report. There was also a commission appointed by the parliamentary board whose main duty was to monitor the use of surveillance power. There was an additional requirement that the person concerned was to be informed, at the point where it was possible to do so without jeopardising the purpose of the surveillance. It had to be noted that, because of the nature of the job, this might well be a very long time after it had started (if it was a large-scale

⁵² *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, para.48

⁵³ *ibid*, para.42 The Court also in *Sunday Times v. United Kingdom*, Judgement of 26 November 1991, Series A No.217; (1992) 14 EHRR 229 at para.65 stated that the job of the Court was not balancing of two principles, but interpreting limited exceptions to a single basic right. Obviously this is not literally true, the limits are always pursuant to a different principal to the one represented by the substantive right, but it suggests a certain strictness of approach. On this also see Soulier G. “Terrorism” in Delmas-Marty M, *The European Convention for the protection of Human Rights International Protection versus National Restrictions*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1992),

operation).⁵⁴ Despite the fact that there was such an extensive and complicated safeguard system, its weakness was that there was no possibility of judicial involvement or a legal remedy at any point. The Court argued that this was a serious shortcoming, stating that:

“One of the fundamental principles of a democratic society is the rule of law, which is expressly referred to in the preamble of the Convention. The rule of law implies, inter-alia, that interference by the executive authorities with an individual’s rights should be subjected to an effective control which should normally be assumed by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure.”⁵⁵

Despite this finding, the Court came to the conclusion, and notwithstanding that there is need of a narrow interpretation of the exceptions to Article 8, that the German system fell within the government’s margin of appreciation.⁵⁶ It seems that the Court was significantly influenced by the inclusion on the parliamentary board of members of the opposition, and in the end was convinced that this board, and the commission on surveillance, were sufficiently independent to be an adequate substitute for judicial control.⁵⁷ As for the applicants’ second complaint; that the information held about them was not available to them, the Court agreed with the Government’s submission that it would often defeat the object of the surveillance automatically to require that the subject be informed of the monitoring as soon as it had finished.⁵⁸

In the *Klass* case the Court gave emphasis to the general concept of democracy. The Court ultimately saw the measures as essential to defend democracy, and themselves of a sufficiently democratic character to be within the narrow conception of the second paragraph.⁵⁹ The issue of proportionality was another important matter within the general character of this case. However, the question of what limitation to the right was actually needed; what role records relating to men such as the applicants would actually play in the fight against terrorism has not been considered. Since there was no suspicion relating to their activities, there would not, apparently, be any need to retain their records

⁵⁴ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214, paras.18-21

⁵⁵ *ibid* para.55

⁵⁶ *ibid* para.49

⁵⁷ *ibid* para 56

⁵⁸ *ibid* para 58

⁵⁹ See Harris, O’Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, (1995) p.408

that would not also justify the maintenance of similar records relating to any member of the public, whether they had ever been subject to an “examination” or not. It is hard to accept that such a necessary reason existed, and would have justified the retention of the information under Article 8(2).⁶⁰

In *Klass v. FRG*⁶¹ the Court accepted that legislation granting powers of secret surveillance over the mail, post and telecommunication was, under exceptional conditions, necessary in a democratic society in the interests of national security and even for the prevention of disorder or crime (subject to the existence of adequate and effective guarantees against abuse).⁶² The Court came to the conclusion that where there is adequate control of surveillance, which operates properly, a reasonable balance will have been struck between the rights of the individual and the needs of a democratic society.

In *Vogt*⁶³ the applicant complained about her dismissal from a civil service post as a secondary school teacher. This was on the alleged ground that her membership in the German Communist Party (DKP) violated the duty of political loyalty owed by civil servants to both the Federal Republic and the Land of Lower Saxony. The interference was defended by the German government under the national security, prevention of disorder, and the protection of the rights of others exceptions to the right to freedom of expression and the right to freedom of association and assembly. The Commission declared the application admissible, and in November of 1993, it issued an opinion finding that there had been a violation by West Germany of both Article 10 and Article 11. The Commission specifically refuted the fundamental basis of *Glaserapp*⁶⁴ and *Kosiek*⁶⁵, stating that:

⁶⁰ see the dissenting opinion of Mr Klecker in *Klass*.

⁶¹ *Klass v. Germany*, Judgement of 6 September 1978, Series A No.28; (1979-80) 2 EHRR 214,

⁶² *ibid*, paras. 43, 48 and 59

⁶³ *Vogt v. Germany*, (Appl.17851/91), Judgement of 26 September 1995, (1996) 21 EHRR 205

⁶⁴ *Glaserapp v. The Federal Republic of Germany*, Judgement of 28 August 1986, Series A No.104; (1987) 9 EHRR 25

⁶⁵ *Kosiek v. the Federal Republic of Germany*, Judgement of 28 August 1986, Series A No.105;(1987) 9 EHRR 328. In the *Kosiek* and *Glaserapp* cases the Court was of the opinion that the dismissal of a civil servant because of some opinions made public by the civil servant, were not to be seen as an interference with the exercise of the right to freedom of expression as guaranteed by Art.10. The Court was of the opinion that it was not the issue of freedom of expression, but that of access to the civil service.

“The Commission does not consider that in the present case, concerning the dismissal of a permanent civil servant, “access to civil service lies at the heart of the matter.” It finds, with the parties, that the dismissal of the present applicant, on account of her political activities in the DKP, interfered with the exercise of her freedom.”⁶⁶

The European Court of Human Rights issued its judgement in the Vogt case on 26 September 1995. It held by ten votes to nine that there had been a violation of Article 10 and by ten votes to nine that there had been a violation of Article 11. It thereby contradicted both the West German courts and - de facto if not de jure - overruled the precedent which it had previously established in *Glaserapp* and *Kosiek*. The Court concluded that, although the reasons put forward by the West German government in order to justify their interference with Mrs. Vogt's rights ‘...are certainly relevant, they are not sufficient to establish convincingly that it was necessary...’ to dismiss her. Even allowing for a certain margin of appreciation, the conclusion must be that to dismiss Mrs. Vogt by way of disciplinary sanction from her post as a secondary-school teacher was disproportionate to the legitimate aim pursued. On the other hand seven of the nine dissenting judges in the case considered that the applicant's dismissal was proportionate. They held that it could be considered necessary in a democratic society with the particular characteristics possessed by the German Federal Republic.

Judge Jambrek, delivered a separate and well-reasoned dissenting opinion. He argued that a number of factors should have been given due weight by the majority. These factors were: first, Germany's historical experience and its unique situation, until the fall of the Berlin wall, as a divided country with a particular vulnerability as the eastern part lay in the Communist Bloc. The second factor was the role of the DKP as a political party of the East German State, which was a declared enemy of the Federal Republic and the west. The third reason was the applicant's increasingly active involvement in the DKP from 1980 onwards. Jambrek stated that the applicant had not been dismissed merely because she was a member of a political party, or for having and expressing a particular point of view. Her dismissal was for the high profile she had chosen to take in a political party whose objectives were incompatible with her oath of loyalty to the constitution of the Federal Republic. He concluded, finally, that the arguments for and against her dismissal were balanced and could only be resolved by the national authorities within the context of a wide margin of appreciation.

⁶⁶ *Vogt v. Germany*, (Appl.17851/91), Judgement of 26 September 1995, (1996) 21 EHRR 205, para.46

Looking at the evaluation of the Strasbourg Court in national security cases, a wide margin of appreciation is readily justified, because it is of vital importance to all states. The Court, if remote from a specific context, may be ill equipped to identify genuine threats to a state which is party to the Convention. On the other hand in secret surveillance cases the secrecy involved, by its very nature, increases the risk of abuse. This is why the availability of effective supervision has been emphasised by the Court.

II- Territorial Integrity

Although territorial integrity is a different restriction ground from that of national security, it is often linked with the former. *Zana v. Turkey* is an example of this.⁶⁷ In this case the Court linked territorial integrity closely with national security. It seems that this restriction ground requires some threat of violence or disorder before resort can be made to it.⁶⁸ The Court rejected the argument of the Turkish government that interference is justified on the ground of territorial integrity, where it relates to the preservation of national unity as an idea.⁶⁹ The Court's approach, that the territorial integrity ground is linked with the national security one, is in conformity with the approach taken in the Johannesburg Principles.⁷⁰

In the *Piermont v. France*⁷¹ case the applicant took part in a demonstration in favour of the independence of French Polynesia. In a speech, she expressed support for anti-nuclear demands and for independence. The French authorities ordered her expulsion from French Polynesian territory and banned her from re-entering it. She claimed that this interference breached her

⁶⁷ *Zana v. Turkey*, (Appl.18954/910; Judgement of 25 November 1997; (1999) 27 EHRR 667.

⁶⁸ Ovey, C. White, R.C.A, *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, (Oxford Univ.Press, 2002), p.205

⁶⁹ *ibid.*

⁷⁰ See note 67. A restriction sought to be justified on the ground of national security is not legitimate unless its genuine purpose and demonstrable effect is to protect a country's existence or its territorial integrity against the use or threat of force, or its capacity to respond to the use or threat of force, whether from an external source, such as a military threat, or an internal source, such as incitement to violent overthrow of the government. The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Freedom of Expression and Access to Information, U.N. Doc. E/CN.4/1996/39 (1996).

⁷¹ *Pierment v. France*, Judgement of 27 April 1993, Series A No. 314; (1995) 20 EHRR 301

right to freedom of expression under Article 10. The French Government relied on “territorial integrity” to justify the interference. The Court accepted that it was aimed at the prevention of disorder and in the interests of territorial integrity. The Court in its judgement, referred to the importance of free political debate and that the speech was given in an authorised non-violent demonstration without any disorder. It reached the conclusion that the orders of the French Government had not been ‘necessary in a democratic society’.

III- Prevention of Disorder or Crime

Even the strongest advocates of individual freedom will concede that restrictions may sometimes be justified in the interests of the protection of public order and prevention of crime.⁷² This ground of justification is invoked the most frequently before the Court. It has been successfully pleaded in a number of cases. To give some examples: the secret surveillance of criminal suspects⁷³; the regulation of various aspects of prison life⁷⁴; searches for evidence of crime⁷⁵; prohibition on consensual homosexual conduct within the armed forces⁷⁶; the recording of journalists’ telephone conversations with a lawyer suspected of involvement in terrorism⁷⁷; the arrest and brief detention of two protesters at a military parade in Vienna.⁷⁸ In the context of the ECHR, these two interests in restriction, namely the prevention of disorder and the prevention of crime, may supersede individual freedom only when there really is a pressing social need, and where the means used are proportionate.

This exception is found in the Article 8 para.2, the right to respect for private and family life, home and correspondence; Article 10 para.2, the right to freedom of expression; Article 11 para.2, the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association. The concept of order, as envisaged by this provision, refers not only to public order within the meaning of Articles 6(1)

⁷² Barendt E., *Freedom of Speech*, (Clarendon Press, Oxford 1985) p.192

⁷³ Appl. 8170/78, *X v. Austria*, (1979) 22 Yearbook 308

⁷⁴ Appl. 8231/78, *X v. United Kingdom*, (1982) 28 DR 5, Appl. 1753/63, *X v. Austria*, (1965) 8 Yearbook 174, Appl. 1860/63, *X v. The Federal Republic of Germany*, (1965) 8 Yearbook 204, Appl. 5442/72, *X v. United Kingdom*, (1975) 1 DR 41, Appl. 5270/72, *X v. United Kingdom*, (1974) 46 CD 54

⁷⁵ Appl. 5488/72, *X v. Belgium*, ((1974) 17 Yearbook 222,

⁷⁶ Appl. 9237/81, *B v. United Kingdom*, (1983) 34 DR 68

⁷⁷ Appl. 8290/78, *A, B, C and D v. The Federal Republic of Germany*, (1980) 18 DR 176

⁷⁸ *Choherr v. Austria*, Judgement of 25 August 1993, Series A No. 266-B; (1994) 17 EHRR 358

and 9(2) of the Convention; and Article 2(3) of the fourth Protocol. It also covers the order that must prevail within a group where such order can have repercussions on the general order in society.⁷⁹ The following have all been accepted as justifiable measures by a state in its attempt to prevent disorder or crime: the recording of telephone conversations⁸⁰; placing a juvenile delinquent accused of a number of offences in a closed institution for observation and drawing up a psychiatric report as part of a juvenile investigation concerning him⁸¹; and in the case of convicted prisoners, their surveillance and search by prison wardens, their removal from association with other prisoners, the requirement to wear prison uniform, and restrictions on correspondence.⁸² This exception has been frequently invoked in respect of cases regarding Article 8. In the *Golder*⁸³ case the Court held that by denying the applicant (a prisoner), access to a solicitor to discuss a libel action against a prison officer, the State had effectively denied him access to a fair and public hearing. The Court also ruled that his right to respect for correspondence under Article 8 had been breached. Again in relation to a prisoner's correspondence, in the *Silver* case the Court agreed that there was no justification for holding back any prisoner's letters unless they discussed crime or violence.⁸⁴

In a number of cases the Court has found opportunities to examine whether religious practices could justifiably be restricted under the issue of disorder in society. Among these is the well known case of *Kokkinakis v. Greece*⁸⁵ After becoming a Jehovah's Witness in 1936, Mr Minos Kokkinakis was arrested more than sixty times for proselytising. He was also interned and imprisoned on several occasions. Finding a violation of Article 9, in the case the Court stated that freedom of thought, conscience and religion is one of the

⁷⁹ Appl. No. 7050/75, *Arrowsmith v. United Kingdom*, Report of 12 October 1978, (1980) 19 DR 5

⁸⁰ Appl.No. 8290/78, *A, B, C and D v. FRG*, Decision of 13 December 1979, (1980) 18 DR 176

⁸¹ Appl.No. 8500/79, *X v. Switzerland*, Decision of 14 December 1979, (1980)18 DR 238

⁸² Appl.No. 8317/78, *Mcfeeley et all v. United Kingdom*, Decision of 15 May 1980, (1980) 20 DR 44

⁸³ *Golder v. United Kingdom*, Judgement of 21 February 1975, Series A No.18; (1979-80) 1 EHRR 524

⁸⁴ *Silver v. United Kingdom*; Judgement of 25 March 1983, Series A No. 61 (1983) 5 EHRR 347 para.101

⁸⁵ *Kokkinakis v. Greece*, Judgement of 25 May 1993, Series A No.260-A; (1994) 17 EHRR 397

foundations of a “democratic society” within the meaning of the Convention. In its religious dimension, this is one of the most vital elements since it supports the identity of believers and of their conception of life. But it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and those who are unconcerned by religion. The pluralism indissoluble from a democratic society, which has been won at great cost over the centuries, depends upon it. It may be understood from the Strasbourg case law that Article 9 provides protection for religious, non-religious, atheist, agnostic, sceptical and also neutral opinion. And this because the Article includes the right not to practise or to be associated with religious activities against one’s will. Thus, it necessarily involves the right to change one’s belief or religion, as much as it provides the individual with the right to his or her religion or belief.⁸⁶

In the same sense, but with a different dimension, in the *Kalac v. Turkey* case the Court decided that the applicant’s dismissal from the army was not an interference with his rights under Article 9. The applicant was a judge advocate in the army but was dismissed from his post for breaching the code of the army by being a member of the religious Suleyman sect. Here the Court decided that there was no interference with the applicant’s rights under Article 9, as the applicant had given the sect legal assistance and intervened on a number of occasions in the appointment of servicemen who were members of the sect. The important distinction drawn by the Court in this case was that the dismissal of the applicant was not prompted because of the way he manifested his religion but by his conduct and attitude.⁸⁷ It seems that the Court did not see any contradiction in stating that the authorities condemned the applicant’s conduct because it infringed the principle of secularism. The court clarified that his dismissal, or compulsory retirement, was not prompted by the way the applicant manifested his religion. As the reasoning seems quite complicated in this case, one should bear in mind that there is sensitivity regarding the secular establishment of the Turkish state and the role that the military plays in Turkish politics to preserve the secular State.

The Court here appears to have been strongly influenced by the evidence that the applicant, within the limits imposed by the requirements of military life, was able to fulfil the obligations which constitute the normal forms through which a Muslim practises his religion (e.g. praying five times a day and performing other religious duties, such as keeping the fast of Ramadan and

⁸⁶ see also *Darby v. Sweden*, Judgement of 23 October 1990, Series A No 187; (1991) 13 EHRR 774, and App.No. 10491/83, *Angeleni v. Sweden*, 51 DR 41 p.48

⁸⁷ see *Kalac v. Turkey*, Judgment of 1 July 1997, Reports 1997- IV; (1999) 27 EHRR 552, paras. 30-31

attending Friday prayers at the mosque). However comparing this outcome with that of in *Kokkinakis v. Greece*, it seems to be a contradiction. Because, the Court noted that religious freedom implies, inter alia, freedom to manifest one's religion in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares, as well as alone and in private.⁸⁸ Therefore, it is not clear how the Court came to separate out the applicant's "conduct and attitude" from the forms which manifestation of one's religion or belief may take under Article 9, namely "worship, teaching, practice and observance." This rather artificial distinction, taken together with a "military life" narrowing of the meaning of the right concerned, was the somewhat dubious basis for a finding of 'no interference' with the first paragraph of Article 9. Accordingly, the Court saved itself the task undertaken by the Commission, namely deciding whether the applicant's enforced retirement from the armed forces constituted a proportionate measure, "prescribed by law", pursuing a pressing social need. It is difficult to see why considerations of military life and the role of the armed forces in pluralist countries cannot properly be part of the determination of what is "necessary in a democratic society" under the provisions of Articles 8(2), 9(2), etc., rather than artificially narrowing what constitutes an interference with the substantive rights in Articles 8(1), 9(1), etc.

One of the more controversial Strasbourg cases regarding freedom of religion and conscious was the *Karaduman*⁸⁹ case. In this case, university regulations prohibited the wearing of headscarves⁹⁰ in identity photographs attached to the degree certificate of a secular university. The Commission, surprisingly, ruled that this did not constitute interference in the applicant's right to manifest her religious beliefs. The Commission stated its view that universities could restrict the freedom of students to manifest their religion, in order to ensure the harmonious coexistence of students with different religious allegiances. This could stand without complying with the requirements laid down in Article 9(2).⁹¹ The Commission stated that:

⁸⁸ See *Kokkinakis v. Greece*

⁸⁹ App.No: 16278/90, *Karaduman v. Turkey*, 74 DR 93

⁹⁰ The jurists of classical Islamic Law, basing their opinions on the verses on the Quran, concluded that Muslim women were under a duty to veil themselves. On the other hand it should be expressed that the obligatory character of the veil is not unanimously agreed amongst Muslims and the form of the veil differs among the countries and cultures of the Muslim world. See Gallala, I., "The Islamic Headscarf: An Example of Surmountable Conflict between Sharia and the Fundamental Principles of Europe" (September 2006) 12 European Law Journal No.5, pp593-612

⁹¹ *ibid* at. 108

“[B]y choosing to pursue her higher education in a secular university a student submits to those university rules, which may make the freedom of students to manifest their religion subject to restrictions as to place and manner intended to ensure harmonious coexistence between students of different beliefs. Especially in countries where the great majority of the population owe allegiance to one particular religion, manifestation of the observances and symbols of that religion, without restriction as to place and manner, may constitute pressure on students who do not practice that religion or those who adhere to another religion. Where secular universities have laid down dress regulations for students, they may ensure that certain fundamentalist religious movements do not disturb public order in higher education or impinge on the beliefs of others.”

The present author is of the opinion that the Commission was wrong in this case. The Applicant wore a headscarf in her university as a manifestation of her beliefs. Bearing in mind that such a manifestation is not violent or harmful to other people at all, it should not be considered as a threat to the secular state. The Commission justified its stance by reference to the fact that the applicant had voluntarily chosen to attend a secular university. If the Commission had fully taken into account that alternative universities do not exist in Turkey, its decision might have been different. In the Grand Chamber decision of *Leyla Sahin v. Turkey*,⁹² however, the Court missed an opportunity to modify the earlier decision.

In *McVeigh*⁹³ the applicants had been arrested and detained under the “Prevention of Terrorism” legislation in force in the United Kingdom. Various measures had been taken; such as fingerprinting and photography taken during their detention and of the retention by the authorities of certain records following their release. Two of the applicants, Mr McVeigh and Mr Evans also complained that they were not allowed to join or contact their wives. The applicants alleged breaches of Articles 5, paragraphs 1-5, 8 and 10 of the Convention. The government claimed that it was justified in preventing a suspect from contacting his family, as they might facilitate an act of crime by the destruction of evidence. The claim in this case was that Article 8 had been violated by the failure of the authorities to allow the men to contact their families to inform them about their detention. This aspect of the case is worth noting, because it is based on the previously neglected question of necessity; whether there was any reason shown by the government for preventing contact.

⁹² *Leyla Sahin v. Turkey*, App.No. 44774/98, Grand Chamber Judgment of 10 November 2005, for detailed examination of Leyla Sahin case see ch. 6, pp. 245-249

⁹³ *McVeigh, O’Neill and Evans v. UK*, 25 DR 15

It was concluded that there was not.⁹⁴ The Commission rejected, in this application, the reason suggested by the government, that a suspect's family would then inform accomplices, who might escape or destroy evidence.⁹⁵ Surprisingly, in view of the contemporary case law, the margin of appreciation did not play a prominent role in *McVeigh*. However, it was clear from the Commission's opinion that it was not prepared to scrutinise the decisions of the respondent government closely with a methodology similar to that prompted by the margin doctrine. It is possible that the Commission chose to avoid the language of the margin because its consideration of this element of the case followed on from the more objectively considered Article 5 elements. In *Murray*⁹⁶ the applicant was arrested at her home on 26 July 1982 by a member of the armed forces under Section 14 of the Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1978 under suspicion of involvement in the collection of money for the purchase of arms for the IRA in the United States of America, an offence under Section 21 of the 1978 Act and Section 10 of the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1976. The applicant has complained that her detention was in breach of Article 5 para. 1 of the Convention, in particular subsection (c) of that provision, as allegedly it was not for the purpose of bringing her before a competent legal authority or founded on any reasonable suspicion that she had committed any criminal offence. She, furthermore, complained that the manner in which she was treated both in her home and at the screening centre constituted a violation of Article 8 para. 1 of the Convention. In particular she complained about the entry into and search of her home, the recording of personal details concerning herself and her family and the retention of those records, including a photograph of her which was taken without her consent. She also complained that she was not informed promptly of the reasons for her arrest, contrary to Article 5 para. 2 of the Convention. The claims regarding Article 8 were similar to those in *McVeigh*. Not surprisingly in view of the finding that the arrest of Mrs. Murray did not disclose a violation of Article 5, the Court found that there was no violation of Article 8 in the entry and search of her home, or her subsequent questioning. Nor was it a violation that the information gathered was retained, a decision based on the same reasoning, and displaying just the same limitations, as the Commission decision in *McVeigh*.⁹⁷

⁹⁴ *ibid.* para. 239

⁹⁵ *ibid.* para. 238

⁹⁶ *Murray v. United Kingdom*, Judgement of 28 October 1994, Series A No.300-A; (1995) 19 EHRR 193

⁹⁷ *McVeigh, O'Neill and Evans v. UK*, 25 DR 15

“A certain margin of appreciation in deciding what measures to take both in general and in particular cases should be left to national authorities... The present judgement has already adverted to the responsibility of an elected government in a democratic society to protect its citizens and its institutions against the threat posed by organised terrorism...”⁹⁸

Again, the combination of the margin of appreciation and the moral authority attached to those seen as being on the side of democracy was a powerful combination. In this case, not only was there a neglect of the necessity question, at least in relation to the retention of information about an unsuspected person,⁹⁹ but the Court also failed to carry out [any more] than a balancing of the limitation on the applicant’s right with the gravity of the situation. It seems that such a balancing would have produced a result in harmony with the decision reached, but, as with necessity, it remains the case that the proportion must be assessed in every decision. Instead, as a substitute for both the questions of what was necessary and what was proportionate, the Court ensured that the activities of the army were based on legitimate considerations and that none of the personal details taken would appear to have been irrelevant to the procedures of arrest and interrogation.¹⁰⁰

While both *Brind v. UK*¹⁰¹ and *Purcell v. Ireland*¹⁰² were only admissibility decisions they are both significant cases. Both concerned the banning of broadcasts by members of organisations proscribed by the UK Prevention of Terrorism Acts (but also included the legal Political Party Sinn Fein). The objective was to try and prevent terrorists and their supporters from advocating their cause and gathering support for their activities. Both the respondent governments claimed that the terrorists’ appearance on television gave their organisations an air of legitimacy. Therefore the ban would, in the United Kingdom Prime Minister, Margaret Thatcher’s phrase, cut off the “oxygen of publicity” from them. In Ireland the ban included all statements made by those covered, while the UK version made exceptions for election campaigns and did not cover members when speaking as private persons, or on a matter entirely unconnected with terrorism. Neither ban prevented what the groups had said from being broadcast as reported speech. In the case of the UK ban, television pictures were even dubbed by an actor reading the statement

⁹⁸ *ibid* para. 90

⁹⁹ *ibid* para.91

¹⁰⁰ *ibid* paras. 92-93

¹⁰¹ *Brind v. UK*, Decision of the Commission 77-A DR 42 (1994)

¹⁰² *Purcell v. Ireland* , Decision of the Commission 70 DR 262 (1989)

word for word. Journalists whose work was affected by the bans brought the applications in both cases.

The question in *Brind* and *Purcell*, was whether such an infringement of Article 10 could be permitted in order to protect national security and prevent crime or disorder. Despite a number of issues being raised, the relatively short answer of the Commission in both cases was 'yes'. In *Purcell* the Commission pointed to the difficulty of establishing a balance between the protection of the state and freedom of information. In the end, it concluded, the importance of fighting terrorism outweighed the "inconvenience" the ban caused to the applicants.¹⁰³ The arguments of the applicants were, it may be said, rather glossed over, and the emphasis of Article 10 was shifted from their rights under the first paragraph, to the duties and obligations mentioned at the start of the second. Although it was only an admissibility decision, and there is a limit to how much analysis it should bear, *Purcell* shows the Commission seemingly making very little assessment of. It did little more than stamp its approval on the arguments of the Irish Government and the decision appears to depend very substantially on the margin of appreciation. Certainly there was no attempt to make any critical assessment of whether the measures could be said to be necessary.

The *Brind* case was similar, although slightly more considered. Here the Commission took on board more fully the arguments of the applicants. In particular, in the context of whether the ban was necessary, the Commission said that it:

"...appreciates that the logic of the continuation of the directions is not readily apparent when they appear to have very little real impact on the information available to the public. The very absence of such impact is, however, a matter the Commission must bear in mind in determining the proportionality of the interference to the aim pursued."¹⁰⁴

The Commission thus observed that in that respect at least the ban was not necessary, in that it had little real effect.¹⁰⁵ However, despite going on to decide in the government's favour, it did not propose or support any alternative reason why the ban was needed. Where the interference under the second paragraph does not appear to fulfil a legitimate purpose, it constitutes a violation of the Convention. The fact that it is quite a small interference, and thus in proportion to the threat, should not enter into the picture. The Commission, in allowing the continued imposition of a limitation which is not needed, however

¹⁰³ *ibid.* p.279

¹⁰⁴ *Brind v. UK*, Decision of the Commission 77-A DR 42 (1994), pp.42-54

¹⁰⁵ See also *Guardian and Observer v. UK*, Series A No.216, para 69.

small it appears to be, can only undermine respect for the Convention. Here, instead of the strong stance it could have taken, the Commission stated:

“[the interference] can be regarded as one aspect of a very important area of domestic policy...and the Commission has no doubt as to the difficulties involved in striking a fair balance between the requirements of protecting freedom of information... and the need to protect the state and the public against armed conspiracies seeking to overthrow the democratic order which guarantees this freedom and other human rights.”¹⁰⁶

Here again the emphasis on democratic discretion is well to the fore. The demands of protecting the democratic order allowed the states in these cases a great deal of freedom to the extent that the applications were manifestly ill-founded.

IV- The Protection of the Rights, Freedoms and Reputations of Others

This restriction ground is sometimes linked with the protection of health and morals and the prevention of disorder and crime grounds. It is also a broad and diverse category. As it covers a wide range of matters it is frequently invoked in the Strasbourg Jurisprudence.¹⁰⁷

Within the UN system there is a principle that when a conflict exists between rights protected in the Covenant and one which is not, recognition and consideration should be given to the fact that the Covenant seeks to protect the most fundamental rights and freedoms. In this context a special weight should be afforded to rights not subject to limitations in the Covenant.¹⁰⁸

This limitation ground was used in the *Otto-Preminger Institute* case.¹⁰⁹ This case concerned the screening of an allegedly offensive film, which was considered to breach the right to respect for religious feelings when the rights in Articles 9 and 10 were read together.¹¹⁰

¹⁰⁶ *Darby v. Sweden*, Judgement of 23 October 1990, series A No 187; (1991) 13 EHRR 774, paras.42-54

¹⁰⁷ Ovey, C. White, R.C.A, *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, (Oxford Univ.Press, 2002), p.207

¹⁰⁸ Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Annex, UN Doc E/CN.4/1985/4 (1985).

¹⁰⁹ *Otto-Preminger Institute v. Germany*, Judgement of 20 September 1994, Series A No. 295-A; (1995) 19 EHRR 34

¹¹⁰ *ibid* paras. 46-48

In *Oberschlick* the Court decided that the conviction of the applicants for defaming certain Austrian criminal court judges was justified under the protection of the reputation or rights of others clause of Article 10, para.2. The Court decided that discussion of judicial decisions was legitimate in a democratic society. However, it also held that it is necessary to protect public confidence in the judicial process against destructive attacks that are essentially unfounded. This was especially in view of the fact that judges are subject to a duty of discretion that precludes them from replying to critics.¹¹¹

V- Assessment

First of all, although it is nowhere stated in the Convention, but it is presupposed by the whole system of the Convention; only the restrictions expressly authorised by the Convention are allowed. As it enables the Court to control the alleged interference by reference to those express provisions, the requirement that restrictions must, in every case, be justified by an express provision of the Convention which requires legitimate restriction grounds is very great. Having found that the interference is prescribed by law, The Strasbourg Court then looks whether the aim of the limitation fits one of the legitimate restriction grounds in the particular ground. The essence of each of the restrictions seems to be that the interest of society as a whole overrides the interests of the individual. In its assessment, the Court permits only the minimum interference with the right which secures the legitimate aim. The Strasbourg organs have held that restrictions on fundamental rights invoke different levels of the margin of appreciation depending on which of the aims, enshrined in the subject Article they are designed to promote. On the other hand, in matters of national security, the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation in determining the scope of the interference. Also, where the Strasbourg organs have decided that there is no widespread standard moral ethos between Member States it gives a wide margin to national authorities.

D- THE SAFEGUARDS AGAINST ABUSE OF RESTRICTIONS

I- Prescribed by Law

The “prescribed by law” criterion raises several important and interesting points. This expression has been interpreted as meaning that at least two requirements flow therefrom. First of all, the law must be adequately accessible: this means that the citizen must be able to have an indication of the legal rules applicable to a given case, which is adequate in the circumstances. Secondly, a norm cannot be regarded as a law unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct. He must be able

¹¹¹ *Oberschlick v. Austria*, Judgement of 23 May 1991, Series A No.204; (1994) 19 EHRR 389, para.35

– if need be with appropriate advice- to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. This also supports the view that the word law refers not only to the state’s statute law, but also to its unwritten law: it also includes subordinate legislation and a royal decree.¹¹² Whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms, which, to a greater or lesser extent are vague and whose interpretation and application are questions of practice.¹¹³ Although terms are used in the different provisions in different forms of words, (“provided by law”, “prescribed by law”, “in conformity with law”, “in accordance with law”), the meaning of each is the same. This wording reads in the French text of the Convention ‘prevue(s) par la loi’ in all cases.¹¹⁴ This established rule was reiterated and applied in other cases both by the Commission and the Court. It should be borne in mind that the phrase ‘in accordance with the law’ does not merely relate to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law. As the Court emphasised in the *Malone* case, this rule implies that there must be a measure of protection in domestic law against arbitrary interference by authorities with the rights safeguarded by the convention.¹¹⁵

II- Necessary in a Democratic Society

This notion found in Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights plays a paramount role in the European Convention on Human Rights. The notion of necessity implies the existence of a pressing social need.¹¹⁶ This may include the ‘clear and present danger’ test which was developed by the United States Supreme Court. It must also be assessed in the light of the circumstances of a given case, and it is for the national authorities to make an initial assessment of the reality of the necessity in this context.¹¹⁷ From the

¹¹² *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgement of 18 June 1971 , Series A No.12 (1979-80) 1 EHRR 373 para.93

¹¹³ supra *Handyside v. UK*, para.49

¹¹⁴ supra, *White, R.C. and Ovey, C.*, p.201

¹¹⁵ *Malone v. United Kingdom*, Judgement of 2 August 1984, Series A No.82 ; (1985) 7 EHRR 14 para.67

¹¹⁶ *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, Judgement of 26 November 1991 Series A No. 216 (1992) 14 EHRR 153 para.59

¹¹⁷ supra, *Handyside v. United Kingdom*, although the national authorities have a certain discretion while assessing the existence of pressing social need, it has been established by the Convention organs that the Contracting States’ margin of appreciation in assessing whether such a need exists, goes hand in hand with

*Sunday Times v. United Kingdom*¹¹⁸ case one could conclude that, in order to assess whether interference was based on sufficiently pressing reasons to render it “necessary in a democratic society,” account must be taken of any public interest aspect of the particular case. It is not enough that the interference involved belongs to the class of the exceptions listed in the appropriate article of the Convention which has been invoked. Neither is it enough that the interference was imposed because the subject matter fell within a particular category or was caught by a legal rule formulated in general or absolute terms. The court has to be satisfied, and the offending state must justify, that the interference was “necessary” having regard to the facts and circumstances prevailing in the specific case before it. Thus, in the *Sunday Times* case the thalidomide tragedy was a matter of undisputed public concern. The court determined that the interference by the national courts in preventing the press from publishing certain information did not correspond to a sufficiently pressing social need, (namely, maintaining the authority of the judiciary), to outweigh the public interest in freedom of expression. Accordingly that restraint was not necessary in a democratic society.

In *Handyside v. United Kingdom*¹¹⁹ the court attempted to determine one of the essential foundations or elements of a democratic society, freedom of expression. It found that pluralism, tolerance and broadmindedness are essential elements of the concept. A democratic society must be pluralistic, tolerant and open, which inevitably entails the achievement of a delicate balance between the wishes of the individual and the utilitarian greater good of the majority. But this must begin from the standpoint of the importance of the individual, and the undesirability of restricting individual rights and freedoms. Thus, although the hallmarks of a democratic society are as stated herein and individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail. A balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and individuals and avoids any abuse of a dominant position.¹²⁰

III- Prohibition of Abuse of Rights and Restrictions

A person, or a group of persons, cannot rely on the rights enshrined in the Convention, or its Protocols, to justify conduct which amounts in practice to

a European supervision, embracing both the law and the decisions applying it, even those given by independent courts.

¹¹⁸ Supra, *Sunday Times v. United Kingdom*

¹¹⁹ Supra, *Handyside v. United Kingdom*

¹²⁰ *Young, James and Webster v. United Kingdom*, Judgement of 13 August 1981, Series A No.44 (1989) 11 EHRR 439, para.63

an activity intended to destroy the rights or freedoms set forth in the Convention. Any such destructive activity would, in practice, put an end to democracy. It was precisely this concern which led the authors of the Convention to introduce Article 17¹²¹, which provides:

“Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention.”

Following the same line of reasoning, the Court considers that no one should be authorised to rely on the Convention’s provisions in order to weaken or destroy the ideals and values of a democratic society.¹²² On the other hand, the Member States cannot use the restriction grounds arbitrarily as a requirement of Article 18, which provides that; “The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed.”

E- THE RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN TURKISH CONSTITUTIONAL LAW

I- Overview

The restriction of fundamental rights is regulated in chapter one of the Constitution’s second part. In Turkish Constitutional Law, there are basically two grounds for justifying the restriction of fundamental rights:

- 1/ Protection of the public interest and the protection of the state itself
- 2/ Protection of the rights and freedoms of others

Here with exception of the interest of the state itself the main underlying principles of restrictions are compatible with those of the Convention namely the common good of the community and the rights of others.

Throughout the Constitution there exist two fundamental principles which affect the restriction of rights too: the principle of the indivisibility of the existence of Turkey with its state and territory and principles, reforms and modernism of Atatürk. The preamble states that no protection should be given to the activities that are in conflict with these principles.¹²³ Article 68 of the Constitution provides that programmes and constitutions of political parties can

¹²¹ See Collected Edition of the “*Travaux Préparatoires*”: Official Report of the Consultative Assembly, 1949, pp. 1235-1239

¹²² *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, (41340/98), Grand Chamber Judgment of 13 February 2003, (2003) 37 EHRR 1, para.99

¹²³ Article 176 makes The Preamble, which states the basic views and principles underlying the Constitution, an integral part of the Constitution.

not be contrary to the indivisible integrity of state as a territory and nation. The first outcome of this strict constitutional notion is territorial integrity: The separation and transferability of any land of the country is out of the question. Article 68 forbids any kind of separatist movement to be organised as a political party. It seems that, because of the demands of Kurdish separatist terrorist movements, the constitution makers have been sensitive to reassure the indivisibility principle. The second outcome of the indivisibility principle is the impossibility of federalism. As the structure of a federal state is based on federal and federate sovereignty, the principle of unity makes impossible the existence of more than one sovereign in one state's structure. It also prevents the state from becoming one of a number of federated states in the federal structure.¹²⁴ Therefore, no political party can even suggest the change of unitary form of the state. This is clearly in conflict with the case law of the Convention which rightly determines one of the principal characteristics of democracy to be the possibility it offers of resolving a country's problems through dialogue, without recourse to violence, even when they are irksome.¹²⁵ Another inconsistency of the Turkish type democracy with western liberal democracy is that Turkish state sees itself as guardian of Kemalist ideology in its almost all regulations. The Law on Political Parties 1983 requires every political party to declare that they are faithful to the principles of Ataturk in their programmes and constitutions. However, it is an abstract principal requirement of liberal democracy that the state must not have any official ideology.¹²⁶ Therefore, as Kemalism is not equivalent to democracy, this situation surely can not be reconciled with liberal democratic principles.

It is believed that when the use of one's rights and freedoms is in conflict with others' rights and freedoms, the conflict should be resolved via the constitution, law and adjudication.¹²⁷ In Turkish constitutional law there are four forms of restriction upon fundamental rights and freedoms: 1/ restriction by the constitution; 2/ restriction by the legislature; 3/ restriction by the executive; and 4/ restriction by adjudication.

¹²⁴ Soysal, M., *100 Soruda Anayasanin Anlami*, (Istanbul: Gercek yayinlari, 1986), p.182

¹²⁵ See *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, Judgment of 30 January 1998, (1998) 26 EHRR 121, para.57

¹²⁶ see Turhan, M., "Anayasamiz ve Demokratik Toplum Duzeninini Gerekleri", (1991) *Anayasa Yargisi Duran, L.*, "Anayasa Mahkemesine Gore Turkiyenin Hukuk Duzeni" (1986) 13 *Ankara Idare Dergisi* 2

¹²⁷ See Kanadoglu, K., *Turk ve Alman Anayasa yargisinde Anayasal degerlerin catismasi ve uyumlastirilmesi*, (Istanbul: Beta Yayinlari, 2000)

The European Convention on Human Rights is incorporated into Turkish internal Law by Article 90. According to this Article international agreements duly put into effect bear the force of law. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional. However, Turkish courts have been so far very reluctant to refer to the Convention. To further strengthen the role of the Convention, an amendment was made to Article 90 on 7th May 2004. The amendment provides that in the case of a contradiction between international agreements regarding fundamental rights and freedoms, which approved through proper procedure and domestic laws, if different provisions on the same issue arise, the provisions of international agreements shall be considered pre-eminent.

II- The Forms of Restriction of Fundamental Rights and Freedoms

1- Restriction by Constitution

In some situations the constitution itself restricts fundamental rights and freedoms. Generally these restrictions take place in the very articles in which the rights and freedoms are set out. These articles contain prohibitions which may take either abstract or concrete forms. Where the prohibitions are in abstract form, the constitution awards the legislature a duty to concretise the restrictions. Some examples of the abstract form of the restrictions are that:

According to the fifth paragraph of the preface to the Constitution, activity cannot be protected where it is against the Turkish national interest; the indivisibility of the Turkish State; the historic and moral values of Turkishness; the principles of nationalism and revolutions of Ataturk. The principles set forth by Mustafa Kemal Ataturk (Commonly referred to as ‘Kemalism’) during the Turkish Revolution; advocate the ideas of republicanism, secularism, populism, statism, nationalism and revolution as the basis of the Turkish State. However, the basic principles of European nations – democracy, liberalism and recognition of civil rights – are noticeably missing in Kemalist ideology.¹²⁸ Furthermore, Kemalist Revolution in Turkey established an explicitly secularist politics limiting public expressions of religious faith.¹²⁹

Due to Ataturk’s notion of ‘populism,’ which means that all Turks are one, Turkish political parties cannot be founded on the basis of class, religion, ethnic group or region. If a group is perceived to go too far towards one of these leanings, it can be banned and its members may be imprisoned. This notion,

¹²⁸ Kubicek, Paul, “Turkish-European Relations: at a New Crossroads?” *Middle East Policy*, vol. 6, no. 4 (1999), pp. 157-173.

¹²⁹ Mellon, J., “Islamism, Kemalism and the future of Turkey” (March 2006) 7 *Totalitarian Movements and Political Religions* 1

which can not be accepted as compatible with the European democracies, flies in the face of the liberalism that characterizes most Western democracies. In addition, it is a requirement of secularism that religious sentiment may not interfere with politics and state government. Authors and publishers of news material and other texts which jeopardise the security of the state should be punished.¹³⁰ Another example of an abstract restriction which is set out in the Constitution is that the right to strike and lockout cannot be used to the public detriment. There are some clear and concrete prohibitions in the Constitution regarding rights and freedoms. For example, political parties cannot engage in commercial activities.¹³¹ Political strikes and lockouts, as well as general strikes and lockouts are prohibited.¹³²

2- Restriction by legislature

Before the 2001 changes were made the Constitution gave huge authority to the legislature regarding the restriction of fundamental rights and freedoms. The key article was Article 13. This was a general restriction decree. According to the Article, fundamental rights and freedoms could have been restricted depending on either general restriction grounds which were set out in Article 13, or specific restriction grounds which were set out in each article which regulates the fundamental right and freedom. The general restriction grounds in Article 13 were: the indivisibility of the State; national sovereignty; republic; national security; public order; public interest; general morality; and public health.

