MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Doç. Dr. Mehmet SOMER'e ARMAĞAN

MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

134

İSTANBUL
2006

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Doç. Dr. Mehmet SOMER'in Anısına ARMAĞAN



Doç. Dr. Mehmet SOMER
(1958 - 2003)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA
ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Doç. Dr. Mehmet SOMER'in

Anısına

ARMAĞAN

YAYINA HAZIRLAYAN
Yrd. Doç. Dr.
Murat Yusuf AKIN

İSTANBUL 2006

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yayın No : 1397
Armağan Dizisi : 8

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ ARMAĞAN ÖZEL SAYISI Cilt 12, Sayı 1-3 2004-2006

Haziran 2006 - İSTANBUL

ISBN 975 - 400 - 294 - 0

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Haydarpaşa
Üsküdar / İSTANBUL
Tel: 0216 349 84 00

Bu yayınla ilgili olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundan doğan her türlü haklar saklıdır. Yayının tamamının veya bir bölümünün izinsiz olarak herhangi bir şekilde çoğaltılması yasaktır.

Bu yayındaki makalelerde belirtilen görüşler yazarlara aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez.

Doç. Dr. Mehmet SOMER'in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Yayın Komisyonu 17.04.2006 Tarih ve 1 No'lu Kararı'na istinaden yayınlanmıştır.

Eserdeki makaleler esasen teslim olundukları tarihler itibariyle günceldir.

Dizgi : Beta Basım A.Ş.
Baskı - Cilt : Kurtiş Matbaacılık
Topkapı/İSTANBUL
Kapak Tasarım : Gülgonca Çarpık

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No. 13-15
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 511 36 50
e-mail: betakitap@betakitap.com
www.betakitap.com

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

YAYIN KURULU
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ
Prof. Dr. Güzin ÜÇIŞIK
Doç. Dr. Lerzan YILMAZ
Yrd. Doç. Dr. Murat Yusuf AKIN
Yrd. Doç. Dr. Birgül SOPACI
Yrd. Doç. Dr. R. Tamer PEKDİNÇER

YAYINA HAZIRLAYAN
Yrd. Doç. Dr. Murat Yusuf AKIN

TASHİHLER
Ar. Gör. İrem ARAL
Ar. Gör. Özlem Karaman COŞGUN
Ar. Gör. Salih Önder YEŞİLTEPE
Ar. Gör. Ayşegül SEZGİN
Ar. Gör. Hanife DOĞRUSÖZ
Ar. Gör. Seda Ş. GÜNGÖR

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA
ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Doç. Dr. MEHMET SOMER'in
BİLİMSEL ÇALIŞMALARI

- **Türk Hukukunda Başkası Hesabına Sigorta İstanbul 2002. (Doçentlik Tezi)**
- **Özel Sigorta Mevzuatı İst.1997**
- **Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanununun Tedrici Kuruluş Sistemi üzerindeki Etkileri İstanbul 1990 (Doktora Tezi)**
- **Ticaret Şirketleri Uygulama Rehberi Cilt 1. Anonim Şirketler İst. 1992**
- **Başkası Hesabına Sigortanın Gerçekleşme Şekilleri** *(Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003 s. 43-62.)*
- **3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Değişiklik Yapılmasına İlişkin Adalet Bakanlığı Kanun Taslağı Hakkında Görüşler** *(3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanunda Yapılan Değişikliklerin Anayasa, Ceza ve Ticaret Hukuku Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, 2002 İstanbul, s. 46-59.)*
- **Türk Ticaret Kanunun Düzenlenmesi Karşısında Sigorta Sözleşmesinin Kuruluşunda Hile Hükümlerinin Uygulanabilirliği** *(Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001 s. 744-763.)*
- **Sigorta Ettirenin Zararını Tazmin Eden Sigortacının Zarar Sorumlusundan Temerrüt Faizi Talep Etme Hakkı** *(Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl: 1998, Sayı: 2-1, s. 139-151.)*
- **Kooperatif Genel Kurul Toplantılarında Azınlığın Gündeme Müdahalesi** *(Hukuk Araştırmaları Dergisi 1995, Cilt: 9, Sayı: 1-3, s. 335-346.)*
- **Kooperatiflerde Azınlığın Genel Kurulun Toplanmasını Sağlama Hakkı** *(Hukuk Araştırmaları Dergisi 1994, Cilt: 8, Sayı:1-3, s. 147-164.)*
- **Zorunlu Deprem Sigortasına Dair 587 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Özel Sigorta Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi** *(Prof. Dr. Merih Kemal Omağ-Yrd. Doç. Dr. Mehmet Somer: Sigorta Murakabe Kanunu'nda Değişiklik Yapan 539. sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değerlendirilmesi Sempozyumu 23 Aralık 1994 s. 21-51.)*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- **"Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı" Hükümlerinin Şirketler Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi** *(Doç. Dr. Yalçın Çakalır - Yrd. Doç. Dr. Mehmet Somer; 'Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Taslağı' Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar s. 78-94.)*
- **Tescilli Markalar Arasında Haksız Rekabet ve Terkin Davaları** *(Argumentum Cilt: 1, Sayı 7, s. 93-96)*
- **Türk Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yedek Yönetim Kurulu Üyeliği Sorunu** *(M. Ü. İİBF Dergisi Prof. Dr. Mübeccel Kıray'a Armağan Cilt: VII, Sayı: 1-2, s. 453-468.)*
- **Anonim Ortaklık Yönetimi Kuruluna Geçici Üye Tayinine İlişkin Düşünceler** *(Dünya Gazetesi, 29 Ağustos 1990, Sayı: 10573-3017)*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ÖNSÖZ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Ticaret Hukuku Anabilim Dalı adına, öğretim üyemiz Doç Dr. Mehmet SOMER anısına çıkarmış olduğumuz Armağan, gerek Anabilim Dalımız, gerekse şahsım, adına hem bir görev, hem de bir onurdur. Şu ana kadar pek çok çalışmaya önsöz yazdım. Ancak, hiçbiri Doç. Dr. Mehmet SOMER anısına yazmış olduğum bu önsöz kadar bana zor gelmemiştir. Kendisinin bilim adamı özelliklerini ve yıllar süren mesai arkadaşlığımızın derinliğini kısa bir önsöz yazısının çerçevesine sığdırmak pek kolay olmasa gerekir. Ayrıca Doç. Dr. Mehmet SOMER'in zamansız kaybının verdiği hüznün de bu zorlukta payı büyüktür. Doç. Dr. Mehmet SOMER, akademik kariyerine başlamış olduğu tarihten, aramızdan zamansız ayrılışına kadar, kariyerinin her aşamasında işbirliği ve iş barışı içinde çalışmakla gurur duyduğum gerçek bir dost, meslektaş ve mesai arkadaşı olmuştur.

Doç. Dr. Mehmet SOMER, bilimsel araştırma ve çalışmalarını, uygulamaya dayanan deneyimleri ile pekiştirerek Ticaret Hukuku Anabilim Dalımıza sonsuz katkılarda bulunmuştur. Özellikle son derece teknik bir hukuk dalı olan Özel Sigorta Hukuku, alanında gerçekleştirdiği bilimsel araştırmaları ve çalışmaları ile teori ve uygulamaya ışık tutmuş, bu alanda sayıları son derece az olan değerli bilim adamlarından biri olmuştur. Bu çalışmalardan en önemlileri, "Başkası Hesabına Sigorta", "Türk Ticaret Kanunu'nun Düzenlemesi Karşısında, Sigorta Sözleşmesinin Kuruluşunda Hile Hükümlerinin Uygulanabilirliği", "Yargıtay İçtihatları Açısından Sigortacının Rücuen Tazminat Taleplerinde Uygulanacak Faiz" ve "Zorunlu Deprem Sigortasına Dair 587 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Özel Sigorta Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi"dir. Aynı zamanda, Kooperatifler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku alanlarındaki, "Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu'nun Tedrici Kuruluş Sistemi Üzerinde Etkileri" isimli çalışmasında, Kara Avrupası Hukuk sistemini benimsemiş olan TTK hükümleri ile Anglo-Amerikan Hukuk sistemini benimseyen Ser.P.K. hükümleri arasındaki sistem farklılıklarını ve çelişkileri başarı ile ortaya koymuş; "Kooperatiflerde Azınlığın Genel Kurulun Toplanmasını Sağlama Hakkı" ve "Kooperatif Genel Kurul Toplantılarında Azınlığın Gündeme Müdahalesi" başlıklı makalelerinde Anonim Ortaklıklarda çoğunluk karşısında bir denge unsuru olan azınlığın, Kooperatifler Hukuku alanındaki uygulamasına değinerek önemli bir konuyu ele almıştır.

Doç. Dr. Mehmet SOMER, lisans ve lisansüstü eğitim ve öğretime yaptığı önemli katkılarla da temayüz etmiş, öğrencileri tarafından sevilmiş ve takdir edilmiştir. Bilimsel anlamdaki çalışmalarının yanı sıra senelerce özveri ile yürütmüş olduğu Dekan Yardımcılığı ve Fakülte Yönetim Kurulu üyeliği ile, Doç. Dr. Mehmet SOMER'in Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne idari açıdan da büyük ve verimli hizmetleri geçmiştir.

Doç. Dr. Mehmet SOMER'in, en önemli özellikleri sevgili ve değerli Ailesine olan içten bağlılığı, çalışma azmi ve bilimsel araştırmalarında göstermiş olduğu titizlikle diğer çalışma arkadaşlarına örnek olması, onlarla yaptığı bilimsel sohbetlerde, edinmiş olduğu tecrübe ve bilgi birikimini aktarmasıydı. Doç. Dr. Mehmet SOMER, güçlü kişiliği, medeni cesareti ve yardımseverliği ile, hukuki sorunlara objektif ve özgün düşünme ve değerlendirme kriterleri ile yaklaşarak çözümler üretmesi ile ufkumuzu açan bilimsel sohbetleri ile anılarımızda unutulmayacak yer edinmiştir. Bu anılar bizler için her zaman canlılığını koruyan bir değer olacaktır.

Ticaret Hukukunun parlak ve istikbal vadeden bir Hocası sıfatıyla, Doç. Dr. Mehmet SOMER'in anısına çıkarmış olduğumuz Armağan, bizler için saygı, sevgi,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

şükran ve vefa borcudur. Armağan'a yazı göndererek Hocamıza karşı gönül ve vefa borcumuzun yerine getirilmesine katkıda bulunan değerli meslektaşlarıma sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Ayrıca, bu Armağan'ın yayınlanması için gerekli maddi desteği ve yakın ilgisini esirgemeyen Sayın Av. Fatoş KILIÇ'a ve Kılıç Hukuk Bürosu'na teşekkürü borç biliyorum.

Saygılarımla.

Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TEŞEKKÜR

Çoğumuz zaman zaman kelimelerin yetersiz olduğunu, içinde yaşadığımız duyguları anlatmaya yetmediğini biliriz. Burada da "teşekkür" kelimesi işte o şekilde. İçinde şükran duygusu, minnet, saygı, sevgi, gönül borcu vardır. Yani güzel ve olumlu olan pek çok duyguyu birlikte ifade etmek için kullanılmıştır; ne var ki hala yetersiz.

Doç.Dr. Mehmet Somer'e Armağan için yazıları ile katkıda bulunan meslektaşlarımıza teşekkür vesilesi ile gecikmiş de olsa, sonsuz bir sabır, özveri ile ancak bir annenin evladına gösterebileceği şefkat ve sevgiyle hep yanımızda olan özel bir insan, sevgili hocam Onkolog Prof. Dr. Süheyla Serdengeçti'ye; sıkıntılarımızın en başından itibaren yanımızda olan, bizi maddi ve manevi şekilde destekleyen, bir baba, bir ağabey gibi bizimle üzülen bizimle sevinen bir diğer hocam Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a teşekkürü borç bilirim.

Tıbbi gözlemlerine ve tavsiyelerine daima güvendiğim, sakin tavırları ile bize makul davranmayı öğreten, bütün bu süreç içinde ihtiyacımız olduğunda her zaman yanımızda olan, özellikle aldığı destekleyici tıp bilgisinden daima bizi yararlandıran aile hekimi, sevgili dostum, Yard.Doç.Dr. Ayşegül Yıldırım ve maddi-manevi her zaman yanımızda olduğundan emin olduğum değerli meslekdaşım Prof.Dr. Turan Yıldırım'a da aynı şekilde teşekkürlerimi ifade etmek isterim. Armağan'ın çıkartılmasındaki maddi desteğinden ötürü Av. Fatoş Kılıç'a da ayrıca teşekkür ederim.

Prof. Dr. Nur Centel'e, Prof. Dr. Bihterin-Abdullah Dinçkol'a, Prof. Dr. Nihal Saban'a, Yard.Doç.Dr. Emin Kahyaoğlu'na, Yard.Doç. Dr. Nurcan İpek'e, Yard. Doç.Dr. İlçin Gönenç'e, Uzman Bilge Tezel'e.....

Sevdiklerimiz, ailelerimiz, dostlarımız, yakınlarımız, arkadaşlarımız, öğrencilerimiz hep yanımızda oldular. Hepsine ne kadar teşekkür edilse azdır. Bütün bu duygusal yük altında unuttuklarım olabilir mi, onları kırmış ya da incitmiş olabilir miyim? kaygısıyla isim zikretmekten korkuyorum. Bilinsin ki, ben sadece yanımda bulunanların değil, bu süre içinde bir kere bile olsa bizi düşünmüş olan, telefon etmek isteyip de rahatsız etmemek için arayamayan, gelmek isteyip çekinen, dua ederek iyilik ve şifa dileyen, sayabildiğim veya sayamadığım tanıdığım veya tanımadığım herkese aynı duygular ile doluyum, onları hep yanımızda hissettim. Ve eminim ki dünyada çok az kişi böyle bir olayı yaşarken bu kadar sevgi dolu, ilgi dolu, dua dolu bir çember oluşur etrafında. İşte biz bu şanslı kişilerdendik ve sizlerin desteği bizim için her zaman önemliydi; ne olduğu ne kadar olduğu değil varlığınız yetti. Hepinize sonsuz teşekkürler...

Buna rağmen, izin verirseniz, iki kişinin ismini daha burada belirtmek istiyorum. Ayrıca böyle iki evlat yetiştiren ve onların bizim yanımızda oldukları sürece "nerede ise varlıklarını bile unutan" ailelerine ne şekilde teşekkür edilir bilemiyorum. Mehmet'in sevgili asistanları Ayşegül ve Önder. Yüksek Lisans tez çalışmasının en sıkışık döneminde, bütün çalışmalarını bir kenara bırakarak gece gündüz bizimle beraberdiler. Genç yaşları için çok ağır bir tecrübeyi, sevinçleri, üzüntüleri beraber yaşadık. Sevgiler, çok sağ olun çocuklar...

Armağan'a verilecek yazılarını hazırlarken meslekdaşlarımın pek çoğunun zorlandığını kişisel yakınlıklarım dolayısıyla biliyorum. Tabii ki bu mesleki bir zorlanma değildi. Çok sevilen bir insanın ardından çıkan armağana yazı yazmanın ağırlığıydı. Ne kadar zor olduğunu biliyorum. Bu nedenle, yüreklerinde bu ağırlıkla, her şeye rağmen bunu başardıkları için emek veren herkese bir kez daha gönülden teşekkür ediyorum.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Son olarak, Bu Armağan'ın çıkmasında emeği geçen Yayın Komitesine, eser sahibi meslektaşlarıma sonsuz teşekkürler. Ellerine, yüreklerine sağlık... Sağlıkla ve sevgiyle kalın. Saygılarımla...

Doç. Dr. Pervin SOMER

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İÇİNDEKİLER

KARA TİCARET HUKUKU

- Yrd. Doç. Dr. Murat Yusuf Akın
  (*İsviçre Federal Mahkemesi 1. HD'nin 7 Temmuz 1995 Tarihli Kararı*) 3
- Yard. Doç. Dr. Ali Ayli
  (*Bankaların Sermaye Piyasası Faaliyetleri*) 13
- Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar
  (*Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi*) 53
- Doç. Dr. Mehmet Emin Bilge
  (*Fikri Mülkiyet Haklarının Güvence Altına Alınmasına İlişkin 2004/48/EG Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile Getirilen Temel Esaslar ve Türk Hukukuyla Mukayese*) 67
- Aydın Çelik
  (*Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini*) 77
- Prof. Dr. Nuray Ekşi
  (*Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 'Cebri İcra Hakkında Özel Hükümler'e İlişkin Yedinci Kısmının Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*) 115
- Ar. Gör. Seda Ş. Güngör
  (*Çekte Düzeltme Hakkı*) 129
- Prof. Dr. Mehmet Helvacı
  (*Bölünmeyi Ortaya Çıkaran Sebepler Bölünme Türleri Türk Hukukunda Durum ve Tanım Sorunu*) 145
- Prof. Dr. Sami Karahan
  (*Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Nisapları*) 173
- Ar. Gör. Özlem Karaman Coşgun
  (*Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'nın 81(1). Maddesine Göre Rekabeti Ölçülebilir Şekilde Kısıtlamayan Tali Önemi Haiz Anlaşmalara İlişkin Komisyon Tebliği*) 187
- Prof. Dr. Abuzer Kendigelen
  (*Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünün İhlâlinde Aktif Husumet Ehliyeti*) 193
- Ar. Gör. Deniz Kırlı Aydemir
  (Shiblaq ve Sadıkoğlu, *İngiliz Yüksek Mahkemesi, Queen's Bench Bölümü, Ticaret Mahkemesi*) 199
- Prof. Dr. Ömer Teoman
  (*Tacir Yardımcıları*) 221
- Ar. Gör. Müjgan Tunç Yücel - Ar. Gör. Serdar Kale
  (*Patent Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. Maddesi Çerçevesinde Patent Verilemeyecek Konu ve Buluşlar*) 305

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Prof. Dr. Güzin Üçışık - Ar. Gör. Nazmi Ocak
  (Türk Rekabet Hukukunda Yasaklanan Faaliyetler ve Rekabet Kurulunun 9/12/2004 Tarih ve 04-78/1115-282 Sayılı Telekom'a İlişkin Önaraştırma Kararının Düşündürdükleri) 323
- Ar. Gör. Ayşegül Sezgin
  (Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği) 365
- Prof. Dr. Samim Ünan
  (Karayolu Taşıma Kanunu'ndaki Eşya Taşımasına, Taşımacı Acentesine, Taşıma İşleri Yüklenicisine ve Zorunlu Sigortaya İlişkin Bazı Yanlış Düzenlemeler) 383
- Ar. Gör. Salih Önder Yeşiltepe
  (Ticari Sır-İş Sırrı) 403
- Doç. Dr. Şükrü Yıldız
  (Türkiye Büyük Millet Meclisine Sunulan Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Hakkında Görüş ve Öneriler) 423

DENİZ TİCARET VE SİGORTA HUKUKU

- Doç. Dr. Didem Algantürk Light
  (York Anvers Kuralları 2004, Kural X'un -Barınma Limanı Masrafları- Değerlendirilmesi) 437
- Ar. Gör. İrem Aral
  (Ferdi Kaza Sigortasında Riziko ve Türk Ticaret Kanunu ile Poliçe Genel Şartları Uyarınca Ferdi Kaza Sigortası Teminatı) 455
- Yrd. Doç. Dr. Oğuz Caner
  (Uluslararası Kurtarma Konvansiyonu) 485
- Ar. Gör. Gülşen Gedik
  (Sigorta Hukuku ve Vergi Hukuku Çerçevesinde Sigorta Teknik Karşılıkları) 497
- Prof. Dr. Rayegân Kender
  (Sigorta Sözleşmesinin Tanımı ve Kurulması -TTK Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi İle-) 517
- Prof. Dr. Merih Kemal Omağ
  (Özel Sigorta Hukukunda Muafiyet Klozları) 529
- Doç. Dr. Emine Yazıcıoğlu
  (İlk Tehlike Sigortası) 543

DİĞER ÖZEL HUKUK DALLARI

- Ar. Gör. Güzide Burcu Doğan
  (Roma ve Türk Hukukunda Maldaki Maddi Ayıplardan Dolayı Satıcının Sorumluluğu) 559
- Ar. Gör. Hanife Doğrusöz
  (Ticaret Ortaklıklarının Birleşme ve Nev'i Değiştirmelerinin Ferdi ve Toplu İş Hukuku Bakımından Temel Sonuçları) 591

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş
  (*Roma Hukukunda Mücerret Borç İkrarı ve Modern Kanunlara Yansıması*) 619
- Ar. Gör. H. Özden Özkaya-Ferendeci
  (*Alman Hukuku'nda Ödeme Güçlüğü İçindeki Şirketlerin Yapılandırılmasına İlişkin Düzenlemeler*) 625
- Dr. Muharrem Gençtürk
  (*Taşıma Sözleşmelerinin Uluslararası Niteliği ve MÖHUK'a Göre Yabancılık Unsuru Bulunan Taşıma Sözlüşmelerine Uygulanması Gereken Hukuk*) 637
- Prof. Dr. Serap Helvacı
  (*Kişilik Hakkına Hukuka Aykırı Saldırı Halinde Açılabilecek Davalarda Yetkili Mahkeme*) 653
- Doç. Dr. Sibel Özel
  (*Kültür Varlığı Koleksiyoncuları Lehine Getirilen Yönetmelik Değişikliğinin Danıştay Kararı Eşliğinde İrdelenmesi*) 661
- Prof. Dr. Selçuk Öztek
  (*Türk Hukukunda Avukatların Tabi Olduğu Reklam Yasağı*) 673
- Yrd. Doç. Dr. İpek Sağlam
  (*Haksız Etki*) 687
- Ar. Gör. Selin Sert
  (*4054 Sayılı RKHK Madde 58/2: Üç Kat Tazminat*).....701
- Doç. Dr. Pervin Somer - Yrd. Doç. Dr. Fulya İlçin Gönenç
  (*Roma Hukukunda Vergi Toplama Şirketleri*) 717
- Doç. Dr. Mustafa Şentop
  (*Tazminat'tan Sonra Yabancıların Gayrimenkul Edinmeleri ile İlgili Düzenlemeler ve Vergi Emanetinin Bir Tamimi*) 731
- Ar. Gör. Murat Topuz
  (*Yargıtay Kararları Işığında Türk Borçlar ve Ticaret Hukukunda Gabin -Aşırı Yararlanma-*) 743
- Yrd. Doç. Dr. Murat Yavaş
  (*Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri*) 771
- Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım
  (*-Kitap İncelemesi- Avrupa İspat Hukuku Tablosu*) 797

KAMU HUKUKU

- Yrd. Doç. Dr. Rukiye Akkaya
  (*Devlet, MİT ve İdeoloji -Siyasal Toplumun Psişik Temelleri-*).....809
- Av. Leyla Ateş
  (*Damga Vergisinin Konusu Olarak E-Belge*) 829
- Prof. Dr. Nur Centel
  (*Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda Adli Kontrol-Tutuklama-Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi*) 841
- Prof. Dr. Abdullah Dinçkol
  (*Küreselleşme ve İnsan Hakları*).....879

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Prof. Dr. Bihterin Dinçkol
  (*Karma Yönetimden Kuvvetler Ayrılığına İktidarın Paylaşımı*).....921
- Doç. Dr. Ali Hakan Evik
  (*1961 ve 1982 Anayasalarının İnsan Hakları Kavramına Yaklaşımı*).....935
- Ar. Gör. Veysel Görücü
  (*Fransa İdare Mahkemeleri'nin Gelişimine İlişkin Yansımalar*) 949
- Av. Tülin Hamit Kıranoğlu
  (*'Adil Yargılanma Hakkı': Fransız Yargıtayı Vergi davalarına Uygulama Alanını Daraltıyor*) 961
- Doç. Dr. Selami Kuran
  (*Avrupa Birliği İlerleme Raporu*) 971
- Doç. Dr. Emin Memiş
  (*Das Regierungssystem İm Türkischen Grundgesetz Von 1924*) 979
- Doç. Dr. Ayşe Nuhoğlu
  (*Yeni Ceza Kanunu ile Kamu İdaresi Aleyhinde Cürümlerde Getirilen Değişiklikler*) 985
- Ar. Gör. A. Selçuk Özgenç
  (*Avrupa Birliği Komisyonunun İsteksizliği ve Aşırı Tepkili Üye Devletler: Vergi Hukukunda Kaos İçin Mükemmel Bir Birliktelik*).....995
- Yrd. Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir
  (*İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi*).....1001
- Prof. Dr. Nihal Saban
  (*Biçimin Yokedici Muhalefeti: defi*).....1011
- Doç. Dr. Hakan Uzeltürk
  (*Vergi Konseyi*) 1021
- Prof. Dr. Billur Yaltı
  (*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Vergi Hukukunda Kaynak Değeri Üzerine*).....1025
- Yrd. Doç. Dr. Özlem Yenerer Çakmut
  (*Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu*) 1051
- Prof. Dr. Turan Yıldırım
  (*Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Takip ve Tahsil Yetkisi*) 1061
- Doç. Dr. Hamide Zafer
  (*Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Suçlarda Muhakeme Usulü*) 1077

- **ANILAR**.....1093
- Pervin Somer 1095
- Mehmet Akad.....1097
- Abdullah Dinçkol 1099
- İsmail Hakkı Gülhan.....1101
- Tarık Kıyı 1103

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KARA TİCARET HUKUKU

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ 1. HUKUK DAİRESİ'NİN 7 TEMMUZ 1995 TARİHLİ KARARI E. AG ve M. AG'YE KARŞI T. AG (TEMYİZ)*

*Yrd. Doç. Dr. Murat Yusuf AKIN***

Özet

Anonim şirket, esas sermayenin sıfıra indirilmesi ve daha sonra aynı tutara yükseltilmesi yoluyla şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahına ilişkin genel kurul kararının iptali (OR Art. 650 f. 2, Art. 700, Art. 706, Art. 725 f. 2, Art. 732).

Şirketin müşkülleşmiş ekonomik durumunun ıslahına ilişkin gündemin genel kurul çağrısında uygun şekilde ilanı (E. 2).

Esas sermayenin tamamının (sıfıra) indirilmesi ile tekrardan aynı tutara yükseltilmesi için ne bir ara bilanço ne de OR Art. 732 f. 2 uyarınca denetim makamından özel bir rapor gerekmesi (E. 3).

Bu karar; hisselerin sayısı, nominal değeri ve çeşitleri değiştirilmedikçe bir esas sözleşme değişikliği gerektirmez. Bu şart, şirketteki tüm pay sahiplerinin sermaye artırımına katılmaması ve bu pay sahiplerinin ortaklığa ilişkin vazgeçilemez hakları ile en az bir oy haklarının baki kalması durumunda da geçerlidir (E. 4).

Maddi Vakıalar

A) E. AG[1] ve M. AG, H. ve G. AG ile birlikte T. AG'nin hissedarıdır. Bu ortaklar, 7 Temmuz 1993 günü 2 Ağustos 1993 günü toplanacak olağan genel kurulun gündeminin de yer aldığı yazılı bir genel kurul toplantı daveti alırlar. Gündemin 8inci maddesi aşağıdaki gibidir:

"Şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahına ilişkin görüşme yapılması ve karar alınması;

---

* BGE 121 III 420-431.

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

1 "AG" Almanca anonim şirket anlamına gelen Aktiengesellschaft kelimesinin kısaltmasıdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a) Şirketin yönetim kurulunun ekteki önerisi,

b) Hissedarların önerileri üzerine görüşme yapılması ve karar alınması (örn. daha önce bir sermaye azaltımı yapılmaksızın veya yapılmak suretiyle bir sermaye artırımı vs.)."

Zikrolunan ekte o esnada H. ve K.'dan müteşekkil olan yönetim kurulu, hissedarlara katılım paylarının sıfıra indirilmesi yoluyla hissedarların hisselerine oranla toplamda 200.000 Frank'lık bir ödeme ile şirketin müşkülleşmiş olan mali durumunu ıslah etmeyi önermiştir. H.'nın hisse oranı %22,44 (101 adet hisse), G. ve M. AG'nin her birinin hisse oranı %31,11 (her biri 140 adet hisse) ve E. AG'nin hisse oranı %15,34 (69 adet hisse) idi. Bu öneriyi reddeden hissedarlardan "genel kurulda ne yapılması gerektiğine ilişkin olarak tüm diğer önerilerini yazılı olarak yönetim kuruluna iletmeleri" talep olunmuştur.

Açıldığı esnada tüm hissedarların huzuruyla 2 Ağustos 1993 günü toplanan olağan genel kurulda, gündemin 8a maddesinde yer alan yönetim kurulunun şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahına ilişkin önerisi oybirliği sağlanamadığı gerekçesiyle reddolunmuştur. Akabinde M. AG'nin hukuki temsilcisi müvekkilinin görüşü doğrultusunda yeterli açıklıkta olmadığını düşündükleri gündemin 8b maddesine ilişkin muhalefet şerhini (genel kurul zaptına) dercetmiştir. Bunu takiben hissedar H. bu gündem maddesi çerçevesinde sermayenin tamamını teşkil eden 135.000 Frank'ın, bunu temsil eden her biri 300 Frank değerindeki 450 adet nama yazılı hisse senedinin imha edilmesi yoluyla sıfıra indirilmesi ve bunu müteakiben 450 adet aynı nomial değerde (300 Frank) tamamı ödenmiş nama yazılı senet ihracı yoluyla sermayenin tekrardan 135.000 Frank'a yükseltilmesine ilişkin öneriyi getirmiştir. Bunun üzerine E.'nin temsilcisi toplantıyı terk etmiştir. Daha sonra H.'nin önerisi 241 olumluya karşı 140 olumsuz oy ile kabul görmüştür.

T. AG'nin yönetim kurulu 9 Ağustos 1993 tarihli yazısı ile 2 Ağustos 1993 tarihinde genel kurulun almış olduğu karar doğrultusunda tüm hissedarlardan ellerindeki hisse senetlerini imha edilmek üzere 20 Ağustos 1993 gününe dek ulaştırılması gerektiğini bildirmiştir. Senkronize bir biçimde yönetim kurulu aynı tarihe kadar hissedarlara eskileri ile aynı nominal değeri haiz 300 Frank'lık yeni hisseleri taahhüt etmeleri için imkan tanımıştır. Bunun üzerine E. AG ve M. AG genel kurul kararının geçerli olmadığı gerekçesi ile ellerindeki hisselerin imha olunmak üzere tesliminden kaçınmışlardır.

24 Eylül 1993 tarihinde E. AG ve M. AG genel kurul kararının iptali talebi ile Zürih Kantonu Ticaret Mahkemesi'nde T. AG'ye karşı bir dava açmışlardır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

31 Mart 1994 tarihli kararı ile Zürih Kantonu Ticaret Mahkemesi davayı kabul etmiş ve davalının 2 Ağustos 1993 tarihli sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının iptaline hükmetmiştir.

Davalı bu kararı temyiz etmiş ve Federal Mahkeme kararı aşağıdaki mülahazalarla bozmuştur:

I. Sebep

1. Temyize cevap dilekçesi ile temyiz prosedürünün davalısı, temyiz prosedürünün davacısına kendisinin karşı temyiz isteğini ve değişiklik taleplerini sunabilir (OG Art. 59 f. 2).

Her ne kadar davalılar mahkemeye teslim ettikleri dilekçelerini temyize cevap dilekçesi olarak nitelendirseler de 2 Ağustos 1993 tarihli genel kurul kararının sermayenin sıfıra indirilmesi sebebiyle iptaline ilişkin talepte bulunmaları ve temyiz davasının kabulü halindeyse yeni hisse taahhüt edip ödemedikleri halde ortaklık haklarının sona ermediğinin tespitine ilişkin talepleri, iptal olunan kararın onanması talebini aşan bir karakterdedir. Bu şartlar altında verilen dilekçenin sadece temyize cevap değil aynı zamanda karşı ek temyiz olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Amaca uygunluk sebebiyle öncelikle karşı ek temyiz talebi incelenecek olup, bu sayede genel kurul kararlarının geçerliliğine karşı Ticaret Mahkemesi'nin yeterli bir gerekçe olarak görmediği itirazlar değerlendirilecektir.

II. Sebep

2. Davalılar Federal Mahkeme'deki savunmalarında 2 Ağustos 1993 tarihli genel kurulda alınan kararların H. tarafından toplantı esnasında getirilen önerinin 7 Temmuz 1993 tarihli yazılı olarak hissedarlara gönderilen çağrıda usulüne uygun bir şekilde yer almadığı gerekçesiyle OR Art. 700 hükmüne aykırı olduğu itirazında ısrar etmişlerdir.

a) Genel kurulun toplantıya çağrılması durumunda, kanun hükmü gereğince görüşülecek hususlar ile yönetim kurulunun ve bir genel kurul yapılmasını veya gündeme madde eklenmesini isteyen hissedarların önerilerinin de ilan edilmesi gerekir (OR Art. 700 f. 2). Usulüne uygun olarak ilan olunmamış gündem maddeleri üzerinde burada zikrolunmayan istinalar saklı kalmak kaydıyla karar alınamaz (f. 3). Gündem maddelerine ilişkin olarak yapılan öneriler için önceden bir ilan yapılması gerekmez (f. 4).

Sadece gündem maddelerinin değil önerilerin de ilan edileceğine ilişkin hüküm 4 Ekim 1991 tarihli anonim şirketlere ilişkin revizyondan sonra kanuna dahil edilmiştir (1 Temmuz 1992 tarihinden beri yürürlüktedir, AS 1992 733/786). Kanun maddesinin lafzına göre, genel kurulu toplantıya çağıran veya çağırtan kişilerin önerilerinin de ilan edilmesi gerekir ki, OR Art.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

700 maddesi ile usulüne uygun bir şekilde ilan olunan önerilere ilişkin başka öneriler getirilmesi veya bunların değiştirilmesi hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Federal Meclis'in 23 Şubat 1983 tarihli Gerekçe'sinde (bundan sonra Gerekçe) bu konudaki açıklamalarda anılan hakkın, yönetim kurulu ve çağrıda bulunan hissedarlar için de geçerli olduğu, zira bilgi alma hakkının serbestçe tartışma hakkı ve esnekliğe ilişkin düzenlemelerle ancak bu sayede uyum halinde olabileceği belirtilmiştir (BBl 1983 II 915). Gündeme ilişkin maddelerin içeriğinin ortalama bilgideki bir hissedar için açıkça anlaşılabilir olması prensibi ise eskiden olduğu gibi halen geçerlidir (BGE 103 II 141 E. a. S. diğer atıflarla BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, S. 353 Rz. 1286).

c) 2 Ağustos 1993 tarihli genel kurul çağrısının 8inci maddesinde "(Şirketin) Müşkülleşmiş Ekonomik Durumunun Islahına İlişkin Tedbirlerin Tartışılması ve Karar Alma" hususu yer almaktaydı ki, buna ilişkin olarak yönetim kurulunun (a) bendi çerçevesinde katılım paylarının sıfıra indirilmesiyle şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahını yürürlüğe koyma fikri yukarıda kararın maddi vakıalara ilişkin kısımda açıklanmıştır. 8inci maddenin (b) bendinde ise "Hissedarların önerileri üzerine görüşme yapılması ve karar alınması (örn. daha önce bir sermaye azaltımı yapılmaksızın veya yapılmak suretiyle bir sermaye artırımı vs.)" öngörülmüştü. Bu sayede başkaca tedbirlerin de alınabileceği ve yönetim kurulunun önerisinin reddi halinde dahi şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahından vazgeçilmesi gerekmediği yeterince anlaşılır ve açık bir şekilde duyurulmuş olacaktır. Hissedar H.'nin hali hazırdaki hisse senetlerinin değerinin sıfıra indirilmesi ve akabinde aynı miktara yükseltilmesi yönündeki önerisi üzerine alınan karar, ortalama bilgiye sahip bir hissedar için şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahına yönelik olarak alınması mümkün tedbirler arasında görülmek lazım gelir. Zira şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahına yönelik olarak alınacak tedbirler arasında şirketin tekrardan finansal olarak sağlıklı bir yapıya kavuşması amacıyla esas sermayenin azaltılması ve yeniden aynı miktara artırılması yöntemi de yer almaktadır (KÜNG, in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N. 7 Vorbemerkung zu Art. 732-735 OR). Bu bağlamda ilk derece mahkemesinin kararında OR Art. 700 düzenlemesine aykırı bir hüküm tesis ettiği isnadında bulunulamaz. Aksine, ilk derece mahkemesi anılan düzenlemeyi, gündemin 8inci maddesini bir bütün şeklinde ele alarak ve iptal olunan kararda sayılan tedbirlerin müşkülleşmiş mali durumun ıslahında gündeme geleceği ve bir hissedarın da müşkülleşmiş mali durumun ıslahına ilişkin tedbirlerin ilan olunması sebebiyle bu duruma yeterince hazırlıklı olacağı şeklindeki kararıyla doğru bir biçimde yorumlamıştır.

Buna mukabil davacıların getirdikleri iddialar ikna edici olmaktan uzaktır. Nitekim yönetim kurulunun önerilerini genel kurula ilişkin çağrıya

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

eklemesi, daha sonra bunlarda bir değişiklik yapması veya genel kurulda hissedarlardan gelecek yeni önerileri tartışmaya sunması hususundaki yükümlülüğünü sona erdirmiş olmaz. Ayrıca OR Art. 725 f. 1 bağlamında bir sermaye kaybının oluşması durumunda şirketin kurtarılmasına ilişkin gerekli tedbirlerin karar alınmaya müsait bir şekilde genel kurula sunulması da yönetim kurulunun görevleri arasındadır (krşl. BÖCKLI, a.a.O, S. 457 Rz. 1686). Ancak buradan genel kurulun başkaca tedbirler alamayacağı yönünde bir çıkarım yapılması mümkün değildir.

III. Sebep

3. Davacıların görüşü mucibince aşırı borçlanma sebebiyle öncelikle bir ara bilanço (OR Art. 725 f. 2) ve sermayenin azaltımı kararı alınmadan önce OR Art. 732 f. 2 hükmü uyarınca bir denetçi raporu tanzim edilmeliydi. Davacılar genel kurul kararının geçersizliğini bunun eksikliğine bağlamaktadırlar. Davacılar ilk derece mahkemesinin kendilerinin bu hususta getirdikleri iddiaları haksız olarak dikkate almadığı kanaatindedirler.

a) Yönetim kurulunun şirketin aşırı bir borçlanma içerisinde olduğu yönünde makul bir endişesi olması durumunda, OR Art. 725 f. 2 yönetim kurulunu bir ara bilanço tanzim etmek ve bunu denetim makamına sunmakla mükellef kılmıştır. Bu düzenleme alacaklıların korunması amacına hizmet eder ve kamunun ve gelecekteki kreditörlerin menfaati icabından da olmak üzere hakime aşırı borçlanma durumunda kanunen bildirimde bulunmanın ön şartını teşkil eder. Buna mukabil birinci fıkra hissedarların korunması maksadıyla, yönetim kurulunun sermayenin ve son yıllık bilançoya göre kanuni yedek akçelerin yarısının kaybı durumunda genel kurulu toplantıya çağırması zorunluluğunu öngörmektedir. Buna göre genel kurul henüz aşırı bir borçlanma ortaya çıkmadan, tasfiye, müşkülleşmiş mali durumun ıslahı veya buna gerek olmaksızın şirketin devamı hususlarından birisine karar vermek zorundadır (Gerekçe, BBl 1983 II 926 f.; BÖCKLI, a.a.O., S. 455 Rz. 1678; WÜSTINER, in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N. 3 zu Art. 725 OR). Görüldüğü üzere, şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahının görüşüleceği genel kurula yön göstermek maksadıyla bir ara bilanço hazırlanması kanuni düzenleme çerçevesinde gerekli değildir. Ancak bu husus, yönetim kurulunun bilgi alma hakkının kullanılması çerçevesinde hissedarlara güncel durum hakkında bilgi vermesine engel değildir (OR Art. 697). Davacıların iddiasına göre kendilerine yönetim kurulu tarafından hazırlanmış bir ara bilanço verilmesinden imtina olunmuştur. Ancak davacılar 2 Ağustos 1993 tarihli toplantıda OR Art. 697'ye istinaden bilgi talep ettiklerini ve bunu alamadıklarını ileri sürmüş değillerdir. Bunun ötesinde davacılar ilk derece yargılamasında da anılan hususa ilişkin iddialarını usul hukuku kurallarına uygun olarak geçerli bir şekilde gündeme getirdiklerine yönelik bir belge de sunmuş değillerdir. Davacılar yönetim

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kurulunun onlara kendiliğinden bir ara bilanço vermek zorunda olduğu ithamıyla kendilerini bağlamışlardır ve bu çerçevede OR Art. 725'e ilişkin bir ihlali eleştirmektedirler. İlk derece mahkemesi bunu haklı olarak dikkate almamıştır. Anılan madde yıllık bilançoya göre sermayenin ve yasal yedeklerin yarısının karşılıksız kalması durumunda yönetim kurulunu genel kurulu toplantıya çağırmakla vazifelendirmiştir. Ancak davacıların görüşünün aksine, kanun, şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahının görüşüleceği toplantıda yönetim kurulunun bir ara bilanço hazırlaması gerektiğini öngörmemiştir.

b) Sermayenin OR Art. 732 f. 2'ye göre azaltımı kararının alınması, ancak denetim makamının şirket alacaklılarının tenzile rağmen alacaklarının tam olarak karşılandığını tespit eden özel bir rapor tanzimi ile mümkündür. Denetim makamının özel raporu genel kurulun, sermayenin azaltımına ilişkin kararı alması için gereken bir önşarttır. Bu rapor, sermayenin azaltımına ilişkin düzenlemelerin genel amacına uygun olarak alacaklıların korunmasını etkin bir şekilde temin etmeye yöneliktir (BÜRGI, Zürcher Kommentar, N. 15 zu Art. 732 aOR; KÜNG, a.a.O. N. 2 Vorbemerkungen zu Art. 732-735 OR sowie N. 5 zu Art. 732 OR). Bu sebeple denetim makamının özkaynakları eksiye geçmiş bir bilançonun ortaya çıkmasının engellenmesi bakımından basit sermaye tenzilinde de vazgeçilmezdir (BGE 76 I 162; BÜRGI, Zürcher Kommentar, N. 17 zu Art. 732 aOR). Buna mukabil denetim makamının özel raporu, OR Art. 732 f. 1'in aynı maddenin 2nci fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı üzere sermayenin yeniden ve tam olarak ödenecek şekilde tekrardan aynı tutara yükseltilmesi durumunda yasal bir zorunluluk değildir (FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/Lieferung 1, S. 623 Rz. 484 f.). Bu halde alacaklıların herhangi bir menfaatinden bahsedilmesi söz konusu değildir. İlk derece mahkemesi iptali dava edilen genel kurul kararını denetim makamının özel raporunun eksiliğine bağlamamış olmakla (yukarıda anılan) yasal düzenlemelerin anlam ve amacını, davacıların eleştirilerine karşın, görmezden gelmiş değildir.

IV. Sebep

İlk derece, OR Art. 650 f. 2. b. 2 hükmüne istinaden 2 Ağustos 1993 tarihli genel kurulda alınan artırım kararının iptaline hükmetmiştir. Zira mahkemeye göre sermayenin azaltımı ile tekrardan aynı tutara artırımı, hukuki güvenlik ve şeffaflık sebepleriyle, artırıma katılmak istemeyen ortakların ortaklıktaki haklarına ilişkin açık ve belirgin bir genel kurul kararı gerektirmektedir. Davalı temyizde, mahkemenin bu kanaatini federal yasaya aykırı olması sebebiyle takbih etmiştir. Davalının görüşü çerçevesinde OR Art. 692 f. 2'ye göre, bir hisse kategorisi oluşturmamış olan hissedarların genel kurul tarafından bu yönde bir karar alınmamış olması durumunda bir tek oyu kalacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a) Şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahı çerçevesinde hisse senetlerinin nominal değerleri yasanın tespit ettiği asgari tutar olan 10 Frank'ın altına indirilebilir (OR Art. 622 f. 4). Devamla ifade olunabilir ki, hisse senetlerinin tamamen amortize edilmesi de mümkündür (BGE 86 II 78 E. 3c S. 82; FORSTMOSER, a.a.O. S. 609 f. N. 424). Amortizasyon ya hisse senetlerinin imha edilmesi ile ya da nominal değerlerinin sıfıra indirilmesiyle gerçekleştirilebilir (KÜNG, a.a.O., N. 13 Vorbemerkungen zu Art. 732-735). Ancak her iki halde de gerek sermayenin tenzilinde ve gerekse tezyidinde önşart hissedarlar arasında ve hissedarlarla şirket arasındaki ilişkilerde genel hukuk prensiplerine uygun davranılmasıdır. Bu bağlamda ön planda eşit işlem ilkesi ve hissedarların vazgeçilemez haklarının temini bulunmaktadır. Eski anonim şirketler hukuku bu sorunu her bir hissedarın onayı olmaksızın ellerinden alınamayan müktesep hakların korunması başlığı altında düzenlemekteydi (aOR Art. 646 f. 1). Bunlar arasında bilhassa pay sahipliği ve oy hakkı da bulunmaktadır (aOR Art. 646 f. 3). Revizyon sonrasındaki anonim şirketler hukukunda müktesep hak kavramı artık kullanılmamaktadır. Federal Meclis'in Gerekçesi'nde (a.a.O., S. 821) bunun sebebi olarak, aOR Art. 646 f. 3 yer alan yasal tanımın ve örnekleme yoluyla yapılan sayımın gelişen içtihat ve doktrin tarafından eksikliklerinin ortaya konulmuş olması gösterilmektedir. Bu sebeple, doktrinde kısmen taraftar toplamış olan hissedarların mutlak ve nisbi müktesep haklarına ilişkin tefrik de yeni yasaya alınmamıştır (bu konuda WALTER RENE SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955, S. 18 f., S. 20 f., S. 30 ff., S. 415 f.). Evleviyetle tefrike ölçü olarak alınması gereken husus, belirli hissedar haklarına genel kurulun kanunda hukuki sonuçları yer almış müdahalesi olmalıdır (Gerekçe, a.a.O., S. 822; krşl. OR Art. 706 ve 706b). Nitekim anonim şirketler hukukunda yapılmış olan revizyon sonrasında da vazgeçilemez hakların varlığını korumaya devam edeceği hususu, genel kurul tarafından hissedarların haklarının sınırlandırılması veya ellerinden alınması durumunda yol gösterici olacaktır (krşl. örn. OR Art. 706b bent 1'de sayılmış haklar). Yeni anonim şirketler hukukuna göre bunlara ortaklık ve en az bir oy sahibi olma hakkı da dahildir (BÖCKLI, a.a.O., S. 527 Rz. 1936; eski hukuk ile krşl. SCHLUEP, a.a.O., S. 97 vd. ve S. 133 vd.). Bu haklar, şirketin müşkülleşmiş mali durumu sebebiyle yapılacak bir külli amortisman yoluyla sermaye artışına katılmayacak olan hissedarların elinden iradeleri hilafına alınamaz.

b) Davalılar haklı olarak eşit işlem ilkesinin gerek sermaye tenzilinde gerekse tezyidinde dikkate alınması hususunu sorgulamamışlardır. Varolan sermayenin sıfıra indirilmesi esnasında tüm hisse senetleri amortize edilmiştir, diğer bir deyimle tüm hissedarlar bundan etkilenmişlerdir. Benzeri şekilde tüm hissedarlara sermayenin eski tutara yükseltilmesi sırasında ye-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ni ve aynı türden hisse senetlerinin taahhüt edilmesi imkanı ile bir rüçhan hakkı tanınmıştır ki, bu bağlamda da hissedarların eşit işleme tabi tutulması sözkonusudur. Bu sebeple davalılar haklı olarak hisse senetlerinin tamamen amortize edilmesi esnasında haklarının maddi anlamda gereğinden fazla kısıtlandığı konusunda bir iddiada bulunmamışlardır. Aksine davalılar, genel kurulun şirketin müşkülleşmiş ekonomik durumunun ıslahına ilişkin aldığı tedbirlerin yeterli olup olmadığı sorusuna verdikleri cevapta, hisse senetlerinin tamamen amortize edilmesinin haklı bir tedbir olduğunu ve bu bağlamda şirketin kabul edilenin aksine daha fazla borçlu olduğunu kendileri iddia etmektedirler. Bu şartlar altında hissedarların bir tasfiye ve iflas durumunda şirketteki tüm paylarını kaybetmiş olacakları hususu tartışmasız gözükmektedir. Bu sebeple somut olayda, sermaye artırımına katılmak istemeyen mevcut hissedarların kendilerine kanunen tanınmış asgari hakların ellerinden alınması durumunda buna karşılık olmak üzere kendilerine bir denkleştirme önerilmesine ilişkin sorun, şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslah edilmeyip de tasfiyeye gidilmesi durumunda başkaca bir şey alamayacak oldukları cihetle, bir önem taşımamaktadır.

c) Yukarıda ortaya konulduğu üzere genel kurul, hissedarların ortaklık ve en az bir oy sahibi olma hakkını iradeleri hilafına ellerinden alamaz. Davalıların görüşüne katılarak artırım kararının iptaline neden olan ilk derece mahkemesinin kanaatinin aksine 2 Ağustos 1993 tarihli genel kurulda bu konuda bir karar alınmamıştır. Bu sorun üzerinde aşağıda ayrıca durulmuştur.

aa) Sermaye artışı prosedürü anonim şirketler hukukundaki revizyonda yeniden düzenlenmiştir. Eski sistemden farklı olarak genel kurul sadece sermaye artırımına ilişkin tek bir karar almakla mükelleftir; bunun yürütülmesi için ise kanun yeni sistemde yönetim kurulunu yetkilendirmiştir (BÖCKLI, a.a.O., S. 47 Rz. 153; ISLER, Ausgewählte Fragen der Kapitalerhöhung, AJP 1992, S. 726). Tek başına genel kurulun kararı sermaye artırımının tamamlanmasına yeterli olmaz (BÖCKLI, a.a.O., S. 52 Rz. 170). Bu kararın yürütülmesi için OR Art. 652g çerçevesinde yönetim kurulunun ana sözleşmeyi değiştirmesi ve bunu yaparken de bilhassa tüm payların geçerli bir şekilde taahhüt edildiğini (f. 1 b. 1), taahhüt edilen katılım paylarının ihraç olunacak pay tutarına eşit olduğunu (f. 1 b. 2) ve bunların kanun, ana sözleşme ve genel kurul kararına uygun olarak ödendiğini tespit etmesi gerekir (f. 1 b. 3). Bunu müteakiben yönetim kurulu ana sözleşme değişikliğini ve tespitlerini ticaret siciline tescil ettirmelidir (Art. 652h f. OR; krşl. BÖCKLI, a.a.O., S. 63 Rz. 215 ve 218; ZINDEL/ISLER Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N. 1-5 Art. 652g OR).

bb) OR Art. 650 f. 2, sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının hangi içerikte olması gerektiğini tahdidi biçimde saymıştır (ZINDEL/IS-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

LER, a.a.O., N. 5 Art. 650 OR). Somut olay bakımından önem taşıyan bent, kararın hisselerin sayısı, itibari değeri ve türü ile her bir kategorinin imtiyazlarına ilişkin hususları içermesine yönelik olan ikinci fıkranın ikinci bendidir. Doktrinin de isabetli bir şekilde tespit ettiği üzere, yeni hisse senetlerinin ihracıyla sermaye artırımı neticesinde ortaya çıkan hisse yapısının, bu hisselerin sermaye azaltımında amortize edilen eski hisselerde olduğu üzere aynı türde ve itibari değerde olması durumunda (bir önceki cümlede anılan) bu verilere gerek kalmayacaktır. Bu şartlarda esas sözleşme değişikliği de gerekli değildir (ROBERT MEIER, Die Aktiengesellschaft, S. 294 Rz. 429; MONTAVON/WERMELINGER, Droit et pratique de la société anonyme, Bd. II, S. 341). Bu husus genel kurulun sermaye azaltımı yoluyla amortize edilen hisse senetlerinin imhasına karar vermesi durumunda da geçerlidir. Ancak somut olaydan farklı olarak algılanması gereken ve burada söz konusu olmayan durum ise eski hisselerin itibari değerinin sıfıra indirilmesi yoluyla hisselerin itibari değeri olmayan hisselere dönüştürülmesidir (krşl. BGE 86 II 78 E. 3a S. 81 ve JÄGGI, Zur Schaffung von privilegierten Aktien und Genussscheinen, in Études de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, S. 79 ff., S. 89). Bu şekilde sermaye azaltımı yoluyla oluşturulan hisseler, OR Art. 650 f. 2 anlamında kendilerine özgü bir hisse türüdür. Bu sebeple oy hakkına ilişkin olarak bunların sayısı ve tipi genel kurul kararının konusunu teşkil etmelidir. Bunun ötesinde, esas sözleşmede de bir değişiklik yapılması gereklidir (KÜNG, a.a.O., N. 13 Vorbemerkungen zu Art. 737-735 OR). Bu dava açısından, anonim şirket içerisinde anılan itibari değerden yoksun hisselerin hangi konumda bulunduğu ve esasen hangi haklara sahip olduğu sorunu önemli değildir ve bu sebeple de bu husus değerlendirme dışı bırakılmıştır.

cc) Somut olayda sermaye azaltımı çerçevesinde genel kurul amortize edilen hisse senetlerinin imhasına karar vermiştir. Eski meblağa tekrardan yükseltilen sermayenin artırımına katılmayan hissedarların ortaklık ve oy haklarına ilişkin olarak genel kurul herhangi bir karar vermiş değildir, ki daha önce de açıklandığı üzere kanunen bir karar vermek yükümü altında da değildir. Bu şekilde husule gelmiş olan düzenleme boşluğu, (4a) altında açıklanan hissedarın vazgeçilemeyen haklarına ilişkin prensipler çerçevesinde doldurulmak gerekir. Evleviyetle ifade etmek gerekir ki, ortaklık hakkı bu anlamda vazgeçilemezdir. Bu nedenle davacılar, davalı şirketin sermayesinin bir parçasına artık sahip olmasalar bile şirketin hissedarı olarak kalmaya devam ederler. Bu hissedarlar diğerlerine göre özel bir konumdadırlar, zira ortaklıkları esas sermayenin bir parçasına sahip olmaktan ileri gelmeyip, doğrudan kanundan doğmaktadır. Bu bağlamda davacıların asgari oy hakkı da vazgeçilemezdir. Davacıların tespit istemine uygun olarak oy haklarının şimdiye kadar olduğu gibi aynı kalması mümkün olabilirdi (krşl. FORSTMOSER, a.a.O., S. 610 425; BÜRGI, Zürcher Kommentar, N. 44 ff.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Art. 692 OR). Ancak buna uygun bir genel kurul kararının alınması gereklidir. Bu yönde bir kararın bulunmadığı hallerde ise bundan etkilenen hissedarlara, en azından tek bir oya dair vazgeçilemez hakka ilişkin anılan prensibe istinat etmekten başka bir yol kalmamaktadır. Bu oy hakkı kanunen vazgeçilemez bir hak olan ortaklık hakkı ile ilintili bulunduğundan, ne genel kurulun sermaye artışına ilişkin kararında yer almak zorundadır, ne de ana sözleşmede buna ilişkin bir düzenleme gereklidir. Bunun ötesinde, iptal edilen kararların geçerliliğini etkilemeyeceğinden, davacıların oy hakkının ticaret sicilinde ilan olunması sorunu üzerinde ayrıca durulmamıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BANKALARIN SERMAYE PİYASASI FAALİYETLERİ

*Yrd. Doç. Dr. Ali AYLİ**

GİRİŞ

Sermaye piyasası, orta ve uzun vadeli ödünç verilebilir fonların, menkul kıymetlerin alım satımı suretiyle tasarruf sahiplerinden yatırımcılara aktarılmasını sağlayan ortamın, başka bir ifade ile yatırımcılar, tasarruf sahipleri ve bunlar arasındaki fon akımını sağlayan aracı kurum ve bankalar, yatırım ortaklıkları ve yatırım fonları gibi aracı ve yardımcı kuruluşlardan oluşan modern finansman sisteminin adıdır[1]. Bu anlamda sermaye piyasalarının amacı, tasarruf sahipleri ve yatırımcıların sermaye piyasası araçlarını güvenilir ve ekonomik bir şekilde alıp satabileceği bir finansman sistemi temin etmektir[2]. Bu piyasalar, genel olarak, ihraç edilecek sermaye piyasası araçları ile tedavülde bulunan sermaye piyasası araçlarının alım satımının yapıldığı her iki piyasayı da ifade eder[3].

2499 sayılı Ser. PK.'nda 29.04.1992 tarihinde 3794 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonucu, Ser. PK. m. 30'da düzenlenen sermaye piyasası faaliyetleri de genişletilmiştir. Bu düzenlemeyle sermaye piyasası faaliyetleri maddenin birinci fıkrasında yedi bend halinde sınırlı olarak aşağıdaki gibi sayılmıştır:

a- Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık,

b- Daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık amacıyla alım satımı,

c- Ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövize dayalı vadeli işlem ve opsiyon söz-

---

* *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi*

1 *Sermaye Piyasası Kanunu Gereçeleri m. 1.*

2 ***ÜNAL, Oğuz Kürşat**, Aracı Kurumlar, Ankara 1997, s. 22.*

3 ***ÜNAL**, s. 28.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

leşmeleri dahil her türlü türev araçlarının alım satımının yapılmasına aracılık (Yeniden Düzenleme: 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun m. 14 ile),

d- Sermaye piyasası araçlarının geri alım veya satım taahhüdü ile alım satımı (Değişik: 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun md. 14 ile),

e- Yatırım danışmanlığı,

f- Portföy işletmeciliği veya yöneticiliği (Değişik: 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun md. 14 ile),

g- Diğer sermaye kurumlarının faaliyetleri (Ek: 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun md. 14 ile).

Sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunacak kurumların, Sermaye Piyasası Kurulu'ndan (SPK) izin almaları zorunludur. Faaliyet ve aracılık türleri itibariyle başvuru ve izin esasları Kurulca düzenlenir. Sermaye piyasası kurumlarına bir veya birden fazla faaliyet ve aracılık türü için Kurulca izin verilebilir. 30'uncu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sayılan sermaye piyasası faaliyetleri münhasıran aracı kuruluşlarca yürütülür (Ser. PK. m. 31/1). Aracı kuruluşlardan kasıt aracı kurum ve bankalardır (Ser. PK. m. 3/i, Seri V No:46 Tebliği m. 2). Aracı kuruluşların aracılık faaliyetlerine ilişkin esaslar Kurul tarafından düzenlenir, Kurul, her bir aracılık faaliyetinin ayrı kuruluşlar tarafından yapılmasına ilişkin düzenlemeleri yapmaya yetkilidir. Aracı kuruluşlar, Kurulca belirlenecek esaslar dahilinde, izin almak şartıyla, diğer sermaye piyasası faaliyetlerinde de bulunabilirler (Ser. PK. m. 34/1).

Bankalar esasen sermaye piyasası kurumu niteliğine sahip değillerdir. Sermaye piyasası kurumlarının sayıldığı, kuruluş koşullarının düzenlendiği ve sermaye piyasasındaki faaliyetlerinin belirtildiği Ser. PK. m. 32, 33 ve 34 birlikte değerlendirildiğinde, bu sonuca varmak mümkündür. Zira, Kanunun 33. maddesinde esasen bir sermaye piyasası kurumu olan "aracı kurum"un kuruluş koşulları belirtildikten sonra, madde 34'de "Aracı Kurum ve Bankaların Faaliyet Şartları" başlığı kullanılmak suretiyle bu kurumlar birbirinden ayrı değerlendirilmiştir. Bunun nedeni, Kanunun 3. maddesiyle "aracı kuruluş" statüsü verilen bankalara da sermaye piyasasında aşağıda inceleyeceğimiz Seri V No: 46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği'nde belirtilen sınırlı sayıdaki faaliyetlerde bulunabilme olanağının tanınmasıdır. Böyle bir düzenleme ile, Türkiye'de gelişmekte olan sermaye piyasası faaliyetlerinin "yaygın şube şebekelerine sahip olma ve yatırımcıyla zaten ilişkide olması" gerekçesiyle bankalar acılığıyla daha hızlı ve sonuç alıcı bir şekilde yürütülmesinin amaçlandığını düşünmekteyiz[4].

---

4 *Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **ÜNAL**, s. 59 vd..*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bankaların sermaye piyasası faaliyetleri, Seri V No: 46 sayılı Tebliğin 5'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

"Bankalar,

a) Daha önce ihraç edilmiş sermaye piyasası araçlarının,

1) Borsa dışında,

2) Hisse senedi işlemleri hariç olmak üzere borsada,

alım satımına aracılık,

b) Repo-ters repo,

c) Ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövize dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeli dahil türev araçların dayandığı kategoriler itibarıyla ayrı ayrı ya da bütün olarak türev araçların alım satımına aracılık, faaliyetlerini yapabilirler.

Mevduat kabul etmeyen bankalar ise yukarıda sayılan faaliyetlerin yanısıra sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık, portföy yöneticiliği ve yatırım danışmanlığı faaliyetlerini de yapabilirler.

Yukarıda sayılan bu faaliyetler, her bir faaliyet için bu Tebliğ'de ve ilgili tebliğlerde belirlenen esaslar çerçevesinde Kurul'dan yetki belgesi almak suretiyle yürütülebilir."

İşaret ettiğimiz Seri V No: 46 sayılı Tebliğdeki bu düzenleme uyarınca bankaların sermaye piyasası faaliyetlerini; "Mevduat Kabul Etmeyen Bankalarca Yapılabilen Faaliyetler" ve "Mevduat Kabul Eden Bankalarca da Yapılabilen Faaliyetler" şeklinde tasnife tabi tutmak mümkündür.

O halde, Ser. PK. m. 30'da düzenlenen sermaye piyasası faaliyetlerinden; "Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık", "yatırım danışmanlığı" ve "portföy yöneticiliği" faaliyetleri, münhasıran mevduat kabul etmeyen bankalarca yapılabilecektir. Ser. PK. m. 30'da belirtilen diğer faaliyetler ise, mevduat kabul etsin etmesin Kurul'dan "Yetki Belgesi" almış her banka tarafından yapılabilecektir[5].

---

5 *SPK, gerekli belgeleri hazırlayarak başvuran bankaya "Yetki Belgesi" vermişse, söz konusu banka Kurul'dan izin almış olarak sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunabilir. Bununla beraber; SPK, bankaların aracı kurumlara nazaran daha avantajlı durumda olduğu ve mevcut durumun rekabet eşitliğini bozduğu gerekçesiyle, 15.08.1996 tarihli toplantısında aldığı kararla, Yetki Belgesi almış bankaların sermaye piyasasında faaliyet yürütebilmeleri bakımından, 02.01.1997 tarihinden itibaren uygulanmak üzere, mevcut aracı kurumlardan birini satın almak veya yetki belgelerini yeni kuracakları bir aracı kuruma devretmek gibi kanunda düzenlenmemiş ek koşullar getirmiştir. Ancak, Danıştay'ın SPK uygulamaları konusunda yürütmeyi durdurma kararı vermesi üzerine, bankalar, şu an için her hangi bir aracı kuruma ihtiyaç duymaksızın, sadece Yetki Belgesi almış olmak koşuluyla sermaye piyasasında faaliyette bulunabilmektedirler (**SUMER, Ayşe**, Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, İstanbul 1999, s. 69; **TANÖR, Reha**, Halka Arz, İstanbul 2000, s. 261).*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yukarıda da değindiğimiz Seri V No: 46 sayılı Tebliğin 5. maddesindeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, bankaların sermaye piyasasındaki faaliyetleri genellikle "aracılık" mahiyetindedir. Aracılık kavramı, hukuki işlem ve sözleşmelerin taraflarını bir araya getirerek anlaşmalarını, sözleşmelerin hazırlanmasını, sözleşmenin akdi ve icrasını sağlamak gayesi ile yapılan faaliyetler için kullanılmaktadır[6]. Hukukumuzda, yürütülen faaliyetin niteliğine göre aracılık: "temsilcilik", "komisyonculuk", "acentelik", "tellallık", "broker ve prodüktörlük" gibi isimler almaktadır. Ancak sermaye piyasasındaki aracılık faaliyetleri, zikrettiğimiz bu faaliyetlerden farklı ve özel mahiyettedir. Bununla beraber, özel mahiyetteki bu faaliyetlerin hukuki niteliği sermaye piyasası mevzuatında açıkça saptanmış da değildir. Belki de, sermaye piyasasındaki aracılık faaliyetlerinin çeşitliliği ve farklı özelliklere sahip olması, bunların niteliğinin belirtilmesine engel olmuştur. Dolayısıyla, her bir faaliyeti kendi şartları içinde değerlendirerek, genel hükümlerdeki benzer faaliyetlerle ilişkisi oranında bunlara bir nitelik bahşetmek ve uygun düştüğü ölçüde genel hükümlere de tabi kılmak gerekecektir[7].

BİRİNCİ BÖLÜM

MEVDUAT KABUL ETMEYEN BANKALARCA YAPILABİLEN FAALİYETLER

Seri V No: 46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği'nin 5'inci maddesinin 2. fıkrası gereği, sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık, portföy yöneticiliği ve yatırım danışmanlığı faaliyetlerini icra edecek bankaların, mevduat kabul etmeyen bankalar olması zorunludur.

§ 1. HALKA ARZA ARACILIK FAALİYETİ

I. Genel Olarak Aracılık Faaliyetleri

Seri V No: 46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği m. 1/1'de tebliğin amacı belirtilirken, Ser. PK. m. 30/1/a, b ve c'de sayılan "aracılık faaliyetleri" ibaresi kullanılmakla, genellikle aracılık faaliyetleri olarak nitelendirilen[8] (a) ve (b) bentleriyle birlikte (c) bendinde belirtilen, "ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövize dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil her türlü türev araçlarının alım satımının yapılmasına aracılık faaliyetleri"nin de, bu kapsamda ele alınacağı tespit edilmiştir. Seri V No: 46

6 ***ÜNAL**, s. 70.*

7 ***ÜNAL**, s. 71.*

8 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 49.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sayılı Tebliğin amacı, bu anlamda aracılık faaliyetleri yapacak kuruluşların, kuruluş, faaliyet ve yetkilendirilmelerine ilişkin esasların belirlenmesidir (m. I/1).

Aracılık faaliyetleri, Ser. PK. m. 30/2 ile Seri V No:46 Tebliği m. 3/1'de tarif edilmiştir. Buna göre: "Sermaye piyasasında aracılık, sermaye piyasası araçlarının yetkili kuruluşlar tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına ticari amaçla alım satımıdır."

Bu tanımda yer alan "ticari amaç" kavramı üzerinde durmak gerekir. Acaba ticari amaç sadece kazanç sağlama gayesi midir? Böyle olduğu kabul edilirse, sahip olduğu menkul kıymeti yükselen fiyatlar nedeniyle elinden çıkaran ve alış-satış fiyatı arasındaki farktan kâr eden bir tasarruf sahibinin de aracılık yaptığının kabul edilmesi gerekir. Oysa, sermaye piyasası araçlarının alım satımını ve buna bağlı yan işleri meslek edinmiş bir kişi veya kuruluşun, mesleki fonksiyonunu yerine getirmek amacı ile alım satım yapmasını ticari amaçlı saymak daha isabetli olur[9].

Aracılık faaliyetlerinin kapsamının ortaya konulabilmesi bakımından, sermaye piyasası araçlarının tayin ve tespiti de önem arz eder. Yukarıda aracılık faaliyetlerinin tarifi bahsinde geçen sermaye piyasası araçları nelerden ibarettir? Bu husus Ser. PK. m. 3/ b ve Seri V No:46 Tebliği m. 2 ile açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre:

"Sermaye piyasası araçları, menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçlarıdır."

Menkul kıymetler, Ser. PK. m. 3/b'de "ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları Sermaye Piyasası Kurulu'nca belirlenen kıymetli evrak" olarak tanımlanmıştır. Ancak, kanundaki bu tanım ve tanımın ortaya çıkardığı unsurlar öğretide haklı olarak çeşitli bakımlardan eleştirilmiştir. Şöyle ki: tanımda yer alan "yatırım aracı olarak kullanılan" ibaresi yerine "yatırım aracı olarak kullanılmak üzere çıkarılan" ibaresinin kullanılması daha isabetli olurdu. Zira, menkul kıymeti yatırım amaçlı ya da başka bir amaçla kullanmak tamamen kullanıcının iradesi ile ilgili bir husustur. Yine, tanımdaki "dönemsel gelir getiren" ibaresi ile her halde "dönemsel gelir getirmeyi amaçlayan" ibaresi vurgulanmak istenmiştir. Çünkü, her zaman için gelir mümkün olmayabilir ve gelir söz konusu ise ancak ödeme yapılabilir. Ayrıca, kıymetli evraka ilişkin asli şartların TTK ile belirlenmiş olması ve menkul kıymet niteliğindeki kıymetli evrakın sadece SPK. tarafından çıkarılanlardan iba-

---

9 ***MANAVGAT, Çağlar**, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991, s. 63-64; **BERZEK, Ayşe**, "Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti", Prof.Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 54.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ret olmamasından dolayı, menkul kıymet sayılabilme şartlarının kurulca belirlenmesi hususu da eleştirilmiştir. Bu eleştiriler ışığında, *menkul kıymet, "ortaklık veya alacaklılık hakkı sağlayan, belli bir bedeli temsil eden, dönemsel gelir getirmeyi amaçlayan, misli nitelikte, yatırım aracı olarak kullanılmak üzere çıkarılan kıymetli evrak"* olarak tanımlanmaktadır[10].

Menkul kıymetlere örnek kabilinden hisse senetleri, ilmühaberler, tahviller, banka bonoları, banka garantili bonolar, varlığa dayalı menkul kıymetler, finansman bonoları, gayrımenkul sertifikaları, intifa senetleri, ipotekli borç senedi, irat senedi, yatırım fonu katılma belgesi, kar ve zarar ortaklığı belgesi, oydan yoksun hisse senetleri, gelir ortaklığı senedi, kupon ve talonlar gibi, kamu hukuku tüzel kişileri veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından ortaklık ve alacak haklarını temsil etmek üzere nakit veya ayin karşılığı çıkarılan (ihraç edilen) yahut kişisel alacakları güvence altına almak için düzenlenen kıymetli evrak türlerini belirtmek mümkündür[11]. Kambiyo senedi niteliğinde olan ancak yatırım amacı taşımayan çek, poliçe, bono ile mevduat sertifikaları menkul kıymetlerin dışındadır (Ser.PK. m. 3/b/son).

Menkul kıymetler dışında kalan ve şartları Kurulca belirlenen (Opsiyon sözleşmeleri, vadeli işlem sözleşmeleri gibi) evraklar da sermaye piyasası mevzuatınca, sermaye piyasası araçları olarak kabul edilmektedirler (Ser.PK. m. 3/b/son).

II. Bankaların Faaliyete Geçiş Şartları

Bankalar, aracılık faaliyetlerinde bulunabilme hususunda, SPK'ndan gerekli izni alabilmek için Seri V No: 46 tebliğinde öngörülen genel şartları ve faaliyet konularına ilişkin özel şartları yerine getirmelidir. Ayrıca faaliyetlerini belirlenen esaslara uygun şekilde yürütülecek nitelik ve yeterlilikte olduklarının SPK'nca kabulü gerekir (Seri V No: 46 sayılı Tebliği m. 5/3, m. 9).

İlgili tebliğin 9. maddesinde belirtilen genel şartlardan bankaları ilgilendirenler, son fıkra gereği (e) ve (j) bendleri olup, (d) ve (f) bendi hükümleri ise tercih edilen faaliyet konularına göre kurulmuş hizmet birimlerinde çalışan yönetici ve ihtisas personeli için aranır. Buna göre:

"(d) Ortak, yönetici, ihtisas personeli ile müfettiş ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca atanan denetçilerinin,

---

10 *Eleştiri, tanım ve unsurlar hakkında bkz.:* ***ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA****, Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), İstanbul 2005, s. 21 vd..*

11 ***BAHTİYAR, Mehmet****, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul-Ekim 2003, s. 16;* ***TEKİL, Fahiman****, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998, s. 416; Menkul kıymet türleri ve açıklamaları için bkz.:* ***ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA****, s. 24 vd.;****ÖZTAN****, bunların dışında deniz ödüncü senedi (TTK m. 1163-1166) ile sigorta poliçesini (TTK m. 1265-1267) de menkul kıymetler arasında saymaktadır (****ÖZTAN, Fırat****, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2001, s. 37.).*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1) Sermaye piyasası mevzuatı, 4389 sayılı Bankalar Kanunu, 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun ile ödünç para verme işleri hakkında mevzuata aykırılıktan ve/veya taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar dahi ağır hapis veya 5 yıldan fazla hapis yahut zimmet, nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları; resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma, vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs suçlarından dolayı hüküm giymemiş olması,

2) Kanun'un 33 üncü maddesinin (f) bendinde kurucular için aranan şartı taşıması,

3) Faaliyet yetki belgelerinden biri veya birden fazlası Kurul'ca iptal edilmiş yahut borsa üyeliğinden sürekli olarak çıkarılmış kuruluşlarda, bu müeyyideyi gerektiren olayda sorumluluğu bulunan kişilerden olmaması,

4) Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında 35 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve eklerine göre kendileri veya ortağı olduğu kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olması,

5) (Ek: Seri: V, No: 49 sayılı Tebliğ ile) Kanun'un 46 ncı maddesinin (i) bendi uyarınca işlem yasaklı olmaması (Bu şart ortaklar için kuruluş ve pay devirlerinde aranır), gerekir.

Aracı kurumların sermayesinin %10'una veya daha fazlasına sahip tüzel kişilerin %10'dan fazla paya sahip ortaklarının da bu bentte belirtilen nitelikleri haiz olmaları gerekir.

Bu kişiler için sermaye piyasası mevzuatına aykırılıktan veya bu maddenin (d) bendinin 1 numaralı alt bendinde belirtilen diğer fiillerden dolayı suç duyurusunda bulunulması halinde, isnad edilen suçun ağırlığı dikkate alınarak, değerlendirilecek olan tüm faaliyet yetki belgesi, izin belgesi, ortaklık yapısı değişikliği ve merkez dışı örgüt açma başvuruları bu işlemin sonuçlanmasına kadar ertelenebilir.

(e) Tercih edilen faaliyet konularına uygun hizmet birimlerinin kurulmuş, bu birimler için yeterli personel kadrosunun oluşturulmuş, faaliyet konularına uygun sağlıklı bir yönetim, Kurul'ca yapılan düzenlemelere uygun muhasebe kayıt, bilgi ve belge sistemi ile düzenli iş akışı ve haberleşmeyi sağlayacak yeterli bir organizasyonun kurulmuş, teknik donanımın sağlanmış, bu Tebliğ'in 32 nci maddesindeki esaslara uygun bir iç kontrol ve denetim sisteminin kurulmuş, personelin buna uygun görev tanımları ile yetki ve sorumluluklarının belirlenmiş ve kurum uhdesinde bulunacak nakit ve kıymetli evrak ile diğer bütün varlıkların asgari yangın ve hırsızlık rizikolarına karşı sigorta ettirilerek bu konuda gerekli diğer güvenlik önlemlerinin alınmış olması gerekir. Taşınma imkansızlıkları ya da genişleyememe

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

gibi sorunların ortaya çıkması halinde, aracı kurumlar müşterilerine doğrudan hizmet verilen birimler dışındaki birimlerini, işletme bütünlüğünü bozmayacak şekilde merkez binası ile aynı mahalde olmak ve bir taneden fazla olmamak kaydıyla ve Kurul'a bilgi vermek suretiyle ek hizmet binasına taşıyabilirler.

Ayrıca bankaların merkez birimleri dışında, yetkili oldukları faaliyet konuları kapsamında olmak kaydıyla diğer şubeleri nezdinde veya şubelerinden ayrı olarak bünyelerinde oluşturacakları alt birimler ile merkez birimleri arasında sürekli iletişimi, bilgi ve belge akışı ile işletme bütünlüğü sağlayacak bir organizasyonu, kayıt ve belge düzenini kurmaları, söz konusu alt birimler için yeterli mekan ve teknik donanım ile yeterli sayıda ve nitelikte personeli sağlamaları ve yöneticiler ile ihtisas personelinin bu maddenin (d) bendinde sayılan şartları haiz olması zorunludur.

(f) Aracı kurum yöneticiler; yönetim kurulu üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve aracı kurum bünyesinde bulunan birimlerin yönetiminden sorumlu olan kişileri, ihtisas personeli ise aracı kurum bünyesinde bulunan birimlerin yönetiminden sorumlu kişilere bağlı olarak çalışan müşteri temsilcisi, borsa üye temsilcisi, kurumsal finansman uzmanı, portföy yöneticisi, yatırım danışmanı ile yaptıkları iş itibarıyla benzer sorumluluğu taşıyan diğer kişileri ifade eder.

Yürütecekleri faaliyetlere göre mevzuatta farklı eğitim ve mesleki tecrübe şartları öngörülmediği takdirde yönetim kurulu üyeleri hariç olmak üzere aracı kurum yöneticilerinin 4 yıllık lisans eğitimi veren kurumlardan, ihtisas personelinin ise en az liseden mezun olmaları gerekir.

(Değişik: Seri: V, No: 50 sayılı Tebliğ ile) Genel müdürün münhasıran bu görev için istihdam edilmiş olması, genel müdür ve genel müdür yardımcılarının mali piyasalar veya işletmecilik alanlarında en az 7 yıllık mesleki tecrübeye veya Kurulun lisanslamaya ilişkin düzenlemeleri uyarınca Sermaye Piyasası Faaliyetleri İleri Düzey Lisans Belgesine sahip olması gerekir. Genel müdürlük görevine 6 aydan fazla vekalet edilemez.

Kurul'un lisanslamaya ilişkin düzenlemeleri uyarınca aracı kuruluşlarda çalışan yönetici ve ihtisas personelinin mesleki yeterliliklerini gösterir lisans belgesine sahip olmaları zorunludur.

(j) Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği'ne üye olmak üzere başvurmuş olmaları ve Yatırımcıları Koruma Fonu'na katılmış olmaları zorunludur."

Faaliyet konularına ilişkin özel şartlar ise her bir faaliyetin düzenlendiği bölümde ayrıca belirtilmiştir. Buna göre, halka arza aracılık faaliyetinde bulunmak isteyen mevduat kabul etmeyen bankalar, bünyelerinde, halka arza aracılık işlemlerini yürütebilecek, 4 yıllık lisans eğitimi veren kurumlardan mezun, Kurul'un lisanslamaya ilişkin düzenlemeleri uyarınca

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

gerekli lisans belgesine sahip ve münhasıran bu görev için istihdam edilmiş yeterli sayıda yönetici, kurumsal finansman uzmanı ve diğer ihtisas personelinden oluşan bir kadro ile halka arza aracılık ve araştırma faaliyetlerini sürdürecek düzeyde yeterli mekan, teknik donanım ve organizasyonu sağlamış bulunmaları, gerekir (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 39/1/b ve 39/2).

Borsa dışı alım satıma aracılık faaliyetinde bulunacak bankaların ise, sermaye piyasası araçları ile ilgili iş ve işlemlerin yürütülmesini sağlayabilecek, bu faaliyetlere elverişli mekan, teknik donanım ile yeterli sayıda ve nitelikte yönetici ve ihtisas personeli ile diğer personelin sağlanmış bulunmaları gerekir (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 47/2).

Bankalar, faaliyete geçmek üzere Kurul'dan izin almak için, tercih ettikleri faaliyet konularını açıklayıcı bilgiler ile yukarıda değindiğimiz şart ve nitelikleri yerine getirdiklerini belgeleyen evrakı, faaliyet konusuna ilişkin potansiyel iş hacmini gösteren bir etüdü, yönetici ve diğer ihtisas personelini tanıtıcı bilgileri, teşkilat şemalarını, iş akışı ve iç kontrol sistemine ilişkin prosedürü, personelin görev yetki ve sorumluluklarını belirleyen esasları, muhasebe hesap planı ile işlemlerde kullanacakları belgelerin örneklerini, yerleşim planı, teknik donanım ve organizasyonu tanıtıcı bilgileri ve Kurul'ca istenebilecek diğer belgeleri ekleyerek bir dilekçe ile Kurul'a başvururlar. Zira, bankaların başvuru konusu faaliyete geçmek üzere Kurul'dan izin alabilmeleri için, bu Tebliğ'de öngörülen genel şartlar ile faaliyet konularına ilişkin özel şartları yerine getirmeleri ve faaliyetlerini ilgili Kurul düzenlemelerine uygun şekilde yürütebilecek nitelik ve yeterlilikte olduklarının Kurul'ca kabulü gerekir. Kurul, yapacağı incelemeler sonucunda uygun gördüğü takdirde faaliyet iznini verir (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 10/1 ve 2).

Kurul'a sunulacak bilgi ve belgelerin, bankayı temsile yetkililerin imzalarını taşıması ve öngörülen faaliyete geçiş şartlarını tevsik etmesi bakımından eksiksiz olması şarttır. Kurulca tanınan süreler içinde eksikleri tamamlanmamış başvurular geçersiz sayılır (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 10/2).

Faaliyet izin başvuruları, ayrı ayrı incelenerek Kurul'ca uygun görülen bankaya, icra edeceği her bir faaliyeti gösteren yetki belgesi verilir. Yetki belgelerinin tescil ve ilan ettirilmesi zorunludur (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 10/3). Yetki belgeleri de dahil olmak üzere her türlü izin belgesinin tescili, Kurul izninin tebliğini izleyen 15 gün içinde ilgili ticaret siciline yapılır (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 17/1). Yetki belgelerinin tescili hususu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ve ayrıca ülke çapında günlük olarak yayımlanan en az iki gazetede ilan ettirilir (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 10/2).

Görüldüğü gibi bankaların sermaye piyasasında aracılık faaliyetlerinde

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bulunabilmeleri için, sadece Seri V No: 46 Tebliğinde belirtilen genel ve özel şartları yerine getirmiş olmaları yetmeyip, ayrıca SPK'nın da yapacağı incelemeler sonucu uygun görmesi gerekmektedir. Bu hususta Kurul'a bir takdir hakkı tanınmıştır. Genel ve özel şartlar yerine getirilmiş olsa bile Kurul uygun görmediği takdirde, aracılık faaliyetlerine ilişkin yetki belgesi vermeyebilir. Kurul'a, bu takdir yetkisi yatırımcıların korunması amacıyla tanınmıştır. Bununla beraber, tebliğde belirtilen şartları yerine getiren bütün aracı kuruluşlara, aracılık faaliyetlerine ilişkin yetki belgelerinin verilmesi gerektiği kanısındayız. Zira Kurul'a, Sermaye Piyasası Mevzuatındaki esaslara aykırı davranan aracı kuruluşların almış oldukları yetki belgelerini iptal etme yetkisi de tanınmıştır (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 10/6).

Kurul'dan yetki belgesi alıp da borsada işlem yapacak olan bankalar, ilgili borsa veya borsalara "Borsa Üyelik Belgesi" de almak üzere başvurmak zorundadırlar (Ser. PK. m. 34/2; Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 15)

III. Halka Arza Aracılık Faaliyeti

Halka arz: Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini; Ser. PK'na göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder (Ser. PK. m. 3/c).

Halka arza aracılık faaliyeti ise, kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışına aracılığı ifade etmektedir (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 38/1). Henüz kurul kaydına alınmamış ve dolayısıyla sermaye piyasasında işlem görmeyen bu sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satılmasına ilk (birinci) el piyasa aracılığı da denmektedir[12]. Yetki Belgesi almış mevduat kabul etmeyen bankalar da, kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının, ilk el piyasada, halka arz yoluyla satışına aracılık faaliyetinde bulunabilirler[13].

A. Halka Arza Aracılığın Türleri

Halka arza aracılık, aracılığın kapsamına ve işleme taraf olanlara göre çeşitli şekillerde yapılabilmektedir.

1. Aracılığın Kapsamına Göre

Halka arza aracılık, aracılığın kapsamına göre ikili bir ayırıma tabi tutulmuştur. Bunlar, "en iyi gayret aracılığı" ve "aracılık yüklenimi" olarak, tebliğin 38. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Aracı kuruluş sermaye

---

12 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 51; **ÜNAL**, s. 28.*

13 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 51.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

piyasası aracının satılamaması riskini üstlenmediğinden, en iyi gayretin gösterileceği taahhüdü halka arza aracılık kapsamında olmasına rağmen, aracılık yüklenimi olarak nitelendirilmemiştir[14].

a. En İyi Gayret Aracılığı

Tebliğdeki tanıma göre; "en iyi gayret aracılığı, Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının, izahnamede gösterilen satış süresi içinde satılmasını, satılmayan kısmın ise satışı yapana iadesini veya bunları daha önce satın almayı taahhüt etmiş üçüncü kişilere satılmasını ifade eder (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 38/3).

Kısaca denilebilir ki, en iyi gayret aracılığı halka arz edilen sermaye piyasası araçlarının, herhangi bir taahhüt altına girmeksizin satışıdır. Burada aracı sıfatıyla bankanın risk üstlenme fonksiyonu yoktur[15]. Çünkü, banka satamadığı sermaye piyasası araçlarını alma taahhüdünde bulunmamakta, sadece bunların tasarruf sahiplerine satılması konusunda en iyi gayreti göstereceğini beyan etmektedir[16]. İhraç edilen hisse senedi satılamaz ve herhangi bir satın alma taahhüdü de yoksa, ihraçtan vazgeçilmektedir[17]. Bu yöntemin aracı kurumlarca tercih edilmesinde iki önemli etken vardır[18]; birincisi, aracı kurum mali açıdan zayıf ise aracılık yüklenimi (bakiyeyi veya tümünü yüklenim) sözleşmesi yapmaktan kaçınacak ve üzerine risk almak istemeyecektir[19]. Zira, Türk Sermaye Piyasası Mevzuatı, ihraç edildiği halde satış süresi içinde satılamayan pay senetlerinin kurucular, pay sahipleri veya aracılar tarafından satın alınacağı ve bedellerinin ödeneceğinin taahhüt edilmesini istemektedir (Ser.PK. m. 7/3, Seri I No: 26 Tebliği m. 31). Şayet bu yüklenimi ihraççının kendisi veya üçüncü şahıslar yapacak olursa, aracı, en iyi gayret aracılığı dışında her hangi bir taahhüt altına girmiş olmayacaktır. Bununla birlikte, ihraççıdan isteyeceği komisyonu da düşük tutmak zorunda kalacaktır[20]. İkinci etken ise ihraççının küçük ve tanınmamış olmasıdır ki, bu ihtimalde ihraç edilen araçların satışı oldukça güçtür[21]. Dolayısıyla, yüklenim sözleşmesi yapmış aracı, bakiyeyi, belki de tümünü kendi satın almak zorunda kalacaktır.

En iyi gayret aracılığı sözleşmesine binaen banka tarafından satılan

---

14 *Karşı görüşte* ***BERZEK****, s. 56.*

15 ***AKBULAK S./ AKBULAK Y.****, Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, İstanbul 2004, s. 111;* ***BERZEK****, s. 53;* ***TANÖR****, s. 277, 278;* ***ÜNAL****, s. 31.*

16 ***SUMER****, Türk Sermaye..., s. 52.*

17 ***AKBULAK S./ AKBULAK Y.****, s. 111.*

18 ***MANAVGAT****, s. 65.*

19 ***TANÖR****, s. 277.*

20 ***TANÖR****, s. 278.*

21 ***BERZEK****, s. 53.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sermaye piyasası araçlarının bedelleri, en geç satış süresini izleyen iş günü sonunda nakden ödenmeli[22] ve satılmayan araçlar ihraççıya iade edilmelidir.

b. Aracılık Yüklenimi

Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarına ilişkin aracılık yüklenimi ise üç şekilde yapılabilir:

(1) Bakiyeyi Yüklenim Aracılığı

Tebliğdeki tanıma göre; bakiyeyi yüklenim aracılığı, Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının, halka arz yoluyla satılmasının ve satılmayan kısmın tamamının, bedeli satış süresi sonunda tam ve nakden ödenerek satın alınmasının satışı yapana taahhüt edilmesidir (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 38/4/a). Dolayısıyla, satın alma ve ödeme süresinin geciktirilmesi, ödemenin vadeye ve takside bağlanması yahut nakit dışı yöntemlerle yapılması mümkün değildir[23].

Bakiyeyi yüklenim aracılığına, "tam aracılık" da denmektedir[24]. Gerçek anlamda yüklenimi içermesi itibariyle, aracı kurumların sermaye piyasasında risk üstlenen kuruluşlar olarak fonksiyon görmelerini sağlar[25]. Bu tür aracılık yüklenimine ilişkin yapılan sözleşmelerin amacı, ihraççının pazarlama riskini aracı kuruluşlara dağıtmak ve ihraçtan beklenen gelirin sağlanmasını garanti etmektir[26].

(2) Tümünü Yüklenim Aracılığı

Tebliğdeki tanıma göre; tümünü yüklenim aracılığı, Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının bedeli, satışın başlamasından önce tam ve nakden ödenmek suretiyle tamamının satın alınarak halka satılmasının, satışı yapana karşı taahhüt edilmesidir (Seri V, No: 46 sayılı Tebliğ m. 38/4/b).

Bu sistemde, aracı kurumlar, tümünü iskonto ile satın aldıkları ihraç edilmiş sermaye piyasası araçlarını, daha sonra halka arz etmek suretiyle satmaya çalışırlar[27]. Aracı kuruluşa sağlanan bu iskontoya "spread" de denilmektedir[28]. Uygulamada kesin bağlantı aracılığı da denilen bu tür aracılıkta, aracı kuruluş söz konusu sermaye piyasası araçlarının tanıtım ve pa-

---

22 *Bu hususla ilgili bkz.: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği m. 38.*

23 ***TANÖR**, s. 278.*

24 ***BERZEK**, s. 53.*

25 ***MANAVGAT**, s. 64.*

26 ***MANAVGAT**, s. 79.*

27 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 53.*

28 ***AKBULAK S./ AKBULAK Y.**, s. 112, **TANÖR**, s. 279.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

zarlama sorunlarını ve piyasa risklerini üzerinde taşıdığından gerçek bir yüklenim aracılığı mevcuttur[29].

(3) Kısmen Yüklenim Aracılığı

Kısmen yüklenim aracılığı, Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının, halka arz yoluyla satılmasının ve satılamayan kısmının bir bedeli satış süresi sonunda tam ve nakden ödenerek satın alınmasının (Kısmen Bakiyeyi Yüklenim) veya bedeli, satışın başlamasından önce tam ve nakden ödenmek suretiyle bir kısmının satın alınarak halka satılmasının (Kısmen Tümünü Yüklenim), satışını yapana karşı taahhüt edilmesidir.

Kısmen bakiyeyi yüklenim aracılığında, bakiyeyi yüklenim aracılığı ve en iyi gayret aracılığını faaliyetlerinin birlikte yürütülmesi söz konusudur. Zira, banka satın almayı yüklenmediği bakiye kısmının satılması bakımından sadece en iyi gayreti göstermek yükümlülüğündedir.

Kısmen tümünü yüklenim aracılığında ise, tümünü yüklenim aracılığı ile en iyi gayret aracılığını faaliyetlerinin birlikte yürütülmesi söz konusudur. Burada da, banka ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının satışına başlamadan önce tam ve nakden ödenmek üzere bir kısmını satın almakta ve kalan kısım için ise en iyi gayreti göstereceğini taahhüt etmektedir.

2. İşleme Taraf Olanlara Göre

Halka arza aracılık faaliyeti, aracılık işlemine taraf olanlara göre çeşitli şekillerde yapılabilmektedir (Ser. PK. m. 30/2).

a. Başkası Nam ve Hesabına Aracılık

Bu işlem türünde, aracı kurum, müşterisiyle yaptığı anlaşma gereğince sermaye piyasası araçlarını alıp satmakta, fakat, işleme taraf olmamaktadır. Taraflar aracı kurumun müşterisiyle işlemin niteliğine göre satıcı ve alıcıdır. Müşteriyle aracı kurum arasındaki iç ilişki vekâlet niteliğindedir ve bu hukuki ilişki aynı zamanda doğrudan doğruya temsil yetkisi vermektedir[30]. Bu nedenle aracı, işlemden doğan haklar ve borçların dışında kalmakta, haklar ve borçlar direkt olarak taraflara ait olmaktadır[31].

b. Başkası Hesabına Kendi Namına Aracılık

Bu tür aracılıkta aracı kuruluş kendi adına işlem yaptığından hak ve borçlar önce aracı kuruluşa geçer, daha sonra iç ilişkiye dayanılarak müşteriye devredilir. Müşteriyle aracı kuruluş arasındaki hukuki ilişki nitelik itibariyle BK. m. 416/1 anlamında komisyonculuktur ve bundan dolayı aracı kurumun

---

29 ***MANAVGAT**, s. 65; **BERZEK**, s. 53.*

30 ***BERZEK**, s. 57.*

31 ***MANAVGAT**, s. 66'dan naklen.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sahip olduğu temsil yetkisi dolaylı temsil yetkisidir[32]. Zira üçüncü kişiye karşı alıcı ya da satıcı aracı kuruluştur. Bu nedenle alım-satım sözleşmesi hükümlerini, aracı kuruluş ile üçüncü şahıs arasında doğurur; ancak, aracı kuruluş iç ilişkide halka arza aracılık çerçeve sözleşmesi dolayısıyla, üçüncü kişiden elde ettiklerini ihraççıya (müvekkile) aktarmak zorundadır[33]. Böyle bir ilişki "dolaylı temsil" olarak nitelendirilmektedir[34]. Aracı kuruluş, kendi adına ihraççı (müvekkil) hesabına işlem yaptığından, bu işlemlerden doğan hakların sahibi, haklar ihraççıya (müvekkile) devredilinceye kadar, aracı kuruluştur[35]. Aracı kuruluşun işlemi kendi adına yapması neticesinde elde ettiği şeylerin mülkiyetini ihraççıya (müvekkile) devretmesi ve alacakları da temlik etmesi gerekir[36]. Ancak bazı hallerde aracı kuruluşun kendi adına fakat müvekkil hesabına yaptığı hukuki işlemlerden doğan alacaklar, komisyonculuğa da uygulanabilecek vekalet sözleşmesine ilişkin BK m. 393/1 uyarınca, komisyoncu sıfatına sahip aracı kuruluşa karşı tüm borçlarını ifa etmesi üzerine ihraççıya (müvekkile) geçer[37]. Bu düzenlemenin hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bazı yazarlar, alacak haklarını BK. m. 393 f. 1 ve f. 2'ye göre dolaylı temsil olunan müvekkile intikal etmesini bir kanuni halefiyet olarak nitelendirirken[38]; diğer birtakım yazarlar bu düzenlemeyi alacağın kanuni temliki olarak nitelendirmektedirler[39]. Bir diğer görüşe göre ise, bu düzenleme ne kanuni halefiyet ne de kanuni temlik olarak nitelendirilebilir, aslında burada dolaylı temsil olunan ve üçüncü kişi arasında doğrudan bir hukuki ilişkinin kurulduğu, kendine özgü (sui generis) nitelikteki bir hukuki

---

32 ***MANAVGAT**, s. 66; **BERZEK**, s. 57; **İMREGÜN, Oğuz**, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 2001, s. 138.*

33 ***AYLİ, Ali**, "Vekilin Aldıklarını Verme Borcu", Bilgi toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 595; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 16; **BELGESAY, M. Reşit**, Hukuki Muamelelerde Temsil, İstanbul 1941, s. 9.*

34 *Dolaylı temsil hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **YAVUZ, Cevdet**, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983; Karşı görüşte olan **İMREGÜN**, burada herhangi bir temsil ilişkisinin olmadığını, çünkü komisyoncunun akdi üçüncü kişi ile yapmasından dolayı, müvekkil ile üçüncü kişi arasında bir ilişki doğmadığını belirtmektedir (**İMREGÜN**, s. 139).*

35 ***ARKAN, Sabih,** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004, s. 215; **AYLİ**, s. 595, 599.*

36 ***ARKAN**, s. 215; **AYLİ**, s. 595, 599; **TANDOĞAN, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1987, s. 495, **KARAHASAN, M. Reşit,** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 4, İstanbul 1992, s. 1262.*

37 ***ARKAN**, s. 215; POROY/YASAMAN; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2001, s. 215, 216; AYLİ, s. 600 vd..*

38 ***MARTIN, Alfred,** Borçlar Kanunu Şerhi, Hukuku Medeniye Akitleri, C. 2, (Çev: Adliye Vekâleti), İstanbul l93, s. 208; **GÖKTÜRK Hüseyin Avni**, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nev'ileri, Ankara 1951, s. 519; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 42.*

39 ***TANDOĞAN**, s. 513; **AKÜNAL, Teoman**; Türk-İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975, s. 66; **UYGUR, Turgut**; Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. VI, Ankara 1994, 55; **AYLİ**, s. 601; **ARKAN**, s. 215.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ilişki söz konusudur[40]. BK. m. 393 f. 1'de yer alan "alacak hakları" ibaresinden sadece para alacakları anlaşılmamalıdır. Vekilin dolaylı temsilci sıfatıyla giriştiği muamelelerden doğan her türlü talep hakkı, BK. 393 f. 1 gereğince kanuni temlike konu teşkil eder. Bu bakımdan vekilin üçüncü kişiye karşı haiz olabileceği ifayı talep hakkı, ifa etmemekten doğan tazminat talep edebilme hakkı, alacağa bağlı yenilik doğuran haklar, ayıba ve zapta karşı tekeffülden doğan haklar da kanuni temlike konu teşkil ederek müvekkile geçer[41].

c. Kendi Nam ve Hesabına Aracılık

Bu tür aracılıkta aracı kuruluş kendi nam ve hesabına işlem yaptığından hak ve borçlar onun şahsında gerçekleşir ve ona ait olur. Bu tür aracılıkta da müşteriler ile aracı kuruluş arasındaki ilişkiyi aracılık sözleşmesine göre tayin etmek gerekir.

Yapılan aracılık sözleşmesinde aracı kuruluş için bir aracılık ücreti kararlaştırılmış ise bu ilişkiyi komisyonculuk olarak niteleyebiliriz. Bunun dayanağını BK. m. 427 oluşturmaktadır. Bu maddeye göre: "Borsada kayıtlı veya piyasada geçer değeri (cari fiyatı) bulunan kambiyo senetleri veya öteki kıymetli evrakı ve malları satmaya veya satın almaya memur edilen komisyoncu müvekkil tarafından aksine bir talimat verilmemişse satın alacağı şey yerine kendi şeylerini satabilir veya satacağı şeyi kendisi için satın alabilir." Bu durumda komisyoncu, BK m. 427/2 uyarınca komisyon ücreti ve masraflarını alabilecek[42], fakat, bunun dışında muamele, satım hükümlerine tabi olacaktır[43].

Sözleşmede aracılık ücreti kararlaştırılmamış ise, alım satım ilişkisi söz konusu olacaktır.

B. Halka Arza Aracılık Sözleşmesi

Halka arza aracılık sözleşmesi, aracı kuruluş konumundaki mevduat kabul etmeyen banka ile sermaye piyasası aracını ihraç eden arasında yapılan, konusu Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla, başkası nam ve hesabına, başkası hesabına kendi namına veya kendi nam ve hesabına alım satımına aracılık olan, bir sözleşmedir.

Halka arza aracılık sözleşmesi, içeriğine göre aracılık yüklenim sözleşmesi veya yüklenimsiz aracılık sözleşmesi olarak adlar alır ve farklı hukuki nitelikler taşır[44]. Dolayısıyla sözleşmede, hangi tür aracılığın (yükleni-

---

40 *Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz:* ***YAVUZ, Cevdet****, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996, s. 641 vd.. Yazar da, eserinde belirttiği Droin'in bu düşüncesine katılmaktadır.*

41 ***AKÜNAL****, s. 66, dn. 44;* ***TANDOĞAN****, s. 526;* ***KARAHASAN****, s. 1298.*

42 ***POROY/YASAMAN****, s. 216;* ***ARKAN****, s. 215.* ***İMREGÜN****, s. 140.*

43 *Komisyoncunun satmakla görevlendirildiği şeyleri kendi adına satın alması hususunda geniş bilgi için bkz.:* ***YAVUZ, Cevdet****, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul2004, s.430 vd..*

44 ***MANAVGAT****, s. 72.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

min) seçildiğinin ve süresi içinde satılmayan sermaye piyasası araçlarının kimler tarafından satın alınacağının belirtilmesi gerekir[45].

1. Sözleşmenin Şekli ve Muhtevası

Seri V No: 46 Tebliğinin 41. maddesinin 1. fıkrasında, sermaye piyasası aracını ihraç eden ile aracı kurum veya mevduat kabul etmeyen banka arasında akdedilecek yazılı bir "aracılık sözleşmesine" bağlanması şart kılınmıştır. Sözleşmelerin tasnifi çerçevesinde iş görme sözleşmeleri kategorisinde yer alacak bu sözleşme, Borçlar Kanununun aksine, sermaye piyasası mevzuatında yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur[46]. Oysa, Borçlar Kanunu iş görme sözleşmelerini herhangi bir şekle tabi tutmamıştır. Bu şekil, sermaye piyasası mevzuatına göre bir sıhhat şartıdır ve dolayısıyla yazılı şekilde yapılmayan aracılık sözleşmeleri geçerli değildir. SPK, kayda alma aşamasında aracılık sözleşmelerinin sıhhat şartına uygun yapılıp yapılmadığını inceleyerek, gerekli ise bu sözleşmelerin düzeltilmesi ve eksikliklerin giderilmesini isteyebilir (Seri V, No: 46 sayılı Tebliği m. 44).

Tebliğ m. 41/1/c.2'de, sözleşmede yer verilmesi gereken asgari hususların Kurul'ca belirleneceği, düzenlenmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde Kurul, 28.09.2001 tarih ve 45 sayılı toplantısında aldığı kararla[47] halka arza aracılık ve konsorsiyum sözleşmelerinde bulunması gereken asgari hususlar genel hatlarıyla aşağıdaki şekilde belirlenmiştir[48]:

---

45 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 53.*

46 ***MANAVGAT**, tümünü yüklenim sözleşmesiyle bedelini ödeyerek aracı kurumun kendi ad ve hesabına satışını gerçekleştirecek aracılık sözleşmesinde, aslında aracılık sözleşmesinin değil, bir satım sözleşmesinin mevcut olduğunu, bu nedenle burada yazılı şeklin gerekli olmadığını beyan etmektedir. Ancak yazar, diğer iki halde, yazılı şeklin sıhhat şartı olarak gerektiği kanaatindedir (**MANAVGAT**, s. 76.).*

47 *Sermaye Piyasası Kurulu 28.09.2001 tarih ve 45 sayılı toplantısında, alım satıma aracılık, türev araçların alım satımına aracılık, yatırım danışmanlığı çerçeve sözleşmeleri ile halka arza aracılık ve konsorsiyum sözleşmelerinde bulunması gereken asgari hususlar belirlenmiş olup, kullanıcıların kolay erişimini teminen Kurulun web sayfasına (www.spk.gov.tr) konulmasına karar verilmiştir.*

Söz konusu Kurul kararı uyarınca ayrıca, genel olarak sermaye piyasası faaliyetleri çerçevesinde müşterilerle yapılacak tüm çerçeve sözleşmelerde,

- Seri:V, No:46 sayılı Tebliğin 13 üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereği, müşteri haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlerin konulmaması,

- Seri:V, No:46 sayılı Tebliğin 13 üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereği, ispat külfetini müşteriye yükleyen kayıtlara yer verilmemesi,

- Açık ve anlaşılabilir bir dil kullanılması, müşterinin okumasını zorlaştıracak veya engelleyecek karakter ve yazı büyüklüğü kullanılmaması,

- Müşteriler ile aracı kurumun hak ve yükümlülüklerinin karşılıklı ve dengeli biçimde belirlenmesi gerekmektedir.

48 *Halka arza aracılık ve konsorsiyum sözleşmelerinde bulunması gereken asgari unsurlar hakkında detaylı bilgi için bkz.: www.spk.gov.tr*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Sözleşmenin taraflarını ve tarafları temsile yetkili kişileri tanıtıcı bilgiler,
- Satışa konu olan sermaye piyasası aracını, sermayeyi temsil eden payları, miktarı ve bu aracı veya payları ihraç eden veya daha önce ihraç etmiş ortaklık veya kuruluşu tanıtıcı bilgiler,
- Sözleşmede kullanılacak kısalmalar,
- Aracılığın türü, satış yöntem ve koşulları, aracı kuruluşun vereceği hizmetlerin kapsamı ve esasları ile tarafların hak ve yükümlülükleri ve varsa birbirlerine verdikleri garantiler,
- Satış süresi, satış fiyatı, satışın yapılacağı yerler, satış bedellerinin ödenmesi ve satışa ilişkin diğer esaslar ile satış süresinin sonunda yapılacak işler,
- Satıştan sonra, başka hizmetler öngörülüyor ise bu hizmetlerin neler olduğu, kapsamı ve ne şekilde yerine getirileceği,
- Alınacak ücret, komisyon ya da diğer menfaatler ile gider karşılıkları,
- Yetkili mahkeme ve icra daireleri,
- Yetkili imzalar,
- Sözleşmenin süresi ve sona ermesi hususlarının sözleşmede hükme bağlanması gerekir.

2. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Yukarıda şekil ve muhtevasını belirttiğimiz halka arza aracılık sözleşmesinin hukuki niteliğine gelince; bu husus halka arza aracılık faaliyetinin türüne göre değişiklik arz eder.

a. En İyi Gayret Aracılığı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Yapılan aracılık en iyi gayret aracılığı ise, aracılık faaliyetini yürüten bankanın, sermaye piyasası aracını kendi namına aracı çıkaran hesabına mı, yoksa aracı çıkaranın nam ve hesabına mı alıp sattığına bakmak gerekir. Zira buna göre komisyon veya vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanabilir[49].

Banka, sermaye piyasası aracını ihraççının nam ve hesabına alıp satıyor ve satış süresi içinde satılmayan kısmı ihraççıya iade ediyor, ayrıca sonuç rizikosunu kendi üzerine almıyor ise, banka ve ihraççı arasında yapılan sözleşme hukuki nitelik itibariyle vekâlet sözleşmesidir[50].

---

49 ***BERZEK**, s. 57.*

50 ***MANAVGAT**, s. 85 vd.; **SUMER, Ayşe**, Sermaye Piyasasında Meslek Kuralları ve Türk Hukukunda Uygulanması, İstanbul 2001, s. 59; **SUMER**, Türk Sermaye..., s. 54.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Vekâlet öyle bir akittir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmeme rizikosu ona ait olmamak üzere yükler[51].

Aracı kuruluş olan banka da, ihraççıya ait sermaye piyasası araçlarını satma işini, sonucun elde edilmemesi rizikosu ihraççıya ait olmak üzere yaptığından, bu aracılık sözleşmesinin unsurları vekâlet sözleşmesinin unsurlarına benzemektedir.

Sözleşmenin unsurları aynı zamanda hizmet sözleşmesinin unsurlarına da benzemekteyse de, banka sadece ihraççının talimatları doğrultusunda hareket etmeyip nispeten bağımsız olması, ekonomik bakımdan ona bağımlı olmaması, çalışmasını ortaklığa ait işyerinde sürdürmemesi, işverenden sosyal yardımlar almaması, en iyi gayret aracılığı sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olmadığının kanıtlarıdır[52].

En iyi gayret aracılığını yapan banka kendi namına, fakat sermaye piyasası aracını çıkaranın hesabına satım yapıyor ise, yapmış oldukları aracılık sözleşmesi nitelik itibari ile BK. m. 416'da düzenlenmiş olan "komisyon sözleşmesi"dir[53]. BK. m. 416'ya göre; alım ve satım komisyoncusu, alım ve satım işlerinde, ücret mukabilinde kendi namına fakat müvekkili hesabına kıymetli evrak ve menkul eşya alım satımını deruhte eden kimsedir[54]. Maddenin 2. fıkrasında komisyon sözleşmelerine tamamlayıcı olarak vekâlet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Öyle ise bu nev'i aracılık faaliyetine öncelikle aracılık sözleşmesi hükümleri, sonra komisyon ve nihayet vekâlet hükümleri tamamlayıcı olarak uygulanabilecektir.

İhraççı tarafından aksine bir talimat verilmemiş ve sözleşmede aracılık ücreti belirlenmişse, banka, ihraççı hesabına satacağı sermaye piyasası araçlarını kendi hesabına da alabilir. Bankanın sermaye piyasası araçlarını bu şekilde kendi hesabına alması halinde dahi, aracılık sözleşmesine, komisyon sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Çünkü BK. m. 427'ye göre; borsada kayıtlı veya piyasada cari fiyatı bulunan kambiyo senetleri veya öteki kıymetli evrakı ve malları satmaya veya satın almaya memur edilen komisyoncu müvekkili tarafından aksine bir talimat verilmemişse satın alacağı şey yerine kendi şeylerini satabilir veya satacağı şeyi kendisi için alabilir.

---

51 ***TANDOĞAN**, s. 355; **YAVUZ**, Borçlar..., s. 362; **BİLGE, Necip**, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 284 vd..*

52 ***TANDOĞAN**, s. 377; **MANAVGAT**, s. 85.*

53 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 54.*

54 *"Komisyon sözleşmesi" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **YAVUZ**, Borçlar..., s. 421 vd.; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**,s. 458 vd.; **TANDOĞAN**, s. 382.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b. Bakiyeyi Yüklenim Aracılığı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Bakiyeyi yüklenim aracılığı sözleşmesinin hukuki niteliği de, bankanın bu aracılık faaliyetini ihraççı namına ve hesabına yapması ile kendi namına ihraççı hesabına yapması durumlarına göre değişkenlik arz edecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, aracılık faaliyeti, ihraççı nam ve hesabına yapılıyor ise aracılık sözleşmesinin hukuki niteliği vekâlet[55] aracı banka faaliyeti kendi namına fakat ihraççı hesabına yapıyor ise aracılık sözleşmesinin hukuki niteliği komisyonculuktur[56].

Bakiyeyi yüklenim aracılığında, aracı banka satış süresi sonunda satılamayan sermaye piyasası araçlarını satın almayı taahhüt etmektedir. Bu nedenle ihraççı ve banka arasında yapılan ve aracı bankanın temsil yetkisine göre vekâlet veya komisyonculuk olarak nitelendirilen aracılık sözleşmesiyle birlikle özel şartları haiz bir garanti sözleşmesinin veya BK m. 110 anlamında "başkasının fiilini taahhüt"e ilişin bir sözleşmenin de yapıldığı düşünülebilir[57]. Oysa garanti sözleşmesi, garanti verenin teminat sağlamak amacıyla temel ilişkideki alacaklıya karşı, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklendiği sözleşmedir[58]. Keza, başkasının fiilini taahhütten söz edebilmek için, üçüncü kişinin edimi ifa etmemesinden doğacak zararların tazmin edileceğinin taahhüt edilmesi gerekir. Borçlu, üçüncü kişinin ifada bulunmaması halinde, onun yerine kendi edimini ortaya koymuşsa, başkasının fiilini taahhütten bahsedilemez[59]. Bakiyeyi yüklenim aracılığında, banka borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklenmemekte; bilakis, asli akdin çerçevesi içinde kendisine yüklenemeyecek bir rizikoyu akde konulan bir kayıtla üzerine almaktadır. Bundan ötürü burada bağımsız olmayan (fer'i) bir teminat yükümlülüğü söz konusudur. Bu sebeplerle bakiyeyi satın alma taahhüdünü, garanti sözleşmesi veya başkasının fiilini taahhüt saymak yerine, duruma göre vekâlet veya komisyon akdi içinde yer alan yan teminat yükümlülüğü olarak değerlendirmek daha isabetli olur[60]. Çünkü, burada banka, sözleşmelerin niteliği icabı onlara bağlı olan rizikoları üstlenmeyi taahhüt etmek suretiyle, ihraççının asıl akde daha kolay rıza göstermesini sağlamayı amaçlamaktadır[61].

Öğretide, bakiyeyi (kısmen veya tamamen) yüklenim sözleşmelerini, ve-

---

55 *Bkz.:* **§1/III/A/2/a.**

56 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 54. Ayrıca bkz.:* **§1/III/A/2/b.**

57 *Bu görüş için bkz.:* ***ÜNAL**, s. 75, 76.*

58 ***TANDOĞAN**, s. 804;* ***YAVUZ**, s. 521,524.*

59 ***TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 228;* ***KILIÇOĞLU, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2004, s. 413;* ***OĞUZMAN/ÖZ,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 778.*

60 ***MANAVGAT**, s. 86;* ***BERZEK**, s. 57 vd..*

61 *Fer'i teminat yükümlülükleri konusunda bkz.:* ***TANDOĞAN,** s. 804 ve* ***YAVUZ,** s. 525.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kalet ve şarta bağlı alım satımdan oluşan karma nitelikli sözleşmeler olarak değerlendiren bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre; "aracı kuruluş, ihraççıya, sermaye piyasası araçlarının halka arzı ve satışı işlemlerini gerçekleştirme taahhüdü ile satılmayanları satın alma taahhüdünü, birlikte yapmaktadır". Halka arz aşamasında vekalet niteliğinde olan ilişki, satılamama şartına binaen kalan sermaye piyasası aracının, aracı tarafından kendi nam ve hesabına satın alınması suretiyle, şarta bağlı bir alım satım ilişkisine dönüşmektedir[62].

Bir işlemin hukuki niteliğinin ve benzer işlemlerle ilişkisinin tespiti, işleme uygulanacak kanun hükümleri ile tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespiti bakımından önem taşımaktadır. İşlemin niteliğinin ve benzer işlemlerle ilişkisinin tespitinde tarafların iradesi önemlidir. Taraflar sözleşme ile aralarındaki ilişkinin niteliğini açıkça belirtmiş iseler herhangi bir problem olmayacak; ancak, böyle bir tespit söz konusu değilse, bilhassa sözleşme hükümlerinin yetersiz kaldığı durumlarda, ilişkiye uygulanacak kanun hükümleri, tarafların (iradeleri doğrultusunda) sözleşme ile neyi amaçlamış olduklarına bakılarak belirlenecektir. Bakiyeyi yüklenim sözleşmesi ile taraflar, esasen, ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının tasarruf sahiplerine satılmasını amaçlamaktadır. Bu tür sözleşmelerde de, aracı kurumun üstlendiği asli yükümlülük, ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının satılmasına aracılık faaliyetidir. Yoksa, satılamayan araçların, aracılığı üstlenen kuruluş tarafından satın alınması değildir. Bu bakımdan, bakiyeyi yüklenim sözleşmesini, vekalet ve şarta bağlı alım satım sözleşmesinin birlikte yapıldığı karma nitelikli bir sözleşme olarak nitelendiren görüş yerine, bakiyeyi üstlenme taahhüdünü, duruma göre vekâlet veya komisyon akdi içinde yer alan bir yan teminat yükümlülüğü olarak değerlendiren görüşü uygun ve pratik yarar bakımından daha isabetli bulmaktayız. Zira, bir sözleşmeden kaynaklı ihtilafların hallinde, farklı esas ve hükümlere tabi birden fazla hukuki müessese yerine tek müesseseye ilişkin hükümlerin tatbiki, her zaman için daha süratli ve kolayca sonuç alıcı olacaktır.

c. Tümünü Yüklenim Aracılığı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Tümünü yüklenim aracılığı sözleşmesinde, aracı banka, Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının tümünü baştan satın almayı taahhüt ettiğinden, gerçek anlamda bir aracılık faaliyetinden ziyade bir satım sözleşmesinden bahsetmek daha isabetli olur. Aracı banka kendi nam ve hesabına ihraççıdan satın aldığı sermaye piyasası araçlarını daha sonra, piyasadaki dalgalanmaya göre kârla veya zararla satacağı için rizikoların tamamını kendisi yüklenmektedir. O halde sermaye piyasası araçlarının ihraççıdan satın alınması da, başkalarına satılması da birer alım satım ilişkisi doğurmakta[63]

---

[62] ***SUMER**, Sermaye Piyasasında..., s. 61.*

[63] ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 54; **SUMER**, Sermaye Piyasasında..., s. 61.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve bu sözleşmelere alım satım sözleşmeleri hükümlerinin uygulanması gerekmektedir[64].