Relying on Article 13 as the general restriction article, the legislature had a very broad authority to make laws that restricted fundamental rights and freedoms. Along with some other fundamental changes in the Constitution Article 13 was changed on 3rd October 2001. The new Article 13 has ended the two tiered general and specific restriction system of the Constitution. The new Article states that fundamental rights and freedoms can only be restricted by relying on the grounds set out in each related article. These changes brought the Turkish restriction system closer to the Convention's one. Indeed, one of the main reasons of these changes was the effect of ECHR's decisions on the

¹³⁰ Article 28/5 of the Constitution

¹³¹ Article 69/2

¹³² Article 54/7

Turkish cases.¹³³ So, with this change the role of the legislature in the area of restrictions has been weakened.

3- Restriction by the Executive

Another way of interfering with rights and freedoms is through authority given to the executive by the Constitution and legislature. The executive, especially the security forces, may frequently interfere with rights and freedoms. There are some Constitution articles which directly authorise the executive to do this, or make it possible for the legislature to give such authority. Article 17 authorises the security forces to use weapons and if strictly necessary to kill the suspect(s), while performing the duty to arrest. Article 19 authorises the security forces to arrest individuals and take them into custody.

4- Restriction by Adjudication

In general, the restriction of fundamental rights and freedoms in concrete and individual situations is carried out by an adjudication decision. Examples of restrictions that require an adjudication decision can be provided here, such as: the precautions and punishments that restrict liberty, (Art.19); interference with private and family life, (Art.20); interference with freedom of communication, (Art.22); interference with freedom to travel abroad (Art.23); interference with the activities of associations, (Art.33); and the dissolution of political parties, (Art. 69).

III- The Limits of Restrictions

According to Article 13 of the Constitution, (as amended in 2001), the fundamental freedoms can only be restricted by law, and also on the grounds set out in the related Constitution Articles. The restrictions cannot harm the essence of the fundamental rights. Furthermore, the restrictions can neither be in conflict with the wording and spirit of the Constitution; nor the requirements of the democratic social order and the republic; nor the principle of proportionality.

1- Restriction by law

This requirement is found in the European Convention on Human Rights too. The regulation of fundamental rights should be carried out by the democratic representative organ of the nation so that every citizen could easily access it. Briefly, the law should be clear, understandable and accessible by everybody. Restriction by principle of law basically means that the restriction of

¹³³ Fendoglu, H.T., “2001 Anayasa degisikligi baglaminda Temel Hak ve Ozgurluklerin Sinirlanmasi (AY. Md.13)” (2002) Anayasa Yargisi 19, pp.111-149

rights and freedoms cannot be done in an executive process.¹³⁴ Fundamental rights are protected properly only if the restriction grounds set out by law are obvious and clear, and more concrete than those in the Constitution. It should be borne in mind that, as the main law of the State, the Constitution regulates them in a very general framework.

2- Conformity with the Wording and Spirit of the Constitution

The wording of the Constitution means the concrete decrees and additional guarantees of fundamental rights. The prohibition of torture and the degrading of the integrity of the individual, and the prohibition of censorship are examples of the constitutional wording. On the other hand, we should bear in mind that the Constitution itself restricts some fundamental rights and freedoms.

It is possible to say that, if restrictions and prohibitions (prohibitions on political parties) were not authorised in the Constitution, the laws that restrict rights improperly might have been ruled void by the Constitutional Court.¹³⁵ It seems that the spirit of the Constitution is not helpful to a liberal interpretation of freedom. There are a number of Constitutional Court and Court of Cassation's decisions which interpret the Constitution as being in favour of authority in the freedom and authority balance.¹³⁶ The Constitutional Court has gone even further and stated that the democratic society context is limited to the one shown in the Constitution.¹³⁷ The problem here is that it is not possible to identify the spirit of the Constitution in a concrete way.

3- The Requirement of Democratic Social Order

This is similar to the 'necessary in a democratic society' requirement of the European Convention on Human Rights. Indeed, it is enshrined in the Constitution, as it has been seen, in line with international human rights documents. However, the problem regarding this requirement in the Turkish Constitution is which type of democracy is meant? Is it the universal standard liberal and pluralist democracy, or the democracy identified in the Turkish Constitution, which is sometimes in conflict with the universal understanding of democracy? The 3rd paragraph of Constitution's preamble, which according to the Article 176 is part of Constitution's text, was stating that "recognition of the

¹³⁴ Tanor, B. and Yuzbasioglu, N., *Turk Anayasa Hukuku*, (Istanbul: Yapi Kredi yayinlari, 2002) p.146

¹³⁵ Tanor, B. and Yuzbasioglu, N., *Turk Anayasa Hukuku*, (Istanbul: Yapi Kredi yayinlari, 2002) p.147

¹³⁶ E.1984/14, K.1985/7, KT. 13.6.1985, AYMKD, sayi.21, s.173, Yargitay Hukuk Genel Kurulu, E.1980/4, K.1983/803, KT. 14.9.1983, AYMKD, sayi.11,

¹³⁷ E.1985/2, K.1986/23, KT. 6.10.1986, AYMKD, sayi.22, s.224

absolute supremacy of the will of the nation, and of the fact that sovereignty is vested fully and unconditionally in the Turkish Nation and that no individual or body empowered to exercise it on behalf of the nation shall deviate from democracy based on freedom, *as set forth in the Constitution* and the rule of law instituted according to its requirements”(emphasis added). Therefore, this expression confines democracy understanding of the Constitution to a special national democracy different from universal one. Although the last sentence was changed in 2001 by eliminating the expression of *as set forth in the Constitution*, which is welcomed, however, the specific Turkish type Democracy understanding is still alive throughout the constitution. Turkey, in its application to the European Commission on Human Rights that it recognises the right to individual application to European Commission on Human Rights, claimed that the ‘democratic society’ concept of the European Convention on Human Rights should be understood as the within the precincts of existing framework of the Turkish Constitution. Naturally, this restraint was not accepted by the Commission.¹³⁸ On the other hand, in some recent Constitutional Court decisions there has been a positive development in departing from the concept of the specific Turkish type of democracy. In its decision on the law of police authority and duties especially, it came close to the universal liberal understanding of democracy.¹³⁹

4- The Requirements of Secular Republic

According to the second paragraph of Article 13 of the Constitution the restrictions to the fundamental rights and freedoms can not be incompatible with the “requirements of the secular republic”. This criterion is not found in the European Convention on Human Rights. Making ‘the requirements of Secular Republic’ as a limit of restrictions is a sign of the importance given by the Constitution maker to the principle of secularism. The Constitutional Court is of the view that having the constitutional privilege, principle of secularism should be taken into account while assessing all the fundamental rights and freedoms.¹⁴⁰ It even further states that the freedoms that are incompatible with principle of secularism can not be protected.¹⁴¹ However, it is not obvious how to interpret the requirements of secular republic. There is not a uniform and agreed understanding of the principle. The requirements of Secular Republic change

¹³⁸ Teblig RG 21.4.1987, No. 19438, see also Toluner, S. “Turkiyenin bireysel basvuru hakkini tanima beyaninin milletlerarasi hukuk acisindan degerlendirilmesi”, (1988) Milletlerarasi Hukuk Bulteni, sayi.2, s.247

¹³⁹ E.1985/8, K.1986/27, KT. 26.10.1986, AYMKD sayi,22, pp. 365-387

¹⁴⁰ E.1989/1, K.1989/12, KT 7.3.1989, AMKD 25, p.150

¹⁴¹ *ibid*, p.152

over the time. It is possible to see this change with Constitutional Courts decisions regarding Political parties. According to the Article 89 of Law on Political Parties, no political party can claim the partition of Directorate of Religious Affairs from State's general administration. In 1993 this claim was one of the grounds of the dissolution of Freedom and Democracy Party.¹⁴² However, in 1997, The Constitutional Court, in the present author's view rightly, departed from this stand. It rejected the dissolution of Democratic and Change Party who claimed that the status of Directorate of Religious Affairs as a state institution should be ended.¹⁴³ On the other hand, The Constitutional Court in one of its decisions decided that giving the right to supervise and control the religious issues to the state can not be regarded as a restriction incompatible with the freedom of religion and conscious and the requirements of democratic social order.¹⁴⁴

The author is of the opinion that as there is not a unified and agreed upon understanding of the principle of secularism, the criterion of requirements of Secular Republic results in a narrow interpretation of fundamental rights. It is also incompatible with the restriction system of the European Convention. In practice it gives way to unnecessary restriction of fundamental rights.¹⁴⁵

5- The Essence Test

The Constitutional Court has developed the criterion of 'harming the essence of a right' to provide an irreducible sphere, which cannot be compromised in favour of other interests.¹⁴⁶ Inspired by German constitutional law, the founding fathers of the Republic's second Constitution (the 1961 Constitution) enacted the notion of the essential essence under 11/1 of the 1961 Constitution. This test also can not be found in the European Convention system. The Constitutional Court still continues to implement this test reviewing it under the requirements of democratic society (art. 13), after the 1982 Constitution came into force. Now, with the changes made in the Constitution's wording in 2001, the Constitution declares the doctrine once again as the limit to legitimate restrictions, together with the requirements of the democratic order of society. The essence in that respect describes an irreducible or non-derogable part of a right, whereas proportionality concerns striking the right balance between loss and gain. The importance of the essence analysis in the assessment

¹⁴² E.1993/1 (Siyasi Parti Kapatma) K.1993/2, KT 23.11.1993, AMKD 30/2, p. 927

¹⁴³ E.1996/3 (Siyasi Parti Kapatma), K.1997/3, KT 22.5.1997, AMKD 36/2, p.1027

¹⁴⁴ E.1997/1 Siyasi Parti Kapatma), K 1997/3, KT 16.1.1998, AMKD 34/2, p.1029

¹⁴⁵ for example unnecessary head scarf ban in universities. See Leyla Sahin case, pp.245-249

¹⁴⁶ E. 1986/17, K: 1987/11, KT. 22.05.1987, 1989 AYMKD sayi.23, at 222.

of proportionality is that it marks the border at which the proper balance is to be struck.

Although the Constitutional Court uses the essence notion explicitly for balancing purposes,¹⁴⁷ it does not formulate an explicit single measuring test. The Constitutional Court judges generally refrain from giving a definition of the essence of a specific right or naming the duties generated by the right. Instead, they opt to look at different factors such as rules which make the exercise of a right very difficult, or impossible; the creation of conditions that make it impotent; the taking away of a right's efficiency; and the removal of the guarantees given by a right in the first place. All of these factors test the degree of fulfilment of the multiple duties generated by a right. If a rule not only necessitates trading-off one specific duty in the case of conflict against another specific duty generated by a conflicting right, or interest, but also prevents fulfilment of any major duty generated by the given right corresponding to the central value protected by this right, then this rule will be found to be an encroachment on the essence of the right.

6- The Proportionality Test

Article 13 sets forth the proportionality test as a general principle to be applied while restricting basic rights. Article 12 of the Constitution also prepares a background to this principle by stressing that "fundamental rights and freedoms also include the duties and responsibilities of the individual towards society, his family, and other individuals." Individual rights and the public interest generate duties and responsibilities and often require balancing and weighing against each other in order to form a consistent system. This general provision of the Constitution hints that the legislative and judicial organs, as well as the executive authorities, will weigh interests and rights by balancing the duties generated by them. The Constitutional Court's explanation of the principle follows this understanding. One of the elements of the principle of proportionality is measuring the degree of interference against the degree of gain by the restriction.¹⁴⁸ This criterion requires a proportionate government response to an existing legitimate and rational need to interfere with a right. It aims at a fair balance between a given restriction and its service to the protected value.

F- CONCLUSION

The European Convention on Human Rights contains fundamental guarantees of the human rights of individuals. However, the reasonable need of

¹⁴⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1998/9-70, K.1998/156, KT. 5.5.1998, 1998 YKD sayı 24, no.6 1998, (905). At 910

¹⁴⁸ E. 1988/50, K. 1989/17,KT.23.06.1989, 1991 AYMKD sayı. 25 (301) at 311-313.

a Contracting Party to fulfil its public duties and obligations for the aggregate common good and welfare necessitates restrictions on the stated rights. On the other hand, it is vital that there should be a fair balance between the rights and freedoms exercisable and enjoyed by the individual, and the needs of the community when imposing such restrictions. A careful examination of the Convention reveals that it has established such a balance in its restriction and limitation system. The rights and freedoms exercisable and enjoyed by the individual and the state respectively are subject to different regimes of suspension, supervision and control. On the one hand there are those limitations and restrictions imposed by the state in the case of the individual, and by the Convention organs in the exercise of their review and supervisory powers in the case of the state. On the other hand the state, in the exercise of its right and duty to limit and restrict the rights and freedoms of the individual, guaranteed under the Convention, may do so only in strict conformity with the express provisions of the Convention. Such provisions are interpreted and applied by the Court, authorising and permitting such interference.

The Strasbourg organs concentrate not on whether limitations on the rights are legal or pursue a legitimate interest, but on whether limitations can be legitimately justified, that is to say, whether they are necessary in a democratic society. When determining the necessity of a limitation in a democratic society, the margin of appreciation is at the heart of the Court's review of the decisions made by states. The Strasbourg organs refer to the demands of pluralism, tolerance, and broadmindedness as the hallmarks of a democratic society. They have set several criteria for determining the meaning of the words 'necessary in a democratic society.' The Strasbourg organs have ruled that the term 'necessary in a democratic society' implies that any restriction on the fundamental freedoms should be relevant and sufficient to its aim and should be imposed in a situation of pressing social need. Nonetheless, the Strasbourg organs themselves have not applied these criteria in every case.

Like the European Convention on Human Rights, the Turkish Constitution guarantees the fundamental human rights determined by international human rights law. It also, in line with international law, provides restrictions on the rights where the common good of society and the rights and freedoms of others so require. According to the amended Article 13, the limits have to be imposed by law, and should be in conformity with the wording and spirit of the Constitution. They should also meet the requirements of a democratic social order and secular republic. The restrictions should not damage the essence of the rights and freedoms and the restrictions should be proportionate. The requirement of democratic social order is similar to the 'necessary in a democratic society' clause of the Convention. Indeed, this was put into the Constitution in 2001 to bring it into line with the Convention.

Before this amendment, Article 13, unlike the Convention, was a general restriction article containing restriction grounds which could be invoked in the restriction of all fundamental rights. Although the wording of the Turkish Constitution seems to be in line with the Convention, the problems in restrictions of the fundamental rights arise because of the understanding that Turkey has special circumstances and a special democracy as identified in the Turkish Constitution: A conception which is sometimes in conflict with the universal understanding of democracy.

BIBLIOGRAPHY

- Cameron I., *National Security and the European Convention on Human Rights*, (The Hague-London-Boston:Kluwer Law International, 2000),
- Clayton, R., Tomlinson, H., *The Law of Human Rights*, (Oxford Univ. Press: 2000)
- Delmas-Marty M, *The European Convention for the protection of Human Rights International Protection versus National Restrictions*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1992)
- Duran, L., “Anayasa Mahkemesine Gore Turkiyenin Hukuk Duzeni” (1986) 13 Ankara Idare Dergisi 2
- Fendoglu, H.T., “2001 Anayasa degisikligi baglaminda Temel Hak ve Ozgurluklerin Sinirlanmasi (AY. Md.13)” (2002) Anayasa Yargisi 19
- Gallala, I., “The Islamic Headscarf: An Example of Surmountable Conflict between Sharia and the Fundamental Principles of Europe” (September 2006) 12 European Law Journal No.5
- Greer, S., *Public Interests and Human Rights in the European Convention on Human Rights*, (Strasbourg: Council of Europe Publication, January 1995)
- Greer S., *Exceptions to Articles 8-11 of European Convention on Human Rights*, (Council of Europe: 1997).
- Harris, D.J., O’Boyle, M., Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, (Butterworth: 1995).
- Hovius B, “ The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights and Freedoms and section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Comparative Analysis” in (1986) 6 YEL.
- Kanadoglu, K., *Turk ve Alman Anayasa yargisinda Anayasal degerlerin catismasi ve uyumlastirilmesi*, (Istanbul: Beta Yayinlari, 2000)
- Kubicek, Paul, “Turkish-European Relations: at a New Crossroads?” *Middle East Policy*, vol. 6, no. 4 1999.
- Lavender, N., *The Problem of the Margin of Appreciation* (1997) EHRLR.

Loucaides, L.G, "Restrictions or limitations on the Rights Guaranteed by the European Convention on Human Rights" in (1993) 4 Finnish Yearbook of International Law.

Macdonald, R. St J., Methods of Interpretation of the Convention, in MacDonald, Matscher and Petzold (eds) *The European System for the Protection of Human Rights*, (Martinus Nijhoff, 1993).

Mahoney, P., Judicial Activism and Judicial Self Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin (1990) HRLJ.

Mellon, J., "Islamism, Kemalism and the future of Turkey" (March 2006) 7 Totalitarian Movements and Political Religions.

Nicol, A., "National Security Considerations And The Limits Of European Supervision" (1996).

Ovey, C., White, R., *Jacobs and White European Convention on Human Rights*, (Oxford: Clarendon Press, 2002).

Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Annex, UN Doc E/CN.4/1985/4 (1985)

Soulier G. "Terrorism" in Delmas-Marty M, *The European Convention for the protection of Human Rights International Protection versus National Restrictions*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1992).

Soysal, M., *100 Soruda Anayasanin Anlami*, (Istanbul: Gercek yayinlari, 1986).

Tanör, B. and Yuzbaşıoglu, N., *Türk Anayasa Hukuku*, (Istanbul: Yapi Kredi yayinlari, 2002).

The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Principle 2. U.N. Doc. E/CN.4/1996/39 (1996).

Toluner, S. "Türkiyenin bireysel basvuru hakkini tanima beyaninin milletlerarasi hukuk acisindan degerlendirilmesi", (1988) Milletlerarasi Hukuk Bulteni, sayi.2.

"*Travaux Préparatoires*": Official Report of the Consultative Assembly, 1949.

Turhan, M., "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere", (1991).

van Dijk, P. van Hoof G.J.H, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed The Hague, (London: Kluwer Law International, 1998).

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA TELEVİZYON PROGRAM FORMATLARININ KORUNMASI*

Dr. Mustafa ARIKAN**

ÖZET

Televizyon program formatı, programın birden fazla bölümlerinden her birisinin ne şekilde yapılacağını gösteren, programın yayın akışına ilişkin olarak programın adı, sunucunun konumu, stüdyo içi ve dışı izleyici konumları ile programa katılma biçimleri, stüdyo tasarımı, kamera hareketleri, kullanılacak anahtar ifadeler, sloganlar ve müzikler gibi programın tüm karakteristik özelliklerini içeren ve sahibinin hususiyetini taşıyan çerçeve plan ya da taslaklar biçiminde tanımlanabilir. Televizyon program formatları FSEK.'de düzenlenen ilim ve edebiyat, müzik, güzel sanat, sinema eserleri ile işleme ve derleme eser grupları arasında bağımsız bir eser türü olarak ele alınmamıştır. Bu nedenle program formatlarının FSEK. kapsamında korunup korunmayacağı tartışma konusu olmuştur. Televizyon program formatlarının FSEK. de düzenlenen eser kategorileri arasında yer almaması bunların FSEK ile korunamayacağı yönünde bir kanaatin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Program formatlarının eser olarak nitelendirilmesinin önündeki en önemli sorun formatların soyut fikir olarak değerlendirilmesidir. Söz konusu değerlendirmeye göre program formatları soyut fikirlere farkıdır ve modern düzenlemelerin hiçbirinde de soyut fikirler korunmamaktadır. Dolayısıyla program formatlarının korunması da mümkün değildir. Ancak program formatları soyut fikir olarak değerlendirilemez. Zira formatlar salt fikir olarak değerlendirilecek kadar basit yapılar değildir. Soyut fikir, düşüncenin eser olma sürecindeki başlangıç noktasıdır. Bu süreç içerisinde soyut fikir giderek somutlaşmakta ve tamamlanmış bir ürün haline gelmektedir. Televizyon program formatlarının yapılacak kanuni düzenlemeyle açık bir şekilde eser grupları arasında sayılması hukuki istikrarın sağlanması ve mağduriyetlerin önlenmesi adına da oldukça önemlidir.

* Bu çalışma S.Ü. Sosyal Bilimleri Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalında hazırlanan ve 30.09.2009 tarihinde oybirliğiyle kabul edilen aynı isimli doktora tezinin özetidir.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD.

ANAHTAR KELİMELER: Televizyon Program Formatları, Eser Kavramı, Fikri Mülkiyet Hukuku, Soyut Fikir, Somut Ürün.

THE PROTECTION OF TELEVISION PROGRAMME FORMATS BY INTELLECTUAL PROPERTY LAW

SUMMARY

Television programme format can be defined as framework plan or draft which carries owner's all characteristics such as; how to produce each chapter of the serial, the name of the programme in relation with programme's broadcasting, presenter's position, the position of the in and out of studio viewers' and their participation in programme, design of the studio, camera movements, key words, slogan and music that will be used. Television programme format is not regulated as an independent art work among science and literature, music, fine art and cinema work with elaboration and compilation work groups which are regulated by Intellectual Property Law (IPL). Therefore the issue of whether programme formats are protected or not by IPL is disputed. As the programme formats are not regulated among art work categories by the ILP, this resulted in an argument that they cannot be protected by ILP. The biggest problem for not to accept the programme formats as art work is its assesment as abstract idea. According to this argument, programme formats are not different from abstract ideas and the abstract ideas are not protected by any modern legislation. Therefore, it is not possible to protect the programme formats. However, the programme formats should not be assesed as abstract ideas. Because programme formats are not basic components to be assesed as solely idea. The abstract idea is the initial point for an idea to be an art work. In this process the abstract idea is gradullay materialising and transforming into completed product. It is important to put television programme format as art work and protect with a new legislation for realisation of legal stability and prevention of unjust treatment.

KEYWORDS: Television Programme Format, Intellectual Property law, Abstract Idea

I. GİRİŞ

Televizyon programları ve formatları televizyon şirketleri için çok büyük bir öneme sahiptir. Zira programlar televizyon kuruluşları için vazgeçilmez varlık şartıdır. Programlar ne kadar çok seyirciyi ekran başına çekebilirse televizyon kuruluşlarının reklam gelirleri de aynı oranda büyümektedir. Bu nedenle sektörde kıyasıya rekabet ortamı oluşmaktadır. Televizyon kanalları programları bazen kendi içyapımları olarak hazırlarken bazen de yapım şirketlerine hazırlattırmaktadırlar. Bazen de yurt dışından

başarılı program formatları ithal edilmektedir¹. Son zamanlarda izleyicilerin televizyona en çok vakit ayırdıkları zaman dilimlerinde (Prime time) genellikle

¹ “Kim Milyoner Olmak İster” isimli programın yapımcıları 51 yaşındaki David Briggs ile 53 yaşındaki Paul Smith, Londra’da sıradan dergilerde yazı yazmakta ve sıradan radyolarda program yapmaktaydılar. Cazip, herkesi ilgilendirecek, arasıra zengin edecek bir program geliştirmeyi denediler. “Kim Milyoner Olmak İster” başlığıyla, 15 soruda “bir milyon dolarlık” ödüllü programı meydana getirdiler. Fizik, kimya, biyolojiden futbola, sanattan coğrafyaya ve müziğe kadar her alanda, herkesin aynı anda kendini sınavdan geçireceği bir yarışma geliştirdiler. Londralı iki arkadaş programı önce Hollanda’da bir televizyona önerdiler. Program orada yayına başlar başlamaz Amerikan ABC kanalının dikkatini çekmiştir. “Pop Star” yarışması, ekrandan seyirciye ulaşmaya başladığı günden bugüne toplam 1.878 reklam almıştır. Bu reklamların toplam süresi 11 saat 22 dakika 41 saniye, oluşturduğu ekonomik değerse yaklaşık 22,3 milyon Amerikan Doları olarak hesaplanmıştır (bkz. **HEINKELEIN/FEY**, 380). Birçok ülkeye ihraç edilen bu yarışma programı, Türkiye’de “Kim 500 Milyar İster” başlığı ile yayınlanmıştır. Pop Star yarışmasının yakaladığı izlenme oranı ve aldığı reklamdan sonra, benzer formatta bir yarışma programını atv televizyonu, dünyanın en büyük TV format şirketlerinden “Endemol”dan Pop Star’ın bir benzeri olan “Akademi Türkiye”yi satın aldı.

ABD’nin önde gelen televizyon kanallarından NBC, Amerika’nın ünlü sunucularından Ryan Seacrest’in prodüktörlüğünü üstlendiği “Momma’s Boys” adlı programın yayınına başladı. Yarışmanın patentini elinde bulunduran merkezi İngiltere’deki Global Agency ise telif haklarını ödemediği gerekçesiyle kanal ve prodüksiyon şirketine (Glassman Media) dava açtı. Global Agency CEO’su İzzet Pinto, kendilerine telif hakkı ödenmezse, kanal ve prodüksiyon şirketini mahkemeye vereceklerini daha önce duyurduklarını hatırlattı. “Gelinim Olur Musun?”un formatının uluslararası medya sektöründe herkes tarafından bilindiğini belirten Pinto, yarışmanın bu yıl uluslararası Emmy ödüllerine aday gösterildiğini ve kendisine Junior Chamber International tarafından “yılın girişimcilik ödülünü” getirdiğini anımsattı. Pinto, Gelin-Kaynana konseptinin Türkiye’nin geleneksel aile yapısından yola çıkılarak yaratıldığını anımsatarak, “Momma’s Boys, çok açık biçimde, Amerikan kültürünün ürünü değil. Amerika’da yepyeni bir format gibi tanıtım yapılması bizi çok şaşırttı” dedi. Format’ın NBC’ye kendileri tarafından satıldığını zanneden birçok yabancı medya kuruluşundan tebrik telefonları aldıklarını anlatan Pinto, ancak NBC’den lisans talebi gelmediğini ve gönderilen ihtar mektuplarına rağmen programın dün akşam yayına girdiğini kaydetti. Pinto, bu nedenle New York’un saygın avukatlık bürosundan birine davanın temsilciliğini verdiklerini ve NBC’ye karşı yüklü bir tazminat davası açtıklarını ifade etmiştir.

bu tür başarılı formattaki programlar yayınlanmaktadır. Bunun sebebi de bu tür programların yüksek oranda reyting almalarıdır.

Televizyon programlarının ve formatlarının uluslararası ticarete büyük bir pazar payı vardır. Özellikle de denenmiş programlara yönelik talep gittikçe artmaktadır. Bu durum birçok ülkede milli televizyon düzenlerinin liberalleşmesiyle başlamıştır. Ülkelerde radyo-televizyon tekelinin kalkması ve yerini özel radyo ve televizyonların alması, yayın teknolojilerindeki yeni gelişmeler ve seyredilebilen televizyon kanallarının sayısının artmasıyla birlikte televizyon sektöründe esaslı değişiklikler meydana gelmiştir. Bütün bu gelişmeler televizyon yayıncıları ve yayıncıları arasında gittikçe artan bir rekabet ortamı oluşturmuştur. Bu nedenle reyting kaygıları ile hareket eden televizyon kanalları yüksek reyting almış programları takip ederek bunlara benzer formatta programlar üretmekte veya yapım şirketlerine bu tür programlar yaptırmaktadırlar. Program üreticileri genellikle yurt dışında denenmiş ve başarılı olmuş programların formatlarına benzer nitelikte programlar yapmaktadırlar². Yurt içinde de başarılı olmuş programların ve formatlarının taklit edilmeleri de söz konusudur³. Bu bağlamda bazı televizyon kanalları yüksek reyting alan⁴ programları ve formatlarını benzer şekilde kendi

<http://www.cnnturk.Com/2008/yasam/diger/12/17/gelinim.olur.musun.abdde.olay.oldu/505075.0/index.html>E. T. 17.12.2008.

- ² “Pop Star” isimli yarışma programı orjinal formatı FremantleMedia ve 19TV tarafından üretilen “Idols” isimli programın formatından esinlenerek yapılmıştır. “Kim 500 Milyar İster” isimli program Celador İnternational tarafından üretilen “Kim Milyoner Olmak İster” isimli program formatına benzemektedir (bkz. **HEINKELEIN/FEY**, 390). Londra’da bulunan Celador, son yirmi yıl içinde, Birleşik Krallık’taki en başarılı ve en saygın yapımçı şirketlerden birisi haline gelmiştir. “Who wants to be a Millionaire?” formatını yarattığından beri, Celador, televizyon yapımcılığında da büyük bir dünya oyuncusu haline gelmiştir (bkz. **HEINKELEIN/FEY**, 390).
- ³ Yine Türkiye’de STV “Sır Kapısı” isimli bir program yayınladı. Bu program fazla reyting aldığı için ilerleyen zamanlarda “Sır Dünyası”, “Sırlar Alemi” gibi isimlerle diğer televizyon kanallarında da benzer formatta programlar yayınlanmıştır.
- ⁴ İzleyici Oranı (reyting) ortalama izlenme oranıdır. Bir program diliminde veya zaman diliminde her dakikaya düşen ortalama izleyici yüzdesini gösterir. İzlenme Payı, bir kanalın belli bir zaman diliminde toplam izleyiciden almış olduğu payı gösterir. Türkiye’de reyting ölçümü, Avrupa’da birçok ülkede bu türden veriler üreten AGB Nielsen Media Research tarafından 1989 yılından bu yana gerçekleştirilmektedir. 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren izleme ölçümleri, 21 il merkezinde ve bu il merkezlerinin 20.000 nüfus üstü kent-ilçelerinde 2201 hanede yapılmaktadır. Firmadan alınan bilgilerde söz konusu hane sayısının bu

kanallarında yayınlayabilmektedirler. Şayet program lisansı ile birlikte alınmışsa problem yoktur. Program lisans alınmaksızın yayınlanırsa buna paralel olarak uygulamada fazlaca sorunlarla karşılaşmaktadır⁵.

bölgelerdeki 5 yaş üzeri 38.935.633 kişiyi temsil ettiği belirtilmektedir. RTÜK reyting ölçümlerini yapmamaktadır. Çünkü 4756 sayılı Yasa ile değişik 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun konuyla ilgili (d) ve (e) bentleri hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir. Aynı maddenin izleyici ölçümlerinin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından yapılmasına ilişkin (f) bendi iptal edilmemiş, ancak bu bendin uygulamasına yönelik bendlerin iptali nedeniyle izleyici ölçümleri çalışmalarına başlanamamıştır. Gerekçeli kararın Resmi Gazetede yayımlanmaması nedeniyle Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından, izleyici ölçümleri konusunda hazırlık çalışmalarına devam edilmekte olup konuya ait kurum bilgi birikimine ulaşmıştır. bkz. http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=438adebb-ecf6-4456-bffd-effcd7e0e3dd. E. T. 6.10.2008.

⁵ Show TV de yayınlanan “Var Mısın Yok Musun” programına karşı program isminin kendisine ait olduğunu iddia eden işadamı Emin Nur Eren programın durdurulması istemiyle dava açtı. Dilekçede, yaklaşık 35 yıldır ABD’de yaşayan ve “Var Mısın Yok Musun Hızlı Tanışma Programı” adlı bir yarışma programı projesi olan Ener’in, zaman darlığı yüzünden Türk Patent Enstitüsüne başvuruda bulunamadığı, ancak bu isimli programa ilişkin düşüncelerini “İş Fikri” olarak 15 Ağustos 2007’de Beyoğlu 35. Noterliği aracılığıyla kamuoyuna sunduğu kaydedildi. <http://www.haber7.com/haber/20080918/Acun-Ilicali-yakotu-haber.php>. E.T. 18.09.2008.

Yasemin Bozkurt “Dest-i İzdivaç” isimli programa karşı açtığı davada Tüm telif hakları Yasemin Bozkurt’a ait olan “Kadının Sesi” Programı içinde yer alan ve çiftlerin evlenmek üzere tanıştırılması şeklindeki program formatı Sarıyer 1.Noterliği tarafından “Düğünümüz Var” isimli program olarak tescil edilmiş olmasına rağmen, söz konusu eser Flash TV tarafından ve izinsiz olarak “Dest-i İzdivaç” adı altında yayınlanmıştır. Bu durumun önlenmesi amacıyla yasal yollara başvurulmuştur. Beyoğlu Fikri ve Sınai Haklar mahkemesine yapılan başvuru ile “Dest-i İzdivaç” programının yayınının durdurulması ve tazminat talepli dava devam etmektedir. <http://www.medyatava.com/haber.asp?id=43562>.E.T. 07.03.2008.

Bir başka dava Atv'nin 'Haberin Merkezi' sloganı için yaptığı ihtara rağmen Show Tv'nin yayınında değişiklik yapmaması üzerine bu kanala karşı açtığı davadır. Atv, kendisine ait 'Haberin Merkezi' sloganını kullanmaya devam eden Show TV'ye 350 bin YTL'lik dava açtı. Show TV Yönetim Kurulu Başkanı Mehmet Bülent Ergin, Ali Kırca, Haber Genel Yayın Yönetmeni Murat Demirel ve grafiker Umut Akınerler'i de davalı olarak gösterdi. ATV, 100 bin

Bu nedenle yayını taklit edilen televizyon şirketi telif hakları korumasından yararlanmayı deneyebilir. İşte bu noktada televizyon program formatının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku anlamında eser niteliğini haiz olup olmadığı problemi ortaya çıkmaktadır. Eğer bu soruya olumlu cevap verilebilirse televizyon program formatları telif hakları korumasından yararlanabilir. Televizyon program formatlarının eser niteliği kabul edilecek olursa ikinci bir adımda bunların FSEK.'te sayılan eser gruplarından hangisinin kapsamında değerlendirileceği de diğer bir problemidir. Bu konunun kanunda düzenlenmemiş olması problemin kaynağını oluşturmaktadır. Bu çalışmada mukayeseli hukuktaki mahkeme kararları ve doktrinde ortaya konulan görüşler dikkate alınarak konunun açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır. Elbette televizyon program formatlarının telif hakları dışında rekabet hukuku, marka hukuku, sözleşme hukuku gibi diğer hukukî müesseselerle korunması düşünülebilir. Ancak bu çalışmada FSEK. bağlamında program formatların korunması incelenmiştir. Bununla birlikte kısa da olsa diğer hukukî koruma yollarına temas edilmiştir.

II. FORMAT KAVRAMI VE TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Bu bölümde televizyon program formatlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda korunması incelenmiştir. Televizyon program formatlarının korunmasının hukukî temelini ilk planda telif hakları alanında araştırmak akla yatkın görünse de bazı mahkeme kararları⁶ ve doktrindeki farklı yaklaşımlar bu

YTL maddi ve 250 bin YTL manevî tazminat istediği dilekçede, ayrıca yasal olarak maddî tazminatın üç katını isteme hakkını da saklı tuttuğunu belirtti. İstanbul Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'ne başvuran atv avukatları, haberde kullanılan 'Haberin merkezi' sloganı, müzik, animasyon, grafik, kırmızı turuncu renk kombinasyonu gibi tüm görsel unsurlar üzerine de ihtiyati tedbir konulmasını talep etti. Avukatlar, Show TV'ye geçen Ali Kırca'nın haber sunumu sırasında masada duran kupanın konumlandırılmasını dahi taklit ettiğini vurguladı. Mahkemeye sunulan 19 sayfalık dava dilekçesinde, 'Haberin Merkezi' sloganının ilk kez 2002 yılında Murat Birsal tarafından kullanıldığı ve o zamandan beri atv ile bütünleştiği belirtildi. <http://www.televizyongazetesi.com/?im=yhs&hn=14057>. E. T. 18.01.2008.

⁶ Köln Eyalet Mahkemesi, formatların telif haklarıyla korunabilmesi imkânını bilinçli bir şekilde incelememiştir. Mahkeme söz konusu davada tarafların yayın konseptleri arasında az bir uyum olduğu gerekçesiyle telif hakkı ihlalinin olmadığına karar vermiştir ("Warmumsherz" kararı LG Köln, 28 0440/95, 18 Oktober 1995, LAUSEN, 119, 120; LITTEN, 11). Mahkemeler birtakım kararlarda da bu meseleyi rekabet hukuku çerçevesinde incelemişlerdir bkz. OLG. Düsseldorf, WRP 1995, 1032; OLG Hamburg, ZUM 1996, 245; OLG München, NJW-RR 1993, 619.

konuda birtakım şüphelerin mevcudiyetini göstermektedir. Bu çalışmada formatların telif haklarıyla korunmasına ilişkin bu çekinceler incelenmiştir. Ayrıca program formatı kavramı, program formatlarının telif haklarıyla korunmasının şartları, kapsamı ve program formatlarında eser sahipliği gibi konulara temas edilmiştir.

B. Televizyon Program Formatı Kavramı

Program formatı kavramı (Sendeformats) kanunlarda tanımlanmamıştır. Program formatı kavramının açıklanmasını format endüstrisinde araştırmak gerekir⁷. Program formatı⁸ hukukî bir kavram değildir, aksine kaynağını medya dünyasından alan⁹ ve genelde televizyon veya radyo programlarının¹⁰ ifadesi için kullanılan bir kavramdır. Medya alanından hukuk literatürüne televizyon program formatlarının korunması tartışmaları altında girmiştir. Televizyon program formatı kavramı Alman doktrininde W. Schwarz¹¹ tarafından, daha sonra ise v. Have/Eickmeier¹² tarafından hukuken ele alınmış ve tanımlanmıştır.

Buna karşın mahkeme kararlarında program formatı kavramı uzun süre kabul görmemiştir. Bununla birlikte, bir programın “genel yayın dizisinin şeklini oluşturan elementler”¹³, “bunların ilaveleri”¹⁴ ya da “konsepti” gibi kavramlar ilgili mahkeme kararlarında söz konusu olmuştur¹⁵.

⁷ LANTZSCH, 121 vd.

⁸ Etimolojik olarak format kavramı şekillendirilmiş, şekle sokulmuş anlamındaki Latince “formatus” kelimesinden türemiştir bkz. SPACEK, 27.

⁹ LANTZSCH, 122; HEINKELEIN/FEY, 380; Alman Federal Mahkemesi’nin “Sendeformat” isimli kararında bu hususa vurgu yapılmıştır bkz. BGH, ZUM 2003, 771, 772, GRUR 2003, 876.

¹⁰ Format kavramı aslında ilk olarak Radyo programları için kullanılmıştır. ABD.’de 1950’li yılların başlarında radyo formatları önemli ölçüde gelişmiştir. Almanyada da 1980’li yılların sonlarında radyo formatları, programların sunum, içerik ve yapılarının kombinasyonu olarak anlaşılmaktaydı. Televizyon alanında ise uluslar arası format ticaretiyle birlikte anılmaya başlanmış bir kavramdır. HAGEN in PAECH /SCHREITMÜLLER/ZIEMER, 155 vd.; HICKETHIER in v. GOTTBURG/MIKOS/WIEDEMANN, 204, 205; HAAS/FRIGGE/ZIMMER, 157, 159; HEINKELEIN, 14.

¹¹ W. SCHWARZ, FS. für Ernst Reichardt, 1990, 222.

¹² HAVE/EICKMEIER, ZUM 1994, 269.

¹³ Quizmaster kararı BGH NJW 1981, 2055, 2056.

¹⁴ Lux und Dallerei kararı OLG München NJW-RR, 1993, 619.

¹⁵ Forsthaus Falkenau kararı OLG München GRUR, 1990, 674, 675; Notruf kararı GRURInt. 1993, 776, 778. Mahkeme kararlarında program formatı kavramı ilk olarak, Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesinin bir kararında ortaya atılmış ve

Format, tekrarlanabilme kabiliyetine sahip televizyon programının karakteristik özelliklerinin tamamı olarak tanımlanabilir¹⁶. Dolayısıyla bir program içeriğinde tekrarlanamayan, bir defa meydana gelen unsurlar format kavramı içinde düşünülemez. Eğer format kavramı seyircinin algıladığı şekilde bir televizyon programının yayımlanma şeklinin bütünü olarak tanımlanırsa¹⁷, genellikle seyirciler programın bir defaya mahsus ve tekrarlanmayan elementlerine dikkat ettiklerinden, yanıltıcı bir tanım yapılmış olur.

Televizyon program formatı, programın birden fazla bölümünden her birinin ne şekilde yapılacağını, cereyan edeceğini gösteren ve programın adı, akışı, program sunucusunun konum ve tutumu, stüdyo içi ve dışı izleyici konumları ile programa katılma biçimleri, stüdyo tasarımı, kamera hareketleri, kullanılacak anahtar ifadeler ve sloganlar ile müzikler gibi programın tüm karakteristik özelliklerini içeren ve sahibinin hususiyetini taşıyan çerçeve plan ya da taslaklar biçiminde de tanımlanabilir¹⁸.

Televizyon programının karakteristik temel unsurları olarak şunlar söz konusu olabilir: Başlık, fikir veya konu, çevre, ortam, donatım (tefrişat), dekor, melodi, programın düşünülen karakter oyuncularını, spikerleri, yönetmeni ve bunların bireysel rol dağılımı şeklinde karakteristik unsurlar düşünülebilir.

tartışma konusu yapılmıştır. Bu karardan sonra diğer mahkemeler de bu kavramla ilgilenmek durumunda kalmışlardır (bkz. “Bodycheck” kararı LG Stuttgart, **LAUSEN**, 133; “Forsthaus Falkenau” kararı OLG München GRUR 9/1990, 674, 675; “Freut Euch des Nordens” kararı LG Hamburg, **LAUSEN**, 136; “Taxi-TV/Taxi-Talk” kararı OLG Düsseldorf, WRP 12/1995, 1032, 1035; “Jux und Dallerei” kararı OLG München NJW-RR 1993, 619; “Goldmillion” kararı OLG Hamburg ZUM 3/1996, 245; “Voll Erwischt” kararı LG Mainz, bkz. **LAUSEN**, 122; “Quizmaster” kararı BGH NJW 1981, 2055, 2056; “Dallas” kararı OLG München NJW-RR 1993, 619; “Warmumsherz” kararı LG Köln, bkz. **LAUSEN**, 119; “Augenblix/Spot-On” OLG München ZUM 3/1999, 244; “Mattshceibe” kararı BGH GRUR 2000, 703; “High 5/Stoke” LG München I ZUM-RD 1/2002, 17).