§ 2. YATIRIM DANIŞMANLIĞI FAALİYETİ

Seri V no: 55 sayılı "Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği'nin 4. maddesindeki tanıma göre: ***Yatırım danışmanlığı;*** *karşılığında herhangi bir maddi menfaat temin etmek suretiyle, müşterilere sermaye piyasası araçları ile bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında ve sermaye piyasası ile ilgili diğer konularda yönlendirici nitelikte yazılı veya sözlü yorum ve yatırım tavsiyelerinde bulunulması faaliyetidir.*

Yatırım danışmanlığı yetki belgesine sahip kuruluşlar aşağıdaki faaliyetlerde de bulunabilirler (m. 6):

a) Kişilerin veya şirketlerin uzun ve kısa vadeli finansal hedefleri, risk tercihleri, nakit gereksinimleri, vergi mevzuatı karşısındaki durumları dikkate alınarak yatırım planlarının oluşturulması.

b) Şirketlerin, aktif-pasif yönetimi çerçevesinde bilançolarının analiz edilmesi, gelir kaynaklarının ayrıştırılması, finansman seçeneklerinin tespit edilmesi, risklerin tanımlanması ve azaltılması veya gelirlerin artırılması yoluyla mali profillerinin geliştirilmesi gibi konularda yazılı veya sözlü yorum ve tavsiyelerde bulunulması.

c) Şirketlerin, yurt içi ve yurt dışı piyasalardan finansman ihtiyaçlarının karşılanması, alternatif finansman stratejilerinin belirlenmesi, mali risklerden korunmaları konularında yazılı veya sözlü yorum ve tavsiyelerde bulunulması ile finansman ihtiyacı olan ve finansman sağlayacak tarafların bir araya getirilmesi konusunda çalışmalar yapılması.

d) Şirketlerin, birleşme, bölünme, ele geçirme ve iş ortaklıklarının kurulması ve benzeri sermaye veya ortaklık yapılarındaki değişikliklerle ilgili yeniden yapılandırılma faaliyetleri ve tasfiye sürecinde yazılı veya sözlü yorum ve tavsiyelerde bulunulması.

Aşağıda sayılan yönlendirici nitelikteki işlem ve faaliyetler; sunulan yorum ve tavsiyelerin tarafsız ve dürüst olması, belli bir kişinin, grubun veya portföyün ihtiyaçlarına yönelik olmaması ve karşılığında doğrudan ya da dolaylı maddi menfaat temin edilmeksizin verilmiş olması kaydıyla yatırım danışmanlığı kapsamı dışındadır (m. 7):

a) Herhangi bir faaliyetin, mesleğin veya işin yürütülmesi sırasında, bu faaliyet, meslek veya işin içerdiği hizmetlerle ilgili olarak, süreklilik arz et-

---

64 *ÜNAL, s. 75.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

meyen ve istisnai birkaç olaya yönelik olarak yazılı veya sözlü yorum ve tavsiyelerde bulunulması.

b) Aracı kurumların alım satım aracılığı faaliyetlerinin icrası sırasında müşterilerine sermaye piyasası araçları, bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar, piyasa eğilimleri hakkında ve sermaye piyasası ile ilgili diğer konularda yazılı veya sözlü yorum ve yatırım tavsiyelerinde bulunması.

I. Yatırım Danışmanlığı Faaliyetinin Şartları

Yatırım danışmanlığı faaliyetinde bulunacak aracı kuruluşlar bünyelerinde yatırım danışmanlığı ve araştırma faaliyeti için yeterli mekân, teknik donanım, organizasyonu sağlamış ve yeterli sayıda yatırım danışmanını istihdam etmiş olmaları şarttır (m. 8). Yetkili kurumlarda görevlendirilecek yatırım danışmanlarının 4 yıllık lisans eğitimi veren kurumlardan mezun olmaları, Kurulun lisanslamaya ilişkin düzenlemeleri uyarınca gerekli lisans belgesine sahip olmaları zorunludur (m. 9).

Ser. PK.'nun 31 ve m. 34/1. maddeleri çerçevesinde Kuruldan aracılık faaliyetleri için yetki belgesi almış mevduat kabul etmeyen bankalar, yatırım danışmanlığı faaliyetlerinde de bulunabilmek için, Seri V no: 55 sayılı Tebliğ'de öngörülen şartları yerine getirerek, Kurul'a bu hususta faaliyet izni için başvurmaları (m. 10), ve kuruluşun bu faaliyeti Kurul düzenlemelerine uygun şekilde yürütebilecek nitelik ve yeterlilikte olduğunun Kurul'ca kabul edilerek yetki belgesi verilmiş olması gerekir (m. 5).

II. Yatırım Danışmanlığı Sözleşmesinin Şekli ve Muhtevası

Yatırım danışmanlığı için, bu hususta yetki verilmiş banka ile yatırım danışmanlığı hizmetlerinden faydalanmak isteyen müşteri arasında yazılı bir çerçeve sözleşmenin yapılması şarttır. Banka, bu sözleşmenin imzalanmasından önce aşağıdaki bilgileri içeren tanıtıcı bir formu müşteriye sunmak zorundadır (m. 12):

a) Tebliğde belirtilen yatırım danışmanlığına ilişkin ilkeler,

b) Yatırım danışmanlığı kapsamında müşteriye sunulacak bilgi ve tavsiyelerin oluşturulmasında kullanılan bilgi kaynakları, yatırım stratejileri ve analiz yöntemleri,

c) Bilgi ve tavsiyelerin müşteriye sunuluş biçimiyle (yazılı, sözlü, günlük, haftalık, aylık ve benzeri) ilgili esaslar,

d) Olası çıkar çatışmaları.

Yatırım danışmanlığı çerçeve sözleşmesinde asgari olarak aşağıdaki hükümler yer almalıdır[65].

---

65 *Detaylı bilgi için bkz.: www.spk.gov.tr.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Müşteriye verilecek hizmetin türü ve kapsamı,
- Yatırım önerileri ile bunlara ilişkin temel gerekçelerin niteliği ve müşteriye sunuluş biçimiyle (yazılı, sözlü, günlük, haftalık, aylık ve benzeri) ilgili esaslar,
- Alınacak ücret ve diğer gider karşılıkları,
- Sözleşmenin süresi,
- Tebliğde belirtilen yatırım danışmanlığına ilişkin ilkeler,
- Yetkili kurum tarafından müşteriye yatırım danışmanlığı hizmeti vermek üzere görevlendirilen yatırım danışmanını tanıtıcı bilgiler,
- Yetkili kurumu ve müşteriyi tanıtıcı bilgiler ve yetkili imzalar.

III. Yatırım Danışmanlığı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Yatırım danışmanlığı sözleşmesi hukuki nitelik açısından bir vekâlet akdi niteliğindedir. Yatırım danışmanlığı hizmetinde; müşteri bankadan, mevcut nakdinin hangi yatırımlara yöneltilmesi gerektiği konusunda bilgi talep eder ve ondan tavsiyeler alır. Ancak yatırımlarını bizzat kendisi yapar ve yönetir, bu tavsiyelere uymak zorunda değildir. Böylece doğacak sonuç rizikosuna kendisi katlanmaktadır[66]. Yatırım danışmanlığı hizmeti veren banka, vazifesini özen, titizlik ve sadakatle yerine getirmekten sorumludur. Özen ve titizlik, dikkatli ve basiretli bir yatırım danışmanının aynı koşullar altında ayrıntılara vereceği önemi, göstereceği dikkat ve gayreti ifade eder (m. 15/1). Dolayısıyla bu edimini özen, titizlik ve sadakatle yerine getirmişse; yani, yatırım danışmanlığı sözleşmesine ve Tebliğde yer alan yatırım danışmanlığı ilkelerine tamamen uyulmuşsa (m. 15/2), artık doğacak kötü sonuçtan sorumlu tutulamaz.

§ 3. PORTFÖY YÖNETİCİLİĞİ FAALİYETİ

Portföy, bir kişinin veya bir şirketin menkul kıymetlerden oluşan sermayesinin (yatırımının) tamamını ifade eder[67].

Portföy yöneticiliği ise, finansal varlıklardan oluşan portföylerin, her bir müşteri adına, müşterilerle yapılacak portföy yönetim sözleşmesi çerçevesinde maddi bir menfaat sağlamak üzere vekil sıfatıyla yönetilmesidir (Seri V No: 59 Sayılı Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği m. 3/2). Bu anlamda, yatırımcı, bel-

---

66 ***KAPLAN, İbrahim**, Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara 1996, s. 263; Karş.* ***ÜNAL**, 72: Yazar, yatırım danışmanlığını hizmet akdinin bir türü olarak nitelendirmişken (hizmet akdinden kasıt genel anlamda iş görme sözleşmeleri olsa gerek), devam cümlede ise yatırım danışmanlığını bir bilgi alım satımı olarak görmektedir.*

67 ***KAPLAN**, s. 243.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

li bir nakdi ve/veya sermaye piyasası aracını bankaya teslim eder ve bu suretle oluşturulan portföy banka tarafından en uygun olacak şekilde yönetilir[68]. Bir başka ifadeyle, portföy yönetimi kavramı, kişinin (müşterinin), bankadaki hesabının, menkul kıymetlerinin iktisadi ve teknik yönlerden banka tarafından idaresi anlamını taşır.

Portföyün içerdiği sermaye piyasası araçlarının mülkiyeti yatırımcıda kalmaya devam eder[69].

Portföy yönetimi için uzmanlaşmış kadrolara sahip bankalar; müşterileri tarafından kendilerine idare edilmek ve finansal yatırımlara yöneltilmek üzere tevdi edilen, menkul kıymetleri ve açık tevdi hesaplarını mali piyasaların kurallarına göre en verimli ve en kârlı şekilde yönetmek durumundadırlar[70].

I. Bankaların Portföy Yöneticiliği Faaliyetine Geçiş Şartları

Portföy yönetim şirketleri dışında kalan yetkili kurumların faaliyet izni başvurularının değerlendirilmesinde sözkonusu kurumların kendi mevzuatlarında yer alan düzenlemelerinin yanı sıra Seri V No: 59 Tebliğinin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bendlerinde belirtilen hükümlere de uymaları şarttır (Seri V No: 59 Tebliğ m. 8/2). Dolayısıyla, portföy yönetim şirketi olmayan mevduat kabul etmeyen bankaların, portföy yöneticiliği faaliyet izni başvurularının değerlendirilebilmesi için:

- Yönetici ve ihtisas personeli ile Türk Ticaret Kanunu uyarınca atanan denetçilerinin ve müfettişlerin 5 inci maddenin (h) bendinde sayılan şartları taşımaları gerekir[71]. Bu kişiler için sermaye piyasası

---

68 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 69.*

69 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 64.*

70 ***KAPLAN**, s. 246; **SUMER**, Türk Sermaye..., s. 64.*

71 *Seri V No: 59 Tebliğinin 5 inci maddesini (h) bendindeki'deki düzenleme şöyledir.*

"h) Gerçek kişi ortaklarının;

1- Kendileri veya sınırsız sorumlu ortak oldukları kuruluşlar hakkında iflas kararı verilmemiş ve konkordato ilan edilmemiş olması,

2- 7/9/2000 tarih ve 24163 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Seri:V, No:46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğin 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen şartları taşıması,"

Seri:V, No:46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğin 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki düzenleme de şöyledir:

d) Ortak, yönetici, ihtisas personeli ile müfettiş ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca atanan denetçilerinin,

1)Sermaye piyasası mevzuatı, 4389 sayılı Bankalar Kanunu, 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun ile ödünç para verme işleri hakkında mevzuata aykırılıktan ve/veya taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar dahi ağır hapis veya 5 yıldan fazla hapis yahut zimmet, nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mevzuatına aykırılıktan veya 5 inci maddenin (h) bendinde belirtilen diğer fiillerden dolayı suç duyurusunda bulunulması halinde, isnad edilen suçun ağırlığı dikkate alınarak faaliyet izni başvurusu bu işlemin sonuçlanmasına kadar ertelenebilir (Seri V No: 59 Tebliği m. 8/1/e).

- Bünyesinde portföy yöneticiliği faaliyetinin yürütülebilmesi için Kurulun lisanslama düzenlemeleri çerçevesinde, lisans belgesine sahip yeterli sayıda portföy yöneticisini istihdam etmiş bulunması gerekir (Seri V No: 59 Tebliği m. 8/1/f),

Yetkili kurumun başvuru konusu faaliyete geçmek üzere Kuruldan izin alabilmesi için, Seri V No: 59 Sayılı Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği ve Seri:V No:46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğin 10 uncu maddesinde öngörülen şartları yerine getirmeleri ve faaliyetlerini ilgili Kurul düzenlemelerine uygun şekilde yürütebilecek nitelik ve yeterlilikte olduklarının Kurulca kabulü şarttır (Seri V No: 59 Tebliği m. 9/1).

Faaliyet izin başvurusunun Kurulca uygun görülmesi halinde yetkili kuruma portföy yöneticiliği faaliyetini icra edebileceğini gösteren yetki belgesi verilir. Yetki belgesinin tescil ve ilan ettirilmesi zorunludur (Seri V No: 59 Tebliği m. 9/2).

---

cılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları; resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma, vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs suçlarından dolayı hüküm giymemiş olması,

2) Kanun'un 33 üncü maddesinin (f) bendinde kurucular için aranan şartı taşıması,

3) Faaliyet yetki belgelerinden biri veya birden fazlası Kurul'ca iptal edilmiş yahut borsa üyeliğinden sürekli olarak çıkarılmış kuruluşlarda, bu müeyyideyi gerektiren olayda sorumluluğu bulunan kişilerden olmaması,

4) Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında 35 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve eklerine göre kendileri veya ortağı olduğu kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olması,

5) (Ek: Seri: V, No: 49 sayılı Tebliğ ile) Kanun'un 46 ncı maddesinin (i) bendi uyarınca işlem yasaklı olmaması (Bu şart ortaklar için kuruluş ve pay devirlerinde aranır),

gerekir.

Aracı kurumların sermayesinin %10'una veya daha fazlasına sahip tüzel kişilerin %10'dan fazla paya sahip ortaklarının da bu bentte belirtilen nitelikleri haiz olmaları gerekir.

Bu kişiler için sermaye piyasası mevzuatına aykırılıktan veya bu maddenin (d) bendinin 1 numaralı alt bendinde belirtilen diğer fiillerden dolayı suç duyurusunda bulunulması halinde, isnad edilen suçun ağırlığı dikkate alınarak, değerlendirilecek olan tüm faaliyet yetki belgesi, izin belgesi, ortaklık yapısı değişikliği ve merkez dışı örgüt açma başvuruları bu işlemin sonuçlanmasına kadar ertelenebilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. Portföy Yönetim Sözleşmesi ve Muhtevası

Seri V No: 59 sayılı "Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği"nin 16. maddesine göre bankaların portföy yöneticiliği hizmeti sunacakları müşterileri ile Kurulca belirlenecek standartlara uygun yazılı bir sözleşme akdetmeleri zorunludur.

Portföy yönetimi sözleşmesiyle müşterinin amaç ve menfaati, yönetilmek üzere bankaya tevdi ettiği mal varlığının en kârlı şekilde çoğaltılmasıdır. Bankanın amaç ve menfaati ise, müşteriden alınan tevdi ve idare harçlarının artması, menkul kıymetlerin alım ve satımından alınan komisyon primlerinin yükselmesi, yatırım potansiyelinin genişlemesi, borsadaki alım satım cirosunun yüksek rakamlara ulaşmasıdır[72].

Sermaye Piyasası Kurulu'nun 28.09.2001 tarih ve 45 sayılı toplantısında aldığı karar uyarınca portföy yöneticiliği çerçeve sözleşmesinde bulunması gereken asgari unsurlar şunlardır:

- Tarafları Tanıtıcı Bilgiler (Müşterinin kimlik bilgileri ve adresi, yetkili kurumun unvanı ve adresi, varsa tarafları temsile yetkili kişilere, bunların temsil yetkilerine ve temsilcinin veya temsil yetkisinin sınırlarının değiştirilmesine ilişkin bilgiler).
- Sözleşmede Kullanılacak Kısaltmalar
- Sözleşmenin Konusu (Burada, Seri:V, No: 59 sayılı Tebliğin 4 üncü maddelerinde yer alan hükümlere yer verilir.)
- Tanıtıcı Form (Seri:V, No: 59 sayılı Tebliğin 16 ncı maddesi uyarınca, portföy yöneticiliği çerçeve sözleşmesinin imzalanmasından önce Tebliğ'i ve içeriği Tebliğ'in 3 numaralı ekinde açıklanmış olan tanıtıcı formun yetkili kurum tarafından müşteriye sunulmuş olduğuna ilişkin hükme yer verilir).
- Portföy Yöneticiliği Faaliyetine İlişkin İlkeler (Burada, Seri:V, No: 59 sayılı Tebliğin 12 nci maddesinde yer alan ilkelere yer verilir).
- Portföy Yönetimine Konu Araçların Seçimi ve İdaresi
- Portföy Yöneticisi (Sözleşme ya da eklerinde portföy yöneticisine ilişkin bilgilere yer verilir. Burada ayrıca, sözleşmede belirtilen portföy yöneticisinin yetkili kurumdan ayrılması veya değiştirilmesi durumunda, yetkili kurumun bu durumu müşterisine derhal bildireceğine, müşterinin yeni görevlendirilen portföy yöneticisini uygun görmediği takdirde, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebileceğine ilişkin hükme yer verilir).
- Sözleşme Taraflarının Birbirine Bilgi Verme Esasları

---

72 ***KAPLAN**, s. 246.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Yetkili Kuruma Ödenecek Ücret ve Ödeme Esasları
- Takasbank'ta Saklanan Sermaye Piyasası Araçlarından Doğan Yönetimsel ve Mali Hakların Kullanılması Esasları
- Portföy Saklama Kuruluşuna İlişkin Esaslar
- Teminat Hükümleri
- Uygulanacak Hükümler: Sözleşmenin Kurul düzenlemelerine aykırı hükümleri uygulanmaz. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde Kurul düzenlemeleri, Kurul düzenlemelerinde hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır" hükmüne yer verilir.
- Yetkili Mahkeme ve İcra Daireleri
- Sözleşmenin Süresi ve Sona Ermesi
- Sözleşme Şartlarının Değiştirilmesi
- Sorumsuzluk Kayıtları (Tüm yetkili kurumlar, BK'nun 99 uncu maddesi çerçevesinde imtiyazlı kuruluş sayıldıklarından, sözleşmelerin çeşitli maddelerinde yer alan sorumsuzluk kayıtları, gerek Seri:V, No:59 sayılı Tebliğin 16 üncü maddesi çerçevesinde, gerekse söz konusu Tebliğ hükmünün de ötesinde, genel hükümler bakımından geçersiz olacak, yetkili kurumun hafif kusuru halinde dahi bu tür sorumsuzluk kayıtları batıl sayılacaktır. Dolayısıyla, bu tür sözleşme hükümlerine yer verilmemeli ve BK'nun 99 ve 100 üncü maddelerine uygun olarak sorumsuzluk hallerinin ancak yetkili kuruma atfı mümkün olmayan hallerle sınırlandırılması gerekir).
- Yetkili İmzalar ve Tebligat Adresleri

III. Portföy Yönetim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Portföy yönetimi sözleşmesi; vekâlet unsurlarının ağır bastığı, taraflar arasındaki güven ilişkisinin sözleşmenin temelini oluşturduğu, bir sözleşme niteliğindedir. Vekâlet sözleşmesinin tarafları arasında güven ilişkisi bozulunca müvekkilin azil ve vekilin istifa hakları, vekilin vekâlete özgü sadakat yükümlülüğü, vekilin sonuçtan sorumlu olmadan sadece özen borcunun bulunması, vekilin hesap verme ve müşteri adına elde ettiği hakları ve menkulleri müşteriye iade borcu, bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gerektirmekte ve bu nitelendirme de tarafların menfaat dengesine uygun düşmektedir[73]. Zaten Tebliğin 4. maddesinin ikinci fıkrasında; portföy yöneticiliği tanımlanırken, finansal varlıklardan oluşan portföylerin, her bir müşteri adına, müşterilerle yapılacak portföy yönetim sözleşmesi çerçevesinde maddi bir menfaat sağlamak üzere vekil sıfatıyla yönetilmesinden bahsedilerek, dolaylı da olsa, çerçeve sözleşmesinin bir vekalet sözleşmesi olduğuna değinilmiştir.

---

73 ***KAPLAN**, s. 256-257.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Banka, sözleşmelerde belirtilen portföy yöneticilerinin görevleri çerçevesinde yaptıkları tüm işlemlerden ve müşterilere verebilecekleri zararlardan sözleşme ve sermaye piyasası mevzuatı ile genel hükümler çerçevesinde müşteriye karşı doğrudan sorumludur. Portföy yönetim sözleşmesine aksi bir hüküm koyulamaz (Seri V No: 59 Tebliği m. 26). Bu nedenle, portföy yönetim sözleşmelerine konan sorumsuzluk klozları geçersizdir. Portföy yöneticiliği yapan bankanın sorumluluğu, vekilin sorumluluğu gibidir. Yani, portföy yöneticiliği faaliyetini icra eden banka, vazifesini özen, titizlik ve sadakatle yerine getirmekten sorumludur. Özen ve titizlik, dikkatli ve basiretli bir portföy yöneticisinin aynı koşullar altında ayrıntılara vereceği önemi, göstereceği dikkat ve gayreti ifade eder. Dolayısıyla bu edimini özen, titizlik ve sadakatle yerine getirmişse; yani, portföy yönetim sözleşmesine ve Tebliğde yer alan portföy yöneticiliği ilkelerine tamamen uyulmuşsa, artık doğacak kötü sonuçtan sorumlu tutulamaz.

İKİNCİ BÖLÜM

MEVDUAT KABUL EDEN BANKALARCA DA YAPILABİLEN FAALİYETLER

Ser. PK. nun 34. maddesinin 1. fıkrasına göre, bankaların sermaye piyasasında faaliyet gösterebilmeleri için, 30. maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen ve genel olarak aracılık faaliyetleri diye adlandırılan faaliyetlerden en az birinde bulunma amacıyla kurula başvurmalarının zorunlu olduğunu yukarıda incelemiş bulunuyoruz. Fıkranın devam cümlesinde; "...Aracı kuruluşlar (bankalar), Kurulca belirlenecek esaslar dahilinde, izin almak şartıyla, diğer sermaye piyasası faaliyetlerinde de bulunabilirler." denmektedir. Öyle ise, aracılık faaliyetleri dışında kalan diğer sermaye piyasası faaliyetleri bankalar açısından zorunlu faaliyetler olmayıp, ihtiyari faaliyetler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bankaların sermaye piyasasındaki bu ihtiyari faaliyetleri, Ser. PK.'nun 30. maddesinin (d), (e) ve (f) bentlerinde sayılan faaliyetlerdir ki bunlar:

- Menkul kıymetlerin geri alım veya satım taahhüdü ile alım satımı (repo ve ters repo),
- Yatırım danışmanlığı,
- Portföy işletmeciliği veya yöneticiliği faaliyetleridir.

§ 4. ALIM SATIMA ARACILIK FAALİYETİ

Alım satıma aracılık, ilgili mevzuata uygun olarak daha önce ihraç edilmiş sermaye piyasası araçlarının aracılık sıfatıyla ve ticari amaçla alım sa-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tımını ifade eder (Seri V No: 46 sayılı Tebliğ m. 45/1). Bu türden aracılık işlemlerine, ikinci el piyasa işlemleri denmektedir[74].

Bankalar, daha önce ihraç edilmiş sermaye piyasası araçlarının, borsa dışında alım satımına aracılık yapabilirler. Borsada ise, hisse senedi işlemleri hariç olmak üzere, daha önce ihraç edilmiş sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık yapabilirler (Seri V No: 46 sayılı Tebliğ m. 5/1/a).

I. Bankaların Alım Satıma Aracılık Faaliyetine Geçiş Şartları

Bankaların bu Tebliğ'in 5 inci maddesi uyarınca borsa dışı alım satım aracılığı faaliyetinde bulunmak üzere izin alma başvurularında, sermaye piyasası araçları ile ilgili iş ve işlemlerin yürütülmesini sağlayabilecek, bu faaliyetlere elverişli mekan, teknik donanım ile yeterli sayıda yönetici ve ihtisas personeli ile diğer personeli sağlamış bulunmaları, gerekir (Seri V No: 46 sayılı Tebliğ m 47/2).

Borsa dışındaki alım satım faaliyetleri ve Kurulun bu faaliyetlere izin verme esasları Tebliğ'in 48. maddesinde sayılmıştır. Buna göre:

"Aracı kurumlar borsa dışında hisse senedi alım satım işlemleri kapsamında Kurul'dan izin almak kaydıyla,

a)Borsada işlem görmeyen hisse senetleri için Kanun'un 40 ıncı maddesi uyarınca oluşturulacak piyasalarda,

b)İlgili mevzuat çerçevesinde Kurul'ca belirlenen esaslar dahilinde borsada işlem gören hisse senetleri üzerinde,

işlem yapabilirler.

Borsa dışında hisse senedi alım satım aracılığı faaliyetinde bulunacak aracı kurumların, bu faaliyetlerin yürütülmesine elverişli bir merkez dışı örgüt ağına ve gerçekleşen işlemlere ilişkin bilgilerin anında ilanı ile bilgisayar ortamında emir alımına imkan verecek teknik alt yapıya sahip olma şartları aranır.

Borsa dışında hisse senedi alım satım aracılığı faaliyetinde bulunmak isteyen aracı kurumlar, bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen şartların varlığını tevsik eden ve Kurul'ca istenebilecek diğer belgelerle birlikte izin almak üzere Kurul'a başvururlar.

Kurul yapacağı incelemeler sonucunda başvurunun uygun görülmesi halinde izin verir."

Bankalar gerek borsa, gerek borsa dışında alım satıma başlamadan önce müşterileri ile yazılı bir sözleşme yapmak zorundadırlar. Bu sözleşme, banka ile müşterisi arasında, alım satım aracılığından doğan ilişkiyi genel

74 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 55.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olarak düzenleyen, başlangıçta bir defalığına aktedilen ve münferit işlemlerin esasını oluşturan bir çerçeve sözleşmedir.

Bankalar, ilgili çerçeve sözleşmeyi imzaladıktan sonra müşterilerinden sermaye piyasası araçlarının alım satımına ilişkin emirleri kabul edebilirler. Borsada işlem yapmayı gerektiren emirler, ilgili mevzuatta belirlenen esaslar çerçevesinde alınır ve yerine getirilir. Aracı kurumlar borsa dışında yapılacak işlemlerde, müşteri emirlerini, çerçeve sözleşmesinde belirlenen esaslara göre kabul ederler ve özen borcu çerçevesinde yerine getirirler. Borsa dışında faaliyet gösteren aracı kurumlar, mevzuatta aksine bir hüküm olmadıkça, üzerinde işlem yaptıkları sermaye piyasası araçlarının alış ve satış fiyatlarını, işyerinde ilan etmek zorundadırlar (Seri V No: 46 sayılı Tebliğ m. 45/2).

II. Alım Satıma Aracılık Çerçeve Sözleşmesinin Muhtevası

Sermaye Piyasası Kurulu'nun 28.09.2001 tarih ve 45 sayılı toplantısında aldığı karar uyarınca portföy yöneticiliği çerçeve sözleşmesinde bulunması gereken asgari unsurlar[75] şunlardır:

- Tarafları tanıtıcı bilgiler (Müşterinin kimlik bilgileri ve adresi; Aracı kurumun unvanı ve adresi; varsa tarafları temsile yetkili kişilere, bunların temsil yetkilerine ve temsilcinin veya temsil yetkisinin sınırlarının değiştirilmesine ilişkin bilgiler),
- Sözleşmede kullanılacak kısaltmalar
- Sözleşmenin konusu (Sermaye piyasası aracı itibariyle, işlemin yapılacağı piyasalar itibariyle)
- Emirlere ilişkin hükümler (Emirlerin iletilme şekli; emirlerin geçerlik süresi; gerçekleşen emirlerin tasfiye esasları)
- İşlemin niteliğine göre sermaye piyasası aracının ve nakdin teslim esasları,
- Sözleşme taraflarının birbirlerine bilgi verme esasları,
- Müşteriye ait nakdin değerlendirilme ve getirilerinin müşteriye ödenme esasları.
- Bankaya ödenecek ücret yada komisyonun tespit ve ödeme esasları,
- Takasbank'ta saklanan sermaye piyasası araçlarından doğan yönetimsel ve mali hakların kullanılması esasları
- Teminat hükümleri
- Sözleşmenin süresi ve sona erme esasları,

75 *Detaylı bilgi için bkz.: www.spk.gov.tr.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Sözleşme şartlarının değiştirilmesi,
- Yurt dışı piyasalarda alım satım,
- Uygulanacak hükümler,
- Blokaj ve yatırımcıları koruma fonu,
- Yetkili mahkeme ve icra daireleri,
- Sorumsuzluk kayıtları (Tüm aracı kuruluşlar, BK'nun 99 uncu maddesi çerçevesinde imtiyazlı kuruluş sayıldıklarından, sözleşmelerin çeşitli maddelerinde yer alan sorumsuzluk kayıtları, gerek Seri:V, No:46 sayılı Tebliğin 13 üncü maddesi çerçevesinde, gerekse söz konusu Tebliğ hükmünün de ötesinde, genel hükümler bakımından geçersiz olacak, aracı kurumun hafif kusuru halinde dahi bu tür sorumsuzluk kayıtları batıl sayılacaktır. Dolayısıyla, bu tür sözleşme hükümlerine yer verilmemeli ve BK'nun 99 ve 100 üncü maddelerine uygun olarak sorumsuzluk hallerinin ancak aracı kuruluşa atfı mümkün olmayan hallerle sınırlandırılması gerekir),
- Yetkili imzalar ve tebligat adresleri.

Bu muhtevaya sahip alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesi müteselsil sıra numaralı ve en az iki nüsha olarak düzenlenerek bir örneğinin müşteriye verilmesi gerekir.

III. Alım Satıma Aracılık Çerçeve Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Alım satıma aracılık daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık sıfatıyla ticari amaçla alım satımını ifade eder. Aracı kuruluş olan banka daha önce ihraç edilmiş bu sermaye piyasası araçlarını müşteri namına ve hesabına, kendi namına müşteri hesabına, kendi namına ve kendi hesabına ticari amaçla alıp satabilir.

Daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının müşteri namına ve hesabına alım satımın gerçekleştirilmesi amacıyla banka ve müşteri arasında yapılan alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesi hukuki nitelik açısından bir vekâlet sözleşmesidir[76]. Zira, işlemi yapan banka müşterisini doğrudan temsil etmektedir. Dolayısıyla, sözleşmeden doğan haklar ve mükellefiyetler taraf sıfatıyla müşteriye ait olacaktır. Aslında bu tür faaliyetler TTK m. 116 vd. hükümlerinde düzenlenmiş "acentelik" faaliyetine benzemektedir. Zira, acentelik de, bir işletme nam ve hesabına üçüncü şahıslarla yapılacak sözleşmelere aracılık faaliyetidir. Bununla beraber, TTK m. 116 uyarınca acentelik faaliyetinin daimi olması ve aksi kararlaştırılmadıkça TTK m. 118 uyarınca rekabet halindeki ticari işletmeler hesabına aracılık yapılamayacağı, gibi özellikler, alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesine

---

76 ***SUMER**, Sermaye Piyasasında..., s. 62; **ÜNAL**, s. 78; **BERZEK**, s. 61.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dayanılarak yapılan aracılık faaliyetlerinin acentelik olarak nitelendirilmesine engel olmaktadır[77].

Sermaye piyasası araçlarının alım satımı banka namına fakat müşteri hesabına yapılıyor ise, aradaki çerçeve sözleşmesi nitelik açısından bir komisyon sözleşmesidir[78]. Zira, yukarıda da belirttiğimiz üzere, BK. m. 416'ya göre; alım ve satım komisyoncusu, alım ve satım işlerinde, ücret mukabilinde kendi namına fakat müvekkili hesabına kıymetli evrak ve menkul eşya alım satımını deruhte eden kimsedir. Maddenin 2. fıkrasında komisyon sözleşmelerine tamamlayıcı olarak vekâlet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Öyle ise bu türden bir aracılık faaliyetine öncelikle alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesinin hükümleri, sonra komisyon ve nihayet vekâlet hükümleri tamamlayıcı olarak uygulanabilecektir.

Banka sermaye piyasası araçlarını kendi namına ve hesabına alıp satıyor ise, satım sözleşmesinin unsurları ağır bastığından bir satım sözleşmesi mevcuttur, meğer ki BK. m. 427'de öngörülen şartlar gerçekleşmiş olsun. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu durumda komisyon sözleşmesi hükümleri de uygulanabilecektir. Zira, söz konusu hükme göre; borsada kayıtlı veya piyasada cari fiyatı bulunan kambiyo senetleri veya öteki kıymetli evrakı ve malları satmaya veya satın almaya memur edilen komisyoncu müvekkili tarafından aksine bir talimat verilmemişse satın alacağı şey yerine kendi şeylerini satabilir veya satacağı şeyi kendisi için alabilir.

§ 5. MENKUL KIYMETLERİN GERİ ALMA VEYA SATMA TAAHHÜDÜ İLE ALIM SATIMI (Repo - Ters Repo) FAALİYETİ

Menkul kıymetlerin geri alma taahhüdü ile satım veya geri satma taahhüdü ile alım işlemleri, 3794 sayılı Kanun'la değişik 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22 nci maddesinin (k) bendinin verdiği yetkiye dayanılarak Seri V No: 7 sayılı Menkul Kıymetlerin Geri Alma veya Satma Taahhüdü İle Alım Satımı Hakkında Tebliğ ile düzenlenmiştir.

Menkul kıymetlerin belirli bir vadede ve fiyattan geri alma taahhüdü ile satımına repo, geri satma taahhüdü ile alımına ise ters repo denmektedir (Seri V No: 7 sayılı Tebliğ m. 2).

İngilizce "Repurcase Agreement" ifadesinin kısaltılmış şekli olan repo, elinde menkul kıymet bulunan kişi veya kuruluşların, bu kıymetleri belli bir vade ve fiyatla geri satın almayı taahhüt ederek satmalarıdır[79]. Repo işleminde, menkul kıymetin mülkiyeti, vade sonunda kararlaştırılan bedelin ödenmesine kadar alıcıya geçer; bununla beraber, getirileri ise çerçeve söz-

---

77 *ÜNAL, s. 77.*

78 ***MANAVGAT**, s. 75; **ÜNAL**, s. 78; **BERZEK**, s. 61.*

79 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 58; **ÜNAL**, s. 73.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

leşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça yatırımcıya (alıcıya) ait olur (Seri V No: 7 sayılı Tebliğ m. 8/1).

Ters repoda ise, menkul kıymetin mülkiyeti, vade sonunda kararlaştırılan bedelin ödenmesine kadar bankaya geçer ve aksi kararlaştırılmadıkça getirileri de bankaya ait olur (Seri V No: 7 sayılı Tebliğ m. 8/2).

Repo ve ters repo işlemlerinde, söz konusu menkul kıymetin itfa tarihini aşmamak üzere, vade, taraflarca serbestçe belirlenebilir. Keza, uygulanacak faiz oranı da serbestçe belirlenebilir[80].

I. Bankaların Repo ve Ters Repo Faaliyetlerine Başlama Şartları

Bankaların repo ve ters repo işlemlerini yapabilmeleri için Ser. PK.'nun 34. maddesi uyarınca faaliyet izni almış olmaları gerekmektedir. Bu şartlara haiz bankalar ayrıca Seri V No: 7 sayılı Tebliğ"deki koşulları ve esasları yerine getirerek Kurul'a repo ve ters repo işlemleri hususunda yetki almak için başvurmaları, Kurulun da yapacağı incelemeler sonucu uygun bulup yetki belgesi vermesiyle sermaye piyasasında repo ve ters repo faaliyetlerini icra edebilirler. Kurulun yetki belgesi verebilmesi için, repo ve ters repo işlemlerinde bulunacak aracı kuruluşların; bünyelerinde repo ve ters repo işlemlerini yürütebilecek yeterli sayıda müşteri temsilcisini ve de yeterli mekan, teknik donanım ve belge-kayıt düzenini, sağlamış bulunmaları gerekir (Seri: V, No: 57 sayılı Tebliğ ile değişik Seri V No: 7 Tebliği m. 4).

Kurulun uygun bulup yetki vermesi üzerine, bankalar Tebliğin 5. maddesinde münhasır olarak belirtilen menkul kıymetler üzerinde, yazılı bir çerçeve anlaşması yapmak koşuluyla, kendi aralarında ya da gerçek veya tüzel kişiler ile, belirli bir fiyattan repo ve ters repo işlemleri yapabilirler.

II. Repo ve Ters Repo İşlemlerine Konu Olabilecek Menkul Kıymetler

Tebliğin 5. maddesinde, repo ve ters repo işlemlerine konu olabilecek menkul kıymetler münhasır olarak beş bent halinde sayılmıştır. Buna göre:

(a) Devlet tahvilleri,

(b) Hazine bonoları,

(c) Banka bonoları ve banka garantili bonolar[81],

---

80 ***YETİM, Sedat***, *Repo, Ters Repo ve Menkul Kıymet Ödünç İşlemleri, Ankara 1997, s. 87-88.*

81 *Repo işlemlerine konu olabilecek menkul kıymetlerden biri olan* ***banka bonosu****, kalkınma ve yatırım bankalarının borçlu sıfatıyla düzenleyip SPK'nca kayda alındıktan sonra ihraç ettikleri emre veya hamile yazılı kıymetli evraktır.* ***Banka garantili bono****lar ise, kalkınma ve yatırım bankalarından kredi kullanan şirketlerin bu kredilerin teminatı olarak borçlu sıfatı ile düzenleyip, alacaklı bankaya verdikleri emre yazılı senetlerden, bu krediyi kullandırmış olan bankaca, kendi garantisi altında ve SPK'nca kayda alındıktan sonra ihraç olunan ve bir para alacağını içeren kıymetli evraktır (****ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA****, s. 27;* ***TEKİL, Fahiman****, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1994, s. 39.).*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(d) (Seri: V, No: 36 sayılı Tebliğ ile değişik) Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ve Toplu Konut İdaresi'nce ihraç edilen borçlanma senetleriyle, mahalli idareler ve bunlarla ilgili idare, işletme ve kuruluşların Kanun uyarınca ihraç ettikleri borçlanma senetleri,

(e) (Seri: V, No: 21 sayılı Tebliğ ile değişik) Varlığa dayalı menkul kıymetler dahil olmak üzere menkul kıymetler borsaları veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören veya borsada tescil edilmiş olan borçlanma senetleri,

repo ve ters repo işlemlerine konu olabilir.

Repo işlemlerine konu olabilecek menkul kıymetler söz konusu bu maddede sınırlayıcı bir şekilde sayıldığından, bunların dışında kalan menkul kıymetler (bilhassa borsada yaygın şekilde işlem gören hisse senetleri) repo işlemlerinde kullanılamaz[82].

III. Repo ve Ters Repo İşlemlerine İlişkin Yapılacak Çerçeve Anlaşmasının Şekli ve Muhtevası

Tebliğin 12. maddesinin 1. fıkrasına göre, repo ve ters repo işlemlerine ilişkin sözleşmenin taraflar arasında yazılı şekilde yapılması gerekir.

12. maddenin 2. fıkrasına göre ise, sözleşmede asgari olarak aşağıda sayılan hususların yer alması zorunlu tutulmuştur:

- Tarafların adı. soyadı veya ticaret unvanı,
- Anlaşmanın taraflar arasındaki repo ve ters repo işlemlerinin genel esaslarını içerdiği, münferit işlemlerde Tebliğin 1. nolu ekinde sözü edilen dekont kapsamının yerine getirileceği, tarafların anlaşmasını müteakkip iki nüsha olarak düzenlenen bir nüshasının işlem esnasında karşı tarafa teslim edileceği, diğer nüshasının da yetkili kuruluşta saklanacağı,
- Satıcının dekontun içeriğine uygun olarak, menkul kıymeti satmayı ve vadesinde geri almayı; alıcının da menkul kıymeti almayı ve vadesinde geri satmayı karşılıklı olarak kabul ettiklerine dair taahhüt,
- Edimini ifada temerrüde düşen tarafın karşı tarafa cezai şart ödeyeceği ve cezai şartın türü ve tutarı,
- İşlem nedeniyle yapılacak nakit ödemelerinin şekli; banka kanalıyla yapılacak ödemelerde banka şubesi ve hesap numarası,
- Dekontları imzalamaya, ödemeleri yapmaya ve kabule, çerçeve anlaşması ve dekontların içinde yer alan hususları yerine getirmek üzere tarafları temsile yetkili kişilerin adı ve soyadı ile temsil yetkilerinin kapsamı,

---

82 ***YETİM***, *s. 87.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Tebligat adresleri,
- Sözleşmenin süresi,
- Repo ve ters repo işlemlerine konu olan menkul kıymetlerin T.C. Merkez Bankası'nca düzenlenecek şekilde depo edileceği,
- Repo ve ters repo işlemlerinin Borsa'da ve/veya Borsa dışında yapılacağı.

Taraflar arasında iki nüsha halinde hazırlanan ve imzalanan anlaşmanın hükümleri anlaşmada belirtilen süre içinde taraflar arasında yapılan işlemlerde uygulanacak genel esasları oluşturur ve her işlemde ilgili dekont ile birlikte uygulanır (Tebliğ m. 12/3).

IV. Repo ve Ters Repo İşlemlerine İlişkin Çerçeve Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Repo ve ters repo işlemlerine ilişkin çerçeve sözleşmesinin hukuki niteliğini belirleyebilmek için repo ve ters repo işlemlerine ilişkin sözleşmeleri ayrı ayrı incelemek gerekir.

Repo işlemlerinin yapılmasına ilişkin çerçeve sözleşmesi, nitelik itibariyle karma bir yapı arzetmektedir. Repo işleminde işlemi yapmaya yetkili banka, sattığı menkul kıymeti, satış anında kararlaştırılan ileri bir tarihte ve belli bir fiyatla geri satın almayı taahhüt etmektedir. Böylece menkul kıymetin mülkiyeti bu süre içinde alıcıya geçmekte (Seri V No: 7 sayılı Tebliğ m.9/3) ve getirileri de alıcıya ait olmaktadır. Bu itibariyle repo sözleşmesi satım sözleşmesinin unsurlarını taşıdığından, nitelik itibariyle bir satım sözleşmesidir, diyebiliriz. Ancak, repo konusu menkul kıymetler alıcıya fiziki olarak teslim edilmemekte ve bankada müşteri adına muhafazaya alındığından bir vedia sözleşmesinin unsurlarını da kapsamaktadır. Böylece diyebiliriz ki, repo sözleşmesiyle taraflar aynı zamanda bir satım sözleşmesi ve vedia sözleşmesini birlikte akdetmişlerdir. Repo sözleşmesinden dolayı taraflar arasında çıkacak ihtilaflara öncelikle repo sözleşmesi hükümleri, sonra satım sözleşmesi ile vedia sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanacaktır.

Yargıtay da 31.03.1993 tarih E: 92/19-789, K: 126 sayılı kararında repo sözleşmesinin nitelik açısından bir vedia akdi olduğu ve banka tarafından düzenlenip müşteriye verilen dekontu, vedia akdine konu malı temsil eden ve kıymetli evrak niteliğine sahip olmayan bir belge olarak nitelendirmiştir[83].

Ters repo sözleşmesi ise tamamiyle alıcının (bankanın) geri satma taahhüdünü içeren bir satım sözleşmesi niteliğindedir. Çünkü, ters repo işlemi ile menkul kıymet alımında mülkiyet bankaya geçerek getirileri de çerçeve

83 ***TEKİL**, Kıymetli..., s. 45.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

anlaşmasında aksine hüküm bulunmadıkça bankaya ait olmakta ve vade tarihinde, menkul kıymetin mülkiyeti kararlaştırılan bedelin ödenmesi ile tekrar karşı tarafa geçmektedir (Tebliğ m. 8/2). Burada inançlı temlikten de bahsedilebilir[84].

Repo ve ters repo işlemleri, nitelik itibariyle kıymetli evrak olan menkul kıymetlerin alım satımını ifade ettiğinden, çerçeve sözleşmede ve sermaye piyasası mevzuatında hüküm olmayan hallerde uygun düştüğü ölçüde TTK m. 557 vd. ile BK m. 184 vd. hükümleri de uygulanır[85]. Keza, yukarıda da belirttiğimiz üzere, repo ve ters repo işlemleri tacir sıfatına sahip kişiler arasında ve bunların ticari işletmeleri ile ilgili olarak gerçekleşiyor ise, duruma göre ticari satış ve trampaya ilişkin TTK m. 25 hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.

§ 6. TÜREV ARAÇLARIN ALIM SATIMINA ARACILIK FAALİYETİ

Türev araçların alım satımına aracılık faaliyeti, Ser. PK'nun 30 uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca, ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövize dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil her türlü türev araçların aracı sıfatıyla ve ticari amaçla alım satımını ifade eder (Seri V No:46 Tebliği m. 53/1).

Bu tanımda geçen;

Vadeli işlem sözleşmeleri: belirli bir vadede, önceden belirlenen fiyattan standart miktar ve nitelikte sermaye piyasası aracını, ticari malı, kıymetli madeni, dövizi veya endeksi alma veya satma hak ve yükümlülüğünü veren ve sözleşmenin yapılması esnasında söz konusu varlıkların taraflar arasında değişimine neden olmayan, vade sonunda da sözleşmeye konu varlıkların taraflar arasında değişimini, fiziki teslimatın zorunlu olduğu durumlar hariç, zorlamayan sözleşmelerden vadeli işlem borsalarında veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görenlerini ifade eder (Seri V No: 51 sayılı Aracı Kuruluşların Türev Araçların Alım Satımına Aracılık Faaliyetlerinde Düzenleyecekleri Belgeler ve Kayıt Düzeni Hakkında Tebliğ m. 4).

Opsiyon sözleşmeleri; belirli bir vadede veya belirli bir vadeye kadar, önceden belirlenen fiyattan standart miktar ve nitelikte sermaye piyasası aracını, ticari malı, kıymetli madeni, dövizi veya endeksi lehdara alma (alım opsiyonu) veya satma (satım opsiyonu) hakkı veren, keşidecisini bu yükümlülük altına sokan sözleşmelerden vadeli işlem borsalarında veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görenlerini ifade eder (Seri V No: 51 Tebliğ m. 4).

Türev araçların alım satımına aracılık faaliyeti kapsamına; türev araçlara ilişkin müşterilerden gelen emirlerin doğrudan veya temsilci sıfatıyla

84 *"İnançlı temlik" hususunda ayrıntılı bilgi için bkz.:* ***ÖZSUNAY, Ergün****, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.*

85 ***ÜNAL****, s. 73.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kabul edilmesi, bu emirlerin başka kişi veya kuruluşlara yönlendirilmesi, bu amaçla işyeri açılması, sözleşme akdedilmesi, sözleşme akdedilmesine aracı olunması veya yapılan işlemlerle ilgili tahsil ya da tediyede bulunulması faaliyetleri girer (Seri V No:46 Tebliğ m. 54).

I. Türev Araçların Alım Satımına Aracılık Faaliyetine Başlama Şartları

Seri V No:46 Tebliği m. 55/1 uyarınca, bankaların türev araçlarının alım satımına aracılık faaliyetinde bulunabilmeleri için;

a) Alım satım aracılığı yetki belgesine sahip olmaları,

b) Münhasıran türev araç işlemlerinin denetim ve kontrolünden sorumlu olmak üzere 4 yıllık lisans eğitimi veren kurumlardan mezun ve Kurul'ca belirlenen eğitim programlarını başarıyla tamamlamış, türev araçlar ihtisas personelinin bağlı olduğu bir birim yöneticisinin istihdam edilmiş olması,

c) Bünyelerinde 4 yıllık lisans eğitimi veren kurumlardan mezun, Kurul'un lisanslamaya ilişkin düzenlemeleri uyarınca gerekli lisans belgesine sahip ve Kurul'ca belirlenen eğitim programlarını başarıyla tamamlamış, münhasıran ve ayrı ayrı görevlendirilmek üzere yeter sayıda müşteri temsilcisi ile muhasebe ve operasyon sorumlusunun bulunması,

d) Türev araçların alım satımına aracılık faaliyetinin yürütülmesi için yeterli mekan, teknik donanım ve organizasyonun sağlanmış, hizmet birimlerinin ve iç kontrol sisteminin kurulmuş, personelin buna uygun görev tanımları ile yetki ve sorumluluklarının belirlenmiş, muhasebe kayıt, bilgi ve belge sistemi ile düzenli iş akışı ve haberleşmeyi sağlayacak organizasyon ve teknik donanımın sağlanmış, türev araçlara ilişkin risk ölçüm mekanizmasının oluşturulmuş, günlük türev araçlarla ilgili piyasa fiyatlarını dikkate alarak müşteri bazında oluşan riskleri kontrol edebilecek, gerekli teminatları hesaplayabilecek, ortaya çıkan risklere karşı müşterilerin uyarılmasını sağlayacak bilgisayar sisteminin oluşturulmuş olması, gereklidir.

Kurul, izin başvurularını değerlendirirken, bankanın uluslararası piyasadaki tecrübesi, rekabet gücü, yapmış olduğu işbirliği anlaşmaları ve benzeri kıstasları dikkate alarak, faaliyet izni verir (Seri V No:46 Tebliği m. 55/2).

A. Türev Araçların Alım Satımına Aracılık Çerçeve Sözleşmesinin Muhtevası

Sermaye Piyasası Kurulu'nun 28.09.2001 tarih ve 45 sayılı toplantısında aldığı karar uyarınca türev araçların alım satımına aracılık çerçeve sözleşmesinde bulunması gereken asgari unsurlar[86] şunlardır:

- Tarafları tanıtıcı bilgiler (Müşterinin kimlik bilgileri ve adresi; Ara-

86 *Detaylı bilgi için bkz.: www.spk.gov.tr.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

cı kurumun unvanı ve adresi; varsa tarafları temsile yetkili kişilere, bunların temsil yetkilerine ve temsilcinin veya temsil yetkisinin sınırlarının değiştirilmesine ilişkin bilgiler),

- Sözleşmede kullanılacak kısaltmalar
- Sözleşmenin konusu (Sermaye piyasası aracı itibariyle, işlemin yapılacağı piyasalar itibariyle)
- Emirlere ilişkin hükümler (Emirlerin iletilme şekli; emirlerin geçerlik süresi; gerçekleşen emirlerin tasfiye esasları)
- Teminat ve takas mekanizmasına ilişkin esaslar
- İşlemin niteliğine göre sermaye piyasası aracının ve nakdin teslim esasları,
- Sözleşme taraflarının birbirlerine bilgi verme esasları,
- Müşteriye ait nakdin değerlendirilme ve getirilerinin müşteriye ödenme esasları.
- Bankaya ödenecek ücret yada komisyonun tespit ve ödeme esasları,
- Teminat hükümleri
- Delil şartı
- Sözleşmenin süresi ve sona erme esasları,
- Sözleşme şartlarının değiştirilmesi,
- Yurt dışı piyasalarda alım satım,
- Uygulanacak hükümler,
- Yetkili mahkeme ve icra daireleri,
- Sorumsuzluk kayıtları (Tüm aracı kuruluşlar, BK'nun 99 uncu maddesi çerçevesinde imtiyazlı kuruluş sayıldıklarından, sözleşmelerin çeşitli maddelerinde yer alan sorumsuzluk kayıtları, gerek Seri:V, No:46 sayılı Tebliğin 13 üncü maddesi çerçevesinde, gerekse söz konusu Tebliğ hükmünün de ötesinde, genel hükümler bakımından geçersiz olacak, aracı kurumun hafif kusuru halinde dahi bu tür sorumsuzluk kayıtları batıl sayılacaktır. Dolayısıyla, bu tür sözleşme hükümlerine yer verilmemeli ve BK'nun 99 ve 100 üncü maddelerine uygun olarak sorumsuzluk hallerinin ancak aracı kuruluşa atfı mümkün olmayan hallerle sınırlandırılması gerekir),
- Yetkili imzalar ve tebligat adresleri.

B. Türev Araçların Alım Satımına Aracılık Çerçeve Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Türev araçların alım satımına aracılık çerçeve sözleşmesi kanunda düzenlenmemiş atipik bir sözleşmedir. Aracı kuruluşlar, çerçeve sözleşmedeki

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

esaslara uygun olarak müşteriden aldığı emir ve talimatları başka kişi ve kuruluşlara yönlendirirken müşteri nam ve hesabına hareket ettiğinden, doğrudan temsil yetkisi veren bir vekalet ilişkisi; müşteri emirlerini yerine getirirken, kendi nam ve müşteri hesabına hareket edeceğinden dolaylı temsil yetisi veren vekalet ilişkisi söz konusu olacaktır[87].

Türev araçlar nitelik itibariyle kıymetli evrak, hatta senet dahi değildir. Sermaye piyasası araçlarını satın alma veya satma taahhüdünü içeren sözleşmelerdir[88]. O halde, aracı kuruluş faaliyetini icra ederken kendi namına müşteri hesabına hareket etse bile komisyon ilişkisinden bahsedemeyiz. Zira, BK m. 416'ya göre; alım ve satım komisyoncusu, alım ve satım işlerinde, ücret mukabilinde kendi namına fakat müvekkili hesabına *kıymetli evrak ve menkul eşya* alım satımını deruhte eden kimsedir.

87 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 64, 65, 66.*

88 ***SUMER**, Türk Sermaye..., s. 64.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI'NDA KAYITLI SERMAYE SİSTEMİ

*Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR**

I. GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu (TTK) Tasarısı, 2005 Yılı Mart ayı başında Adalet Bakanlığı'nca kamuoyuna açıklanmış; görüş ve öneriler değerlendirildikten sonra son şekli verilerek 22.6.2005'te Başbakanlığa, 9.11.2005 tarihinde de TBMM. Başkanlığı'na sunulmuştur[1]. Tasarı, akademisyen, bürokrat ve uygulamacılardan oluşan geniş bir komisyon tarafından, 5 yıldan uzun süren bir çalışma dönemi sonunda hazırlanmış olup, 6 kitaptan ve toplam 1536 maddeden oluşmaktadır. Yürürlükteki kanun ile karşılaştırıldığında, Tasarının, birçok konuda değişiklik ve yenilikler öngördüğü görülmektedir. Tasarı düzenlemelerine, gerek dil ve ifadeleri yönünden, gerek içerikleri yönünden eleştiri, değerlendirme ve öneriler yöneltilmesi mümkün ve hatta kaçınılmazdır[2].

---

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 TC. Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005. Tasarının ilk metni 1514 maddeden oluşmakta iken, yapılan ekleme ve düzeltmelerden sonra madde sayısı 1536'ya yükselmiştir. Makalemizde bu son metin değerlendirilmiş; önceki metne yollama yapmak gerektiğinde de "ilk metin" nitelemesi kullanılmıştır.

2 Nitekim, tasarının Ticari İşletme ve Şirketler kısmının ayrıntılı bir eleştirisi ve karşı öneriler için bkz. **Erdoğan MOROĞLU**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2005; ayrıca, yazarın genel değerlendirmeleri için bkz. **Erdoğan MOROĞLU**: Başbakanlık'a Sunulan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Değerlendirme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, S. 61, s. 35 vd. Tasarının ilk metninin diline yönelik eleştirilerimiz için bkz. **Mehmet BAHTİYAR**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ve İfadeleri Yönünden Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, 2005, S. 31, s. 2457 vd.; Tasarının, Başbakanlığa sunulan metninin dili ile ticari işletme ve şirketlere ilişkin bazı hükümlerinin ve kıymetli evrak kitabının içeriğine yönelik bazı değerlendirmelerimiz için bkz. **Mehmet BAHTİYAR**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, S. 61, s. 47 vd. Ayrıca, Tasarı hakkındaki çeşitli değerlendirme ve görüşler için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferansı (Bildiriler-Tartışmalar), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2005; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu,Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. II, S. 1.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TTK. Tasarısının öngördüğü önemli yeniliklerden birisi de, kayıtlı sermaye sistemini düzenlemesi ve halen, Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK.), m. 3/d-f ve 12 hükümleri uyarınca yalnızca halka açık anonim ortaklıklara tanınan bu olanaktan, diğer anonim ortaklıkların da yararlanabilmesini sağlamasıdır.

Makalemizin amacı, Tasarının kayıtlı sermaye sistemine ilişkin düzenlemelerini değerlendirmektir. Aşağıda, Tasarının bu konuyla ilgili bazı hükümlerini aktaracak ve bu hükümlere ilişkin görüş ve eleştirilerimizi, SerPK. uygulaması, öğreti ve yabancı hukuk düzenlemeleri ile de karşılaştırarak ortaya koymaya çalışacağız.