¹⁶ **FEY**, 14; **MORAN**, 23; **TADDICKEN**, 17; **LANTZSCH**, 165, 166. **LAUSEN**, 15. Format bir dizinin ya da arkası geleceklerin ozalit kopyasıdır ve bir düşünceyi açıklayan belge (sinopsis) şeklinde tanım için (bkz. **KELSEY**, (Çev. DÜZGÖREN), 82; **KEAN/FUNG/MORAN**, 60 vd.; **SPACEK**, 28; **REBER** in Von **HARTLIEB/SCHWARZ**, Kap. 39 N 1; **ALBIN** in **KLAGES**, 291).

¹⁷ v. **HAVE/EICKMEIER**, ZUM 1994, 269-270; “Freut Euch des Nordens” kararı için (bkz. LG Hamburg- 380 0 142/95, 16 Januar 1996, **LAUSEN**, 138; Taxi-TV kararı OLG Düsseldorf WRP 1995, 1032, 1035).

¹⁸ **ÇOLAK**, 24.

Ancak, programın ekranda gösterilmeye başlanması, yazıların dış görünümü, semboller, sloganlar, teknik yardımcı maddeler, renkler, ışıklandırma, program süresi, bölüm çeşitliliği ve kamera yürütümü gibi daha az dikkat çeken hususlar da bir programı karakterize eden unsurlar arasında sayılabilir. Bu sayılanlar kesinlikle sınırlı sayıda değildir, bunların dışında da akla gelebilecek hususlar bir programı karakterize edebilir¹⁹. Program formatı “yazılı format (paper format)” ve “televizyon program formatı” (format paketi) adı altında kategorize de edilmektedir²⁰. Yazılı formatta bir televizyon program formatı için kağıt üzerine bir konsept not edilmektedir. Yazılı format kural olarak bir televizyon program formatının sahne, programın yayın içeriğinin akışı, diyaloglar gibi bütün yazılı karakteristik unsurlarını bünyesinde barındırır²¹. Ayrıca paper format bunlardan başka televizyon programının başlığı ve hedef kitlesi gibi hususları da belirlemelidir. “Format paketi” olarak da adlandırılan “tv program formatları” ise paper formatlara göre daha somut niteliktedirler. Paket formatının muhtevasında televizyon programının üretimi için gerekli olan bütün know-how mevcuttur²².

C. Televizyon Programı ve Televizyon Program Formatı Kavramı

Televizyon programı ile program formatı kavramları genellikle yanlış bir anlayışın tezahürü olarak karıştırılmaktadır. Televizyon programı belirli içeriklerin kamuoyuna veya seyircilere TV, uydu ve kablolu TV veya benzer teknik araçlarla ulaştırılmasıdır²³. Bir programın fikrî içeriğini bünyesinde barındıran televizyon program formatlarından farklı olarak televizyon programları, sözkonusu format temelinde meydana getirilen maddi, nihai bir ürünü oluşturur²⁴. Yayın²⁵ olarak da anılan televizyon programları içerik

¹⁹ Formatı oluşturan hususlarla ilgili olarak bkz. Voll Erwischt kararı LG Mainz, karar için bkz. LAUSEN, 122 vd.

²⁰ HEINKELEIN, 15; LANTZSCH, 139; SPACEK, 45.

²¹ SPACEK, 45; HOLTSMANN, 45; HEINKELEIN, 15.

²² SPACEK, 45; HEINKELEIN, 15.

²³ HEINKELEIN, 10 ve dpn. 84; SPACEK, 29; 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 3. maddesinde TV yayını “elektromanyetik dalgalar ve diğer yollarla halkın doğrudan alması amacıyla yapılan, hareketli veya sabit resimlerin sesli veya sessiz kalıcı olmayan yayını” ifade eder şeklinde bir tanım yapılmıştır. Kabul tarihi 13.04.1994, RG. 20/04/1994, 21911. Ayrıca bkz. KAYA/VAROL/OKUTAN, 425, 496.

²⁴ Televizyon programı ve program formatı arasındaki fark basit bir örnekle ifade edilecek olursa; bir TV program formatı değişik bir pasta tarifine benzetilirse, TV programı da bu tarife göre üretilecek farklı farklı bütüncül bir pastadır veya

bakımından haber, müzik, film, konuşma, röportaj, açık oturum, yarışma, bulmaca, eğitim-öğretim, spor karşılaşmaları ve her türlü eğlence programı niteliğini taşıyabilir. İçeriği itibariyle eser niteliğinde olma şartı aranmaksızın²⁶

bu tariftten üretilebilecek münferit kurabiyelere benzetilebilir. Bkz. **SPACEK**, 29.

²⁵ Radyo-televizyon yayını, tüm toplumun haber, eğitim ve kültür gereksinmelerini karşılamak üzere, tüm toplum için, belirli bir bölgede, özel alıcı cihazlar aracılığıyla kişisel ya da topluca, aynı anda, dolaysız olarak ve düzenli biçimde izlenmesini sağlamak üzere, o ülkedeki yerleşik kurallara göre, kendisine Devletçe yetki verilmiş olan bir kuruluş tarafından yukarıda belirtilen türlerdeki program bütünü olarak tanımlanabilir (bkz. **BEŞİROĞLU**, 393 ve aynı sayfadaki dpn. 23). Yayın kavramıyla ilgili olarak kanunlarda (Roma Sözleşmesi md. 3/f, 3984 sayılı Kanun md. 3/b, Komşu Haklar Yönetmeliği md. 4/g) yayının halka ulaşmasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla kamuya ulaşmayan yayınlar örneğin İngiltere’de bulunan bir vericinin herhangi bir uyduya veya bu uydunun Türkiye’deki herhangi bir radyo-televizyon kuruluşuna gönderdiği her yayın fikrî hukuk bakımından korunmaz. Burada doğrudan yayın uydularından yapılan yayınlarla ilgili bir şüphe yoktur. Zira bu uydulardan yapılan yayınlar doğrudan doğruya kamu tarafından alınabilmektedir. Noktadan noktaya yayın yapan uydularla dağıtım uydularından yapılan yayınlarda bu yayının kamuya ulaşım ulaşıp ulaşmadığına bakılır. Yayın kamuya ulaşıyorsa korunur. Şifreli yayınlarda ise şifre çözücü (dekoder) vasıtasıyla yayını almak mümkün olduğundan kamuya ulaştığı kabul eidir ve fikrî hukuk koruması mevcuttur. Bkz. **ARKAN**, 174.

²⁶ Bir programın bağlantılı hak kapsamında hukukî korumadan yararlanabilmesi için özgün olması gerekmez (bkz. **ATES**, 230). Ancak aksi görüşe göre, eserin olmadığı yerde eser sahibinden ve onun bağlantılı hakkından söz edilemez. Zaten radyo ve televizyonda yayınlanan birçok program eser niteliğindedir. Zira FSEK. md. 2/1’e göre “herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler” ilim ve edebiyat eseri kapsamında koruma altına alınmıştır. Bu eserlere örnek olarak özel konuşmalar, nutuklar, skeçler, oyunlar, reklam veya ilan metinleri, tarifeler, rehberler ve radyo televizyon yorumları verilmektedir. Keza FSEK.’te sinema eseri kategorisi oldukça kapsamlı tutulmuştur. Dolayısıyla sahibinin hususiyetini taşıyan bir filmin sinema eseri kategorisine girmemesi çok istisnai durumlarda mümkün olabilir. Öyleyse yayınlanan müzik eserleri, klipler, sinema filmleri, diziler, siyasal, toplumsal, kültürel ya da eğlendirici nitelikteki programlar veya açık oturumlar, yarışma programları birer eser niteliğindedir. Burada sorun eser niteliği taşımayan haber bültenleri, spor programlarında ortaya çıkabilir. Bunların eser niteliği kabul edilmese bile FSEK. md. 84’e göre korunmaları mümkündür. Bkz. **ARKAN**, 175, 176, 177.

bu tür programlar üzerinde radyo-televizyon kuruluşlarının²⁷ bağlantılı hak sahibi oldukları kabul edilmektedir²⁸. Bu tür programlar bağlantılı hak (FSEK. md. 80) kapsamında korunmaktadır²⁹.

²⁷ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun md. 3/s'e göre yayıncı: Kamu tarafından izlenmesi için radyo, televizyon program ve veri hizmetleri tertip eden ve ileten veya değişiklik yapılmadan ve tam olarak üçüncü tarafa iletilmesini sağlayan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (bkz. **KAYA/OKUTAN/VAROL**, 427). Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 2 nci maddesinde de Radyo ve Televizyon Yayıncısı tanımlanmıştır. Buna göre, yayıncı tüm toplum tarafından izlenmek amacıyla program hizmetlerini oluşturan ve ileten ya da bu program hizmetlerini değişiklik yapılmadan ve tam olarak üçüncü kişiler tarafından iletimini sağlayan gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmıştır (bkz. **KAYA/OKUTAN/VAROL**, 973; **BEŞİROĞLU**, 393 ve aynı sayfadaki d.p.n. 23). Ancak 11 Eylül 1998 tarihinde bu sözleşmenin bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Değiştirilmiş Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Konvansiyonu madde 3'e göre "Yayıncı" tanımı aşağıdaki şekilde olacaktır: "Yayıncı", genel kamu tarafından alınacak televizyon programı hizmetlerinin düzenlenmesinde editör sorumluluğuna sahip olan ve bunları ileten veya tamamen ve değiştirilmeden bir üçüncü tarafça iletilmelerini sağlayan gerçek ya da tüzel kişi anlamına gelmektedir". Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi (ECTT) üzerinde Taslak Hazırlama Grubu (T-TT-GDR) tarafından yapılan değişiklikleri içeren 4 Eylül 2008 tarihli Taslak Sözleşme Metni madde 2/h'e göre "Yayıncı", TV yayınları konusunda bir medya servisi sunucu anlamına gelmektedir. Bkz. http://www.rtuk.gov.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=6ffe14c0-2076-42e0-a6f3-78fe1f586dc2. Bu taslak metinde sözleşmenin adı "Avrupa Sınır Aşan Audio Visual Medya Servisleri Anlaşması" şeklinde değiştirilmiştir.

²⁸ **ARKAN**, 175; **APAYDIN**, 96; **BAYGIN**, 320; **ATES**, 230; **TEKİNALP**, 264; **ATES**, Eser, 400.

²⁹ Radyo-televizyon programları birçok şekilde meydana gelebilir. Şöyle ki: Radyo-televizyon kuruluşları eser meydana getirmek için bazı kişileri istihdam ederek onlara yayınlanmak üzere eser yaptırabilirler. Bu durumda FSEK. md. 18/2'e göre meydana gelen eser üzerindeki malî hakları kullanma yetkisi radyo-televizyon kuruluşuna ait olur. Bunun dışında radyo-televizyon kuruluşları bir başkasının meydana getirdiği eserin yayınlama (malî) hakkını devralarak ya da buna ilişkin lisans alarak söz konusu eseri yayınlatabilir. Bir icracı sanatçıyla yapılan anlaşma sonucu ona ait icrayı örneğin bir konseri önceden tespit ederek veya canlı yayınlatabilir. Son olarak da bir başkasının ses veya görüntü taşıyıcısına kaydettiği bir eseri veya icrayı ondan izin alarak yayınlatabilir. Bütün bu hallerde radyo-televizyon kuruluşunun yaptığı yayın üzerinde bağlantılı hak sahibi olduğu kabul edilmektedir (bkz. **ARKAN**, 177; **EREL**,

Televizyon programlarının yapım süreci farklı aşamalardan oluşmaktadır. Önyapım çalışmaları, teknik hazırlıklar, çekim aşaması ve çekim sonrası aşamalar şeklinde sınıflandırma yapmak mümkündür³⁰. TV programları bu aşamaların en son, tamamlanmış halidir. Programların temelinde programa esas teşkil eden fikirler vardır. Bu fikirler, üzerlerinde daha detaylı çalışmalar yapıldıktan sonra program formatı haline dönüşürler. Bir fikrin program formatı haline gelebilmesi için makul denebilecek ölçüde kısa olması, programın genel havasını yansıtması gerekir. Ayrıca programın zaman, mekân ve karakterlerine ilişkin konularda tatminkâr bilgiler vermelidir³¹. Program formatları yazılı metin halinde ise senaryo ile de karıştırılabilir. Senaryodan farklı olarak formatlar için belli bir şekil sözkonusu değildir³². Formatın nasıl yazılacağı ve sunulacağı tamamen format yazarının inisiyatifindedir. Televizyon programlarının başlangıcı program fikridir. Bu fikir format haline dönüştürüldükten sonra

179, 180; **BAYGIN**, 320; **TEKİNALP**, 264). Yayın kuruluşlarının yalnızca kendi ürettikleri programları yayınlamaları halinde bağlantılı hak sahibi sıfatını kazanabileceği görüşü için (bkz. **ARKAN**, 177 deki dpn. 670).

³⁰ **HART**, (Çev. ERDAMAR), 18; **GÖKÇE**, 77 vd.; **ÖNGÖREN**, 269; **CERECİ**, 107, 108, 109; Televizyon dizi programlarının yapım süreci ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. **MUTLU**, 213 vd.

³¹ Formatın konusu seyirciler için ilgi çekici olmalıdır. Konu program süresini doldurabilmelidir. Konu hangi tür izleyicilere hitap edecektir ve bu hedef izleyici kitlesi için en uygun zaman hangisidir sorularının cevaplandırılması şarttır. Formatta programın süresinin belirlenmiş olması önemlidir. Ayrıca formatta seçilen konunun tv programına dönüştürülebilir nitelikte olması gerekir. Konunun programlaşması halinde ulaşılmak istenen amacın belirlenmiş olması lazımdır. Bkz. **GÖKÇE**, 78.

³² **KELSEY**, (Çev. DÜZGÖREN), 88. Aslında televizyonda senaryo denildiği zaman oldukça karmaşık bir alana işaret edilmiş olur. Çünkü çok az televizyon programı bir senaryonun yapısal ve anlatsal özelliklerine sahiptir. Bu özelliğe sahip televizyon programları da aslında sinema için çekilmiş olan ve sonradan televizyonda yayınlanan filmler, televizyon filmleri veya diziler, seriyaller, bazı komedi ve güldürü programları gibi dramatik anlatılardır. Bunun dışında başta dramatik belgeseller olmak üzere belgesellerde de senaryodan söz edilebilir. Bazı reklamlarda da senaryonun yapısal özellikleri görülebilir. Bkz. (**CELENK**, 93 ve bkz. aynı sayfada 54 no'lu dipnot).

treatment³³ ile daha ayrıntılı bir özellik kazanır. Treatment safhasından sonra senaryo ile en ince ayrıntılara kadar konu yazılmış olur³⁴.

II. Format Türleri

Televizyonda yayınlanan programlar dizisi genellikle bilgilendirme veya eğlence türlerinden biri ya da diğerine giren veya ikisini bir araya getiren programlardır. Bu tür programlara yakından bakıldığında katı bir formata dayanarak oluştuğu ve bir bölümden diğerine değişen şeyler programın teması, farklı konuk ve katılımcılarla sınırlıdır. Yani pek çok show-eğlence ya da bilgi ağırlıklı haber-tartışma programlarının bir kez geliştirildikten sonra programın formülünü, süresini ya da kalıbını kesin çizgilerle belirleyen bir formata dayandığı görülmektedir³⁵.

Kural olarak program formatı kavramı altında, televizyon show formatı ve televizyon dizi formatı ele alınabilir³⁶. Örneğin macera ve kriminal hikâyeler ya da sosyal ve ailevi konular gibi fikrî ürünler TV dizi programlarıyla iletilirken sahnelenmiş eğlenceler TV show programlarıyla sunulmaktadır³⁷. Diğer bir ifadeyle televizyon dizi ve show programları farklı alanlarda yayın akışı sunarlar. TV dizileri kendi içersinde inandırıcı ve mantıklı olması gereken ve belirli koşulları gözönünde tutan ikinci bir gerçeklik³⁸ ortaya çıkarır. Buna karşılık TV show programları ise daha güçlü bir şekilde izleyicinin gerçekliği ile

³³ Treatment; sahne başlıklarını vererek konuyu sahne sahne tanımlayan ayrıntılı sinopsis(format)dir. Bazı televizyon yazarları konunun ana fikrini anlatmakta yararlı olacağını düşündüklerinde treatment'a birkaç replik de koymaktadırlar. Bkz. **KELSEY**, (Çev. DÜZGÖREN), 282.

³⁴ Herhangi bir konunun TV programı haline gelebilmesi için gereken safhalar, Program Fikri/ Program Formatı/Treatment/Senaryo şeklinde formüle edilebilir. Bkz. **HEINKELEIN**, 293.

³⁵ **ÇELENK**, 94.

³⁶ **SPACEK**, 27. Aynı zamanda Taxi-TV isimli kararda (OLG Düsseldorf WRP 1995, 1032, 1034) ilk olarak format terimiyle ilgili ayrıntılı olarak ihtilaf teşkil eden format türlerinin yayımlanma şekli arasındaki farklılıklar ele alınmıştır. Program format türleri için bkz. **LAUSEN**, 16, 17.

³⁷ **LITTEN**, 2; **HEINKELEIN**, 11; **LUHMANN**, 97, 111; **SPACEK**, 27.

³⁸ Televizyon programları içerikleri bakımından "Fiktional" (hayali, kurgusal) ve "Nonfiktional" (hayali, kurgusal olmayan, gerçekçi) olmak üzere iki kategoride ele alınabilir. Fiktional (fiction) yayın içeriği daha ziyade hayali, uydurma konulardan oluşur. Fiktional programlara "dizi programları" ve "uzun metrajlı filmler" örnek verilebilir. Nonfiktional yayın içeriği ise hayali olmayan, gerçekçi (fiktional olmayan) konulardan oluşmaktadır. Bu tür nonfiktional programlara ise show programları (talkshow, yarışma programları) ve haber programları gibi örnekler verilebilir. Bkz. **HEINKELEIN**, 11, 12.

bağlantılı olan ikinci bir özel bir gerçeklik ortaya çıkarırlar. Bu özel gerçeklikten izleyicinin beklediği şey onun gerçekliğine ilişkin inandırıcılıktır³⁹. Bunların yanı sıra haber, spor, kadın, kültür, eğitim vb. gibi televizyon programları da mevcuttur. Ancak uygulamada genellikle formatları taklit edilen programlar show ve dizi programları olduğundan bu çalışmada da daha ziyade bu tür programlar incelenmiştir.

A. Show Programı Formatı

Televizyon show program formatlarında (Showformat) genellikle programın ismi ve show fikri çerçeve unsurlardır. Ayrıca yarışma türündeki show programlarında oyunun kuralları, talk showlarda ise konuşma konsepti, programın sunum tarzı ve sahne dekorları çerçeve unsurlar olarak dikkat çekmektedirler. Örneğin “Kim 500 Milyar İster” adlı yarışma programının çok kesin bir formülü vardır ve yeni olan tek şey her bölüm için hazırlanan farklı sorulardır. Soru bankasını oluşturan bir ekip bulunur. Bunun dışında sunucunun her yarışmacıyı tanıtmak için sorduğu sorular ve yarışmacının soruyu cevaplama süresini dolduran diyaloglar vardır. Bu tür yarışma programlarının bazılarında sunucu ve yarışmacılar arasında yapılan özgün espri ya da diyaloglar için farklı seçeneklerde sunucu replikleri yazılabilir. Ayrıca yarışma programlarındaki oyun kuralları, TV showunun yapısı ve seyri, program süresi ve bölümleri, sunumların türü ve sırası, sahenin şekillendirilmesi, fon müziği, program sunucusunun programı sunma tarzı ve tipi, seyircinin kafasında orjinal fikirler ortaya çıkaran vurucu ifadeler listesi⁴⁰ ve stüdyoda bulunanların ve tv izleyicilerinin⁴¹ rolü gibi unsurlar da zikredilebilir. Televizyon show programı formatları düzenli olarak bir stüdyo içerisinde kaydedilir veya canlı yayınlanır. Genellikle de stüdyo dışındaki harici unsurlar kaydedilmez.

B. Dizi Programı Formatı

Televizyon dizi programı⁴² formatları (Serienformat) dizi programının isminin yanısıra özellikle ana karakterlere, olayın ana hatlarına ve coğrafi arka plana ilişkin çerçeve unsurlar niteliğinde veriler içermelidir. Ancak bu unsurlar

³⁹ LUHMANN, 101, 112; SPACEK, 27.

⁴⁰ DEGMAIR, 205; SPACEK, 27.

⁴¹ FEY, Was ist ein Format?, 11; REBER in VON HARTLIEB/SCHWARZ, Kap. 39 N 1; SPACEK, 27.

⁴² Televizyon dizi programı, aynı ana karakterler, bazen sürekli bir ortak mekân paydasına dayanan ama birbirinden farklı olay dizilerinden oluşan dramatik anlatılar bütünü ifade eder (bkz. MUTLU, 197). Bu bütünü meydana getiren bölümlerin her biri küçük bir televizyon oyunu ya da filmidirler ve kendi içlerinde eksiksiz bir bütün oluştururlar. Bir bölüm sona erdiğinde o bölümün olaylar dizisini harekete geçiren sorunlar çözülmüş sonraki bölüme sarkacak hiçbir pürüz kalmamıştır. Bkz. MUTLU, 197.

birden akla gelen fikir şeklinde belirtilmemeli bilakis açık bir şekilde ortaya konulmalıdır. Örneğin ana karakterlerin ruhsal durumu, geçmişi ve eğitimi ile ilgili ayrıntılı bilgiler gereklidir. Program formatının muhtevası ana karakterlerin macera ve yaşantılarının niteliğini dile getirebilir. Ayrıca format ana karakterlerin kendilerine verilen vazifelerin üstesinden geliş şekillerini de tanımlayabilir⁴³.

TV dizileri ayrı ayrı bölümlerden oluşur. Bu bölümlerin her biri kendi içersinde farklı ve benzersizdirler. Buna karşılık, bölümler içersinde birtakım unsurlar vardır ki tüm bölümlerde aynıdır ve her bir bölümde bu unsurlara temel olarak yer verilir⁴⁴. Burada, belirlenmiş karakterleriyle ve davranış tarzlarıyla aktörler dikkat çeker ya da olayların geçtiği yerler (coğrafi arka plan ve olay atmosferi) dizinin temelinde yatan konu ve müziğin uyarıcı bir tonda kullanılması da önem arzeder⁴⁵. Ayrıca aktörler kendileri için yazılan karakterle ve davranış tarzları ile film formatının ön planında dururlar. Bunlar mevcut bölümün ya da bir sonraki bölümün sabit parçalarıdır. Ayrıca dizi formatının öne çıkan elementleri arasında sahne ve dizinin temelini oluşturan konu da sayılabilir.

Yukarıda bahsedilen program format türleri ile televizyon program türleri⁴⁶ arasında farklılıklar olmasına rağmen program formatlarını oluşturan

⁴³ TV dizi programlarının özellikleri şu şekilde sayılabilir: Her hafta hikâye aynı ya da benzer bir dekorda tekrarlanır. Hikâyeler her bölümde birbirini andıran bir kalıp içinde gelişir. Dizi programlarının kısa sürede ve ekonomik bir bütçeyle hazırlanmasına dikkat edilir. Bkz. ÖNGÖREN, 243, 244.

⁴⁴ MORAN, 13; SPACEK, 27.

⁴⁵ LAUSEN, 17; LITTEN, 20; PETERS, 73 N 57; SPACEK, 27.

⁴⁶ Program format grupları arasında televizyon show programı ile televizyon filmi arasındaki farktan kaynaklanan değişik semboller sözkonusu olabilir. Bu durum bir format konusunun temel fikri için de sözkonusu olabilir. Örneğin “Kim 500 Milyar İster” gibi show formatlarında söz konusu olan şey, sorulan sorulara verilen doğru cevap paralelinde para kazanılması iken, “James Bond/07” gibi film formatında söz konusu olan şeyse İngiliz casusunun macera dolu yaşamıdır (bkz. SPACEK, 27). Meselâ Atv’de yayınlanan ana haber programının formatı için çarpıcı sembol “Haberin Merkezi” ifadesidir ki bu ifade Atv tarafından Show TV’ye karşı açılan dava da ileri sürülmüştür. Bu nedenle “Haberin Merkezi” ifadesi bu programın formatı için en cazip sözlü sembol olmuştur. “James Bond/007” film formatının en cazip sembolü de aynı şekilde sözlü olan bir semboldür. Bu programın sembolü olan sözlü ifade de, başrol oyuncusunun kendisini her bölümde “Benim Adım Bond, James Bond” şeklinde ifade etmesidir. Aynı zamanda her formatın mekân olarak çerçevesi de birbirinden çok farklı olabilir. Show programı formatlarında büyük ölçüde sahne şeklindeki kulisler kullanılmaktadır. Ancak televizyon eserleri

unsurlar (Eizelementen eines Sendeformats) arasında bir uyum olduğu söylenebilir. Bu uyuma başlık, sembol, jenerik müziği, konuya ilişkin fikirler ya da kişisel rol dağılımları örnek olarak verilebilir. Bu sayılan hususlar format grupları içinde benzer tarzda bir ifadeye denk gelmektedirler.

Televizyon show ve dizi programlarında karakterlerden bağımsız olarak değişmeyen ve kendini ifade eden bir format sunulmaktadır. Formatın içeriğini oluşturan unsurlar her bir bölümün devamı niteliğinde olduğundan program formatları içi boş bir taslaktan daha fazlasını ortaya koymaktadırlar. Program formatları, bir televizyon programının bireyselleşmesini sağlamaktadır. Bu nedenle formatlar televizyon programının başarılı olup olmamasında da etkin rol oynamaktadırlar. Program formatı, televizyon program türlerinden bağımsız olarak birçok unsurdan meydana gelir. Burada kullanılan unsurların korunmaya değer olup olmadıkları da önemlidir. Başlık, arka fon müziği ve kullanılan dekor⁴⁷ örnek verilebilir. Ancak tanım gereğince televizyon programları program formatının birçok parçasından oluştuğundan, format bir program için sadece fikir üzerine indirgenemez. Bir defaya mahsus ve tekrarlanmayan seyirler ya da hadiseler format içersinde ele alınmaz. Yani program formatı ayrıntılı bir şekilde programı hayata geçirmektedir.

III. Program Formatı, Treatment ve Senaryo Arasındaki İlişki

A. Genel Olarak

Program formatı metni, bir defaya mahsus olmayan dizi halinde olan unsurları aktararak televizyon programını karakterize eder. Örneğin “Kamera Şakası” adlı programın formatı için bu durum değişkenlik arzedeabilen ve format metninin konusu olmayan unsurların gizli kamera ile kayda alınması anlamına gelir. Başarılı bir program formatı genellikle kendisinden bir çok serinin üretilmesi ile tanımlanır⁴⁸. Bundan dolayı somut olayların sahneye taşınması basit bir üretim olur. Detaylara nasıl inilmesi gerektiği ve sahnelerin format metni yönünde nasıl kanalize edilmesi gerektiği bizatihi bu işlemlerin uygulamaya konulmasıyla ortaya çıkar.

formatlarında mekân olarak hastane ya da bir çiftlik gibi (dallas) gerçek fiziki ortamlar daha yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Bu farklılığa en son olarak bireysel rol dağılımı örnek olarak verilebilir. Televizyon show formatının sürekli bir ya da daha fazla oyuncu/aktör tarafından karakterize edilmesi sözkonusu iken televizyon film formatlarında genelde daha fazla oyuncular/aktörler söz konusu olur.

⁴⁷ **HEKER**, BGH GRUR 1986, 458.

⁴⁸ Bunun asgari seviyesi ile ilgili olarak “bir fikirden en az altı, ama en iyisi oniki değişik bölüm üretebileceği konusunda tatmin olduktan sonra artık bir format yazılmasına ihtiyaç var demektir” bkz. **KELSEY** (Çev. DÜZGÖREN), 88.

B. Program Formatı ve Treatment

Treatment; bir program için mevcut olan, önerilen veya yeni bulunan bir fikir, düşünce veya konunun geliştirilerek kâğıt üzerine yazılması demektir⁴⁹. Treatment senaryonun temelidir. Ancak yazım tekniği bakımından senaryo gibi yazılmaz. Program formatı sadece program konusu bakımından önemli olan hususları tasvir ederken, treatment bu tasvir edilen hususları geliştirmeli ve derinleştirmelidir⁵⁰. Program formatının geliştirilebilmesi için treatment kapsamında optik görüntü tasnifi, içerik ve fikirsel derinliğe göre sabitleşen açıklamalar, tamamlamalar ve genişletmeler mevcuttur⁵¹. Treatment program formatının genişletilmesi için bireysel ve yaratıcı faaliyetler içermelidir. Ayrıca treatment'ın formatın ince ayrıntılarıyla organik bağı devam etmelidir. Diğer bir ifadeyle treatment formattan beslenmelidir⁵². Netice itibarıyla treatment, bir program formatının daha kapsamlı, detaylandırılmış ve canlandırılmış halidir.

C. Senaryo ve Program Formatı

Senaryo, filmin veya programın sahne sahne bütün ayrıntılarıyla tanımlanmış metnidir. Çekim metni şeklinde de ifade edilir⁵³. Bir televizyon

⁴⁹ **HART**, (Çev. ERDAMAR), 37. Aynı yazara göre treatment, program siparişi verenin (müşteri) yapımcının düşüncesini, yapıma nasıl yaklaştığını, programın ekranda nasıl görüneceğini tahmin etmesine de yaramaktadır bkz. **HART**, (Çev. ERDAMAR), 37.

⁵⁰ **BRELOER**, 19; **GUTBROD**, 562; **LAUSEN**, 22; **KATZENBERGER**'in görüşü için bkz. **SCHRICKER**, Urheberrecht § 88 Rdnr 17. **HARTLIEBE** § 48 Rdnr 5; Farklı görüş için **HERTIN** in **FROMM/NORDEMANN**, Urheberrecht § 88 Rdnr. 4; aynı şekilde **BOHR**, 18. aynı şekilde **ARZT**'in görüşü için bkz. **MÖHRING/NICOLINI**, § 88 Rdnr. 2.

⁵¹ **IROS**, 50; **LAUSEN**, 22. Bir treatment yazmak için kullanılacak başlıklar şunlardır: 1. Konu ile ilgili fikir veya özet. 2. Programı izleyecek hedef seyirci kitlesi. 3. Program yapım tarzı. 4. Yaratıcı yaklaşım. 5. Yapı ve İçerik 6. Storyboard 7. Teknik 8. Belgeler 9. Bütçe (bkz. **HART**, (Çev. ERDAMAR), 38).

⁵² **IROS**, 50; **LAUSEN**, 22.

⁵³ **KELSEY** (Çev. DÜZGÖREN), 280. Televizyonlarda dizi, eğlence, show programlarında diyaloglar önceden hazırlanmış metinlere bağlı olarak yaratılırlar. Dolayısıyla televizyonlarda yaratıcı boyut azımsanmayacak bir hacimdeki programlar bakımından yazılı bir metnin ortaya çıkarılışındaki bir yaratıcılığın konusudur. Televizyon metni ya da senaryo olarak adlandırılan bu metinler “edebi metin” ya da “çekim senaryosu” gibi teknik metinler olabilir. Ancak televizyon metni veya senaryo daha yakından değerlendirilmesi gereken gerek edebi gerek teknik metin anlamında edebiyat ve sinemadan farklılıkları temelinde düşünülmesi gereken metinlerdir. Bkz. **CELENK**, 93, 94.

senaryosu sadece dış seslerden veya diyaloglardan ibaret değildir. Başarılı bir senaryo kayıt işlemleri için gerekli olan tüm çalışmaları, münferit sahne unsurlarını ve kamera kurulumu için gerekli olan bütün verileri içermelidir⁵⁴. Senaryoda resimlerin, görsel ve işitsel unsurların ve müzik tonlarının kompozisyonu şeklinde filmin genel akışı yazılır. Senaryo bütün tekstleri ve diyalogları içerir. Bu diyaloglarda eylem gidişatı, sahnenin ve aktörün donatılması, kostümlerin hazırlanması, maskelemelerin yapılması ve aktörlerin jest, mimik ve rollerine ilişkin bütün detayların tasviri mevcuttur. Ayrıca müzikal olarak çerçeveleme, canlandırma, vurgulama (söylenecek olan ifadeler) ve arka planlardaki sesler (kulis arkası sesler), kameranın yürütülmesine ilişkin direktifler ve münferit görüntü ayarlarına ilişkin talimatlar da senaryonun kapsamına dâhildir⁵⁵. Edebi bir şekilde bunların kaleme alınması hazırlıkların son basamağını oluşturur. Bir senaryo yazarının hem bir görselleştirici hem de bir sözcük ustası olması gerekmektedir⁵⁶. Senaryolar genellikle birbirine paralel iki sütundan oluşur. Soldaki sütunda izleyicilerin görebileceği unsurlar tanımlanırken sağdaki sütunda duyabileceği unsurlar tanımlanır⁵⁷.

D. Değerlendirme

Bir televizyon programının üretilmesinde format, treatment ve senaryonun geliştirildiği bir işlemler zinciri söz konusudur⁵⁸. Aynı zamanda her üç modelde de konu belli bir hikâyedir. Bu hikâyede ilk aşamadan son aşamaya kadar giderek somutlaşan bir özellik olduğu kabul edilir. Format, treatment ve senaryo her zaman sadece konu veya edebi bir model olarak ön plana çıkmaz. Daha ziyade film ya da televizyona özgü bir arayış sözkonusudur. Klasik anlamda format, treatment ve senaryoda ilk olarak bir hikâyenin ki, bu hikâye ana ve yan içerikleri ile birlikte ele alınır, usulüne göre kaleme alınması, diyalogların açıklanması, tasvir edilmesi ve yorumlanması söz konusudur. Buna karşın bir show format metni hikâye anlayışı içersinde ne bir karşılaştırılmış

⁵⁴ **HART**, (Çev. ERDAMAR), 54.

⁵⁵ **BOHR**, 1992, 121, 122.

⁵⁶ Senaryo yazarı sözcükleri düşünürken aynı zamanda görüntüleri de düşünmelidir. Bunun yanı sıra programın bütünün akışını, yapısını ve temposunu düşünmesi gerekir. Senaryo yazarı kullanılan sözcükler konusunda olabildiğince ekonomik davranmalıdır. Zira televizyonda zaman çok önemlidir. Genel bir kural olarak metin, saniyede iki kelimelelik bir tempoyla aktarılır. Dolayısıyla televizyonda bir dakikada yüz yirmi sözcük okunabilir. Senaryo yazmanın altın kuralı, olabildiğince az sözcük kullanmak ve metni basit tutmaktır. Bkz. **HART**, (Çev. ERDAMAR), 54.

⁵⁷ Örnek bir senaryo metni için bkz. **HART**, (Çev. ERDAMAR), 54.

⁵⁸ **v. GMM**, UrhG, § 2 Rdnr. 18; “StraBen, gestern und morgen” kararı bkz. BGH GRUR 1963, 40, 42; **LAUSEN**, 23.

eylem akışını ne de herhangi bir kaleme alınmış diyalogları içermektedir. Burada oldukça detaylara inilmiş ilişki noktaları ve aynı kalan yapılar tespit edilir. Aynı durum dizi formatlarında da vardır.

IV. TELEVİZYON PROGRAM FORMATLARININ FİKİR ve SANAT ESERLERİ KANUNU KAPSAMINDA KORUNMASI

A. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Koruma Konusu

FSEK.'in koruma konusu temel olarak eserdir⁵⁹. Alman Hukuku'nda UrhG. § 1'e göre eserin korunmasıyla birlikte eser sahibinin de korunması sonucu çıkmaktadır. Ancak FSEK. doğrudan eser sahibini korumamıştır. Burada korunan belirli bir eser bağlamında eser sahibinin ve üçüncü kişilerin eser üzerindeki malî ve manevî haklarıdır⁶⁰. Bu durum başka bir ifadeyle eser sahibine daha çok belirli bir eseriyle alakalı koruma sağlanmıştır şeklinde formüle edilebilir⁶¹. Buna göre bir program formatı eğer FSEK. çerçevesindeki eser kategorilerden birine giriyorsa FSEK. kapsamında korunabilir. Program formatlarının korunmasının hukukî temelini ilk planda FSEK. alanında araştırmak akla yatkın görünse de bazı şüphelerin mevcut olduğu da inkar edilemez.

Bir mahkeme kararında⁶², program formatlarının telif haklarıyla korunabilmesi imkânı bilinçli bir şekilde incelenmemiştir. Mahkeme söz konusu davada tarafların program formatları arasında az bir uyum olduğu gerekçesiyle telif hakkı ihlalinin olmadığına karar vermiştir. Bazı mahkeme kararlarında da bu meselenin rekabet hukuku çerçevesinde⁶³ incelendiği görülmektedir. Bu tür yaklaşımlar, program formatlarının telif haklarıyla korunması hususunda belli bir şüphenin olduğunu göstermektedir.

B. Program Formatı ve Eser Kavramı

FSEK. md. 1.B' de eser, "sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir

⁵⁹ Karşılaştırmamız UrhG. § 2 1. **HUBMANN/REHBINDER**, Urheber und Verlagsrecht, 8. Auflage 1995, 57; **SCHRICKER**, Urheberrecht Einl. Rdnr. 22; **LOEWENHEIM**'in görüşü için bkz. **SCHRICKER**, Urheberrecht § 2 Rdnr. 1.

⁶⁰ **SULUK/ORHAN**, 115; **TEKİNALP**, 145; **HIRSCH**, Fikrî Say II, 6.

⁶¹ "Emil Nolde" kararı BGHZ 107, 384, 390; "Der Nahe Osten rück naher" kararı BGH GRUR 1960, 346, 347; **LAUSEN**, 25.

⁶² LG. Köln, Az. 28 0440/95 bkz. **LAUSEN**, 120; **LITTEN**, 11.

⁶³ OLG. Düsseldorf, WRP 1995, 1032; OLG Hamburg, ZUM 1996, 245; OLG München, NJW-RR 1993, 619; LG Hamburg, Az. 315 0539/94 yayımlanmamış; LG München, Az. 7 018848/95 yayımlanmamış bkz. **LITTEN**, 11.

ve sanat mahsullerini” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Alman Hukuku’nda eser kavramı uzun bir süreden beri UrhG.’de de yer almaktadır. Ancak bu kavramın ana hatları belirsiz kalmıştır. Almanya’da 1965 tarihli yürürlükteki UrhG. önceki kanunların aksine bir eser kavramı tanımlaması içermektedir. UrhG. § 2’ e göre eser, kişisel fikrî yaratmalar şeklinde ifade edilmiştir. Bu yasal tanımlamada pratik değeri temel olarak sınırlanmış olan hukukî kavramın yoruma ihtiyacı vardır⁶⁴. Eser kavramı ana hatlarını ancak içtihat ve doktrin tarafından geliştirilen kriterlerle elde eder. Doktrinde ve yargı kararlarında ayrıntılara ilişkin birçok farklı görüş mevcuttur⁶⁵. Ancak buna rağmen doktrinde ve yargısal kararlarda bir ürünün FSEK. anlamında eser olarak kabul edilebilmesi için somut bir biçimde ifade edilen ve eser sahibinin bireysel zekası ile şekillenen fikrî bir içeriğin bulunmasının şart⁶⁶ olduğu konusunda görüş birliği vardır.

1) Program Formatı ve Fikrî İçerik

Telif haklarıyla koruma sadece insan zekâsının yaratıcı gücüyle meydana getirilmiş eserler için söz konusu olur⁶⁷. Hususiyet ilkesi bağlamında bir yazarın fikir ve duygu dünyasının eserde kendisini göstermesi gereklidir⁶⁸. Bu sebeple tamamen mekanik faaliyetlerin⁶⁹ sonuçları ve tesadüfen meydana gelen ürünler telif haklarıyla korunan eserler kapsamında sayılmazlar. Ancak tesadüfen de olsa bir fikrî ürün ortaya çıkmışsa eser varlığından söz edilebilir. Örneğin bir ressamın fazla sulu bıraktığı boyanın akmasının non-figüratif bir

⁶⁴ **HUBMANN/REHBINDER**, 81; **SCHULZE**, GRUR 1984, 401, 403; **LITTEN**, 13. **FROMM/NORDEMANN/VINCK**, § 2 UrhG, Rz. 2; **LITTEN**, 13.

⁶⁵ Bu görüşlerle ilgili daha geniş açıklamalar için bkz. § 3 I., II.

⁶⁶ **FROMM/NORDEMANN/VINCK**, § 2 UrhG, Rz. 2; **LITTEN**, 13; **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 2 UrhG, Rz 3; **HEKER**, 20, 21; BGH, GRUR 1962, 51, 52; KG, UFITA 17 (1964), 62, 69; OLG München, ZUM 1989, 588, 590.

⁶⁷ **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 2 UrhG, Rz 7; **LITTEN**, 13. İnsan dışında başka bir canlının, mikroorganizmaların veya doğanın meydana getirdiği bir netice örneğin zamanla oluşan kapadokya bölgesindeki peri bacaları bir sanat eseri sayılamaz çünkü fikrî bir ürün değildir. Bu bağlamda bkz. **TEKİNAY**, 105; **FROMM/NORDEMANN/VINCK**, 12; **SCHACK**, 156; **SCHLATTER** in **LEHMANN** Kap. III, 91; **SCHRICKER**, 56.

⁶⁸ **FROMM/NORDEMANN/VINCK**, § 2 UrhG. Rz. 10; **LITTEN**, 13.

⁶⁹ Bu husus tartışmalıdır. Örneğin bilgisayar ile çizilen resmin, grafiğin, desenin veya müziğin eser sayılıp sayılmayacağı konusunda görüş birliği yoktur. Seçeneklerin makina tarafından belirlendiği ve makinayı kullanan herkesin aynı sonucu alabileceği durumlarda eserden söz edilemez (bkz. **TEKİNALP**, 106).

tabloda oluşturduğu netice, eser olarak kabul edilmektedir⁷⁰. Fikrî içerik, eser türüne göre farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Sözlü eserlerde fikrî içerik bir yandan ortaya konan düşüncelerin şekillenmesinden ve idaresinden diğer yandan da konunun toplamından, bölümlerinden ve düzenlenmesinden ortaya çıkabilir⁷¹. Kural olarak program formatları da bir fikrî içeriğe sahip olabilirler. Çünkü program formatları teorik olarak sınırsız sayıdaki dizi ya da show programı bölümlerinin içeriksel temel yapısını belirlemektedirler. Ayrıca program formatları televizyon programlarını meydana getiren yapı taşı niteliğindeki unsurları da şekillendirmektedirler. Bu nedenle program formatlarının fikrî içerikten yoksun olduğu ve dolayısıyla eser olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülerek telif hakları korumasından istifade etmesi engellenemez.