II. TASARININ, KAYITLI SERMAYE SİSTEMİ İLE İLGİLİ BAZI HÜKÜMLERİ VE DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. Tasarının, anonim şirketlerde "Genel Hükümler, Kuruluş ve Temel İlkeler" bölüm başlığı altındaki "En az sermaye tutarı" kenar başlıklı 332 nci maddesi şöyledir:

MADDE 332. *– (1) Tamamı esas sözleşmede taahhüt edilmiş bulunan sermayeyi ifade eden esas sermaye elli bin Türk Lirasından ve sermayenin artırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketlerde başlangıç sermayesi yüzbin Türk Lirasından aşağı olamaz. Bu en az sermaye tutarı Bakanlar Kurulunca artırılabilir.*

(2) Bu kanun anlamında, kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde başlangıç sermayesi kuruluşta ve sisteme ilk geçildiğinde sahip olunması zorunlu olan sermayedir; çıkarılmış sermaye ise, çıkarılmış payların tümünün itibarî değerlerinin toplamını temsil eder.

(3) Halka açık olmayan anonim şirketler gerekli şartları yitirdiklerinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığından izin alarak kayıtlı sermaye sisteminden çıkabilecekleri gibi, bu sisteme alınırken aranan nitelikleri yitirdikleri takdirde, istemleri bulunmasa bile aynı Bakanlık tarafından sistemden çıkartılırlar.

(4) 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 12 nci maddesi hükmü saklıdır.

Değerlendirme ve Öneriler

- Kapalı anonim şirketlerin de kayıtlı sermaye sistemini benimsemelerine olanak tanınmış olması açısından düzenleme olumludur[3]. Bununla bir-

---

3 Nitekim öğretide bu öneri için bkz. **Erdoğan MOROĞLU**: Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, İstanbul 2003, s. 384; **Arslan KAYA**: Sermaye Artırımı, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 174-175. Tasarı'da m. 332'nin gerekçesinde de "...anılan sistemi halka açık şirketlere özgülemenin ne teorik temeli ne de ikna edici bir sebebi vardır. Ayrıca kanun, tür öğretisi bağlamında anonim şirkette tek tür tanımakta ve iki sınıf anonim ortaklık arasındaki hüküm farklarını en aza indirme ilkesini benimsemiş bulunmaktadır..." denilmektedir (bkz. Tasarı, s. 485).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

likte, kenar başlığından da anlaşıldığı üzere maddenin ilk fıkrasında, anonim şirketlerin en az sermaye tutarlarının belirtilmesi amaçlanmış iken, bu amacı aşar biçimde daha önemli bir konunun düzenlendiği; esas sermaye sistemi ile kayıtlı sermaye sistemine, aynı fıkrada ve tek cümle içerisinde birlikte değinildiği ve bu iki sistemin adeta iç içe geçtiği görülmektedir.

Oysa bu iki sistem, sermaye artırımlarına karar verecek organ, bu organın yetkileri, denetimi ve artırım usulü yönlerinden tamamen farklı esaslara dayandığına göre, kayıtlı sermaye sisteminin ayrı bir maddede düzenlenmesi doğru olurdu. Örneğin, "IV-En az sermaye tutarı" biçimindeki üst kenar başlık, "**IV-Sermaye sistemleri ve en az sermaye tutarı**" biçiminde değiştirildikten sonra, 332 nci maddenin kenar başlığı "**1. Esas sermaye sistemi**" olabilir ve sonraki maddenin kenar başlığı da "**2. Kayıtlı sermaye sistemi**" biçiminde yazılabilir; Tasarı maddesindeki ilk fıkranın, kayıtlı sermayeye ilişkin kısmı ile sonraki fıkraları, kayıtlı sermaye maddesi altında yer alabilirdi[4]. Böylece, en az sermaye tutarları belirtilirken, iki sistemin farkı ve temel özellikleri de vurgulanmış olurdu[5].

Esasen maddenin, "...Birinci fıkranın bir diğer özelliği de, SerPK'daki kayıtlı sermaye düzenlemesinin (İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi) yönetim kuruluna yetki verilen, özellikli bir sermaye artırım yöntemi şeklinde düşünülmeyip, bir sermaye sistemi (rejimi) olarak kabul edilmesidir. Böylece Türk anonim şirketler hukuku, esas ve kayıtlı sermaye sistemi diye iki tür (sistem) sermaye tanımaktadır. Aynı sistem, kapalı anonim şirketler için de benimsenmiştir. Buna karşılık şarta bağlı sermaye bir tür değil, özellikli bir artırım yöntemi, başka bir deyişle biçimidir..." biçiminde ifade edilen gerekçesi de[6], iki sistemin ayrı ayrı düzenlenmesi ve farkın vurgulanması ile kenar başlıkların değiştirilmesi konusundaki önerilerimizi desteklemektedir. Fakat Tasarı maddesinin bu hali, kendi gerekçesi ile tam bir uyum sağlayamamış gözükmektedir.

Bilindiği üzere kayıtlı sermaye sistemi, kayıtlı sermaye, çıkarılmış sermaye ve başlangıç sermayesi olmak üzere üç tür sermaye temeli üzerine oturmaktadır. Halka açık anonim şirketler açısından SerPK. 3/d-f hükümle-

---

4 Karş. **MOROĞLU,** TTK. Tasarısı, s. 88'de, maddenin 3 ve 4'nci fıkralarının, kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımını düzenleyen 460'ncı maddede yer alması önerilmiştir.

5 Nitekim **Sabih ARKAN**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferansı, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2005, s. 51'de, 332 nci maddede kayıtlı sermayenin tanımlanmasının uygun olacağı, böylece sistemin tüm özelliği ile açıklanmış olacağı ifade edilmiştir.

6 Bkz. Tasarı'da, m. 332'nin gerekçesi, s. 485-486. Ne var ki, maddenin birinci fıkrasının gerekçesinin devamında yer alan, "...Kayıtlı sermayenin, esas sözleşmede yapılacak bir düzenleme ile "sistem" olmaktan çıkarılıp bir artırım yöntemine dönüştürülüp dönüştürülemeyeceğine Tasarının izin verip vermediği tartışılması gerekli bir sorundur" ifadesi, kanımızca hem gerekçe yazma tekniğine uygunluk taşımamakta, hem, peşinen teorik tartışmaya davet ile belirsizlik yaratmaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ri bu üç tür sermayeyi tanımlamıştır. Tasarıda kayıtlı sermaye sisteminin ayrı bir maddede düzenlenmesi, bu kavramların birlikte tanımlanması açısından da yararlı olur ve sisteme örnek oluşturan SerPK. hükümleri ile düzenleme paralelliği sağlardı.

Tasarı'nın 332 nci madde gerekçesinde "...Esas sermaye ve kayıtlı sermaye kavramları kısaca açıklanmıştır. Ancak bu açıklama bir tanım niteliği taşımadığından, SerPK'nın 3 ncü maddesinin (d) bendinin korunması uygun görülmüştür" denilmekte ve m. 460'da, bir tanım biçiminde olmasa bile, kayıtlı sermaye sisteminin özünün ortaya konulduğu görülmektedir. Gerekçede de belirtildiği üzere, m. 332'nin 2 nci fıkrası, başlangıç sermayesi ve çıkarılmış sermaye kavramlarını tanımlamaktadır. Oysa, ayrı bir sermaye sisteminin anlaşılmasını sağlayan bu üç sermaye kavramının birlikte ve "Kayıtlı sermaye sistemi" kenar başlıklı olmasını önerdiğimiz maddede tanımlanması mümkün ve yararlı olur idi.

Hatta, SerPK. 3/e'deki gibi, başlangıç sermayesinin, sisteme geçilmesi için sahip olması zorunlu bulunan "**asgari çıkarılmış sermaye**" olduğunun ve ayrıca, SerPK. 12, f. 2'deki gibi, kayıtlı sermaye sistemine sonradan geçen bir anonim şirkette esas sermayenin çıkarılmış sermayeye dönüşeceğinin vurgulanması da, sermaye türleri arasındaki bağlantının görülmesi açısından yarar sağlardı.

- Maddenin ikinci fıkrasındaki başlangıç sermayesi ve çıkarılmış sermaye kavramları SerPK. 3'ten alındığına ve esasen bu kavramların başka biçimde tanımı yapılamayacağına göre, fıkranın "Bu kanun anlamında..." diye başlaması da gereksizdir[7].

- Tasarının, Bakanlıkça yayınlanan ilk metninde, "yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemi..." ifadesi yer almıştı. Başbakanlığa teslim edilen son (yukarıda aktardığımız) metinde bu ifadenin başına, "sermayenin artırılmasında" sözcükleri eklenmiş olmasına rağmen, bu ekleme de yeterli değildir. Kayıtlı sermaye sisteminin niteliğinin ve yararının daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak ve sistemin anasözleşmesel[8] bir temeli gerektirdiğini vurgulamak için[9], "yönetim kuruluna anasözleşme ile tanınacak sermaye artırımına karar verme yetkisinin" denilmesi daha doğru olurdu.

---

7 Nitekim eleştiri için bkz. **MOROĞLU,** TTK. Tasarısı, s. 88.

8 Tasarıda anasözleşme yerine, mevcut kanundaki "Esas Mukavele"nin yarısı Türkçe'leştirilerek, "Esas Sözleşme" kavramı kullanılmıştır. Bu kavramın eleştirisi için bkz. yukarıda, dn. 2'de yollama yaptığımız, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, S. 61'deki makalemiz, s. 50.

9 Tasarı, m. 332'de değil, fakat m. 460'da "Halka açık olmayan bir anonim şirkette ilk veya değiştirilmiş esas sözleşme ile, esas sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna tanındığı takdirde..." biçimindeki ifadesiyle, sistemin anasözleşmesel bir temele muhtaç olduğunu zaten vurgulamıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Kayıtlı sermayeli şirketlerde asıl önemli olan, başlangıç sermayesi değil, yönetim kurulunca yapılacak sermaye artırımlarının üst sınırını oluşturan kayıtlı sermaye rakamı olduğuna göre, başlangıç sermayesinin, esas sermaye sistemindeki asgari rakamdan yüksek tutulmasının bir yararı yoktur[10]. Bu nedenle, başlangıç sermayesinin de elli bin TL. olması yeterli idi.

- Ayrıca üçüncü fıkrada kayıtlı sermaye sisteminden çıkmak için de Bakanlıktan izin alınması gereğinin öngörülmesi, bu sistemin isteğe bağlı (ihtiyari) niteliği[11] ile bağdaşmamaktadır. Liberalleşme eğilimlerinin giderek daha da güçlendiği ve formalitelerin azaltıldığı bir dünyada bu tür kısıtlamalar hem amaca elverişsiz, hem yararsız olup, ortaklık organlarının yetkilerine ve özellikle genel kurulun iradesine müdahale niteliğindedir.

- Kaldı ki, Tasarının 333 üncü maddesi uyarınca, işletme konusuna göre bazı istisnalar dışında anonim şirketler, kuruluş ve anasözleşme değişikliği iznine bağlı değildir. Tasarıda, kuruluş sırasında veya sonradan kayıtlı sermaye sistemine geçecek bütün anonim şirketler için Bakanlıktan izin alınması gerektiği öngörülmemiş iken, sistemden çıkmanın, istisnasız tüm anonim şirketler için izne bağlanması, Tasarının kendisi içerisinde çelişki oluşturmaktadır. Çünkü bu durumda, halka açık olmayan, işletme konusuna göre izne tabi olmaksızın kurulabilen ve anasözleşmesini değiştirebilen bir anonim ortaklık da, sistemden çıkarken mutlaka Bakanlıktan izin almak zorunda bırakılmaktadır.

- Maddenin üçüncü fıkrası, "sisteme alınırken aranan nitelikleri yitirdikleri takdirde..." ortaklıkların, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca sistemden çıkarılabileceğini düzenlemektedir. SerPK. 12, f. Son hükmünden esinlendiği anlaşılan bu düzenlemenin, Tasarı açısından anlamlı olmadığı kanısındayız. Çünkü Tasarı, ortaklıkların kayıtlı sermaye sistemine geçmesi için birtakım nitelikler öngörmemiş, anonim ortaklık olmayı ve başlangıç sermayesinin sağlanmasını yeterli görmüştür. Oysa SerPK. 12, f. 1, sisteme geçecek ortaklıklar için "Hisse senetlerini halka arz etmek üzere kurulma" veya "kurulmuş olup da sermaye artırmak suretiyle hisse senetlerini halka arz edecek olma" şartını öngörmüş; halka açık niteliğini yitiren ortaklıkların da sistemden çıkarılabilmesi, SerPK. 12, f. Son ve ilgili SPK. Tebliği'nde[12] düzenlenmiştir[13]. Yani SerPK. kendi içerisinde tutarlı iken, Tasarı düzenlemesi belirsizlikleri ve şüpheleri davet etmektedir.

---

10 Bu haklı eleştiri için bkz. **MOROĞLU,** TTK. Tasarısı, s. 87.

11 Bu sistemin kural olarak ihtiyari niteliği konusunda bkz. **Zühtü AYTAÇ**: Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988, s. 155; **Mehmet BAHTİYAR**: Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul 1996, s. 89. Buna karşılık, sisteme girişleri zorunlu tutulan yatırım ortaklıkları, kurala istisna oluşturmaktadır (bkz. SerPK. 36/a).

12 Bkz. Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Tebliği, (Seri: IV, No: 7, RG. 14.7.1992, S. 21284 Mükerrer), m. 7.

13 Sisteme geçiş şartları ile çıkarılma konusunda geniş bilgi için bkz. **BAHTİYAR,** Kayıtlı Sermaye, s. 66 vd., 90 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Nihayet, madde gerekçesi, 4. fıkrada, SerPK. 12 hükmünün saklı tutulmasına ilişkin olarak, "SerPK'nın 12 nci maddesi kayıtlı sermayeyi, halka açık anonim şirketler bakımından düzenleyen ayrıntılı kurallar içerdiğinden, bu hükme gönderme yapılması gereği duyulmuştur. SerPK'nın 12 nci maddesinin 2 ila altıncı fıkralarına benzer hükümlerin halka açık olmayan anonim şirketler için öngörülmesine gerek duyulmamıştır. Çünkü, (a) halka açık olmayan anonim şirketlerde yönetim kuruluna esas sözleşme ile böyle bir yetki vermenin menfaatler dengesine uygun düşmeyeceği, hatta tehlikeli olacağı düşünülmüştür..." demekte ise, kanımızca bu saklı tutmanın bir yararı bulunmamaktadır. Çünkü halka açık şirketlerin, TTK'ya göre özel kanun niteliği taşıyan SerPK'ya tabi olduğu açıktır (SerPK. 2, f. 2). Zaten Tasarı'nın 460 ıncı maddesinin 7 nci fıkrasında, halka açık şirketlere ilişkin SerPK. Hükümleri saklı tutulduğuna göre, yukarıdaki 4 üncü fıkranın yararı, tamamen belirsizdir. Kaldı ki, ilk fıkrada, halka açık olmayan anonim şirketlerde kayıtlı sermayeden söz edildiğine, yani halka açık şirketler kapsam dışı tutulduğuna göre de son fıkra, maddenin kapsamı içerisinde de anlamsız ve gereksizdir.

Diğer yandan gerekçenin, SerPK. 12 uyarınca halka açık şirketlerde yönetim kuruluna tanınabilecek yetkilerin kapalı şirketlerde de tanınmasını sakıncalı gören ifade tarzı, belirsizlik ve çelişki de yaratmaktadır. Çünkü, SerPK. 12'de belirtilen ve yönetim kuruluna bırakılabilecek yetkilerden, sermaye artırımına karar verme yetkisi, Tasarı'nın 456 ncı maddesinin 2 nci fıkrası ve 460 ıncı maddesinin 1 inci fıkrası ile; imtiyazlı veya itibari değerinin üzerinde pay çıkarılabilmesi ve pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının sınırlandırılabilmesi, Tasarı'nın 460 ıncı maddesinin 2 nci fıkrası hükümleri uyarınca, kapalı şirketlerde de anasözleşme ile yönetim kuruluna tanınabilmektedir. Ayrıca, Tasarı'nın 480 inci maddesinin 2 nci fıkrası da "Kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim şirketlerde esas sözleşme ile yönetim kuruluna primli pay çıkarma yetkisi tanınabilir" hükmünü içermektedir. Şu halde SerPK. 12'deki yetkilerden, yalnızca "imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını kısıtlayıcı nitelikte karar alma"nın, anasözleşme ile kapalı şirketlerde tanınamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Amaç, yalnızca anılan yetkinin tanınmasını önlemek idiyse, bu, açık ve özel bir hükümle sağlanabilirdi. Tasarı'daki saklı tutmanın, bu nedenlerle başarısız ve gerekçe ile de uyumsuz olduğu belirtilebilir.

Esasen, kayıtlı sermaye sistemini TTK. (Tasarısı) ve SerPK'da ayrı ayrı düzenlemek yerine, bu sistemin özel hukuka ilişkin temel özelliklerini (artırım yetkisi, usulü, yönetim kuruluna tanınabilecek yetkiler gibi) TTK'da; bu sistemde, halka açık şirketler konusunda SPK tarafından ifa edilecek kamusal nitelikteki denetim ve düzenleme yetkilerini ise SerPK'da düzenlemek yerinde olurdu. Böylece, iki kanun arasında uyum da sağlanabilirdi[14].

---

[14] Nitekim, Tasarının diğer kanunlar ve SerPK ile uyumsuzluğu konusundaki yerinde saptama için bkz. **MOROĞLU**, TTK. Tasarısı, s. 14-15.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

B. Tasarının ikinci kitabının, anonim şirketleri düzenleyen dördüncü kısmının, "Esas Sözleşmenin Değiştirilmesi" başlıklı beşinci bölümündeki 456, 459 ve 460 ıncı maddeleri ile bunlara ilişkin değerlendirme ve önerilerimiz şöyledir:

İKİNCİ AYIRIM
Özel Değişiklikler

A) Sermayenin artırılması

I- ORTAK HÜKÜMLER

1. Genel olarak

MADDE 456. *– (1) İç kaynaklardan yapılan artırım hariç, payların nakdî bedelleri tamamen ödenmediği sürece sermaye arttırılamaz. Sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarların ifa edilmemiş olması sermaye artırımını engellemez.*

(2) Artırıma, esas sermaye sisteminde 453 üncü maddeye göre genel kurul; kayıtlı sermaye sisteminde, 460 ıncı madde gereğince yönetim kurulu karar verir. Esas sözleşmenin ilgili hükümlerinin, gerekli olduğu hallerde izni alınmış bulunan değişik şekli, genel kurulda değiştirilerek kabul edilmişse, bunun Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca onaylanması şarttır.

(3) Artırım genel kurul kararı tarihinden itibaren üç ay içinde tescil edilemediği takdirde, genel kurul veya yönetim kurulu kararı ve alınmışsa izin geçersiz hale gelir ve 345 inci maddenin ikinci fıkrası uygulanır.

(4) 353 ve 354 üncü maddeler ile 355 inci maddenin birinci fıkrası tüm sermaye artırımı türlerine kıyas yoluyla uygulanır.

(5) Sermayenin artırılması kararının tesciline, aşağıdaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, 455 inci madde uygulanır.

Değerlendirme ve Öneriler

- Maddenin ilk fıkrasındaki, *Sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarlar*" ifadesi, yoruma açık ve her somut olayda özel bir inceleme gerektirdiğinden, belirsizlik ve uygulama sıkıntıları yaratacak niteliktedir[15]. Oysa TTK ile ilgili tasarı ve taslakların tartışıldığı Bolu toplantısında, taahhüt edilen sermayenin küçük bazı kısımlarının ifa edilmemiş olmasının sermaye artırımlarına engel olmaması gerektiğinden hareketle öneriler getirilmiş, bu küçük kı-

15 Tasarının Bakanlıkça yayınlanan ilk metninde "nispeten ihmal edilebilir tutarlar" denilmişti. Bu ifadenin eleştirisi için bkz. **BAHTİYAR,** Tasarının Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, S. 61, s. 57.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sımları ifade etmek üzere de, KARAYALÇIN % 10, TEKİNALP % 2 ve ERİŞ % 5 gibi farklı oranlar dile getirmişti[16]. MOROĞLU ve onu takiben KAYA, % 95 gibi bir oranda sermaye taahhütlerinin ifa edilmiş olması halinde, şirketin sermaye artırımına gidebilmesi gerektiğini savunmuşlardır[17].

- Maddenin üçüncü fıkrasında, "artırım genel kurul kararı tarihinden itibaren üç ay içerisinde tescil edilemediği takdirde, genel kurul veya yönetim kurulu kararı ve alınmışsa izin geçersiz hale gelir ve 345 inci maddenin ikinci fıkrası uygulanır" denilmiş ise de, ikinci fıkra uyarınca kayıtlı sermaye sisteminde artırıma yönetim kurulu karar vereceğine göre, üç aylık sürenin başlangıcı açısından hükmün ifadesi eksiktir. Bu eksikliğin giderilmesi için, hükmün "artırım, artırım kararı tarihinden itibaren..." biçiminde başlatılmalıydı[18].

- Sermaye artırımlarının "Ortak hükümler"i arasındaki bu maddenin dördüncü ve beşinci fıkraları, kıyas yoluyla veya doğrudan uygulanacak bazı hükümlere gönderme yapmaktadır.

Sermaye artırımları, Tasarı'nın "Esas Sözleşmenin Değiştirilmesi" başlıklı bölümü içerisinde ve "Özel Değişiklikler" başlıklı ayrımda düzenlenmiş olmakla birlikte, MOROĞLU tarafından haklı olarak vurgulandığı üzere, Tasarı, esas sermaye artırımları konusunda kuruluş hükümlerine yollama yapan TTK. 392'nin hatalı ve çeşitli sorunlara yolaçan tutumunu kısmen benimsemiş ve esas sermaye artırımının özel bir anasözleşme değişikliği[19] niteliği taşıdığını gözardı etmiştir. Esas sermaye sistemindeki artırımların niteliği konusundaki bu tavıra bağlı olarak, bütün olarak artırım işleminin ve münferiden artırım kararının geçersizliğinin dava edilmesi mümkün iken, Tasarı'da bütün olarak geçersizlik açısından 353 üncü maddeye yapılan atıf doğru kabul edilse bile, bunun yanında ve hemen hemen aynı sonuca yolaçacak biçimde 447 inci maddeye göre artırımın butlanını öne sürme olanağı, TTK. 391 ve 299 hükümleri uygulamasında olduğu gibi, hatalı ve çelişkili uygulamalar yaratacaktır. Bunu önlemek için, artırımın ve artırım kararının butlanı özel olarak düzenlenmeli ve hak düşürücü bir (üç ay gibi) süreye bağlanmalıdır. Ayrıca, dördüncü fıkrada yollama yapılan hükümlerden 354 üncü maddedeki 30 günlük tescil süresi, 456 ıncı maddenin üçüncü fıkrası ile uyumlu olmadığı gibi, 355 inci maddenin birinci fıkrasına yapılan yollama da, bu fıkranın, "Şirket, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır" diyen hükmü nedeniyle anlamsızdır[20].

---

16 Bkz. Ticaret Kanunu İle İlgili Taslaklar-Tartışmalar, Bolu Toplantısı (30 Nisan -1 Mayıs 1988), Ankara 1988, s. 167.

17 **MOROĞLU,** Esas Sermaye Artırımı, s. 50; **KAYA,** s. 164.

18 Nitekim, Bakanlıkça yayınlanan ilk metinde bu ifade yer almıştı.

19 Sermaye artırımının niteliği konusundaki görüş ve eleştiriler için bkz. **MOROĞLU,** Esas Sermaye Artırımı, s. 15 vd.

20 Ayrıntılı bilgi ve gerekçeler için bkz. **MOROĞLU,** TTK. Tasarısı, s. 150-151.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kanımızca, kayıtlı sermaye sistemindeki artırımlar açısından da benzer endişeler söz konusu edilebilir. Çünkü Tasarı aynen kanunlaştığı takdirde, yönetim kurulu kararlarının butlanının tespitini bir süreye bağlı olmaksızın talep etme hakkını düzenleyen 391 inci maddeye ek olarak, üç aylık sürede tescil ettirilmemesi halinde artırım kararının geçersiz olacağını öngören 456 ncı maddenin üçüncü fıkrası ile 456 ncı maddenin atfıyla kıyasen uygulanacağı belirtilen ve fesih davasını düzenleyen 353 üncü madde ve ayrıca, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararlarına karşı ilandan itibaren bir aylık sürede iptal davasını düzenleyen 460 ıncı madde, yanyana yürürlükte olacaklardır. Ne zaman hangi hükmün uygulanacağını ve bu maddelerin uygulanma alanlarını saptamak, teorik ve pratik açıdan birçok sorun ve tartışmayı da beraberinde getirecek; hatalı ve çelişkili uygulamalara yol açacaktır.

Halka açık ve kayıtlı sermayeli şirketlerde, pay senetlerinin satış sırasında alıcılara teslimini öngören ve sermaye artırımlarının tesciline açıklayıcı bir işlev yükleyen SerPK. 7/IV hükmü öğretide haklı olarak ve yoğun şekilde eleştirilmektedir[21]. Bu açıdan Tasarıda, kayıtlı sermayeli şirketlerde yapılacak sermaye artırımlarının tescil ile kesinleşeceği esasının benimsenmiş olmasını yerinde buluyoruz. Ne var ki, bu sonuca ulaşmak için birkaç maddeye hüküm veya yollama hükmü konulması, karışıklık yaratmasa da, gerekli görünmediği halde hüküm sayısını artırmaktadır. Gerçekten, 460 ıncı maddenin altıncı fıkrası, sermaye artırımının gerçekleştirilmesinden sonra çıkarılmış sermayeyi gösteren anasözleşme maddesinin yeni şeklinin tescilini öngörmüş olup, artırımın tescil ile kesinleşeceğine dair bir cümlenin buraya eklenmesi mümkün ve yeterli iken, 456 ıncı maddenin beşinci fıkrasında, "Artırımın tesciline, aşağıdaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, 455 inci madde uygulanır" denmesi, ayrıca, 456 ıncı maddenin dördüncü fıkrasında da 355 inci maddenin birinci fıkrasına atıf yapılması, amaca ulaşmak yönünden gerekli değildir.

II- SERMAYE TAAHHÜDÜ YOLUYLA ARTIRIM

1. Esas sermaye sisteminde

MADDE 459. – (1) *Artırılan sermayeyi temsil eden payların tamamı ya değişik esas sözleşmede veya iştirak taahhütnamelerinde taahhüt edilir.*

(2) *İştirak taahhüdü, yeni pay almaya ilişkin 461 inci madde çerçevesinde, kayıtsız şartsız ve yazılı olarak yapılır. İştirak taahhütnamesi, taahhütnamenin verilmesine sebep olan sermaye artırımı belirtilerek; taahhüt edilen payların sayılarını, itibarî değerlerini, cinslerini, gruplarını, peşin ödenen*

---

21 Bkz. **Hayri DOMANİÇ**: Hisse Senetlerinin Çıkarılma Zamanı ve Mecburiyeti, Yaklaşım 1994, S. 20, s. 5 vd.; **BAHTİYAR,** Kayıtlı Sermaye, s. 117 vd.; **Mehmet HELVACI**: Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırımı Usulü ve Bu Sisteme Tabi Ortaklıklarda Hisse Senetlerinin Çıkarılma Zamanı, BATİDER., C. XVIII, S. 1-2, s. 162 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tutarı, taahhütle bağlı olunulan süreyi ve varsa çıkarma primi ile taahhüt sahibinin imzasını içerir.

(3) Bu tür sermaye artırımında nakdî sermaye taahhüdüne Kanunun 341 inci; aynî sermaye konulmasına 342 ve 343 üncü; bedellerin ödenmesine 344 ve 345 inci, halka arz edilecek paylara 346 ncı; ihraç edilecek paylara 347 nci madde kıyas yoluyla uygulanır.

Değerlendirme ve Öneri

- Maddenin üst kenar başlığının, m. 462'deki "İç kaynaklardan artırım" terimi ile paralel olması açısından "**II. Dış kaynaklardan artırım**" olması gerekirdi[22].

- Üçüncü fıkrada atıf yapılan 342 nci maddenin gerekçesinde, vadesi gelmemiş alacakların sermaye konulmasının niçin engellendiği sorusunun doyurucu bir yanıtı verilmemiştir. Vadesi gelmiş alacak para ise, zaten tahsil edilip, nakit sermaye olarak konulabileceğine göre bu sınırlama anlamsızdır. Ayrıca bu sınırlama, Tasarı'daki m. 343, f. 2, 482, 483, 127 ve 130 hükümleri ile de bağdaşmamaktadır.

- Aynı şekilde, üzerinde sınırlı bir ayni hak bulunan malvarlığı unsurlarının sermaye olarak konulmasının engellenmesi de yerinde değildir. Bu açıdan, sınırlı ayni hakkın türü ve özelliğini dikkate alan bir düzenlemeye ihtiyaç vardır[23].

2. Kayıtlı sermaye sisteminde

MADDE 460. – (1) *Halka açık olmayan bir anonim şirkette, ilk veya değiştirilmiş esas sözleşme ile, esas sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye tavanına kadar, sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna tanıdığı takdirde, bu kurul, sermaye artırımını, bu kanundaki hükümlere göre ve esas sözleşmede öngörülen yetki sınırları içinde gerçekleştirebilir.*

(2) Sermayenin artırılabilmesi için, yönetim kurulu, esas sözleşmenin sermayeye ilişkin hükümlerinin; 333 üncü madde, uyarınca gerekli olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığından izni alınmış şekillerini, sermayenin artırılmasına ilişkin kararını, imtiyazlı paylara ve rüçhan hakkı sınırlamalarını, prime ilişkin kayıtları ve bunun uygulanması için kuralları, esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde ilân eder. Yönetim kurulu, bu kararında; artırılan sermayenin tutarını, çıkarılacak yeni payların itibarî değerlerini, sayılarını, cinslerini, primli ve imtiyazlı olup olmadıklarını, yeni pay alma hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını, kullanılma şartları ile süresini belirtir ve bu hususlarla kamuyu aydınlatma ilkesi yönünden gerekli olan diğer konularda bilgi verir.

---

22 Bu haklı öneri için bkz. **MOROĞLU,** TTK. Tasarısı, s. 152.

23 Bu yerinde eleştiri için bkz. **ARKAN,** s. 52.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(3) Çıkarılacak yeni payların taahhüdü, ödenmesi gereken en az nakdî tutar, aynî sermaye konulması ve diğer konular hakkında 459 uncu madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

(4) Yönetim kurulunun, imtiyazlı veya itibarî değerinin üzerinde pay çıkarabilmesi ve paysahiplerinin yeni pay alma haklarını sınırlandırabilmesi için esas sözleşmeyle yetkilendirilmiş olması şarttır.

(5) Yönetim kurulu kararları aleyhine, paysahipleri ve yönetim kurulu üyeleri, 445 inci maddede öngörülen sebeplerin varlığı halinde kararın ilânı tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açabilirler. Bu davaya 448 ilâ 451 inci maddeler kıyas yoluyla uygulanır.

(6) Sermaye artırımının yukarıdaki hükümlere uygun olarak gerçekleştirilmesinden sonra, çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşmenin sermaye maddesinin yeni şekli, yönetim kurulunca tescil ettirilir.

(7) Sermaye Piyasası Kanununun halka açık anonim şirketlere ilişkin hükümleri saklıdır.

Değerlendirme ve Öneriler

- Maddenin ilk fıkrasındaki "*...sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna tanıdığı takdirde...*" ifadesinde, "tanıdığı" yerine "tanındığı" olması gerekmektedir.

- Maddenin üçüncü fıkrasının yollama yaptığı 459 uncu maddenin üçüncü fıkrası, bedellerin ödenmesi konusunda, 345 inci maddeye gönderme yapmaktadır. 345 inci maddenin ilk fıkrasında da, nakdi ödemelerin, "18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununa bağlı bir bankada veya özel finans kurumunda" açılan bir hesaba yatırılacağı düzenlenmiştir. Bilindiği üzere 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 19.10.2005 tarihinde kabul edilerek, istisnai hükümleri dışında, 1.11.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir[24]. Şu halde anılan fıkranın da düzeltilmesi gerekmektedir. Bu vesile ile, Tasarı'da diğer kanunlara gönderme yapılırken, kanun tarihi ve numarasının belirtilmesine gerek olmadığı, hatta bunun, örnekteki gibi, sakınca veya tereddütler de yaratabileceğini vurgulamalıyız.

- SerPK. 3 ve 12 hükümleri uyarınca, kayıtlı sermaye sistemine sonradan geçiş ve sistemden çıkma anasözleşme değişikliği gerektirdiği halde, bu sistem içerisinde yapılacak sermaye artırımları, bir anasözleşme değişikliğine ihtiyaç göstermemektedir. Oysa, yapılacak artırımlarda sermaye miktarı yanında pay sayısı ve belki başka bazı hususlarda değişiklik olacağı için, aslında, anasözleşmeyi değiştirebilmesi için sınırlı da olsa, yönetim kuruluna yetki veren bir hükmün SerPK'ya eklenmesi gerektiğini savunmuş ve İsviçre Hukukundaki (OR. 651a) hükümden yararlanılabileceğini belirt-

24 RG. 1.11.2005, S. 25983 (Mükerrer).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

miştik[25]. Tasarı'da, bu maddenin de içerisinde yer aldığı ikinci ayrımın başlığı "Özel Değişiklikler" olup, öncelikle sistematik açısından, sistem içindeki artırımların da bildiğimiz (TTK. 385 vd.) anlamda birer anasözleşme değişikliği gerektirdiği yanılgısı yaratmaktadır. Kayıtlı sermaye sistemine sonradan geçişin bir anasözleşme değişikliği gerektirmesi düşünülerek, anılan başlığın yanıltıcı olmadığı savunulabilir ise de, maddenin gerekçesinde de açıkça, yönetim kurulunun anasözleşmeyi değiştirmesinden[26]; hatta, maddenin ikinci fıkrasında, bu sistemden beklenen yararı oldukça azaltacak biçimde, Tasarının 333 üncü maddesine yollama da yapılarak, "gerekli olması halinde" Bakanlık izninden söz edilmektedir.

Bu sonuç, Tasarı'nın temel ilkelerine, normatif sisteme geçiş, liberalleşme ve formaliteleri azaltma gibi genel amaçlara ters düşmesi yanında, kayıtlı sermaye sisteminden beklenen en önemli pratik yararı (sermaye artırımlarının, klasik anasözleşme değişikliği prosedürüne ve genel kurul kararına gerek olmaksızın kolayca gerçekleştirilebilmesini sağlama amacını) da ortadan kaldırmaktadır.

Kanımızca, Tasarı'nın 460 ıncı maddesinin altıncı fıkrasına ilişkin olarak, TTK. 385 vd. anlamında gerçek bir anasözleşme değişikliğinden değil, olsa olsa, şirketin çıkarılmış sermayesi anasözleşmede gösterildiği için, yönetim kurulunun aldığı artırım kararlarının uygulanması sonucunda ulaşılacak yeni rakamlar uyarınca anasözleşmenin sermaye ve paylara ilişkin hükmünün uyarlanmasından söz etmek daha doğru olur. Tasarı'nın 460 ıncı maddesine, anasözleşmede yapılacak "Özel Değişiklikler" başlıklı ayrımda yer verilmiş olması da bu çerçevede anlaşılmalıdır. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu, kayıtlı sermaye sistemi içerisindeki artırımlar sonucu, yönetim kurulu tarafından yapılacak buna benzer bir değişikliği öngörmektedir (OR. Art. 651a, 647)[27].

Tasarı'nın 460 ıncı maddesinin altıncı fıkrası, anasözleşmede tanınan artırma yetkisini kullanması ve kararın uygulanması sonucu, yönetim kurulunun, yeni sermaye rakamını derhal anasözleşmeye de yansıtmasını sağlamayı amaçlayan bir yükümlülük ve bu değişikliğin tescil edilerek kesinleşmesi (tescilin kurucu işlevi)[28] için bir zorunluluk olarak düşünülmelidir.

---

25 **BAHTİYAR,** Kayıtlı Sermaye Sistemi, s. 42, 81, dn. 131.

26 Tasarı'da, m. 460, f. 2'nin gerekçesinde, "Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye yönetim kurulu kararıyla artırılacaktır. Bunun için yönetim kurulu önce, sermaye artırımının gerektirdiği şekilde, esas sözleşmenin ilgili maddesinin değişik (yeni) şeklini hazırlar. Tasarının 333 üncü maddesi uyarınca Bakanlığın iznini gerektiriyorsa bu izni alır. Anılan maddeye göre izne gerek yoksa yönetim kurulu değişik metni kararıyla kesinleştirir..." denilmektedir (bkz. Tasarı, s. 553).

27 Bkz. **FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL**: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, s. 756, N. 270 vd.; **Rolf BAER**: Revidiertes Aktienrecht 1991, Bern 1992, s. 118; **BAHTİYAR,** Kayıtlı Sermaye Sistemi, s. 42, 81, dn. 131.

28 Bkz. Yukarıda dn. 21 ve ilgili metin.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Hükmün konuluş amacı yanında, altıncı fıkranın ifadesi de lafzen bu düşünceyi desteklemekte ise de, 460 ıncı madde gerekçesinde, altıncı fıkraya ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır[29].

Öte yandan, Tasarının 332 nci maddesinde, kayıtlı sermaye sistemine geçebilmeleri için tüm anonim ortaklıkların Bakanlık iznine bağlı olduğunun düzenlenmemiş; kuruluşta ve anasözleşme değişikliklerinde, m. 333 uyarınca izne tabi ortaklıklarda izin alınmasının öngörülmüş olması da, sistem içerisinde yapılacak artırımlarda izinden söz edilmesi ile açık çelişki oluşturmaktadır. Bakanlık izni, yönetim kurulu kararı ile, gerektiğinde ve kolayca sermaye artırımına olanak veren kayıtlı sermaye sistemi ile bağdaşmamaktadır.

Önerimiz, ikinci fıkrada yeralan ve Bakanlık izninden söz eden hükmün kaldırılması, "...hükümlerinin, 333 üncü madde uyarınca gerekli olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığından izni alınmış şekillerini" ifadesi yerine yalnızca, "hükümlerini" yazılmasıdır.

III. SONUÇ

Bu kısa çalışmada, Tasarı'nın kayıtlı sermaye sistemine ilişkin düzenlemeleri genel hatlarıyla değerlendirilmiş, eleştiri ve önerilerde bulunulmuştur. Metin içerisinde yaptığımız saptamaları burada tekrarlamak yerine, incelemeye çalıştığımız hükümler konusundaki genel yargımızı şu biçimde özetlemekle yetiniyoruz:

Tasarı'nın, kayıtlı sermaye sistemini düzenlemesi ve kapalı anonim ortaklıklara da bu olanaktan yararlanma olanağı sağlaması yerindedir. Ne var ki, ilgili hükümler birçok eksiklik ve aksaklık içermekte olup, bu haliyle kanunlaştırılmamalı, öğretideki görüşler, eleştiriler ve SerPK uygulamasından da yararlanılarak düzeltilmelidir.

Tasarı'nın tüm hükümlerine yönelik beklentimiz de, TTK. Tasarısının TCK. gibi aceleye getirilmemesi, tanınan oldukça kısa tartışma süresine rağmen, ilgili meslek kesimleri ile uzmanlar tarafından yöneltilen eleştiri ve önerilerin dikkatle değerlendirilmesi, özü ve sözü ile ülkemize yakışan bir kanunun yürürlüğe sokulmasıdır.

---

29 Bkz. Tasarı, s. 553.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ GÜVENCE ALTINA ALINMASINA İLİŞKİN 2004/48/EG SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ YÖNERGESİ İLE GETİRİLEN TEMEL ESASLAR VE TÜRK HUKUKUYLA MUKAYESE

*Doç. Dr. Mehmet Emin BİLGE**

Giriş

Fikri mülkiyet hukukunda geçerli olan "ülkesellik ilkesi" uyarınca her devlet, maddi ve şekli koşullarının yerine getirilmesi koşuluyla, fikri mülkiyeti, sadece kendi ülke sınırları içinde korur. Her devlet kendi ülkesindeki ihlallerde tecavüze uğrayan ve kendi kanunlarına göre hak sahibi olan kişinin, hukuk yollarını kullanmasına olanak sağlar. Buna karşılık, bu hukukun konusunu oluşturan mal ve hizmetlerin kolayca sınır aşabilmeleri, fikri mülkiyet hukukunun bir koruma hukuku olması sebebiyle, korumanın sınırlara takılıp kalmaması gereğini ortaya çıkarır. Oysa ülkesellik ilkesi korumayı sınırlar içerisine hapsetmektedir. Bir taraftan korumanın sınırları geçebilmesini sağlamak, diğer taraftan kavramları ve uygulamaları uyumlaştırmak çabaları, fikri mülkiyet hukukunun, bir uluslararası sözleşmeler hukuku alanı olması sonucunu da doğurmuştur. Bu sebeple fikri mülkiyet hukuku, ulusal düzenlemeler hukuku olduğu kadar, aynı zamanda uluslararası sözleşmeler hukukudur[1].

Aşağıda da, Avrupa Birliği bünyesinde fikri mülkiyet haklarının sağlanmasına (güvence altına alınmasına=Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentum/ enforcement of intellectual property rights) ilişkin 2004/48/EG sayılı Yönergesi[2] incelenmekte ve Yönerge'de öngörülen düzenlemeler esas hatlarıyla ele alınmaktadır. Her ne kadar Yönerge, Türkiye açısından bir bağlayıcılık ifade etmemekte[3] ise de, Birliğe uyum süreci içerisinde, Türki-

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Bkz., Tekinalp, Ü., Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2004, § 6, Nr. 1.

2 Yönerge'nin metni için bkz., http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_157/l_15720040430de00450086.pdf

3 Birliğe üye devletler için de 30 Nisan 2006'ya kadar, kendi mevzuatlarını Yönerge hükümlerine uygun hale getirmeleri için süre tanımaktadır (m.20/I).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ye'nin de konu ile ilgili mevcut hükümlerinin Yönerge hükümlerine olan uyumunun incelenmesi gerekli olacaktır.

I- Genel Bilgi

Avrupa Birliği'nin fikri mülkiyet haklarıyla ilgili hukuki uygulamalar ve bu hakların yerine getirilmesine ilişkin 2004/48/EG sayılı Yönergesi 29 Nisan 2004 tarihinde imzalandı ve bir gün sonra da Avrupa Birliği'nin Resmi Gazetesi'nde yayınlandı[4]. Yönerge'ye göre, tüm üye devletler kendi mevzuatlarını 24 ay içerisinde (30 Nisan 2006'ya kadar) Yönergeyle uyumlu hale getirmekle yükümlü tutulmuştur.

Yönerge, üye devletlere Avrupa Birliği çapındaki tüm fikri mülkiyet hakları ihlallerine uygulanacak asgari standartlar getirmek için ve fikri hak ihlallerine karşı açılan davaları kolaylaştırmak için genel esaslar getirmektedir.

II- Amaç ve Uygulama Alanı

Yönerge, fikri mülkiyet haklarının korunmasının, iç pazarın başarısı için temel bir unsur olduğunu, yeniliği ve yaratıcılığı teşvik ve istihdamı geliştirmek ve rekabeti arttırmak için önemli olduğunu belirtmektedir. Yönerge ile üye ülkelerin, fikri mülkiyet haklarının ve bağlantılı hakların uygulanmasına ilişkin hukuki araçlarının uyumunun sağlanması amaçlanmıştır. Üye ülkelerdeki farklı hukuk sistemlerinin Avrupa Birliği pazarının doğru biçimde işlemesi için engel teşkil ettiği ve Avrupa Birliği içinde fikri mülkiyet haklarının eşit olarak korunmasını imkansız hale getirdiği belirtilmektedir. Bu nedenle Yönerge, Avrupa Birliği içinde eşit, homojen ve üst düzeyde bir koruma düzeyini garanti etmek için bu sistemleri uyumlaştırma amacını gütmektedir.

Yönerge aynı zamanda organize ihlallerden, bireysel tüketicilerin tek tek ihlal davranışlarına, örneğin müzik CD si kopyalamaya kadar bütün ihlal olaylarını kapsamaktadır. Bu bağlamda eser sahibi haklarının internet üzerinden kullanılması, Yönerge'nin etki doğuracağı önemli noktalardan olmaktadır. Yine Yönerge, tescil edilmesi zorunlu koruma hakları ile tescil edilmeden doğan eser sahibi ve bağlantılı hakları eşit tutmuştur. Bu düzenlemeler sadece hak sahiplerinin çıkarlarını değil, ayrıca fikri hakların yetkili kullanıcılarının ve meslek birliklerinin de çıkarlarını korumayı amaçlamaktadır.

Yönerge, fikri mülkiyet haklarının güvence altına almak için gerekli her türlü dava, tedbir ve geçici tedbir tedbirleri kapsamaktadır (m.1). Yönerge, Komisyon'un önerisinin aksine cezai yaptırımlara ilişkin hükümleri

---

4 Abl. der EU L 157 v. 30 April 2004, s. 45 ff.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kapsamamaktadır, buna rağmen yönergenin kapsamı oldukça geniştir ve fikri hakların güvence altına alınmasında yeni araçlar içermektedir.

Yönerge'nin 2. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin Komisyon önerisine göre, Yönerge ancak hak ihlalinin mesleki[5] amaçlarla gerçekleşmesi veya bu hak ihlalinin hak sahibine çok büyük zararlar vermesi halinde uygulanabilmekteydi. Parlemento tarafından kabul edilen Yönerge'nin uygulama alanı Komisyonun önerdiği uygulama alanından daha geniştir. Buna göre Yönerge'nin dava, tedbir ve geçici tedbir yolları fikri mülkiyet haklarının birlik ve üye ülkeleri tarafından öngörülen her türlü ihlali için geçerlidir[6]. Bu şekilde şahıs olarak uygulama alanının çok kapsamlı düzenlenmesi nedeniyle Yönerge'de her türlü hak ihlalleri için öngörülen araçlar, hem organize suçlarla mücadele bakımından önem taşımakta, hem de tüketiciler için fikri mülkiyet ihlallerine karşı daha dikkatli olmaları ve gerekli tedbirleri almaları bakımından büyük önem arz etmektedir.

III- Yönergede Öngörülen Dava ve Tedbirlere Başvurma Yetkisi

Yönergede öngörülen tedbirler, dava ve geçici hukuki tedbirlere başvurmaya yetkili olan kişiler Yönerge'nin 4. maddesinde düzenlenmiştir. Yönergenin 4a maddesine göre eser sahibi ve eser sahibi hakları ile beğlantılı hakların sahipleri, başvuru hakkına sahiptirler. Yönerge'nin 4 b hükmüne göre üye ülkeler, 4a da belirtilen kişiler yanında söz konusu haklardan yararlanma yetkisine sahip olanlara, özellikle lisans sahiplerine başvuru hakkını tanıyabilirler. Bu ifade tarzı, kavram olarak tam lisansa (inhisari lisans) dayanan kullanma haklarını kapsadığı gibi, basit lisansa dayanan kullanma haklarını da kapsamaktadır.

Basit ruhsat (lisans) ve tam (inhisari) ruhsat Türk Hukuku'nda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 56. maddesinde düzenlenmiştir[7]. Türk doktrininde dava açma hakkına sahip olanlar konusunda, devredilen hakkın niteliğine ve mahkemeden istenen korumanın türüne göre farklı görüşler ileri sürülmektedir. Mali hak devredilmişse, ref davasını açmak ve FSEK m. 68'deki talepleri ileri sürmek hakkı mali hakkı devralana da tanınmaktadır. Buna karşılık mali hak veya haklar devralınmayıp ruhsat tanınması durumunda ise görüş ayrılığı vardır. Arslanlı ve Erel[8], bu hakkı ruhsat sa-

---

5 Mesleki amaçla yapılan tecavüzler doğrudan veya dolaylı olarak bir iktisadi veya ticari bir avantaj (menfaat) sağlamak amacıyla yapılırlar. Bu özellik nedeniyle iyiniyetli son tüketicilerin (Endverbraucher) davranışları kural olarak kapsam dışı kalır(Frey/Rudolp, s.524).

6 Frey, D/Rudolph, M, EU-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Zeitschrift für Urheber und Medienrecht (ZUM) 7/2004; s.524.

7 Bkz., Tekinalp, § 15, Nr. 14, 30.

8 Arslanlı, H., Fikri Hukuk Dersleri, II: Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 209; Erel, Ş.N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2. Bası, Ankara 1998, s. 294.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hibine de tanırken Ayiter[9], ruhsat sahibinin üçüncü kişiye karşı ref davası açamayacağını, sadece sözleşme çerçevesinde ruhsat verene başvurarak, ref davası açmasını talep edebileceğini savunmaktadır. Suluk'a göre, tam (munhasır) lisans sahibi, tecavüz edene dava açabilir. Basit lisans sahibinin dava açma yetkisi yoktur[10]. Tekinalp ise, mali hakların devri ile ruhsat sözleşmesi arasındaki farka işaret ederek, mali hakların devrinde devralanın hakka ilişkin dava hakları dahil tüm hakları kullanabileceğini, FSEK.m.68'de "eser sahibi" denmiş olmasının buna engel olmayacağını, buna karşılık ruhsat sözleşmelerinde aynı sonuca varmanın mümkün olmadığını, dolayısıyla FSEK m. 68'deki hakları eser sahibine tanıyıp, ruhsat sahibinin sadece maddi tazminat davası (FSEK.m.68/2) açabileceğinin kabulünün gerektiğini ifade etmektedir[11].

Alman Hukuku'na göre sadece tam kullanma hakları sahipleri, eser sahibi haklarının korunmasına ilişkin kanun tarafından tanınan hakların ihlaline karşı başvuru hakkına sahiptir. Basit kullanma hakkı sahiplerine de başvuru hakkının verilmesi Alman eser sahibi hakkı sistemiyle uyumlu görülmemektedir. Basit kullanma hakkı sahipleri, haklarını ancak eser sahibi aracılığıyla koruyabilirler[12]. Dolayısıyla, Yönerge'nin uygulamaya geçirilmesi aşamasında gerek Alman Hukuku'nda gerekse Türk Hukuku'nda basit kullanma hakkı sahiplerine de başvuru hakkı tanınması konusunda bir karar vermek gerekecektir.

Yönerge'nin hakların internet aracılığıyla kullanılmasında 4/d maddesi önemli olabilir. Bu hükme göre, meslek organizasyonlarına (kuruluşlarına) da fikri mülkiyet hakları sahiplerini temsilen başvuru hakkı tanınmaktadır.

Amerika'da da bu tür kuruluşlara başvuru hakkı tanınmaktadır, örneğin RIAA[13], eser sahibi haklarının internet yoluyla ihlallerinin takibinde önemli bir rol oynamaktadır[14]. Alman Hukuku, meslek kuruluşu davalarına çok sınırlı düzeyde izin verdiği için, eser sahibi hakları açısından yeni bir yolun kabul edilip edilmemesi konusunda hukuk politikasına ilişkin temel bir karar almak gerekecektir[15]. Türk Hukuku açısından 5101 sayılı Kanun sorunu çözüme kavuşturmuştur[16]. FSEK m. 42/A (7) hükmü uyarınca "Meslek birliğine üye eser veya bağlantılı hak sahiplerinin, alenileşmiş veya ya-

9 Ayiter, N., Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. bası, Ankara 1981, s. 254.

10 Suluk, C., Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004, s. 140.

11 Tekinalp, § 20, Nr. 70,71,72,73,74.

12 Frey/Rudolph, s.527.

13 Recording Industry Assocition of America

14 Bkz., Memiş, T., Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002, s. 57 vd.

15 Frey/Rudolp, s. 527.

16 Tekinalp, § 19, Nr.8.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yınlanmış tüm eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlarına ilişkin hakların takibi yetki belgesine göre yapılır. Yetki belgesine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir". Ayrıca ceza davaları için FSEK 75/II, 4'de düzenleme yer almaktadır.

IV- Eser Sahipliği ve Sahiplik Karinesi

Yönerge'nin 5. maddesi eser sahibi ve bağlantılı hak sahipleri için bir eser sahipliği ve hak sahipliği karinesi öngörmektedir. Buna göre, mutad olduğu gibi eser veya korunan şeye kaydedilen (yazılan) isimler eser sahipliği hususunda karine oluşturmaktadır.

Bu yöndeki düzenleme Türk Hukuku'nda da bulunmaktadır[17]. FSEK 11'e göre "Yayımlanmış eser nüshalarında veya bir güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır".

Yönerge'nin 5. maddesinin dikkate değer yönü, bu maddenin sadece edebi ve sanat eseri (eines Werkes der Literatur und Kunst) sahipleri ile sınırlı bir karine öngörmüş olmasıdır. Oysa, tüm eserler için sözkonusu karinenin geçerli olması gerekir. Bu yönüyle FSEK. m.11 düzenlemesinin daha yerinde olduğu söylenebilir.

Yönerge'nin söz konusu sınırlaması (edebi ve sanat eser sahipleri ile) Alman eser sahibi hakları açısından bir önem arz etmemektedir. Çünkü Alman eser sahibi haklarının korunması hakkındaki kanunun (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte-UrhG) 10. maddesi bütün eser türlerinin sahipleri için geçerli olan bir eser sahipliği karinesi içermektedir[18]. Bu hüküm nedeniyle eser sahipleri için yönergenin bu konudaki kuralının kabul edilmesine ihtiyaç kalmamaktadır.

Yönerge'nin 5. maddesinin b bendi yukarıda açıkladığımız düzenlemenin bağlantılı hak sahipleri için de geçerli olacağı hükmünü getirmektedir. Bu yönüyle Yönerge, hem Türk Hukuku'ndan (FSEK m. 11) hem de Alman Hukukundan (UrhG § 10)[19] daha geniş bir düzenleme getirmektedir. Dolayısıyla konu hakkındaki belirsizlik ve tartışma giderilmekte ve bağlantlı hak sahipleri lehine bir düzenlenme getirilmektedir[20].

---

17 Bkz., Ateş, M., Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s.88, 89; Tekinalp, § 12, Nr. 27; Suluk, s. 71.

18 Rehbinder, M., Urheberrecht, 12. neubearbeitete Auflage, München 2002, s.138.

19 UrhG § 10'un sözcük ifadesine göre bu hüküm direkt olarak sadece eser sahibi hakkı için geçerlidir. Alman eser sahibi hakları kanununun 70 ve 72. maddesine göre sadece fotoğrafçı ve bilimsel yayınların yazarları 10. maddeye dayanabilir. 10. maddenin bağlantlı hak sahipleri için kıyas olarak uygulanıp uygulanmayacağı hususu doktrin ve mahkeme içtihatlarında tartışmalıdır (Bkz., Wandke/Bullinger/Thum, UrhG & 10 Rn. 40; Frey/Rudolph, s.528'den naklen).

20 Frey/Rudolph, s.528.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yönerge'nin gerekçesinde, eser sahibi hakkı ve bağlantılı haklar sahiplerinin eşit kabul edilmesinin nedeni "ses kaydı endüstrisinin korsan ürüne karşı verdiği mücadeleyi kolaylaştırmak"[21] şekilde açıklanmıştır. Hak sahibi olma kavramının, hakların internet aracılığıyla kullanılmasında nasıl bir etki doğuracağı, bir eserin dijital çoğaltmasının, koruma konusu kavramı kapsamına girip girmeyeceği, dijital filigran ekleme, bağlantılı koruyucu hak sahipleri adlarının eklenmesi ile aynı kabul edilip edilmeyeceği zamanla görülecektir.

V- İspat Hukukuna İlişkin Esaslar

Yönerge'nin en önemli bölümlerinden biri de 6 ve 7. maddelerde ispat hukukuna ilişkin öngörülen düzenlemelerdir. 6. madde ispat araçlarının sunulmasına ilişkin mahkeme direktiflerini düzenlerken, 7. madde ispat güvenliğine ilişkin tedbirleri düzenlemektedir. Bu hükümlerin üye devletlerin hukukuna girmesiyle eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarınının uygulanmasını güçlendireceği umulmaktadır.

Madde 6/I hükmü, ispat araçlarının sunulmasına ilişkin mahkeme kararlarını (direktiflerini) öngörmektedir. Bu düzenlemeye göre: Üye devletler yetkili mahkemelere, karşı tarafın tasarruf yetkisi içerisinde bulunan ispat araçlarını kendi taleplerine dayanak olarak gösteren tarafın talebi üzerine teslimini temin etmelidirler. Ticari ölçekte bir ihlal olması durumunda karşı tarafın tasarrufunda bulunan banka, finans kurumu belgeleri veya ticari dökümanların teslimi sağlanabilir, taki sır niteliğindeki bilgilerin korunması sağlanmış olsun.

Ancak davanın hangi aşamasında böyle bir kararın (mahkeme emrinin) alınacağı konusu açık bırakılmıştır. Bu direktif acaba eser sahibi haklarının ihlali veya bağlantılı hakların ihlali nedeniyle daha önceden açılmış bir davaya bağlı olarak verilmek zorunda mı? İspat araçlarının sunulması için asıl davadan bağımsız özel bir dava gerekli midir? İspat araçlarının sunulması ihtiyati tetbir yoluyla kararlaştırılabilir mi? Mahkeme direktifleri 3. kişilere de yöneltilebilir mi? Soruları büyük ölçüde cevapsız kalmaktadır.

Yönerge'nin 7. maddesi ise, ispat güvenliğini amaçlamakta ve bu amaçla üye ülkelere önleyici geçici tedbirler almaları konusunda yükümlülükler getirmektedir. Bu düzenlemeye göre; üye devletler, yetkili mahkelere sunulan sır niteliğindeki bilgilerin korunması ve ispat araçlarının güvenliği için hızlı ve etkili ihtiyati tedbirleri alabilmesini temin etmelidir. Bu tür tedbirler, hakkı ihlal eden nesnelere veya numunelere el konularak veya el konulmaksızın ayrıntılı tasfirlerinin yapılmasını ve de gerekirse bu şeylerin üretim veya dağıtımı için gerekli hammadde, alet ve ilgili belgeleri kapsar. Bu

---

21 http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2004/l_195/l_19520040602en00160025.pdf Gerekçe, m.19.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tedbirler, özellikle gecikme nedeniyle hak sahibine telafisi mümkün olmayan bir zarar sözkonusu olduğunda ya da delillerin yok edilebileceğine ilişkin ispat edilebilir bir tehlike mevcutsa, karşı tarafın ifadesi alınmadan da alınabilir. Delillerin güvenliği için diğer taraf dinlenmeden tedbir alındığında, ilgili taraflar tedbirlerin icrasından hemen sonra derhal haberdar edilmelidir. Üye devletler delil güvenliği tedbirlerinin, karşı tarafın zararlarına karşılık olarak ölçülü bir depozito veya dilekçe sahibi tarafından alınabilecek uygun güvenlik önlemlerine bağlanabileceğini temin etmelidir.

Üye devletler, karşı tarafın talebi üzerine, şayet dilekçe sahibi uygun bir süre içerisinde ya da böyle bir süre yoksa 20 iş günü veya 31 takvim gününden daha uzun olan süreyi aşmamak üzere esasa ilişkin işlemler başlatılmamış veya devam ettirilmemiş ise bu tedbirlerin mahkeme tarafından kaldırılmasını veya başka bir şekilde etkisiz kılınmasını temin etmelidir.

Delillerin güvenliği için alınan tedbirler kaldırılırsa ya da dilekçe sahibinin bir işlemi veya eylemsizliği nedeniyle etkisiz kalırsa veya sonuçta fikri mülkiyet haklarına bir ihlal ve ihlal tehlikesinin olmadığı tespit edilirse, mahkemeler talep üzerine, karşı tarafı tedbirler nedeniyle ortaya çıkan zararı ödemekle yükümlü tutmakta yetkilidir.

Konu Türk Hukuku'nda FSEK'in 76. maddesiyle düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, delil teslimine ilişkin kapsamı oldukça dar olan bir düzenleme getirmektedir. Düzenlemeye göre, sadece eserleri kullananlardan, bu kullanıma yetkili olduklarına ilişkin belgeler ve/veya yararlanılan eserlerin listeleri istenebilmektedir[22]. Türk hukuku açısından da Yönergedeki geniş kapsamlı delil teslim ve güvenlik esaslarının düzenlenmesi yerinde olacaktır.

VI- Bilgi Alma Hakkı

Yönergenin 8. maddesinde bilgi alma hakkı düzenlenmiştir. Bu hükme göre yetkili mahkeme tarafından, fikri mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle açılmış bir davada, bilgi alma talebi, eser sahibi hakkını ihlal eden fiillerle ilgili hizmetleri mesleki düzeyde sağladığı ispat edilen herkese yöneltilebilir. Davacının gerekçeli dilekçesi üzerine mal ve hizmetlerin kaynağı ve satış şekli hakkında, bunların fikri bir mülkiyet hakkını ihlal etmesi şartıyla herhangi bir kimsenin bilgi vermesine hükmedebilir. Bilgi alma talebi sadece hakkı ihlal eden kişiye karşı değil aynı zamanda mahkeme direktifi ile ihlalle ilgisi olmayan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecektir.

Söz konusu hüküm bu açıdan TRIPS Anlaşmasının 47. maddesinde öngörülen bilgi alma hakkından daha kapsamlı bir bilgi alma hakkı tanımaktadır. Bilgi alma hakkı 3. kişiyi de ilgilendiren hususları kapsadığı halde

---

22 Tekinalp, § 20, Nr. 122.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TRIPS anlaşmasına göre talepler sadece hakkı ihlal eden kişiye karşı ileri sürülebilir[23].

Türk Hukuku'nda da FSEK ile böyle geniş bir bilgi alma hakkı düzenlenmemiştir. FSEK.m.76/III hükmü, sınırlı bir bilgi verme yükümü öngörmektedir. Maddeye göre mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması halinde, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, FSEK'da öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri ve/veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir.

Alman Hukuku'na göre de, temel bir hakkın belirlenmesi için UrhG m 97/I e göre örf ve adetden doğan bilgi alma hakkı, sadece hakkı ihlal eden kişiye karşı ileri sürülebilir. Bilgi alma hakkının kapsamı her zaman somut olayda zarar gören ile zarar verenin menfaatleri arasındaki denge ve ölçülülük ilkesi dikkate alınarak belirlenmelidir. Ayrıca UrhG m. 101 de ticari işlerdeki hak ihlallerinde ihlal edene yöneltilecek kusura dayanmayan ve bağımsız bir bilgi alma hakkı tanımaktadır[24].

Hakkın internet aracılığıyla kullanılması açısından Yönerge'nin 8. maddesi büyük bir önem arzetmektedir. Zira, özellikle internet ortamında fikri mülkiyet ihlallerinde kimlik tespitinin yapılması sorunlu olmakta ve birtakım bilgilere ulaşmakta problemlerle karşılaşılmaktadır[25].

Yönerge'ye göre, hak sahipleri bir dava aşamasında internet sağlayıcılarından eser sahibi haklarının ihlali konusundaki bilgilerin teslimini talep etme imkanına kavuşacaklardır. Yönerge'nin 8. maddesinde hak ihlaline karışmayan 3. kişiye karşı yönelltilebilecek bilgi alma hakkının tanınması ile seslerin kaydı piyasasında ve internette müzik yükleme (peer-to-peer File Sharing) uygulamalarında eser sahibi haklarının ihlal edilmesine karşı yapılan mücalede, hak sahibi daha güçlü bir duruma getirilmektedir. Yönerge'nin üye ülkelerde kabul edilmesiyle birlikte hakkı ihlal edilen kişiler, daha ayrıntılı açıklanan şartlar altında, örneğin tecavüzün durdurulması ve tazminat hakkı taleblerini kullanmak amacıyla, internet sağlayıcılardan eser sahibi hakkını ihlal eden internet kullanıcısının kimliğini açıklamasını talep edebileceklerdir. Şimdiye kadar internet sağlayıcısı ile hakkı ihlal edilen kişi arasındaki işbirliğine engel teşkil eden üçüncü kişilere ait bilgilerin korunmasından doğan sınırlar, artık sadece verilecek bilginin kapsamı yönünden rol oynayabilir[26].

Ancak bilgi vermesi gereken kişilerin hakkı ihlal eden olaylarda kulla-

---

23 Bkz., v. Hartz, N., Beweissicherung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Baden-Baden, 2004, s.53. Madde metni için bkz., http://www.jusline.at/trips47.html.

24 Frey/Rudolp, s. 523; Rehbinder, s. 393.

25 Memiş, s. 104 vd.

26 Frey/Rudolp, s. 525.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nılan hizmetleri mesleki düzeyde yerine getirmiş olmaları gerekir. İnternet aracılığıyla kullanılan haklara ilşkin ihlale karışmayan 3. kişilere karşı ileri sürülen bilgi taleplerinin 8. madde hükmünün ifadesine göre bir sınırı vardır. Şöyle ki söz konusu bilgi talebi, sadece fikri mülkiyet hakkını ihlal nedeniyle açılan bir davada ileri sürülebilir. Bunun için davacının, kendisinden bilgi talep edilen 3. kişinin hakkı ihlal eden olaylarda kullanılan hizmeti mesleki düzeyde yerine getirdiğini ortaya koymalı ve ispatlamalıdır[27].

Yine, mesleki düzeyde kriteri ihlal hareketi açısından değil, sunduğu hizmeti ihlal hareketinde kullanılan üçüncü kişinin hizmeti açısından kullanılmaktadır. Bu nedenle hakkın internet aracılığıyla kullanılmasında ticari internet sağlayıcıları kendi internet kullanıcılarının her türlü hak ihlalleri ile ilgili olarak başka bir şart aranmadan, yani ihlal eden olayın türü ve kapsamından bağımsız olarak bilgi vermek zorundadırlar. Buna karşılık üniversite gibi ticari olarak çalışmayan internet sağlayıcıların bilgi verme yükümlülüğü tartışmalı olabilir[28].

VII- İhtiyati Tedbirler ve Emniyet Tedbirleri

Yönerge'nin 9. maddesine göre, yetkili mahkemeler başvuru üzerine için ihlal eden kişiye karşı hakkın ihlal edilme tehlikesini önlemek veya mevcut ihlalin devam etmesini engellemek ya da haksahibinin zarara uğramamasını güvence altına alan önlemlerin devam ettirilebilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasına karar verecektir. Bu tedbirler aynı zamanda aracı kişilere karşı da alınabilir.

Yönerge hem ihtiyati tedbir davası (m. 9/1a, m. 11) hem de esasa ilişkin davada yetkili mahkemelerin hizmeti bir üçüncü kişi tarafından fikri mülkiyet hakkının ihlali amacıyla kullanılan aracılara emirler verebileceğini öngörmektedir. Ancak eser sahibi haklarını ihlal eden 3. kişi nedeniyle aracıya karşı ihtiyati tedbir alınması Yönerge'nin 9/1 maddesine göre üye ülkelerin kararına bırakılmıştır. Dolayısıyla üye ülkeler, Yönerge'nin önşartları çerçevesinde aracılara karşı ihtiyati tedbirin tanınması konusunda usule ilişkin talepleri düzenlemede serbesttirler. Ancak "Eser Sahibi Hakları Yönergesi"nin 8/3 hükmüne[29] göre üye ülkelerin, hizmetleri 3. kişiler tarafından eser sahibi hakları veya onunla bağlantılı hakların ihlalinde kullanılan aracılara karşı, hak sahiplerinin mahkeme aracılığıyla direktifler yöneltme hakkını güvenlik altına almış olmaları gerekir. Bu direktif kapsamında, hak sahipleri tarafından mahkemeden hangi ölçüde ihtiyati tedbir taleb edilebileceği ise cevapsız kalmaktadır.

Türk Hukuku'nda konu, FSEK.m.77'de düzenlenmiştir[30]. Sözkonusu dü-

---

27 Frey/Rudolp, s. 523.

28 Frey/Rudolp, s. 524.

29 Richtlinie 2001/29/EG, Abl. Der EU L 167 v. 22.06.2001, s.10 (Art. 8/1-3).

30 Bkz., Tekinalp &20 Nr123.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

zenlemeye göre, esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin yahut emrivakilerin önlenmesi için yahut diğer herhangi bir sebepten dolayı zaruri ve bu hususta ileri sürülen iddialar da kuvvetle muhtemel görülürse, mahkeme, bu kanunla tanınmış olan hakları ihlal veya tehdide maruz kalan kimsenin talebi üzerine, davanın açılmasından önce veya sonra diğer tarafa bir işin yapılmasını veya yapılmamasını emredebileceği gibi bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarıyan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının ihtiyati tedbir yolu ile geçici olarak zaptına karar verebilir.

Alman Hukuku'nda ise UrhG m. 97 f. 1. cümle 1'e göre, eser sahibi hakkı veya eser sahibi haklarını koruma kanunu tarafından korunan başka bir hakkı hukuka aykırı olarak ihlal edilenler, ihlal edenlerden tecavüzün ortadan kaldırılmasını, tecavüzün tekrar etme tehlikesinin bulunması halinde tecavüzün sona ermesini talep edebilirler. Yargı içtihatları ile özellikle tecavüzün bırakılmasının, herhangi bir şekilde bilerek ve nedensel olarak hukuka aykırı tecavüze katılan herkese karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir[31].

Görüldüğü gibi gerek Türk gerekse Alman Hukuklarında tedbir talepleri kural olarak, karşı tarafa karşı ileri sürülebilmektedir. Oysa, özellikle internet ortamındaki aracıların sorumluluğu problem doğurmakta ve aracılara karşı tedbir uygulaması sorunlu olmaktadır[32]. Dolayısıyla, Yönerge teklifi yönünde, bu hakkın aracılara karşı da kullanılması hakkının tanınması yerinde olacaktır.

VIII- Tazminat

Yönergenin 13. maddesinde, fiili olarak meydana gelen zararlar için uygun bir tazminat kabul edilmiştir. Tazminatın tespitinde, meydana gelen gelir kaybı, zarar verenin haksız geliri ve maddi olmayan zararlar dikkate alınmalıdır. Fiilen meydana gelen zarara alternatif olarak götürü (genelleştirici) bir miktar da kabul edilebilir. Yönerge'nin m. 13 par. 2 b'ye göre mahkemeler uygun tazminatı götürü olarak; şayet zarar veren söz konusu fikri mülkiyet hakkını, sahibinden izin alarak kullanmış olsaydı ona en az ne kadar ücret veya karşılık verecekti ise ona göre tespit edeceklerdir.

Bahsedilen ölçüler, büyük oranda Türk Hukuku'nda da vardır. FSEK.m. 68-70'de tazminat belirleme kriterleri benzer şekillerde düzenlenmiştir. Aynı durum, Alman Hukuku açısından da geçerlidir (UrhG m. 97/I ve BGB m. 249,252)[33]. Şunu da belirtmek gerekir ki, FSEK'da yer alan üç kat ödememin, Yönerge'de bir temeli bulunmamaktadır. Bu nedenle, Yönerge hükümlerine uyum amacıyla yapılacak yeni düzenlemelerde üç kat ödeme yaptırımının varlığı tartışılabilir.

---

31 Rehbinder, s. 391.

32 Geniş bilgi için bkz., Memiş, 141 vd.

33 Rehbinder, s. 389.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ANONİM ORTAKLIKLARDA ÖZEL DENETÇİ TAYİNİ

Aydın ÇELİK

GİRİŞ

Ticaret Kanunumuzun (TK) özel denetçi tayinini düzenleyen 348. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uyarınca: "*Umumi heyet bazı muayyen hususların tetkik ve teftişi için lüzumu halinde hususi murakıp seçebilir.*

Umumi heyetin toplantı vaktinden itibaren en az altı ay önceden beri esas sermayenin en az onda birine muadil paylara sahip oldukları sabit olan pay sahipleri; son iki yıl içinde şirketin kuruluşuna veya idare muamelelerine mütaalik bir suiistimalin vukubulduğunu veya kanun yahut esas mukavele hükümlerine önemli bir surette aykırı hareket edildiğini iddia ettikleri takdirde, bunları veya bilançonun gerçekliğini tahkik için hususi murakıpler tayinini umumi heyetten isteyebilirler. Bu talep reddolunduğu takdirde lüzumlu masrafları peşin ödemek, dava neticesine kadar merhun kalmak üzere sahip oldukları pay senetlerini muteber bir bankaya tevdi etmek şartiyle mahkemeye müracaat hakkını haizdirler".

Hükümden de anlaşıldığı gibi, azınlığın özel denetçi tayinini isteme hakkı aşamalı olarak düzenlenmiştir. Azınlık ilk olarak bu hakkını genel kurula (GK) karşı ileri sürmekte, genel kurulun bu istemi reddetmesi durumunda, özel denetçi tayini için mahkemeye başvurabilmektedir. Hükmün devam eden fıkralarında, mahkemeye başvurmanın diğer koşulları ile azınlığın isteminin reddi halinde doğan zarardan sorumluluk düzenlenmiştir.

Özel denetçi tayini konusu birçok açıdan ele alınmasına karşın, sözkonusu hükmün karmaşık düzenlenmiş olması ve tekrarlara yer vermesi nedeniyle, bu konuda gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay kararlarında birçok tartışma ortaya çıkmıştır. Anonim ortaklıkta (AO), yönetim kurulu (YK) ve denetçilerin kural olarak (imtiyazlı payların bulunmaması durumunda) GK'daki çoğunluk tarafından seçildiği hususu göz önünde bulundurulduğunda, özellikle azınlığa özel denetçi tayini isteme hakkını tanıyan bu hükmün, azınlık ile çoğunluk arasındaki dengenin oluşturulması bakımından

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

önemi ve yararı çok büyüktür. Bu bakımından çalışmamızın amacı, pay sahipleri ve azınlığın çoğunluk karşısındaki hak ve menfaatlerini korumaya yarayan ve dolayısıyla özellikle uygulama açısından büyük önem arzeden bu hükmü tüm yönleriyle ele almak ve tartışmalı hususlara çözüm önerileri sunmaktır. Kamuoyuna Şubat 2005'te sunulan Ticaret Kanunu Tasarısına, (henüz belirsiz olması nedeniyle), çalışmamızın metninde yer verilmemiş ancak zaman zaman özel denetçi tayinine ilişkin tasarı hükümlerine, yararlı olacağı düşüncesiyle, dipnotlarda da olsa yer verilerek, karşılaştırma yapma ve yorum belirtme yoluna gidilmiştir.

Çalışmamızda öncelikle, özel denetçi tayini isteyebilecek kimseler ve özellikle azınlığın mahkemeden özel denetçi tayini isteme yetkisi ve şartları incelenecektir. Özel denetçi tayinine karar verecek yetkililer ve aldıkları kararların niteliği ele alındıktan sonra, özel denetçinin görev ve yükümlülükleri, denetçi raporunun hükmü, azınlığın sorumluluğu, teminat paylarının iadesi ve azınlığın masraf talebi konuları ele alınacaktır.

I. ÖZEL DENETÇİ TAYİNİNİ İSTEYEBİLECEK KİMSELER

A. ORTAKLAR

TK. m. 348/1'de, GK'un gerekli görmesi durumunda bazı belirli konuların denetlenmesi için özel denetçi seçebileceği öngörülmüştür. Ortakların bireysel olarak genel kuruldan özel denetçi tayinini isteyebilmeleri, şirket sözleşmesinden ve dolayısıyla ortak olma sıfatından kaynaklanan doğal bir haktır[1]. Pay sahiplerine tanınan bu hak, intifa hakkı sahipleri içinde söz konusudur (TK. m. 360/son)[2].

Domaniç'e göre, özel denetçi tayini konusunun "*gündeme bağlılık ilkesi*" gereği, gündemde bulunması da gerekir (TK. m. 369). Özel denetçi tayini genellikle, gündemi belirleme yetkisine sahip YK ile TK. m. 357 uyarınca gündeme maddeler ilave ettirme hakkı olan denetçiler aleyhine bir girişim sayılacağından, bu iki organın özel denetçi tayini isteğini kendiliğinden gündeme almaları çok istisnai bir durumdur[3]. Bu nedenle özel denetçi tayini için azınlığın TK. m. 366'daki haklarını kullanma yoluna gitmesi gerekir.

---

1 Sadece 1/10'na sahip azınlığın GK'dan özel denetçi tayini isteyebileceğini savunan aksi görüş için bkz., Ömer Özkan, "**Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması**", Batider, C. XX, S. 2, Ankara 1999, s. 39. Hazırlanan Ticaret Kanunu Tasarısının 438/1 hükmünde GK'dan her paysahibinin, paysahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması ve bilgi alma veya inceleme hakkının daha önce kullanılması şartıyla özel denetçi tayini isteyebileceği açıkça düzenlenmiştir.

2 Geniş bilgi için bkz., Abuzer Kendigelen, **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul 1994, s.123 vd.

3 Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK. Şerhi II**, İstanbul 1988, s. 738; Orhan Nuri Çevik, **Anonim Şirketler**, Seçkin Kitapevi, 4. baskı, Ankara 2002, s. 552.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bununla birlikte, gündemde yer alan bir konunun görüşülmesi sırasında, mesela bilançonun müzakeresinde, bu konuyla ilgili olarak ortaklardan herhangi birisinin özel denetçi isteyebileceği ve genel kurulun bu isteği olumlu bir karara bağlayabileceği de savunulmuştur[4]. Çünkü yapılan görüşmede GK'un yeterli ölçüde aydınlanabilmesi için özel denetçi atanmasının ve bu nedenle toplantının ertelenmesinin (TK. m. 377), sadece gündeme bağlılık ilkesi ileri sürülerek önlenmesi hem ayrı bir GK toplayarak boşuna zaman ve para kaybına, hem ilgili kişilerin bir süre daha zan altında veya görevde tutulmasına ve hem de bu arada delillerin ortadan kalkması tehlikesine yol açması bakımından sakıncalı olduğu gibi, sözü edilen ilkenin de kötüye kullanılması anlamını taşıyacağı haklı olarak belirtilmiştir[5].

Bu görüşe göre, gündem dışı alınan özel denetçi tayini kararı iptal edilebilir nitelikte bir karardır. Gündeme bağlılık ilkesini (TK. m. 369/son), gündemde yer alan konularla doğrudan doğruya ilgili hususların da ayrı ayrı gündemde gösterilmesi gerektiği şeklinde yorumlamak doğru değildir[6]. Buradan hareketle, savunulan görüş uyarınca, sadece gündemdeki konuyla sınırlı olarak özel denetçi tayini istenebileceği, bu durumda gündeme bağlılık ilkesinin uygulanmayacağı sonucuna varılmaktadır.

Moroğlu, gündeme bağlılık ilkesi ile güdülen amacın, pay sahiplerinin gerek GK'a katılma kararı verirken ve gerekse kurulda oy kullanırlarken hazırlıklı bulunmalarını sağlamak ve bu nedenle onları odlu-bittilere karşı korumak olduğunu, kurulda görüşülecek konu kendisine duyurulmuş olan bir pay sahibinin, o konu ile doğrudan doğruya ilgili hususları da göz önünde tutarak kurula katılacağının ve oy vereceğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Yazar ayrıca, "*umumi heyet, bazı muayyen hususların tetkik ve teftişi için lüzumu halinde hususi murakıp seçebilir*" şeklindeki hükmün lafzının da bu görüşü desteklediğini, bu hükmün gündeme bağlılık ilkesinin mutlak bir istisnası olarak yorumlanması durumunda[7], GK'un gündem dışı konuların tartışma alanı haline getirilerek kurulun gündemi çerçevesinde karar almasının engellenebileceğini ve çeşitli hesaplarla özel denetçi hakkının kötüye kullanılması olanağının yaratılmış olacağını savunmuştur[8].

---

4 Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler I Umumi Hükümler**, 3. bası, İstanbul 1960, s. 247, dn. 195 ve Halil Arslanlı, **Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, C. II-III, s. 23. Aynı görüş için bkz., Erdoğan Moroğlu, "**Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi**", İHFM, C. XLII, S. 1-4 (ayrı bası), İstanbul 1977, s. 5; Domaniç, **Şerh**, s. 738; Çevik, **AŞ.**, s. 552. Ayrıca bkz., Yargıtay Tic. D. 2.6.1959 gün ve E. 1959/507, K. 1632 sayılı kararı (Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı**, Ankara 1972, s. 43, 129 vd.).

5 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 6.

6 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 5-6.

7 Arslanlı, **C. II-III**, s. 23; Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, 4. bası, İstanbul 1989, s. 73-74.

8 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 6-7.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kanaatimizce bu görüşe katılmaya olanak yoktur. AO'da çoğunluğu elinde bulunduran pay sahipleri, denetçileri seçip azletme yetkisine sahip olmaları nedeniyle, çoğunluğun denetimi ve etkisi altında kalan denetçilerin denetleme görevlerini her zaman ve etkili bir biçimde yapmalarını sağlamak ve yönetim dışında kalan pay sahipleri (azınlık) yararına etkinliği arttırmak üzere özel denetçi tayini olanağını getirilmiştir. Bir başka deyişle özel denetçi tayininin düzenlenmesindeki asıl amaç, çoğunluk, YK ve denetçiler karşısında pay sahiplerinin haklarını korumak olduğuna göre, gündemde olmamasına rağmen özel denetçi tayin edilmesi durumunda, GK'a katılmayan ya da katılmasına rağmen özel denetçi tayini hususunda hazırlıklı olmayan pay sahibinin nasıl bir oldu-bittiyle karşı karşıya kaldığı anlaşılmamaktadır. Dahası yukarıda da belirttiğimiz gibi, özel denetçi tayininin gündeme bağlılık ilkesi ileri sürülerek engellenmesi durumunda, ayrı bir GK toplanarak boşuna zaman ve para kaybına yol açması, ilgili kişilerin bir süre daha zan altında ve görevde tutulması ve bu arada delilerin ortadan kalkma tehlikesi gibi birçok sakıncanın ortaya çıkmasına da neden olacaktır.

GK'da öncelikli olarak gündemdeki konuların ele alınıp görüşülmesi gerekirken; GK'un gündem dışı konuların (ki bu durumda da ancak özel denetçi atanması istemine konu olacak hususlarla sınırlı olan konular gündeme getirilebilecek) tartışma alanı haline getirilerek kurulun gündemi çerçevesinde karar almasının engellenmesi ve çeşitli hesaplarla özel denetçi hakkının kötüye kullanması ihtimalinde, GK kararlarına karşı iptal veya hükümsüzlüğün tespiti davasının açılabileceği ve zararların tazmini yoluna gidilebileceği de kuşkusuzdur. Bu nedenle, gündemdeki konularla bağlantılı olsun yada olmasın, özel denetçi tayini hususunun, gündeme bağlılık ilkesinin mutlak bir istisnası olarak kabul etmek gerekir. Aksi kabul edilirse söz konusu hak hiç işleyemez veya gerektiği gibi koruma sağlamaz[9].

Özel denetçi talebinin sadece bir azınlık hakkı olarak TK. m. 348/2 çerçevesi içerisinde gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olduğunu kabul eden[10] **Teoman** gerekçesinde, hükümde yer alan *"...hususi murakıplar tayinini umumi heyetten isteyebileceği..."* ifadesinden herhangi bir sınırın öngörülmediğinin anlaşıldığını, azınlığın gündeme madde koydurması için önce YK'na, onun reddi halinde mahkemeye müracaat etmesi gerektiğinden hareketle bu duru-

---

9 Reha Poroy (Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 8. bası, İstanbul 2000, s. 413-414.

10 Özel denetçi tayininin bir azınlık hakkı olarak gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olduğunu kabul eden diğer görüşler için bkz., POROY (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 413-414. Aynı görüş için bkz., Oğuz İmregün, **Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları**, İstanbul 1962, s. 73; İmregün, **AO.**, s. 253 dip not 68; Mahmut T. Birsel, **"Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları"**, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 642; Gönen Eriş, **Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri**, C. I, 2. baskı, Ankara 1992, s. 1012; Salter Uçar, **Hukukumuzda Yönetim Kurulu ve Denetçiler ile Sorumluluk Halleri**, İstanbul 1994, s. 176.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mun azınlık hakkının kullanılmasını aşamalı bir biçimde güçleştirdiğini ve bağımsız olarak düzenlenen bu hakkın başka bir hakla birlikte ileri sürülebilmesinin kabul edilemeyeceğini, bu durumun ayrıca süreyi uzatması nedeniyle (özellikle mahkemeye gidilmesi halinde mahkemenin kötü niyetle uzatılması ihtimalinde) kanıtların yitirilme tehlikesine yol açtığını, TK. m. 362 uyarınca kar ve zarar hesabı, bilanço, yıllık rapor ve safi kazancın nasıl dağıtılacağı hakkındaki önerilerin GK toplantısından 15 gün önce pay sahipleri tarafından incelenmesi sırasında özel denetçi tayini talebinin istenmesi halinde bu süre açısından talebin olanaksız olacağını, "*gündem maddelerinden biri ile ilgili olma*" ölçütünün de kesin bir nitelik taşımadığını, GK toplantısı sırasında çıkabilecek bir tartışmanın her zaman azınlık lehine sonuçlanmayacağını haklı olarak belirtmiştir[11]. **Kanaatimizce** aynı sakıncalar yukarıda da belirttiğimiz gibi TK. m. 348/1 uyarınca pay sahiplerinin bireysel olarak yapacakları talepler için de söz konusudur. Bu nedenle özel denetçi atanmasına ilişkin talebin, sadece azınlık hakkı olarak değil, pay sahibi hakkı olarak da gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak kabul edilmesi gerekir[12].

B. YÖNETİM KURULU

TK. m. 337 uyarınca, daha önceki YK üyelerinin, TK. m. 308 uyarınca, kurucuların kanuna aykırı iş ve işlemlerinden sorumlu tutulan YK veya üyelerinin özel denetçi tayini isteyebilmeleri doğaldır. Gündeme madde koydurma yetkisi genel olarak YK'na ait olduğundan bu yolla özel denetçi seçilmesi yoluna gidilmesi daha kolaydır.

Özel denetçi tayini isteminin genel kurul gündemine alınması hususunda YK karar almak için yeterli çoğunluğu sağlayamazsa, kararına muhalif kalan üye veya üyeler (bu talep kendilerine inhisar etmişse, TK. m. 338), üye sıfatıyla veya ortak sıfatıyla veya azınlığa katılarak talepte bulunmaları gerekir[13].

C. DENETÇİLER

TK. m. 308 uyarınca kuruluştaki yolsuzluklardan, TK. m. 359 uyarınca da kendi devrelerindeki kanunsuzluklardan, özellikle uzmanlık alanlarını aşan konularda özel denetçi tayinini isteyebilirler[14]. Denetçiler, yaptıkları

---

11 Ömer Teoman, "**Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi**", İkt. ve Mal. D., C. XXVII, S. 2, Mayıs 1980, s. 72-75. Ayrıca bkz., Oğuz İmregün, "**Anonim Şirketlerde Azınlığın Himayesi**", III üncü Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ban. ve Tic. Huk. Arş. Ens., Mayıs 1963, s. 190.

12 Nitekim Ticaret Kanunu Tasarısında da aynı yönde görüş benimsenerek şu hükme yer verilmiştir: "*Her paysahibi, paysahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir*" (Tasarı m. 438/1).

13 Domaniç, s. 738.

14 Theo Guhl/Alain Hirsch, "**Anonim Şirketlerde Denetleme**", çev. Akar Öçal, Batider, C. VI, S. 4, Aralık 1972, s. 700.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

incelemeler neticesinde lüzum görmeleri yada ortakların şikayeti üzerine; olağanüstü genel kurul (TK. m. 355, TK. m. 353/no.8) ya da olağan genel kurul gündemine özel denetçi tayini isteğini koyabilirler. Denetçiler ayrıca azınlığın isteği (TK. m. 366 ve 367 uyarınca) üzerine de bu konuyu genel kurula götürebilirler.

TK. m. 366 ve 367 uyarınca azınlığın gündeme koymayı istediği maddeleri YK'nun reddetmesi üzerine, denetçilerin *"gerektirici sebepleri"* yerinde bulmaları durumunda, YK'un gündemine müdahale edip-edemeyecekleri hususunda **Tekinalp** haklı olarak, TK. sisteminde *"gündeme bağlılık ilkesi"* ile *"gündemin değişmezliği ilkesi"*nin bir gereği olarak toplantı çağrısını kim yapıyorsa, onun gündemi belirlemede yetkili olduğunu ve onun isteğine rağmen gündeme müdahale edilemeyeceğini, bunun tek istisnasının TK. m. 367'de yer alan mahkeme kararının varlığı halinin bulunması olduğunu, bu durumda dahi azınlığın talebinin bulunması gerektiğini, TK. m. 355 hükmünün denetçilere gündeme madde koyma hakkı vermeyip anılan hüküm uyarınca öngörülen şartların varlığı halinde belirtilen konuları içeren bir gündem ile GK'u olağanüstü toplantıya çağırma yetkisi verdiğini, dolayısıyla denetçilerin YK'nun belirlemiş olduğu gündeme müdahale edemeyecekleri gibi ayrı bir gündem de oluşturamayacaklarını[15] belirtmiştir[16].

YK yerine gecen tasfiye memurları, iflas idaresi veya kayyumun da özel denetçi seçimini gündeme alabilmesi gerekir.

Pay sahipleri, YK ve denetçilerin özel denetçi tayini istemi, *"muayyen hususların tetkik ve teftişine"* ilişkin bulunması dışında hiçbir şarta bağlı değildir. Ancak, bu şekilde özel denetçi atanması istemi GK tarafından reddedilirse, istemde bulunan organ ve kişiler daha ileri giderek mahkemeden özel denetçi tayinini isteyemezler. Sadece, red kararına karşı iptal veya hükümsüzlüğün tespiti davalarını açabilirler (TK. m. 381).

D. AZINLIK

1. GENEL OLARAK AZINLIĞIN ÖZEL DENETÇİ İSTEME YETKİLERİ

a. Pay Sahibi Sıfatıyla (TK. m. 348/1)

TK. m. 348/1 uyarınca her ortağa özel denetçi tayinini genel kuruldan isteme hakkının tanınmış olduğunu yukarıda incelemiştik. Herhangi bir ortağa tanınan bu hakkın evleviyetle azınlığa da tanınması gerekir.

---

15 Denetçilerin ayrı bir GK çağrısında bulunmaları durumunda bunun usulsüz olacağını ifade eden karar için bkz., yukarıdaki, Y.11. HD. 02.12.1991 gün E. 4287, K. 6414 sayılı kararı., (Eriş, s. 1010). Karar, kooperatifle ilgili olmakla birlikte, AO'da da uygulanabilir niteliktedir.

16 Ünal Tekinalp, **"Azlığın İstemi Üzerine Denetçilerin Gündeme Madde Koyma Hakları Var mıdır?"**, İkt. ve Mal. D., C. XXV, S. 2, Mayıs 1978, s. 93-94.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b. Haklı Sebeplerle (TK. m. 366)

Azınlığın TK. m. 366'daki "*gerektirici sebepleri bildiren yazılı*" bir talep-le YK'na başvurarak genel kurulun davet edilmesini ve özel denetçi tayini konusunun gündeme alınmasını veya toplanması kararlaştırılmış bulunan genel kurul gündemine özel denetçi tayini isteğinin de ilave edilmesini iste-mesi mümkündür.

Bu isteğin yerine getirilmemesi halinde yine TK. m. 366 uyarınca gecik-tirici sebepleri yazılı olarak bildirmek ve TK. m. 348/1'e uygun olarak belli hususların incelenmesini istemek suretiyle, denetçilerden özel denetçi tayin edecek genel kurulun toplanmasını isteyebilirler.

c. Mahkemenin Yetki Vermesiyle (TK. m. 367)

Pay sahiplerinin, yukarıdaki maddeye (TK. m. 366) dayanarak talepte bulunması halinde, bu talebin yönetim kurulu ve TK. m. 355 uyarınca de-netçiler tarafından dikkate alınmaması durumunda, şirket merkezinin bu-lunduğu yerdeki mahkeme adı geçen pay sahiplerinin talebi üzerine genel kurulu toplantıya davete veya istedikleri hususu gündeme koymaya kendi-lerini yetkili kılabilir (TK. m. 367).

TK. m. 366 hükmünün lafzına göre YK'nun azınlığın istemi üzerine GK'u toplantıya çağırmasının veya gündeme gerekli maddeyi koymasının "mecburi" olduğu belirtilmiştir. **Tekinalp** haklı olarak, hükmün lafzında yer aldığı gibi bir zorunluluk olmadığını, böyle bir zorunluluk olsaydı, pay sahiplerinin TK. m. 367'de ifade edildiği üzere, denetçilere ve onların da ka-bul etmemeleri halinde mahkemeye başvurmalarına gerek kalmayacağını, YK'nun bu talebi haksız olarak yerine getirmemesi halinde TK. m. 336 uya-rınca sorumlu olacağını, yoksa gerektirici sebepleri yetersiz gören YK'nun red hakkının tartışılamayacağını ifade etmiştir[17].

Bu durumda, en az yüzde on veya anasözleşmede kabul edilmiş daha az (TK. m. 366) sermayeyi temsil eden payların, genel kurulun yok yere toplan-masından doğabilecek zararların teminatı olarak şirket lehine bir bankaya tevdi edilmesi şarttır. Bu senetler genel kurulun ilk toplantısının sonuna kadar bankada kalır (TK. m. 367/son hükmünün TK. m. 356/3'e yollaması nedeniyle)[18].

---

17 Tekinalp, **Madde Koyma**, s.92-93.

18 **İmregün**, GK'u toplantıya davete sebep oluşturan konu hakkında toplantıda bir sonuç ve karar alınması bile, azılığa karşı bir dava açılamayacağını, buradaki hisse senetlerini tev-di mecburiyetinin, muhtemel bir zarara karşı değil, talebin 1/10 sermayeyi temsil eden azınlık tarafından yapıldığını belgelemek için olduğunu, nitekim tevdi mükellefiyetinin toplantı gününe kadar devam edeceğini ve toplantının yapılması ile sona ereceğini savun-muştur (İmregün, **Azınlığın Himayesi**, s. 193).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

d. Denetçilere Görüş Bildirmek Suretiyle (TK. m. 356/2)

Denetçilere müracaat edenler esas sermayenin onda birine sahip oldukları taktirde, denetçiler bu müracaat hakkındaki fikir ve mütalaalarını raporlarında bildirmeye ve gerekli gördükleri taktirde genel kurulu olağanüstü toplantıya davet etmeye mecburdurlar (TK. m. 356/2). Bu halde de yüzde on payların, şirket lehine rehinli olarak bir bankaya tevdi edilmesi gerekir (TK. m. 356/3)[19].

2. ÖZEL OLARAK AZINLIĞIN ÖZEL DENETÇİ İSTEME YETKİSİ (TK. m. 348/2-3)

AO'da çoğunluğu elinde bulunduran pay sahipleri, YK'nu seçip azletme yetkisine sahiptir. Aynı yetki denetçiler üzerinde de söz konusudur. Çoğunluğun denetim ve etkisi altında kalan denetçilerin denetleme görevlerini her zaman etkili bir şekilde yapamayacaklarını göz önünde tutan kanun koyucu, iç denetimin yönetim dışında kalan pay sahipleri yararına etkinliğini arttırmak amacıyla, özel denetçi tayini olanağını düzenlemiştir[20].

Yukarıdaki hallerde azınlığın özel denetçi tayinini istemesi daha kolaydır. Çünkü bu hallerde, en az altı aydan beri pay sahibi olmak, özel denetçilerce incelenecek konuların son iki sene işlemlerine özgü olması şartı (TK. m. 348/2) ile mahkemeye müracaat için masrafların avansı hususu (TK. m. 367) aranmamıştır.

TK. m. 348/2 hükmüne dayanılarak özel denetçi tayininin zor olduğu gerekçesiyle netice alınamayacağı düşünülebilirse de, özel denetçi talebi için TK. m. 367'e dayanılarak talebin mahkemece reddi dışında, diğer red sebepleri, azınlığın TK. m. 348/2'ye dayanılarak talepte bulunmasına karşı bir kesin hüküm (HUMK. m. 237) ve defi teşkil etmediğinden, azınlığın TK. m. 348/2'ye veya TK. m. 348/1, 356, 366 hükümlerine göre yeniden talepte bulunması da mümkündür. Dahası azınlığın istemi, kurul tarafından reddedildiği taktirde mahkemeden özel denetçi tayini istenebilir.

Özel denetçi tayinini düzenleyen hüküm ile sağlanmak istenen pratik amaç, kurucular ile YK üyeleri ve denetçilerin sorumluluğuna yol açacak iş-

---

19 **İmregün**, anılan maddenin gerçekte azınlığa özel bir hak sağlamadığını, azınlığın GK'u toplantıya çağırma hakkı olduğundan buradaki hakkın gereksiz olduğunu, özellikle "hisse senetlerinin muteber bir bankaya tevdii" hükmünün tamamen fazla olduğu, nitekim, denetçilerin, tek bir pay sahibi şikayette bulunsa dahi, yapacakları inceleme sonucunda "lüzum görürlerse" GK'u toplantıya çağırmaya kanunen zorunlu olduklarını (TK. m. 355) ifade etmiştir (İmregün, **Azınlığın Himayesi**, s.192).

20 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 3.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lem ve eylemleri ortaya çıkarmak, bilançonun gerçeklik ve doğruluk ilkesine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğini anlamak, esas sermaye artırımı ve azaltılması ve tasfiye gibi işlemlerin kanun ve ana sözleşme çerçevesinde yapılıp yapılmadığını belirlemektir[21].

AO'da pay sahiplerinin ortaklık defterler ve belgeleri ile hesaplarını doğrudan doğruya inceleme yetkileri olmadığı gibi bireysel denetleme hakları da yoktur (TK. m. 363 vd.). Bu husus göz önüne alındığında pay sahiplerinin kurucu, yönetici ve denetçiler aleyhine sorumluluk ve bu kimselerin işlemleri hakkında iptal veya hükümsüzlüğün saptanması davaları açılabilmesi bakımından özel denetçi tayinine ilişkin hükmün sağladığı olanak büyük önem taşır.

Son olarak şu hususu da belirtmekte yarar vardır. TK. m. 356 hükmüne göre organ denetçilerden belli konularda inceleme istenmiş olması, GK veya bu istemin reddedilmesi durumunda mahkemeden özel denetçi atanmasına ilişkin istemde bulunulmasına bir engel oluşturmaz[22]. Çünkü özel denetçi istenmesinin temel nedeni daha öncede ifade ettiğimiz gibi, organ denetçilerin bazı teknik konularda yetersiz kalmaları nedeniyle yeterince denetleme işlevini yerine getirememeleri veya kurucular ile YK üyeleri ve denetçilerin sorumluluğuna yol açacak işlem ve eylemlerin ortaya çıkarılmasıdır. Dolayısıyla, organ denetçiler, daha önce incelemiş oldukları teknik bir konu hakkında yeterli bir bilgi birikimine sahip olamayacakları ihtimali bulunduğu gibi, özel denetçi atanması halinde, özel denetçinin yapmış olduğu inceleme sonucunda organ denetçilerin de sorumluluğuna yol açacak bir durumun ortaya çıkması da ihtimal dahilindedir.

TK. m. 348/2-3'e dayanarak azınlığın özel denetçi tayini isteyebilme şartları şunlardır:

a. Azınlığın Oranı

Şikayet edecek ve özel denetçi tayinini isteyecek pay sahibi veya sahiplerinin, GK toplantısından en az altı ay[23] önceden beri, sermayenin (esas sermaye veya kayıtlı sermaye sistemini –SerPK. m.12-[24] kabul etmiş AO'larda çıkarılmış sermaye) en az onda birine eşit itibari değerde paylara

---

21 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 4.

22 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 8, 15.

23 Akt-G. 142/2'de bu süre üç ay olarak belirlenmiştir.

24 Kayıtlı sermaye sistemi hususunda geniş bilgi için bkz., Mehmet Bahtiyar, **Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı**, İstanbul 1996, s. 49 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sahip olmaları gerekir (TK. m. 348/2)[25]. Bununla birlikte, azınlık hakkının kullanılabilmesi için anasözleşme ile bu oranın düşürülmesi mümkündür[26].

aa) Altı aylık süre hususu: Öngörülen altı aylık sürenin, GK'un özel denetçi isteminde bulunulan toplantı gününden geriye doğru hesaplanması gerekir. Örneğin, özel denetçi seçilmesi isteminde bulunulan GK toplantısı 01.03.2003'te yapılmış olsun, istemde bulunan azınlığın en az 01.09.2002'den beri esas sermayenin 1/10'una eşit itibari değerde paylara sahip bulunması gerekir[27].

Bu düzenleme toplantı öncesi meydana gelebilecek yönetimi engelleme senaryolarına meydan vermemek[28] üzere, özel denetçi seçilmesi veya atanması istemini sadece ortaklığa karşı bir baskı aracı olarak kötüye kullanmak amacıyla GK'dan hemen önce geçici bir süre için pay iktisabını önlemek için konulmuştur[29].

Bu şartın varlığıyla birlikte henüz altı ayını tamamlamamış yeni bir şirkette, azınlığın talebi ile özel denetçi tayini istenemeyeceği kanısını uyandırmakta ise de, **Domaniç** haklı olarak, TK. m. 348/1 gereğince özel denetçi tayininde böyle bir şart aranmadığından ve özellikle kuruluş işlemlerinde iddia edilen yolsuzluklar da özel bir araştırmayı gerektirebileceğinden, bu gibi yeni şirketlerde azınlığa hak tanınmasının doğru olacağını savunmuştur[30].

Pay üzerinde intifa hakkı bulunan kimseler, paydan doğan hakları kullanabileceklerine göre (TK. m. 360/son), intifa hakkı süresinin de altı ayın hesabında göz önünde tutulması gerekir. Bununla birlikte pay üzerindeki rehin, vedia ve ariyet hakkı süreleri, altı aylık sürenin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

bb) Pay sahipliğinin ispatı: Azınlığa dahil ortaklar, en az altı aydan beri, aralıksız olarak, en az yüzde on sermayeyi temsil paylara sahip oldu-

---

25 Alman Pay Senetleri Ortaklıklar Kanunu'nda (Akt-G. 142/2) esas sermayenin 1/10'unu temsil eden paylara sahip azınlık yanında, sahibi oldukları payların itibari değeri 2 Milyon D. Mark tutan azınlığa da mahkemeden özel denetçi atanmasını isteme hakkı tanınmıştır. İsviçre Hukukundaki benzer düzenleme için bkz., Özkan, s. 39. Hazırlanan tasarının 439. maddesinde de benzer yönde bir tutum benimsenerek şu hükme yer verilmiştir: "*Genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi halinde, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan paysahipleri veya paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan paysahipleri üç ay içinde mahkemeden özel denetçi atamasını isteyebilir*".

26 Mehmet Bahtiyar, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, İstanbul 2001, s. 187.

27 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 13.

28 POROY (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 353.

29 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 13.

30 Domaniç, s.740, 741; Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 14.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ğunu, pay sahipleri defteri ile, hamiline yazılı senet çıkarılan hallerde[31], daha önceki pay sahipleri cetvelleri (GK hazirun cetveli) ile (TK. m. 376), hamiline senetlerin rehnedilmiş bulunduğu hallerde alacaklıların defterleri ile, tacir sıfatı da bulunan pay sahiplerinin ticari defterleri ile, haczedilmiş hamiline senetler söz konusu olduğu taktirde, icra dosyaları ile, TK. m. 313 gereğince teminat verilen hamiline senetlerde, şirket kayıtları ile, kar dağıtımına dair şirket kayıtları ve makbuzlarla, hamiline senetlerin ortaklara teslim edildiğine ilişkin şirket makbuz ve kayıtları ile, icabında şahit, bilirkişi ve yemin gibi her türlü delille ispat edebilir[32].

b. Özel Denetçi Tayininin İstenebileceği Konular

Özel denetçi tarafından incelenmesi gereken "belli husus", son iki yıl içinde gerçekleşmiş AO'ın kuruluş veya yönetim işlemlerindeki bir yolsuzluğa yahut kanun veya ana sözleşme hükümlerine önemli bir aykırılığa ilişkin bulunmalı veyahut bilançonun gerçekliğinin araştırılması istenmiş olmalıdır (TK. m. 348/2 birinci cümle).

aa) İncelenecek hususun belirli olması: Kuruluşa veya yönetime yahut bilançonun gerçekliğine ilişkin genel nitelikte ve belli konulara ilişkin bulunmayan bir iddia üzerine yahut iki yıldan daha eski olaylar için özel denetçi atanamaz[33]. Azınlık, araştırılması istenilen yolsuzluk veya suistimalin ne olduğunu, anasözleşmeye veya kanuna ne şekilde aykırı hareket edildiğini bilançonun hangi kalemleri itibariyle gerçeği aksettirmediğini, açıkça belirtmek zorundadır.

Buna karşılık anasözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, genel inceleme istemini kabul eden GK kararları sadece bu nedenle iptal edilemez. Çünkü, GK'ca genel bir inceleme için özel denetçi atanmasını engelleyecek herhangi bir hüküm yoktur[34]. Böyle bir karar sadece, özel denetçi atanmasına ilişkin şartlar gerçekleşmediği için, TK. m. 348 hükmünün sağladığı olanakları vermez.

---

31 Nitekim hamile yazılı hisse senetleri söz konusu olduğu taktirde dahi Yargıtay haklı olarak, pay sahiplerinin altı ay önceden pay sahibi olmaları gerektiği şartını aramıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi düzenlemenin amacı, özel denetçi istemi hakkının kötüye kullanılmasını önlemektir. Yargıtay kararına göre: "*..Hamile yazılı pay senetleri sahipleri TTK. nun 348 inci maddesinde öngörülen altı aylık süreden önce pay sahibi olduklarını ispat edemediklerinden dolayı mahkemenin özel denetçi tayinine ilişkin isteminin reddi kararı doğru olmakla, davacının temyiz itirazının reddiyle yerel mahkeme kararının onanması gerekmiştir...*" (11. HD. 10.12.1984, 6068-6167, Eriş, s. 1015).

32 Domaniç, s. 741; Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 14. Bununla birlikte, **İmregün**, Alman Hukukuna dayanarak, hamile yazılı hisse senetlerinde pay sahipliğinin ispatının, mahkeme veya noter huzurunda yapılacak yeminle mümkün olabileceğini savunmuştur (İmregün, **Azınlığın Himayesi**, s. 189).

33 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 5, 12; Arslanlı, **C. I,** s. 247, dn. 194; İsmail Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C. 1, 2. baskı, Ankara 1981, s. 789.

34 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 6.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bb) İki yıllık sürenin uygulanması: İki yıllık sürenin hesaplanmasında, GK'da istemde bulunulma tarihi esas alınmalıdır[35]. Örneğin, GK'da özel denetçi seçilmesi istemi 01.03. 2003 tarihinde yapılmışsa, incelenmesi istenilen kuruluş veya idare işleminin en geç 01.03. 2001 günü yapılmış olması gerekir.

Domaniç'e göre, TK. m. 348/2'de yer alan "son iki yıl" deyiminin yorumlanmasında, iki yıldan daha fazla sürecek kuruluş işlemleri için, iki yıllık sürenin başlangıç tarihi kuruluş işlemlerine girişilme tarihi değil, şirketin tescil tarihidir. Bu hüküm kuruluştan doğan sorumluluk nedeniyle azınlığın özel denetçi isteyebileceğini açıkladığına göre, "son iki yıl" kaydının kuruluş işlemleri ile ilgisi yoktur[36].

Kurucular ile yönetim ve denetim kurulu üyelerine karşı tazminat istemek hakkı davacının zararı ve sorumlu kimseyi öğrendiği andan itibaren iki yıllık ve (fiil cezayı gerektirip daha uzun bir ceza zamanaşımı söz konusu değilse) beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmuşken, özel denetim ve incelemenin en çok iki yıllık olaylara hasredilmiş olması durumu bazı yazarlarca bir çelişki olarak kabul edilmektedir[37]. Dahası **Domaniç**, söz konusu iki yıllık süre sınırlamasının, bilançonun gerçekliğinin araştırılması isteminin söz konusu olduğu durumlar için uygulanmayacağı görüşündedir[38].

Ancak, azınlığın özel denetim istemini azami son iki yıl içinde gerçekleşen kuruluş ve yönetim yolsuzluklarına hasretmiş görünmesine rağmen, bu iki yıllık süre sınırlamasının, azınlığın sadece TK. m. 348/2'ye dayanan talepleri konusuna özgü bulunduğunu, ortaklar dahil her ilgilinin, TK. 348/1'e, azınlığın da TK. m. 356, 366, 367 hükümlerine dayanan özel denetçi isteme hakkının saklı olduğunu ve bu maddelere dayanan özel denetçi tayininde sorumluluk zamanaşımı sürelerinin dahi bir engel oluşturmadığını unutmamak gerekir[39].

TK. m. 348/3 gereğince azınlığın mahkemeye müracaatında olduğunun aksine, bu konularla ilgili olarak özel denetçi atanması isteğinin kabulü için

---

35 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 12.

36 Domaniç, s.742.

37 İmregün, **AO.,** s. 253, dip not 69; Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 12. Alman Hukuku'nda uyum sağlanması için iki yıl olan süre, daha sonra yapılan bir değişiklikle beş yıla çıkarılmıştır (Akt-G. § 142).

38 **Domaniç**'e göre, burada söz konusu olan bilanço son iki yıla ait bilançolar değil, müzakere için gündeme konan bilançodur. Bir faaliyet yılı ile ilgili bilançoyu inceleyecek genel kurul, kural olarak iş yılını izleyen yılın ilk üç ayında toplanır (TK. m. 364). Bu kural aykırı olarak geçmiş yıllara ait bilançoların iki yıl geçtikten sonra genel kurul gündemine alınması halinde de, iki yıllık sınır söz konusu değildir. Azınlık, önemli veya önemsiz hiçbir gerekçe ileri sürmeksizin bilançonun gerçeğe uygunluğunu inceleme yetkisine sahip olduğundan, bilançoda önemli yolsuzlukların bulunduğu gerekçesiyle özel denetçi incelemesi talebi evleviyetle mümkündür (Domaniç, s.742).

39 Domaniç, s.742.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

azınlık, genel kurula hiçbir delil ibraz etmek zorunda değildir. Ayrıca azınlığın bir teminat ve masraf vermesi de gerekmez (TK. m. 348/2).

c. Mahkemeye Müracaat

Yukarıdaki nedenlere dayanarak özel denetçi tayini isteyen azınlık, taleplerinin genel kurulca reddi halinde, bu kez (mahkeme masraflarının ödenmesi, payların bankaya tevdi edilmesi gibi aşağıda üzerinde duracağımız) daha ağırlaştırılmış şartlarla anılan konulardan biri veya tümünün incelenebilmesi için özel denetçi tayinini isteyebilir.

Moroğlu haklı olarak, GK'da özel denetçi isteminin bir azınlık hakkı olarak düzenlenmesinin kanunun sistemine aykırı ve yanlış olduğunu, kanunda azınlık hakkı olarak düzenlenmesi gereken hususun, mahkemeden özel denetçi atanması isteminin olması gerektiğini savunmuştur[40]. TK. m. 348/2'nin son cümlesi ile TK. m. 348/3 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, azınlığın mahkemeden özel denetçi tayinini isteyebilmesi için, yukarıda ele aldığımız azınlık oranına ilişkin şart ile özel denetçinin istenebileceği konular hususundaki şartların yanı sıra ayrıca birtakım şartlar da öngörülmüştür.

GK'da herhangi bir pay sahibi tarafından TK. m. 348/1 hükmüne göre yapılacak bir istemin % 10 azınlık için ek şartlara bağlanmasının hiçbir anlamı yoktur. Ortakların en üst düzeyde denetim haklarını kullandıkları yer olan GK'da pay sahiplerinin belli konuların araştırılması isteminde bulunmalarının, başkaca ağır şartlara tabi tutulmasının haklı bir gerekçesi olamaz. Nitekim mehaz Alman Hukukunda sadece mahkemeden özel denetçi isteminde bulunulması hususu bir azınlık hakkı olarak düzenlenmiştir (Akt-G, 242)[41]. TK. m. 348 hükmü bu yoruma elverişli olmayıp, özel denetçi atanması isteminin GK'ca reddedilmesi halinde mahkemeye başvurmayı hesaplayan bir azınlığın, GK'da istemde bulunurken yukarıda belirtilen (TK. m. 348/2) şartları yerine getirmiş olması gerekir[42].

Mahkemeye müracaat şartları usule ve esasa ilişkin şartlar olmak üzere iki başlık altında toplanabilir.

aa) Usule ilişkin şartlar:

Azınlığın mahkemeye başvurabilmesi için yukarıda belirtilen şartların

---

40 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 7. Aynı doğrultuda Fransız Hukukundaki düzenleme için bkz., Akar Öçal, **"Fransız Hukukunda Hesap Denetçilerinin Anonim Şirketlerin Denetlenmesindeki Rolü"**, Batider, C. VI, S. 3, Haziran 1972, s. 498. Hazırlanan tasarıda bu yönde bir tutum benimsenmiştir (Tasarı m. 439).

41 Bu nedenle Alman Hukukunda ister pay sahibi, ister bir organ veya azınlık tarafından yapılmış özel denetçi tayini GK'da reddedilirse, azınlık için mahkemeye başvuru şartı gerçekleşmiş olur.

42 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 8.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(azınlık sayısına ve denetimi istenen konuya ilişkin şartlar) yanı sıra ayrıca aşağıdaki şartlarında yerine getirilmiş olması gerekir.

Bu şartların yerine getirilmemiş olması durumunda davanın başkaca incelemeye gerek olmaksızın usulen reddi gerekir. Bu hususu mahkeme res'en dikkate alması gerekir. Davalı ortaklık tarafından da davanın her aşamasında iddia ve ispat edilebilir.

Bu şartlar davanın dinlenmesi şartları olarak mahkeme usulüne ilişkin şartlar olduklarından kanunun açıkça izin verdiği haller dışında anasözleşme veya GK kararıyla değiştirilmeleri mümkün değildir[43].

Usule ilişkin diğer şartlar şunlardır:

aaa) Azınlığın talebinin reddedilmiş olması: Azınlığın yukarıdaki şartlara uygun talebinin GK'ca reddedilmiş olması gerekir. Azınlığın talebi öngörülen (TK. m. 348/2 birinci cümle) şartlara uygun değilse, mahkemeden özel denetçi tayini isteyebilme şartı gerçekleşmemiş olur ve istemin reddi gerekir.

Daha önce alınmış özel denetçi atanmasına ilişkin kararı kaldıran GK kararı ile, özel denetçi isteminin ertelenmesine veya bu konuda bir karar alınmasına gerek olmadığına dair alınan GK kararları da red kararı niteliğindedir[44].

GK'un red kararından sonra hangi süre içerisinde mahkemeye başvurabileceği hususu düzenlenmemiştir[45]. **Kanaatimizce**, red kararına rağmen henüz mahkemeye müracaat edilmeden, GK herhangi bir talep üzerine aynı hususun incelenmesi için özel denetçi tayin ederse artık mahkemeden istemde bulunulamaz[46].

Hangi azınlığın mahkemeye müracaat edeceği hususunda **Moroğlu**'ya göre, mahkemeden istemde bulunan azınlığın, GK'dan özel denetçi atanmasını istemiş olan azınlık olması gerekmediği gibi, bu azınlığın atama isteminin reddedildiği GK'da hazır bulunmuş veya atama lehine oy kullanmış olmaları yada GK'un red kararına karşı, kurulda herhangi bir itirazda bulun-

---

43 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 15.

44 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 11.

45 Bununla birlikte tasarıda, bu süre 3 ay olarak öngörülmüştür (Tasarı m. 439/1). Bu sürenin, GK kararlarına karşı iptal davası açmak için öngörülen (TK. m. 381) üç aylık hak düşürücü süreye de uygun olduğu ve muhtemelen bu durum gözönünde bulundurularak tasarıdaki hükmün düzenlendiği anlaşılmaktadır. Yine sözkonusu tasarı özel denetçi tayini konusunda sadece mahkemeyi yetkili kıldığından, GK'un bu yöndeki kabul kararından itibaren, şirket veya her bir paysahibi otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını talep edebilir (Tasarı m. 438/2).