2) Program Formatı ve Soyut Fikir

Doktrinde program formatlarının korunmaması gerektiğini ifade eden yazarlar⁷² formatların soyut fikirlerden bir farkının olmadığı düşüncesinden hareket etmektedirler. Bir görüşe göre⁷³ program formatları salt bir fikir olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla salt fikirler FSEK. bağlamında herhangi bir korumadan yararlanamayacağı için program formatları da FSEK. anlamında korunamaz düşüncesi kolaylıkla kabul edilemez. Bundan dolayı burada program formatlarının salt fikirden farkı incelenmiştir. Fikrî içerik, belirli bir tarzda tespit edilmediği sürece soyut bir fikirden⁷⁴ öteye gidemez. İçtihatlardaki ve

⁷⁰ **TEKİNALP**, 106.

⁷¹ **BGH**, GRUR 1981, 520, 521; **GRUR** 1985, 1041, 1047; **GRUR** 1986, 739, 740; **LG Hamburg**, ZUM 1996, 980, 981; **LITTEN**, 13.

⁷² Bu anlamda bkz. **KOHL**, in **HALLENBERGER**, Neue Sendeformen im Fernsehen, 45, 47.

⁷³ **V. HAVE/EICKMEIER**, ZUM 1994, 269, 272; **W. SCHWARZ**, in Urheberrechtliche Probleme der Gegenwart, 203, 221.

⁷⁴ Fransa da besin sektöründe faaliyet gösteren bir firma bir reklam ortaklığından ürünleri için kampanya hazırlamasını istemiştir. Reklam ortaklığı bu konuda bağımsız şekilde çalışan bir fikir vericiye müracaat ederek müşterisinin tarif ve isteklerine uygun reklam bebek fikri vermesini istemiştir. Fikir verici şahıs da bunun üzerine bebek modelleri yapımında yetkili uzmanlara sipariş verir. Yapımcılar aldıkları siparişe göre üç bebek modeli hazırlar ve bazı örnekleri fikir vericiye gönderir. Bu arada yapımcıların ücretleri dahi ödenmeden taraflar arasında uyuşmazlık çıkar. Bu sırada bahse konu besin firması bebeklerden bir tanesini reklam malzemesi olarak kullanır. Bebek yapımcıları firma aleyhine açtıkları davada taklit ve haksız rekabete dayanan tazminat talebinde bulunurlar. Ticaret Mahkemesi fikir vericinin bebek yapımcılarına verdiği kesin ve ayrıntılı direktifleri kararına dayanak almıştır. Davacıların ancak fikir

doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, soyut fikirler⁷⁵, safi yöntemler, gösterim şekilleri ve tarzları telif haklarıyla korunamaz. Fikrî içerik daha ziyade somut bir üründe ifadesini bulmuşsa korunabilir⁷⁶. Bu durum şekillenmemiş soyut fikirler

vericinin isteklerine uyduklarını bu nedenle ortada ihtira hakkı, haksız rekabet ve bunun sonucu bir zarar ziyan konusu bulunmayıp yalnız istisna akdinden doğan bir ücret istemi davacılar yönünden geçerli olabilir gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Paris İstinaf Mahkemesi bu kararı bozmuştur. İstinaf Mahkemesi bu kararında “fikir, bizaatili fikir olarak hukuken himayeye mazhar olamayıp ancak bu fikrin müşahhas olarak gerçekleştirilmesi halinde bir hakkın mevcudiyeti düşünülebilir. Olayda her ne kadar fikir verici bebek yapımcılarına bazı yollar göstermişse de aslında dava konusu bebeklerin tek ve hakiki yaratıcıları imalcileridir” şeklinde hüküm vermiştir. İstinaf Mahkemesi davacıların taklide dayanan zarar ziyan talebini kabul etmiştir. Karar için bkz. **SENGİR**, 708, 709.

⁷⁵ “Davacı vekili davalı bankanın “taksitli alışverişler için özel kredi kartı/taksitcard” ismi ile bankacılık sektöründe yeni bir uygulama başlattığını, bu sistemin müvekkilinin 16.06.1995 tarihinde Yeni Yüzyıl Gazetesi’nde, “Tüketici Kredilerinde Faizleri Düşüren Bir Seçenek” başlığı ile yayımlanan makalesinde önerilen modelin aynısı olduğunu, bu sistemin kullanılması için fikrin yaratıcısı olan müvekkilinden izin alınmadığını, böylece FSEK.’dan doğan haklarına tecavüz edildiğini ileri sürerek maddi ve manevî tazminat hakları saklı kalmak üzere, davalının “Taksitcard” uygulamasının men’i ve ref’ini talep ve dava etmiştir. Davalı davanın reddini istemiştir. Yargıtay bu davada bir eserde bulunması gereken objektif ve subjektif boyutların davacının makalesinde bulunmadığını ve makalenin fikir hukuku kapsamında korunabilmesi için makaledeki fikirlerin soyut düzeyden çıkarılarak somutlandırılmış olması gerektiği, davacının makalesinin ise soyut-somut açısından sınırdı kaldığı gerekçesiyle davacı taleplerini reddetmiştir”. (Y. 11. HD. 12.11.2002, E. 2002/8058, K. 2002/10328 bkz. **BEŞİROĞLU**, 1232, 1233). Bir başka karar (Y. 11. HD. 21.03.2002, E. 2002/10697, K. 2002/2574 bkz. **BEŞİROĞLU**, 1228, 1229).

⁷⁶ Bkz. (RGZ 116, 292, 298; BGHZ 5, 1, 4; 18, 175; BGH, GRUR 1955, 598, 601; GRUR 1959, 251; GRUR 1963, 40,41; OLG HAMM, GRUR 1980, 287, 288; OLG Hamburg, ZUM 1996, 318; OLG München, ZUM 1990, 186, 190; **FROMM/NORDEMANN/VINCK**, § 2 UrhG, Rz. 1 vd.; **LITTEN**, 13; v. GAMM, Urheberrechtsgesetz, § 2 UrhG, Rz. 7; **HUBMANN/REHBINDER**, 82; **SCHRICKER/LOVENHEIM**, § 2 UrhG, Rz 20 vd.; **ULMER**, Urheberrecht, § 21; **HORNIG**, UFITA 99 (1985), 13, 24; **ATEŞ**, 32; **ARSLANLI**, 13; **BEŞİROĞLU**, 70; **EREL**, 32; **HİRSCH**, 130; **SULUK/ORHAN**, 119). Örneğin bir kişi teorisi kendisine ait olan bir konuşmayı yaptıktan sonra başkalarının bu konuşmayı tekrar etmelerine engel olamaz. Ancak bu kişi söz konusu konuşmayı yazılı hale getirmişse kendi

FSEK. hükümlerince korunamaz şeklinde ifade edilebilir. Örneğin⁷⁷ bir heykeltraş, Yunus Emre'yi bütün zamanların dışında göstermek için hiçbir tarihî döneme bağlanamayan bir kıyafet içinde yontacağını, Yunus Emre'nin eli ile sonsuz ufukları işaret edeceğini bir arkadaşına anlatsa, yazsa veya ses kayıt cihazıyla kaydetse heykel şekillenmedikçe bu düşünce eser olarak korunamaz. Çünkü heykelin nasıl olacağına ilişkin açıklama heykeltraşın hususiyetini yansıtmaz⁷⁸. Bu sebeple, kesin olarak belirli ve somutlaşmış ürünlerde Fikrî Hukuk koruması olabilmelidir. Soyut fikirlerin telif haklarıyla korunmaması telif haklarının sistematiğine hâkim olan hukuk politikalarına dayanmaktadır⁷⁹. Buna göre, fikirler üzerinde serbestçe tasarruf edilebilmelidir. Zira aksi halde bütün eser türleri ve sanat ürünleri diğer yapımcılar tarafından ulaşılamaz hale gelecektir ve böylece sanatsal yaratıcılık faaliyet alanı ile kültürel çeşitlilik büyük ölçüde sınırlanmış olacaktır⁸⁰.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için soyut fikirlerle somut ürünler arasında bir ayırım yapılmalıdır. Doktrinde soyut fikirlerin de korunması gerektiğini savunan yazarlar tarafından böyle bir ayırım yapılması eleştirilmiştir⁸¹. Özellikle film eserleri ve reklam fikirleri⁸² bağlamında bu fikir

hususiyetini taşıması kaydıyla bu yazı eser sayılacak ve hukukî korumadan faydalanabilecektir bkz. **SULUK/ORHAN**, 119 ve dnp. 13.

⁷⁷ Örnek için bkz. **TEKİNALP**, 101, 102.

⁷⁸ **TEKİNALP**, 101, 102. Bu durum kabul edilmiş olsaydı hayvanları insan şeklinde figürler olarak resmetme fikrini ilk ortaya koyan kişinin bu figürlerin geliştirilmesini yasaklaması mümkün olurdu. Ancak hukuk düzeni, kamunun menfaatini gözeterek ve kültürel ilerleme yararına hareket ederek insana benzeyen hayvan figürlerini tasarlama konusunda herkese izin verilmesi gerektiği düşüncesinde olmuştur. Bu konu ile ilgili olarak (bkz. **LITTEN**, 14).

⁷⁹ **SCHRAMM**, Schöpferische Leistung, 51; **LITTEN**, 14; Fikri Mülkiyet Hukuku'nun koruma alanlarıyla ilgili ülke hukuk politikası hakkında daha detaylı bir çalışma için bkz. **MEMİŞ**, Hukuk Politikası, 3 vd.

⁸⁰ BGHZ 5,1,4; **SCHRICKER/LOVENHEIM**, § 2 UrhG, Rz 25; **ULMER**, Urheberrecht, § 19, IV, 1; **LITTEN**, 14. Desbois, Droit d'auteur adlı eserinde "her bakımdan mükemmel ve hatta dahiyane dahi olsalar başkasına ait fikirlerin yayın ve kullanılmasına, telif haklarına esas olan birtakım kayıtlarla mani olunamaz. Aslında bunlar hakkında serbestlik esası caridir. Bu nedenle bu fikirler mülkiyet alanına girip hak konusu teşkil edemezler" demektedir (bkz. **SENGİR**, 711).

⁸¹ **HUBMANN**, UFITA 24 (1957), 1 ff; **MORGENROTH**, 16; **PASCHKE/KERFACK**, ZUM 1996, 498, 501; **WEY**, GRUR 1980, 501 ff.

⁸² **SCHRICKER**, Der Urheberrechtsschutz Von Werbeideen, 816; **SCHRICKER**, Werbekonzeptionen und Fernsehformate, GRUR. Int. 2004 Heft 11, 923, 924

temelinde eserin üretildiği ve fikrin eserin nüvesini oluşturduğu ve bu nedenle de özel olarak korunmaya değer bir varlık olduğuna dikkat çekilmiştir⁸³. Soyut fikirlerin telif haklarıyla korunması gerektiğini savunan yazarlarca yapılan eleştirilerde doğru olan husus, eserlerin temel bir fikir olmadan yaratılamayacağıdır. Ayrıca fikrin kendi içinde genellikle ticari bir değer oluşturmasıdır. Ancak hukuk düzeni her zaman bireylerin çatışan menfaatlerinin dengelenmesi konusunda çaba gösterir. Bunu yaparken de fikri serbest tasarrufa sunar ancak bu fikrin bir kişi tarafından somut ürün haline getirilmesine de koruma sağlar. Ancak soyut fikirle somut ürün arasındaki ayrımın hangi şekilde yapılacağı da diğer bir problemdir. Böyle bir ayrımın güçlüğü program formatlarının Fikrî Hukuk koruması kapsamında olup olmayacağı noktasında kendisini gösterir. Program formatları çok sayıda dizi ya da show bölümlerinin temelini oluşturduğundan belli bir dereceye kadar genel olarak izleyici kitle tarafından dikkatle takip edilen fikrî içeriğe sahiptirler. Bu içerik somut ifadesini ancak ayrı ayrı bağımsız bölümlerde bulur. Soyut fikirlerin korunamayacağından hareket edilerek, televizyon programlarının üretimi için program formatları temel fikirler niteliğindedir ve genel olarak da korunmaması gerekir şeklinde bir neticeye ulaşılabilir⁸⁴. Bu görüşe göre, aksi durumun kabul

vd.; **TEKİNALP**, § 10 N. 11. Reklam fikri reklamın veya reklam kampanyasının dayandırıldığı temel fikirdir. Ürün ya da hizmetin tüketiciye sağlayacağı yarar bu fikirde kısaca anlatılır ve reklamı oluşturan tüm unsurlar bu fikri destekler. Reklam fikirleri reklam kampanyalarının altında yatan soyut düşüncelerdir. Salt reklam fikrinin FSEH korumasından faydalanamayacağı doktrinde savunulmaktadır. Bununla birlikte reklam sektöründe fikirler özel bir önem arz ederler. Son zamanlarda özellikle reklam fikirleri bakımından ortaya çıkan uyumsuzluklar da dikkate alınarak reklam fikirleri fikrî mülkiyet hukuku koruması dışında kalır düşüncesinin bir slogan gibi benimsenmesine karşı çıkmıştır. Reklam fikirleri, reklam konseptleri ve reklam kampanyaları akıcı bir şekilde birbirlerinin içine girmiş durumdadır. Bu nedenle ne çeşit bir reklam fikrinden bahsedildiği ve somut olayda reklam fikrinin koruma dışı bırakılmasının yerinde olup olmadığı tartışılmalıdır. Reklam fikri söz konusu olduğunda salt düşüncenin eser olarak korunmayacağı yönündeki ilkeye istisna tanınması ve bu fikrin FSEK kapsamında korunması düşünülebilir. Yaratıcı bir fikrin üçüncü bir kişiye şekillendirilmesi amacıyla iletilmesi durumunda bu fikrin korunması gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. **İNAL/BAYSAL**, 115.

⁸³ Film fikri için bkz. **KOPSCH**, UFITA 16 (1944), 374, 377; **BRUGGER**, GRUR 1957, 325; **MÜLLER**, Filmidee, UFITA 15 (1940) 328; Reklam fikri için bkz. **İNAL/BAYSAL**, 114; **ARGUINT**, 102, **SCHAEFFER**, 33; **V. GAMM**, WRP 1970, 130; **SCHMİDT**, 86.

⁸⁴ **KOHL**, in **HALLENBERGER**, Neue Sendeformen im Fernsehen, 45, 47; **LITTEN**, 15.

edilmesi halinde bir show ya da dizi program formatları diğer yazarların erişiminden men edilmiş olurdu. Ancak böyle bir bakış açısının program formatlarının yüksek ölçüde yaratıcı faaliyet niteliğini gözardı etmesi nedeniyle isabetli olup olmadığı şüphelidir. Bu bakımdan program formatlarının kategorize olarak birden akla gelen fikir anlamındaki soyut fikir düşüncesinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle de kural olarak telif haklarıyla korunması gerektiği görüşü savunulabilir⁸⁵.

Program formatlarının soyut fikir olarak ele alınmasının önüne geçmek mümkün olursa telif hakları korumasından istifade etmesi sağlanabilir. Bunun için de formatların soyut fikrin somutlaşmış hali olduğunun ispatlanması gerekir. Soyut bir fikrin somutlaşması için gerekli olan kriterler belirlenirse bu durum daha da netleşir. Bundan dolayı bu çalışmada soyut fikirlerin ve somut ürünlerden ayırt edilmesi için kıstaslar geliştirilmeye çalışılmıştır.

3) Soyut Fikirlerin Somut Ürünlerden Ayırdedilmesi

a) Genel Olarak

Program formatlarının Fikrî Hukuk kapsamında korunup korunmayacağı sorunu bağlamında soyut fikir ve format arasındaki ayrımın ortaya konulması gerekmektedir. Zira formatların korunmasının reddedilmesinde temel gerekçe bunların salt fikir olduğu ve bu fikirlerin Fikrî Hukuk'da kesinlikle korunmamasıdır. Bu nedenle soyut fikir ve program formatı arasında fark var mıdır? Varsa bunlar nelerdir açıklanması gerekmektedir.

b) Fikir Kavramı

Fikir kavramı bilimsel çalışmalarda genellikle felsefi boyutuyla ele alınmıştır⁸⁶. Hukukî olarak çok sık incelenmiş bir kavram değildir. Fikir, Yunanca idea kelimesinden gelir ve kelime anlamı şekil, görünüm demektir⁸⁷. Fikir, yalnızca insanlara özgü bir yetenek sistemi, değerlendirme ve yargılama gücü olarak insanın en belirgin ve ayırıcı niteliğidir⁸⁸.

⁸⁵ V. HAVE/EICKMEIER, ZUM 1994, 269, 272; W. SCHWARZ, in Urheberrechtliche Probleme der Gegenwart, 203, 221.

⁸⁶ ELSTER, UFITA 8 (1935), 44; MULLER, Filmidee, UFITA 15 (1940), 328; SCHRAMM, UFITA 30 (1960), 129; LITTEN, 15.

⁸⁷ LITTEN, 15; HOLZPORZ, 29.

⁸⁸ BEŞİROĞLU, 68. Fikir kavramından “ne oluşan ne de kaybolan her zaman mevcut olan şeyi” anlayan Platon fikir öğretisinin babası sayılır. Platonun öğretisinden hareketle Aristoteles fikir anlayışını “dünyada görülebilen/mevcut olan şeylerin karşısı olarak geliştirmiştir”. Hubmann yunan filozoflarına dayanarak fikri “farklı görünüm biçimindeki özdeş içerik” olarak tanımlamıştır. Bkz. LITTEN, 15; RITTER/GRÜNDER, Bd. 4, 59 ff; HUBMANN, UFITA 24 (1957), 1, 4.

İçtihat ve doktrindeki hâkim görüş, fikri, şekillenmemiş soyut düşünce olarak anlamaktadır⁸⁹. Soyut düşüncenin eser yaratma sürecinin başlangıç noktasını oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu süreç içerisinde soyut düşünce giderek somut hale gelmekte ve tamamlanmış bir ürün şekline bürünmektedir. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku bakımından soyut fikrin şekillenme derecesine ne zaman ulaştığının belirlenmesi gerekir. Böylece yeterince somut bir üründen söz edilebilecektir. Fikirleri anlatan ses, söz ve davranışlar geçici araçlardır. Bunlarla ifade edilen fikirler biçim kazanmamışlardır. Bu araçlarla ifade edilen fikirler Fikri Hukuk korumasından yararlanamazlar⁹⁰. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku bir eserde ifade edilen fikirleri değil fikirlere verilen biçimleri korur. Diğer bir ifadeyle yaratıcı düşünceyi ifade etme gereksinimi sonucu başvuru ve sahibinin düşünce yapısının izlerini taşıyan biçimi yasal koruma konusu olarak düzenlemektedir⁹¹. Buna göre fikirlerin korunması için ilk ve temel unsur fikrin biçim kazanmış olmasıdır. Ancak biçim unsuru da yasal koruma bakımından her zaman yeterli olmayabilir.

Program formatının soyut fikir mi yoksa somut ürün mü olduğu sorusunun cevaplandırılması için daha ziyade eser içeriğinin iç biçiminin oluşması gerekir. İç biçimden bir ürünün iç düzeni, içeriğinin yapısı ve ürünün ayrıntılarıyla şekillendirilmesi anlaşılır⁹².

Bir fikri içeriğin ne zaman yeterince somut iç biçime ulaşacağı sorusunun cevaplandırılmasındaki zorluk öncelikli olarak gerekli biçim derecesinin incelenmesi kıstasında yatar. Her halükarda tamamen yazılmış bir roman ya da çevrilmiş bir film gibi yeterince somutlaşmış, şekillenmiş ve tamamlanmış ürünler ele alınır. Ancak bir ürünün tamamlanması telif hakları korumasının tek şartı değildir. Fragmanların, taslakların ve eskizlerin kısaca olası tüm ön ve ara aşamaların koruma için yeterli somutlaşmayı sağladığı

⁸⁹ **FROMM/NORDEMANN/VINCK**, § 2 UrhG, Rz. 25; **LITTEN**, 15; **ULMER**, Urheberrecht, § 21, II, 2; **ZCSHOKKE**, 21; **HABERSTUMPF**, Rz. 63; OLG München, ZUM 1989, 588, 590; ZUM 1990, 311, 314. Platonun fikir anlayışı ve modern fikir anlayışı arasındaki fark için (bkz. **GREASER**, 13). Fikir kavramının eser niteliğiyle ilgili daha geniş bilgi için bkz. **KROGER**, 8.

⁹⁰ **BEŞİROĞLU**, 70. İç ve dış biçim şeklinde bir ayrım yapmak gerekir. Dış biçim, ifade aracının şekillendirmesi ile ilgilidir. Yani eser türüne göre dilin, seslerin, renklerin belli bir şekil ve tarzda kullanımı ile ilgilidir. Bir ürünün dış biçimine ilişkin gerekler çok yüksek değildir. Bir dış biçimden söz edebilmek için eser yaratmanın insan duyularıyla algılanabilir olması yeterlidir bkz. V. **MOLTKE**, 46 ff; **LITTEN**, 16; **HUBMANN/REHBINDER**, 25; **ULMER**, Urheberrecht, § 21, II.

⁹¹ **BEŞİROĞLU**, 71.

⁹² **HUBMANN/REHBINDER**, 25; **LITTEN**, 17.

görüşü⁹³ savunulur. Program formatları da esasen tamamlanmış ürün olan TV programının taslağı olarak da değerlendirilebilir⁹⁴. Televizyon programları doktrinde televizyon eserleri (Film/Fernsehwerke) olarak da adlandırılmaktadır⁹⁵. FSEK.'te televizyon eserlerine ilişkin bir hüküm yoktur⁹⁶. Televizyonda da sinemada olduğu gibi dialog, müzik ve resim kompozisyonunun hareketli görüntü halinde ekrana yansıtılması söz konusudur. 1967 Stockholm ve 1971 Paris Belgeleri'nin 2. maddesinin birinci paragrafında kabul edilen "sinematografiye benzer bir yöntemle vucüt verilen eserlere benzeyen sinema eserleri" ibaresinde söz konusu olan benzetme ifadesinin televizyon programları için önem taşıdığı şüphesizdir⁹⁷. Stockholm ve Paris belgelerine göre işlemlerdeki benzerlik sinema eserinden önce var olan bir ifade

⁹³ **ULMER**, Urheberrecht, § 21, II, 2; **LITTEN**, 17; **SCHRICKER/LOVENHEIM**, § 2 UrhG, Rz 10; BGHZ 9, 237,241; GRUR 1985, 1041, 1046; OLG München GRUR 1956, 433, 434.

⁹⁴ **HEINKELEIN**, 295.

⁹⁵ **HEINKELEIN**, 157; **EREL**, 53; **KINACIOĞLU**, 214; **ATEŞ**, Eser, 277, 278; **BEŞİROĞLU**, 109. Yargıtay kararlarında da televizyon programlarının sinema eserlerine benzetilmektedir. "Her iki bilirkişi de üçüncü bölüm çekimlerinin yapıldığını belirtmekle birlikte, söz konusu çekimlerin eser niteliğine ulaşip ulaşmadığı, dolayısıyla davacının telif ücreti istemeye hak kazanıp kazanmayacağı konusunda kanaat verici bir mütalaa bulunmamışlardır. Kural olarak telif ücretine hak kazanılması için eserin tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gerekir. Bazı hallerde, eser tamamlanmamış olsa bile şayet belli bir düzeye gelmiş ve sahibinin hususiyetini taşıyorsa, bu durumda FSEK 1/B. ve 5. maddesi anlamında "eser" olarak kabul edileceğinden; eser sahiplerinden olan yönetmen de telif ücretine hak kazanacaktır. O halde, bilirkişilerin sıfatı itibarıyla az önce açıklanan hususlarda ek mütalaa istenilerek, davacının çekimlerini yaptığı ve tamamlanmamış olan üçüncü bölüm incelenerek; belli bir düzeye gelip gelmediği ve bu düzey itibarıyla yönetmen davacının hususiyetini taşıyıp taşımadığı saptandıktan sonra bu bölüm için telif ücretine hükmedilmesi gereklidir" (Y. 11. HD., T. 03.02.2006, E. 2005/354, K. 2006/915 Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, www. akip.net); benzer şekilde bir başka kararda da yine aynı değerlendirme yapılmıştır bkz. Y. 11. HD., 09.07.2007, E. 2006/8099, K. 2007/10479 Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, www. akip.net).

⁹⁶ FSEK. çeşitli hükümlerde televizyon yayını ve televizyon kuruluşlarının komşu hakları gibi düzenlemeler içermekteyse de burada kastedilen bu hükümler değildir.

⁹⁷ **BEŞİROĞLU**, 108.

ortamından başka bir şey değildir⁹⁸. Televizyon eserlerini sinema eserlerinden ayıran husus yayının canlı olmasıdır⁹⁹. Televizyon tekniğine göre eser sayılmasına yetecek ölçüde özellik taşıyan bir yayın arada kalıcı bir tesbit vasıtasına ihtiyaç duymaksızın derhal ekrana yansıtılıyorsa televizyon eserinden söz edilebilir¹⁰⁰.

Bir ürünün korunması için tamamlanmış olmasına gerek yoktur¹⁰¹. Belli bir düzeye gelmiş olmasına rağmen henüz tamamlanmamış ürünler de eser

⁹⁸ **BEŞİROĞLU**, 108.

⁹⁹ Televizyon programlarını sinema eserleri çerçevesinde düşünmek ne dereceye kadar mümkündür? Televizyon yayınları resimlerin filmlerde olduğu gibi kimyasal yöntemlerle film şeridi üzerine tesbiti suretiyle yapılmaz. Fakat televizyon yayınlarında da esas bir konunun bir ekran üzerindeki hareketli resimlerle ifade edilmesidir. Bu esastan hareket edilince televizyon eserlerinin de sinema eseri sayılmasında bir sakınca yoktur. Televizyon eserleri hususiyet taşıyan her türlü canlı yayındır. Televizyonda yayın gayesiyle meydana getirilen bir şerit üzerinde tesbit edilmiş filmler televizyon eseri olmayıp sıradan sinema eseri vasfındadır. Bir nutuk, konser, opera veya tiyatrunun televizyonla yayını da FSEK. md. 5'in kıyasen uygulanmasıyla televizyon eseri sayılmamalıdır. Bkz. **AYİTER**, 60.

¹⁰⁰ **EREL**, 53. "Davacı vekili, asıl ve birleşen davasında yapılan anlaşma ile müvekkilinin 123 numaralı Digtürk kanalından yayın yapan L... K...televizyonunda yayınlanmak üzere "Hayatın Rengi" başlıklı bir program hazırladığını, Eylül 2002-Ocak 2003 tarihleri arasında yayına hazır dört adet programı teslim ettiğini, beher program başına 1.000 USD ödeneceğinin kararlaştırıldığını, kuaför, nakliye, v.s. giderler yaptığını, kanalın kapandığı tarihe kadar programın tanıtımının yapıldığını, müvekkilinin bu alanda tanınmış bir kişi olduğunu ileri sürerek, şimdilik 500 USD ve 500.000.000 TL alacak ile 5.000.000.000 TL manevî tazminatın tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar davaların reddini savunmuştur. Mahkemece, iddia, savunmalar, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, 5846 sayılı Yasa'nın 5 ve 13. maddeleri uyarınca televizyon programının eser mahiyetinde bulunduğu karar verilmiştir" (Y. 11. HD., 09.07.2007, E. 2006/8099, K. 2007/10479 Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, www. akip.net).

¹⁰¹ **TEKİNALP**, 101; **SULUK/ORHAN**, 116. "Kural olarak telif ücretine hak kazanılması için eserin tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gerekir. Bazı hallerde eser tamamlanmamış olsa bile şayet belli bir düzeye gelmiş ve sahibinin hususiyetini taşıyorsa bu durumda FSEK 1/B ve 5. maddesi anlamında eser olarak kabul edileceğinden eser sahiplerinden olan yönetmen de telif ücretine hak kazanacaktır" (Y. 11. HD. 03.02.2006, E. 2005/354, K. 2006/915 bkz. Mevdata Mevzuat ve İçtihatlar Programı, www.mevdata.com.tr).

sayılabilirler¹⁰². Bu noktada iki kriterden yararlanılabilir¹⁰³. Birincisi düzeltilmiş olsun veya olmasın müsvedde varsa tamamlanmamış da olsa eser vardır¹⁰⁴. Diğeri de müsvedde mevcut değilse ve esere başlanmışsa gelinen noktaya kadar ortaya çıkan sonuç eser sahibinin hususiyetini taşıyorsa veya hususiyetinden izler varsa (mesela tuvalde belirmiş yarım bir yüz gibi) yine tamamlanmamış eser ve dolayısıyla eser vardır ve korunur¹⁰⁵. Fikir de tamamlanmış bir ürünün ön aşaması olduğu için korunması gereken ve korunmayan eserlerin ön aşamaları arasında da bir ayırım yapılmalıdır. Soyut fikir ile somut format arasında sınır çizmek oldukça zordur. Bu husus Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında¹⁰⁶ somut olarak incelenmiştir. İlk derece mahkemesi marka sözlüğü (Warenzeichenlexikons) tasarımının sözlükte yer alan bilgilerin düzenlenmesi için sadece soyut fikirlerden oluştuğu gerekçesiyle korunmaya değer olmadığı konusunda bir karar vermiştir. Federal Mahkeme yerel mahkemenin kararını soyut düşünceler ile somut eserin şekillenmesi arasındaki farkı yeterince dikkate almadığı gerekçesiyle bozmuştur. Format, bünyesinde barındırdığı soyut fikrin somut bir şekil almasından dolayı korunabilir¹⁰⁷. Bu nedenle soyut fikir ve format arasındaki ayırımın net bir şekilde açıklanması gerekir. Soyut fikir ve format arasındaki ayırma netlik kazandırma gayreti bir eser türü ya da sanat şekli üzerinde diğer yenilikçilerin serbestçe tasarruf etme imkânının yasaklanamayacağına dair hukuk politikası bazında yapılabilir. Bu nedenle ön ürün eğer genel bir aşamada bulunuyorsa korunmaz. Ön ürünle nihai ürün arasında görünür doğrudan bir bağlantı olmalıdır. Böyle bir bağlantının varlığı ön ürünün belirleyici unsurlarının bir fikrî içeriğin anlatım veya film ile uygulanması durumunu oluşturması halinde kabul edilebilir¹⁰⁸. Korunmaya değer bir temel yapı bazı ayrıntıların verilmesiyle içi doldurulabilecek nihai ürünün çerçevesini oluşturmalıdır. Bir temel yapı ne kadar çok bu tür çerçeve yapılar içerir ve nihai sonuç ne kadar kaba hatlarıyla/belirgin ifade edilirse yeterince somut bir üründen söz edilebilir. Korunmaya değer eser aşamalarının korunmayan eser aşamalarından ayırdedilmesi aşağıdaki gibi bir şema yardımıyla (somutlaştırma basamağı) belirgin hale getirilebilir. Bu tür basamakta soyut fikirden başlayarak bir fikrin şekillenmesi ve yeni ayrıntıların

¹⁰² **TEKİNALP**, 101.

¹⁰³ **TEKİNALP**, 101.

¹⁰⁴ **TEKİNALP**, 101.

¹⁰⁵ **TEKİNALP**, 101. Müsveddeler, taslaklar, krokiler eserin şekillenmesi anlamını taşır ve bunların hepsi daha bu aşamada eser olarak korunur.

¹⁰⁶ BGH. GRUR. 1987, 704, 706; OLG München, ZUM 1990, 311, 313.

¹⁰⁷ **LITTEN**, 17.

¹⁰⁸ **REUPERT**, 93; **LITTEN**, 18.

eklenmesiyle somutlaştırılması gösterilebilir. Basamağın sonunda bitirilmiş ürün yer alır. Televizyon programı bitirilmiş ürün olarak kabul edilebilir. Basamağın her iki uç noktaları arasında yani soyut fikirle bitirilmiş ürün arasında telif haklarıyla korunmamadan, korunmaya bir geçiş bulunur. Somutlaştırma basamağındaki bu noktaya ulaşılır ulaşılmaz soyut fikirden somut bir format oluşur.

Eserin Meydana Gelme Süreci¹⁰⁹

Soyut Fikir Format Tamamlanmış Ürün
↑-----↑-----↑
Korunmayan Alan {Telif Haklarıyla Korunan Alan}

c) Program Formatının Somutlaşması

Program formatı, seri olarak üretilen televizyon programının oluşum sürecinde belirli bir gelişim aşamasını oluşturur. Bu sürecin başlangıcında ilk olarak show, dizi, spor ya da haber programı türlerinden hangisinde üretimin olacağı kararı bulunur. İkinci adım projenin temel olarak şekillendirilmesi veya proje fikrinin geliştirilmesidir. Programın her bir bölümünde ortaya çıkan ve izleyiciye bölümler arasında bir ilişki olduğunu vurgulayan, kendine özgü durumları tespit eden bu fikrin, bir iskelet ya da format oluşacak şekilde ayrıntularla zenginleştirilmesi gerekir. Bu format temelinde daha sonra televizyon programı üretilir¹¹⁰. Televizyon program fikirleri somutlaşmazsa

¹⁰⁹ Bkz. **LITTEN**, 19. Program formatında özgün bir fikrin yazılı hale getirilmesinden sonra herhangi bir yayın kuruluşu bu format temelinde bir program üretilir. Bundan başka herhangi bir yayın kuruluşunda yayınlanan programın bir benzerinin başka bir televizyon kuruluşu tarafından yayınlanmasında da formatın kullanılması sözkonusu olabilir.

¹¹⁰ **KLIEB**, 6 ff; **LITTEN**, 19. Bir televizyon eserinin meydana getirilmesi genellikle bir hizmet akdine dayanmamaktadır. Daha ziyade yapımcı firma tarafından televizyon eserinin bir ücret karşılığında ve aralarındaki sözleşme uyarınca eser yaratıcılarına ısmarlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Doktrinde buradaki ilişkiyi “fikrî istisna sözleşmesi” veya “vekâlet sözleşmesi” olarak nitelendiren yazarlar vardır (bkz. **TANDOĞAN**, 19). “Eser kavramını emek ürünü olan ve maddi bir varlığı bulunmayan sonuçları kapsayacak şekilde anlamakta ve böylece doktrinde ve uygulamada baskın görüş haline dönüşen “fikrî istisna akdi” kavramını kabul etme yönündeki görüşe katılmaktayız” (bkz. **YAVUZ**, 450). “Fikrî istisna akdi” kavramının sınırları ve neşir sözleşmesi ile farkları için yine (bkz. **YAVUZ**, 451, 452). Yargıtay bir kararında taraflar arasındaki ilişkiyi “eser siparişi sözleşmesi” şeklinde isimlendirmiştir. “Davacı ile dava dışı TV kanalı sahibi şirket arasındaki 06.06.1997 tarihli sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle yapımından vazgeçilen dördüncü ve beşinci bölümlere ilişkin tazminat talebine gelince; mahkemenin, davacıya yönlendirilmesi mümkün olmayan sebeplerden dolayı çekim işinin

FSEK. kapsamında korunamaz. Buna karşın kural olarak televizyon programının bölümleri korunmaya değerdir¹¹¹. Çünkü televizyon programının bölümleri (televizyon eseri) tamamlanmış ürün olarak yeterince somutlaşmıştır.

Program formatı, soyut fikir ve tamamlanmış somut ürün arasında bulunur. Bir yazarın¹¹² da isabetli bir şekilde ifade ettiği gibi, program formatı soyut fikirle tamamlanmış program bölümü arasındaki orta alandır. Gerçi program formatı, seri halinde yayınlanan programların her bir bölümünün içeriksel bütünlüğünü ve somutlaşmasını sağlayamaz. Çünkü program formatı taslak olarak çok sayıda bölüm için üretilmiştir. Program formatı hem her bir bölümün üretilmesi için esas yapıları hem de bölümlerde değişmeden tekrar eden ve programın kişiliğini oluşturan içeriksel unsurları ihtiva etmesi durumunda bir fikirden daha öte bir şeydir. Bu koşulların bulunması durumunda program formatı kuşkusuz Fikrî Hukuk bağlamında korunabilir¹¹³.

Program formatı içinde bulunan temel yapının yeterince somutlaşıp (Konkretisierung des Sendeformats) somutlaşmadığının tespitinde yukarıda ifade edilen ilkelere bağlı olarak televizyon programının temel ilaveler olmadan da gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği sorusu önem arzeder. Format okunduğunda insanların zihninde programla ilgili somut birtakım durumlar canlanmalıdır. Bu durum formatın somutlaşması anlamına gelir. Bir televizyon dizi ya da show programlarında söz konusu bölümün özel yönünü temsil eden ve önceden gösterilebilir mahiyette olan bazı sahne dekorlarının formata ilave edilmesiyle program formatı yeterince somut hale gelir. Böyle bir durumda formatın ideal somutluk derecesine ulaştığı ifade edilir¹¹⁴. Somut bir eserden söz

tamamlanmasına mani olduğu gerekçesiyle toplam 300.000.000.-TL tazminatın davacıya verilmesine ilişkin kabulü yeterli değildir. 06.06.1997 tarihli sözleşme niteliği itibarıyla aynı zamanda BK.'nun 355. vd. maddelerine göre eser siparişi sözleşmesi niteliğindedir” 11. HD. T. 03.02.2006, E. 2005/354, K. 2006/915 (bkz. Açıklamalı Kanun İçtihat Programı, www.akip.net).

¹¹¹ FSEK. md. 80/VI' e göre “Radyo-televizyon kuruluşlarının yazılı izni olmaksızın hiçbir kişi veya kuruluş yapılan yayınların bütünü veya bir kısmını çoğaltamaz, telli-telsiz her türlü araçla tekrar yayınlamayaz, girişi ücrete tabi yerlerde gösteremez”. Aynı hüküm 2954 sayılı T.R.T. Kanunu'nun 32. maddesinde de tekrarlanmaktadır. Buna göre radyo-televizyon kuruluşları yayınları üzerindeki çoğaltma, tekrar yayın ve vasıtalı/vasıtasız temsil hakları bakımından eser sahibine benzer yetkilerle donatılarak korunmuştur. Bkz. **EREL**, 181.

¹¹² **FINE**, (1985) Pasific Law Journal, 49, 71.

¹¹³ **SCHRICKER**, GRUR 1996, 815, 824.

¹¹⁴ **MEADOW**, 1970 California Law Rewiew, 1169, 1195.

edebilmek için gerekli olan unsurlara ve somutluk derecesine ilişkin olarak televizyon dizi ya da show programı formatları arasında bir ayırım yapılabilir. Sözü edilen gerekleri yerine getirmek için dizi formatları çerçeve unsurlar olarak dizi başlığının yanısıra özellikle ana karakterlere, olayın ana hatlarına ve coğrafi arka plana ilişkin veriler içermelidir¹¹⁵.

Show programı formatlarında gerekli çerçeve unsurlar olarak başlığın yanısıra özellikle show programı fikri bulunur. Özellikle quiz showlarında oyun kuralları, talk showlarda konuşma konsepti, programın sunum tarzı ve sahne dekorları dikkat çeker. Bu unsurlar program formatı içinde somut bir şekilde tasvir edilmelidir¹¹⁶. Örneğin programa katılan konukların şahsî özelliklerinin belli bir konseptte, alaycı ve provoke edici bir şekilde ortaya konulması ve yorumlanması şeklindeki program sunma tarzı Fikrî Hukukta korunmaz¹¹⁷. Çünkü bu nitelikteki program formatlarında televizyon programının diğerlerinden ayırdedilemeyecek kadar genel tutulması söz konusudur. Aynı şekilde bir programda iki adayın aslında mevcut olmayan fakat bilgisayar simülasyonu vasıtasıyla görünebilen labirentten geçmeleriyle sınırlı show programının yapısının tanımlanması da yetersizdir¹¹⁸. Korunmaya değer nitelikte değildir. Burada oyun sürecinin ve labirentin şekillenmesi diğer yardımcı araçların kullanılması, moderatörün rolüne ilişkin uygulamaların olması gerekirdi¹¹⁹.

¹¹⁵ Münih Eyalet Yüksek Mahkemesinin “Forsthaus-Falkenau” (Ormancı Falkenau) kararında sözkonusu program formatının bu gerekleri yerine getirmediği ifade edilmiştir. Bu karara konu program formatında, çocukları olan dul bir ormancı ve soylu bir orman sahibi gibi her bir karakterin çok özel durumları ifade edilmeden sadece onların isimleri verilmekle yetinilmiştir. Ayrıca her bir bölümde orman yaşamının güzel yanlarının yanı sıra doğanın korunması, ekoloji, verimlilik ve avlanma gibi benzeri hususlarla yetinilmiştir. Üst mahkeme haklı olarak bu unsurlar içersinde yeterince somutlaşmamış fikirlerin mevcut olduğunu ifade etmiştir. Bu program formatı, programın karakterlerinin net bir şekilde ayırdedilebilmesi ve sözü edilen konularda bir irdelemenin ne türde yapılacağına ana hatlarıyla ifade edilmiş olması durumunda belirli bir somutluk derecesine ulaşabilirdi (bkz. **LITTEN**, 21; **LUBBECKE**, Medien Praktisch 4/1991, 35 ff.; OLG München, ZUM 1990, 311).

¹¹⁶ **LITTEN**, 21.

¹¹⁷ OLG. München, NJW-RR. 1993, 619. Daha geniş bilgi için bkz. § 7, III, D, 1, a.

¹¹⁸ Yazılı show formatlarının korunabilirliğinin kabul edildiği bir karar için bkz. OLG. Hamburg, ZUM. 1996, 245.

¹¹⁹ **LITTEN**, 22.

4) Program Formatlarının Korunması ve Hukukî Niteliği

Program formatlarında televizyon program yapım süreci başlamadan önce ileride meydana gelecek olan televizyon programı için program fikrinin yazılı hale getirildiği bir belge söz konusudur. Tamamlanmış ürün olan televizyon programının fikrî eser parçası olan kısmın yazılı olarak tespit edilmesi söz konusudur¹²⁰.