46 **Moroğlu**, bu durumda bir gurup azınlık pay sahibinin isteği üzerine mahkemenin özel denetçi tayini istemini kabul etmesi durumunda mahkemeye gidilemeyeceği görüşüne yer vermiştir (Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 11).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

muş olmaları da zorunlu değildir. Ayrıca, mahkemeden istemde bulunan azınlığın oy hakkından yoksun olup olmamaları da önemsizdir[47]. Çünkü TK. m. 348/2 hükmünün birinci cümlesi, "*...toplantı vaktinden itibaren en az altı ay önceden beri...*" pay sahibi olma şartının dışında, azıkla ilgili herhangi bir şart aranmamıştır.

Domaniç bu görüşü eleştirerek, böyle bir görüşün, bir grup ortaklardan oluşan azınlığın, diğer ortaklardan oluşan başka bir azınlığı temsil etmesi gibi kanunda kabul edilmeyen bir sonuca varacağını, ayrıca, bir azınlığın mahkemeye başvurması için TK. 348/2'nin emrettiği gibi önce GK'a başvuru zorunluluğunun dolanılmasına yol açacağını, GK'ca özel denetçi istemi reddedilen azınlığın, bu karardan tatmin olmaları, aydınlanmaları ve artık özel denetçiye gerek görmemelerinin olası olduğunu, bu durumda, özel denetçi isteminden vazgeçen bir azınlığın mahkemeye başvurabilmesi ve özel denetçi isteminden vazgeçen bir azınlığın GK'a başvurmasından yararlanması gibi bir sonucun oluşacağını, soyut GK'un red kararına karşılık herhangi bir azınlığa mahkemeye başvurabileceği prensibi kabul edildiği taktirde, TK. 348/1'e dayanan bir ortağın GK'ca reddi halinde de herhangi bir azınlığın, önce genel kurula gitmeksizin mahkemeden özel denetçi isteyebilmesi gibi bir sonucun kabulünün zorunlu olacağını haklı olarak savunmuştur[48].

bbb) Masrafların ödenmesi: Azınlık, özel denetçi araştırma masraflarını peşinen mahkeme veznesine ödemek zorundadır (TK. m. 348/2 son cümle). Masrafların kesin tutarı davanın açılması sırasında bilinmediği için, yargıç, incelemenin giderleri ile özel denetçi ücretini gözönünde tutarak geçici bir masraf belirlemelidir[49].

ccc) Pay senetlerinin bankaya tevdi edilmesi: Azınlığı oluşturan ortaklar dava neticesine kadar rehinli kalmak üzere sahip oldukları pay senetlerini veya bu payları temsil eden ilmühaberleri muteber (mevduat kabul eden banka) bir bankaya tevdi etmek zorundadırlar (TK. m. 348/2 son cümle).

Domaniç'e göre; masrafların ve şirket lehine verilen teminatın (azınlık paylarının teminat olarak bankaya yatırılması) peşinen ödenmeden mahkemeye müracaat edilmiş olması davanın dinlenmesine engel ve usulen reddine sebep teşkil etmez. Çünkü; mehaz kanunun, azınlığın paylarını mahkemeye müracaattan sonra ve karar verilmeden önce tevdi zorunluluğunu ge-

---

47 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 11-12.

48 Domaniç, s.752, 6 no.lu dipnot.

49 Bununla birlikte tasarı giderlerle ilgili olarak şu hükme yer vermiştir: "*Mahkeme, özel denetçi atanmasını kabul etmişse, şirketçe ödenmesi gereken avansı ve giderleri belirtir. Özel hal ve şartların haklı göstermesi halinde giderler kısmen veya tamamen talep sahiplerine yükletilebilir. Genel Kurul özel denetçinin atanmasına karar vermişse giderler şirkete ait olur*" (Tasarı m. 444).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tirdiğini, masrafların avans verilmesi, hele hele bu iki yükümlülüğün davanın dinlenmesi şartı olduğundan, ima yolu ile bile söz edilmediğini belirtmiştir. Ayrıca azınlığın denetim hakkının, masraf ve teminatın bir gün evvel veya bir gün sonra tevdi edildiği gibi, lüzumsuz ve şirkete hiçbir yarar sağlamayan tartışmalarla engellenmemesi, teminat ve masrafların peşin ödenmemiş olması nedeniyle dinlenmeyen davanın, bu şartların yerine getirilmesi karşısında yeniden açılabilmesi ve mahkemelerin yok yere işgal edilmemesi gibi nedenlerle bu hükmün mehaz kanun hükümleri doğrultusunda yorumlanması gerektiğini, davalarda teminat ve masrafları düzenleyen birçok hükmün[50] de bu yorum şeklini zorunlu kıldığını ifade etmiştir[51].

Kanaatimizce, TK. m. 348/2 som cümlenin açık hükmü karşısında bu görüşü kabul etmeye olanak yoktur. Söz konusu hüküm ancak, "*...lüzumlu masrafları peşin ödemek, ...pay senetlerini muteber bir bankaya tevdi etmek şartiyle...*" mahkemeye başvurulabileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla masrafların ödenmiş olması ve payların bankaya tevdi edilmesi davanın dinlenme şartıdır ve bu hususlar mahkemece res'en dikkate alınır[52]. **Domaniç**'in haklı olarak savunduğu yukarıdaki görüşler anılan hükmün, farklı yorumlanmasına değil ancak değiştirilmesi ihtiyacına yönelik eleştiriler olabilir.

Azınlık TK. m. 348/2 şartlarına uygun olarak pay sahibi olduğunu dava dilekçesine ekleyeceği senetlerle ispat edebileceği gibi, bazen çok yüksek değerdeki senetlerin mahkemeye ibrazı güçlükler yaratabilir. Bu nedenle senet yerine pay sahipliği defterine (TK. m. 79, 80) dayanılarak pay sahipliğinin ispatı mümkündür. Senet çıkarılmayan hallerde ise pay sahipliği defterine dayanılması zorunludur. Bu durumda azınlığın, MK. m. 954'e uygun bir rehin belgesini bankaya tevdi etmeleri ve bankadan bir belge alarak davanın açılması sırasında mahkemeye ibraz etmeleri yeterli ve zorunludur. Banka kendisine başvuranların ortak olduklarını ve belli bir miktarda pay

---

50 Teminat ve masrafları düzenleyen hükümlere; TK. m. 348'e söz konusu olan özel menfaatler değil, çok daha önemli kamu yararını koruma amacı güden harçların peşinen ödenmesini şart koşan 492 sayılı Harçlar Kanununun bazı maddeleri (23/3, 30), masraf ve teminatın dilekçe ile birlikte ödenmemesinin davanın dinlenmesine engel teşkil etmeyeceğini düzenleyen HUMK. m. 348 ile teminatı düzenleyen HUMK. m. 98/1 hükmü örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca, İİK. m. 159'a dayanarak iflas davasında, İİK. m. 259 gereğince ihtiyati hacizlerde gerekli teminatların mahkemenin taktir ve kararına bağlı bulunmakta bu nedenle, TK. m. 348'e dayanan masrafında ancak mahkemenin takdir edeceği miktar ve sürede ödenmesi gerektiği sonucuna varılır. Nihayet, TK. m. 356'da azınlığın teminat gösterme mecburiyetinin denetim organına başvurma halleri içinde söz konusu olmakta, bu durumda da, denetçilere sadece müracaat için ve müracaattan önce teminat gerekmemekte ve şikayet konularının incelemesine geçilmeden önce tevdii yeterli bulunmaktadır. Bu nedenlerle, TK. m. 348'in gereği olan teminat paylarının ve masrafın, azınlık tarafından davadan önce veya en azından dava tarihinde tevdi ve tediye edilmemiş olması, davanın dinlenmemesine yol açmaz, tamamlanmasını gerektirir (Domaniç, s.744-776).

51 Domaniç, s.744. Aynı yöndeki görüş için bkz., Eriş, s. 1012.

52 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 15.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sahibi bulunduklarını incelemekle yükümlü bulunmadığı için, bu şartların varlığı yine mahkemece, yargılama sırasında pay sahipliği defterinin incelenmesiyle açıklığa kavuşturulacaktır.

Azınlığın şirket lehine rehinli olarak tevdi edeceği paylar, bütün payları olmayıp, yüzde on sermayeyi temsil eden paylardan ibarettir (TK. m. 348/2. birinci cümle).

Moroğlu, TK. m. 348'de yer alan pay senetlerinin "*dava sonuna kadar merhun kalmak üzere*" hükmünden, kanun koyucunun davalı şirketin zararlarına ve tazminat alacağına karşılık olarak tevdii emretmediğini, bu hüküm ile bir veya birden çok davacının en az 1/10 sermayeye sahipliğinin dava sonuna kadar korunmasının amaçlanmış olduğunun anlaşıldığını ifade etmektedir[53].

bb) Esasa ilişkin şartlar: Özel denetçi atanmasına ilişkin azınlık talebinin mahkemece kabul edilebilmesi için, azınlık ortakları, "*iddia olunan hususlar hakkında kafi delil ve emare*" de göstermek zorundadır (TK. m. 348/3)[54].

Bir görüşe göre, söz konusu hükümde yanlış yorum olasılığını ortadan kaldırmak için "ve emare" sözü kullanılmıştır. İddiaların varlığının kesin olarak kanıtlanması, esasen özel denetçi raporunun sonucunda mümkün olacağından, azınlık mahkemeye sunduğu delil ve emarelerle, yolsuzluk veya aykırılık iddiasının doğruluğunu muhtemel gösterebilirse, özel denetçi atanma isteminin kabul edilmesi gerekir[55]. **Yargıtay** bir olayda, AO'ın ana sözleşmesindeki yasağa rağmen başka bir AO'ta pay sahibi olması karşısın-

---

53 Moroğlu, **Özel Denetçi**, s. 15.

54 Tasarının 439/2 hükmüne göre: "*Dilekçe sahiplerinin, kurucuların veya organların, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ederek şirketi veya paysahiplerini zarara uğrattıklarını ikna edici bir şekilde ortaya koymaları halinde özel denetçi atanır*".

55 Arslanlı, **C. I,** s. 243; İmregün, **AO.,** s. 253; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 354; Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 16. Ayrıca bu husus Yargıtay 11.HD.nin 12.2.1993 gün, E. 93/470, K.93/879 sayılı kararında: "*...Özel denetçi tayinine ilişkin nedenlerin mahkemede kesin biçimde ispatı gerekmez ise de, iddialar için kanun veya esas sözleşmeye önemli ölçüde aykırı davranışlar olduğu konusunda şüpheyi haklı kılacak yeterli delil ve emareler gösterilmesi zorunludur...*" şeklinde dile getirilmiştir (Moroğlu, **TTK.,** s. 274).

Bir başka kararda: "*TTK nın 348/2 maddesi hükmüne göre, azınlık pay sahipleri tarafından özel denetçi (murakıp) tayinine ilişkin nedenlerin varlığının kesin bir biçimde kanıtlanması şart değildir. Kanun koyucu özel denetçi tayinine ilişkin olarak öne sürülen vakıaları az çok doğrulayan delil ve emarelerin yeterli saymıştır.Söz konusu madde metninde yer alan hususların olayda var olup olmadığı yönü, özel denetçilerin yapacağı inceleme ve araştırma sonucu ancak ortaya çıkacaktır. Ayrıca,özel denetçi tayinine dayanarak yapılacak olan vakıalar yönünden kesin hüküm de söz konusu edilemeyeceğine göre, kesin delil aranmasının dayanağının bulmak güçtür. Özel denetçilerin çalışma alanlarına giren ve bunun sonucu ile ilgili bulunan, bilançonun geçerlilik derecesinin araştırılması zorunluluğu vardır.*

Davacıların tesbit istemi üzerine, mahkemece şirketin işletme konusuna giren (TTK.137) ve Van'da yapımı süren fabrika tesislerinde uzman bilirkişiler aracılığı ile yaptırılan ve yeterli nite-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

da özel denetçi tayini için yeterli sebep olduğunu kabul etmiştir[56]. Mahkeme kanaatini güçlendirmek için kendiliğinden YK üyeleri ile denetçileri dinleyebileceği gibi, denetçiler tarafından TK. m. 356'ya göre veya sair hallerde hazırlanmış olan raporları göz önünde tutabilir ve gerektiği takdirde bilirkişi incelemesi de yapabilir[57].

Buna karşılık **Domaniç**'e göre, özel denetçi tayinine ilişkin mahkeme kararı kimseyi mahkum etmediğinden ve tedbir veya tespit niteliğinde ve kesin hüküm kuvvetinden yoksun bir karar niteliği taşıdığından suistimal veya kanunsuzlukları ispat edecek delillere ihtiyaç olmadığı için, kanun sadece "emareden" söz etmiştir[58].

Özel denetim iddiaları, çoğu zaman haksız fiil iddiaları olduğundan şirkete ait ticari defter ve kayıtların (TK. m. 4/2, 79; HUMK. m. 326-336) yanı sıra, yönetim ve denetim kurulu raporları, bilançolar, pay sahipleri cetveli, kar ve zarar hesabı, genel kurul tutanağı, komiserin mütalaası veya şahitliği, bilirkişi ve tanık gibi her türlü delille ispatlanması mümkündür.

Bilançonun gerçekliğinin araştırılması taleplerinde, diğer konulardan farklı olarak, delil ve emareye gerek yoktur. Çünkü bilançonun gerçeğe uygunluğunun tespiti, bilançoda yer alan aktif ve pasiflerin, şirket kayıtları ile, borçlu ve alacaklı olan üçüncü şahıs kayıtları arasında karşılaştırma yapılmak suretiyle mümkündür. Uzmanlık gerektiren bu işin, pay sahiplerince yerine getirilmesi beklenemez.

II. ÖZEL DENETÇİ TAYİNİNE KARAR VERECEK YETKİLİLER

A. GENEL KURUL TARAFINDAN ÖZEL DENETÇİ TAYİNİ

GK bazı durumların tetkik ve teftişi için gerektiğinde özel denetçi tayin edebilir (TK. m. 348/1). GK'un bu hakkı nisbi emredici[59] nitelikte olup, anasözleşmeye konacak bir hükümle bertaraf edilemeyeceği gibi, GK toplantı ve ka-

---

likte görülen inceleme sonucu saptanan inşaat ve ihzarat değeri ile bunların bilanço değeri arasında (olağan hata) payını oldukça aşan miktarda ve belirgin biçimde çelişki bulunmaktadır. Gerçekten 31.08.1981 günü itibariyle; fabrika inşaatı, makine tesisat ve demirbaşlar ile elektrik donanımın saptanan değerleri (81.134.000) TL Bilirkişilerce, inşaat doğrudan şirketçe yaptırıldığından, birim fiyatta yer alan %25 müteahhit karının saptanan bu değerden düşülmesi gereği ayrıca vurgulanmıştır. Böylece, belirtilen değerin daha da düşmesi söz konusu iken davalı şirketçe düzenlenen 31.12.1980 günlü bilançoda anılan kalemler (150.474.900) TL olarak gösterilmiştir. Sadece bu çelişki dahi, (özel denetçi-murakıp) tayini istemini haklı kılacak bir niteliktedir. Mahkemece, davanın kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir" hükmüne yer verilmiştir (11. HD. 15.4.1982, 1269/1727, Eriş, s. 1014).

56 11. HD. 3.11.1977 tarih ve 4333/4761 esas sayılı kararı için bkz., Eriş, s. 1301.

57 Erdoğan Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 16.

58 Domaniç, s.746.

59 Nisbi emredici hükmün anlamı konusunda bkz., Erdoğan Moroğlu, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 2. bası, Ankara 1993, s. 42 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rar nisaplarının üstünde bir toplantı karar ve nisabının da tespiti caiz değildir[60]. Özel denetim hakkını kaldıran veya kısıtlayan anasözleşme hükmü veya GK kararı batıldır (BK. m. 20) ve bu butlan dürüstlük kuralına aykırı olmamak şartıyla dava veya defi yoluyla süresiz olarak ileri sürülebilir. Buna karşılık, anasözleşmeye GK tarafından özel denetçi atanması olanağını arttıran kayıtlar, örneğin esas sermayenin % 5'ini temsil eden paylara sahip azınlığın talebi halinde GK'un özel denetçi atamak zorunda olduğu şartı konulabilir[61].

Özel denetçi tayiniyle ilgili genel kurul toplantı ve karar alma usulü TK. m. 368-378'de düzenlenen şekildedir. Bu nedenle TK. m. 374 ve 361 uyarınca oy kullanma yasağı burada da söz konusudur[62]. Özel denetçiye başvurma konu ve sebepleri denetçilerin de sorumluluğunu gerektirebileceğinden, TK. m. 374'teki mahrumiyet halinin denetçiler için de uygulanması zorunludur. Örneğin, özel denetçi tarafından incelenmesi öngörülen belirli bir kuruluş veya yönetim işleminden dolayı ortaklığa karşı kurucu, yönetici veya denetçi sıfatıyla sorumlulukları söz konusu olan kimseler özel denetçi seçiminde oy haklarını şahsen veya bir vekil aracılığıyla kullanamazlar. Aksi halde, seçime ilişkin GK kararının iptali istenebilir (TK. m. 381)[63].

Özel denetçi istemiyle karşılaşan GK, bu istemi kabul edebileceği gibi red kararı da verebilir.

1. KABUL KARARI

Azınlığın denetçi isteğini GK'un, red yerine kabul etmesi daha olasıdır. Çünkü GK, azınlığın isteğini reddederse azınlık, mahkemeye başvurarak özel denetçileri mahkemenin atamasını sağlayabilecektir. Buna karşılık GK isteği kabul ederse, özel denetçinin mahkemece seçilmesi yolu kapanmış olacak, böylece GK özel denetçiyi seçme yetkisini kendisi kullanabilecektir[64].

---

60 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 4; Çevik, **AŞ.,** s. 552.

61 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 4.

62 Bu konuyla ilgili olarak 11.HD.nin 26.9.1994 gün, E. 94/2800, K.94/677 sayılı kararında: "*...Hernekadar özel denetçinin ismen seçimine ilişkin genel kurul kararına davacılar karşı oylarını kullanarak red oyu vermiş bulunmaları nedeniyle dava açma hakları bulunmakla beraber, davalı şirketin yönetim kurulu üyelerinin özel denetçinin ismen seçim suretiyle TTK.nun 374 üncü maddesi bir yasak getirmemiş olmasına göre, davacıların temyiz itirazlarının reddiyle kararın onanması gerekmiştir...*" görüşüne yer verilmiştir (Moroğlu, **TTK.,** s. 298).

63 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 9.

64 Bu sakıncalar gözönünde bulundurularak, hazırlanan tasarı da, sadece mahkemeye özel denetçi tayin etme yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte, GK'un kabul veya red kararına bağlı olarak mahkemeye başvuru şartları değişmektedir. Tasarının 438/2 hükmüne göre: "*Genel kurul talebi onaylarsa, şirket veya her bir paysahibi otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını talep edebilir*". Buna karşılık, tasarının 439/1 hükmüne göre: "*Genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi halinde, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan paysahipleri veya paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan paysahipleri üç ay içinde mahkemeden özel denetçi atamasını isteyebilir*".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu sakıncayı önlemek amacıyla, özel denetçinin GK tarafından atanması kararına karşı, iptal yoluna başvuran bir kısım pay sahiplerinin isteği, özel denetçinin atanmasına ilişkin azınlık isteğinin GK'ca reddedilmemesi noktasından hareketle, mahkemece reddedilmektedir.

a. Kararın İptali

Domaniç'e göre, özel denetçi seçimine ilişkin genel kurul kararının iptali ve hatta hükümsüzlüğü dava edilebilir (TK. m. 361, 386; BK. m. 19, 20). Mesela, üye seçiminde, TK. m. 349, 374 hükümlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle iptal veya nisabın yokluğu nedeniyle hükümsüzlük davası açılabilir[65].

Buna karşılık **Moroğlu**; özel denetçi tayinine ilişkin davanın eda davası olduğunu, bu nedenle azınlığın mahkemeye müracaatla özel denetçi tayinini isteyebilmesi mümkün iken, bunun yerine özel denetçi atanmasının reddine dair GK kararının iptalini dava etmekte hukuki menfaatinin bulunmadığını ve dolayısıyla GK'un red kararına karşı iptal davasının açılamayacağını savunmuştur[66].

Yargıtay bu konuda çelişkili kararlar vermiştir. Birtakım kararlarda, GK'un red kararlarına karşı, iptal davasının açılabileceği kabul edilirken[67], bazı kararlarda ise red kararı nedeniyle mahkemeden özel denetçi atanmasının istenebileceği gerekçesiyle iptal davasının açılamayacağı görüşü benimsenmiştir[68].

---

65 Domaniç, s.749. Aynı yöndeki görüş için bkz., Eriş, s. 1012-1013.

66 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 16-17. Aynı görüş için bkz., Eriş, s. 1011-1012; Özkan, s. 35.

67 Y.11. HD. 19.12.1980 gün ve E. 5866/K. 5942 sayılı karar: "... *TTK'nın 342/2 maddesi hükmünde, özel denetçi tayini hakkındaki istemin genel kurulca red olunması halinde, mahkemeye müracaattan söz edilmiş olmasının, şirketin bir organınca yapılabilecek bir işin bu organca (ki genel kuruldur) yapılmaması taktirinde mahkemece yaptırılmasının istenmesi anlamını tazammun etmesine ve başka mahkeme tarafından özel denetçi tayin edilmesine mahal olmadığı yolundaki genel kurul kararının iptal edilmiş bulunmasının sonucu etkilememesine göre, davalı vekilinin karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir...*" (Eriş, 1013).

68 11.HD.nin 30.6.1980 gün, E. 3183, K. 3534 sayılı kararda: "*...1/10 azınlığının özel denetçi atanması isteminin genel kurulda reddedilmesine dair kararının TTK.nun vd. md.lerine göre iptali dava edilemez. Çünkü TTK.nun 348. md.sinde genel kurulun özel denetçi atanması istemini reddetmesi halinde yapılacak işlem konusunda özel bir düzenleme getirilmiş ve özel denetçi atanması için mahkemeye başvurulması öngörülmüştür...*" (Batider, C. XIV, S. 1, s. 132).

Yine, Y. 11. HD. 24.6.1982 gün ve E. 2952/K. 3061 sayılı karar: "*Yargıtay kararında belirtilen gerektirici sebeplere ve TTK nun 348/2 maddesi hükmü gereğince özel denetçi seçimi için, önce genel kurula başvurma, ve bu isteğin genel kurulca reddi koşulunun gerçekleşmiş olması lazım gelmesine; ortada redde ilişkin bir genel kurul kararı mevcut olmadıkça özel denetçi seçimi mahkemeye başvurulamayacağına, bu hususun madde hükmünden açıkça anlaşılmasına; bu durumda TTK.nun 381. maddesine dayanılarak özel denetçi seçimi isteminin reddine ilişkin genel kurul kararının iptal edilmesi yoluna gidilmeyeceğini kabulünü gerekmesine, aksi halde yani bu konudaki genel kurul kararını varlığının ortadan kalkaca-*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kanaatimizce, GK'un özel denetçi tayinine ilişkin red kararlarına karşı da iptal davası açılabilmelidir. **Teoman**'ın haklı olarak belirttiği gibi, red kararına karşı açılan iptal davası, TK. m. 348/2'ye dayanılarak açılan özel denetçi tayinine ilişkin davadan önce sonuçlar ve GK kararı iptal edilirse, toplanacak ilk GK'da bu konu tekrar görüşülerek karara bağlanabilecek, bu durumda konusu kalmadığı için TK. m. 348/2'ye dayalı davaya devam edilemeyecek ve böyle bir sonuçta mahkemelerin iş yükünü hafifletecektir[69]. Ayrıca azınlık açısından böyle bir sonuç, daha önce teminat olarak bankaya tevdi edilmiş olan payların, iadesini gerektirecek ve mahkemenin devam etmesi olasılığında mahkeme masraflarının artmasını da önleyecektir. Dolayısıyla azınlığın, red kararına karşı iptal davası açmakta hukuki menfaatinin bulunmadığı görüşüne katılma imkanı yoktur.

ğına ve bu koşulun yokluğu halinde mahkeme den özel denetçi tayini istemini de reddi gerekçesi ile kanun koyucunun bu çelişkiyi ölmemek için TTK 348 maddeyi düzenleyerek, istemin reddi halinde iptal yoluna gidilmeyip, özel denetçi seçiminin mahkeme kararıyla sağlanması hükmünü getirmiş olmasına göre, davalının karar düzeltme isteminin reddi gerekmektedir" (Eriş, s. 1014-1015).Ayrıca bkz., 11.HD.nin 24.6.1982 gün, E. 82/2952, K82/3061 sayılı kararı (YKD., C.8, S. 9, s. 1279-1280).

Bununla birlikte **Yargıtay**, özel denetçi tayini isteminin GK'ca reddedilmesi halinde, özel denetçi tayini için mahkemeye başvurulmuş ve aynı zamanda, söz konusu GK kararının tümünün iptali için dava açılmış ise, bu durumda derdestlik iddiasını kabul etmemiştir (11. HD. 26.2.1982, 757/770). **Poroy**, denetçi atanması istemine ilişkin dava ile, GK kararının iptal edilmesi davası arasında bir konu birliği olmadığını, red kararı özel denetçi tayini için mahkemeye müracaat imkanını sağladığına göre, bu kararın iptalinin, özel denetçi tayini usulünde bir işlevi olmadığını, bu nedenle söz konusu Yargıtay kararının yerinde olduğunu ifade etmiştir (POROY (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 354). Anılan Yargıtay kararına göre: "*Davacılar vekili, müvekkillerinin davalı şirkete %30 pay sahibi olduklarının 12.05.1980 günlü genel kurul toplantısında özel denetçi tayini istediklerinin reddediği iddiayla özel denetçi tayinini istemiş ve mahkeme ile, daha önce genel kurul toplantısında alınan kararlarının iptali için dava açıldığı, derdest bir dava varken bu davanın dinlenemeyeceğini gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.*

Derdestlik itirazının kabul edilebilmesi için her iki davanın tarafları ve konusunun aynı olması lazımdır. İşbu davanın konusu TTK'nın 348. maddesine dayanan özel denetçi tayini olup, Asliye3. Ticaret Mahkemesinin 980/474 sayılı dosyasında ise, 13.05.1980 günlü genel kurul toplantısında alınan kararların iptali TTK'nın 381. maddesi hükmüne göre istenmiştir. Davalar arasında konu birliği yoktur. Genel kurul kararı mahkemece iptal edilse dahi bu durum kendiliğinden özel denetçi tayinini gerektirmez. Yinede mahkemeye başvurması lazımdır. Esasen özel denetçi tayini konusunda mahkemeye başvurabilmek için genel kurulca bu isteğin reddedilmiş olması gerekir. Diğer yandan, 980/474 sayılı dosyadaki dava dilekçesi incelendikten davacıların TTK. nun 348.maddesince özel denetçi seçimi için mahkemeye başvuru hakkını saklı tutmaları gözlenmektedir. Bu nedenle mahkemece işin esasına girilerek hüküm tesisi gerekirken, derdestliğe dayanılarak reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Y. 11. HD. 26.02.1982 E. 757/K. 770, Eriş, s. 1013-1014).

69 Ömer Teoman, "**Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Özel Denetçi Konusundaki Bir Kararı Üstüne Kısa Notlar**", İkt. ve Mal., C. XXIX, S. 2, Mayıs 1982, s. 62.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b. Özel Denetçinin Şahsına İtiraz

GK'ca atanan özel denetçinin şahsına mahkemede itiraz edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır[70]. Böyle bir hakkın tanınmadığı görüşünde olan **Moroğlu**'na göre, çoğunluğun seçtiği özel denetçinin şahsına mahkemede itiraz hakkının, hiç olmazsa azınlığa tanınmamış olması önemli bir eksikliktir. Çünkü oy çoğunluğunu ve yönetimi elinde bulunduran pay sahiplerinin kendilerine (yönetime) yakın bir kimseyi özel denetçi seçtirmeleri olasılığı, 348. maddenin etkinliğini hiçe indirebilecek önemdedir. GK'un özel denetçi seçim hakkını kötüye kullanması durumunda, diğer pay sahiplerinin ancak seçim kararının dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle iptalini dava edebilirler (TK. m. 381). Bunun dışında azınlığın mahkemeden başka bir denetçi atanmasını isteyebilmesine TK. m. 348 hükmü olanak vermemektedir. Anılan madde de ancak özel denetçi atanması isteminin GK'ca reddedilmesi halinde mahkemeye gidilebilmesi öngörülmüştür[71].

Bu görüşten hareketle, GK'ca seçilen özel denetçiler arasında, azınlığın gösterdiği adaylardan en azından birinin dahi seçilmemesi halinde, bu durumun iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağı gerekçesiyle GK'un özel denetçiye ilişkin kararının iptal edilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak bu iddiayla GK kararı iptal edilse bile, özel denetçinin yeniden seçilme yetkisi yine GK'a aittir. Mahkemenin özel denetçi atayabilmesi ancak GK'un özel denetçi atama isteğini reddetmesi halinde mümkündür[72]. Dolayısıyla yapılacak itirazın pratik hiçbir yararı olmayacaktır.

Buna karşılık **Poroy**, çoğunluğun, azınlığın talebini kabul ederek kendi işine gelen bir özel denetçi ataması durumunda, bu karara karşı özel denetçinin kişiliğine itiraz edilerek mahkemeden özel denetçi tayininin istenebileceğini, bu işlemi sağlaması gereken TK. m. 348/son hükmünün, yanlışlıkla aynı maddenin üçüncü fıkrasının bir tekrarı niteliğinde düzenlendiğini savunmuştur[73].

Bu görüşün kabul edilmesi durumda şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır: Acaba "atanan denetçinin çoğunluğun kendi işine gelen denetçi" olduğu hükmüne varmanın kriteri nedir? Çoğunluğun azınlık adaylarından hiçbirini seçmemesi hali mi? Böyle bir sonuç kabul edilirse, çoğunluk bu durumdan kurtulmak için azınlığın gösterdiği adaylardan birini seçmek durumunda mı bırakılmak istenmektedir? GK azınlığın gösterdiği adayları veya azın-

---

70 Alman Paylı Şirketler Kanunu (Akt-G. 241/ no.4'de) GK kararından sonraki iki hafta içinde özel denetçinin kişiliğine itiraz edilerek, başka bir özel denetçinin atanması için mahkemeye başvurulabilir hükmü getirilmiştir.

71 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 10. Bununla birlikte **Moroğlu** ayrıca, mahkemece atanan özel denetçinin şahsına aynı mahkemede HUMK'nun bilirkişiliğe ilişkin hükümleri çerçevesinde itiraz edilebileceğini de savunmuştur (Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 10, dn. 12).

72 FahimanTekil, **Anonim Şirketler Hukuku**, 2. bası, İstanbul 1998, s.248.

73 POROY/(Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 414.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lığın niyetini beğenmezde yaşam kariyerleri itibariyle herkesin saygı duyduğu kişileri denetçi olarak seçerse, böyle bir durumda seçilen denetçiler, (azınlığın gösterdiği adaylar arasında yer almamaları nedeniyle) GK çoğunluğunun kendi işine gelen özel denetçiler mi sayılacaklardır?

Bu konuda Fransız Ticaret Şirketleri Kanunu'nun 226. hükmü, azınlığı oluşturan bir veya birkaç pay sahibinin ilgili faaliyet yılına ait bazı işlemlerin incelenmesi için, bir veya birden fazla uzman kişiyi (özel denetçiyi) görevlendirerek rapor hazırlamasını mahkemeden isteyebileceklerini ve hazırlanan raporun ayrıca GK'a sunulmak üzere hesap komiserlerine gönderilip yayınlanacağını öngörmüştür.

Tekil buradan hareketle, Fransız sisteminde olduğu gibi azınlığın GK tarafından seçilenlere ek olarak kendi özel denetçisini mahkemeden seçtirebilmesi ve bu denetçilerin raporlarının da GK'a ulaştırılabilmesi yolunda bir düzenlemenin yapılmasını, bu düzenleme gerçekleştirilinceye kadar yürürlükteki hukuk çerçevesinde, açılan sorumluluk veya iptal davalarında mahkemelerin atayacağı bilirkişilerin, özel denetçilerin çalışmalarını inceleyebilmeleri gerektiğini savunmuştur[74].

c. Kararın İçeriği

Özel denetçi isteğini kabul eden GK, denetçilerin kaç kişiden ve kimlerden oluşacağını da tespit eder. Bu tespitler ayrı ayrı oylanmak suretiyle yerine getirilir. Seçilip de görevi kabul etmeyen veya daha sonra istifa eden denetçinin yerine yedek denetçi veya denetçiler de seçilebilir. Aksi taktirde genel kurulun yeniden toplanarak denetçi seçmesi gibi bir durumla karşı karşıya kalınabilir.

Kimlerin özel denetçi seçilebilecekleri ve kimlerin seçilemeyecekleri hususunda kanunda bir açıklık yoktur[75]. Ayrıca kaç kişinin özel denetçi seçile-

---

74 Tekil, s.249-250. Bununla beraber Yargıtay, bir GK kararının iptali davasında özel denetçilerin raporları üzerinde hiç durulmayarak sadece bilirkişi raporuna dayanılmak suretiyle karara varılmasını uygun görmemiştir. Söz konusu 11.HD.nin 30.12.1992 gün, E. 92/6648, K.92/11775 sayılı karara göre: "*...Gerek 1986, gerek 1987 yıllarına ait toplantılarda özel denetçiler seçilmiş olmasına ve bu denetçilerin TTK.348 inci maddesi hükümce şirket kayıtlarının ve bilançonun doğru olup olmadığı yönünden derinliğine bir inceleme yapmaları gerekli bulunmasına göre, 1986 ve 1987 yılları yönünden özel denetçilerin incelemeleri bitirip raporlarını düzenlemeleri beklenerek sonucuna göre genel kurulca bilançonun, yönetim ve denetim kurulu raporlarının onaylanıp onaylanmayacağını, kar dağıtımı yapılıp yapılmayacağının, dağıtım yapılacaksa ne oranda yapılacağının daha sonraki bir toplantıda karar altına alınması gerekir...*" (Moroğlu, **TTK.**, s. 273-274).

75 Alman Hukukunda gerek GK'ca ve gerekse mahkemece seçilecek özel denetçilerin seçilebilme şartları belirlenmiştir (Akt-G. 143). Tasarının 440/2 hükmünde, "*mahkeme talebi yerinde görürse, talep çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirir*" ifadesine yer verilerek, seçilecek kişilerin bağımsız ve uzman kişilerden olacağını hükme bağlamıştır. Dolayısıyla, şirketle doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantılı olan kişiler özel denetçi olarak seçilemezler.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ceği konusu da düzenlenmemiştir. **Moroğlu**'na göre, organ denetçilere ilişkin seçilme engellerini düzenleyen TK. m. 349 hükmünün kıyasen uygulanabilmesi olasılığı bu konudaki kanun boşluğunu doldurmak için yeterli değildir[76]. **Kanaatimizce**, bu konudaki kanun boşluğunun en azından TK. m. 349 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla giderilmesi gerekir. Aksi taktirde, özel denetçilerin bu boşluk nedeniyle herhangi bir şarta bağlı olmaksızın seçilebilecekleri gibi bir sonuç ortaya çıkar. Böyle bir durumda, özel denetçi atanması hususuyla güdülen amaç hiç veya gereği gibi gerçekleşmeme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Çünkü denetim organı için bir takım seçilme engellerinin öngörülmesindeki gaye, denetlenmenin hiçbir etki altında kalınmadan, ortaklık ve dolaylı olarak pay sahipleri ile alacaklıların (HAAO'da özellikle de kamunun) menfaatini korumaktır. Burada güdülen amaç özel denetçi tayini hususunda evleviyetle söz konusu olduğu için, denetçi organ için seçilme manilerini düzenleyen TK. m. 349 hükmünün yanı sıra, TK. m. 347/4, 351 ve denetçi seçilmeye engel diğer kanunlardaki özel hükümlerin de kıyasen uygulanması gerekir. **Poroy**'a göre, bu konuda somut olaya göre bir karar verilmesi gerekir[77].

Genel kurul, kararında, denetçilerin inceleyeceği konuları da belirler. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, özel denetçiden denetlemesi istenen konuların "muayyen" (belirli) olması gerekir. Bu konulara özel denetçi tayini talebindeki hususların yanı sıra başka konular da eklenebilir. Ancak özel denetçi tayini talebindeki konuların kısmen yer almaması durumunda genel kurulca alınan karar red hükmünde olup azınlığın mahkemeye başvurma hakkı doğar.

Genel kurul ayrıca, denetçiye ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, ödenecek ücreti belirleyebileceği gibi bu ücretin belirlenmesi için YK'na, murahhas üye veya müdürlere de yetki verilebilir.

d. İlişkinin Niteliği

TK. m. 348/1 hükmünden de açıkça anlaşıldığı gibi, özel denetçinin bizzat GK tarafından seçilmesi gerekir. GK özel denetçiyi belirleme yetkisini devredemez. Bu durumda, özel denetçiyi seçen GK, ortaklık ile özel denetçi arasındaki sözleşmenin kurulmasında ortaklığın kanuni temsilcisi durumundadır[78].

Özel denetçi ile ortaklık arasındaki sözleşme, icap niteliğindeki seçimin özel denetçi tarafından açık veya zımni olarak kabulü ile kurulur. Ancak özel denetçi AO'ın organı değildir[79]. İlişkinin dayanacağı sözleşmenin nite-

---

76 Moroğlu, **Özel Denetçi**, s. 9-10.

77 POROY (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 353.

78 Arslanlı, **C. II-III,** s. 10.

79 Arslanlı, **C. I,** s. 249, dn. 199.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

liği, özel denetçinin bir uzmandan rapor alma ihtiyacının doğması durumunda önem kazanır. Hizmet akdi ilişkisinde, özel denetçiyi GK tayin ettiğine göre, uzman yardımı için yine bu organın karar vermesi gerekir. İstisnai olarak ilişkinin istisna akdine dayanması durumunda uzman raporu almak ve bunun bedelini ödemek, özel denetçiye düşer[80].

Bununla birlikte **Özkan** haklı olarak, özel denetçi ile ortaklık arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğunu, ancak bünyesinde bağımlılığı, bir başka deyişle özel denetçinin ortaklık yetkililerinden inceleme yapacağı konu hakkında emir ve talimatlar almasını içermediğini, bu nedenle söz konusu vekalet ilişkisinin saf bir vekalet ilişkisi olmayıp, kendine özgü bir vekalet ilişkisi olduğunu, bu ilişkinin anonim ortaklıklar hukukuna özgü özel kurallarla düzenlendiğini, bu denenle BK'ndaki vekalete ilişkin özel kurallara boşluk doldurucu olarak başvurulması gerektiğini savunmuştur[81].

Genel kurul, belirlemiş olduğu özel denetçileri her zaman azledebilir (BK. m. 340, 344). Ancak özel denetçi ile ortaklık arasındaki ilişki genel olarak bir hizmet akdine dayandığından, ortaklardan seçilen denetleme organı üyelerinin sebepsiz ve zamansız azil nedeniyle tazminat isteyemeyeceğine ilişkin TK. m. 350 hükmü[82] özel denetçilere uygulanmaz. Ayrıca işi yokuşa sürmek amacıyla GK'nın denetçileri azletmesi halinde azınlığın mahkemeye başvurarak, TK. m. 348/2 prosedürünü[83] yürütebilmesi düşünülebilir[84]. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, TK. m. 350 hükmü denetçilerin GK tarafından her zaman azledilebileceklerini düzenlediğine göre, özel denetçinin azline ilişkin kararın alınmasında gündeme bağlılık ilkesi uygulanmaz.

---

80 **Poroy**, bu nedenlere dayanarak, özel denetçi tayin edilirken ilişkinin niteliğinin de açıkça belirtilmesinde yarar olduğunu ifade etmiştir (POROY (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 353). Bununla birlikte, BK. m. 18 hükmü, bir sözleşmenin şekil ve şartlarını belirlerken, tarafların kullandıkları ibare ve isimlere bakılmaksızın, onların gerçek ve müşterek amaçlarının aranması gerektiğini öngörmüştür. Dolayısıyla bu hüküm karşısında, özel denetçi tayin edilirken ilişkinin niteliğinin taraflarca belirlenmesinin bir anlamı kalmayacaktır.

81 Özkan, s. 29.

82 Bu hükme göre, denetçiler, her zaman GK tarafından azledilebilir ve yerlerine yeni kimseler atanabilir. Pay sahipleri arasından seçilen denetçiler azilleri nedeniyle tazminat isteyemezler.

83 Bu hükme göre, GK'un toplantı zamanından itibaren en az altı ay önceden beri esas sermayenin en az onda birine sahip oldukları belirlenen pay sahipleri; son iki yıl içinde şirketin kuruluşuna veya idare işlemlerine ilişkin bir suiistimalin gerçekleştiğini veya kanun ya da anasözleşme hükümlerine önemli bir şeklide aykırı hareket edildiğini iddia ettikleri takdirde, bunları veya bilançonun gerçekliğini incelemek için özel denetçiler atanmasını GK'dan isteyebilirler. Bu talep reddedildiği taktirde gerekli masrafları peşin ödemek, dava sonucuna kadar rehinli kalmak üzere sahip oldukları payları "muteber" bir bankaya tevdi etmek koşuluyla mahkemeye başvuru hakkına sahiptirler.

84 Domaniç, s.748-749. Aynı doğrultudaki görüş için bkz., POROY (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 354-355.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

e. Kararın İcrası

Özel denetçi tayinine ilişki verilen GK kararının icrası YK'ya ait olduğundan, özel denetçilerin, genel kurulun belirlediği şartlar çerçevesinde şirket defter ve kayıtlarının incelemesini engelleyen YK'nın sorumlu tutulması (TK. m. 336/ no. 4) ve azli (TK. m. 316) mümkündür. Buna karşılık YK'nın da, GK kararlarına karşı iptal davası açması veya kararın icrasının geri bırakılması kararı alması (TK. m. 381, 382) veya TK. m. 336/ no. 4'e dayanarak kararı yerine getirmemesi de mümkündür. Denetimi çıkmaza sokan bu gibi hallerde azınlığın mahkemeden çeşitli tedbirler aldırması mümkündür (HUMK. m. 100-111).

2. RED KARARI

Azınlığın, özel denetçi tayinine ilişkin olumsuz genel kurul kararına karşı dava açma zorunluluğu olmaksızın, özel denetçi atanması için mahkemeye başvurması mümkündür. Bunun yanı sıra azınlığın, TK. m. 381'deki üç aylık hak düşürücü sürenin dolmasından önce red kararının iptali konusunda dava açması ve yine bu süre içerisinde özel denetçi tayini için mahkemeye başvurulması da, azınlık haklarının korunması ve en azından yersiz ve zaman kaybına yol açan dava tartışmalarının önlenmesi açısından yaralıdır[85]. Buna karşılık Yargıtay bir kararında, TK. m. 348/2 uyarınca dava açılması durumunda, ayrıca TK. m. 381 uyarınca iptal davası açılamayacağına karar vermiştir[86].

İptal ve özel denetçi istemine ilişkin davalar, birbiriyle bağlantılı olduklarından, birlikte açılabilecekleri gibi (HUMK. m. 43, 187), ayrı ayrı açılan davaların birleştirilmesi de mümkündür. Aksi halde, geç tarihli dava, önce açılmış olan davaya dayanılarak bekletici mesele yapılabilir.

B. MAHKEME TARAFINDAN ÖZEL DENETÇİ TAYİNİ

1. MAHKEME KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Domaniç'e göre; özel denetçi atanmasına ilişkin olarak verilen olumlu veya olumsuz mahkeme kararı, kesin hüküm teşkil etmez. Zira, bilirkişi çalışması niteliği taşımayan (HUMK. m. 275-286), hatta itiraz edilmediği taktirde kesinleşen bilirkişi raporu (HUMK. m. 283) seviyesine bile ulaşmayan bu karar, hiçbir hukuki ihtilafı kesin karara bağlamamakta, en fazla delil tespiti (HUMK. m. 368-374) veya tedbir (HUMK. m. 101-111) niteliğinde bir karar ve belge seviyesinde kalmaktadır[87]. Şöyle ki:

---

85 Domaniç, s.743. Ayrıca bkz. Ömer Teoman, **"Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar"**, Yasa Hukuk Dergisi, C. IV, S. 9, Eylül 1981, s. 1152 vd.

86 11.HD.nin 24.6.1982 gün, E. 82/2952,K82/3061sayılı k., YKD., C.8, S.9, s.1279-1280. Aynı görüş için bkz., POROY/(Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 414; Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 17.

87 Domaniç, s.749-752. Bununla birlikte, tasarıda, mahkemenin özel denetçi istemini kabul etmesine ilişkin kararının kesin hüküm teşkil edeceği öngörülmüştür (Tasarı m. 440/2).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

● Mahkeme kararının, özel denetimin gerekip gerekmediği konusunda, şirket ile azınlık arasındaki ihtilafı sona erdirdiği düşünülebilirse de; verilen olumsuz kararın İİK. m. 257'deki ihtiyati haciz talebinde olduğu gibi, eksik şartları tamamlayan azınlığın, aynı sebeplerle mahkemeye yeniden müracaatı söz konusu olabilecektir[88].

● Olumlu mahkeme kararının amacı ve gücü de delil tespiti niteliğindedir. Çünkü, TK. m. 306-308'e dayanan davalarda olduğu gibi, sonucu kesin hüküm teşkil eden eda davalarında, özel denetçi eliyle delil tespiti, ancak tedbir karakteri taşıyan delil tespiti niteliğinde bir karar ve belge niteliğinde olabilecektir. Nitekim, özel denetçilerin verecekleri raporlara itiraz edilebileceği gibi aynı denetçilerden ek rapor da istenebilir. Rapordaki sonuçlar özel denetim konusundaki davaları bağlamamakta, özel denetçi davasına muhatap kalan mahkeme, kesin delillere değil de yolsuzlukları az çok kanıtlayan "deliller ve emarelerle" yetinmek zorunda kalmaktadır.

● TK. m. 348'in amaç ve önemi de mahkeme kararının kesin hüküm teşkil etmesine elverişli değildir. Kesin hüküm teşkil edecek davalarda yargılamanın uzun sürebileceğinden hareketle, bu davanın kesin hüküm teşkil etmesi durumunda bile, sorumluluk davası olmadığından, zamanaşımını kesmeyen özel denetçi davası bitinceye kadar, özel denetim raporuna dayalı sorumluluk ve eda davaları öngörülen iki ve hatta beş yıllık zamanaşımına uğrayabilecektir (TK. m. 309/4). Bu nedenle denetçi raporlarına daha kesin ve önemli sonuçlar bağlanması gerekirken, böyle bir düzenlemeye gidilmemesi, kanun koyucunun iradesinin de verilen kararın kesin hüküm niteliğinde olmadığı şeklinde yorumlanabilir[89].

● Ayrıca delil tespitine ilişkin mahkeme kararı, çoğu kez duruşmasız verilmektedir (HUMK. m. 368-374). Söz konusu özel denetim, TK. m. 363 gereğince ortakların şirket defterlerini inceleyerek öğrenebilecekleri bilgilerden fazlasını verememektedir. Gerçeklerin araştırılması amacını taşıyan özel denetçi atanması kararının, zarar veren hiçbir sonucu olmadığından, menfaatlerin korunması açısından Yargıtay yolu ve kesin hüküm durumu da söz konusu olamaz.

● Özel denetçi istemine ilişkin mahkeme kararının, kesin hüküm teşkil ettiğinin kabul edilmesi halinde, azınlığa, sonuçlarına itiraz edilebilen (HUMK. m. 283) bir bilirkişi raporu dışında bir hak sağlamayan bu yol ye-

---

88 Örneğin TK. m. 348/3 gereğince delil ve emareleri ibraz edemediğinden özel denetçi istemi mahkemece reddedilen azınlığın, gerekli delilleri tedarik ederek mahkemeye başvurarak aynı konularda inceleme yapmak üzere özel denetçi tayini istemesi doğaldır.

89 Buna karşılık, HGK.nun 26.10.1966 gün, E. T./1409, K. 276 sayılı kararında, gerek denetçilerin tayini, gerekse genel kurulunun toplantıya davetine izin verilmesi hususlarında TTK.nun 351. ve 367 inci maddeleri uyarınca açılacak davanın, eda davası olduğu ve bu dava yerine açılan tespit davasının dinlenemeyeceği görüşü kabul edilmiştir (İl. Kaz. İçt. D., C.VI, S. 71, s. 4936). Özel denetçi atanmasına ilişkin davanın eda davası niteliğinde olduğunu savunan görüş için bkz., Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 16.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rine, herhangi bir ortağın TK. m. 309 ve 336'ya dayanarak bir sorumluluk davası açmasının tercih edilmesi gerekir.

Yukarıdaki gerekçelere dayanan **Domaniç**, özel denetçi tayini neticesinde verilen mahkeme kararının kesin hüküm teşkil etmemesi nedeniyle, tarafların bu karara delillerin tespiti (HUMK. m. 373) ve tedbir (HUMK. m. 111) seviyesinde bağlı olduklarını, TK. m. 348/2'nin özel bir hüküm olması nedeniyle, ihtiyati tedbire ilişkin HUMK. m. 109'daki on gün içinde dava açma zorunluluğunun söz konusu olmadığını, ayrıca bu karara karşı itiraz edilebilirse de, temyiz yoluna gidilemeyeceğini[90], nihayet TK. m. 348'de öngörülen iki yıllık süre dışında, özel denetime konu olacak davalarda, özel denetçi tayinine ilişkin mahkeme kararının zamanaşımını kesmeyeceğini ve durdurmayacağını savunmuştur (BK. m. 132-134)[91].

Yargıtay'a göre özel denetçi tayinine ilişkin mahkemenin red kararı nihai bir karardır ve temyiz edilebilir. Buna karşılık mahkemenin kabul kararı farklı niteliktedir ve temyizi istenemez[92]. Buna karşılık **Eriş**'e göre, mahkemece verilen olumlu yada olumsuz karar temyiz edilebilir[93].

Nihayet özel denetçiyi seçen mahkemenin gerektiğinde bu kimsenin görevine son vermesi imkanı bulunduğuna göre, özel denetçinin şahsına, onu seçen mahkemede haklı nedenlerle (TK. m. 347 ve 349) itiraz edebilmek ve değiştirilmesini isteyebilmek mümkün olmalıdır[94].

---

90 Mahkemenin vermiş olduğu özel denetçi tayinine ilişkin karara karşı temyiz yoluna gidilebileceğini savunan görüşler için bkz., POROY (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 354; Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 16; Tuncay Yılmaz, "**Anonim Şirketlerde Hususi Murakıp Tayini**", İstanbul Borusu Dergisi, C. 48, S. 11-12, İstanbul 1975, s. 354; Özkan, s. 36.

91 Domaniç, s.752; Çevik, s. 554.

92 Bu husus Yüce Mahkemenin 11.HD.nin 30.6.1980 gün, E. 3183, K. 3534 sayılı kararında: "*...Mahkeme, TTK.nun 348. md.sindeki özel koşulların bulunmaması halinde azınlığın özel denetçi atanmasına dair istemi doğal olarak reddedecektir. Bu red kararın nihai bir karar olması itibariyle temyiz edilebilmesi tabii ve zorunludur.Buna karşılık, mahkemenin özel denetçi ataması istemini kabul eden kararı farklı niteliktedir. Çünkü, mahkemenin özel denetçi atamasına kararı bir uyuşmazlığın giderilmesi yahut bir genel kurul kararının kaldırılması sonucu doğuran bir karar değildir. Özel denetçi atanması kararı ile sadece anonim ortaklık bünyesinde bir anlamda delil tespiti yapılması ve ileride açılabilecek bir sorumluluk davasına esas olacak bir denetim raporu hazırlanması sağlanmak istenmektedir. Böyle bir karar, istemin kabulünü içeren olumlu bir karar olduğuna ve eda davası niteliği de bulunmadığına göre temyiz kabiliyetinin de olması gerekir. Aksinin kabulü anonim ortaklık yönetim kurulunun ibrasını ve işlerin yürütülmesinin sürüncemede bırakmak olur ki,bunu kabulü olanak yoktur. TTK.nun 348.md.sinin 2. fıkrasının son cümlesinde yer alan dava sözcüğü özel denetçi ataması ile ilgili değildir. Bu nedenle davalı ortaklığın temyiz isteminin reddi gerekir*" şeklinde belirtilmiştir.

Aynı kararın karşı oy yazısında: TTK.nun 348.md sine göre yapılan özel denetçi atanması istemi mahkemede bir dava şeklinde görülür ve verilen red veya kabul kararlarının nihai kararlar olarak temyiz edilebilmeleri mümkün olmalıdır görüşü savunulmuştur (Batider, C.XIV, S.1, s. 132).

93 Eriş, s. 1012.

94 Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 17.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. MAHKEME KARARININ İÇERİĞİ

Mahkeme kararı, azınlığı oluşturan ortakların kimliklerini, bunların sahip oldukları pay miktarını, önceden usulüne uygun olarak özel denetçi atanması için GK'a başvurup vurmadıklarını, GK'un talebi reddedip etmediğini, mahkemeye müracaat eden azınlığın GK'a başvuran azınlık ortaklarından oluşup oluşmadığını, GK'a ve mahkemeye belirtilen gerekçe ve inceleme konularının aynı olup olmadığı, özel denetçiye lüzum görülmesinin veya görülmemesinin gerekçelerini, incelenecek konuları, bu incelemenin gerektiği oranda şirket defterlerinin teslim veya ibrazını (TK. m. 79-80), TK. m. 347 ve 349 gereğince özel denetçilere yöneltilen itiraz ve bu itirazların sonucunu, denetçilere verilecek ücreti[95], karar gıyaben verilmişse, gıyaben verilen karara karşı şirketin ileri sürdüğü itiraz ve defileri ve varılan sonucu kapsamalıdır[96].

3. MAHKEME KARARININ ETKİLERİ

Özel denetçi istemine ilişkin mahkeme kararları, delil tespiti (HUMK. m. 368-374) ve tedbir kararlarının (HUMK. m. 101-113/A) temyiz edilmemesinde olduğu gibi, temyiz edilemez. Ancak duruşmasız olarak verilen kararlara, tedbir (HUMK. m. 107-108) ve delillerin tespiti (HUMK. m. 173) kararlarında olduğu gibi, itiraz edilebilir.

Mahkemenin olumlu karar vermesi üzerine, şirket idaresinin incelemeye izin vermemesi durumunda karar icra dairesi veya mahkemece görevlendirilen (HUMK. m. 106) kimselerce yerine getirilir. Azınlığın başvurusu üzerine şirkete yönetim kayyımı (MK. m. 427/4) atanması, incelemenin yönetim kayyımı yardımıyla sağlanması veya şirket kayıt ve defterlerinin icra yoluyla alınarak (HUMK. m. 106) özel denetçilere tevdii de mümkündür (TK. m. 79-80).

4. YARGILAMA USULÜ VE GÖREVLİ MAHKEME

Özel denetçi atanmasına ilişkin açılacak davanın azınlık tarafından açılacağını yukarıda belirtmiştik. Bu dava anonim ortaklık tüzel kişiliği aleyhine açılır. Davada basit yargılama usulü uygulanır ve yargılama duruşmalı olarak yapılır (TK. m. 1460)[97]. Görevli mahkeme asliye ticaret mahkeme-

---

95 Moroğlu'na göre, TK. m. 348/2 hükmünde, masrafların peşin ödenmesi şartı konulurken öngörülen amaç, zorunlu inceleme giderlerinin yanı sıra özel denetçi ücretinin de belirlenip ödenebilmesini sağlamaktır (Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 17).

96 Domaniç, s.752.

97 11.HD.nin 30.11.1986 gün, E.86/5492, K. 86/5834 sayılı kararında: "*...TTK.nun 348/II. md.sinde özel denetçi seçilmesinin dava şeklinde görüleceği belirtilmiş olmasına göre, HUMK.nun 73 üncü md. si gereğince taraf teşkil edildikten sonra davanın görülmesi gerekirken evrak üzerinde inceleme ile hüküm tesisi doğru görülmemiştir.*" denilerek davanın duruşmalı olarak yapılması gerektiği ifade edilmiştir (Moroğlu, **TTK.,** s. 273).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sidir (TK. m. 5). Yetkili mahkeme ise kural olarak şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir (TK. m. 309/3)[98].

TK. m. 309/3 hükmü, sadece sorumluluk davalarında yetkiden söz ettiğinden, tedbir (HUMK. 104) ve delil tespitinde (HUMK. m. 370) olduğu gibi, tespitin en kolay yapılabileceği, örneğin ihlalin gerçekleştiği iddia edilen işyerindeki şube yeri mahkemesi de yetkili sayılabilir[99].

Özel denetçi tayinine ilişkin davanın açılması halinde, GK toplantılarının ertelenmesi gerekmez. Ancak, istem halinde ve koşulların oluşması durumunda, mahkemenin tedbir kararı vermesiyle GK'un ertelenmesi mümkündür[100].

III. ÖZEL DENETÇİLERİN GÖREV VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Denetçiler şirket defter ve kayıtları üzerinde, kendilerine verilen yetki sınırları çerçevesinde, yaptıkları denetimin sonucunu bir raporla mahkemeye sunmakla yükümlüdürler. Denetçilerin GK'ca seçilmesi halinde, hazırlamış oldukları raporu şirket idaresine ve gerektiğinde denetçilere de verebilirler.

Denetçilerin incelemesi bir bilirkişi incelemesi niteliğinde olduğu için, raporu oybirliğiyle düzenleyebilecekleri gibi ayrı ayrı olarak da düzenleyebilirler. Dahası belli bir kısmına ilişkin denetçilerden birisi veya birkaçı muhalefet şerhi koyabilir. Raporda varılan sonuçların gerekçeli olması ve delillere dayanması gerekir. Mahkemeye verilen raporun birer nüshası da taraflara verilir (HUMK. m. 282)[101]. Ayrıca ilgililerin talebi üzerine ek raporda verebilirler (HUMK. m. 283).