Televizyon program formatının hukukî niteliğinin tespit edilmesi oldukça önemlidir. Daha önce açıklandığı gibi¹²¹ televizyon programları FSEK. md. 5 de düzenlenen sinema eserlerine benzer bir eser olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada bazı Yargıtay kararlarında televizyon program formatlarının da FSEK. md. 5 anlamında sinema eserine benzer eser olarak kabul edildiği görülmektedir¹²². Yargıtay kararlarında ifade edildiği

¹²⁰ Bu durumu örneklendirmek gerekirse; Show programı taslağı, komedi show programı üretilmeden önce bir kâğıda yazılır. Konsept şu şekildedir; bir film festivalinde izleyiciler arasında oturan ünlü bir kişinin başına gelen talihsiz durumları filme almak. Bu konseptte uygun olarak Show I programında 01.01.2002 tarihinde X film festivalinde tanınmış oyuncu A eserken filme alınırsa ve Show II programında 01.01.2002 tarihinde Z film festivalinde tanınmış bir politikacı C uyuklarken filme alınırsa bu durumda her iki show ürününde düşünsel olarak ayrılabilir fikrî eser kısmının yansıtıldığı ama aynı konseptte dayanan iki farklı görsel, işitsel show programı ortaya çıkar. Örnek için bkz. HEINKELEIN, 293.

¹²¹ Bkz. § 7, II, B, 1, b. ve d. 91 deki Yargıtay kararları.

¹²² “Dart show adlı yarışma programının davalı TV kuruluşuna teklif edildiği ancak davalının kendisine daha sonra yazılı sözleşme yapılacağı vaadinde bulunduğu iddia edilmiştir. Ancak davacının izni olmaksızın davalı şirket bu programı kullanmıştır. Yapılan yargılama neticesinde, dava konusu olan yarışma program formatının sinema eseri benzeri bir eser olduğuna karar verilmiştir” (Y. 11. HD. 03.11.2008, E. 2008/5996, K. 2008/12126 bkz. Mevdata Mevzuat ve İçtihatlar Programı, www.mevdata.com.tr). “Davacı vekili, müvekkilinin Gülneva adlı bir Türk Müziği programının formatını belirleyip, senaryo ve diyalog metinlerini kaleme aldığı ses ve saz sanatçıları belirleyip yayın akış planını çıkartmak suretiyle sunuculuğunu üstlendiği 13 bölümlük bir eser oluşturduğunu ve davalının bunu izinsiz şekilde kullandığını iddia ederek dava açmıştır. 13 bölümlük olan Gülneva adlı televizyon programının FSEK. md. 5’ de belirtilen sinema eseri vasfında olmasına...” Y. 11. HD. 18.10.2007, E. 2006/9707, K. 2007/13046 bkz. Mevdata Mevzuat ve İçtihatlar Programı, www.mevdata.com.tr). “Dava; FSEK.nun 66 ncı maddesi kapsamında, tecavüzün önlenmesi ve tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece, yazılı gerekçelerle görevsizlik kararı

şekliyle program formatlarının sinema eserlerine benzer eser olarak kabul edilmesi de mümkündür. Bunun yanı sıra ayrıca program fikrinin bir televizyon programı için yazılı hale getirilmesinde dil ile ifade edilen araçlar vasıtasıyla fikrî bir içeriğin ifade edilmesi sözkonusu olduğundan program formatları FSEK. md. 2 anlamında sözlü eser olarak değerlendirilebilir¹²³. Aynı zamanda yazılı hale getirildiği için FSEK. md. 2 anlamında da yazılı eser olarak da nitelendirmek mümkündür. Program formatıyla kıyaslanabilen treatment, senaryo gibi televizyon eserinin edebi aşamalarının da sözlü eser olarak değerlendirilmesi mümkündür¹²⁴. Bir başka açıdan program formatı FSEK. md. 5 bağlamında sinema eserine benzeyen televizyon eserinin taslağı olarak da ele alınabilir. Daha öncesinde de izah edildiği gibi¹²⁵ FSEK. kapsamında korunan bir eserin ön ve ara aşamaları da korumadan yararlanabilir. Mutlaka eserin tamamlanmış olması gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Dolayısıyla program formatları televizyon programlarının ön aşaması olarak Fikrî Hukuk koruması kapsamında düşünülebilir. Program formatında televizyon programının/eserinin fikrî taslağının mevcut olduğu söylenebilir. Bu nedenle

verilmiştir. Mahkeme kararında, televizyonda yayınlanan program formatlarının ve bu bağlamda dava konusu yarışma programı formatının eser sayılmaması, görevsizlik kararına dayanak yapılmış ise de 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4630 sayılı yasa ile değişik 5 nci maddesine göre "Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir." denilmek suretiyle, görüntülü eserlerden hangi tür programların eser sayılacağı hususuna da açıklık getirilmiş olup, bu tür programlar normatif ve tahdidi olarak sınırlandırılmamıştır. Buna göre, program yayın formatlarının da anılan yasa kapsamında eser sayılması ve korunmasının gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim Dairemizce verilen 2000/6049-8439 ve 2004/1281-10333 sayılı ilamlarda da program formatları, anılan yasa kapsamında değerlendirilmiştir" (bkz. Y. 11. HD., 05. 04. 2005, E. 2004/6612, K.2005/3278, **SULUK/ORHAN**, 131).

¹²³ **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 2 Rn. 78 ff.; **FROMM / NORDEMANN / VINCK**, § 2 Rn. 29 ff.; **MOHRING / NICOLINI / AHLBERG**, § 2 Rn. 3 ff.; **HABERSTUMPF**, Rn. 120; **HEINKELEIN**, 294.

¹²⁴ **SCHRICKER/KATZENBERGER**, § 88 Rn. 18 ff.; **FROMM / NORDEMANN / VINCK**, § 2 Rn. 35 ff.; **MOHRING / NICOLINI / AHLBERG**, § 2 Rn. 6 ff.; **HEINKELEIN**, 294; **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 2 Rn. 185.

¹²⁵ Bkz. § 7, II B, 1, a.

program formatlarının televizyon eserinin fikrî yapısını oluşturduğu rahatlıkla ifade edilebilir.

Netice itibariyle program formatlarının çift karakterli (doppelcharackterlehre) olduğu doktrinde savunulmaktadır¹²⁶. Buna göre program formatları hem FSEK. md. 2 anlamında sözlü (yazılı) eser olarak hem de FSEK. md. 5 bağlamında bir televizyon eserinin yazılı fikrî taslağı olarak değerlendirilebilir. Bunların dışında program formatları televizyon eserine bağlı olarak yaratılan ama ondan ayrılabilen ve bağımsız olarak değerlendirilebilen daha önceki mevcut eser olarak da nitelendirilebilir¹²⁷. Bu durum format yazarlarının eser sahipliği açısından da oldukça önemlidir.

SONUÇ

Televizyon program formatı, hukuki bir kavram değildir. Türk Hukuk doktrininde çok fazla incelenmemiştir. Daha ziyade radyo ve televizyon programı yapımcıları tarafından kullanılan bir kavramdır. Ancak uygulamada ortaya çıkan hukuki sorunlar nedeniyle bu kavram mahkeme kararlarında çok sık olmasa da yer almıştır. Televizyon program formatı, “bir televizyon programının karakteristik özelliklerini içeren ve programın her bir bölümünde farklı şekilde muhtevası doldurulabilecek olan temel bir yapıdır” şeklinde tanımlanabilir.

Karşılaştırmalı hukuk bakımından Fransız Hukuku’nda program formatlarının orjinallik kriterini yerine getirmeleri durumunda Fransız Fikri Mülkiyet Kod’u (CPI) anlamında eser niteliğine sahip oldukları son zamanlarda verilen mahkeme kararlarından anlaşılmaktadır. İngiliz Telif Hakları Hukuku kural olarak müteşebbis emeğini korumasına rağmen, Privy Council program formatlarına uygun bir koruma sağlamamıştır. Formatların kanunla korunmasına ilişkin ilk deneme başarısız olmuştur. Kanunda eser gruplarının ayrıntılı düzenlenmesine ilişkin ikinci bir tasarı da kanunlaşmamıştır. Alman Hukukunda televizyon program formatlarının UrhG kapsamında korunması tartışılmıştır. Uygulamada ve öğretilerdeki son eğilimler korumanın mümkün olduğu yönündedir. Ayrıca MarkenG, UWG, BGB (c.i.c. ve sözleşme hükümleri) kapsamında da televizyon program formatlarına koruma sağlanabilmektedir. Amerika Birleşik Devletlerinde fikirle ifade arasında ayırım yapma anlayışının formatlar için de yerleşmiş olması halinde formatların Amerikan hukukunda telif haklarıyla korunması mümkün değildir. Copyright Office’in formatları son zamanlarda artık korunmaya değer olmayan ürünler listesinde göstermemesi

¹²⁶ **SCHRICKER/KATZENBERGER**, § 88 Rn. 18 ff.; **SCHRICKER/LOEWENHEIM**, § 2 Rn. 185. **HEINKELEIN**, 294.

¹²⁷ **SCHRICKER/KATZENBERGER**, § 88 Rn. 16 ff.; v. **HARTLIEB**, 209; **HEINKELEIN**, 296.

Amerikada formatların telif haklarıyla korunması hususunun tamamen ihtimal dışı bırakılamayacağı sonucunu doğurabilir.

Televizyon program formatları Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda eser grupları arasında sayılmamıştır. Bu nedenle program formatlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku kapsamında korunup korunmayacağı belirsizdir. Söz konusu belirsizliğin merkezinde program formatlarının FSEK. anlamında eser olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği yer almaktadır. Program formatlarının eser olarak nitelendirilmesinin önündeki en önemli sorun formatların soyut fikir olarak değerlendirilmesidir. Söz konusu değerlendirmeye göre program formatları soyut fikirlerden farksızdır ve modern düzenlemelerin hiçbirinde de soyut fikirler korunmamaktadırlar. Dolayısıyla program formatlarının korunması da mümkün değildir. Ancak program formatları soyut fikir olarak değerlendirilemez. Zira formatlar salt fikir olarak değerlendirilecek kadar basit yapılar değildir. Soyut fikir, düşüncenin eser olma sürecindeki başlangıç noktasıdır. Bu süreç içerisinde soyut fikir giderek somutlaşmakta ve tamamlanmış bir ürün haline gelmektedir. Soyut fikrin ne zaman somutlaşmaya başladığının tespit edilmesi önemlidir. Çünkü somut hale gelen bir ürün FSEK. anlamında korunabilecektir. Soyut fikir ve somut ürün arasında sınır çizmek oldukça zordur. Soyut fikirden başlayarak fikrin şekillenmesi ve yeni ayrıntıların eklenmesiyle somutlaştırılması bir şema üzerinde düşünülürse bu şemanın başlangıç noktasında soyut fikir, bitiş noktasında ise tamamlanmış ürün olan televizyon programı vardır. Program formatlarının şema üzerindeki yeri ise başlangıç noktası olan soyut fikir aşaması değildir. Program formatları bu şema üzerinde soyut fikrin somutlaşmaya başladığı ve artık hukuken korunmaya doğru bir geçişin olduğu yerde bulunmaktadır. Şema üzerinde formatların bulunduğu yerin anlaşılabilmesi veya yanlış anlaşılması program formatlarının korunmasına şüpheli yaklaşılmasının temel nedenini oluşturmaktadır. Kaldı ki soyut fikirlerin korunup korunmayacağı meselesi de tartışılabilir. FSEK. teki koruma şartlarını yerine getiren ve bir eserin parçası olarak değerlendirilebilen soyut fikirlerin korunması da pekala düşünülebilir.

Eğer eser olarak nitelendirilirse hangi eser grubu içinde yer alacağı da bir başka tartışma konusudur. Acaba ilim ve edebiyat eseri midir yoksa sinema eseri midir? Yargıtay kararlarında program formatları sinema eserine benzer nitelikte eser olarak kabul edilmektedirler. Yargıtay kararlarında ifade edildiği şekliyle program formatlarının sinema eserlerine benzer eser olarak kabul edilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra ayrıca program fikrinin bir televizyon programı için yazılı hale getirilmesinde dil ile ifade edilen araçlar vasıtasıyla fikrî bir içeriğin ifade edilmesi sözkonusu olduğundan program formatları FSEK. md. 2 anlamında yazılı/sözlü eser olarak değerlendirilebilir. Bir başka açıdan program formatı FSEK. md. 5 bağlamında tamamlanmış ürün olan televizyon eserinin taslağı olarak da ele alınabilir. FSEK. kapsamında korunan bir eserin ön ve ara aşamaları da korumadan yararlanabilir. Mutlaka eserin

tamamlanmış olması gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Dolayısıyla program formatları televizyon programlarının ön aşaması olarak Fikrî Hukuk koruması kapsamında düşünülebilir. Program formatında televizyon programının/eserinin fikrî taslağının mevcut olduğu söylenebilir. Bu nedenle program formatlarının televizyon eserinin fikrî yapısını oluşturduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Program formatlarının çift karakterli (doppelcharakter) olduğu söylenebilir. Buna göre program formatları hem FSEK. md. 2 anlamında yazılı/sözlü eser olarak hem de FSEK. md. 5 bağlamında bir televizyon eserinin yazılı fikrî taslağı olarak değerlendirilebilir. Bunların dışında program formatları televizyon eserine bağlı olarak yaratılan ama ondan ayrılabilen ve bağımsız olarak değerlendirilebilen daha önceki mevcut eser olarak da nitelendirilebilir. Buraya kadar söylenenlerden program formatlarının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile korunmasının mümkün olduğu söylenebilir.

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku dışında program formatlarının Borçlar Hukuku kuralları ve culpa in contrahendo sorumluluğu ilkeleri çerçevesinde de korunması mümkündür. Format yazarı ve formata ilgi duyan yayıncı kuruluş veya yapımcı firma arasında bir sözleşme yapılmışsa mevcut sözleşme hükümleri ile formatların korunması düşünülebilir. Ancak söz konusu taraflar arasında sözleşme yapmak için müzakereler yapılmış ise de herhangi bir sözleşme yapılmamış ve formata ilgi duyanlar güven ilkesine aykırı davranmışlarsa format yazarı, culpa in contrahendo sorumluluğu ilkelerine göre tazminat davası açabilir. Format yazarının sebepsiz zenginleşme hükümlerinden istifade etmesi de mümkündür. Program formatının izinsiz kullanılması format yazarının aleyhine sebepsiz zenginleştirme oluşturur.

Marka Hukuku ve Haksız Rekabet hükümleri ile de program formatlarının korunması mümkündür. Marka korumasının şartı korunmaya değer bir işaretin olması ve özel bir oluşum unsurunun yerine getirilmesidir. Program formatının bütün unsurlarında değil de özellikle başlık, logo, melodi gibi bazı unsurlarında marka korumasının şartları gerçekleşmişse sadece bu unsurlar Marka Hukuku'yla korunur. Program formatının logo, melodi, renkler, sloganlar, sahne dekorları, başlıklar vs. gibi unsurları belli bir show ya da dizi programının ayırt edilmesi işlevini yerine getirebilirler. Kural olarak MarkKHK. hükümleriyle korunmaya değer bulunan format unsurları tescille veya kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmayla marka korumasından yararlanabilirler. MarkKHK. md. 7/2 anlamında kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanma durumunun kabul edilmesi için yeterli tanınabilirlik derecesine ne zaman ulaşacağı somut olayın koşullarına göre belirlenir. Özellikle işaretin ayırt edici özelliğine ve korunma ihtiyacına bakılır. Orjinal bir program formatının korunmaya değer unsuruyla benzer veya özdeş bir şekilde taklit kullanım halinde marka hakkının müdahalenin men talebini ve gerektiğinde de tazminat taleplerini doğuracak bir ihlali söz konusu olur. Korunan bir format unsuruna benzer bir işaretin orjinal formata benzer bir ürün için kullanılmasında bir hak

ihlalinin tespit edilmesinde bu durumun iltibas tehlikesine yol açıp açmayacağı esas alınır. Orjinal ve ikinci ürün arasında fikri bir bağlantı olması halinde bir iltibas/karıştırma tehlikesi söz konusu olacağından her bir format unsuru bu cihetle geniş ölçüde korunur.

Şimdiye kadar yapılan açıklamalardan ve karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden de anlaşılacağı üzere program formatlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku anlamında korunması konusunda bir belirsizlik vardır. Bu belirsizliğin giderilmesi ve uygulamadaki problemlere son verilmesi için kanuni düzenleme yapılması kaçınılmazdır. Nitekim İngiltere’de bu amaçla kanun tasarıları hazırlanmış ancak bu tasarılar bir türlü kanunlaşmamıştır. Televizyon program formatlarının yapılacak kanuni düzenlemeyle açık bir şekilde eser grupları arasında sayılması hukuki istikrarın sağlanması ve mağduriyetlerin önlenmesi adına da oldukça önemlidir.

BİBLİYOGRAFYA *

ALBIN, Wolf, Formatschutz, in: Klages Christlieb, Grundzüge des Filmrechts, Grundlagen, Verträge, Rechte, München 2004, s. 70 (Kısaltılmışı: Albin in Klages).

ARGUINT, Caspar, Der Schutz des Slogans, Basel 1958.

ARSLANLI, Halil, Fikri Hukuk Dersleri, C. II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.

ATEŞ, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003.

ATEŞ, Mustafa, Fikri Hukukta Eser, Ankara 2007. (Eser)

AYİTER, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1972.

BAYGIN, Cem, “Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayıla Kişiler, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Armağanı, İstanbul 2002, 145-174.

BEŞİROĞLU, Akın, Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar, İstanbul 2004.

BOHR, Kurt, Die urheberrechtliche Rolle des Drehbuchautors, ZUM 1992.

BRELOER, Bernhard-Dietrich, Verfilmung, Verfilmungsrecht und Fernsehfilm, Schriftenreihe der UFITA Bd. 44, 1972.

BRUGGER, Gustav, Zur Frage der Abgrenzung zwischen urheberrechtlichem und wettbewerbsrechtlichem Plagiatsschutz, GRUR 1957, s. 325 vd.

CERECİ, Sedat, Televizyonda Program Yapımı, İstanbul 2001.

ÇELENK, Sevilay, Televizyon, Temsil, Kültür, 90’lı Yıllarda Sosyokültürel İklim ve Televizyon İçerikleri, Ankara 2005.

* Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar parantez içinde kısaltılarak gösterilmiştir.

ÇOLAK, Uğur, Televizyon Program Formatlarının Korunması, FMR C. IV, Sayı 3/2004, 11-34.

DEGMAIR, Stephan, Die Schutzfähigkeit von Fernsehshow-Formaten nach dem spanischen Urheberrecht GRUR Int. 2003 Heft 3 204.

ELSTER, Alexander Idee und Formgebung, UFITA 8 (1935), 44 vd.

EREL, Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998.

FEY, Cristoph, Was ist ein Format?, in: FRAPA-Studie („Wirtschaftliche und rechtliche Aspekte der internationalen Entwicklung und Vermarktung von Fernsehformaten“ erstellt von der Format Recognition and Protection Association (FRAPA), Köln, bkz. www.newmedianrw.de/infopool/downloads/indes.php), 2003, 11 vd. (Kısaltılmışı: Fey, Was ist ein Format).

FINE, Frank L. A, Case for the Federal Protection of Television Formats, Testing the Limit of “Expression”, (1985) Pasific Law Journal, 49 vd.

FROMM, Friedrich Karl/**NORDEMANN**, Wilhelm/**VINCK**, Kai, Urheberrecht-Kommentar, 8. Auflage, Stuttgart 1994 (8. Auflage).

GAMM, Otto-Friedrich Freiherr v. Schutz der Werbeidee und ihrer Ausdrucksformen, WRP. 1970, 125 vd. (WRP 1970).

GÖKÇE, Gürol, Televizyon Program Yapımcılığı ve Yönetmenliği, İstanbul 1997.

GREASER, Andreas, Platons Ideenlehre, Bern 1975.

GUTBROD, Curt Hanno, Von der Filmidee zum Drehbuch, in: Das Manuskript, 1954.

HABERSTUMPF, Helmut, Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage, Neuwied 2000.

HAGEN, Wolfgang, Hörzeit-Formatierung: Vom medialen Verschwinden des Programms aus dem Radio, in Paech, Joachim/Schreitmüller, Andreas/Zierner, Albrecht, Strukturwandel medialer Programme. Vom Fernsehen zu Multimedia, Konstanz 1999, s. 155 (Kısaltılmışı: Hagen in Paech/Schreitmüller/Zierner).

HART, Colin, Televizyon Program Yapımcılığı, (Çeviren: Vedat Tayyar Erdamar), İstanbul 2007.

HAVE, Harro v./**EICKMEIER**, Frank, Der Gesetzliche Rechtsschutz von Fernseh-Show-Formaten, ZUM 1994, 269.

HEINKELEIN, Marc, Der Schutz der Urheber von Fernsehshows und Fernsehshowformaten, München 2003.

HEINKELEIN, Marc/**FEY**, Christoph, Der Schutz von Fernsehformaten im deutschen Urheberrecht- Zur Entscheidung des BGH: „Sendeformat“, GRURInt 2004, 378 vd.

HEKER, Harald G., Der Urheberrechtliche Schutz von Bühnenbild und Filmkulisse, 1. Aufl., Baden-Baden 1990.

HICKETHIER, Knut, Genre oder Format? Veränderungen in den Fernsehprogrammformen der Unterhaltung und Fiktion, in v. Gottberg, Joachim/Mikos, Lothar/Wiedemann, Dieter, Mattscheibe oder Bildschirm. Ästhetik des Fernsehens, Berlin 1999, s. 204 (Kısaltılmışı: Hickethier in v. Gottberg/Mikos/Wiedemann).

HOLTMANN, Klaus, Programmbeschaffung und entwicklung werbefinanzierter TV-programmanbieter aus der Perspektive der Programmplanung, in Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 106, Köln 1998 (<http://www.rundfunkinstitut.unikoeln.de/institut/publikationen/arbeitspapiere/ap106.php>).

HOLZPORZ, Stefan, Der rechtliche Schutz des Fernsehshowkonzepts, Münster 2001.

HORNIG, Andreas, Das Bearbeitungsrecht und die Bearbeitung im Urheberrecht unter besonderer Berücksichtigung von Werken der Literatur, UFITA 99 (1985), 13vd.

HUBMANN, Heinrich/ **REHBINDER**, Manfred, Urheber und Verlagsrecht, 8. Auflage 1995.

IROS, Ernst, Wesen und Dramaturgie des Films, 1938.

İNAL, Emrehan/ **BAYSAL**, Başak, Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2008.

KAYA, Arslan/**VAROL**, Reyhan/**OKUTAN**, Gül, Fikri Mülkiyet Hukuku ve Radyo Televizyon Hukuku Mevzuatı, İstanbul 1998.

KEAN, Michael/**FUNG**, Y. H. Anthony/**MORAN**, Albert, New television, globalisation, and the East Asian cultural imagination, Hong Kong 2007.

KELSEY, Gerald, Televizyon Yazarlığı, İstanbul 1995 (Çeviren: Bahar Özal Düzgören).

KINACIOĞLU, Naci Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği, Ali Bozer Armağanı, Ankara 1998.

KLIEB, Franziska, Produktion von Fernsehserien, Mainz 1992.

KOHL, Helmut, Rechtliche Determinanten für neue Sendeformen, in Hallenberger (Hersg.), Neue Sendeformen im Fernsehen. Ästhetische, juristische und ökonomische Aspekte, Arbeitshefte Bildschirmmedien 54, Siegen 1995.

KROGER, Jürgen, Idee und Ideeformung im Schutze des literarischen und künstlerischen Urheberrechts, Dissertation, Hamburg 1950.

LANTZSCH, Katja, Der internationale Fernsehformathandel : Akteure, Strategien, Strukturen, Organisationsformen, Wiesbaden 2008

LAUSEN, Matthias, Der Rechtsschutz von Sendeformaten, Baden-Baden 1998.

LITTEN, Rüdiger, Der Schutz von Fernsehshow- und Fernsehserienformaten, Eine Untersuchung anhand des deutschen, englischen und US-amerikanischen Rechts, München 1997.

LUBBECKE, Ronald, Helden im grünen Rock Medien Praktisch 4/1991, 35 vd.

LUHMANN, Niklas, Die Realität der Massenmedien, 2. Aufl. Opladen 1996.

MEADOW, Robin, Television Formats-The Search for Protection, (1970) California Law Review, 1169 vd.

MEMİŞ, Tekin, Fikri ve Sınai Hukukun Koruma Alanının Genişlemesi ve Ülke Hukuk Politikası Açısından Değerlendirmeler, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz 2007, s. 3-15.

MOLTKE, Bertram v., Das Urheberrecht an den Werken der Wissenschaft, Bonn 1990.

MORAN, Albert, Copycat Television, Globalisation, Program Formats and Cultural Identity, Luton 1998.

MORGENROTH, Friedrich Der urheberrechtliche Schutz der Werbeidee, Erlangen 1961.

MÖHRING, Philipp/**NICOLINI**, Käte, Urheberrechtsgesetz-Kommentar, 2. Auflage, München 2000.

MULLER, Georg Schutz der „Filmidee“?, UFITA 15 (1942), 328 vd. (Filmidee).

MUTLU, Erol, Televizyonu Anlamak, Ankara 1991.

ÖNGÖREN, Mahmut Tali, Televizyon-Film Yapım Yöntemleri, Ankara 1976.

PASCHKE, Marian/ **KERFACK**, Ralf, Wie klein ist die kleine Münze“?, ZUM 1996, 498

PETERS, Butz, Fernseh und Filmproduktion-Rechtshandbuch, Baden-Baden 2003.

REBER, Ulrich, Handbuch des Films, Fernseh und Videorechts, in von Hartlieb, Horst/Schwarz, Matthias, München 2004 (Kısaltılmışı: Reber in von Hartlieb/Schwarz).

REUPERT, Christine, Der urheberrechtliche Schutz des Filmtitels, UFITA 125 (1994), 27 (Filmtitel)

RITTER, Joachim/**GRUNDER**, Karlfried, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4, Darmstadt 1976.

SCHACK, Haimo, Urheber und Urhebervertragsrecht, 1997.

SCHAEFER, Gundi, Nachahmungsschutz für Erfolgssysteme, Tübingen 1977.

SCHMIDT DIEMITZ, Rolf, Handbuch für Wettbewerbsrecht, Herausgegeben von Wolfgang Gloy, München 1996.

SCHRAMM, Carl, Der Schutz des Ideenregers, UFITA 30 (1960), 129.

SCHWARZ, Wolf, Schutz und Lizenzierung von Fernsehshowformaten, in Scheuermann, Andreas/Strittmatter, Angelika (Hrsg.), Urheberrechtliche Probleme der Gegenwart: Festschrift für Ernst Reichardt zum 70. Geburtstag, 1. Auflage, Baden-Baden 1990, 203 vd.

SENGİR, Turgut, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yönünden Gerçekleştirilme Amacıyla Verilen Artistik Fikir, Batider, Ankara 1972, C. VI, S. 4, 707-714.

SPACEK, Dirk, Schutz von TV-Formaten, Zürich 2005.

SULUK, Cahit/**ORHAN**, Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. II, İstanbul 2005.

Televizyon Program Formatlarının Korunması

TADDICKEN, Monika, Fernsehformate im Interkulturellen Vergleich: „Wer wird Millionär“, Berlin 2003.

TANDOĞAN, Haluk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara 1987.

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004.

ULMER, Eugen, Elektronische Datenbanken und Urheberrecht, 1971, 52.

WEY, Hans Heinrich, Die Stiefkinder des geistigen Eigentums, GRUR 1980, 501 vd.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 1996.

ZCSHOKKE, Andres, Der Werkbegriff im Urheberrecht, Zürich 1966.

ANONİM ŞİRKETLERDE ORTAKLIKTAN ÇIKARILMA*

Dr. Aytekin ÇELİK**

ÖZET

Anonim şirketler ekonomik ve sosyal hayat açısından önemli bir takım fonksiyonları yerine getirmelerinden dolayı bu şirketlerde diğer şirketlerdeki ortaklıktan çıkarılmaya ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Ancak özellikle menfaat ihtilafları ve ekonomik yoğunlaşmalar konusundaki bir takım gelişmelerden dolayı anonim şirketlerde bazı ortaklıktan çıkarılma sebeplerinin düzenlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Ortaklıktan çıkarılma konusundaki bu düzenlemelere Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda da yer verilmiştir. Bu kapsamda Tasarı'da ilk olarak hakim pay sahiplerine bir şirketin tamamına yakının ele geçirilmesi veya birleşme kararının oldukça yüksek bir çoğunlukla alınması halinde geride kalan pay sahiplerini ortaklıktan çıkarma hakkı tanınmıştır. Bunun dışında haklı sebeple fesih ve denkleştirme davalarında da mahkemelerin pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına karar verebilecekleri düzenlenmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Iskat, ortaklıktan çıkarılma, hakim pay sahibi, birleşme, haklı sebeple fesih

EXCLUSION OF SHAREHOLDERS FROM THE JOINT STOCK COMPANIES

ABSTRACT

In the joint –stock companies unlike other companies, there weren't any arrangements about the exclusion of shareholders as they implement some important functions as regard of economic and social life. But the necessity to arrange the reasons causing the exclusion of shareholders has been felt as some improvisations has been occurred especially because of the economic concentrations and of the increasing conflicting -interests. The arrangements which are about exclusion of shareholders have a part in The Draft of Turkish Commercial Code. In this sense the right to squeeze out the remaining shareholders has been given to the controlling shareholders in case of merging decision is taken with the grant majority of the votes or in case of nearly whole of the company are captured. Except from these applications, the verdictions to

* Bu çalışma S.Ü. Sosyal Bilimleri Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalında hazırlanan ve 06.07.2009 tarihinde oybirliğiyle kabul edilen aynı adlı doktora tezinin özetidir.

** S.Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

squeeze out the shareholders have been arranged in the cases of dissolution for justible reasons and the courts of the equalization

KEYWORDS: Forfeiture of shares, exclusion of shareholders, controlling shareholder, merger, dissolution for justifiable reasons

Ş1. GİRİŞ

Anonim şirketlerin ekonomik ve sosyal hayat açısından önemli bir fonksiyonu yerine getirmeleri, bu şirketlerin diğer şirketlerden farklı bir takım düzenlemelere tâbi tutulmalarını zorunlu kılmıştır. Bu düzenlemelerden birisi de ortaklıktan çıkarılma konusunda karşımıza çıkmaktadır. Şirketler hukukunda ortaklıktan çıkarılma, bir ortağın ortaklık haklarının kendi istek ve iradesi dışında elinden alınması anlamına gelir¹. Türk hukukunda ortaklıktan çıkarılma müessesesine kollektif, komandit ve limited şirketlerle kooperatiflerde yer verilmiştir. Buna karşılık adi şirketlerde ortaklıktan çıkarılmanın mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Anonim şirketlerde ise şahıs şirketlerinde düzenlendiği şekilde ortaklıktan çıkarılma konusuna yer verilmemiştir. Ancak TTK 407 ve 408’de düzenlenen ıskat müeyyidesinin uygulanması sonucu, ortaklıktan çıkarılma sonucunun doğabilmesi mümkündür.

Anonim şirketlerde diğer şirketlerin aksine haklı sebeple ortaklıktan çıkarılma müessesesine yer verilmemiştir. Aynı şekilde anonim şirket esas sözleşmelerinde de ortaklıktan çıkarılma sebeplerinin düzenlenmesi mümkün değildir. Ancak özellikle ekonomik yoğunlaşmaların yaygın bir uygulama alanına sahip olması, başta anonim şirketler olmak üzere bütün ticaret şirketlerinde yeni bir takım düzenlemelerin yapılması sonucunu doğurmuştur. Bu çerçevede Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda (Tasarı) da ortaklıktan çıkarılmaya ilişkin bir takım düzenlemelere yer verilmiştir.

Tasarı’da bir şirketin tamamına yakınının ele geçirilmesi halinde (Tasarı 208), birleşme kararının ortakların büyük bir çoğunluğuyla alınması halinde (Tasarı 141), denkleştirme davalarında (Tasarı 202/1/b) ve haklı sebeple fesih davalarında (Tasarı 531) pay sahiplerinin ortaklıktan çıkartılmasına ilişkin düzenlemeler getirilmektedir.

¹ **Çamoğlu**, Ersin (**Tekinalp**, Ünal/**Poroy**, Reha), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2007, N. 303b; **Baştuğ**, İrfan, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966, s. 54; **Çevik**, O. Nuri, Anonim Şirketler, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 186, 187; **Çamoğlu**, Ersin, Kollektif Ortaklıklarda Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, İstanbul 1976, s. 125; **Domaniç**, Hayri, Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, 4. Bası, İstanbul 1988, s. 104, 380; **Akkanat**, Halil, Adi Ortaklıkta “Haklı Sebep İhraç” Mümkün Müdür?, İÜHFİM, C. LXII, Sa. 1-2, Y. 2004, s. 334.

Anonim şirketlerde pay sahipliğinden çıkarılma sonucunu doğuran hallerden birisi de ıskattır. İskat hem Türk Ticaret Kanunu'nda hem de Tasarı'da düzenlenmiştir. Ancak ıskat, Tasarı ile getirilen çıkarılma hallerinden farklı olarak anonim şirketlerdeki menfaat ihtilaflarını çözüme kavuşturmak amacıyla değil pay sahiplerinin sermaye koyma borçlarını yerine getirmelerini sağlamak amacıyla yapılmış bir düzenlemedir.

Tasarı'daki ortaklıktan çıkarılmaya ilişkin düzenlemelerden sadece haklı sebeple fesih davası sonucunda davacı azlık² pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmasına ilişkin düzenleme anonim şirketlere özgüdür. Zira bir şirketin tamamına yakınının ele geçirilmesi halinde ortaklıktan çıkarılma (Tasarı 208), ortağı çıkararak birleşme (Tasarı 141) ve hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması halinde söz konusu olan ortaklıktan çıkarılma (Tasarı 202/1/b) prosedürleri Tasarı'nın ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeler anonim şirketler için olduğu kadar diğer ticaret şirketleri açısından da uygulama alanı bulabilecek niteliktedir. Ancak gerek bu çalışmanın konusunun sadece anonim şirketlerle sınırlı olması gerekse şirket toplulukları ve birleşme yoluyla ekonomik gücün merkezileşmesine en uygun şirketlerin anonim şirketler olması sebebiyle söz konusu düzenlemeler sadece anonim şirketler açısından ele alınacaktır.

§2. ISKAT

Pay sahiplerinin taahhüt ettikleri sermayeyi zamanında yerine getirmeleri şirketin hem varlığını devam ettirebilmesi hem de amacının gerçekleştirebilmesi açısından oldukça önemlidir³. Sermayenin temini ve korunması şirket tüzel kişiliği için olduğu kadar alacaklılar açısından da önemlidir. Anonim şirketlerde hem pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu bulunmakta hem de şirket alacaklılarının doğrudan pay sahiplerine başvurma imkânı bulunmamaktadır⁴. Bundan dolayı anonim şirketlerde sermaye,

² Bu çalışmada da esas sermayenin belirli bir oranını temsil eden (% 5, % 10 gibi) pay sahiplerini ifade etmek üzere azlık, çoğunluk pay sahiplerinin dışında kalan pay sahiplerini ifade etmek üzere de azınlık pay sahibi kavramları tercih edilmiştir.

³ Aynı yönde bkz. **Kaplan**, Emine T., Tamamı Ödenmemiş Hisse Senedi Sahibinin Durumu ve Konkordato, Batider, Haziran 1981, C.XI, Sa. 1, s. 119.

⁴ **Pennington**, Robert R., Company Law, Eighth Edition, Great Britain 2001, s. 159; **Dornseifer**, Frank, Corporate Business Forms in Europe : A Compendium of Public and Private Limited Companies in Europe , Edited by Frank Dornseifer, Berne : Staempfli; München: Sellier European Law Publishers, 3 Editions, December 2005, s. 219; **Viecen-Bütler**, Sylvia / **Bucher**, Benno, European Company Structures: A Guide to Establishing a Business Entity in a European Country by Michael J. Oltmanns, Ernst and Young Legal Series, March 1998, s. 246; **Göle**, Celal, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma

Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma

alacaklılar açısından bir teminat teşkil etmektedir⁵.

Sermaye koyma borcunun zamanında yerine getirilmemesinin müeyyideleri TTK 407-408 (Tasarı 482-483)'de düzenlenmiştir. Buna göre sermaye taahhüdünün zamanında yerine getirilmemesi halinde aynen ifa davası, icra takibi, gecikme faizi ve cezai şart gibi müeyyideler uygulanabileceği gibi ıskat prosedürüne de başvurulabilir.

Sermaye koyma borcunun ifasında temerrüde düşen pay sahibinin, iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından yoksun bırakılması ve payının satılıp yerine bir başkasının alınması müeyyidesine ıskat denir. Bir başka ifadeyle ıskat, pay sahibinin sermaye borcunu ödemesinde temerrüde düşmesi halinde, karşılıkları tamamen ödenmeyen paylara ilişkin pay sahipliği sıfatının sahibinin aksi yöndeki iradesine rağmen elinden alınmasıdır⁶.

İskatın uygulanmasıyla sadece karşılıkları zamanında ödenmeyen paylar için pay sahipliği sıfatı ortadan kalkar. İskat sonucunda ortaklıktan çıkarılma sonucunun doğabilmesi için ıskat müeyyidesiyle karşı karşıya kalan kişinin anonim şirkette başka payının olmaması veya bu kişinin sahip olduğu bütün

Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Ankara 1976, s. 54; **İzmirli**, Yadigar, Türk Ticaret Kanununa Göre Tasfiye Memurlarının Görev Yetki ve Sorumlulukları, Ankara 2001, s. 162. Bu konuda ayrıca bkz. YHGK 1.3.1967 tarih ve E. 1511, K. 133 sayılı kararı, AnBD Y.1967, Sa. 1, s. 502; TD 16.6.1967 tarih ve E. 2641, K. 2586 sayılı kararı, Batider 1968, C.IV, S.3, s. 550, 551; İİD 23.5.1968 tarih ve E. 5614, K. 5491 sayılı kararı AnBD 1968, C.XXV S. 4, s. 788. “*Kural olarak ortaklar, anonim ortaklığın borcundan dolayı sorumlu değildir. Eğer ortaklar, sermaye borçlarını ödemiş iseler, bu borcu ödemekle yükümlüdürler*” (11 HD 31.01.1994 tarih ve E. 3308, K. 561 sayılı kararı (**Eriş**, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticarî İşletme ve Şirketler, Ticaret Şirketleri-Madde 223-556, C.2, 4. Baskı, Ankara 2007, s. 2368)). Anonim şirketlerde ortakların sorumluluğu alacaklılara karşı değil ortaklığa karşıdır. Bu nedenle şirket tüzel kişiliği dışındaki bir takım kişi ve kuruluşların ortaklardan talepte bulunabilmeleri mümkün değildir. Buna karşılık istisnaen tasfiye halinde tasfiye memurlarının ve iflas halinde de iflas idaresinin ortaklardan talepte bulunabilmesi mümkündür.

⁵ **Levy**, A.B., Private Corporations and Their Control, Part II, 1998, s. 473; **Morse**, Geoffrey, Charlesworth's Company Law, Seventeenth Edition, London 2005, s. 139, 141; **Dornseifer**, s. 221; **Baştuğ**, s. 8, 63. Şirket sermayesinin alacaklılara karşı bu anlamda teminat teşkil etmesi sadece sermaye şirketlerine özgüdür. Şahıs şirketlerinde ortakların sınırsız bir şekilde sorumlu olmaları, şirket sermayesinin teminat teşkil etme niteliğini zayıflatmıştır.

⁶ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1060. Karşılığı tamamen ödenmiş payların ıskat edilmesi mümkün değildir.

paylara ıskat müeyyidesinin uygulanmış olması gerekir⁷. Bu durum ıskatı şirketler hukukundaki diğer çıkarılma hallerinden ayırır⁸. Bu nedenle ıskatı, “çıkartılma benzeri bir hal”⁹ veya “çıkartılma sonucunu doğurabilen bir hal” olarak da ifade etmek mümkündür¹⁰.

Sermaye koyma borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi, diğer bütün ticaret şirketleri açısından ortaklıktan çıkarılma sebebi olarak kabul edilmiştir¹¹. Ancak, ıskat bu müeyyidenin uygulanması sonucunda pay sahibine herhangi bir ödeme yapılmaması hatta bazı durumlarda pay sahibinin şirkete borçlu kalmakta devam etmesinden dolayı¹² (TTK 483/3) diğer şirketlerdeki çıkarılmaya ilişkin düzenlemelerden ayrılır¹³.

⁷ Ancak buradaki çıkarılma hali bile şahıs şirketleri anlamında ortaklıktan çıkarılmadan farklıdır. Mesela buradaki çıkarılma hali sermaye koyma borcunun yerine getirilmesinde temerrütten kaynaklandığı için şahıs şirketlerindeki çıkarılmadan farklı olarak pay sahiplerine ayrılma akçesinin ödenmesi mümkün değildir. Buradaki çıkarılma ile şahıs şirketleri anlamındaki çıkarılma arasındaki en büyük benzerlik her ikisinin de ortaklık sıfatını sona erdirmeleridir. *Değirmenci* bu halde dahi çıkarılma ifadesinin kullanılmayacağını, ıskat ile çıkarılmanın birbirinden oldukça farklı olduğunu ileri sürmektedir (**Değirmenci**, Cenker, Anonim Ortaklıkta ıskat, İstanbul 2006, s. 13, 20). Ancak kanaatimizce ortaklık sıfatını sona erdirmesinden dolayı burada da çıkarılma kavramının kullanılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

⁸ Sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesine ilişkin TTK 529 ve KoopK 27’deki düzenlemeler dahi TTK 407-408’de düzenlenen ıskatla pek çok konuda ayrılmaktadır. Aynı yönde bkz. **Değirmenci**, s. 20.

⁹ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 848a.

¹⁰ Ancak bazı Yargıtay kararlarında ıskat ile çıkarılma kavramları arasındaki bu farklılık göz önünde bulundurulmadan TTK 407/2’deki müeyyideden çıkarılma olarak bahsedilmektedir. Bu konuda bkz. 11 HD 11.06.1990 tarih ve E. 798/K.4612, 11 HD 27.01.1992 tarih ve E. 5237, K. 344 sayılı kararı; 11 HD 25.02.1987 tarih ve E. 6804, K. 1099 sayılı kararı; 11 HD 13.11.1980 tarih ve E. 4561, K. 5242 sayılı kararı (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2381, 2389, 2394)

¹¹ Bu konuda bkz. TTK 188, 197, 199, 267, 407, 408, 529.

¹² Anonim ve limited şirketlerde bazı şartların gerçekleşmesi halinde ıskata maruz kalan ortağın dışında önceki seleflerinin de sorumluluğu yoluna gidilebilir. Bu konuda bkz. TTK 419/2, 531.

¹³ Aynı yönde bkz. **Baştuğ**, s. 8; **Tekinalp**, Ünal, Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sıfatının Kazanılması ve Yitirilmesi, İstanbul 1972, s. 162; **Değirmenci**, s. 19, 20. Limited şirketlerde de ortak, ıskata rağmen ödenmeyen borçtan eskisi gibi mesul olmakta devam eder (TTK

İskat usulü, pay sahipliği sıfatının kaybı sonucunu doğurmasından dolayı istisnai niteliktedir ve emredici şekilde düzenlenmiştir¹⁴. Düzenlemenin emredici niteliği iskatın hem uygulama alanı hem de uygulanma usulü açısından karşımıza çıkmaktadır. TTK 407 gereğince iskat sadece sermaye koyma borcunun zamanında yerine getirilmemesi halinde uygulanabilir. Anonim şirket esas sözleşmelerine iskatın uygulama alanını genişleten veya iskat usulünü kolaylaştıran hükümlerin konulması mümkün değildir. Ancak Yargıtay bazı kararlarında esas sözleşmeyle sermaye koyma borcunu yerine getirmemenin dışında başka iskat sebeplerinin de düzenlenebileceğini kabul etmiştir¹⁵.

Pay sahibinin sermaye koyma borcunda temerrüde düşmesi halinde hangi müeyyidenin uygulanacağına karar verecek organ, yönetim kuruldur. Yönetim kurulu temerrüde düşen pay sahibini ve şirketin o anki durumunu göz önünde bulundurarak hangi müeyyidenin uygulanması şirketin menfaatine ise o müeyyideyi uygulayacaktır. Bu açıdan yönetim kurulu ne iskatı ne de diğer müeyyideleri uygulama zorunluluğu altında bırakılabilir¹⁶. Daha pay sahiplerinin temerrüt durumu oluşmadan ve şirketin o zamanki durumu göz

529/2). Şahıs şirketlerinde de ortaklıktan çıkartılan kişinin sorumluluğunun devam ettiği bazı durumlar vardır (**Baştuğ**, s. 23, 24).

¹⁴ **Göle**, s. 114; **Arslanlı**, Halil, Anonim Şirketler, I, İstanbul 1959, s. 182; **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N.1062; **Doğanay**, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, C.1, İstanbul 2004, s. 1223, 1225; **Çevik**, Anonim Şirketler, s. 738; **Battal**, Ahmet, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan İskat Prosedürü (TTK m. 408) ile İlgili Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII, 9-10 Haziran 2000, Ankara 2000, s. 60; **Kaplan**, s. 127; **Başbuğoğlu**, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C.I. Ankara 1988, s. 624; **Değirmenci**, s. 1, 10; **Yılmaz**, Yavuz, Anonim Şirkette Ortağın İskatı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1998, s. 11. "...pay sahiplerinin iskatı usul ve şartları, Türk Ticaret Kanunu'nun 406-408. maddelerinde emredici kurullarla düzenlenmiştir." (11. HD. 15.12.2000 tarih ve E. 10580, K. 10123 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr)).

¹⁵ "Anonim ortaklıkta bir ortağın ortaklıktan çıkarılması, ana sözleşmede başka bir hüküm bulunmadıkça ancak sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi halinde söz konusu olabilir" (TD 16.01.1968 tarih ve E. 4479, K. 243 sayılı kararı (Batider, C. IV, S. 4, s. 726, 727). **İmregün** ve **Düşünür** de esas sözleşmede başka iskat sebeplerinin öngörülebileceği fikrindedir (**İmregün**, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1968, s. 266; **İmregün**, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul 1977, s. 429; **Düşünür**, Ahmet, Anonim Şirketlerde Pay Sahipliğinin Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukukî Sonuçları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996, s. 142).

¹⁶ **Steiger**, Von, İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, Çev. Çağa, Tahir, İstanbul 1968, s. 191. Aksi yönde bkz. **Yılmaz**, s. 56, 72.

önüne alınmadan yönetim kurulunu belirli bir müeyyidenin uygulanması veya uygulanmaması konusunda zorlamak TTK 407 vd. (Tasarı 482 vd.) hükümleri ile bağdaşmaz.

Anonim şirket esas sözleşmelerinde kanundaki ıskat usulüne ilişkin düzenlemelere aykırı hususlara da yer verilemez. Bu nedenle ıskat usulünün esas sözleşme ile yumuşatılması mesela bir aylık sürenin kaldırılması veya on güne indirilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde esas sözleşmelerde ıskat usulünü ağırlaştırıcı düzenlemelere de yer verilemez. Kanundaki ıskat usulünün hafifletilmesi en başta pay sahiplerinin zarar görmesine yol açabilir. Zira bu durumda pay sahipleri ıskat gibi son derece ağır sonuçları olan bir müeyyideyle çok kolay bir şekilde karşı karşıya kalabileceklerdir. Buna karşılık ıskat usulünün esas sözleşmeyle ağırlaştırılması halinde de alacaklıların ve şirketin zarara uğraması söz konusu olabilir. Zira böyle bir durumda ıskatın caydırıcılık fonksiyonu azalacağından esas sermayenin temini de zorlaşacaktır. Aynı şekilde esas sözleşmelerde ıskat usulünün uygulanmasını zorlaştıran hükümlere yer verilmesi sermaye koyma borcunun tahsilini de sürüncemede bırakacaktır.

I. İskatın Uygulanma Şartları

Anonim şirkette pay sahiplerine ıskat müeyyidesinin uygulanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan en önemlisi pay sahibinin sermaye koyma borcunun ifasında temerrüde düşmüş olmasıdır. Ancak pay sahibinin temerrüde düşmüş olması tek başına ıskatın uygulanabilmesi açısından yeterli değildir. Bunun dışında temerrüde düşen pay sahibinin yeniden ödemeye davet edilmesi ve kendisine bir aylık bir süre verilmesi de gerekir. İskat ancak pay sahibinin kendisine tanınan bu süre içerisinde bakiye sermaye borcunu ödememesi halinde söz konusu olabilir.

İskat prosedürünün başlatılabilmesi için, pay sahibinin sermaye koyma borcunun ifasında temerrüde düşmüş olması gerekir. Sermaye koyma borcunun ifasında temerrüt dışında başka bir sebeple ıskat prosedürüne başvurulabilmesi mümkün değildir. Ortaklık ilişkisi içerisinde pay sahiplerinin anonim şirkete karşı pay bedelini ifa, ikincil yükümlülükleri yerine getirme, ihraç primini (agioyu) ödeme gibi çeşitli yükümlülükleri söz konusu olabilir. Ancak pay sahiplerinin bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri her zaman ıskat sonucunu doğurmaz. Zira ıskat, pay sahipleri ile şirket arasında söz konusu olabilecek her türlü yükümlülüğün ihlali halinde uygulanabilecek bir müeyyide değildir. İskatın uygulanabileceği tek durum, “*sermaye koyma borcunun*” zamanında yerine getirilmemesidir¹⁷.

¹⁷ **Levy**, s. 468; **Göle**, s. 116; **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1064; **Çevik**, Anonim Şirketler, s. 738; **Kaplan**, s. 127; **Arslanlı**, s. 182; **İmregün**, AO, s. 221; **Değirmenci**, s. 9; **Selvi**, A. Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004, s. 40; **Yılmaz**, s. 10, 23. Ancak Yargıtay bu ilkeyi kabul etmekle beraber esas sözleşme ile başka ıskat sebeplerinin öngörülebileceğini kabul

Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma

Agionun sermaye koyma borcunun kapsamına girip girmediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Agio gerek yerine getirdiği fonksiyon gerekse amacı açısından sermaye koyma borcundan ayrılır. Anonim şirketlerin agiolu (primli) pay çıkarmalarının sebebi esas sermayenin temini veya artırılması değil aksine dağıtılmayan kârları, diğer yedek akçeleri ve işletme değerini (goodwill'i) belirli bir oranda paraya çevirerek eski pay sahipleri ile yenileri arasında bir denge sağlamaktır¹⁸. TTK 466/2'de de açıkça agionun kanuni yedek akçe olarak ayrılacağı ifade edilmiştir¹⁹. Görüldüğü gibi agio, sermayenin içerisinde yer alan bir husus değildir²⁰. Bu nedenle sermayenin korunması ilkesine hizmet eden iskatın agionun ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde²¹ uygulanamayacağı

etmektedir (TD. 16.01.1968 tarih E. 4479, K. 243 sayılı kararı, Batider, C. IV, S. 4, s. 726).

¹⁸ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 778; **Okutan**, Gül Nilsson, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003, s. 32; **Domaniç**, Hayri, Halk Sermayesinin Anonim Şirketlere Katılmasını Sağlayacak Bazı Tedbirler, Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 121; **Tekinalp**, Ünal, Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerelerin Ertelenmesini İstemi, İÜHFİM 1976, Sa. 1-4, Hirsch'e Armağan, Özel Sayı, İstanbul 1977, s. 329; **Türk**, H.Sami, Anonim Ortaklık Pay Senetlerinde İtibari Değer Farkları, Mahmut Koloğlu'na 70.Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 579.

¹⁹ İngiliz hukukunda da payın primli olarak ihraç edilmesiyle elde edilen fazlalık "*ihraç primi hesabına*" (share premium account) aktarılır (CA 2006 610(1) (**Morse**, s. 145; **Hannigan**, Brenda, Company Law, Great Britain, 2003, s. 565; **McGeachie**, Jeff, Corporate Business Forms in Europe : A Compendium of Public and Private Limited Companies in Europe , England, Edited by Frank Dornseifer, Berne : Staempfli ; München : Sellier European Law Publishers, 3 Editions, December 2005, s. 63, 68).

²⁰ İngiliz hukukunda agionun pek çok bakımdan sermaye payı gibi değerlendirildiği ve sermaye payına ilişkin sınırlamalara tâbi olduğu konusunda bkz. **Hannigan**, s. 567; **McGeachie**, s. 68.

²¹ TTK'da agionun ödenme zamanıyla ilgili bir düzenleme yoktur. Tasarı'da ise agionun tescilden önce peşin olarak ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir (Tasarı 344/1). Bu nedenle Tasarı'ya göre agionun ödenmesinde temerrüde düşülmesi, TTK'ya göre daha az rastlanılabilecek bir durumdur.

kanaatindeyiz²². Aynı şekilde tali (ikincil) yükümlülüklerin ifa edilmesinde temerrüde düşülmesi halinde de ıskat müeyyidesi uygulanamaz²³.

İskatın sadece sermaye koyma borcunda temerrüt halinde uygulanabilmesi, ıskatın uygulama alanını Türk Ticaret Kanunu ile sınırlandırmaktadır. Zira Sermaye Piyasası Kanunu'na göre sermayenin taahhüt edilmesi mümkün değildir.

Sermaye koyma borcunun kapsamı içerisine hem aynî hem de nakdî sermaye taahhütleri girer. Ancak aynî sermaye taahhüdünün yerine getirilmemesi halinde hangi hukukî yola başvurulacağı konusu doktrinde tartışmalıdır²⁴. Nakdi sermaye koyma borçlarında olduğu gibi aynî sermaye koyma borçlarında temerrüde düşülmesi halinde de aynen ifa, icra takibi, cezai şart veya ıskat müeyyidelerine başvurulabilir. Bu nedenle Türk hukukunda da İsviçre doktrininde savunulduğu gibi ıskatın hem nakdî hem de aynî sermaye taahhüdünde temerrüde düşülmesi halinde uygulanabilecek bir müeyyide olarak kabulü gerekir²⁵.

Pay sahibinin temerrüde düşmesi durumunda hangi müeyyidenin uygulanacağına yönetim kurulu karar verir. Bu açıdan yönetim kurulu doğrudan

²² Bunun dışında agio, kanuni yedek akçe olarak ayrıldığından alacaklılar açısından da bir teminat teşkil etmez. Dolayısıyla agionun ödenmesinde temerrüde düşülmüş olması halinde ıskat müeyyidesinin uygulanmaması alacaklılar açısından bir zarara sebep olmaz.

²³ **Hırş**, Ernst E., Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 277; **İmregün**, Ticaret Hukuku, s. 397, 429; **Arslanlı**, s. 182, 195; **İmregün**, AO, s. 266; **Doğanay**, s. 1218; **Birsel**, Mahmut T., Anonim Ortaklıklarda Tali Yüküm, Batider, 1976, C. VIII, Sa. 3, s. 44, 45; **Ansay**, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982, s. 231; **Domaniç**, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988, s. 823; **Göle**, s. 134; **Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2366; **Kaplan**, s. 127; **Erem**, Turgut S., Ticaret Hukuku Prensipleri, C.II, 3. Baskı, İstanbul 1969, s. 286; **Yılmaz**, s. 16. Ancak doktrinde bazı yazarlar, esas sözleşmede özel olarak düzenlenmiş olmak şartıyla ikincil yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde de ıskat müeyyidesinin uygulanabileceği kanaatindedir (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2366; **Düşünür**, s. 113, 141).

²⁴ **Ansay**, AŞ, s. 228; **Domaniç**, Anonim Şirket, s. 734; **Bilgin**, Yüksel, Sermaye Ortaklıklarında Katılma Payı ve Hukuksal Sonuçları, Ankara İTİAD, 1978, C. 10, Sa. 1-2, s. 186, 187.

²⁵ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1065; **İmregün**, AO, s. 224 dn.30; **Değirmenci**, s. 10, 26; **Arslanlı**, s. 192; **Domaniç**, Anonim Şirket, s. 1175; **Karayalçın**, Yaşar, Para Değerinde Değişmeler - Yabancı Sermaye ve Anonim Şirketlerde Aynî Pay, Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 525; **Yılmaz**, s. 19.

ıskat yolunu seçebileceği gibi aynen ifa veya diğer müeyyidelere de başvurabilir. Ancak anonim şirketin hem ıskat hem de aynen ifa veya icra takibi yollarına başvurulabilmesi mümkün değildir. Yönetim kurulunun ıskat prosedürüne başladıktan sonra aynen ifa veya icra takibi yollarına başvurulabilmesi için ıskat prosedürünü bırakması gerekir²⁶.

Pay sahibinin sermaye koyma borcunun ifasında temerrüde düşmesi icra takibi, aynen ifa, gecikme faizi ve tazminat talep edilebilmesi açısından yeterli olmasına rağmen, ıskat usulünün uygulanabilmesi açısından yeterli değildir. Yönetim kurulu pay sahibinin temerrüdü neticesinde aynen ifa, icra takibi vb. diğer yollara başvurmak yerine ıskat usulünü uygulama yolunu seçmişse, öncelikli olarak mütemerrit pay sahibine yeniden ödeme için çağrıda bulunması ve ihtarda bulunulması gerekir²⁷.

Yönetim kurulu tarafından ıskat kararı verilebilmesi için mütemerrit pay sahibinin kendisine tanınan bir aylık süre içerisinde ödeme yapmamış olması gerekir²⁸. Mütemerrit pay sahibi kendisine tanınan süre içerisinde temerrüde konu olan tutarı tam olarak öderse artık ıskat kararı verilemez²⁹. Pay sahibinin

²⁶ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N.1060; **Battal**, s. 58; **Doğanay**, s. 1222; **Değirmenci**, s. 7.

²⁷ Yeniden çağrıda da ilk çağrıda olduğu gibi pay sahiplerinin ödemeye davet ve ihtar edilmelerinde eşit işlem ilkesine uygun hareket edilmesi gerekir. Aynı yönde bkz. **Battal**, s. 73.

²⁸ Bu sonucun ortaya çıkabilmesi için daha önceden pay sahibinin temerrüde düşürülmüş olması gerekir. Aksi halde yani pay sahibi temerrüde düşürülmeden ödeme için bir aylık süre tanınması ve bu süre içerisinde ödeme yapılmamış olması hiçbir hukukî sonuç doğurmaz (11 HD 23.11.1982 tarih ve E. 4697, K. 4895 sayılı kararı (**Eriş**, Ticaret Şirketleri , s. 2391)).

²⁹ Anonim şirketin pay sahibi tarafından usulüne göre yapılan ödemeyi kabul etmemesi halinde ıskat müeyyidesinin uygulanması mümkün değildir. Zira böyle bir halde artık borçlu değil alacaklı temerrüdünden söz edilir. Aynı yönde bkz. **Değirmenci**, s. 55. "... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davalı şirketin 27.5.1998 tarihinde tescil ve ilân edilen sermaye artırım kararı henüz kesinleşmeden, davalının kendi usulsüz davranışlarına dayalı şekilde, davacı hakkında 26.5.1998 tarihinde ıskat prosedürünü uygulaması ve ihtarname ile davacıya tanınan sürenin son gününde ve fakat mesai saatinden sonra yatırılmış olmasına rağmen bir kısmını da kendi ödemelerinde kullandığı, davacının apel borcuna karşılık faiziyle yatırılan paranın ödenmesini kabul etmeyip daha sonraki bir tarihte faizsiz olarak yatırılacak paranın tahsiline girişilmiş olması ve hatalı ıskat prosedürüne devam olunması, MK'nun 2.maddesindeki objektif iyiniyet kurallarına ters düşeceğinin kabulünün

ıskat kararına engel olabilmek için yapması gereken ödemenin kapsamı doktrinde tartışmalıdır. Zira pay sahibinin temerrüde düşmesinden sonra sermaye koyma borcunun yanında gecikme faizi, tazminat ve cezai şartın da söz konusu olması mümkündür³⁰. Doktrinde bazı yazarlar³¹, pay sahibinin sadece bakiye sermaye borcunun talep edilen kısmını ödeyerek ıskata engel olabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşte olan yazarlara göre bakiye sermaye koyma borcunun ödenmesinden sonra gecikme faizinin, tazminatın ve cezai şartın ödenmemesi halinde ıskat müeyyidesi uygulanamaz³².

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre pay sahibi tarafından pay bedelleri miktarınca bir ödeme yapılmış olması durumunda, yönetim kurulunun ödenen bu bedelden BK 84/1 gereğince öncelikli olarak işlemiş faizleri ve cezai şartı mahsup etmesi, bedelleri ödenmeyen paylar için de ıskat müeyyidesini uygulaması gerekir³³. Sadece sermaye koyma borcunun ödenmesinin ıskat kararı alınmasına engel olacağını kabul etmek, ıskatı caydırıcı bir müeyyide olmaktan çıkarır. İskat kanunda sayılan şartların oluşmasıyla kendiliğinden gerçekleşen bir müeyyide değildir³⁴. Pay sahibinin anonim

gerekmesine göre, davalının temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanması gerekmiştir.” (11 HD. 18.01.2000 tarih ve E. 6574, K. 94 sayılı kararı (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2383; **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N.1060)).

³⁰ Bundan dolayı pay sahibine yeniden çağrı yapılmasını düzenleyen Tasarı 483’de pay sahibinden talep edilen miktar, ilk çağrıya ilişkin Tasarı 481’den farklı olarak pay bedelleri yerine “temerrüde konu olan tutar” şeklinde ifade edilmiştir.

³¹ **Göle**, s. 118, 134; **Doğanay**, s. 1225; **Kaplan**, s. 128; **Düşünür**, s. 123. *Tekinalp* de bu aşamada taahhüdün yerine getirilip getirilmemesi üzerinde durmuş, pay sahibinin kendisine tanınan bir aylık süre içerisinde taahhüdünü yerine getirmemesi halinde ıskat edileceğini görüşünü ileri sürmüştür. Dolayısıyla yazara göre pay sahibinin bir aylık süre içerisinde sadece sermaye koyma borcunu yerine getirerek ıskatın uygulanmasını engelleyebilmesi mümkündür (**Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1067).

³² Buna karşılık *Levy* ve *Battal*, ödenmesi talep edilen kısmın gecikme faizini de kapsamı gerektiği fikrindedir (**Levy**, s. 473; **Battal**, s. 57).

³³ **Teoman**, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukukî Mütalaalar Kitap 1:1989-1991, İstanbul 1992, C.I, s. 95; **Değirmenci**, s. 22.

³⁴ Buna karşılık kooperatiflerde sermayeye katılma borcunu veya diğer ödemeleri yerine getirmeyen ortağın, ortaklık hakları Kooperatifler Kanunu’nda belirtilen şartların gerçekleşmesiyle birlikte kendiliğinden sona erer (KoopK 27). Yani Kooperatifler Kanunu’na göre ıskat bir organının kararına gerek kalmaksızın kendiliğinden gerçekleşir (**Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu) N. 1844, 1845). Ancak bu sonucun ortaya çıkabilmesi için anonim şirketlerdeki ıskat prosedürüne

şirketten ıskat edilebilmesi için mutlaka yetkili organ tarafından bu yönde bir kararın alınmış olması gerekir³⁵.

II. Iskat Kararı ve Iskatın Hükümsüzlüğü

Iskat kanunda sayılan şartların oluşmasıyla kendiliğinden gerçekleşen bir müeyyide değildir³⁶. Pay sahibinin anonim şirketten ıskat edilebilmesi için

benzer bir prosedürün izlenmesi gerekir. Bu prosedürü anonim şirketlerdeki ıskat prosedüründen ayıran farklılık ise kooperatiflerde izlenen prosedürün sonunda bir yönetim kurulu kararına ihtiyaç olmadan ıskatın kendiliğinden gerçekleşmesidir. Buna karşılık Yargıtay, kooperatiflerde çıkarmanın kendiliğinden gerçekleşmeyeceğini, mütemerrit ortak hakkında çıkarma kararının alınması gerektiğine karar vermiştir ((11 HD 23.03.1978 tarih ve E. 923, K. 1454 sayılı kararı (YKD C.V, Sa.6, Haziran 1979, s. 833; **Eriş**, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2001, s. 583); 11 HD 13.02.1984 tarih ve E. 614, K. 711 sayılı kararı, 11 HD 20.03.1984 tarih ve E. 1472, K. 1607 sayılı kararı, 11 HD 28.02.1992 tarih ve E. 6174, K. 2611 sayılı kararı (**Çevik**, O. Nuri, Kooperatifler Kanunu, 6. Baskı, Ankara 2003, s. 379, 380); 11 HD 23.03.1978 tarih ve E. 923, K. 1454 sayılı kararı (**Kurtulan**, Ahmet, Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 252)). *Tekinalp* ise Kooperatifler Kanunu'nda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde ıskatın kendiliğinden gerçekleşeceğini, bu aşamadan sonra yönetim kurulu tarafından alınan kararın durumu tespit eden açıklayıcı nitelikte bir karar olduğu görüşündedir (**Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N.1848). Aksi yönde bkz. **Eriş**, Kooperatif, s. 580; **Kurtulan**, s. 244.

³⁵ “Yönetim kurulunca, TTK.nun 407, 408. maddeleri hükümlerince, ortaklara apel borçlarını ödemeleri için usulüne uygun tebligatların yapıldığı olduğu varsayılsa bile, TTK 407. maddesine göre vecibelerini yerine getirmeyen ortakların haklarından mahrum edilmeleri ve yerlerine başka ortaklar alınması, idare meclisinin itihaz edeceği bir kararla mümkün olabilecektir.” (11 HD. 27.12.1983 tarih ve E. 5531, K. 5921 sayılı kararı) (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2378; **Okçuoğlu**, Yavuz, Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Ankara 1991, s. 246 vd.).

³⁶ Buna karşılık kooperatiflerde sermayeye katılma borcunu veya diğer ödemeleri yerine getirmeyen ortağın, ortaklık hakları Kooperatifler Kanunu'nda belirtilen şartların gerçekleşmesiyle birlikte kendiliğinden sona erer (KoopK 27). Yani Kooperatifler Kanunu'na göre ıskat bir organın kararına gerek kalmaksızın kendiliğinden gerçekleşir (**Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1844, 1845). Ancak bu sonucun ortaya çıkabilmesi için anonim şirketlerdeki ıskat prosedürüne benzer bir prosedürün izlenmesi gerekir. Bu prosedürü anonim şirketlerdeki ıskat prosedüründen ayıran farklılık ise kooperatiflerde izlenen prosedürün sonunda bir yönetim kurulu kararına ihtiyaç olmadan ıskatın kendiliğinden gerçekleşmesidir. Buna karşılık Yargıtay, kooperatiflerde çıkarmanın kendiliğinden gerçekleşmeyeceğini, mütemerrit ortak hakkında çıkarma

mutlaka yetkili organ tarafından bu yönde bir kararın alınmış olması gerekir³⁷. Eğer yetkili organ tarafından alınmış bir ıskat kararı yoksa pay sahibine ödeme için çağrı ve ihtarda bulunulması, pay sahibine ödeme için süre verilmesi ve pay sahibinin bu süre içerisinde ödeme yapmaması ıskat sonucunu doğurmaz.

Pay sahibinin sermaye koyma borcunu yerine getirmemesi halinde hangi müeyyidenin uygulanacağına yönetim kurulu karar verir³⁸. Bu nedenle ıskat prosedürünü uygulama ve ıskata karar verme yetkisi de yönetim kuruluna aittir³⁹. Temerrüde düşen pay sahibine ait payların ıskat edilebilmesi için

kararının alınması gerektiğine karar vermiştir ((11 HD 23.03.1978 tarih ve E. 923, K. 1454 sayılı kararı (YKD C.V, Sa.6, Haziran 1979, 833; **Eriş**, Kooperatif, s. 583); 11 HD 13.02.1984 tarih ve E. 614, K. 711 sayılı kararı, 11 HD 20.03.1984 tarih ve E. 1472, K. 1607 sayılı kararı, 11 HD 28.02.1992 tarih ve E. 6174, K. 2611 sayılı kararı (**Çevik**, Kooperatif, s. 379, 380); 11 HD 23.03.1978 tarih ve E. 923, K. 1454 sayılı kararı (**Kurtulan**, s. 252)). *Tekinalp* ise Kooperatifler Kanunu'nda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde ıskatın kendiliğinden gerçekleşeceğini, bu aşamadan sonra yönetim kurulu tarafından alınan kararın durumu tespit eden açıklayıcı nitelikte bir karar olduğu görüşündedir (**Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N.1848). Aksi yönde bkz. **Eriş**, Kooperatif, s. 580; **Kurtulan**, s. 244.

³⁷ “Yönetim kurulunca, TTK.nun 407, 408. maddeleri hükümlerince, ortaklara apel borçlarını ödemeleri için usulüne uygun tebligatların yapıldığı olduğu varsayılsa bile, TTK 407. maddesine göre vecibelerini yerine getirmeyen ortakların haklarından mahrum edilmeleri ve yerlerine başka ortaklar alınması, idare meclisinin ittihaz edeceği bir kararla mümkün olabilecektir.” (11 HD. 27.12.1983 tarih ve E. 5531, K. 5921 sayılı kararı) (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2378; **Okçuoğlu**, Yavuz, Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Ankara 1991, s. 246 vd.).

³⁸ 11 HD 23.05.1978 tarih ve E. 2636, K. 2693 sayılı kararı (**Başbuğoğlu**, s. 625). “407 ve 408 inci maddelerdeki müeyyideler şirket idare meclisine tanınmış salahiyyetlerden ibarettir” (YHGK 1.3.1967 tarih ve E. 1511, K. 133 sayılı kararı, AnBD Y.1967, Sa. 1, s. 501). “Ortağın, ortaklık haklarından mahrum edilmesi yönetim kurulu kararı ile olur” (11. HD 27.12.1983 tarih ve E. 5531, K. 5921 sayılı kararı (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2378; **Okçuoğlu**, s. 246 vd)).

³⁹ **Pennington**, s. 376; **Göle**, s. 117 dn 166; **İmregün**, AO, s. 221; **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1056, 1060; **İmregün**, Ticaret Hukuku, s. 394; **Arslanlı**, s. 181 dn 15. “Iskat yetkisi yönetim kuruluna aittir” (11 HD 03.06.1982 tarih ve E. 2121, K. 2676 sayılı kararı (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2391). Yönetim kurulu, hem bu prosedüre başvururken hem de bu prosedürü uygularken şirketin menfaatleri doğrultusunda ve eşit işlem ilkesine uygun bir şekilde hareket etmelidir. İngiliz ve ABD hukuklarında ıskat müeyyidesinin uygulanabilmesi için yönetim kurulunun bu konuda açık bir şekilde

yönetim kurulunun pay sahibine verilen bir aylık sürenin sonunda toplanması ve ıskat kararı alması gerekir⁴⁰.

Pay sahibinin sermaye koyma borcunda temerrüde düşmesi neticesinde yönetim kurulu Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen müeyyideler içerisinde ıskatın uygulanması yolunu seçmişse, pay sahibi temerrüde konu olan paylar üzerindeki pay sahipliği sıfatını kaybeder. İskatın pay sahibi açısından başka olumsuz sonuçları da vardır. Ancak ıskat kararının bu sonuçları meydana getirebilmesi için kanunun emredici hükümlerine ve esas sözleşmeye uygun bir şekilde alınmış olması gerekir. Aksi halde ıskat kararının yokluğu, butlanı veya iptali söz konusu olabilir⁴¹. Yönetim kurulunun ıskata ilişkin kararının kanun veya esas sözleşmeye aykırı olması aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna da sebep olur⁴². Haksız şekilde ıskata maruz kalan pay sahibi tazminat talebinde de bulunabilir⁴³.

Bir ıskat kararından bahsedebilmek için her şeyden önce kanuna ve esas sözleşmeye uygun şekilde alınmış bir yönetim kurulu kararına ihtiyaç vardır. Eğer ıskat kararı yönetim kurulu dışında bir başka organ veya kişi tarafından alınmışsa ıskat kararı yok hükmündedir. İskat kararı yönetim kurulu tarafından alınsa dahi kararın kanun ve esas sözleşme hükümlerine uygun olması gerekir. Bu nedenle yönetim kurulu toplantısına üyelerin tamamının çağrılmaması⁴⁴,

yetkilendirilmiş olması gerekir (**Morse**, s. 236; **Pennington**, s. 203; **Levy**, s. 468, 471). Buna karşılık Alman hukukunda yapılan çağrıya rağmen sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen pay sahibi esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa bile şirketten ıskat edilebilir. Zira Alman hukukunda yönetim kurulunun ıskat kararı alma yetkisi esas sözleşmeden değil kanundan kaynaklanmaktadır (**Levy**, s. 472).

⁴⁰ **Levy**, s. 469; **İmregün**, AO, s. 222.

⁴¹ Doktrinde bazı yazarlar ıskat kararının kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi durumunda bu karara karşı genel kurula itiraz edilebileceği görüşündedir. Bu yazarlara göre itiraz edilen kararın genel kurul tarafından onaylanması halinde, genel kurul kararının iptali de talep edilebilir (**Göle**, s. 115; **İmregün**, Oğuz, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2001, s. 292; **Ansay**, Tuğrul, Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi, Batider, 1964, C. II, Sa. 3, s. 383; **Yılmaz**, s. 62).

⁴² **İmregün**, Yönetim Kurulu, s. 290; **İmregün**, AO, s. 163.

⁴³ **Levy**, s. 469; **Steiger** (Çev. Çağa), s. 197.

⁴⁴ Yönetim kurulu üyelerinin tamamı toplantıya çağrılmamış olsalar bile, toplantıya çağrılmayan üyeler sonradan alınan kararı imzalarlarsa yönetim kurulu kararının yokluğundan bahsedilmez (**İmregün**, Yönetim Kurulu, s. 289;

toplantı ve karar nisaplarına uyulmaması⁴⁵ alınan yönetim kurulu kararının yokluğu sonucunu doğurur⁴⁶. Yoklukla malul olan bir yönetim kurulu kararı hiçbir sonuç doğurmaz. Yönetim kurulu kararının yokluğunun tespiti ilgili olduğunu ispat eden herkes tarafından mahkemeden talep edilebilir⁴⁷.

İskat kararının geçerli olabilmesi için bu kararın yönetim kurulu tarafından kanunda belirtilen usul ve şekilde alınmış olması yeterli değildir. Ayrıca iskat kararının BK 19 ve 20 gereğince kanuna, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmaması da gerekir. Aksi halde iskat kararı batıl sayılır⁴⁸.

Özkorkut, Korkut, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996, s. 92).

⁴⁵ “Beş kişilik yönetim kurulunda iki imza ile alınan karar TTK’nun 330. maddesine aykırı ve geçersizdir.” (11. HD 27.12.1983 tarih ve E. 5531, K. 5921 sayılı kararı (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2378; **Okçuoğlu**, s. 246 vd.)).

⁴⁶ **İmregün**, Yönetim Kurulu, s. 289; **Karahan**, Sami, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Nisapları, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 184; **İmregün**, AO, s. 162; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 534; **Özkorkut**, s. 92; **Yılmaz**, s. 60. Bu konuda Bkz. 11 HD 13.05.1193 tarih ve E. 6736, K. 3457 sayılı kararı (**Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 534). Yargıtay da iskatın şartları oluşmadan veya yönetim kurulu toplantı ve karar nisapları oluşmadan alınmış iskat kararlarını geçersiz saymaktadır (11 HD 17.12.1981 tarih ve E. 5383/K. 5479, 03.06.1982 tarih ve E.2121/K. 2676, 11.06.1990 tarih ve E.798/K.4612, 27.01.1992 tarih ve E. 5237/K.344 sayılı kararları) (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2381, 2390, 2391, 2394). Ancak Yargıtay üç kişilik bir yönetim kurulunun toplantı nisabını üç kişi olarak kabul etmekte, iki kişiyle toplanan yönetim kurulu kararını geçerli saymamaktadır (11 HD 11.06.1990 tarih ve E. 798, K. 4612 sayılı kararı (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2381)).

⁴⁷ **İmregün**, Yönetim Kurulu, s. 290; **İmregün**, AO, s. 162; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 534. Bkz. 11 HD 26.01.1989 tarih ve E. 3414, K. 260 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr) Ancak yönetim kurulu kararı anonim şirketin iç ilişkisiyle ilgili olduğundan şirket alacaklılarının ve üçüncü kişilerin yönetim kurulu kararının yokluk veya butlanının tespitini dava edebilmeleri mümkün değildir. Aynı durum yönetim kurulu kararının iptalinin kabul edilmesi halinde de söz konusu olur. Bu takdirde de alacaklı ve üçüncü kişilerin iptal davası açabilmesi mümkün değildir. Bu kişiler sadece kararın uygulanması neticesinde bir zararları olmuşa ancak bu zararlarının tazminini talep edebilirler (**İmregün**, AO, s. 164).

⁴⁸ **Arslanlı**, s. 182; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), N. 534; **Ansay**, Tuğrul, Anonim Ortaklıklar ve Mahkeme Uygulaması (1967-1969 Yıllarına Ait Mahkeme Kararları), AÜHF D C.XXVII, Y.1970, Sa. 1-2, s. 125, 126; **İmregün**, Yönetim

Yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin bir hüküm ne Türk Ticaret Kanunu'nda ne de Tasarı'da yer almaktadır. Yönetim kurulu kararlarının genel kurul kararları gibi iptal edilip edilmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır⁴⁹. Yönetim kurulu kararlarının iptal edilip edilemeyeceğine ilişkin Yargıtay'ın görüşü ise henüz kararlılık kazanmamıştır. Bir kısım Yargıtay kararlarında yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmayacağı kabul edilmişken⁵⁰, Yargıtay'ın son zamanlarda verdiği kararlarda pay sahiplerinin doğrudan doğruya kişisel yararlarını ortadan kaldıran yönetim kurulu kararlarının mahkemeden iptalinin istenebileceğine, ıskat kararının da doğrudan doğruya şahsi menfaatleri ihlal eden bir karar olduğuna hükmedilmiştir⁵¹. Kanaatimizce

Kurulu, s. 290. Bu konuda bkz. TD 17.2.1968 tarih ve E. 2494 sayılı kararı (**İmregün**, AO, s. 163).

⁴⁹ İsviçre ve Alman hukuklarında da konu tartışmalıdır (**Moroğlu**, Erdoğan, Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2004, s. 175, 176; **Ansay**, İptal, s. 371 vd.; **Karayalçın**, Yaşar, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Hangi Kararları Aleyhine Dava Açılabilir?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Ankara 1986, s. 246). Ancak her iki hukukta da yönetim kurulu kararlarının iptal edilemeyeceği görüşü daha ağır basmaktadır (**Ansay**, İptal, s. 374, 375).

⁵⁰ Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 178 dn 49.

⁵¹ “Anonim ortakların yönetim kurulu kararları aleyhine kural olarak iptal davası açılmaz. Ancak, bazı haller ve özellikle pay sahiplerinin kişisel haklarını ihlal eden yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabilir”(11 HD 26.01.1989 tarih ve E. 3414, K. 260 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde kararlar için ayrıca bkz.11 HD 20.10.1986 tarih ve E. 4539, K. 5426 ve 13.05.2002 tarih ve E.968, K.4648 sayılı kararları (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2380, 2394). Ayrıca Yargıtay 11 HD 23.11.1982 tarih ve E. 4697, K. 4895 sayılı kararında yönetim kurulunun pay sahipliğinden ıskat kararını iptal eden yerel mahkeme kararını onamıştır (Karar metni için bkz. **Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2391). Bu karar doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmiştir. **Karayalçın** bu kararda Yargıtay'ın davanın esasına girmeden “yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmaz” gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulması gerektiği fikrindedir. Yazara göre yönetim kurulunun ıskata ilişkin kararının iptali davası, TTK 381 anlamında bir iptal davası değildir. İskata ilişkin iptal davasının konusu, ıskat kararının kanuna aykırı olması ve ortaklıktan doğan kişisel hakkın ihlal edildiğinin tespiti ve ortaklık statüsünün devam ettiğine karar verilmesidir. Dolayısıyla burada teknik anlamda bir iptal davası söz konusu değildir (**Karayalçın**, Yönetim Kurulu, s. 266). Yargıtay bir başka kararında da ıskata ilişkin yönetim kurulu kararının iptali için dava açılabileceğine ve açılan davada TTK 381'de öngörülen 3 aylık hak düşürücü sürenin aranmayacağına ilişkin mahkeme kararını onamıştır (11 HD 27.03.1989

Türk Ticaret Kanunu'na göre yönetim kurulu kararlarının iptalinin talep edilmesi mümkün değildir. Yönetim kurulunu düzenleyen hükümler içerisinde yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda düzenlenmeyen bir hususun genel kurul kararlarına ilişkin hükümlere kıyasla uygulanması doğru değildir.

III. İskatın Sonuçları

İskat sermaye koyma borcunun zamanında yerine getirilmemesinin bir müeyyidesi olmasına rağmen sonuçları itibarıyla bu konudaki diğer müeyyidelerden ayrılır. İskatın en önemli sonucu bu kararın uygulandığı paylar üzerindeki pay sahipliği sıfatını sona erdirmesidir. Sermaye koyma borcunda temerrüde düşülmesi halinde ıskat kararı alınmış olması temerrüde konu olan pay veya paylar üzerinde olumsuz bir etki yaratmaz. İskat kararına rağmen temerrüde konu olan paylar anonim şirketteki varlığını sürdürür⁵². Zira ıskat kararından etkilenen pay değil pay üzerindeki pay sahipliği sıfatıdır. İskat kararıyla birlikte artık temerrüde konu olan paylar üzerindeki pay sahipliği sıfatı sona ermekte ve bu paylar üzerindeki haklar geçici bir süre anonim şirkete geçmektedir⁵³. Bundan sonraki süreç içerisinde de söz konusu paylar yönetim

tarikh ve E. 4963, K. 1937 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr)). İskat kararına karşı iptal davası açılabilceğini kabul eden başka Yargıtay kararları da vardır (11 HD 14.06.1985 tarih ve E. 2205, K. 2894 sayılı kararı (**Eriş**, Ticaret Şirketleri, s. 2392; **Karayalçın**, Yönetim Kurulu, s. 266)). Yargıtay bir kararında da kooperatiften haksız bir şekilde ihraç edilen pay sahibinin açmış olduğu iptal davasını kabul etmiştir (TD 07.10.1958 tarih ve E. 1696, K. 2321 sayılı kararı (**Ansay**, Tuğrul, Anonim Şirketler ve Tatbikat, AÜHFD, C. XVII, Y. 1960, Sa. 1-4, s. 330).

⁵² Aynı yönde bkz. **Baştuğ**, s. 8 dn 15; **Arslanlı**, s. 149, 184; **Göle**, s. 126; **Teoman**, s. 89.

⁵³ Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi kural olarak yasaktır. Ancak ıskat prosedürü sonucunda payların geçici olarak anonim şirkete geçmesi halinde bu yasak ihlal edilmiş olmaz (**Pennington**, s. 203; **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 835). Bu konuda payın sahipsiz hale geldiği (**İmregün**, AO, s. 222; **Moroğlu**, Erdoğan, Esas Sermaye Artırımı İçin Eski İştirak Taahhütlerinin Tamamen Ödenmiş Olması Şartı, Makaleler I, 2.Tıpkı Bası, İstanbul 2006, s. 46; **Teoman**, s. 90; **Değirmenci**, s. 64) ve pay üzerindeki mülkiyet hakkının pay başkasına devredilene kadar şekli olarak ıskat edilen pay sahibinde devam ettiği (**Tekinalp**, Ünal (Poroy, Reha /Çamoğlu, Ersin), Ortaklıklar Hukuku, C. I, 2.Bası, İstanbul 1975, s. 495; **Arslanlı**, Halil/**Domaniç**, Hayri, Ticaret Kanunu Şerhi, C.III, İstanbul 1989, s. 402) görüşleri de ileri sürülmüştür. Alman ve İsviçre doktrinindeki görüşler için bkz. **Arslanlı**, s. 184.

kurulu tarafından bir başkasına satılmaktadır. Yani ıskat prosedürü aynı zamanda pay sahipliği sıfatının el değiştirmesi sonucunu da doğurmaktadır.

İskat müeyyidesinin uygulanmasının sonuçlarından bir diğeri de pay sahibinin ilgili paylara ilişkin önceden yapmış olduğu ödemelerden yoksun bırakılmasıdır. Pay sahibinin yapmış olduğu kısmi ödemeler ile payın satışı sonucunda elde edilen miktar bakiye sermaye borcunun ödenmesi için kullanılır. Elde edilen miktar bakiye sermaye borcunu kapatmaya yetmezse mütemerrit pay sahibi bu miktardan sorumlu olmaya devam eder. Buna karşılık bakiye sermaye borcunun karşılanması dışında bir fazlalık mevcut olursa bu fazlalık TTK 466/2'ye göre kanuni yedek akçe olarak ayrılır⁵⁴. Mütemerrit pay sahibi, hiçbir hukukî sebebe dayanarak söz konusu fazlalığı talep edemez⁵⁵.