YK'nın ihmali halinde, denetim kurulu TK. m. 353/ no. 8'e dayanarak GK'u olağan veya olağanüstü toplantıya çağırabilir ya da toplanması kararlaştırılan GK gündemine özel denetçinin hazırlamış olduğu raporu koyabilir.

Denetçiler öğrenmiş oldukları şirket sırlarını açıklamamakla yükümlüdürler[102]. Bu yükümlülüğe aykırı davranmaları halinde, şirket ortaklarının

---

98 Tasarıda bu hususlar özel denetçinin atanmasına ilişkin olarak ayrıca düzenlenmiştir (Tasarı m. 438/2).

99 Domaniç, s.754.

100 11.HD.nin 7.11.1994 gün, E. 94/4061, K. 94./8253 sayılı kar. (Moroğlu, **TTK.**, s. 274).

101 Tasarının bu konudaki hükmü şu şekildedir: *"Özel denetçi, incelemenin sonucu hakkında şirketin sırlarını da koruyarak mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir.Mahkeme, raporu şirkete tebliğ eder ve şirketin, raporun açıklanmasının şirket sırlarını veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini zarara uğratıp uğratmayacağına ve bu sebeple talep sahiplerine sunulmamasına ilişkin talebi hakkında karar verir.Mahkeme, şirket ve talep sahiplerine, ayıklanan rapor hakkında değerlendirmeleri beyan etmek ve ek soru sormak olanağını tanır"*. Böylece tasarı da hazırlanan raporla ilgili olarak şirket sırlarının korunmasına yönelik özel bir özen gösterilmiştir.

102 Bu durum hazırlanan tasırada açık olarak belirtilmiştir (Tasarı m. 441/5).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen TK. m. 363 hükmüne göre değil, TCK. m. 198 hükmüne göre cezalandırılırlar. Ayrıca özel denetçiler ile ortaklık arasındaki ilişki sözleşmeye dayandığı için, özel denetçi sebep olduğu zararlardan dolayı, kusursuz olduğunu ispat etmedikçe, ortaklığa karşı sorumlu olur (BK. m. 96 vd.).

IV. DENETÇİ RAPORUNUN HÜKMÜ

Denetçi raporu, bilirkişi raporu veya delil tespiti niteliğinde olduğu için, takdiri bir delil niteliğinde olup; kanuni delil özelliğini taşımaz. Gerek azınlık, gerek şirket ve gerekse ortaklardan hiçbirisi bu raporla bağlı değildir. Sorumluluk davasının açılması için ilgililere sadece bir fikir verme niteliği taşır.

TK. m. 348/3-4 hükmündeki, "*murakıpların verecekleri rapora göre, bu talebin haklı sebebe dayanmadığı anlaşılırsa, kötü niyetle hareket ettikleri ispat edilen pay sahipleri, şirketin bu yüzden gördüğü zarardan müteselsilen mesuldürler*" ifadesinden raporun azınlığın iddialarını yerinde bulmaması durumunda, azınlığın sorumluluğuna gidilebileceği kanaatini uyandırsa bile, bu hükme dayanarak azınlığın sorumluluğuna gidebilmek için, yine aynı hükümde yer alan özel denetçi tayinini isteyen azınlık pay sahiplerinin "kötü niyetle hareket" ettiklerinin de şirketçe ispatlanması gerekir[103].

Denetçilerin raporunun bağlayıcı olmaması sebebiyle, genel kurul sorumlulara (YK ve denetim organı üyeleri) karşı dava açıp açmamakta serbesttir. Dava açılmasına ilişkin GK red kararı vermişse, herhangi bir azınlık yüzde on paylarını teminat göstererek dava açılmasını istemişse, şirket sorumluluk davası açmak zorundadır (TK. m. 341). Ayrıca her ortak, kişisel olarak kendi namına ve şirket hesabına sorumluluk davası açabileceği gibi (TK. m. 309), şartların bulunması halinde doğrudan doğruya kendi nam ve hesabına (tazminatın kendisine ödenmesini sağlamak üzere) sorumluluk davası açabilir.

Nihayet özel denetçi raporuna dayanarak, dava açılmasını reddeden GK kararlarına karşı da iptal davası açılmasına bir engel yoktur (TK. m. 381).

V. AZINLIĞIN SORUMLULUĞU

A. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

TK. m. 348/3-4 hükümleri uyarınca azınlığın, şirkete karşı, sorumluluğuna gidilebilmesi için öngörülen şartlar şunlardır[104]:

---

103 Domaniç, **Şerh**, s. 755.

104 Tasarıda sorumluluğa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Özel denetçi isteminin mahkemece reddi,
- Veya mahkemece tayin edilen özel denetçilerin, azınlıkça ileri sürülen yolsuzlukların bulunmadığını bildirmesi,
- Azınlığın kötü niyetle hareket ettiğinin şirketçe ispat edilmesi,
- Doğal olarak bir zararın doğduğunu ve illiyet bağını şirketin ispat etmesi gerekir.

Bu şartlar arasında, özel denetçi isteğinin genel kurulca reddedilmesi veya genel kurulca seçilen özel denetçilerin azınlık iddialarını yerinde bulmaması hususları yer almamıştır. Oysa, bu hallerde de, genel kurulun toplantı masrafları, özel denetçilere ödenen ücretler ve özel denetçi istek ve tayininin, şirketin ortaklar, müşteri ve bankalarla olan ilişkilerini tehlikeye sokması gibi zararları söz konusu olabilir.

Domaniç'e göre, TK. m. 348 hükmü hatalıdır[105]. Bunun nedeni ise, TK. m. 348'in üçüncü fıkrası ile, GK'nın özel denetçi talebini reddetmesi veya bu organ tarafından seçilen denetçilerin azınlık iddialarını yerinde bulunmamasından doğan sorumluluğu, dördüncü fıkrasında da azınlığın mahkemeye başvurmasından ileri gelen sorumluluğu düzenlemesi gerekirken, iki fıkrada da azınlığın mahkemeye müracaatından doğan sorumluluğu düzenlemiştir. Bu nedenle, azınlığın özel denetçi isteminin GK'ca reddi veya bu kurul tarafından seçilen özel denetçilerin, iddiaları yerinde bulmamaları hallerinde de şirkete karşı sorumluluk bu görüş doğrultusunda yorumlanarak TK. m. 348/3 veya en azından genel hükümler gereğince söz konusu olabilmelidir[106]. **Poroy**'da, Alman sisteminden hareketle, GK kararından itibaren iki hafta içinde atanmış olan özel denetçinin şahsına itirazla, başka birinin tayinini isteme imkanını düzenlemesi gerekirken, yanlışlıkla f.3'teki hükmün tekrarlandığını savunmuştur[107].

B. ZARAR

Yersiz özel denetçi isteğinden doğabilecek zararlar, genel kurulun davet edilmesi giderleri, denetçi ve avukat ücretleri, özel denetçi girişimleri sebebiyle şirketin müşteriler, kredi veren bankalar dahil alacaklılar ve ortaklar-

---

105 TK. m. 348/son hükmü, 3. fıkranın 2. cümlesinin bir tekrarından ibaret olup gereksizdir. Bu husus yazım sırasında gözden kaçmış ve madde böylece kanunlaşmıştır (Hayri Domaniç, Ersin Çamoğlu, **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat**, 3. bası, İstanbul 1977, s.265; Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 9. bası, İstanbul 1998, s. 141; Moroğlu, **Özel Denetçi,** s. 18.

106 Domaniç, 756-757.

107 POROY (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 354.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

la olan münasebetlerinin bozulması veya tehlikeye girmesinden doğabilecek maddi veya manevi her türlü zararlarından meydana gelir[108].

Yukarıda da vurguladığımız gibi azınlığın sorumluluğuna gidebilmek için, zararın gerçekleşmesinin yanı sıra, TK. m. 348 çerçevesinde şirketin, azınlığın kötü niyetle hareket ettiğini de ispatlaması gerekir. Kötü niyetten kastedilen, azınlığın, özel denetçi gerektirecek bir durumun olmadığını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasına rağmen girişimde bulunmuş olduğunun ispatlanması gerekir. Bu durumda, **kanaatimizce**, azınlık raporunun bir karine dahi teşkil etmemesi gerekir. Aksi takdirde, özel denetçi atanmasıyla ilgili öngörülen amacın gerçekleşmesi beklenemez. Zira, özel denetçi tayini oldukça zor şartlara bağlanmışken, özel denetçinin hazırlamış olduğu raporun, azınlık iddialarını doğrulamaması durumunda, azınlığın, özel denetçi tayini isteminin kötü niyetle yapıldığına ilişkin bir karine olarak kabul edilmesi halinde, söz konusu hakkın kullanılması iyice zorlaştırılmış olur.

Şirket, mahkemece kararlaştırılan zararını, daha önce azınlık tarafından rehin olarak bankaya yatırılan payların icra dairesince paraya çevrilmesiyle (İİK. m. 45, 145 vd.) tahsil edebilir. Ayrıca, bu teminatların şirket zararlarını karşılamaya kafi gelmemesi durumunda, şirketin azınlık ortaklarına müteselsilen başvuru hakkı vardır (TK. m. 348/3).

VI. TEMİNAT OLARAK GÖSTERİLEN PAYLARIN İADESİ VE AZINLIĞIN MASRAF TALEBİ

TK. m. 348/2'de azınlığın sahip olduğu pay senetlerini "*dava neticesine kadar merhun kalmak üzere*" muteber bir bankaya yatırması öngörülmüştür. Yatırılan bu teminatın fonksiyonu özel denetçi tayinine ilişkin istemin mahkemece karara bağlanması ya da tayin edilen özel denetçilerin raporlarını sunmalarıyla sona ermez. Nitekim burada öngörülen teminatın amacı, bu işlemlerden sonra şirket tarafından açılacak tazminat davalarında, şirketin haklı çıkması halinde, kararlaştırılan tazminatı güvence altına almaktır[109]. Bu nedenle TK. m. 348/2'nin, tazminat davasını da içerecek şekilde yorumlanması, rehinli payların tevdi edildiği banka dahil, bütün ilgililerin, şirket tarafından açılabilecek tazminat davasının sonuna kadar teminatı muhafaza edecek şekilde işlem yapması gerekir[110].

Bu hükme dayanan tazminat taleplerine konu olacak davanın, ne za-

---

108 Örneğin, YK'nın suistimali talebiyle özel denetçi tayini istenen bir anonim şirket kredilerinin kesilmesi, ortakların bakiye sermaye borçlarını bir zaman ödememeleri, şirket ile acentelik anlaşması yapacak ve avans para ödeyecek müşterilerin ortaklar arası ihtilaflar sebebiyle, tereddüde düşmesi, şirketi yok yere vergi kaçakçılığı iddialarına muhatap olması gibi nedenlerle maddi ve manevi zararlar doğabilir (Domaniç, s. 757).

109 POROY (Tekinalp/Çamoğlu), **Ortaklıklar**, s. 353.

110 Domaniç, s. 758.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mana kadar açılabileceği ve dolayısıyla bankada rehinli duran payların rehin kalma süresi hususunda bir açıklık yoktur. BK. m. 126/4 hükmü, "*bir şirket akdine dayanan ve ortaklar arasında veya şirketle ortaklar arasında açılmış bulunan bütün davalar ile bir şirketin müdürleri, temsilcileri, murakıplarıyla şirket veya ortaklar arasındaki*" davaların beş yıllık bir zamanaşımı süresine tabi olacaklarını öngörmüştür. Payların bu süre doluncaya kadar rehinli bir bankada tutulmasını savunmak çok zordur. Yine BK. m. 138 hükmüne göre, "*alacağın bir menkul rehni ile temin edilmiş bulunması, bu alacak hakkında müruruzaman cereyanına mani olmaz. Fakat alacaklı rehinden hakkını istifa etmek salahiyetini muhafaza eder*" hükmü düzenlenmiştir. Bu nedenle şirket lehine bankada rehinli kalan payların zamanaşımından etkilenme ihtimalleri zayıftır. Ancak, yukarıda da açıkladığımız gibi azınlık paylarının bankada tutulması durumunda, azınlığın denetim hakkı gereğinden fazla kısıtlanmış olur.

Azınlığın denetim hakkının kısıtlanmasını önlemek için, uygulamada mahkemelerin yaptığı gibi, tazminat davası açacak şirkete, özel denetçi davasını öngören mahkeme tarafından uygun bir süre verilmesi (örneğin TK. m. 341'de yer alan bir aylık süre gibi), bu süresinin sonunda dava açıldığı taktirde dava sonuna kadar tazminatın muhafazası, dava açılmadığı taktirde ise, rehinli payların serbest bırakılması gerekir. Mahkemenin öngördüğü süre içerisinde davanın açılmaması durumunda şirketin dava açma hakkı, zamanaşımı defi saklı kalmak üzere devam eder.

Payları rehinli olan pay sahiplerinden her birisi, şirketin bir zarara uğramadığına ve kendisinin de borçlu olmadığına ilişkin menfi tespit ve senetlerin iadesi hususunda eda davası açabilir (İİK. m. 72/1). Bu durumda açılacak davaya karşı, şirketin karşılık dava açması da mümkündür (HUMK. m. 203-212).

Açılacak davaların sonuna kadar rehinli paylar bankada muhafaza edilir. Şirketin herhangi bir zarara uğramadığının tespit edilmesi ya da mahkeme kararı ile şirket ve azınlık arasında sulh anlaşmasına varılması halinde, mahkeme ilamının ibrazı üzerine banka payları iade eder. Azınlığın sorumluluğuna yol açacak bir mahkeme kararının çıkması halinde, şirketin alacağı tazminat İİK. m. 145 vd. hükümleri uyarınca cebri icra yoluyla tahsil edilir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

AO'larda YK ve denetçilerin kural olarak (imtiyazlı payların bulunmaması durumunda) GK'da çoğunluk tarafından seçildiği göz önünde bulundurulduğunda, azınlığa özel denetçi tayini isteme hakkının tanınmış olmasının önemi ve yararı kolayca anlaşılır. Bu hak, azınlık ile çoğunluk arasındaki dengenin oluşturulmasında önemli bir rol oynar.

Bununla birlikte birçok eksiklikler de söz konusudur:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a) GK'dan özel denetçi tayini isteme hakkının bir azınlık hakkı olarak düzenlenmesi yerinde değildir. Sadece mahkemeden özel denetçi tayininin bir azınlık hakkı olarak öngörülmesi daha doğru olurdu. Bu bakımdan tasarının öngördüğü düzenlemenin daha yerinde olduğu söylenebilir.

b) Alman Hukukunda olduğu gibi özellikle HAAO gibi sermayesi ve payları çok olan AO'da, 1/10 paylara sahip azınlığın yanı sıra, bu oranı oluşturmamakla birlikte belirli bir sermayeye sahip pay sahibi veya sahiplerinin de özel denetçi atanması isteminde bulunabilmesi yönünde bir düzenleme getirilmesi, bu hakkın kullanılabilmesi olanağının arttırılması bakımından yararlı olacaktır. Bu bakımdan tasarının bu konudaki düzenlemesi yerinde olmuştur.

c) Bilanço kar ve zarar hesabı bakımından, yeminli mali müşavirler veya bağımsız denetim kurumlarınca her yıl için zorunlu bir denetim sağlanmalıdır.

d) Özel denetçi atanabilme şartları ile seçilebilme ve atanabilme engelleri belirlenmelidir.

e) Mahkemeden özel denetçinin şahsına itiraz olanağı ile özel denetçilerin ortaklık defterleri ve belgelerini inceleme, bilgi toplama yetkileri, mali hakları ve hazırlayacakları raporlara ilişkin temel ilkeler açık bir şekilde saptanmalıdır.

f) Özel denetim hakkının kötüye kullanılması durumunda, müteselsil sorumluluğu düzenleyen hüküm TK. m. 348'de iki kez gereksiz olarak tekrarlanmıştır. Bunun yanı sıra, sorumluluk için şart olarak öngörülen "kötüniyetin" ispatı uygulamada çok zordur. Bu sakıncayı önlemenin en etkili yolu, davaya bakan mahkemenin TK. m. 348'de öngörülen dava şartlarının davacı azınlık tarafından yerine getirilip getirilmediğinin dikkatlice araştırılması ve iddia olunan hususlarla ilgili delil ve emarelerin, ortaklığın sunduğu deliller karşısında yolsuzluk ve aykırılıkların varlığını muhtemel gösterip göstermediğinin özenle incelenmesidir. Aksi taktirde, bu hak bir kısım pay sahiplerince kişisel hesapları için ortaklık yönetimine karşı bir baskı aracı olarak kullanılabilme olasılığıyla karşı karşıya kalabilecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KAYNAKÇA

Arslanlı, H. : Anonim Şirketler I Umumi Hükümler, 3. bası, İstanbul 1960. (C. I)

Arslanlı, H.: Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, C. II-III, İstanbul 1960. (C. II-III).

Bahtiyar, M.: Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul 1996.

Bahtiyar, M.: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001.

Birsel, T. M.: "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970.

Çevik, O. N. : Anonim Şirketler, Seçkin Kitabevi, 4. baskı, Ankara 2002.

Doğanay, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, ikinci baskı, Olgaç Matbaası, Ankara 1981.

Domaniç, H.: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK. Şerhi II, İstanbul 1988.

Domaniç, H./Çamoğlu, E. : İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat, 3. bası, İstanbul 1977.

Eriş, G.: Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri, C. I, 2. baskı, Ankara 1992.

Guhl, Theo/Hirsch, Alain: "Anonim Şirketlerde Denetleme", çev. Akar Öçal, Batider, C. VI, S. 4, Aralık 1972.

Kendigelen, A.: Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994.

Moroğlu, E.: Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 7. bası, Beta, İstanbul 2001. (TTK.)

Moroğlu, E.: "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", İHFM, C. XLII, S. 1-4 (ayrı bası), İstanbul 1977. (Özel Denetçi)

Moroğlu, E.: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 2. baskı, Ankara 1993. (Hükümsüzlük)

Moroğlu, E.: Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, Ankara 1972.

İmregün, O.: Anonim Ortaklıklar, 4. bası, İstanbul 1989. (AO.)

İmregün, O.: Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları, İstanbul 1962.

İmregün, O.: "Anonim Şirketlerde Azlığın Himayesi", III üncü Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ban. ve Tic. Huk. Arş. Ens., Mayıs 1963. (Azlığın Himayesi)

Öçal, A.: "Fransız Hukukunda Hesap Denetçilerinin Anonim Şirketlerin Denetlenmesindeki Rolü", Batider, C. VI, S. 3, Haziran 1972. (Hesap Denetçileri)

Özkan, Ö.: "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanma-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sı", Batider, C. XX, S. 2, Ankara 1999, s, 29.

Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E. : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8. bası, İstanbul 2000. (Ortaklıklar)

Tekil, F.: Anonim Şirketler Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998.

Tekinalp, Ü.: "Azlığın İstemi Üzerine Denetçilerin Gündeme Madde Koyma Hakları Var mıdır?", İkt. ve Mal. D., C. XXV, S. 2, Mayıs 1978. (Madde Koyma)

Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.: Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 9. bası, İstanbul 1998.

Teoman, Ö.: "Anonim Ortaklıkta Azlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi", İkt. ve Mal. D., C. XXVII, S. 2, Mayıs 1980.

Teoman, Ö.: "Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Özel Denetçi Konusundaki Bir Kararı Üstüne Kısa Notlar", İkt. ve Mal., C. XXIX, S. 2, Mayıs 1982.

Teoman, Ö.: "Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar", Yasa Hukuk Dergisi, C. IV, S. 9, Eylül 1981.

Uçar, S.: Hukukumuzda Yönetim Kurulu ve Denetçiler ile Sorumluluk Halleri, İstanbul 1994.

Yılmaz, T.: "Anonim Şirketlerde Hususi Murakıp Tayini", İstanbul Barusu Dergisi, C. 48, S. 11-12, İstanbul 1975.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ "CEBRÎ İCRA HAKKINDA ÖZEL HÜKÜMLER"E İLİŞKİN YEDİNCİ KISMININ MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

*Prof. Dr. Nuray EKŞİ***

A) Uygulanacak hukuk

Madde 1328 – (1) Bir geminin ihtiyaten veya icraen haczi, cebri icra yoluyla satışı ve mülkiyetin intikali de dahil olmak üzere bu satışın sonuçları ve cebri icraya ilişkin diğer bütün işlem ve tasarruflar, geminin bu işlem ve tasarrufların yapıldığı sırada bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir. Şu kadar ki, Türk bayraklı bir geminin yurtdışında cebri icra yoluyla satışı halinde, artırmayı yapan merci tarafından, bu satıştan en az otuz gün önce artırmanın:

a) geminin kayıtlı olduğu Türk Gemi Siciline,

b) geminin sicile kayıtlı malikine,

c) gemi siciline tescil edilmiş diğer hakların ve alacakların sahiplerine,

bildirilmesi zorunludur. Bu bildirim yapılmaksızın geminin yurtdışında cebri icra yoluyla satışı halinde kaydı terkin olunmaz ve gemi üzerinde Türk gemi siciline kayıtlı haklar ve alacaklar saklı kalır.

Değerlendirme: Tasarının 1328. maddesinin (1). fıkrası, hem Türk gemilerinin hem de yabancı gemilerin ihtiyati ve icraî haczine ilişkin bir hükümdür. Madde, iki yönlü kanunlar ihtilâfı kuralı şeklinde düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, yabancı bir ülkede geminin ihtiyati veya icraî haczi ile bu haczin sonuçları söz konusu ülkenin hukukuna tabi olacaktır. Eğer gemi Türkiye'de bulunuyorsa Türk hukuku uygulanacaktır. İhtiyati veya icraî haczin devletin egemenliğine ilişkin bir konu olması sebebiyle maddenin iki yönlü kanunlar ihtilâfı kuralı şeklinde düzenlenmesi mümkün değildir. Yabancı bir ülkede gerçekleşecek olan icraî veya ihtiyati hacze yönelik düzenleme yapılamayacağına göre maddenin "Türkiye'de bulunan bir geminin ihtiyati veya icraî haczi, cebrî icra yoluyla satışı, mülkiyetin inti-

---

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen ve Prof. Dr. Ünal TEKİNALP başkanlığında 6.6.2005 tarihinde Dolapdere Kampüsü'nde gerçekleştirilen "**Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Deniz Cebri İcra Hakkında Özel Hükümler Paneli**"nde sunulan tebliğ.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kali de dahil olmak üzere satışın sonuçları ve cebrî icraya ilişkin diğer bütün işlem ve tasarruflar Türk hukukuna tâbidir" şeklinde değiştirilmesi gerekir.

Türk bayraklı bir geminin yurtdışında cebrî icra yoluyla satışı halinde, bu satıştan en az otuz gün önce yabancı merci tarafından artırmanın, geminin kayıtlı olduğu Türk gemi siciline, geminin sicile kayıtlı malikine, gemi siciline tescil edilmiş diğer hakların ve alacakların sahiplerine bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme bazı sorunları beraberinde getirecektir. Bildirimin, Türk gemi siciline kayıtlı geminin satışını yapacak olan yabancı merci tarafından yapılması öngörülmüştür. Hüküm bu şekilde yorumlanırsa, Türk kanununun yabancı ülkedeki icra prosedürüne müdahale etmesi ve bu prosedüre ilişkin düzenleme getirmesi söz konusu olacaktır. Oysa, *lex fori* prensibi uyarınca usulî konular ve cebrî icra işlemleri her devletin kendi hukukuna tabidir. Bu konularda yabancı hukukların ne yönde düzenleme getirdiğinin bir önemi yoktur. O halde, yabancı icra dairelerinden TTK'daki hükme göre işlem yapmalarını beklemek mümkün değildir.

Satışı yapacak olan yabancı merci tarafından bildirimin yapılmamasının yaptırımı da düzenlenmiştir. Bu bildirim yapılmaksızın geminin yurtdışında cebrî icra yoluyla satışı halinde geminin Türkiye'deki kaydı terkin olunmaz; gemi üzerinde Türk gemi siciline kayıtlı haklar ve alacaklar saklı kalır. Bu sonuç, Türkiye'nin taraf olduğu hukukî ve ticarî konularda adlî yardımlaşma anlaşmalarında yer alan hükümlerle bağdaşmamaktadır.

Taslağın 965. maddesinin (3). fıkrasında terkin talebi ile birlikte ipotek alacaklılarının ve gemi sicilindeki kayıt ve belgelere göre ipotek üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişilerin rızaları aranmıştır. Türk bayraklı gemi yabancı ülkede satıldığında yeni malik ipotek alacaklıları ile ipotek üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişilerin rızalarını belgelediğinde geminin Türk bayrağını çekme hakkını kaybettiği gecikmeksizin gemi siciline kaydedilir. Geminin Türk bayrağını çekme hakkını yitirdiği yabancı makamlar tarafından düzenlenen belgelerle teyit edilecektir. Yabancı ülkedeki resmî makamlar, tarafından düzenlenen belgelerin Türkiye'de resmî belge olarak dikkate alınabilmesi, diğer bir ifadeyle bunlara istinaden terkin işleminin yapılabilmesi için bu belgelerin düzenlendikleri yerdeki Türk konsolosu tarafından tasdik edilmesi veya *Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Antlaşmasına*[1] taraf devletlerde düzenlenen resmî belgelerde Antlaşma hükümlerine uygun olarak tasdik şerhinin (*apostille*) bulunması gerekir. O halde, gemi satışına ilişkin yabancı icra dairesi tarafından düzenlenen satış belgesinin ve geminin satıştan sonra kaydedildiği yabancı sicile ilişkin

[1] RG 16.9.1984/18517.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

belgelerin vb. belirtilen şekilde onaylanmış olmaları gerekir. Aksi halde söz konusu belgeler Türkiye'de resmî belge olarak işlem görmezler. Yabancı ülkede icra memuru tarafından yapılan satış neticesinde düzenlenen belge de Antlaşmanın kapsamına girmektedir. Konsolosluk tasdiki veya *apostille* esas olmakla beraber Türkiye'nin taraf olduğu hukukî ve ticarî konularda adlî yardımlaşma antlaşmalarında âkit taraflardan birinin ülkesinde yetkili makamlar tarafından tanzim edilmiş, verilmiş veya onanmış ve resmî mühür taşıyan belgeler ile bunların tasdikli örneklerinin diğer âkit ülkenin topraklarında hukuken geçerli olabilmesi için başkaca bir işleme gerek bulunmadığı; âkit taraflardan birinin ülkesinde düzenlenen resmî belgelerin diğerinin topraklarında düzenlenen resmî belgelerle aynı oranda ispat kuvvetine sahip olduğu ifade edilmiştir[2].

Meseleye Türk hukuku yönünden bakıldığında bu günkü mevcut duruma göre, Türk gemi sicilinde kayıtlı olmakla beraber yabancı bir ülkede satılan geminin satışına ilişkin resmî belgelerin ibrazı halinde sicilden terkin işleminin yapılması gerekmektedir[3]. Bununla beraber, yabancı ülkedeki satışın gemi sahipleri açısından riskli olan usul ve esaslara göre gerçekleştirilmesi halinde bu durumun Türk denizcilik sektörüne vereceği zararları da dikkate almak gerekir. Bu zararları önlemek ve icra hukukunun temel prensipleri ile bağdaşmayan satışların Türkiye'de sonuç doğurmasının önüne geçmek ancak farklı bir yasal düzenleme ile mümkün olacaktır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un 42. maddesinin son fıkrasına göre, "yabancı mahkeme ilâmına dayanılarak Türkiye'de idarî bir işlemin yapılabilmesi için ilâmın tanınması gerekir. Örneğin,

---

2 Türkiye ile İtalya (RG 3.3.1929/1133); Almanya (RG 4.6.1930/1611); Avusturya (RG 4.8.1931/1864); İngiltere (RG 5.7.1932/2142); Çekoslovakya Cumhuriyeti (RG 9.7.1932/ 2145); İsviçre (RG 4.7.1934/2743); Yugoslavya (RG 4.1.1936/3197); İran (RG 21.6.1937/ 3636); Macar Krallığı (RG 27.12.1939/4395); İngiltere ve İrlanda (RG 29.10.1940/ 4673); Irak (RG 12.9.1947/6705); Romanya (RG 17.5.1972/14190); Ürdün (RG 5.9.1975615347); Bulgaristan (RG 24.5.1978/16296); Pakistan (RG 31.7.1982/17768); Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşmasının 9 uncu Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Ek Protokol (RG 10.2.2005/ 25723); Tunus (RG 17.3.1983/17990); KKTC (RG 13.2.1989/20079); Mısır (RG 23.7.1990/ 20583); Polonya (RG 23.7.1990/20583); Hindistan (RG 23.7.1990/20583); Fas (RG 8.9.1991/ 20985); Cezayir (RG 8.9.1991/20985); Azerbaycan (RG 25.8.1993/21679); Çin (RG 12.11.1994/ 22109); Gürcistan (RG 25.8.1997/23090); Özbekistan (RG 7.11.1997/23163); Arnavutluk (RG 9.11.1997/23165); Makedonya (RG 14.5.2000/24049); Hırvatistan (RG 24.5.2000/ 24058); Moldova (RG 28.5.2000/24062); Tacikistan (RG 30.5.2000/24064); Kuveyt (RG 30.5.2000/24064); Ukrayna (RG 12.7.2003/25324); Litvanya (RG 20.4.2004/ 25439); Moğolistan (RG 4.5.2004/25452); Azerbaycan (RG 23.4.2004/25411) arasında ikili adlî yardım antlaşmalar yapılmıştır. Bu antlaşmaların çoğunda resmî belgelerle ilgili düzenleme bulunmaktadır. Örneğin, Makedonya, Hırvatistan, Moldova, Tacikistan, Kuveyt, Kazakistan, Arnavutluk, Özbekistan, Gürcistan, Çin, Azerbaycan ile yapılan antlaşmalar. Antlaşmalara ilişkin onay kanunlarının ve Bakanlar Kurulu kararlarının listesi için bkz. Nuray Ekşi, Uluslararası Ticaret Hukuku, (Mevzuat ve Antlaşmalar) 2. bası, İstanbul 2006, s. 198-203

3 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, Türk Gemi Sicilinde Kayıtlı Geminin Yurt Dışında Cebrî İcra Yoluyla Satışı, (2003)1-4 DenizHD, s. 25-37.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yabancı mahkeme tarafından verilen isim tashihi, yaş tashihi veya boşanma ilâmlarına istinaden nüfusta tescil ya da terkin yapılabilmesi söz konusu ilâmların tanınmasına bağlıdır. Geminin sicilden terkini idarî bir işlemdir. MÖHUK'un 42. maddesinden hareketle, Türk gemi siciline kayıtlı bir geminin yabancı ülkede satılmasına ilişkin hükmün aşağıdaki şekilde değiştirilmesi düşünülebilir:

"Türk bayraklı geminin yurt dışında cebrî icra yoluyla satışı halinde resmî olarak düzenlenen ve bu üye devlette yerine getirilebilir nitelik taşıyan belgeler hakkında MÖHUK'un tanıma ile ilgili hükümlerinde öngörülen usul çerçevesinde Türk mahkemesi tarafından tanıma kararı verilebilir. İbraz edilen belgenin, düzenlendiği ülkede resmiyet kazanması için aranılan şartları taşıması zorunludur".

Eğer bu öneri kabul edilirse, bunun 1328. maddeye değil gemi sicilinden terkini düzenleyen 965. maddenin (3). fıkrasına eklenmesi daha yerinde olacaktır.

B) Tamamlayıcı hükümler

Madde 1329-(1) Bu kısımda özel olarak düzenlenmeyen hususlarda, İcra ve İflas Kanunu hükümleri uygulanır.

(2) Sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler ve diğer suda taşıma araçları İcra ve İflas Kanununun taşınırlara ilişkin hükümlerine tabidir. Bu kısımda İcra ve İflas Kanununun taşınmazlara ilişkin hükümlerine tabi olacağı açıkça bildirilen gemiler bundan müstesnadır.

Değerlendirme: Tasarının 1328. maddesinde yer alan düzenleme sebebiyle 1329. maddeye ihtiyaç kalmamaktadır. Veya Tasarının 1328. maddesi kaldırılarak sadece 1329. maddedeki düzenleme korunmalıdır. Kanaatimizce, 1329. maddenin muhafaza edilmesi daha uygun olacaktır.

C) Gemiler hakkında

I- İhtiyati haciz

1. Deniz alacakları

Madde 1330 – (1) "Deniz alacağı" aşağıda sayılan hususların birinden ya da birkaçından doğan alacak anlamına gelir:

a) geminin işletilmesinin sebep olduğu ziya veya hasar;

b) geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak, karada veya suda vuku bulan can kaybı veya cismani zarar;

c) kurtarma faaliyeti veya her türlü kurtarma sözleşmesi, bu meyanda çevre zararı tehdidi oluşturan bir gemi veya gemideki eşya ile ilgili kurtarma faaliyeti için ödenecek özel tazminat;

d) çevreye, kıyı şeridine veya bunlara ilişkin menfaatlere gemi ile verilen zarar ya da zarar iras etme tehdidi; bu zararı önlemek, sınırlandırmak veya ortadan kaldırmak için alınan önlemler; bu zarar karşılığı ödenecek tazminat; çevrenin eski hale getirilmesi için fiilen alınan veya alınacak olan makul önlemlerin giderleri; bu zarar ile bağlantılı olarak üçüncü kişilerin maruz kaldığı veya kalabileceği kayıplar ve işbu bentte belirtilenlere benzer nitelikteki zarar, giderler veya kayıplar;

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

e) geminin içinde bulunan veya bulunmuş olan şeyler de dahil olmak üzere, batmış, enkaz haline gelmiş, karaya oturmuş veya terkedilmiş olan bir geminin yüzdürülmesi, çıkartılması, kurtarılması, yok edilmesi veya zararsız hale getirilmesi için yapılan giderler ve harcamalar ile terk edilmiş bir geminin muhafazası ve gemi adamlarının iaşesi ile ilgili giderler ve harcamalar;

f) bir çarter parti düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, geminin kullanılması veya kiralanması maksadıyla akdedilmiş her türlü sözleşme;

g) bir çarter parti düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, gemide eşya veya yolcu taşınması maksadıyla akdedilmiş her türlü sözleşme;

h) gemide taşınan, bagaj dahil eşyaya ârız olan veya bu eşyayla ilgili bulunan ziya veya hasar;

i) müşterek avarya;

j) römorkaj;

k) kılavuzluk;

l) geminin işletilmesi, yönetimi, muhafazası veya bakımı için sağlanan eşya, malzeme, kumanya, yakıt, konteynerler dahil teçhizat ve bu maksatlarla verilen hizmetler;

m) geminin inşaı, onarımı, tadili ya da teçhizi;

n) liman, kanal, dok, iskele ve rıhtım ile diğer suyolu resim ve harçları;

o) ülkelerine getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta iştirak payları da dahil olmak üzere, gemi adamlarına, gemide istihdam edilmekte olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlerle, onlara ödenmesi gereken diğer meblağlara ilişkin talep hakları;

p) geminin ya da donatanın hesabına yapılmış harcamalar;

r) donatan veya gemi kiracısı tarafından ya da onların hesabına ödenecek, karşılıklı sigorta aidatları dahil sigorta primleri;

s) donatan veya gemi kiracısı tarafından ya da onların hesabına gemiye ilişkin olarak ödenecek her türlü komisyon, brokaj veya acenta ücretleri;

t) geminin mülkiyeti veya zilyetliğine ilişkin her türlü uyuşmazlık;

u) geminin müşterek malikleri arasında çıkan, geminin işletilmesine ya da gemiden sağlanan hasılata ilişkin her türlü uyuşmazlık;

v) gemi rehni veya gemi ipoteği ya da gemi üzerinde aynı nitelikteki bir aynî yükümlülük;

y) geminin satımına ilişkin bir sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlık.

2. İhtiyati haciz talep edebilme hakkı

Madde 1331 – (1) Deniz alacaklarının güvence altına alınması için, sadece geminin ihtiyatî haczine karar verilebilir; bu alacaklar için gemi üzerine ihtiyatî tedbir konulması veya herhangi başka bir yoldan geminin seferden menedilmesi talep olunamaz.

(2) Akdî veya kanunî bir rehin ile temin edilmiş deniz alacakları hakkında da birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Geminin ihtiyatî haczi, sadece deniz alacaklarından dolayı talep edilebilir; başka alacaklar için gemi hakkında ihtiyatî haciz kararı verilemez.

(4) Alacağın, 1330 uncu maddede sayılan bir deniz alacağı olması, ihtiyatî haciz sebebidir.

Tasarının 1330 ve 1331. Maddelerine İlişkin Değerlendirme: İhtiyati haczin sadece "deniz alacakları" ile sınırlanması milletlerarası bir antlaşma ile kabul edilebilecek bir esastır. Böylece, ihtiyati haciz sebeplerini sı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nırlayan bu esas ile birlikte, antlaşmaya taraf olan devletler karşılıklı olarak taviz vermiş olacaktır. Türkiye'de gerçekleştirilecek ihtiyati hacizleri deniz alacakları ile sınırlamak Türkiye'de bulunan alacaklılar açısından sakıncalı olabilir. Örneğin, Türk vatandaşlarının yabancı elçilik ve konsolosluklara kiraladıkları taşınmaz mallara ilişkin kira bedellerini tahsil etmek amacıyla açtıkları davalarda, bu devletlere ait ticarî amaçlarla kullanılan gemiler belki de yegane malvarlığını teşkil edecektir. Gerçi, 1360. maddenin (2). fıkrasında gemilerin icraen haczinde, alacağın 1330. maddede sayılan deniz alacaklarından olması şartının aranmayacağı ifade edilmiştir. Ancak Tasarının 1330. maddesi, deniz alacaklıları dışında kalan alacaklıları ihtiyati haczin sağladığı korumadan mahrûm bırakmıştır.

İİK'nın 257. maddesine göre, ihtiyati haciz para borçları için talep edilebilir. Oysa Tasarının 1330. maddesinde sayılan deniz alacaklarından bir kısmı para borcu niteliğinde değildir. Örneğin,

t) geminin mülkiyeti veya zilyetliğine ilişkin her türlü uyuşmazlık;

u) geminin müşterek malikleri arasında çıkan, geminin işletilmesine ya da gemiden sağlanan hasılata ilişkin her türlü uyuşmazlık;

v) gemi rehni veya gemi ipoteği ya da gemi üzerinde aynı nitelikteki bir aynî yükümlülük.

Tasarının 1330. maddesinde *"Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin 1952 Brüksel Konvansiyonu"*nun 1. maddesi ile *"Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin 1999 Cenevre Konvansiyonu"*nun 1. maddesine paralel bir düzenleme getirilmiştir. Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin 1952 Brüksel Konvansiyonu 24 Şubat 1956 yılında yürürlüğe girmiştir. Konvansiyona göre, gemi mülkiyetine dair iddialar da bir ihtiyati haciz sebebi meydana getirmektedir (md.1/o-p). Yani yalnız para alacakları değil, aynî nitelikteki iddialar da ihtiyati haciz sebebi teşkil etmektedirler. Ancak Türk hukukunda olduğu gibi bazı hukuk sistemlerinde ihtiyati haciz ancak para alacaklarında söz konusudur. Aynî haklara ilişkin taleplerde ise ihtiyati tedbir yoluna başvurulmaktadır. Fakat Konvansiyon, ihtiyati haczin kapsamını ihtiyati tedbirleri kapsayacak şekilde genişletmiştir. Bununla beraber âkit taraflar, Konvansiyon'un 1/o-p maddesine çekince koyarak bu hususlarda kendi millî hukuklarında yer alan düzenlemenin uygulanacağını beyan edebilirler (md. 10/a). Nitekim Alman hukukunda bu alacaklar ihtiyati tedbir konusu teşkil ettiğinden Almanya, 1. maddenin o-p bentlerine çekince koymuştur. Almanya'nın yanı sıra Mısır, İtalya, Hollanda, Küba, (eski) Yugoslavya (yalnızca 1/0 bendi) 1. maddenin o-p bentlerine çekince koymuşlardır.

Gemilerin ihtiyati haczine ilişkin 1952 Brüksel Konvansiyonu, birbirine ters iki radikal sistem arasında yani Anglo-Sakson sistemi ile Kıta Avrupa sistemi arasında uzlaşma sağlamıştır. Anglo-Sakson hukukunda yalnız-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ca geminin işletilmesinden doğan alacaklar için ihtiyati haciz talep edilebilir. Yani alacağın menşei geminin işletilmesine dayanmalıdır. Kıta Avrupa sisteminde ise, alacağın sebebi ne olursa olsun borçluya ait mallara, bu arada gemilerine de, ihtiyati haciz konulabilir. Konvansiyon'da bu iki sistem arasında uzlaşma sağlamak için, geminin üzerine ihtiyati haciz konulmasına sebep olan alacaklar tek tek sayılmıştır.

3. Yetkili mahkeme

a) İhtiyati haciz kararı bakımından

aa) Dava açılmadan önce

aaa) Türk bayraklı gemiler hakkında

MADDE 1332 – (1) Türk bayraklı gemiler hakkında ihtiyatî haciz kararı sadece, geminin demir attığı, şamandıraya veya tonoza bağlandığı, yanaştığı veya kızağa alındığı yer mahkemesi veya aşağıda belirtilen mahkemeler tarafından verilebilir:

a) Bir Türk gemi siciline kayıtlı gemilerde, sicil yeri mahkemesi;

b) Sicile kayıtlı olmayan gemilerde malikin yerleşim yeri mahkemesi;

c) 941 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca tutulan özel sicile kayıtlı gemilerde kiracının yerleşim yeri mahkemesi.

bbb) Yabancı bayraklı gemiler

Madde 1333 – (1) Yabancı bayraklı gemiler hakkında bu kısım hükümlerine göre ihtiyatî haciz kararı, Türkiye'de sadece aşağıda belirtilen mahkemeler tarafından verilir:

a) Geminin demir attığı, şamandıraya veya tonoza bağlandığı, yanaştığı veya kızağa alındığı yer mahkemesi;

b) Geminin yakıt, kumanya, yedek parça almak, gemi adamı değiştirmek veya malzeme indirmek gibi iş ve işlemler için kısa süreli de olsa durduğu yer mahkemesi.

Değerlendirme: Tasarının 1333. maddesine göre geminin durması Türk mahkemelerinin yetkisinin gerçekleşmesi için şarttır. Yabancı bayraklı geminin "durması" yetkinin gerçekleşme şartı olunca mahkeme henüz daha durmamış geminin ihtiyati haczine şartlı olarak karar veremez. Türk karasularına girdiği andan itibaren yabancı bir gemi, "transit geçiş", "zararsız geçiş", "durmaksızın geçiş" gibi milletlerarası antlaşmalardan kaynaklanan sınırlamalar bulunmuyorsa, Türk yargısına tabidir. Türk karasularına veya içsularına giren yabancı bayraklı gemiler üzerinde Türk mahkemelerinin "yargı hakkı" Türk Ticaret Kanununun sorunu değildir. Bu sorun devletler umumî hukukuna göre değerlendirilmelidir. Bu sebeple, devletler umumî hukukuna özgü müessese veya kavramların ticarî ilişkileri düzenleyen tasarıya konulması doğru değildir.

İİK'da, ihtiyati hacizde mahkemenin yetkisi konusunda HUMK'a atıf yapılmıştır. İster Türk bayraklı gemilerin isterse yabancı bayraklı gemilerin ihtiyati haczi söz konusu olsun HUMK'da yeterli düzenleme getiren hükümler bulunmaktadır. HUMK'daki hükümler yeterli olduğundan tasarıda özel bir düzenleme getirmeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Özellikle, Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan kişilere ait malların haczinde Türk

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mahkemelerinin yetkisi HUMK'un 16. maddesi çerçevesinde gerçekleşecektir. Bir çok ülke ihtiyati haciz konusunda kendi mahkemelerine oldukça geniş yetki vermekte ve kendi ülkelerini ihtiyati haciz kararları için "yetki cenneti" haline getirmektedirler. Tasarıda Türk mahkemelerinin yetkisi daraltılmış ve kısıtlanmıştır. Bu yaklaşım Türkiye'deki alacaklılara zarar verir ve Türkiye'de bulunan kişilerin yurtdışındaki borçlulardan alacaklarını tahsil edememesi sonucunu doğurabilir. Tasarının 1333. maddesi uluslararası gelişmelerin arkasında bir düzenleme getirmektedir. Bu sebeplerle, yetkiyle ilgili 1332. ve 1333. maddelerin tasarıdan çıkarılması gerekir.

Üstelik, 1333. madde içeriği itibariyle uygulamada daha ciddî sorunlar yaratacak ve yabancı gemilerin ne zaman "durmuş" sayılacakları konusunda farklı yorumlara yol açacaktır. Tereddüt halinde mahkemelerin genel eğilimi hükmü dar yorumlamaktır. Tasarıda bir yandan ihtiyati haciz kararının alınması kolaylaştırılmışken[4] diğer yandan mahkemenin yetkisinin sınırlandırılması tezat teşkil etmektedir. Diğer bir ifadeyle, ihtiyati haciz kararının alınması kolaylaştırılmış, arzu edilen ve Türkiye'de ihtiyaç duyulan çok önemli bir sistem getirilmiş; ancak bu sistem yetkili mahkemelerin sınırlanması ile etkisiz bir hale getirilmiştir.

ccc) Yetkiye, tahkime ve esasa uygulanacak hukuka dair bir anlaşmanın varlığı halinde Türk mahkemesinin yetkisi

Madde 1334 – (1) İlgili sözleşmeye konulmuş bir yetki yahut tahkim kaydına veya ayrıca yapılmış olan bir yetki yahut tahkim sözleşmesine göre, hakkında ihtiyatî haciz kararı uygulanacak olan deniz alacağının esası hakkında hüküm vermeye bir hakem heyeti veya yabancı mahkeme yetkili yahut deniz alacağının esasına yabancı bir devletin hukuku uygulanacak olsa dahi, 1332 ve 1333 üncü maddelere göre yetkili olan mahkemeler, bir deniz alacağı için güvence elde edilmesini sağlamak üzere ihtiyatî haciz kararı vermeye yetkilidir.

Değerlendirme: Tasarının 1334. maddesinin başlığında yer alan "esasa uygulanacak hukuka dair bir anlaşmanın varlığı" metinden çıkarılmalıdır. Başlıkta yer alan "uygulanacak hukuk" ile madde içeriği birbirinden farklıdır. Aynı şekilde 1334. maddenin dördüncü satırında yer alan "yahut deniz alacağının esasına yabancı bir devletin hukuku uygulanacak olsa" cümlesi de metinden çıkarılmalıdır.

Ayrıca, Tasarının 1334. maddesinde sadece taraflar arasında yapılan anlaşma ile yabancı bir mahkemenin yetkili kılınması veya tahkim yolunun kararlaştırılması ihtimalleri dikkate alınmış ve bu durumda dahi 1332-1333. maddelerde belirtilen Türk mahkemelerinden ihtiyati haciz kararının talep edilebileceği ifade edilmiştir. Tasarının 1334. maddesi, 1999 Konvansiyonunun 2. maddesinin III. fıkrası ile aynıdır. Gemilerin İhtiyati

4 Bkz. Özellikle Tasarının 1340 ve 1343. maddeleri.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Haczine İlişkin 1999 Cenevre Konvansiyonuna göre, yetki veya tahkim şartı olsa bile geminin teminat amacıyla herhangi bir yerde ihtiyaten haczi mümkündür. Ancak maddede, sadece yetki anlaşması ile yabancı mahkemelere yetki verilmesi düzenlenmiştir. Yabancı mahkemenin yetkisi mutlaka yetki anlaşmasına dayanmak zorunda değildir. Yabancı mahkemenin yetkisi kendi hukukunda yer alan hükümlere göre tesis edilse dahi Türk mahkemelerinden ihtiyati haciz talep edilebilir. Diğer bir ifadeyle, esas davada yabancı mahkemenin yetkisi taraflar arasındaki bir anlaşmaya dayanmazsa bile Türk mahkemeleri ihtiyati haciz kararı verebilir[5]. Hatta, esas davanın Türkiye'de görülmesinin mümkün olmadığı hallerde dahi Türk mahkemeleri ihtiyati haciz kararı verebilirler. Çünkü bu tedbirler, acil bir yerel korunmayı gerektiren durumlarda şahsın ve onun malvarlığı çıkarlarının korunması düşüncesine dayanmaktadırlar. Adaletin ve toplum barışının menfaati doğrultusunda alınacak tedbirler, vatandaşlık ayırımı yapılmaksızın herkese uygulanmalıdır. Malvarlığı tehdit edilen kişinin korumalardan yoksun olması medenî milletlerin temel hukuk anlayışlarına aykırıdır. Uluslararası ticaret hayatının temel kuralları, acil ve koruyucu önlemlerin mahiyetleri, mahkemeleri esas davada yetkisiz olsalar bile bu tedbirler hakkında karar vermek için kendilerini yetkili saymaya zorlamaktadır[6].

Maddenin gerekçesinde (Gerekçe s. 751) 1332 ile 1333. maddelerin, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca hakemlere tanınmış olan ihtiyati haciz kararı verme yetkisini kaldırdığı; 4686 sayılı Kanuna göre yürütülecek tahkim yargılamalarında 1335. maddenin cari olacağı, gemi hakkında ihtiyati haciz kararı vermenin münhsıran anılan maddelerde sayılan mahkemenlerin yetkisinde olduğu ifade edilmiştir. Bununla beraber, 1334. madde metninde 4686 sayılı Kanun kapsamında yürütülen tahkim yargılamalarında hakem ya da hakem kurulunun ihtiyati hacze karar verme yetkisinin kaldırıldığına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Üstelik, 4686 sayılı Kanunun 6. maddesinin II. fıkrasına göre, "hakem veya hakem kurulu, cebrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremez". 4686 sayılı Kanunda, hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı alabileceği, ancak icraî nitelikte tedbir kararları veremeyecekleri öngörülmüştür. Alman doktrininde, hakemler tarafından verilen ve icraî nitelik taşımayan tedbirler "dişleri olmayan vahşi hayvana" benzetilmiştir. PEKCANI-

5 Nuray EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. bası, İstanbul 2000, s. 226 vd..

6 Nuray EKŞİ, Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi, 2. bası, İstanbul 2004, s. 51 vd.; EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 226 vd..

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TEZ'in[7] de ifade ettiği gibi, icraî nitelikte karar verme yetkisi bulunmayan hakemler, ihtiyati hacze karar vermiş olsalar bile bu kararın tek başına sonuç doğurması mümkün değildir. İhtiyati haciz kararının uygulanabilmesi, diğer bir ifadeyle haciz işleminin yapılabilmesi için icra organlarına başvurmak gerekir. Bu sebeple, hakemlere ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin tanınmasının ne pratik bir sonucu ne de yararı vardır[8].

c) Tenfiz hakkında

Madde 1338 – (1) Bir deniz alacağı için ihtiyatî haciz kararı vermiş olan Türk mahkemesi, o deniz alacağının esası hakkında verilmiş olan bir yabancı mahkeme veya yabancı hakem kararının tenfizinde:

a) tenfiz isteminin yapıldığı tarihte geminin o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunması veya

b) tenfiz isteminin yapıldığı tarihte geminin serbest bırakılması için 1348 ilâ 1350 nci maddeler uyarınca yatırılmış güvencenin mahkeme kasasında bulunması şartıyla yetkilidir.

Değerlendirme: Tasarının 1338. maddesinde, deniz alacağı için ihtiyati haciz kararı veren mahkemenin tenfiz davasında yetki kazanabilmesinin şartları düzenlenmiştir. MÖHUK'un 35. maddesinin aksine bu maddede yetki sebepleri daraltılmış bulunmaktadır. MÖHUK'un 35. maddesinde tenfiz kararı vermeye yetkili mahkemeler düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, tenfiz kararları kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki ikametgâhı, yoksa sakin olduğu yer mahkemesinden, Türkiye'de ikametgâhı veya sakin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinden istenebilir. Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinin ne tenfiz davasının taraflarıyla ne de ihtilâfla bir bağlantısının olması aranmıştr. Böyle bir düzenlemenin getirilmesindeki amaç, yabancı ilâmların tenfizi konusunda her zaman yetkili bir Türk mahkemesini hazır bulundurmaktır. Tenfiz davasının daima Türkiye'de açılabilmesi ilk bakışta şaşırtıcı görülebilir. Ancak tenfiz davasının konusunun maddî bir ihtilâf halletme olmayıp, yabacı ilâmın icrasını sağlamak olduğu göz önüne alındığı zaman MÖHUK'un 35. maddesindeki kural anlam kazanmaktadır. Tenfiz mahkemesinin yapacağı tek iş yabancı ilâmın kanunda aranılan şartlara uygunluğunu kontrol etmektir. Burada izlenen amaç, belirli şartlara uygun olan yabancı ilâmların Türkiye'de icra edilebilmesini sağlamak olduğuna göre, mahkeme ile taraflar veya ihtilâf arasında bağlantıyı aramaya gerek bulunmamakta ve tenfiz davasının icraya yönelik olması son ihtimal

---

7 Hakan PEKCANITEZ, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukukî Koruma Önlemleri: Milletlerarası Tahkim Semineri 10 Mart 2003 ICC Türkiye Millî Komitesi Yayını, Ankara 2003, s. 128.

8 Nuray EKŞİ, General Evaluation of the Turkish International Arbitration Act, (2005)3 International Arbitration Law Review, s. 90-91; Nuray EKŞİ, Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, (2003)1-2 MHB Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 311-315.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olarak Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinin yetkili görülmesinin sebebini oluşturmaktadır[9].

Tasarının 1338. maddesinin gerekçesinde, Türkiye'de ihtiyaten haczedilen gemi ile ilgili olarak yabancı ülkede yetki sözleşmesine istinaden dava açılmasından söz edilmiştir. Yabancı ülkede dava açılması için mutlaka yetki anlaşmasının yapılmasına gerek yoktur. Yabancı mahkemenin yetkisi, kendi usul kurallarına göre de gerçekleşmiş olabilir. Eğer 1338. madde Tasarıda aynen muhafaza edilmek isteniyorsa gerekçesinin "bir geminin ihtiyati haczinden sonra yurt dışında dava açılmış veya tahkime gidilmişse istihsal olunacak yabancı mahkeme veya hakem kararının Türkiye'de tenfizi talep edilebilecektir. Tasarının 1338. maddesinde, deniz alacağı hakkında ihtiyati haciz kararı veren Türk mahkemesinin hangi hallerde tenfiz davasında da yetki kazanacağı düzenlenmiştir" şeklinde değiştirilmesi gerekir.

3. Yabancı sicile kayıtlı gemilerin satışı için hazırlıklar

Madde 1362 – (1) Yabancı bir sicile kayıtlı geminin satışı talep edildiğinde, icra müdürü, o devletin konsolosluğuna bu hususu bildirir ve mükellefiyetler listesinin hazırlanmasını teminen geminin sicil kaydını ister. Alacaklı dahi, sicil kaydının tasdikli bir suretini icra dairesine ibraz edebilir. Bu durumda, hangi kayıt önce gelirse, liste o kayda göre hazırlanır.

(2) İcra müdürü, İcra ve İflas Kanununun 126 ncı maddesi uyarınca yapılacak ilânı,

a) geminin kayıtlı olduğu sicil Devletinde, gemi sicilini tutmakla yükümlü olan makama,

b) tescil edilmiş akdî rehin alacaklılarına,

c) icra dairesine bildirilmiş olmaları kaydıyla kanuni rehin alacaklılarına,

d) geminin sicile kayıtlı malikine,

iletilmesini temin eder.

(3) İkinci fıkrada belirtilen yazılı iletim, iadeli taahhütlü mektup ile veya bildirimin muhataba ulaştığını teyid eden elektronik iletişim araçlarıyla veya başkaca uygun bir yoldan yapılır.

Değerlendirme: Tasarının 1362. maddesinde Türk icra makamlarının yetkilerinin yurt dışına teşmil edilmesine imkân sağlayan bir düzenleme yapılmıştır. Öncelikle, "iletim" kelimesinin doğruluğu tartışılabilir. Aslında burada resmî bildirim söz konusu olduğundan "iletim" kelimesi değil "milletlerarası tebligat" kelimesi kullanılmalıdır. Cebrî icra makamları adlî teşkilatın içindedirler ve bu sebeple cebrî icra prosedürüne ilişkin tebligatlar adlî tebligat niteliğindedir. Dolayısıyla konuyla ilgili olarak milletlerarası tebligata ilişkin sistem çerçevesinde tebligatın yapılması gerekir. Yurt dışından Türkiye'ye tebligat, yabancı ülke ile Türkiye arasında antlaşma varsa

9 EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 205-207.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

antlaşma hükümlerine göre; yoksa Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğüne göre diplomatik yolla gerçekleştirilir.