Yoksun bırakılma hali sadece yapılan kısmi ödemelere ilişkin değildir. Pay sahibi yapmış olduğu kısmi ödemelerden doğan haklarından da yoksun bırakılır. Pay sahibinin yapmış olduğu kısmi ödemelerden doğan en önemli hak, kâr payı hakkıdır. İskat müeyyidesinin uygulanmasıyla birlikte pay sahibinin şirketten kâr payı talep etme hakkı da ortadan kalkar.

Mütemerrit pay sahibine ıskat müeyyidesinin uygulanması, yönetim kurulu üyeliğini de sona erdirebilir. Buna göre ıskat edilen paylar, bir yönetim kurulu üyesine aitse ve bu üyenin anonim şirkette başka payı da bulunmuyorsa “*pay sahibi olma şartı*” kaybedildiğinden yönetim kurulu üyeliği de kendiliğinden sona erer⁵⁶. Ancak yönetim kurulu üyesinin ıskata maruz kalan

⁵⁴ Tasarı 519/2/b'ye göre “*İskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderlerinin düşülmesinden sonra kalan kısmı*” kanuni yedek akçe olarak ayrılır. Burada TTK 466/2'den farklı olarak ortaya çıkan fazlalığın tamamı kanuni yedek akçe olarak ayrılmamakta, iptal edilen hisse senetlerinin yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderleri düşüldükten sonra kalan miktar kanuni yedek akçe olarak ayrılmaktadır.

⁵⁵ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 1073; **Göle**, s. 125; **Steiger** (Çev. Çağa) , s. 197; **Doğanay** , s. 1223; **Teoman** , s. 94. Ancak *Teoman*, ıskat edilen payları satın alan kişinin payların tüm itibari değerleri dışında varsa agio, gecikme faizi ve şirketin uğradığı diğer zararları ödemesi durumunda eski ortağa o zamana kadar yapmış olduğu ödemeleri iade etmemek konusunda haklı bir sebebin mevcut olmadığı görüşünü ileri sürmektedir (**Teoman** , s. 94).

⁵⁶ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), N. 549; **Göle**, s. 125 dn 204; **İmregün**, AO, s. 193; **Ansay**, AŞ, s. 102. Aksi görüşteki yazarlar için bkz. **Göle** 125 dn 204. Yönetim kurulu üyeliğinin sona erdiğine ilişkin olarak herhangi bir organın karar almasına gerek yoktur. Zira pay sahibi olma şartının kaybedilmesiyle birlikte yönetim kurulu üyeliği de kendiliğinden sona ermektedir.

paylar dışında başka pay veya payları varsa yönetim kurulu üyeliği devam eder⁵⁷.

İskat müeyyidesinin uygulanmış olması her zaman mütemerrit pay sahibinin sermaye koyma borcunun sona ermesi sonucunu doğurmayabilir. Sermaye koyma borcu payın itibari değerine göre hesaplanır. Anonim şirketlerde payın kural olarak itibari değerinden daha aşağı bir bedelle taahhüt edilmesi mümkün değildir⁵⁸ (TTK 286/1)⁵⁹. Ancak ıskat müeyyidesi sonucunda yönetim kurulu payı itibari değeriyle satmak zorunda değildir⁶⁰. Yönetim kurulu payı itibari değeriyle veya itibari değerinden daha düşük bir bedelle satabilir.

Payın itibari değerinden daha düşük bir bedelle satılmış olması halinde bakiye sermaye koyma borcunun kapanmaması mümkündür. Hatta payın itibari değeriyle veya itibari değerinden daha yüksek bir bedelle (agiolu pay) satılması halinde bile ıskata maruz kalan pay sahibinin borcu kapanmayabilir. Zira pay sahibinin temerrüde düşmesiyle birlikte bakiye sermaye koyma borcu dışında gecikme faizi, tazminat ve cezai şartın da anonim şirkete ödenmesi gerekebilir. Bu takdirde açık kalan kısım için mütemerrit pay sahibine başvurulur.

§3. HÂKİM PAY SAHİBİNİN ÇIKARMA (SATIN ALMA) HAKKI

İşletmelerin kendi bünyeleri dışındaki gelişiminin günümüzde daha çok anonim şirketlerin bir araya gelerek yeni yapılandırmalar oluşturmalarıyla gerçekleştiği görülmektedir⁶¹. Anonim şirketlerin bir araya gelerek yeni bir yapı oluşturmaları ya birleşme suretiyle ya da bir anonim şirketin diğerinin paylarını onu kontrol edebilecek bir düzeyde ele geçirmesiyle söz konusu olabilir⁶². Bir

⁵⁷ Ancak bu durum genel kurul tarafından yönetim kurulu üyesinin azledilmesi sonucunu doğurabilir.

⁵⁸ **Hannigan**, s. 563, 566; **Morse**, s. 141; **Pennington**, s. 167; **Ansay**, AŞ, s. 227.

⁵⁹ Tasarı 347/1.

⁶⁰ **Morse**, s. 237; **İmregün**, AO, , s. 222; **İmregün**, Ticaret Hukuku, s. 395; **Demaniç**, Anonim Şirket, s. 725; **Steiger** (Çev. Çağa) , s. 197.

⁶¹ **Karayalçın**, Yaşar, Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi, Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, s. 352; **Aytaç**, Zühtü, Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm, Batider, Aralık 1976, C.VIII, Sa. 4, s. 101; **Boyacıoğlu**, Cumhuriyet, Konzern Kavramı, Ankara 2006, s. 47.

⁶² **Pennington**, s. 892; **Yasaman**, Hamdi, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987, s. 1; **Karayalçın**, Yaşar, Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s. 159, 160; **Yasaman**, Hamdi, Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 695; **Aytaç**, s. 97, 98. Her iki yöntem arasındaki en önemli farklılık başka bir şirketin paylarının kontrolünün ele geçirilmesinde şirketlerin hukukî

Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma

anonim şirketin paylarının tamamına yakının ele geçirilmesinden sonra hem hâkim pay sahibi hem de geride kalan pay sahiplerinden kaynaklanan menfaat ihtilafları ortaya çıkabilir.

Anonim şirketin paylarının ele geçirilmesinden sonra hâkim duruma gelen pay sahipleri, geride kalan pay sahiplerine çeşitli şekillerde baskı uygulayarak bunların elindeki payları da ele geçirmek isteyebilirler⁶³. Bir şirketin tamamına yakınının ele geçirilmesinden sonra ortaya çıkan menfaat ihtilafları sadece hâkim duruma gelen pay sahiplerinden kaynaklanmaz. Bir kimsenin anonim şirkette hâkim duruma gelmesinden sonra geride kalan ve küçük bir oranı temsil eden pay sahipleri artık şirketteki etkinliklerinin azalması ve şirketten beklentilerinin kalmamasından dolayı anonim şirketin işleyişini ve istikrarını sırf kendi menfaatlerini gerçekleştirmek amacıyla bozmaya çalışabilirler.

Ekonomik gelişmelere paralel olarak pay sahipleri arasındaki menfaat ihtilaflarının derinleşmesi, aralarında çıkma ve çıkarma haklarının da olduğu çeşitli çözüm yollarının anonim şirketler hukukunda da uygulanması zorunluluğunu doğurmuştur⁶⁴. Özellikle şirket topluluklarının artması

bağımsızlıklarını korumaları buna karşılık birleşmede birleşen şirket(ler)in hukukî bağımsızlıklarını kaybetmeleridir.

⁶³ **Hannigan**, s. 910.

⁶⁴ Buna benzer çözüm yolları tespit edilirken pek çok ülkenin kanun koyucusu bir taraftan sermaye piyasalarının en iyi şekilde işlerliğinin sağlanması diğer taraftan da azlık haklarının korunmasını konusunda çaba harcamışlardır. Zira modern şirketler hukukunun en önemli sorunlarından birisi piyasanın en iyi biçimde işlerliğinin sağlanması ile azlık haklarının korunması arasındaki dengenin sağlanmasıdır (**Elst**, Christoph Van Der/**Steen**, Lientje Van Den, Opportunities in The M&A Aftermarket: Squeezing Out and Selling Out, Financial Law Institute Working Paper Series WP 2006-12, Universiteit Gent, September 2006, s. 15; **Goo**, S. H., Minority Shareholders' Protection-A Study of Section 459 of The Companies Act 1985, London 1994, s. 2; **İmregün**, Oğuz Anonim Şirketlerde Azınlığın Himayesi, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar, 13-18 Mayıs 1963, Ankara 1964, s. 173; **Doğanay**, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Anonim Şirketlerde, Azınlıkta Kalan Pay Sahiplerinin, Genel Kurul Kararlarını İptal Ettirebilmeleri Hali, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 366). Ekonomik hayatın hızlı bir şekilde ilerlemesi, kanun koyucuları yeni düzenlemeler konusunda bir arayışa yöneltmekte, bu arayış da zaman zaman azlık haklarının ihlal edilmesiyle sonuçlanabilmektedir. Bu ortam içerisinde kanun koyucular piyasanın menfaatleriyle azınlık menfaatleri arasında tercih yapmak zorunluluğunda da kalabilmektedir.

neticesinde hâkim şirket-bağlı şirket ilişkilerinde⁶⁵ ve birleşme işlemlerinde mevcut çözüm yollarıyla ortadan kaldırılamayan menfaat ihtilaflarının ortaya çıkması, anonim şirketler hukukunda ortaklıktan çıkarılma müessesesinin düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Bunun dışında pek çok ülkede ortada bir menfaat ihtilafı söz konusu olmasa bile şirketlerin etkin ve verimli bir şekilde varlıklarını sürdürebilmelerine imkân tanımak ve tek pay sahipliğinden kaynaklanan avantajlardan faydalanmak amacıyla da küçük pay sahiplerinin anonim şirketlerden çıkarılmalarına müsaade edilmektedir.

Çıkarma hakkı, bir şirketin sermaye ve/veya oy hakkının tamamına yakınının ele geçirilmesi sonrasında geride kalan pay sahiplerinin paylarını, onların iradesine bakılmaksızın hâkim pay sahibine devredilmesi sonucunu doğuran bir hak olarak tanımlanabilir⁶⁶. Çıkarma hakkı pek çok ülke hukukunda düzenlenmiş olmasına rağmen, bu hakkın kullanılma şartları konusunda bir yeknesaklığın olduğunu söylemek oldukça güçtür. Bundan dolayı üye ülkelerdeki farklı düzenlemelerin uyumlaştırılması amacıyla AB düzeyinde bir

⁶⁵ Tasarı'ya göre;

“a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa;

b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa”

birinci şirket hâkim şirket diğeri ise bağlı şirket olarak adlandırılır (Tasarı 195/1).

⁶⁶ Çıkarma hakkının karşısında küçük pay sahiplerine tanınan çıkma hakkı yer alır. Çıkma hakkında da küçük pay sahipleri, hâkim pay sahiplerini kendi paylarını satın almaları konusunda zorlamaktadır (**Hannigan**, s. 914; **Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids (Winter Report)**, Brussels, 10 January 2002, s. 11, 54; **Çeker**, Mustafa, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı (Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Münasebetiyle), *Batider*, C.XXIII, Sa.1, Y. 2005, s. 63, 64; **Elst/Steen**, s. 4, 10; **Goergen**, Marc/**Martynova**, Marina/**Renneboog**, Luc, Corporate Governance Convergence: Evidence From Takeover Regulation Reforms in Europe, *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 21, No. 2, 2005, s. 252; **Burkart**, Mike/**Panunzi**, Fausto, Mandatory Bids, Squeeze-out, Sell-out and the Dynamics of the Tender Offer Process, *Law Working Paper N°*. 10/2003, June 2003, s. 18).

Direktif hazırlanmış ve üye ülkelerin mevzuatlarını Direktifteki hükümlerle uyumlu hale getirmeleri istenmiştir. Bu nedenle Direktifin 2004 yılında yürürlüğe girmesinden sonra üye ülkeler, Direktifte yer alan hükümlerin iç hukuklarında uygulanması konusunda çeşitli düzenlemeler yapmışlardır.

Pek çok ülke hukukunda ve AB düzeyinde bu hakka yer verilmesi Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın hazırlanmasında da göz önünde bulundurulmuş, azınlık pay sahiplerinin iki halde hâkim pay sahiplerinin talebiyle ortaklıktan çıkarılmasına müsaade edilmiştir. Tasarı'ya göre azınlık pay sahipleri haklarını kötüye kullanmaları durumunda veya birleşme işlemine karşı çıkmaları halinde şirketten çıkartılabilirler⁶⁷.

I. Hâkim Pay Sahibinin Çıkarma Hakkının Kullanılmasının Şartları

A. Bir Şirketin Tamamına Yakının Ele Geçirilmesi Halinde Çıkarma Hakkının Kullanılması

Hâkim pay sahiplerinin azınlığı şirketten çıkarma hakkına genellikle bir şirketin tamamına yakınının ele geçirilmesi halinde yer verilmektedir. Bu durumda hâkim pay sahibinin çıkarma hakkını kullanabilmesi için gerçekleşmesi gereken en önemli şart pay ve/veya oy çoğunluğu olarak şirketin tamamına yakınının (% 90-98) ele geçirilmesidir.

Direktife göre çıkma ve çıkarma hakkının kullanılabilmesi için hâkim pay sahipleri tarafından en az % 90'lık eşige ulaşılmış olması gerekir. Direktif üye ülkelere bu eşigi % 95'e kadar yükseltme imkânı tanımıştır (m. 15/2/son).

Çıkarma hakkının kullanılabilmesi için bazı ülkelerde eşigin sağlanması tek başına yeterli olmamakta ayrıca eşige kimin tarafından ulaşıldığı da önem taşımaktadır. Bu yöndeki düzenlemelerden birisi de Tasarı'da yer almaktadır. Tasarı'ya göre çıkarma hakkının kullanılabilmesi için eşigin mutlaka bir başka şirket tarafından aşılmış olması gerekir (m. 208). Buna karşılık Direktifte ve diğer ülkelerdeki düzenlemelerde bu yönde bir sınırlama mevcut değildir.

Çıkarma hakkının kullanılabilmesi için eşige hangi yolla ulaşıldığı da önemlidir. Zira çıkarma hakkı, bir kimsenin herhangi bir yolla şirketteki pay ve/veya oy hakkının büyük bir kısmını eline geçirmesi halinde uygulanabilecek bir düzenleme olarak ortaya çıkmamıştır. Bu konuda ilk düzenlemenin yapıldığı

⁶⁷ Tasarı'ya göre azınlık pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılabilecekleri haller bunlarla sınırlı değildir. Bunların dışında haklı sebeple fesih veya hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından dolayı denkleştirme davalarının açılmış olması halinde, mahkemelerin haklı sebeple fesih veya denkleştirme yerine davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına da karar verebilir. Bu çıkarma hallerini Tasarı'daki diğer düzenlemelerden ayıran husus, bu iki halde ortaklıktan çıkarmanın hâkim pay sahiplerinin talebiyle meydana gelmemiş olmasıdır.

İngiliz hukukunda da hâkim pay sahibinin çıkarma hakkı, eşiğe aleni pay alım teklifleri yoluyla ulaşılması halinde tanınmıştır⁶⁸. Daha sonra bu konuda düzenleme yapan ülkelerin çok büyük bir kısmında da bu hak, aleni pay alım teklifleriyle bağlantılı bir şekilde düzenlenmiştir. Mesela İsviçre ve İtalyan hukuklarında da çıkarma hakkının kullanılabilmesi için eşiğin mutlaka aleni pay alım teklifleri sonucunda aşılması şartı aranmaktadır⁶⁹. Direktifte de üye ülkelerden hâkim pay sahibinin çıkarma hakkına bütün pay sahiplerine yönelik olarak yapılan aleni pay alım teklifleriyle bağlantılı bir şekilde yer vermeleri istenmiştir (m. 15/1). Buna karşılık Tasarı'ya göre hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının kullanılabilmesi için eşiğin mutlaka aleni pay alım teklifi suretiyle aşılmış olması gerekmez. Eşiğin başka suretle aşıldığı durumlarda da çıkarma hakkının kullanılabilmesi mümkündür.

Hâkim pay sahiplerine azınlığı şirketten çıkarma hakkı tanınmasının en önemli amacı, şirketin tamamına yakınının ele geçirilmesinden sonra azınlık tehdidi altında kalmaksızın şirketin yönetilmesine imkân tanınmasıdır. Zira şirketin sermaye ve oy hakkı açısından tamamına yakın bir kısmının ele geçirilmesinden sonra geride kalan pay sahiplerinin çeşitli sebeplerle hâkim pay sahibine ve/veya şirkete zarar verecek davranışlar içerisinde bulunabilmeleri mümkündür⁷⁰. Hatta şirketin tamamına yakın bir kısmının ele geçirilmesinden

⁶⁸ **Manavgat**, Çağlar, Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer-Takeover Bid), Ankara 1997, s. 127; **Kaya**, M. İsmail, Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (Squeeze-out Right), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa.1-2, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin Kuruluşunun 20. Yılına Armağan, Erzincan 2007, s. 318.

⁶⁹ **Enriques**, Luca, Enforcing Self-Dealing Constraints on Dominant Shareholders in Europe, Law and Economics Workshop (University of California, Berkeley), Year 2007, Paper 7, s. 29; **Davies**, Paul L., Takeovers in English and German Law, Editor; Payne, Jenifer, Portland 2002, s. 22 dn 46.

⁷⁰ **İmregün**, Oğuz, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 59; **Moroğlu**, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması, Batider, 1994, C. XVII, Sa. 3, s. 47, 48; **Karayalçın**, Kontrol Satışı, s. 361, 364, 365; **Aydın**, Alihan, Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması, Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 29, 49; **Helvacı**, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukukî Niteliği ve Tanımı, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 302, 303; **Arseven**, Haydar, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarına Karşı Kötüniyetli Açılan İptal Davasının Müeyyideleri, Halil Arslanlının Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 279;

sonra ortaya çıkan yeni yapı içerisinde geride kalan pay sahiplerinin sadece ortaklık sıfatlarını devam ettirmeleri bile hâkim pay sahibi ve/veya şirket açısından çeşitli masraf ve risklere sebep olabilir⁷¹.

Direktifte ve diğer ülkelerdeki düzenlemelerde azınlığın varlığı bizatihi bir masraf ve risk tehdidi olarak görülmüş, bunun dışında azınlık pay sahiplerinin dürüstlük kuralına aykırı bir takım davranışlarda bulunmaları şartı aranmamıştır. Buna karşılık Tasarı'ya göre çıkarma hakkının kullanılabilmesi için sadece şirketin büyük bir kısmının ele geçirilmesi yeterli değildir. Bunun dışında azınlık pay sahiplerinin dürüstlük kuralına aykırı bir takım davranışlarla şirketin işleyişini kötü niyetli olarak engellemeleri de gerekmektedir (Tasarı 208)⁷².

Çıkarma hakkının kullanılabilmesi için belirlenen eşige ulaşılması ve azınlık pay sahiplerinin dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla şirket işlerini engellemeleri tek başına yeterli değildir. Hâkim pay sahiplerinin çıkarma hakkının kullanılabilmesi için bunların yanında azınlık pay sahiplerine paylarının gerçek değerinin de ödenmesi gerekir.

Tasarı'ya göre azınlığa ödenecek olan bedel mahkeme tarafından payların borsa değerine, payların borsa değerinin bulunmaması halinde de bunların gerçek bilanço değerine veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenir⁷³ (Tasarı 208, 202/2). Diğer ülkelerde ise hakim pay sahibinin çıkarma

Tekil, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 46, 47; **Burkart/Panunzi**, s. 17.

⁷¹ **Burkart/Panunzi**, s. 17. Geride kalan pay sahiplerinin şirketteki varlıklarını sürdürmeleri her şeyden önce şirketteki ele geçirme öncesi alt yapının muhafaza edilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirir. Bu nedenle hâkim pay sahipleri ele geçirme sonrasında da ele geçirme öncesinde söz konusu olan genel kurulun toplantıya çağırılması, pay sahiplerinin bilgilendirilmesine vb. hususlara ilişkin alt yapıyı muhafaza etmekten kaynaklanan masraflara katlanmak zorunda kalırlar. Bu masrafların dışında azlık haklarının kullanılması ihtimali de hâkim pay sahipleri açısından bir risk olarak ortaya çıkabilir.

⁷² Hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının kullanılabilmesi açısından aranan bu şart, ortağı çıkararak birleşme prosedürü açısından aranmamaktadır. Ortağı çıkararak birleşme prosedüründe genel kurulda % 90 oranında bir çoğunluk sağlanmışsa pay sahiplerinin sadece birleşme kararına muhalefet etmiş olmaları çıkarma kararı verilebilmesi açısından yeterlidir. Ayrıca bu pay sahiplerinin dürüstlük kuralına aykırı davranıp davranmamaları herhangi bir önem taşımamaktadır.

⁷³ TTK 418/4'de de payların gerçek değerinin belirlenmesi konusunda benzer bir yöntem tercih edilmiştir. Buna göre miras, karı-koca mallarının idaresine ait hükümler veya cebri icra yoluyla elde edilmiş hisse senetlerinin satın alınması

hakkı aleni pay alım teklifleriyle bağlantılı bir şekilde düzenlendiğinden azımlık pay sahiplerine ödenecek bedel konusunda da genellikle aleni pay alım teklifinde belirlenen değer esas alınmaktadır⁷⁴.

Tasarı 208'de azınlığa ödenecek pay bedellerinin türü konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak hükümdeki payların borsa veya gerçek değeriyle satın alınacağı şeklindeki ifadeden yapılacak ödemenin nakit olacağı şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Bu nedenle İngiliz hukukunun aksine pay sahiplerine yapılacak olan ödemenin hâkim pay sahibinin bir başka şirketteki payları veya tahvilleri vasıtasıyla yapılması mümkün değildir⁷⁵.

B. Birleşme Halinde Çıkarma Hakkının Kullanılması

Ekonomik yoğunlaşmalar bir şirketin pay ve oy haklarının onu kontrol edecek düzeyde ele geçirilmesi dışında şirketlerin birleşmesiyle de gerçekleşebilir⁷⁶. Birleşme, şirketleri olduğu kadar her iki şirketin özellikle de birleşen şirketin ortaklarını da yakından ilgilendirir. Devrolunan veya devralan şirketin ortakları arasında ortaya çıkan yeni durumu benimsemeyen veya birleşme şartlarını tatmin edici bulmayan kişiler olabilir. Bu düşüncede olan

konusunda şirkete ve ortaklara bir öncelik hakkı tanınmış, bu kişilerin söz konusu hisse senetlerini borsa değeri, borsa değerinin bulunmaması halinde de gerçek değeri üzerinden satın alabilecekleri düzenlenmiştir.

⁷⁴ **Winter Report**, s. 57. Aleni pay alım teklifinde önerilen miktar genellikle payların borsa fiyatından daha yüksek olmaktadır (**Morse**, s. 673).

⁷⁵ Anonim şirketlerde çıkartılan pay sahibinin şirkete bakiye sermaye borcu olması durumunda payın ödenmeyen kısmının yapılacak olan ödemeden düşülmesi gerekir. Mesela çıkartılan pay sahibi şirkete 50 pay taahhüt etmiş fakat 25 paya karşılık gelen kısmını şirkete getirmişse getirilmeyen payların itibari değerlerinin ödenecek olan miktardan düşülmesi gerekir. Zira böyle bir durumda payı devralan hâkim pay sahibi de ödenmeyen sermaye borcundan sorumlu tutulabilir. Burada payın itibari değerinin ödenecek olan miktardan düşülmesi yerine 25 paylık kısma hiç ödeme yapılmaması da bir çözüm yolu olarak düşünülebilir. Ancak bu durum çıkartılan pay sahibinin aleyhine sonuç doğurabilir. Özellikle şirketin mali durumunun iyi olması halinde şirket paylarının değeri itibari değerinden çok üzerinde olabilir. Bu durumda çıkartılan pay sahibi sermaye koyma borcundan payların itibari değeriyle sorumlu olmasına rağmen ikinci çözüm yolunun benimsenmesi halinde sermaye koyma borcundan daha fazla bir kayba uğrayabilir.

⁷⁶ **Yasaman**, Birleşme, s. 1, 151; **Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku: II. Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1973, s. 216. Ekonomik gücün merkezileşmesinde birleşmelerin (ve devralmaların) rolü oldukça büyüktür (**Topçuoğlu**, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukukî Sonuçları, Ankara 2001, s. 63).

ortakların varlığı, birleşme işleminin gerçekleşmesinde çeşitli sıkıntılarla karşı karşıya kalınmasına da yol açabilir⁷⁷.

Birleşme işlemi sonrasında muhalif bir ortak grubunun varlığı şirket varlıklarının kullanımı, yönetimi ve finansmanını tamamen elde edememesinden kaynaklanan çeşitli zararlara yol açabilir. Birleşme sonrasında böyle bir durumla karşı karşıya kalınması birleşmeden beklenen potansiyel faydaların (sinerji) azalmasına yol açabilir⁷⁸.

Birleşme işlemine karşı çıkan ortaklardan kaynaklanan bu tür olumsuzluklar, bazı durumlarda ortaklığın devamlılığı ilkesinin uygulanmasına istisnalar getirilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle pek çok ülke hukukunda bazı şartların gerçekleşmesi halinde birleşme işlemine karşı çıkan ortaklara şirketten çıkma diğer ortaklara da bu ortakları şirketten çıkarma hakkı tanınmıştır⁷⁹.

Birleşme işlemine karşı çıkan pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmasına ilişkin düzenleme Tasarı'da da yer almıştır. Tasarı 141'e göre birleşme

⁷⁷ **Boyacıoğlu**, s. 269.

⁷⁸ Azınlıkta kalan pay sahiplerinin varlığından kaynaklanan masraf ve riskler, şirket birleşmelerine olan talebi de azaltmaktadır (**Aslan**, Ayşegül, Hâkim Ortağın Azınlık Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-out Right), Sermaye Piyasası Kurulu Ortaklıklar Finansmanı Dairesi, Yeterlilik Etüdü, Ankara 2005, s. 6).

⁷⁹ Birleşmeye karşı çıkan pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmasına ilişkin düzenleme AB'nin şirketlere ilişkin 2. Yönergesinde yer almamaktadır. Ancak Yönerge'de bu konuda bir düzenleme yapılmaması bu konuda üye ülkelere düzenleme yapma imkânı tanıdığı şeklinde yorumlanmaktadır (Tasarı 141 Gerekçesi). Çıkarma hakkı pek çok ülkede tam hâkimiyetin sağlanmış olması halinde tanınmışken bazı ülkelerde birleşme işlemi sonrasında da bu hakka yer verilmiştir. Mesela, Avusturya hukukunda hâkim pay sahiplerinin çıkarma hakkına sadece belirli şartların altında ve kanunlara uygun grup içi birleşmelerde izin verilmektedir (**Elt/Steen**, s. 16; **Kaya**, s. 323). Bu birleşme prosedürünün dışında bir pay sahibinin paylarının isteği dışında ele geçirilmesi mümkün değildir. Ancak Direktifin uygulanmaya başlanmasından sonra Avusturya hukukunda da başka ortaklıktan çıkarılma hallerine yer verilmesi gerekecektir. Alman, Fransız ve İspanya hukuklarında da teklif sahibine payların tamamını ele geçirme imkânı tanıyan birleşme prosedürlerine yer verilmiştir (**Public Takeovers in Europe: Freshfields Bruckhaus Deringer**, Summer 2006, s. 6, 7). İsviçre hukukunda ise Birleşme, Bölünme Nevi Değiştirme ve Malvarlığı Devirleri Hakkındaki Kanun (FusG) m. 8'e göre birleşme sözleşmesinde pay sahiplerine ortaklık hakkı ile pay bedeli arasında bir seçim yapma hakkı tanınabileceği gibi bu pay sahiplerine pay bedellerinin ödenmesi de (çıkarma) kararlaştırılabilir (**Boyacıoğlu**, s. 275).

sözleşmesiyle ortaklara devralan şirkette pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile şirketten çıkma arasında bir seçim yapma hakkı tanınabileceği gibi pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına da karar verilebilir⁸⁰. Pay sahiplerinin ortaklıktan çıkartılabilmesi için şirket içi huzuru bozmaları veya şirkette devamlı olarak sorun çıkartmaları gerekir.

Tasarı 141/2’de Tasarı 208’deki ortaklıktan çıkarılma prosedüründe olduğu gibi hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının sebepsiz bir şekilde kullanılması arzu edilmemiş ancak bu husus madde metninde açık bir şekilde ifade edilememiştir. Kanaatimizce Tasarı 141/2’nin mevcut haline göre birleşme sırasında bazı pay sahiplerinin hiçbir sebep gösterilmeksizin dahi şirketten çıkartılabilmesi mümkündür. Oysa gerekçeden de anlaşıldığı gibi Tasarı’yı hazırlayanların bu yönde bir amacı bulunmamaktadır. Bu nedenle gerekçede ifade edilen hususlara madde metninde de açık bir şekilde yer verilmesi gerekmektedir.

Birleşme işlemine karşı çıkan ortakların şirketten çıkartılabilmesi için gerçekleşmesi gereken ikinci şart birleşme sözleşmesinde bu konuda bir hüküm bulunmasıdır. Zira birleşme işleminde ortaklıktan çıkarılma, bir şirketin tamamına yakının ele geçirilmesi halinde söz konusu olan çıkarma hakkından farklı olarak kanundan değil birleşme kararını alan ortakların iradesinden kaynaklanır⁸¹. Birleşme sözleşmesinde sadece bazı ortaklara ayrılma akçesi ödeneceğine ilişkin bir hükmün bulunması yeterli değildir. Ayrıca çıkarılmak istenen ortakların ismen de belirtilmeleri gerekir⁸².

Birleşme sözleşmesiyle şirketten çıkartılan ortaklara ayrılma akçesinin ödenmesi, ortağı çıkararak birleşme prosedürünün en önemli şartlarından birisidir⁸³. Şirketten çıkartılan ortaklara ödenecek olan ayrılma akçesinin mutlaka devrolunan şirket paylarının gerçek değerini yansıtması gerekir. Tasarı 141’de ayrılma akçesinin türü konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak madde gerekçesinde ayrılma akçesi olarak nakit dışında kalan başka değerlerin de verilebileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle ortağı çıkararak birleşme prosedüründe bir şirketin tamamına yakının ele geçirilmesi halinde söz konusu olan çıkarma hakkından farklı olarak ödenecek olan bedelin (ayrılma

⁸⁰ Bu konuda ayrıca bkz. Tasarı 136/3.

⁸¹ Büyük çoğunluğa tanınan bu hak da kaynağını kanundan almaktadır. Ancak tam hâkimiyet halinde söz konusu olan çıkarmadan farklı olarak burada büyük çoğunluğa mutlak bir talep hakkı tanınmamakta, çıkarma hakkının kullanılması birleşme sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunması şartına bağlanmaktadır.

⁸² Tasarı 141/2 gerekçesi.

⁸³ Hatta birleşme esnasında büyük çoğunluğa bazı ortakları şirketten çıkarma hakkı tanıyan Tasarı 141’in madde başlığı da “*ayrılma akçesi*”dir.

akçesinin) mutlaka para cinsinden belirlenmesi zorunlu değildir⁸⁴. Ortaklıktan çıkarılmak istenen pay sahiplerine ayrılma akçesi olarak bir miktar para verilebileceği gibi bir başka şirketin payı veya diğer bir menkul kıymeti de verilebilir⁸⁵.

II. Çıkarma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Çıkarma hakkının kullanılmasının en önemli sonucu anonim şirket üzerinde bir veya birden fazla kişinin tam hâkimiyet kurmalarıdır. Zira hâkim pay sahiplerinin çıkarma haklarını kullanmalarıyla birlikte anonim şirket tamamen hâkim pay sahipleri ve onlarla birlikte hareket eden kişilere ait hale gelmektedir.

Tasarı'ya göre hâkim pay sahiplerinin çıkarma hakkının kullanılması diğer ülkelerdeki düzenlemelerin aksine tam hâkimiyetle sonuçlanmayabilir. Zira Tasarı'daki düzenlemelere göre azınlık pay sahiplerinin şirketten çıkartılabilmesi için şirket işlerini engellemeleri, dürüstlük kuralına aykırı davranışları, birleşme işlemine karşı çıkmaları vb. davranışlarda bulunmaları gerekir. Dolayısıyla Tasarı'ya göre ancak bu şekilde hareket eden pay sahibi veya pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılması talebiyle mahkemeye veya genel kurula başvurulabilir. Bu şekilde hareket etmeyen pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılması mümkün değildir. Bu nedenle Tasarı'ya göre azınlık pay sahiplerinin tamamının burada belirtilen davranışlarda bulunmaması halinde çıkarma hakkının kullanılması tam hâkimiyetle sonuçlanmayabilir.

Tasarı açısından bakıldığında hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının kullanılmasının en önemli sonucu anonim şirketlerde ekonomik yoğunlaşmalardan bir başka ifadeyle bir şirketin paylarının ele geçirilmesi veya başka bir şirketle birleşmesinden kaynaklanan menfaat ihtilaflarını çözüme kavuşturmasıdır.

Hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının kullanılmasının tam hâkimiyet dışında da bazı sonuçları vardır. Hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının kullanılması anonim şirketin “*tip içinde sınıf değiştirme*”yle⁸⁶ de

⁸⁴ Buna karşılık Avusturya hukukunda pay bedellerinin mutlaka nakit olarak belirlenmesi gerekir (**Public Takeovers in Europe**, s. 7).

⁸⁵ Tasarı 141 Gereği. ABD hukukunda da ortağı çıkararak birleşme prosedüründe, çıkartılan ortaklara nakit para veya hâkim pay sahibinin payları verilebilir. Hatta azınlık pay sahiplerine tahvil veya paraya çevrilebilir imtiyazlı (tercihli) hisse senedi (redeemable preferred stock) verilebilmesi de mümkündür (**Subramanian**, Guhan, Fixing Freezeouts, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, Discussion Paper No. 501, 12/2004, s. 1, 3 dn 12).

⁸⁶ “*Tip içinde sınıf değiştirme*” konusuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Ünal, AO Tipi İçinde Sınıf Değiştirme-Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkarılan

sonuçlanabilir. Bir başka ifadeyle çıkarma hakkının kullanılması halka açık bir anonim şirketin kapalı hale gelmesini de sağlayabilir. Ancak halka açık bir anonim şirketin kapalı hale gelmesinin şartları Türk hukuku ile başta ABD hukuku olmak üzere diğer pek çok ülke hukukunda farklı şekillerde düzenlenmiştir. Zira halka açık anonim şirket kavramı bu ülkelerde farklı şeyleri ifade etmektedir. Mesela ABD hukukunda halka açık anonim şirket kavramı hisse senetlerini halka arz etmiş olan ve hisse senetleri ilgili borsada işlem gören anonim şirketi ifade etmektedir⁸⁷. Buna karşılık Türk hukukunda bir şirketin halka açık anonim şirket haline gelmesi için hisse senetlerinin borsada işlem görmesi zorunlu olmayıp, hisse senetlerinin halka arz edilmesi veya arz edilmiş sayılması bu açıdan yeterli olmaktadır (SerPK 3/g).

Ş4. HAKLI SEBEPLE FESİH VE DENKLEŞTİRME DAVALARI NETİCESİNDE AZINLIĞIN ORTAKLIKTAN ÇIKARILMASI

Haklı sebeple fesih, pek çok sürekli ilişkide söz konusu olan bir müessesedir. Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda da anonim şirket dışında kalan diğer şirket türlerinde haklı sebeple fesih müessesesine yer verilmiştir⁸⁸. Buna karşılık kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda haklı sebepler dolayısıyla şirketin feshinin talep edilmesi, anonim şirketlerde bir azlık hakkı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen (m. 736/4) bu hüküm Türk Ticaret Kanunu'na alınmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketlerde haklı sebeple feshin düzenlenmemiş olması, bu müessesenin anonim şirketlerde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Doktrinde bu tartışmalar sürerken Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırlanmış ve Tasarı'da anonim şirketlerin haklı sebeple feshine de yer verilmiştir.

Anonim şirketin haklı sebepler dolayısıyla feshi hem kapalı hem de halka açık anonim şirketlerde çoğunluk pay sahiplerinin zarar görmesine sebep olabilir. Özellikle kapalı nitelikteki anonim şirketlerde çoğunluk, şirketin devam etmesiyle elde edebileceği menfaatlerden kolay kolay vazgeçemez. Buna karşılık halka açık anonim şirketlerin çoğunluk pay sahiplerine sağladığı imkânlar kapalı anonim şirketlerle kıyaslanamayacak derecede fazladır. Bu

Sermayenin Tescilinin Hukukî Niteliği, Batider, Aralık 1993, C.19, Sa. 1, s. 103-140.

⁸⁷ **Tunçay**, Merzuke, Halka Açık Anonim Şirketlerin Kapalı Hale Dönüşmesi (Going Private), Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü, Ankara 2003, s. 41.

⁸⁸ Bu konuda bkz. BK 535/1/7, TTK 187, 267, 549.

nedenle halka açık bir şirketin feshi, çoğunluk pay sahiplerinin kapalı anonim şirketlere nazaran çok daha fazla zarar görmesine sebep olabilir⁸⁹.

Anonim şirketlerin haklı sebeple feshi, ortaklıktan çıkarılma konusuyla da yakından ilgilidir. Zira Tasarı 531 ile bir taraftan haklı sebeple feshe imkân tanınmış diğer taraftan da mahkemeler fesih sonucunun ortaya çıkabileceği hallerde feshe engel olmak için aralarında pay sahipliğinden çıkarmanın da bulunduğu çeşitli çözüm yollarını uygulama yetkisi tanınmıştır.

Haklı sebeple fesih davaları dışında hakim şirket-bağlı şirket ilişkisi içerisinde söz konusu olan denkleştirme davalarında da mahkemelere davacı pay sahiplerini ortaklıktan çıkarma imkanı tanınmıştır. Anonim şirketlerde menfaat ihtilafları çoğunluğu oluşturan pay sahipleriyle azınlık pay sahipleri arasında gerçekleşebileceği gibi çoğunluğu oluşturan hâkim şirket ile bağlı şirketin azınlıkta kalan pay sahipleri arasında da gerçekleşebilir. Bir şirketin bir başka şirket üzerinde hâkimiyet tesis etmesi, geride kalan pay sahiplerinin menfaatlerinin dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. Bir başka ifadeyle hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini hukuka uygun bir şekilde kullanması gerekir. Aksi halde bağlı şirketin ve bağlı şirket pay sahiplerinin hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından dolayı zarara uğramaları mümkündür. Hâkim şirketin, bağlı şirketin pay sahiplerinin uğramış olduğu bu zararı karşılaması gerekir. Aksi halde bağlı şirketin pay sahipleri mahkemeye başvurarak bu zararlarının tazmin ettirilmesini talep edebilirler. Denkleştirme davası olarak adlandırılan bu dava sonucunda da haklı sebeple fesih davasında olduğu gibi mahkemenin aralarında davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmasının da bulunduğu duruma uygun düşen çeşitli çözüm yollarının uygulanmasına karar verilebilmesi mümkündür. Haklı sebeple fesih davasına ilişkin Tasarı 531'deki düzenlemeden farklı olarak denkleştirme davasında ortaklıktan çıkarılmaya karar verilebilmesi için pay sahipleri arasındaki ihtilafın mutlaka ekonomik yoğunlaşmalardan kaynaklanmış olması gerekir.

Tasarı 202'deki düzenlemede Tasarı 531'deki düzenlemenin aksine şirketin feshedilmesi tehlikesi mevcut değildir. Tasarı 202'de yer alan denkleştirme davasıyla pay sahipleri sadece hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından dolayı uğradıkları zararı talep etmektedirler. Böyle bir davada davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına (paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına) karar vermek menfaat ihtilaflarının çözümü konusunda amaca elverişli bir yöntem değildir. Zira burada haklı sebeple fesih davasından farklı olarak davacı pay sahiplerinin şirketle aralarındaki ortaklık ilişkisini sona erdirmeye konusunda bir talepleri bulunmamaktadır. denkleştirme

⁸⁹ **Tekinalp, Ünal**, Türk Ticaret Kanunu'ndaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi, Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç, İktisat ve Maliye Dergisi, Kasım 1974, s. 323.

davasını açan pay sahiplerinin şirketten çıkma gibi bir düşünceleri varsa Tasarı 202/2'de düzenlenen çıkma hakkını kullanarak bu düşüncelerini gerçekleştirebilirler. Bunun dışında bu pay sahiplerinin kanunda belirtilen oranı sağlama ve haklı sebeplerin bulunması şartıyla Tasarı 531'de düzenlenen haklı sebeple fesih davası açma yoluna da başvurabilmeleri mümkündür.

Tasarı 202/1/b'de de belirtildiği gibi mahkemenin denkleştirme davası sonucunda uygulayabileceği çözüm yollarının duruma uygun düşmesi ve kabul edilebilir olması gerekmektedir. Oysa denkleştirme davası sonucunda davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılması herşeyden önce davacı pay sahipleri tarafından bile kabul edilebilecek bir husus değildir. Ayrıca söz konusu çözüm yolunun duruma uygun düştüğü de söylenemez.

I. Ortaklıktan Çıkarma Kararının Şartları

A. Haklı Sebeple Fesih Davasında Ortaklıktan Çıkarılmaya Karar Verilmesinin Şartları

Tasarı 531'e göre pay sahiplerinin şirketten çıkartılabilmeleri için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan en önemlisi bir haklı sebeple fesih davasının açılmış olmasıdır. Haklı sebeple fesih davası dışında bağımsız bir davayla, bir takım haklı sebepler ileri sürülerek pay sahiplerinin şirketten çıkmaları veya çıkarılmaları mümkün değildir.

Azlık pay sahiplerinin şirketten çıkartılabilmeleri için haklı sebeple fesih davasının açılmış olması yeterli değildir. Mahkemenin ortaklıktan çıkarma kararı verebilmesi için azlık tarafından ileri sürülen sebeplerin haklı olması ve bu sebeplerin şirketin feshini gerektirecek nitelikte olması gerekir. Haklı bir sebebin bulunmadığı veya haklı sebebin şirketin feshini gerektirecek nitelikte olmadığı hallerde ortaklıktan çıkarma kararı verilemez. Bir sebebin şirketin feshini gerektirebilmesi için artık bu sebeplere dayanılmasının azlık açısından açık bir şekilde imkânsız hale gelmesi ve şirketin devamını sağlayan unsurların ortadan kalkmış olması gerekir⁹⁰.

Mahkemenin şirketin feshi yerine azlığın ortaklıktan çıkarılmasına karar verebilmesi için ekonomik ve sosyal açıdan şirketin devam etmesinde fayda görmüş olması gerekir. Çoğunluğun azlığın ortaklıktan çıkarılacağı beklentisiyle azlığı haklı sebeple fesih davası açma konusunda tazyik ettiği durumlarda da ortaklıktan çıkarma yerine şirketin feshine karar verilmesi daha isabetli bir çözüm olur.

Haklı sebeple fesih davası sonucunda davacı pay sahiplerinin şirketten çıkartılabilmeleri için mahkemenin diğer yollarla haklı sebep teşkil eden hususa bir çözüm bulamamış olması gerekir. Mesela menfaat ihtilafı, genel kurul

⁹⁰ **Steiger** (Çev. Çağa) , s. 396; **Sümer**, Ayşe, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 1991, s. 73.

kararının iptali, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu vb. yollara müracaat edilerek çözülebiliyorsa haklı sebeple feshe veya pay sahibinin ortaklıktan çıkarılmasına karar verilemez⁹¹.

Mahkemenin fesih ve çıkarma dışında ne tür kararlar verebileceği hususu zamanla doktrin ve mahkeme kararlarıyla şekillenecektir. İsviçre doktrininde haklı sebeple fesih davasında mahkemenin azlığın ortaklıktan çıkarılmasının dışında kâr dağıtma zorunluluğunu karara bağlayabileceği, yeni bir pay sahibinin şirkete alınmasını uygun bulabileceği, muhalif pay sahibini

⁹¹ Aynı yönde bkz. **Arslanlı/Domaniç**, s. 748. Pay sahiplerinin genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırarak veya şirket konusunun değiştirilmesine yahut pay sınıflarına ilişkin hakların değiştirilmesine ilişkin kararlara karşı çıkarak menfaat ihtilaflarına çözüm bulabileceği durumlarda haklı sebeple fesih yoluna başvurulamaz (**Hannigan**, s. 448; **Arslanlı/Domaniç**, s. 748).

İngiliz hukukunda da mahkemeler, haklı sebeple fesih davalarında talepte bulunan kişilere uygulanacak alternatif çözüm yollarının bulunması halinde fesih talebini reddetmektedir. Bu konuda uygulanabilecek alternatif çözüm yollarından birisi de fesih talebinde bulunan ortakların paylarının esas sözleşmede düzenlenen bir prosedürle veya diğer pay sahipleri tarafından yapılacak olan bir ele geçirme teklifiyle satın alınarak bu pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmasıdır (**Hannigan**, s. 440). Aynı durum ABD hukukunda da söz konusudur. ABD’de bazı eyaletlerde şirketin feshi davalarında mahkemelere duruma en uygun düşen çözüm yolunu uygulama yetkisi verilmiştir. Bu kapsamda mahkemeler, azınlık paylarının satın alınmasına veya diğer çözüm yollarına başvururken sadece klasik bir takım gerekçeleri değil azınlık pay sahiplerini olumsuz yönde etkileyen diğer hususları da dikkate almaktadır (**Utset**, Manuel A., A Theory of Self-Control Problems and Incomplete Contracting: The Case of Shareholder Contracts, UTAH Law Review, No.4, 2003, s. 1346; **American Bar Association**: Managing Closely Held Corporations: A Legal Guidebook (Paperback), May 25, 2003, s. 48; **Moll**, Douglas K., “Shareholder Oppression and “Fair Value”: of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation,” 54, Duke Law Journal, 2004, s. 303). İsviçre hukukunda da mahkemelere fesih yerine halin icabına ve tarafların beklentilerine uygun başka çözüm yollarını uygulama yetkisi verilmiştir (**Yıldız**, Şükrü, TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender' e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 1196 dn 3).

Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, limited şirketlerde de TTK 549/4’e göre haklı sebeple fesih davası açılmış olması halinde mahkemenin şirketin feshine karar vermeden önce diğer çözüm yollarını da değerlendirip, şirketten çıkma ve çıkarmayla ihtilafa çözüm bulunması halinde fesih talebini reddedebileceğini ileri sürmektedirler (**Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N. 1678a).

yönetim kuruluna aldirabileceği veya kısmi tasfiyeye hükmedilebileceği kabul edilmektedir⁹². ABD hukukunda da mahkemeler çoğunluğun azınlık üzerinde baskı oluşturduğu durumlarda fesih dışındaki bir takım çarelere başvurma konusunda yetkilendirilmiştir⁹³. Bu çerçevede mahkemeler azınlık paylarının satın alınması veya şirkete geçici yönetici atanması gibi çeşitli çözüm yollarına da başvurabilirler⁹⁴. Mahkemelerin uygulayabileceği bu alternatif çözüm yolları ABD hukukunda her geçen gün genişlemekte buna karşılık şirketin feshine karar verilmesi daha az başvuru olan bir yol haline gelmektedir⁹⁵.

Bütün bu şartların gerçekleşmesi halinde mahkeme davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkartılmasına karar verebilir. Ancak mahkemenin davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkartılması yönündeki bu kararı, bu pay sahiplerine karşı uygulanan bir müeyyide niteliğinde değildir. Bu sebeple davacı pay sahiplerinin şirketten çıkartılabilmesi için bu pay sahiplerine ait payların bedellerinin tam olarak ödenmesi gerekir. Çıkarılan pay sahiplerine yapılacak ödemenin mutlaka payların gerçek değerini yansıtmaması gerekir.

Tasarı'da çıkartılan pay sahiplerine paylarının gerçek değeri üzerinden bir ödeme yapılması düzenlenmiş olmasına rağmen bu ödemenin kimin

⁹² Tasarı 531 Gereçesi. Ayrıca bkz. **Akın**, M.Yusuf, Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002, s. 230. İngiliz hukukunda mahkemeler, haklı sebeple fesih talebinde bulunan pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına karar verebileceği gibi, haklı sebebin ortaya çıkmasına sebep olan pay sahiplerinin paylarını davacılarımıza satmalarına da karar verebilir (**Hannigan**, s. 430).

⁹³ Azınlık üzerinde baskı oluşturan davranışlar karşısında Oregon Yüksek Mahkemesi'nin fesih dışında uyguladığı alternatif çözüm yolları konusunda bkz. **Moll**, Fair Value, s. 308 dn 55.

⁹⁴ Bu çerçevede bazı eyalet kanunlarında (Massachusetts) mahkemelere, kapalı nitelikteki anonim şirketlerdeki menfaat ihtilaflarının çözümü için pay sahipleri açısından şahıs şirketlerindeki benzer bir özen ve sadakat yükümlülüğü düzenleme yetkisi verilmiştir (**Utset**, s. 1346; **Dammann**, Jens/ **Schündeln**, Matthias, The Incorporation Choices of Privately Held Corporations, The University of Texas School of Law, Law and Economics Research Paper No. 114, December 2007, s. 17). Alman mahkemeleri de özellikle hâkim durumdaki pay sahiplerinin diğer pay sahiplerine karşı sadakat yükümlülükleri bulunduğu ilişkin kararlar vermişlerdir. Bu konudaki kararlar için bkz. **Enriques**, s. 16 dn 44.

⁹⁵ **Moll**, Douglas K., Minority Oppression & The Limited Liability Company: Learning (Or Not) From Close Corporation History, Wake Forest Law Review, Vol. 40, 2005, s. 893, 894; **American Bar Association**, s. 47; **Utset**, s. 1346; **Moll**, Fair Value, s. 303, 304.

tarafından ve ne şekilde yapılacağı konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bir başka ifadeyle çıkartılan pay sahiplerine paylarının gerçek değerinin şirket tarafından mı yoksa şirkette kalan diğer pay sahipleri tarafından mı yapılacağı hususu Tasarı'da düzenlenmemiştir. Ancak Tasarı 531 gerekçesinde bu konu üzerinde durulmuş, bu hususların yargı kararları ve doktrindeki görüşlerle belirleneceği ifade edilmiştir⁹⁶. Bu nedenle haklı sebeple fesih davası sonucunda davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmasına karar veren mahkeme çıkartılan pay sahiplerine ait payların gerçek değerlerinin kimin tarafından ve nasıl ödeneceğine de kararında yer vermesi gerekir⁹⁷. Mahkeme haklı sebeplerin niteliğine ve bu haklı sebeplerin ortaya çıkmasındaki tarafların katkısına göre payların şirket veya diğer pay sahipleri tarafından satın alınmasına karar verebilir.

Payların gerçek değerinin nakit olarak mı yoksa bir başka şekilde mi ödeneceğine de mahkeme karar verecektir. Mahkeme bu konudaki kararını verirken, ödemeyi kimin yapacağı, ödemeyi yapacak kişi veya şirketin ödeme gücü, şirket sermayesi veya aktiflerinin durumunu vb. hususları göz önünde bulundurarak karar vermelidir.

B. Denkleştirme Davasında Ortaklıktan Çıkarılmaya Karar Verilmesinin Şartları

Haklı sebeple fesih davalarında olduğu gibi denkleştirme davalarında da mahkemelere taraflar arasındaki menfaat ihtilaflarına çözüm bulmak amacıyla diğer çözüm yollarından sonuç alınamaması halinde, davacı pay sahiplerinin paylarının diğer tarafça satın alınmasına (davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına) karar verme yetkisi tanınmıştır. Bağlı şirketin pay sahiplerinin denkleştirme davası açabilmeleri için hâkim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı

⁹⁶ “...Davacıya paranın kimin tarafından ve nasıl ödeneceği, bu payları geçici olarak şirketin iktisap edip edemeyeceği yargı kararlarına ve öğretideki görüşlere göre belirlenecektir.”(Madde gerekçesi). Buna karşılık Çamoğlu, burada çıkartılan pay sahiplerine pay bedellerinin şirket tarafından ödeneceğini, Tasarı 379/1’de yer alan hükmün bu maksatla Tasarı’ya alındığını ifade etmektedir (Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Prof.Dr.Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 684).

⁹⁷ İngiliz hukukunda da payların kimin tarafından satın alınacağı açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Ancak İngiliz hukukunda bu konuda bilinçli olarak bir boşluk yaratılmamış, payların kimin tarafından satın alınacağına mahkeme tarafından karar verileceği düzenlenmiştir. CA 2006 m. 996’ya göre mahkeme haklı sebeple fesih yerine talepte bulunan pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılması kanaatine ulaşmışsa kararında bu ortaklara ait payların diğer ortaklar veya şirket tarafından alınmasına karar verecektir. Eğer mahkeme payların şirket tarafından alınmasına karar vermişse bu durum şirket sermayesinin azaltılması yoluyla gerçekleşecektir.

bir biçimde kullanarak bağlı şirketi kayba uğratması ve bu kaybın hâkim şirket tarafından karşılanmamış olması gerekir.

Hâkim şirket, bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetine dayanarak bağlı şirketi çeşitli hukukî işlemleri yapmaya, maddi bir takım fiilleri yerine getirmeye veya önemli bir takım kararları almaya yöneltebilir⁹⁸. Ancak söz konusu hukukî işlem, maddi fiil ve kararların bağlı şirketi kayba uğratabilecek nitelikte olmaması gerekir. Hukuka aykırılık ancak bu hukukî işlemlerin bağlı şirketin kaybına sebep olması ve bu hukukî işlem ve kararların alınmasında haklı bir sebebin bulunmaması halinde söz konusu olabilir⁹⁹.

Hâkim şirketin denkleştirme davasıyla karşı karşıya kalmamak için bağlı şirketin hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından kaynaklanan kayıplarını ilgili faaliyet yılı içerisinde fiilen denkleştirmesi veya engeç faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete kayba denk değerinde bir talep hakkı tanınması gerekir. Tasarı'daki bu düzenlemeyle hâkim şirkete o faaliyet yılı içerisinde denkleştirilmek veya bağlı şirkete denk bir talep hakkı tanınmak şartıyla bağlı şirketi kayba uğratabilecek hukukî işlem, maddi fiil ve kararları alabilme imkânı tanınmıştır. Bu nedenle bağlı şirketin pay sahiplerine ve alacaklılara, hâkim şirketin kaybı denkleştirebileceği bu dönemde denkleştirme davası açma hakkı tanınmamıştır.

Denkleştirme davasını açma hakkı bağlı şirketin pay sahiplerine ve alacaklılarına tanınmıştır. Buna karşılık bağlı şirketin denkleştirme davası açabilmesi mümkün değildir. Bağlı şirketin yöneticilerinin işlerini kaybetme endişesiyle denkleştirme davasını dürüst bir şekilde yürütemeyecekleri göz önüne alınarak, bağlı şirkete denkleştirme davası açma hakkı tanınmamıştır¹⁰⁰. Denkleştirme davası açabilmek için pay sahiplerinin belirli bir orana ulaşmaları (azlık oluşturmaları) şartı aranmamıştır.

Denkleştirme davası açma hakkı bağlı şirketin pay sahipleri ve alacaklılarına tanınmış olsa da dava sonucunda tazminata hükmedilmesi halinde, tazminat bağlı şirkete ödenir (Tasarı 202/1/e, 555/1). Ancak mahkeme davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınması veya alacaklıların alacaklarının teminat altına alınması gibi doğrudan doğruya pay sahipleri ve/veya alacaklıları ilgilendiren çözüm yollarının uygulanmasına da karar verebilir.

⁹⁸ Bağlı şirketin bu tür davranışlarda bulunmaya zorlanması bağlı şirketteki oy gücünün kullanılması şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi çeşitli baskı uygulamalarıyla da gerçekleştirilebilir (Madde Gerekçesi).

⁹⁹ Madde Gerekçesi.

¹⁰⁰ Bağlı şirkete denkleştirme davası açma hakkının tanınmamasının diğer bir sebebi de bağlı şirketle hâkim şirketin karşı karşıya gelmesinin arzu edilmemesidir (Madde Gerekçesi).

Tasarı 202/1/b’de düzenlenen denkleştirme davasının konusu, bağlı şirketin zararının giderilmesidir. Ancak bu davalarda mahkemelere bağlı şirketin zararının giderilmesi amacını aşan çeşitli çözüm yollarını uygulama yetkisi verilmiştir. Amacı bağlı şirketin zararlarının tazmini olan böylesi bir davada mahkemelere bu derece ağır sonuçları olabilecek çözüm yollarına başvurma imkânının tanınması doğru değildir.

Şüphesiz hâkim şirketle bağlı şirket pay sahipleri arasında bağlı şirketin kayba uğratılmasından kaynaklanan bütün menfaat ihtilaflarının, bağlı şirketin zararının tazmin edilmesi suretiyle ortadan kaldırılması mümkün olmayabilir. Ancak Tasarı’da bu tür durumlarda uygulanmak üzere zaten özel bir takım çözüm yolları düzenlenmiştir. Bunun dışında burada zararın tazmini dışında başka çözüm yollarının da uygulanması arzu ediliyorsa, mahkemelere oldukça geniş bir takdir hakkı tanınması yerine bu çözüm yollarının ismen sayılmasının daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Mesela denkleştirme davalarında bağlı şirketin zararının tazmininin dışında (veya yanında) mahkemenin pay sahiplerine şirketten çıkma imkanı tanınması veya alacaklıların alacaklarının hâkim şirket tarafından teminat altına alınması gibi çözüm yollarının da uygulanabileceği madde metninde düzenlenebilir.

Denkleştirme davalarında davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına karar verilmesi halinde payların hâkim şirket tarafından varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir değerle satın alınması gerekir. Tasarı 202/2’de yer alan bu düzenlemeye göre payların değeri mahkeme kararına en yakın tarihteki veriler esas alınarak belirlenir.

II. Mahkemenin Ortaklıktan Çıkarma Kararı Vermesinin Sonuçları

Haklı sebeple fesih ve denkleştirme davası sonucunda ortaklıktan çıkarılma kararının verilmiş olması çoğunluk dışında kalan pay sahiplerinin tamamının ortaklıktan çıkarılması sonucunu doğurmaz. Tasarı 531 ve 202, menfaat ihtilaflarının çözümü konusunda mahkemeye oldukça geniş bir yetki vermektedir. Bu yetki çerçevesinde, mahkemenin haklı sebeple fesih veya denkleştirme davası açan davacılar arasında yer almayan fakat çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasından zarar gören diğer pay sahiplerinin de ortaklıktan çıkarılmasına karar verip veremeyeceği sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce bu soruyu olumlu olarak cevaplamak gerekir. Zira Tasarı 531 ve 202’de her ne kadar “...davacı pay sahiplerinin şirketten çıkartılmalarına...” şeklinde bir ifade yer alsada bu ifadenin devamında “veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir” denilmektedir. Bu nedenle haklı sebeple fesih ve denkleştirme davası sonucunda dava açmayan diğer pay sahiplerinin de ortaklıktan çıkarılmasına karar verilebilir. Zira burada zaten fesih veya denkleştirme davası açan pay sahiplerinin de ortaklıktan çıkarılma yönünde

bir talep ve iradeleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla menfaat ihtilafının çözümü açısından zorunlu olmasına rağmen sırf haklı sebeple fesih veya denkleştirme davası açan pay sahipleri arasında yer almamaları gerekçe gösterilerek diğer pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmamaları doğru bir yaklaşım olmaz. Zaten Tasarı 531 ve 202'nin amacı azlık pay sahiplerinin korunmasıdır. Bu korumanın içerisine hem fesih ve denkleştirme davası açan hem de açmayan pay sahipleri girer. Ayrıca fesih veya denkleştirme davası açan pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarından sonra çoğunluk gücünün kötüye kullanılması tehlikesiyle baş başa kalan azınlık pay sahiplerinin varlığı, diğer pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına rağmen menfaat ihtilaflarının devam edeceğini gösterir. Bu durum ise ortaklıktan çıkarma kararıyla ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmemesi sonucunu doğurur. Zira ortaklıktan çıkarma müessesesinin anonim şirketler hukukundaki düzenleniş amacı menfaat ihtilaflarını çözüme kavuşturulmasıdır.

Haklı sebeple fesih davası sonucunda ortaklıktan çıkarma kararı verilmiş olmasının önemli bir sonucu da şirketin feshi tehlikesinin ortadan kalkmasıdır. Bu sayede hem azlık hem de diğer menfaat sahipleri açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecek tasfiye aşamasına da geçilmemekte, tasfiyeden kaynaklanabilecek değer kayıpları da engellenmektedir. Böylece ekonomik ve sosyal açıdan önemli bir olgu olan anonim şirketlerin sorunlarından arındırılmış bir şekilde faaliyetlerine devam etmeleri sağlanmaktadır.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu'na göre anonim şirketlerde ortaklıktan çıkarılma sonucunu doğurabilecek tek hal, sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa ıskat müeyyidesinin uygulanmasıdır. Ancak ıskat müeyyidesinin çıkarma sonucunu doğurabilmesi için bu müeyyidenin uygulanması neticesinde mütemerrit pay sahibinin anonim şirkette başka payının kalmaması gerekir. Bunun dışında bir başka sebeple bir ortağın anonim şirketten çıkarılabilmesi mümkün değildir. Anonim şirket esas sözleşmelerine de ortaklıktan çıkarılmaya ilişkin hükümler konulamaz.

Anonim şirketler hukukunda ıskat sadece sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi halinde uygulanabilecek bir müeyyidedir. Bu nedenle agionun veya ikincil (tali) yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması sebebiyle ıskatın uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira ıskatın amacı esas sermayenin temini ve korunmasıdır.

İskatın en önemli sonucu uygulandığı paylar üzerindeki pay sahipliği sıfatını sona erdirmesidir. Ancak ıskat her zaman ortaklıktan çıkarılma sonucunu doğurmaz. İskatın uygulandığı pay sahibinin ıskat edilen paylar dışında şirkette başka payları varsa bu paylar ıskattan etkilenmeyeceğinden ıskata maruz kalan pay sahibinin ortaklık sıfatı devam eder. Buna karşılık bir pay sahibinin sahip olduğu bütün paylara ıskat müeyyidesinin uygulanması halinde ıskatla birlikte ortaklık sıfatı da sona erer.

Sermaye koyma borcunun yerine getirilmemiş olması halinde yönetim kurulunun başvurabileceği tek yol ıskat değildir. Yönetim kurulu bu durumda ıskatın dışında icra takibi veya ifa davası yollarına da başvurabilir. Ancak ıskatla birlikte icra takibi yapılması veya ifa davası açılması mümkün değildir. Yönetim kurulu diğer yollara ancak ıskat usulünü bırakarak başvurabilir. Buna karşılık ıskatla birlikte gecikme faizi, cezai şart veya tazminat talebinde de bulunulabilir.

İskata ilişkin hükümlere Tasarı'da da yer verilmiştir. Ancak Tasarı'daki düzenleme birkaç değişikliğin dışında Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemelerin aynısıdır. Türk Ticaret Kanunu'nda boşluk bulunan ve doktrinde farklı şekilde yorumlanan pek çok konu Tasarı'da açıklığa kavuşturulamamıştır.

Bu çalışmada incelenen diğer bir ortaklıktan çıkarılma hali de hâkim pay sahibinin çıkarma hakkıdır. Bu ortaklıktan çıkarılma hali, AB hukukundaki düzenlemeler temel alınarak Tasarı'ya alınmıştır. Ancak AB hukukundaki düzenlemelerle Tasarı'daki düzenlemeler karşılaştırıldığında bazı önemli konularda farklılıkların olduğu görülmektedir.

Tasarı ile AB hukukundaki düzenlemeler arasındaki en önemli farklılık, hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının düzenleniş amacı noktasında karşımıza çıkar. Zira AB hukukunda bu hak ekonomik yoğunlaşmaların desteklenmesi amacıyla tanınmıştır. Buna karşılık Tasarı'da bu hakka, özellikle ekonomik yoğunlaşmalarla ortaya çıkan menfaat ihtilaflarının çözümlenmesi amacıyla yer verilmiştir. Bu nedenle Tasarı'da AB hukukundaki düzenlemelerden farklı olarak azınlık pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılabilmeleri için dürüstlük kuralına aykırı olarak şirketin işleyişine engel olmaları şartı da aranmıştır. Ancak bu şartın aranması hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının uygulama alanını oldukça daraltmıştır. Bu haliyle Tasarı'daki hâkim pay sahibinin çıkarma hakkına ilişkin düzenleme ekonomik yoğunlaşmaların desteklenmesi ile menfaat ihtilaflarının çözümlenmesi amacı arasında sıkışıp kalmıştır. Kanaatimizce kanun koyucu buradaki amacını açık bir şekilde ortaya koymalı, önceliğin ekonomik yoğunlaşmaların desteklenmesine verilmesi halinde şirket işleyişinin engellenmesi şartından vazgeçilmelidir. Buna karşılık önceliğin menfaat ihtilaflarının çözümlenmesine verilmesi halinde ise çıkarma hakkının kullanılması için ulaşılmaması gereken eşğin düşürülmesi yoluna gidilmelidir. Zira bu haliyle Tasarı'daki düzenleme ne ekonomik yoğunlaşmaların desteklenmesine ne de menfaat ihtilaflarının çözümüne hizmet edecek niteliktedir.

Bu konuda Tasarı'daki diğer bir farklılık da hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının diğer ülkelerde başarıyla sonuçlanmış bir aleni pay alım teklifiyle bağlantılı bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen Tasarı'da bu hakkın aleni pay alım tekliflerinden bağımsız bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Kanaatimizce Tasarı'daki yaklaşım son derece isabetlidir.

Anonim şirketin paylarında bağlam bulunması halinde hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının kullanılmasında çeşitli sorunlarla karşılaşılabilir. Bu

nedenle Direktifte üye ülkelerden esas sözleşmelerine bağlamın aleni pay alım teklifi sürecinde uygulanmayacağına ilişkin hüküm koymaları istenmiştir. İsviçre hukukunda da bağlamın uygulanmasını engellemek amacıyla azınlığa ait paylar itfa edilmekte hâkim pay sahibine yeni çıkarılan paylar verilmektedir. Buna karşılık Tasarı'da bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak bağlamdan kaynaklanabilecek sorunların ortaya çıkmasını engellemek amacıyla Tasarı'da da bu konuda bir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Tasarı'ya ya bağlamın azınlık paylarının mahkeme veya genel kurul kararıyla hâkim pay sahiplerine geçtiği durumlarda uygulanmayacağına ilişkin bir hüküm konulmalı ya da Tasarı'da İsviçre hukukunda ve Sermaye Piyasası Tasarısı Taslağı'nda olduğu gibi azınlık paylarının itfa edilmesi ve hâkim pay sahiplerine yeni çıkartılacak payların verilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmelidir.

Bunun dışında Tasarı'da hâkim pay sahibinin çıkarma hakkının kullanılması halinde azınlığa ödenecek bedelin teminat altına alınmasına ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Oysa bu durum azınlık pay sahipleri açısından son derece önemlidir. Bu nedenle Tasarı'da da Alman hukukunda olduğu gibi hâkim pay sahiplerine mutlaka bu konuda bir banka garantisi sağlama yükümlülüğü getirilmeli veya azınlık paylarının hâkim pay sahibine geçmesinin ancak pay bedellerinin mahkemeye veya mahkemenin göstereceği yere yatırılmasıyla gerçekleşeceği konusunda bir düzenleme yapılmalıdır.

Bir şirketin tamamına yakınının ele geçirilmesi halinde söz konusu olan hâkim pay sahibinin çıkarma hakkında (Tasarı 208) olduğu gibi ortağı çıkararak birleşme prosedüründe de (Tasarı 141) kanun koyucunun ekonomik yoğunlaşmaların desteklenmesine mi yoksa menfaat ihtilaflarının çözümüne mi öncelik tanıdığı açık bir şekilde ortaya konulamamıştır. Ortağı çıkararak birleşme prosedürü de diğer ülkelerdeki düzenlemeler temel alınarak Tasarı'ya alınmış olmasına rağmen burada da diğer ülkelerden farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu çerçevede hâkim pay sahibinin çıkarma hakkında olduğu gibi ortağı çıkararak birleşme prosedüründe de azınlığın bir takım olumsuz davranışlarda bulunması şartı aranmıştır. Ancak Tasarı 141'de bu husus açık bir şekilde ifade edilmemiş sadece madde gerekçesinde bu yönde ifadeler yer verilmiştir. Söz konusu durum, uygulamada çeşitli sıkıntılara sebep olabilecek niteliktedir. Bu nedenle ortağı çıkararak birleşme prosedürü içerisinde azınlığın olumsuz bir takım davranışlarda bulunması şartının aranıp aranmayacağı tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmelidir.

Tasarı'da haklı sebeple fesih davası içerisinde ortaklıktan çıkarılmaya ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Haklı sebeple fesih davası sonucunda azlığın ortaklıktan çıkarılabilmesi için bu kararın anonim şirketteki menfaat ihtilaflarını ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir. Bunun dışında haklı sebep teşkil edecek hususun mutlaka çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasına ilişkin olması gerekir. Ancak bu husus Tasarı 531'de açık bir şekilde

düzenlenmemiştir. Bundan dolayı Tasarı 531'deki mevcut düzenlemeye göre çoğunluk pay sahiplerinin bu davayı açabilmeleri mümkündür. Ancak haklı sebeple feshin düzenleniş amacı azınlık haklarının korunmasıdır. Bu sebeple haklı sebebin çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasına ilişkin olması konusunda Tasarı metninde bir değişiklik yapılması oldukça isabetli olacaktır.

Tasarı'daki ortaklıktan çıkarma konusundaki son düzenlemeye, hâkim şirket-bağlı şirket ilişkisi içerisinde yer verilmiştir. Tasarı 202'de düzenlenen bu ortaklıktan çıkarma hali de haklı sebeple fesih davası sonucunda söz konusu olan ortaklıktan çıkarma haliyle büyük ölçüde benzerlik taşımaktadır. Her iki durumda da çoğunluk pay sahiplerinin veya hâkim şirketin haklarını kötüye kullanması durumunda bundan zarar gören pay sahipleri mahkemeye başvurmakta, mahkeme de duruma uygun düşen bir başka çözüm yolu bulamaması halinde davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmasına karar vermektedir. Ancak Tasarı 202'deki düzenlemede Tasarı 531'deki düzenlemenin aksine şirketin feshedilmesi tehlikesi mevcut değildir. Tasarı 202'de yer alan denkleştirme davasıyla pay sahipleri sadece hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından dolayı uğradıkları zararı talep etmektedirler. Böyle bir davada davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına (paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına) karar vermek menfaat ihtilaflarının çözümü konusunda amaca elverişli bir yöntem değildir. Zira burada haklı sebeple fesih davasından farklı olarak davacı pay sahiplerinin şirketle aralarındaki ortaklık ilişkisini sona erdirmeye konusunda bir talepleri bulunmamaktadır. Bunun dışında haklı sebeple fesih davalarında davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılmalarına şirketin feshine engel olmak amacıyla karar verilmektedir. Oysa denkleştirme davasında böyle bir durum söz konusu değildir. Kaldı ki denkleştirme davasını açan pay sahiplerinin şirketten çıkma gibi bir düşünceleri varsa Tasarı 202/2'de düzenlenen çıkma hakkını kullanarak bu düşüncelerini gerçekleştirebilirler. Ayrıca bu pay sahiplerinin kanunda belirtilen oranı sağlama ve haklı sebeplerin bulunması şartıyla Tasarı 531'de düzenlenen haklı sebeple fesih davası açma yoluna da başvurabilmeleri mümkündür.

Tasarı 202/1/b'de de belirtildiği gibi mahkemenin denkleştirme davası sonucunda uygulayabileceği çözüm yollarının duruma uygun düşmesi ve kabul edilebilir olması gerekmektedir. Oysa denkleştirme davası sonucunda davacı pay sahiplerinin ortaklıktan çıkarılması herşeyden önce davacı pay sahipleri tarafından bile kabul edilebilecek bir husus değildir. Ayrıca söz konusu çözüm yolunun duruma uygun düşüğü de söylenemez. Bu sebeple Tasarı 202 ile mahkemelere verilen son derece geniş takdir yetkisinin Tasarı'nın kanunlaşması aşamasında kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Akın, M. Yusuf Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002.

- Akkanat, Halil** Adi Ortaklıkta “Haklı Sebep İhraç” Mümkün Müdür?, İÜHFİM, C. LXII, Sa. 1-2, Y. 2004, s. 333-349.
- Ansay, Tuğrul** Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982 (AŞ).
- Ansay, Tuğrul** Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi, Batider, 1964, C. II, Sa. 3, s. 371-383 (İptal).
- Ansay, Tuğrul** Anonim Şirketler ve Tatbikat, AÜHFİD C. XVII, Y. 1960, Sa. 1-4, s. 327-349 (Tatbikat).
- Arseven, Haydar** Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarına Karşı Kötüniyetli Açılan İptal Davasının Müeyyideleri, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 277-287.
- Arslanlı, Halil** Anonim Şirketler, I, İstanbul 1959.
- Arslanlı, Halil/ Domaniç, Hayri** Ticaret Kanunu Şerhi, C.III, İstanbul 1989.
- Aslan, Ayşegül** Hâkim Ortağın Azınlık Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-out Right), Sermaye Piyasası Kurulu Ortaklıklar Finansmanı Dairesi, Yeterlilik Etüdü, Ankara 2005.
- Aydın, Alihan** Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması, Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 29-51.
- Aytaç, Zühtü** Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm, Batider, Aralık 1976, C.VIII, Sa.4, 97-124.
- Battal, Ahmet** Anonim Şirketlerde Ortaklıktan İskat Prosedürü (TTK m. 408) ile İlgili Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII, 9-10 Haziran 2000, Ankara 2000, s. 53-67.
- Başbuğoğlu, Tarık** Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C.I, Ankara 1988.
- Baştuğ, İrfan** Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966.
- Bilgin, Yüksel** Sermaye Ortaklıklarında Katılma Payı ve Hukuksal Sonuçları, Ankara İTİAD, 1978, C. 10, Sa. 1-2, s. 173-196.
- Birsel, Mahmut T.** Anonim Ortaklıklarda Tali Yüküm, Batider, 1976, C. VIII, Sa. 3, s. 41-50.
- Boyacıoğlu, Cumhuriyet** Konzern Kavramı, Ankara 2006.
- Burkart, Mike/Panunzi, Fausto** Mandatory Bids, Squeeze-out, Sell-out and the Dynamics of the Tender Offer Process, Law Working Paper N°. 10/2003, June 2003, (<http://ssrn.com/abstract=420940>, Erişim Tarihi: 26.05.2005).
- Çamoğlu, Ersin** Kollektif Ortaklıklarda Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, İstanbul 1976 (Haklı Sebep).
- Çamoğlu, Ersin** Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Prof.Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 667-684 (Fesih).
- Çeker, Mustafa** Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı (Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Münasebetiyle), Batider, C.XXIII, Sa.1, Y. 2005, s. 61-73 .
- Çevik, O. Nuri** Anonim Şirketler, 4.Baskı, Ankara 2002 (Anonim Şirketler).
- Çevik, O. Nuri** Kooperatifler Kanunu, 6.Baskı, Ankara 2003 (Kooperatif).
- Davies, Paul L.** Takeovers in English and German Law, Editor; Payne, Jenifer, s. 9-33 Portland 2002.
- Değirmenci, Cenker** Anonim Ortaklıkta İskat, İstanbul 2006.

Doğanay, İsmail Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Anonim Şirketlerde, Azınlıkta Kalan Pay Sahiplerinin, Genel Kurul Kararlarını İptal Ettirilmeleri Hali, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 359- 388 (İptal).

Doğanay, İsmail Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, 4.Bası, İstanbul 2004 (Doğanay).

Domaniç, Hayri Halk Sermayesinin Anonim Şirketlere Katılmasını Sağlayacak Bazı Tedbirler, Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 118-163 (Tedbirler).

Domaniç, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi C.II, İstanbul 1988 (Anonim Şirket).

Domaniç, Hayri Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, 4. Bası, İstanbul 1988 (Kollektif Şirket).

Domaniç, Hayri Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketleri, C.I, İstanbul 1988 (C.I).

Dornseifer, Frank Corporate Business Forms in Europe: A Compendium of Public and Private Limited Companies in Europe, Germany, Edited by Frank Dornseifer, Berne: Staempfli; München: Sellier European Law Publishers, 3 Editions, s. 211-294, December 2005.

Düşünür, Ahmet Anonim Şirketlerde Pay Sahipliğinin Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukukî Sonuçları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996.

Elst, Christoph Van Der/Sten Lientje Van Den Opportunities in The M&A Aftermarket:Squeezing Out and Selling Out, Financial Law Institute Working Paper Series WP 2006-12, Universiteit Gent, September 2006.

Enriques, Luca Enforcing Self-Dealing Constraints on Dominant Shareholders in Europe, Law and Economics Workshop (University of California, Berkeley), Year 2007, Paper 7 (http://repositories.cdlib.org/berkeley_law_econ/Spring2007a/7, Erişim Tarihi: 18.04.2008).

Erem, Turgut S. Ticaret Hukuku Prensipleri, C.II, 3. Baskı, İstanbul 1969.

Eriş, Gönen Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticarî İşletme ve Şirketler, Ticaret Şirketleri-Madde 223-556, 2.Cilt, 4.Baskı, Ankara 2007 (Ticaret Şirketleri).

Eriş, Gönen Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2001 (Kooperatif).

Goergen Marc /

Martynova Marina /

Renneboog Luc Corporate Governance Convergence: Evidence From Takeover Regulation Reforms in Europe Oxford Review of Economic Policy, Vol. 21, No. 2, s. 243-268, 2005.

Goo, S. H. Minority Shareholders' Protection-A Study of Section 459 of The Companies Act 1985, London 1994.

Göle, Celal Anonim Şirketlerde Nakdî Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Ankara 1976.

Hannigan, Brenda Company Law, Great Britain, 2003.

Helvacı, Mehmet Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukukî Niteliği ve Tanımı, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 297-310.

- Hırş, Ernst E.** Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948.
- İmregün, Oğuz** Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul 1977 (Ticaret Hukuku).
- İmregün, Oğuz** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, s. 277-292, İstanbul 2001 (Yönetim Kurulu).
- İmregün, Oğuz** Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962 (Menfaat İhtilafları).
- İzmirli, Yedigir** Türk Ticaret Kanununa Göre Tasfiye Memurlarının Görev Yetki ve Sorumlulukları, Ankara 2001.
- Kaplan, Emine T.** Tamamı Ödenmemiş Hisse Senedi Sahibinin Durumu ve Konkordato, Batider, Haziran 1981, C.XI, Sa. 1, s. 119-156.
- Karahan, Sami** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Nisapları, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, s. 173-185, İstanbul 2006.
- Karayalçın, Yaşar** Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi, Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, S. 351-398 (Kontrol Satışı).
- Karayalçın, Yaşar** Muhasebe Hukuku, Ankara 1988 (Muhasebe Hukuku).
- Karayalçın, Yaşar** Ticaret Hukuku: II.Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1973 (Şirketler Hukuku).
- Karayalçın, Yaşar** Para Değerinde Değişmeler - Yabancı Sermaye ve Anonim Şirketlerde Aynî Pay, Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 493-545 (Aynî Pay).
- Karayalçın, Yaşar** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Hangi Kararları Aleyhine Dava Açılabilir?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Ankara 1986, s. 239-283 (Yönetim Kurulu).
- Kaya, M. İsmail** Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (Squeeze-out Right) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa.1-2, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin Kuruluşunun 20. Yılına Armağan, Erzincan 2007, s. 307-332.
- Kurtulan, Ahmet** Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması, 5. Baskı, Ankara 2007.
- Levy, A. B.** Private Corporations and Their Control, Part II, 1998 (A.Levy).
- Manavgat, Çağlar** Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer-Takeover Bid), Ankara 1997.
- McGeachie, Jeff** Corporate Business Forms in Europe : A Compendium of Public and Private Limited Companies in Europe , England, Edited by Frank Dornseifer , Berne : Staempfli ; München : Sellier European Law Publishers, 3 Editions, s. 59-107, December 2005.
- Moll, Douglas K.** Minority Oppression & The Limited Liability Company: Learning (Or Not) From Close Corporation History, Wake Forest Law Review, Vol. 40, 2005, s. 883-976 (Minority).

Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma

Moll, Douglas K. “Shareholder Oppression and “Fair Value”: of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation,” 54, Duke Law Journal, 2004, s. 293–383 (Fair Value).

Moroğlu, Erdoğan Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2004 (Hükümsüzlük).

Moroğlu, Erdoğan Anonim Ortaklıklarda Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması, Batıder, 1994, C. XVII, Sa. 3, s. 47-55 (Çoğunluk).

Moroğlu, Erdoğan Esas Sermaye Artırımı İçin Eski İştirak Taahhütlerinin Tamamen Ödenmiş Olması Şartı, Makaleler I, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 45-53 (İştirak)

Morse, Geoffrey Charlesworth’s Company Law, Seventeenth Edition, London 2005.

Okçuoğlu, Yavuz Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Ankara 1991.

Okutan,

Gül Nilsson Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003.

Özdamar, Mehmet Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisat Etmesi (TTK. md. 329), Ankara 2005.

Özkorkut, Korkut Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996.

Pennington,

Robert R., Company Law, Eighth Edition, Great Britain, 2001.

Poroy, Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu, Ersin Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2007.

Poroy, Reha/ Tekinalp Ünal/ Çamoğlu, Ersin Ortaklıklar Hukuku, C. I, 2.Bası, İstanbul 1975 (C.I).

Selvi, A. Murat Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004.

Steiger, Von İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, Çev. Tahir Çağa, İstanbul 1968.

Subramanian,

Guhan Fixing Freezeouts, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, Discussion Paper No. 501, 12/2004, (<http://ssrn.com/abstract=634268>, Erişim Tarihi: 17.04.2007).

Sümer, Ayşe Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 1991.

Tekil, Fahiman Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998.

Tekinalp, Ünal Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerelerin Ertelenmesini İstemi, İÜHFM 1976, Sa. 1-4, Hirsch’e Armağan, Özel Sayı, İstanbul 1977, s. 233-243 (Bilanço)

Tekinalp, Ünal Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sıfatının Kazanılması ve Yitirilmesi, İstanbul 1972 (Kooperatif).

Tekinalp, Ünal Türk Ticaret Kanunu’ndaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi, Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç, İktisat ve Maliye Dergisi, Kasım 1974, s. 321-326 (Fesih).

Tekinalp, Ünal AO Tipi İçinde Sınıf Değişirme-Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkarılan Sermayenin Tescilinin Hukukî Niteliği, Batider, Aralık 1993, C.19, Sa. 1, s. 103-140 (Sınıf Değişirme).

Teoman, Ömer Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukukî Mütalaalar Kitap 1:1989-1991, İstanbul 1992.

Topçuoğlu, Metin Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukukî Sonuçları, Ankara 2001.

Tunçay, Merzuke Halka Açık Anonim Şirketlerin Kapalı Hale Dönüşmesi (Going Private), Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü, Ankara 2003.

Türk, H. Sami Anonim Ortaklık Pay Senetlerinde İtibari Değer Farkları, Mahmut Koloğlu'na 70.Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 567-580 (İtibari değer).

Utset, Manuel A. A Theory of Self-Control Problems and Incomplete Contracting: The Case of Shareholder Contracts, UTAH Law Review, No.4, 2003, s. 1329-1411

Yasaman, Hamdi Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987 (Birleşme).

Yasaman, Hamdi Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 695-712 (Tekinalp'e Armağan).

Yıldız, Şükrü TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 1195-1199 (Fesih).

Yılmaz, Yavuz Anonim Şirkette Ortağın İskatı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1998 (Y.Yılmaz).

Viecz-Bütler,

Sylvia/Bucher,

Benno European Company Structures: A Guide to Establishing a Business Entity in a European Country by Michael J. Oltmanns, Ernst and Young Legal Series, March 1998.

DİĞER

American Bar Association: Managing Closely Held Corporations: A Legal Guidebook (Paperback), May 25, 2003 (American Bar Association).

Public Takeovers in Europe: Freshfields Bruckhaus Deringer, Summer 2006, <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2006/15414.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2007, (Public Takeovers in Europe).

Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues

Related to Takeover Bids Brussels, 10 January 2002:

http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/takeoverbids/2002_01_hlg_report_en.pdf, erişim tarihi 08.12.2005 (Winter Report).

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan 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) olarak hazırlanmış **bir disket/cd.si** ile ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adet **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **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. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **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, (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.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

Bu şartları taşımayan başvurular kabul edilmeyecektir.

Haberleşme Adresi: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/dergi/dergi.html>

e-mail: hukukdergi@selcuk.edu.tr