Eğer tebligat konusunda Türkiye ile ilgili yabancı devlet arasında ikili veya çok taraflı bir antlaşma varsa tebligat bu antlaşmada yer alan hükümlere göre yapılır. Türkiye, bir çok ülke ile tebligat konusunda iki taraflı antlaşmalar yapmıştır. İkili antlaşmalar dışında Türkiye, milletlerarası tebligatı düzenleyen *Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî ve Gayriadlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Antlaşması*[10] ile *Hukuk Usulüne Dair Antlaşmaya*[11] taraftır. Her iki antlaşmaya da taraf olan devletler açısından hangi antlaşmanın öncelikle uygulanacağı konusunda ortaya çıkan sorunu gidermek için, adlî ve gayriadlî belgelerin tebliğine ilişkin antlaşmanın 22. maddesinde öncelik bu antlaşmaya verilmiştir. Yani Hukuk Usulüne Dair Antlaşmanın tebligata ilişkin hükümleri yerine Adlî ve Gayriadlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Antlaşması uygulanacaktır. Bu Antlaşmanın önemli bir özelliği de, talep edilen devlet itiraz etmedikçe adlî belgenin yabancı memleketteki kişilere doğrudan posta yoluyla gönderilmesine imkân sağlamasıdır (md. 10). Amerika Birleşik Devletleri, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İsrail, İsveç, Lüxemburg, Japonya, Portekiz ve İtalya Lahey Antlaşmasının 10. maddesi uyarınca, muhatabın anlayacağı dilde olmak kaydıyla, doğrudan posta vasıtasıyla yapılan tebligatları kabul etmektedirler[12]. Türkiye, Antlaşmanın 10. maddesinde belirtilen doğrudan posta yoluyla tebligat usu-

---

10 RG 17.6.1972/14218. Adlî ve Gayriadlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Antlaşmasına taraf olan devletler şunlardır: Arjantin, Belarus, Belçika, Finlandiya, Estonya, Mısır, Danimarka, Çek Cumhuriyeti, Romanya, Kore Cumhuriyeti, Portekiz, Polonya, Hollanda, Meksiko, Luxemburg, Lithuania, Letonya, Japonya, İtalya, İsrail, İrlanda, Macaristan, Yunanistan, Almanya, Fransa, Kıbrıs Rum Kesimi, Çin, Kanada, Bulgaristan, İsviçre, İsveç, Sri Lanka, İspanya, Slovenya, Slovak Cumhuriyeti, Rusya Federasyonu, Venezüella, ABD, Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda, Ukrayna, Türkiye, Antigua ve Barbuda, Bahama, Barbados, Botswana, Kuveyt, Malavi, Pakistan, San Marino, Seychelles: http://auto.search.msn.com/ response.asp? MT=La+Haye+ Conventions&srch=5&prov=&utf8.

11 RG 23.5.1972/14194. Hukuk Usulüne Dair Lahey Antlaşmasına taraf olan devletler şunlardır: Arjantin, Belçika, Kamboçya, Küba, Danimarka, Fransa, Macaristan, Meksika, Norveç, Slovakya, İsveç, Türkiye, Arjantin, Bolivya, Cape Verde, Kıbrıs Rum Kesimi, Dominik Cumhuriyeti, Almanya, İrlanda, Monako, Pakistan, Slovenya, İsviçre, Birleşik Krallık, Avustralya, Bosna Hersek, Merkezî Afrika Cumhuriyeti, Çek Cumhuriyeti, Ekvator, Yunanistan, İsrail, Fas, Polonya, İspanya, Sri Lanka, Hollanda, Uruguay, Avusturya, Brezilya, Kolombiya, Şili, El Salvador, Guatemala, İtalya, Yeni Zelanda, Portekiz, Lanka, Filipinler, Eski Yugoslavya, Barbados, Burkina Fasso, Hırvatistan, Çin, Finlandiya, Haiti, Luxemburg, Nijerya, Romanya, Surinam ve Tunus (http:www.un.org).

12 Adalet Bakanlığı Tebliği: RG 12.2.1983/17957; Adalet Bakanlığı Tebliği: RG 19.1.1984/18286. Milletlerarası tebligata ilişkin Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan en son tebliğler için bkz. Yurt Dışı Tebligat ve İstinabe Taleplerinde Uyulması Gereken Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (RG 26.11.2004/25652); Yurt Dışı Tebligat ve İstinabe Taleplerinde Uyulması Gereken Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (RG 27.12.2005/26036).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lüne itiraz etmiştir. Diğer bir ifadeyle, yurt dışından doğrudan posta yoluyla yapılacak tebligatı kabul etmemiştir. Hatta bu tebligat, yukarıda sayılan ve posta yoluyla yapılan tebligatı kabul eden ülkelerden gelse dahi sonuç değişmeyecektir. Bu nedenle, Adlî ve Gayriadlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Antlaşması çerçevesinde, yurt dışından Türkiye'ye yapılacak tebligat taleplerinin mutlaka merkezi makamlar aracılığıyla yapılması gerekmektedir. Buna karşın Türkiye'den Amerika Birleşik Devletleri, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İsrail, İsveç, Lüxemburg, Japonya, Portekiz ve İtalya'ya doğrudan posta yoluyla tebligat yapılması mümkündür. O halde Tasarının 1362. maddesinin (3) fıkrası, belirtilen ülkeler dışında kalan ülkelere yapılacak tebligatlarda uygulanamayacaktır. Kaldı ki, doğrudan posta yoluyla tebligatı kabul eden ülkelere dahi elektronik iletişim araçlarıyla tebligat yapılması mümkün gözükmemektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ÇEKTE DÜZELTME HAKKI

*Ar. Gör. Seda Ş. GÜNGÖR**

§ 1.GİRİŞ

Çek, günümüzde en fazla kullanılan ve bu sebeplede kanun yapıcı tarafından hakkında özel olarak düzenlemeler getirilmiş bir kambiyo senedi türüdür. Hukuki mahiyeti itibariyle bir havale, iktisadi fonksiyonu itibariyle de bir ödeme vasıtası olan çek, 7 Nisan 1914 tarihinde Osmanlı İmparatorluğu mevzuatında yer alan yirmialtı maddelik "Çekler Hakkında Kanun" ile ilk defa Ülkemizde yasal düzenleme altına alınmıştır. Osmanlı Çek Kanunu 1926 tarihli Eski Ticaret Kanunu yürürlüğe girince uygulamadan kalkmış, Eski Ticaret Kanununun yerini 1957 yılında yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu almıştır. Çek, Türk Ticaret Kanunun 692-735. maddeleri arasında düzenlenmiştir[1].

Zaman içinde TTK'da yer alan düzenlemelerin, gelişen ekonomi ve karşılıksız çek keşidesine bağlanan sonuçlar açısından yetersiz kaldığı görülmüş ve kanun koyucu orijini özellikle Fransız Çek Kanununa dayanan 3167 sayılı "Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun"u 1985 yılında yürürlüğe sokmuştur. Anılan Kanun, yıllar içinde uygulanmasında karşılaşılan aksaklıklar ve sorunlar nedeniyle, 4814 (yürürlük tarihi 08.03.2003) sayılı kanunla tadil edilmiş ve bu tadilde özellikle karşılıksız çeke bağlanan müeyyideler ve düzeltme hakkının kullanılması açısından önemli değişiklikler yapılmıştır.

Çekin özellikle tedavül kabiliyeti göz önünde bulundurulduğunda, karşılıksız çek ve sonuçları ile keşidecinin bu sonuçlardan kurtulmasına imkan sağlayan düzeltme hakkı Çek Hukuku açısından önem taşımaktadır. Çalışmamızda, düzeltme hakkının 4814 sayılı kanunda yer alan düzenlemesin-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 **Merih Kemal Omağ,** "Türk Hukukunda 3167 Sayılı Kanun Açısından Karşılıksız Çek", MÜHF 1. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, MÜ Yayın No: 543, Hukuk Fakültesi Yayın No: 6, s. 43.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

den yola çıkılarak unsurları, ne şekilde, kimler tarafından kullanılacağı ve kullanılmasına bağlanan sonuçlar öncelikle karşılıksız çek kavramı açıklanmaya çalışılarak incelenmiştir.

§ 2. KARŞILIKSIZ ÇEK

I. Genel Olarak

Günümüzde özellikle tedavül kabiliyeti en çok olan ve bununla birlikte belkide kamu itimadına en fazla sahip olması gereken kambiyo senedi türü çektir. Çekin muhatap bankaya ödenmek üzere ibraz edilmesi sonucunda karşılıksız çıkması ve bu duruma bağlanan müeyyideler tüm hukuk sistemlerinde önemli yer taşımaktadır. TTK ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan düzenlemeler ile bir çekin hangi şartlarda karşılıksız sayılacağı ve karşılıksız çek keşidesine bağlanan cezai ve hukuki sonuçlar düzenlenmiştir.

Geçerli bir çekin ibraz süresi içinde muhatap bankaya ibraz edilmesi sonucu, muhatap bankanın nezdinde, karşılığının tamamen ya da kısmen bulunmaması veya kısmi ödemenin hamil tarafından kabul edilmemesi halinde çekin karşılıksız kalmasından söz edilir. Bununla birlikte, ne şekilde olursa olsun, çek bedelinin muhatap tarafından ödendiği tüm olasılıklarda hamil açısından karşılıksız çekten söz edilemeyecek[2], bu durumda yetkili hamil keşideciye karşı, karşılıksız çekten dolayı hukuki ya da cezai herhangi bir yaptırımda bulunamayacaktır.

3167 Sayılı Kanun'un 16. maddesine göre, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce muhatap bankaya ödeme için ibraz edilen, ancak yeterli karşılığı bulunmadığı için tamamen veya kısmen ödenmeyen ve ödenmediği tespit edilen çekler de karşılıksız çek hükmündedir[3]. Ancak yukarıda belirtilen türde (ileri tarihli, post date) çeklerde hamil şikayet hakkını hemen kazanamasa da, çekin üzerine karşılıksız şerhi düşülmesini takiben icra yoluyla takibe başlayabilecektir.

Karşılıksız çek hususunda TTK'nun 695. maddesinin 3. fıkrasında ve ÇK'nun 16. maddesinde hukuki ve cezai müeyyideler öngörülmüştür[4]. Ancak, keşideci eğer ÇK'nun 8. maddesinde yer alan düzeltme hakkını Kanun'da belirtilen şekilde tam olarak kullanırsa, karşılıksız çek keşidesine uygulanacak olan cezai yaptırım, ÇK m. 16/c hükmüne göre uygulanmayacak ve verilen ceza ortadan kalkacaktır.

---

2 **Abuzer Kendigelen,** Çek Hukuku, İstanbul, 2004, s. 227.

3 **Ali Bozer/ Celal Göle,** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2004, s. 126.

4 Karşılıksız çeke uygulanacak hukuki ve ceazi müeyyideler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Seza Reisoğlu,** Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 3. Bası, Ankara, 2003, s. 409 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. Karşılıksız Çekin Şartları

1. Şeklen Geçerli Bir Çekin Varlığı

Karşılıksız bir çekten söz edebilmek için öncelikle muhatap bankaya ibraz edilen çekin geçerli bir çek olması gerekmektedir. Geçerli bir çekin, TTK'nun 692. ve 693. maddelerinde belirtilen unsurları ihtiva etmesi gereklidir. Buna göre geçerli bir çek, çek kelimesini, kayıtsız şartsız belirli bir tutarın ödenmesi emrini, muhatabın ad ve soyadını, ödeme yerini, keşide yeri ve tarihi ile keşidecinin imzasını taşımalıdır. Karşılıksız çek, hesap sahibi tarafından keşide edilebileceği gibi onun yetkili temsilcisi veya vekili tarafından da düzenlenmiş olabilir[5].

Bunun yanında ÇK'nun 3. maddesinde "Çek defterleri bankalarca bastırılır, çek defterlerinin baskı şeklini belirleyen esaslar, Türkiye Bankalar Birliğinin görüşü alınarak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca Resmi Gazetede yayımlanacak bir tebliğle düzenlenir, çek defterlerinin her yaprağına, çek hesabının bulunduğu şubenin adı, hesap numarası ve hesap sahibinin vergi kimlik numarası yazılır; ancak, hesap sahibinin vergi kimlik numarası hariç olmak üzere bunların yazılmamış olması veya bankalarca baskı şekline ilişkin esaslara aykırı davranılması çekin geçerliğini etkilemez" hükmü yer almaktadır.

Buna göre ÇK'nun getirdiği yeni şekil şartlarına rağmen, Türk Ticaret Kanunu'nun 692. maddesinde yazılı şekil şartları mevcutsa (duruma göre, TTK 693), Çek Kanunu'nun aradığı "şube adı" ve "hesap numarası" gibi kayıtların eksikliği, senedi çek olmaktan çıkarmayacaktır[6]. ÇK m.3/2'de yer alan düzenlemeye göre, çekin üzerine hesap sahibinin vergi kimlik numarasının yazılmamış olması senedi çek olma niteliğinden çıkaracaktır. Böylece bu husus da çekin zorunlu unsurlarından birisi haline gelmiş bulunmaktadır[7].

Vergi kimlik numarasının çek defterini bastıran bankalarca her bir yaprağın üzerine yazılacak olması, bu unsurun eksik kalması olasılığını oldukça azaltmakta ise de, mevcut bu düzenleme kapsamında hesap sahibinin vergi kimlik numarasını taşımayan bir senedin, diğer tüm unsurları taşısa dahi artık çek olarak nitelendirilemeyeceği göz ardı edilmemelidir[8].

---

5 **Huriye Kubilay,** "Karşılıksız Çeklerde Hesap Sahibinin Hukuki Durumu", Manisa Barosu Dergisi 1986, Yıl 5, S.17, s. 12.

6 **Fırat Öztan,** Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Bası, Ankara, 2004, s. 314.

7 **Oğuz İmregün,** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2003, s. 128. Aynı görüşte yazarlar için bkz. **Öztan,** s. 242; **Bozer/ Göle,** s. 115; **Kendigelen,** s. 95. Reisoğlu tedavül eden ve müşterilerin elinde bulunan eski çek defterleri açısından, vergi kimlik numarasının zorunlu unsur oluşturmayacağı; yeni basılacak ve müşterilere verilecek çek defterlerinde ise vergi kimlik numarasının bulunmamasının çeki geçersiz hale getireceğini ifade etmektedir, bkz. **Reisoğlu,** s. 58.

8 **Kendigelen,** s. 94-95.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Çekin Meşru Hamil Tarafından İbraz Edilmiş Olması

Karşılığı muhatap bankadan tahsil edilmek istenen bir çek TTK m. 708'de yer alan ibraz sürelerine uyularak muhatap bankaya ibraz edilmelidir. Buna göre bir çekin, keşide edildiği yerde ödenecek ise on gün; keşide edildiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay; ödeneceği memleketten başka bir memlekette keşide edilmişse, keşide yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay ve ayrı ayrı kıtalarda ise üç ay içinde muhataba ibraz edilmesi gerekmektedir.

Çekte, "görüldüğünde ödeme"[9] esası, hiçbir şekilde, değiştirilemeyeceğinden, bu şekilde ileri tarihle tanzim edilip verilmiş bulunan çekler de, keşide tarihlerinin gelmesini beklemeye lüzum kalmadan, ödenmek için ibraz olunabilirler (ÇK 16/1)[10].

Çekin, ibraz süresi içinde, muhatap bankaya veya ÇK'nun 4. maddesine göre muhatap bankanın herhangi bir şubesine ya da ÇK'nun 6. maddesine göre takas odasına çekin üzerinde hak sahibi olan hamil tarafından ibraz edilmesi gerekmektedir. Hak sahibinin, yani meşru hamilin, kim olduğu hususu TTK m.702'ye göre tayin olunacaktır.

3. İbraz Anında Çekin Karşılığının Bulunmaması

TTK'nun 695. maddesinde, "Bir çekin keşide edilebilmesi için, muhatabın elinde keşidecinin emrine tahsis edilmiş bir karşılık bulunması ve keşidecinin bu karşılık üzerinde çek keşide etmek suretiyle tasarruf hakkını haiz bulunacağına dair muhatapla keşideci arasında açık veya zımni bir anlaşma olması şarttır. Şu kadar ki; bu hükümlere riayetsizlik halinde senedin çek olarak muteber olmasına halel gelmez" hükmü yer almaktadır. Karşılık "mevcut bakiye veya kredi vaadi sebebi ile çek bedelinin karşılanması" şeklinde anlaşılmaktadır. Karşılığın mevduat veya kredi şeklinde olması da mümkündür[11].

TTK m. 695'in yorumlanmasında doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre çek keşidesi için muhatap bankada karşılığın bulunmasını şart koşan TKK m.695/1'e göre karşılığın keşide anında bulunması gerekir ve bu anda karşılık yoksa çek karşılıksız sayılır[12].

Ancak doktrinde yer alan ağırlıklı görüş itibariyle, karşılıksızlık, çek keşide edilen hesapta ibraz anında çekte yazılı miktarı ödemeye yetecek para-

---

9 Çekte "görüldüğünde ödeme" kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kendigelen,** s. 161 vd.

10 **Öztan,** s. 315.

11 **Faruk Erem,** "Uygulamada Karşılıksız Çek", Prof.Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara, 1983, s. 414.

12 **Hayri Domaniç,** Karşılıksız Çek, İstanbul, 1983, s. 98.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nın bulunmamasıdır, karşılık muhatap banka tarafından nakit olarak ödemeye elverişli, çekin tutarı kadar olmalıdır[13]. Bununla birlikte hesap sahibinin aynı bankanın başka şubelerinde ve hatta aynı şubesinde yeterince parasının bulunmaması, çekin karşılıksız sayılmasını engellemeyecektir. Karşılığın bulunmaması, çeşitli sebeplerle, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir[14].

İleri tarihli (post date) bir çek açısından karşılıksızlık, çek üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ibraz edilse bile, ibraz anında doğacaktır. İleri tarihli çeklerde bu durum yalnızca şikayet hakkının kullanımı açısından önem taşımaktadır, ileri tarihli bir çek ibraz edildiği anda eğer karşılığı yoksa karşılıksız bir çek olarak işlem görecek ancak hamilin şikayet hakkını kullanabilmesi için ibraz süresine bağlı olarak hesaplanacak düzeltme hakkı süresinin de geçirilmesi beklenecektir.

4. Karşılığın Olmadığının Tespiti

ÇK'nun 4814 Sayılı Kanun ile değişik 5. maddesine göre çekin muhatap bankaya ibrazından sonra karşılığının tamamen ödenmemesi veya çek hamili tarafından kısmi ödemenin kabul edilmemesi halinde, muhatap banka ibraz tarihi ile ödememe nedenini çekin üzerine yazıp, çekin üzerine hamilin imzasını da alarak çeki hamile geri vermelidir. Ayrıca banka çekin ön ve arka yüzünün fotokopisini de alarak saklamak zorundadır.

Burada, "tarih ve ödememe sebebinin gösterilmesi" mecburidir; ibraz anının, saat ve hatta dakika gösterilerek belirtilmesinde, ileride çıkması muhtemel tartışmaları önlemesi bakımından, yarar vardır[15].

III. Çekin Karşılıksız Çıkması Halinde Bankalarca Yapılması Gereken İşlemler

ÇK'nun 9. maddesinde, muhatap bankanın yeterli karşılığı bulunmadığı için çekin ödenmediğini ve hesap sahibi hakkında gereken bilgileri, ibraz tarihinden itibaren on gün içinde Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'na bildirmesi gerektiği düzenlenmiş, maddenin devamında düzeltme hakkının usulüne uygun bir şekilde kullanılması halinde, bununda banka tarafından on gün içinde Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'na bildirileceği ve bu bildirimlerin en geç on beş gün içinde bankalara duyurulacağı hüküm altına alınmıştır[16]. Çekin tamamen karşılıksız çıkmasında olduğu gibi kısmen

---

13 **Murat Yusuf Akın,** "Türk Hukukunda Karşılıksız Çek", MÜHF Hukuk Araştırmaları, 1995, C. IX, S. 1-3, s. 417-418. Doktrinde aynı görüşte olan yazarlar çoğunluktadır; bkz. **Omağ,** s. 48; **Öztan,** s. 316; **Kendigelen,** s. 227.

14 Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztan,** s. 315-316. Kendigelen'e göre özel hukuk bakımından şeklen geçerli, süresinde ve meşru hamil tarafından ibraz edilmiş bir çekin ödenmediği tüm halleri karşılıksız çek kavramına dahil etmek gerekir, **Kendigelen,** s. 228.

15 **Öztan,** s. 317.

16 **Bozer/ Göle,** s. 128.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

karşılığının bulunmaması halinde de Merkez Bankası'na bildiride bulunulacaktır[17].

ÇK'nun 7. maddesine göre yeterli karşılığı bulunmadığı için çeki kısmen veya tamamen ödemeyen muhatap banka, hesap sahibine, kendisine ait bütün çek defterlerini bankalara geri vermesini düzeltme hakkını kullanma süresinin bitiminden itibaren iadeli taahhütlü mektupla bildirmek yükümlülüğü altındadır. Bu düzenlemede sadece hesap sahibinden bahsedilmesine rağmen, hesap sahibinin, yetkili temsilcisinde ve vekillerinde bulunan çek defterlerini dahi iade yükümlülüğü mevcuttur.

Bu düzenleme ile eski Kanundaki düzenleme değiştirilmiştir. Buna göre 7. madde ile, eski Kanunda yer alan düzeltme hakkı kullanılsa bile hesap sahibinin önce çek defterlerini iade etmesi, bankanın sonradan dilerse yeni çek defteri vermesi şeklindeki uygulamadan vazgeçilmiş olup, çek defterlerinin iadesinin düzeltme hakkının süresi içinde kullanılmaması halinde talep edileceği hüküm altına alınmıştır.

Çek Kanunu'nun 7. maddesinde öngörülen uyarıya rağmen muhatap banka tarafından yapılan ihbarı aldığı ve/veya almış sayıldığı tarihten itibaren on gün içinde geçerli bir sebebe dayanmaksızın çek karnelerini geri vermeyenleri muhatap banka savcılığa ihbar edecektir[18] (ÇK m. 13/1). ÇK'nun 15. maddesinde Kanun'un kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeyen bankalar hakkında üçyüzellimilyon liradan üçmilyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir.

§ 3. DÜZELTME HAKKI

I.Kavram

ÇK'nda yer alan düzenlemeler ile, karşılıksız çek keşide edilmesi halinde oluşan hukuka aykırılık, çekle işleyen hesabın sahibine veya yetkili temsilcisine cezai ve hukuki çeşitli yaptırımların uygulanmasıyla giderilmek istenmiştir. Düzeltme hakkı, hesapta hiç veya yeterli karşılığı bulunmayan hesap sahibinin, karşılıksızlık dolayısıyla oluşan hukuka aykırılığı belirli bir süre içerisinde gidermesidir[19]. Keşidecinin düzeltme hakkını kullanması halinde, şikayet edilmesi, dava açılmışsa hakkında ceza verilmesi, ceza verilmişse cezasını çekmesi engellenmiş olur.

II. Eski Düzenleme ile 4814 Sayılı Kanun'da Yer Alan Düzenlemenin Karşılaştırılması

ÇK'nda 4814 Sayılı Kanun ile yapılan en büyük değişiklik, düzeltme hakkı açısından gerçekleşmiştir. ÇK'nun eski düzenlemesine göre muhatap

---

17 **Reisoğlu,** s. 297.

18 **Reisoğlu,** s. 307.

19 **Mehmet Bahtiyar,** Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2003, s. 138.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

banka, keşideciye düzeltme hakkını kullanması için, çekin karşılıksız olarak belgelendirilmesi tarihini izleyen on iş günü üçünde iadeli taahhütlü mektupla bir düzeltme ihtarı göndermek zorunda ve eğer keşideci düzeltme hakkını yedi gün içinde kullanmazsa bu defa keşideciye bir yıl süreyle çek keşide edemeyeceğini bildirmek yükümlülüğü altındaydı[20]. Bu durum hem bankaların iş yükünü çoğaltıyor hem de tebligat hususunda sorunlar yaratıyordu[21]. Yeni düzenleme ile bankaların düzeltme hakkını kullanması için keşideciye ihtar mektubu göndermesi uygulaması yerini keşidecinin ibraz süresini kendisinin hesaplaması uygulamasına bırakmıştır.

ÇK'da yer alan yeni düzenlemelerden birisi de çeki karşılıksız çıkan keşideciye, düzeltme hakkını, hakkında şikayet yapıldıktan, dava sürerken ve hatta hüküm verildikten sonra bile değişen oranlarda tazminat ödemek suretiyle kullanabilme imkanının tanınmış olmasıdır. Ayrıca eski Kanundan farklı olarak keşidecinin düzeltme hakkını ibraz tarihinden itibaren bir yıl içinde en fazla iki defa kullanabileceğine dair düzenleme değiştirildiğinden, keşideci karşılıksız çıkan her çek yaprağı için (kaç kere karşılıksız çek çekerse çeksin) düzeltme hakkına sahip duruma gelmiştir. Bütün bu değişikliklere ilave olarak çek keşide etme yasağı da Kanundan çıkarılmış bulunmaktadır[22].

ÇK'nun değişik 8. maddesine göre "Çekte yazılı keşide gününe göre hesaplanacak ibraz süresinin bitim tarihinden itibaren en geç on gün içinde çekin karşılıksız kalan kısmını yüzde on tazminatı ve ibraz tarihinden ödeme gününe kadar geçen süre için 16a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizi ile birlikte ödemek suretiyle düzeltme hakkını kullanan, çek keşide etmek hakkını yeniden kazanır". Yeni düzenlemeye göre düzeltme hakkı, herhangi bir sınırlamaya ve ihtara bağlı olmadan, çekte yazılı keşide tarihine göre hesaplanacak ibraz süresinin bitiminden itibaren en geç on gün içinde kullanılabilecektir. Düzeltme hakkının 8. maddede yer alan sürede kullanılması, hamilin şikayet hakkını önler[23]. Düzeltme hakkını kullanmazsa hesap sahibinin çek keşide edemeyeceğine dair hükümler ÇK'nda yapılan değişiklik ile kanundan çıkarılmıştır[24]. Bu nedenle, düzeltme hakkını kul-

---

20 **Müge Tekil,** Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1997, s. 128-129.

21 "Uygulamada ihtar mektuplarının tebliği sorun olmakta, tebligatın yetkili ya da ehil kişiye yapılıp yapılmadığı, usulüne uygun olup olmadığı gibi konular davaların uzamasına sebebiyet vermektedir. Oysa, çek keşide eden kişinin çekin ibraz süresini bilmesi ve hesabında buna göre yeterli karşılık bulundurması gerekmektedir." (ÇK tasarısı madde gerekçesi)

22 ÇK'nunun 16. maddesinde 1993 yılında yapılan bir değişiklikle fiilen düzeltme hakkının istenildiği kadar kullanılmasına imkan tanınmış ancak bu değişiklikte düzeltme hakkının kullanılmaması halinde, bir yıl süreyle çek keşide yasağı ve bu yasağa uymama halinde, keşideciye üç aydan altı aya kadar hapis ve ağır para cezası aynen muhafaza edilmiştir, **Reisoğlu,** s. 321-323.

23 **Öztan,** s. 309.

24 Aksi görüş için bkz. **Sabih Arkan,** "3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler", Batider 2003, C. XXII., S.1, s. 13.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lanan keşidecinin çek keşide etme hakkını yeniden kazanması söz konusu değildir, başka bir değişle, keşideci düzeltme hakkını kullanmasa dahi çek keşide edebilecek ve bu yüzden cezalandırılamayacaktır[25].

İleri tarihli bir çek eğer aradaki centilmenlik anlaşmasına uyulmayarak üzerinde yazan tarihten önce ibraz edilirse, bu durumda hamil, keşidecinin, çekin üzerinde yazan ibraz süresinin bitiminden itibaren on gün içinde düzeltme hakkını kullanmaması halinde[26] şikayet hakkını kazanacaktır. Bununla birlikte bu durum hamilin çekin üzerine karşılıksız şerhini yazdırdıktan sonra icra yoluyla takibe başlamasını engellemeyecektir.

Keşideci, ÇK'nun 16. maddesinde[27] yer alan düzenlemeye göre, düzeltme hakkını her zaman, hatta hüküm kesinleştikten sonra dahi kullanma imkanına sahiptir. Ancak bu hakkı kullanmakta geciktikçe tazminat oranları artmaktadır, tazminat oranlarının artması, keşideciyi gecikmeden borcunu ödemeye teşvik amacı ile hüküm altına alınmıştır[28].

§ 4.DÜZELTME HAKKINI KULLANABİLECEK OLANLAR

ÇK'nda yer alan yeni düzenlemede eskisinden farklı olarak "düzeltme hakkını kullanan" ifadesini kullanılmış ve "hesap sahibi" ifadesi kanundan çıkarılmıştır. Aynı şekilde ÇK m. 16/c'de sadece karşılıksız kalan kısmın, Kanunda öngörülen tazminatın ve gecikme faizinin ödenmesinden bahsedilmiştir.

Düzeltme hakkı ceza davası ile ilgili olduğundan; karşılıksız çek keşide

---

25 **Reisoğlu,** s. 326.

26 Aksi görüş için bkz. **Gönen Eriş,** Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, Ankara, 2004, s. 789, "Eğer ileri tarihli bir çek, üzerinde yazılı tarihten önce ibraz edilmişse, bu fiili ibraz tarihinden itibaren, en geç on gün içinde düzeltme hakkını kullanabilmelidir".

27 ÇK'nun 16/c maddesinde: "Aşağıda belirtilen koşulların yerine getirilmesi halinde ceza davası açılmaz: a) 8. maddeye göre düzeltme hakkının kullanılması, b) 8. maddede belirtilen süre geçtikten sonra ve henüz dava açılmadan önce çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait yüzde oniki tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16/a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi. Dava açıldıktan sonra hüküm verilinceye kadar geçen süre içinde, çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait yüzde onbeş tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi halinde ceza davası düşer. Hüküm verildikten sonra hüküm kesinleşinceye kadar geçen süre içinde, çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait yüzde onsekiz tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi halinde ceza davası düşer. Hüküm kesinleştikten sonra çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait yüzde yirmi tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi halinde bütün cezai sonuçları ile birlikte hüküm ortadan kalkar. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen ödemeler hamile veya hamile ödenmek üzere muhatap bankaya yapılabilir" hükmü yer almaktadır.

28 **Reisoğlu,** s. 326.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

etmekten kimler cezalandırılacak ve çek hesabı açtırma yasağına kimler uğrayacak ise düzeltme hakkınıda onlar kullanma imkanına sahiptirler. Bu durumda çekin keşidecisi ile çekle işleyen hesabın sahibi eğer aynı kişi ise, ceza tehdidi bu kişi açısından doğacağından, düzeltme hakkını hesap sahibi kullanmalıdır. Ancak eğer çek hesap sahibinin yetkili temsilcisi tarafından çekilmişse düzeltme hakkını temsilci kullanacaktır[29].

BK'nun 67. maddesine göre, alacaklı bir üçüncü kişi tarafından yapılan ödemeleri kabul zorundadır, buna göre ÇK'nda yer alan düzenlemeye göre önemli olan husus düzeltme hakkının Kanunda yer alan şartlarla yerine getirilmesi olduğundan, ödemenin üçüncü bir kişi tarafından yapılması mümkün görülebilir[30].

§ 5. DÜZELTME HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI

I. Ödemenin Hamile veya Hamil Adına Muhatap Bankaya Yapılması

ÇK'nda yer alan eski düzenlemeye göre, düzeltme hakkı, karşılıksız kalan kısmın hamil adına muhatap bankaya yatırılması ile kullanılmış oluyordu. Aynı şekilde 16. maddenin eski düzenlemesinde çekin karşılıksız kalan kısmı, %10 tazminat ve gecikme faizinin muhatap bankaya veya herhangi bir şubesine yatırılmasından bahsediliyordu[31].

ÇK'nun 9. maddesinde yer alan "çek tutarı ile 16/c maddesinde öngörülen tazminat ve gecikme faizinin hamile veya hamile ödenmek üzere muhatap bankaya ödenmesi" ifadesi ve 16/c maddesinin son fıkrasında yer alan "yukarıdaki fıkralarda belirtilen ödemeler hamile veya hamile ödenmek üzere muhatap bankaya yapılabilir" hükmü ile keşidecinin, düzeltme hakkını, çekin karşılıksız kalan kısmı, Kanunda öngörülen faiz ve tazminatı veya hamilin keşideciyi bunlardan dolayı ibra etmiş olması koşuluyla sadece çekin karşılıksız kalan kısmını hamile ödemek suretiyle kullanabileceği kabul edilmiştir[32].

---

29 **Bozer/ Göle,** s. 127; **Reisoğlu,** s. 327.

30 **Öztan,** s. 311; **Özgür Öztürk,** "Çekte Düzelte Hakkı", Batider 2001, C. XXI., S.1, s. 225.

31 Kanunda yer alan bu düzenlemelere rağmen Yargıtay, kararlarında muhatap banka haricinde yapılan ödemeleri geçerli saymakta idi. Konuyla ilgili bir kararında; "Sanığın, 3167 sayılı Kanuna aykırılıktan beraatine ilişkin karar, müdahil tarafından temyiz edilmiştir. 3167 sayılı Kanunun 7 ve 8. maddelerine göre yapılan düzeltme ihtarının tebliğinden önce ödeme yerine geçmek üzere taraflar arasında 11.11.1987 günlü protokol düzenlenmiş olmasına göre, müdahil vekilin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddile sonucu itibariyle doğru olan kararın istem gibi onanması gerekmiştir" şeklinde hüküm vermiştir (Y.7.CD.8.10.1990 E.1344/K.10300), **Eriş,** s. 791.

32 "Getirilen hükme göre, karşılıksız çıkan çeklerin, muhatap bankaya hamil adına yatırılması dışında herhangi bir şekilde çek hamiline ödenmesi durumunda da, hesap sahipleri bu durumu hesabın bulunduğu şubeye belgeleriyle birlikte bildirebilecek ve bankalardan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına gönderilecek bu bilgiler de diğer bankalara duyurulacaktır." (4814 Sayılı Kanun'un madde gerekçesinden).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Hamile ödemede bulunulması geniş yorumlanmalıdır. Düzeltme hakkının kullanılması ile ilgili hükümler hamili korumaya yönelik olarak getirilmiştir. Hamile nakden ödeme mümkün olduğu gibi, keşidecinin hamile olan alacağı ile borcunu takas ve mahsup etmesi, sulh olması, hamilin keşideciyi ibra etnasi vs. düzeltme hakkının kullanılması sayılacaktır[33].

Merkez Bankası'nın konuyla ilgili tebliğinde "Diğer taraftan, karşılıksız çeklere ilişkin banka dışında (harici) yapılan ödemelerin Bankamıza bildiriminde, bankaların ödeme tarihine nasıl muttali olacakları ve Kanun'da öngörülen tazminatların istendiğini nasıl takip ve tespit edecekleri hakkında tarafımıza ulaşan tereddütlerin giderilmesi amacıyla, 31.03.2003 tarihli yazımızla T.C. Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nden istenen görüşe ilişkin olarak anılan Bakanlıktan alınan 08.04.2003 tarih, 1215 sayılı yazıda; .....hamile elden yapılacak ödemelerde, keşidecinin hamil ile anlaşarak çek bedelini ödeyerek çeki bankaya iade etmesi halinde bankanın ayrıca bir ispat aracı olarak başkaca birşey aramasına gerek olmadığı, keşidecinin Kanunda öngörülen tazminat ve gecikme faizini ödediği veya anlaşmaları sonucu hamil tarafından talep edilmediği sonucuna varmak gerekeceği düşünülmektedir; öte yandan, hamile yapılan elden ödemelerde, bankaların, T.C. Merkez Bankasına yapacakları bildirim için öngörülmüş olan on günlük süre, çekin bankaya getirilerek mutalli oldukları tarihten itibaren başlayacağını kabul etmek gerekeceği, aksi durumun tespitinin banka açısından hiç bir zaman mümkün olmayabileceği sonucuna varılmak gerekir" açıklaması yer almıştır[34].

Bu durumda keşidecinin hamile doğrudan ödeme yapması halinde, ödemenin düzeltme hakkının kullanabileceği süre içinde ya da süre geçtikten sonra olmasına bakılmadan muhatap bankaya bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim yapıldıktan sonra muhatap banka düzeltme hakkının kullanıldığına dair bilgiyi on gün içinde Merkez Bankasına ulaştırmak zorundadır (ÇK m.9). Aksi halde, ilgili banka hakkında 15. maddeye göre ağır para cezası uygulanır. T.C. Merkez Bankası da kendisine bildirilen bu hususları, on beş gün içinde bankalara duyurur (ÇK m. 11/2; 2003/1 sayılı tebliği m.5)[35].

II.Karşılıksız Kalan Kısmın Ödenmesi

Keşidecinin düzeltme hakkını kullanabilmesi için çekin karşılıksız kalan kısmını, çekte yazılı keşide gününe göre hesaplanacak ibraz süresinin bitim tarihinden itibaren en geç on gün içinde, tam olarak bankaya yatırması gerekmektedir. Kanunda öngörülen tazminat ve gecikme faizi hamile ya da muhatap bankaya ödenmiş olsa bile çek meblağı tam olarak ödenmedik-

---

33 **Reisoğlu,** s. 330.

34 T.C.Merkez Bankası tebliği Seri No:2003/1; 28 Nisan 2003 B.02.2.TCM.0.07.00.03-11.

35 **Hasan Pulaşlı,** Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Adana, 2004, s. 240.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

çe düzeltme hakkı kullanılmış sayılmayacaktır. ÇK'na göre, kısmi düzeltme söz konusu değildir[36].

III. Çek Kanunu'nun 8. ve 16/c maddelerine Göre Tazminatın Ödenmesi

Düzeltme hakkının kullanılabilmesi için hesap sahibi veya keşidecinin çekin karşılıksız kalan bölümü yanında, karşılıksız kalan kısmı üzerinden hesaplanacak %10 tazminatı da çekte yazılı keşide gününe göre hesaplanacak ibraz süresinin bitim tarihinden itibaren en geç on gün içinde ödemesi gerekmektedir (ÇK. m.8). ÇK'nda yer alan %10 tutarındaki söz konusu meblağın ödenmesi için bir zararın ortaya çıkmasına gerek olmaması, tazminat kavramı ile bağdaşmamakta, daha çok çek keşide edenleri caydırıcı nitelik taşımaktadır[37].

TTK 695/3. maddesine göre "Gösterilen paraya mukabil muhatap nezdinde karşılığı bulunmadan bir çek keşide eden kimse; çekin kapatılmayan miktarının yüzde beşini ödemekle mükellef olduktan başka hamilin bu yüzden uğradığı zararı tazmine mecburdur". TTK'da yer alan bu düzenlemenin ÇK'nun 8. maddesi karşısında zımnen değiştiği görülmektedir[38]. Eğer keşideci düzeltme hakkını kullanmaz ise o zaman TTK m.695/3'de yer alan %5 tazminat kendisinden istenebilecektir. Yargıtay bazı kararlarında ÇK m.8'de yar alan tazminatın düzeltme hakkı ile ilgili olduğu ve hamilin, giriştiği icra takibinde TTK m. 695/3'de yer alan %5 tutarındaki tazminatın da istenebileceğini hüküm altına almıştır.

Daha önce değinildiği üzere keşideci, ÇK m.8. maddesinde yer alan süre geçtikten sonra, hüküm kesinleştikten sonra bile düzeltme hakkını kullanabilecektir. Ancak bu durumda keşidecinin ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarları değişmektedir[39]. Bu durumda keşideci çekin karşılıksız kalan kısmı ve ibrazla ödeme tarihine kadar geçen süre için ÇK m. 16/a'ya göre hesaplanacak gecikme faizi ile birlikte ÇK m.8'de yer alan süre geçtikten sonra ancak dava açılmadan önce %12, dava açıldıktan ancak hüküm verilmeden önce %15, hüküm verildikten ancak kesinleşmeden önce %18 ve hüküm kesinleştikten sonra %20 oranında tazminat ödemek suretiyle düzeltme hakkını kullanabilecektir (ÇK. m. 16/c).

---

36 **Eriş,** s. 788.

37 **Öztürk,** s. 226.

38 Doktrinde yer alan baskın görüşe göre TTK m. 695/3 ile ÇK m. 16/c'de yer alan tazminatın birlikte istenmesi mümkün değildir, bkz. **Öztan,** s. 314; **Bahtiyar,** s. 131.

39 Geçen dönemde Adalet Komisyonunda kabul edilip Meclise inen, ancak seçimler nedeniyle kadük olan Çek Kanunun değişiklik Tasarısındaki, 16/c maddesine tekabül eden maddede tazminat oranları %10, %20, %40, %50 ve %70 olarak kabul edilmiş iken, bu oranlar 16/c maddesinde çok düşük belirlenmek suretiyle -%10 ila %20 arası- keşideciyi borcunu ödemeye teşvikten çok uzak kalmıştır, **Reisoğlu,** s. 322.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yabancı para üzerinden çekilmiş çeklerde düzeltme hakkının kullanılması için karşılıksız kalan miktar ve %10 tazminat çekte öngörülen yabancı para üzerinden hesaplanmalıdır[40]. Kamu alacaklarını ödemek amacıyla verilen çeklerin karşılıksız çıkanları için düzeltme hakkının ne şekilde kullanılacağı hakkında Yargıtay tarafından, kamu alacakları için verilen çekler söz konusu olduğunda devletin alacağından daha fazlasını alması düşünülemeyeceğinden %10 tazminatın ödenmesine gerek olmadığını şeklinde karar verilmiştir[41].

IV.Gecikme Faizinin Ödenmesi

Düzeltme hakkının kullanılmış sayılabilmesi için Kanunda öngörülen gecikme faizinin çekte yazılı keşide gününe göre hesaplanacak ibraz süresinin bitim tarihinden itibaren en geç on gün içinde ödenmiş olması şarttır[42]. ÇK 16/a maddesine göre "Çekin karşılıksız kalan miktarı için gecikme faizi, ibraz tarihinden itibaren, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanır"[43].

ÇK'nda yer alan eski düzenlemede sadece "gecikme faizi" ifadesi düzenlenmişti bunun dışında faize ilişkin açık bir ifade kullanılmamıştı. TTK m.722/2'de yer alan hamilin ibraz gününden itibaren %10 gecikme faizi isteyebileceği hükmü ile 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda yer alan faiz miktarlarından hangisinin uygulanacağına dair Doktrinde ve Yargıtay kararlarında farklı görüşler oluşmuştu.

ÇK 16/a maddesi, sadece düzeltme hakkının kullanılmasıyla ilgili bir düzenleme getirmekte değildir; karşılıksız çek keşidesi ile ilgili genel bir düzenlemeyi ihtiva etmekte; TTK'nun 722. maddesinin 2. bendindeki %10'luk gecikme faizi oranında değişiklik yapmaktadır[44]. Bu durumda hamil keşide-

---

40 **Öztürk,** s. 228.

41 7. CD. 21.09.1990, E 865, K. 9369; ayrıntılı bilgi ve aksi yönde görüş için bkz. **Reisoğlu,** s. 334.

42 Yargıtay konuyla ilgili bir kararında; "Sanığın 3167 sayılı Kanuna aykırı davranışı nedeniyle cezalandırılması istenmiş ve mahkemece, 3167 sayılı Kanunun 16/2 ve CMUK'un 253/5 maddesi uyarınca kamu davasının düşürülmesine karar verilmiştir. Kararı müdahil temyiz etmiştir. Sanığın 3167 sayılı Kanunun 8. maddesinde öngörülen koşulları yerine getirmeden, sadece anaparayı ve %10 gecikme tazminatını yatırmasının, suçun oluşmasına engel teşkil etmeyeceği gözetilmeden, yazılı gerekçelerle davanın düşürülmesine karar verilmesi yasaya aykırıdır" şeklinde hüküm vermiştir (Y.10.CD.20.02.1992 E.1764/K.1286).

43 3167 sayılı Kanunda özel bir hüküm bulunmadığı için karşılıksız kalan çekte 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca, gecikme faizi olarak yasal faiz uygulanmaktadır. Ancak, Türk Ticaret Kanunun 3. maddesine göre çek keşidesi ticari bir iş olduğu için gecikme faizinin de Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanması gerekmektedir. Bu doğrultuda 3167 sayılı Kanunun 16/a maddesinde çekte uygulanacak gecikme faizinin niteliği belirtilmektedir. (3167 sayılı Kanun tasarısının madde gerekçesi).

44 **Öztan,** s.311.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ciye karşı başlattığı takipte 3095 sayılı Kanun'a göre ticari işlerde temerrüt faizini talep edecektir[45].

§ 6. DÜZELTME HAKKINA BAĞLANAN SONUÇLAR

I. Düzeltme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Keşidecinin düzeltme hakkını kullanmasıyla, hamilin şikayet hakkı ve dava açması engelleneceği gibi, keşideci aleyhine açılmış olan dava da düşecektir. Eğer dava sonuçlanmış ve ceza verilmişse, verilen ceza ortadan kalkacaktır. Daha önce değinildiği üzere keşideci bu hakkı her zaman kullanmak imkanına sahiptir.

4814 sayılı Kanun ile düzeltme hakkını kullanmayan hesap sahibinin bir yıl müddet ile çek keşide edemeyeceği, 16. maddedeki, karşılıksız çekten mahkum olan hesap sahibinin 1-5 yıl arasında çek keşide etmesinin yasaklanması ve 13/2. maddedeki yasaklılık süresi içinde çek keşide edenlerin cezalandırılması ile ilgili hükümler ÇK'ndan çıkarılmıştır; bu sebeple düzeltme hakkını kullanan keşidecinin çek keşide hakkını yeniden kazanması söz konusu değildir[46].

II. Düzeltme Hakkının Kullanılmamasının Sonuçları

Keşidecinin veya hesap sahibinin keşide ettiği çekin karşılıksız çıkması halinde eğer düzeltme hakkı kullanılmaz ise ÇK'nun 13. ve 16. maddelerinde yer alan cezai müeyidelerin uygulanması gündeme gelecektir.

ÇK m. 13'e göre ÇK'nun 7. maddesi gereğince banka tarafından yapılan ihtarı aldığı veya almış sayıldığı tarihten itibaren on gün içinde geçerli bir sebebe dayanmaksızın çek defterlerini geri vermeyenlere, ilgili bankanın ihbarı üzerine üçyüzellimilyon liradan üçmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir ve 16. madde gereğince hükmolunan yasaklama süresi içinde çek hesabı açtıranlara bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir[47].

---

45 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun (Değişik: 4489 - 15.12.1999) m.1 "Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme, yıllık, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılır. Söz konusu reeskont oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur".

46 Eriş'e göre çekin karşılıksız çıkan kısmını %10 tazminat ve oluşan gecikme faizi ile birlikte ödeyen çek keşidecisi, düzeltme hakkını kullanmış sayılmalı ve böylece yeniden ve mahkeme kararına gerek olmaksızın çek keşide hakkını kazanmalıdır, **Eriş**, s. 788.

47 Yargıtay 2003 tarihli bir kararında; "3167 sayılı Çek Kanunun 13/1 maddesine aykırılıktan sanığın tecziyesine ilişkin karar, sanık tarafından temyiz edilmiştir. Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde tartışılan delillere ve dosya içeriğine uygun gerekçeye göre; yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine; ancak: Sanık, muhatap banka tarafından çek karnesinin iadesi istendiğinde, çek yapraklarını vadeli olarak düzenlemiş olması sebebi ile elinde çek yaprakları kalmadığından çek karnesini iade edemediğini ileri sürmüş olduğu cihetle; ihtarname tebliği tarihinde sanıkta çekkarnesi bulunduğuna ilişkin delillerin nelerden ibaret olduğu gösterilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır" şeklinde hüküm vermiştir (Y.10.CD.01.07.2003 E.30499/K.18510), **Eriş**, s. 793.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ÇK'nun 16. maddesine göre üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde 4. madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacaklardır ancak verilecek para cezası seksenmilyar liradan fazla olamaz. Bu miktar, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ek 2. maddesine göre her yıl artırılır. Bu suçtan mükerrirlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu suçun, organ veya temsilcisi tarafından tüzelkişi yararına işlenmesi halinde özel hukuk tüzelkişisi hakkında birinci fıkra uyarınca para cezasına hükmolunur. Ayrıca yetkili temsilci tarafından yararına çek keşide edilen hesap sahibi gerçek kişi hakkında da bu fıkra hükmü uygulanır. Mahkeme, ayrıca işlenen suçun niteliğine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir süre için hesap sahiplerinin ve yetkili temsilcilerinin çek hesabı açtırmalarının yasaklanmasına karar verir. Yasaklanma kararı bütün bankalara duyurulmak üzere Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına bildirilir. Kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan her çek yaprağı ayrı bir suç oluşturur.

§ 7. SONUÇ

Sonuç olarak, çekte düzeltme hakkı hususunda son yasal değişiklikler ile getirilen düzenlemelerin, bu konuda özellikle uygulamada meydana çıkmış noksanlıkları giderme amacı taşıdığı ve büyük ölçüde hedefine ulaştığı görülmektedir.

Gerçekten, 3167 Sayılı Kanunda 4814 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile muhatap bankanın keşideciye düzeltme hakkını kullanması için tebligat yükümlülüğünü kaldırması özellikle bankaların iş yükünü azaltması açısından önem taşımaktadır. Ancak asıl önem arz eden husus, yeni düzenleme ile keşidecinin artık ibraz süresini kendisinin hesaplamak zorunda olması ve buna göre düzeltme hakkını ne zaman kullanmak zorunda olduğunu yine kendisinin tespit edeceğidir. Bu durum ticaret hayatının işleyişi açısında yeri geldiğinde yüzlerce çek keşide edenler için külfet gibi gözükse de aslında özellikle karşılıksız çıkan çeklerin sayısı düşünüldüğünde artık keşidecilerin bu sorumluluğu almaları gerektiği aşikardır.

Bununla birlikte, çeki karşılıksız çıkan keşideciye, düzeltme hakkını, hakkında şikayet yapıldıktan, dava sürerken ve hatta hüküm verildikten sonra bile değişen oranlarda tazminat ödemek suretiyle kullanabilme imkanının tanınmış olması ve keşidecinin karşılıksız çıkan her çek yaprağı için düzeltme hakkına sahip duruma gelmiş olması ile çek keşide etme yasağının Kanundan çıkarılmış bulunması, karşılıksız çek keşide etmenin sonucuna bağlanan yaptırımların etkisinin azaltılmış olduğu görünümünü yaratsa da aslında hedeflenen amaç hamilin alacağına kavuşması olduğundan anılan düzenlemelerin yerinde olduğu söylenebilecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BİBLİYOGRAFYA

Akın, Murat Yusuf: "Türk Hukukunda Karşılıksız Çek", MÜHF Hukuk Araştırmaları, 1995, C. IX, S. 1-3, s.409-434.

Arkan, Sabih: "3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler", Batider 2003, C. XXII., S.1, s. 3-22.

Bahtiyar, Mehmet: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2003.

Bozer, Ali / **Göle,** Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2004.

Domaniç, Hayri: Karşılıksız Çek, İstanbul, 1983.

Erem, Faruk: "Uygulamada Karşılıkısız Çek", Prof.Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara, 1983, s. 411-428.

Eriş, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, Ankara, 2004.

İmregün, Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2003.

Kendigelen, Abuzer: Çek Hukuku, İstanbul, 2004.

Kubilay, Huriye: "Karşılıksız Çeklerde Hesap Sahibinin Hukuki Durumu", Manisa Barosu Dergisi 1986, Yıl 5, S.17, s. 12-16, Manisa.

Omağ, Merih Kemal: "Türk Hukukunda 3167 Sayılı Kanun Açısından Karşılıksız Çek", MÜHF 1. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, MÜ Yayın No: 543, Hukuk Fakültesi Yayın No: 6, s.43-61.

Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Bası, Ankara, 2004.

Öztürk, Özgür: "Çekte Düzelte Hakkı", Batider 2001, C. XXI., S.1, s. 215-240.

Pulaşlı, Hasan: Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Adana, 2004.

Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, 3. Bası, Ankara, 2003.

Tekil, Müge: Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1997.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bölünmeyi Ortaya Çıkaran Sebepler
BÖLÜNME TÜRLERİ
Türk Hukukunda Durum ve Tanım Sorunu

*Prof. Dr. Mehmet HELVACI**

I. BÖLÜNMEYİ ORTAYA ÇIKARAN SEBEPLER

Bölünmeyi ortaya çıkaran sebepler çok çeşitli olabilir. Bunların tamamını baştan bilebilmek mümkün olmadığı gibi, hukuk düzeni bölünmeyi ortaya çıkarabilecek sebepleri düzenlememektedir.

Aslında bölünmeyi ortaya çıkaran sebeplerin büyük çoğunluğu yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, işletmenin yeniden yapılanması gereğinin bir sonucu olarak ya da işletmenin yönetiminin bu yönde bir tercih belirtmesi ile tamamen işletmesel yönden ortaya çıkarlarsa da, bazen sebeplerin hukuk düzeninin sonucu olabilmesi de mümkündür.

Bölünmenin bir işletme bakımından birden çok nedene dayalı olarak gerekli olduğunu tespit ettikten sonra, bütün bölünme sebeplerini tespit iddiası olmadan, aşağıdaki sebepleri saymak mümkündür[1]. Hemen belirtelim ki bu sebepler sadece Türk Hukuku bakımından tespit edilmiş olmayıp, bölünmeye ilişkin genel sebepler olarak ortaya çıkmaktadırlar.

1. Ortaklık Yönetiminin Tercihine Bağlı Olan Sebepler

Bölünmeyi ortaya çıkaran neden bazen tamamen ortaklığı yönetenlerin bölünmeyi istemelerinden kaynaklanır. Bu türden bölünmelerde, bölünmenin bizim aşağıda tespit edeceğimiz somut bir ya da birkaç sebebi olabilece-

---

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Bu sebepler için ve genel olarak bölünme bakımından bkz. HELVACI Mehmet: Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme Özellikle Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004, sh 10 vd.; Bu sebeplerin bir kısmının tespiti bakımından EBERHARD Stefan: La Scissıon de la Société Anoyme, en droits Allemand, Américain et Suisse, 1999 Lausanne, sh. 6-9. Ayrıca sadece ekonomik sebepler açısından bir değerlendirme için bkz. ÖNDER Sezgi: "Bölünme, Birleşme ve Hisse Devri İşlemlerinde Yapılan Son Düzenlemeler", Vergi Dünyası, Kasım 2001, S. 243, sh. 86.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ği gibi, bazen bu sebeplerden hiçbiri söz konusu olmadan da bölünme kararı alınabilir.

Bu durumun tespitindeki amacımız, hukuken bölünmenin gerçekleşebilmesi için belli bir amacın var olmasını aramak zorunluluğunun bulunmadığını tespit etmektir. Bir anlamda bölünme tamamen keyfi nedenlere dayalı olarak da veya herhangi bir nedene dayanmadan da gerçekleştirilebilecektir.

2. İşletmesel Sebepler

İşletmesel sebeplerin nelerden ibaret olacağının tespiti olanaksızdır.Bu konuda oluşabilecek en önemli sebeplerin başında anonim ortaklığın birden fazla alanda faaliyet gösteren parçalara bölünmüş olması gösterilebilir. Böyle bir anonim ortaklığın her biriminin aynı dikkat ve basiretle yönetilmesi prensip olarak zorunlu ise de pratikte olası değildir. Örneğin ortaklığın genel bir başarı primi uygulaması birbirinden çok farklı tarzda çalışan birimlerden her birinde çalışanları tatmin etmeyecektir. Farklı bir başarı primi sistemi uygulaması ise iç çelişkileri meydana getirecektir.

Bu durumda olabilecek bir bölünme birbirinden farklı çalışan aynı ortaklık birimlerini, birer ayrı anonim ortaklık haline dönüştürecek ve bunların her birinin ayrı politikalar uygulamasını mümkün kılacaktır. Bu durumda her anonim ortaklık kendi performansı ile değerlendirileceğinden, bunların yöneticileri bakımından itici güç oluşmuş olacak ve bu durum anonim ortaklığın karlılık sonuçlarına birebir yansıyacaktır.

Akla gelebilecek bir başka işletmesel sebep ise yapılan bir birleşmenin istenilen sonuçları vermemesi halidir. İstenilen sonuçların ortaya çıkmamasının nedenlerine örnek olarak iki ortaklığın işletmesel yapılarının uyumsuz olması veya geleceğe ilişkin tasarılarında farklılık bulunması gösterilebilir. Bu durumda da bölünme bir çare olarak ortaya çıkabilecektir.

Bunların dışında; işletmelerin bünyesinde yürütülen birden çok hizmet ve üretim faaliyetinin birbirinden ayrılması sağlanarak aşırı veya gereksiz ve sağlıksız büyüme nedeniyle oluşmuş hantal yapının ortadan kaldırılması, yeni oluşturulacak daha küçük aktif birimlerin alanlarında uzmanlaşma olanağına kavuşturulması ve bütün bunların sonucu olarak da ölçek ekonomisinden yararlanarak daha verimli ve kârlı kuruluşlar yaratılabilmesi işletmesel sebepler olarak sayılabilir.

3. Finansman İhtiyacından Kaynaklanan Sebepler

Bölünmeyi gerektirecek bir başka sebep ise anonim ortaklığın finansman ihtiyacından kaynaklanabilir. Özellikle halka açılarak işletme sermayesi oluşturmaya çalışan anonim ortaklıklarda, ortaklığın iştigal konusu ve ortaklığın fiilen uğraştığı iş, yatırımcılar bakımından önem taşır. Yatırımcı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lar her alanda çalışan ve belli bir özel uzmanlık alanı olmayan bir ortaklık yerine hedefi daha belirli ve uzmanlık alanı daha özel olan bir ortaklığı tercih etme eğilimindedirler.

Kaldı ki anonim ortaklığın özel bir uzmanlık alanına sahip olması yatırımcı için önemli olduğu gibi, anonim ortaklık bakımından da özel bir yatırımcı grubunun ilgisini çektiği ölçüde önem taşıyabilir. Hatta bu tür anonim ortaklıklar anasözleşmelerine bu yatırımcı grubu dışına açık olmadıklarını belirten pay sahiplerini sınırlayıcı hükümler de koyabilirler (TK 418).

İşte birden fazla alanda faaliyet gösteren bir anonim ortaklık yukarıda anılan finansman ihtiyacını karşılamak üzere bölünme yoluna giderek belli alanlarda uzman anonim ortaklıklar meydana getirebilecektir.

4. Mirasa İlişkin Sebepler

Ölümünden sonra ortaya çıkacak miras problemlerini sağlığında halletmeyi planlayan bir anonim ortaklığın hakim ortağı, sağlığında bölünmeyi kullanarak mirasçılarından her birine ortaklığın bir parçasını, bağımsız bir anonim ortaklık olarak bırakmak yoluna gidebilir.

Benzer bir tercih ölümünden sonra geride kalanların hiçbirisinin ortaklığı tek başına yönetmeye uygun yetenekte olmadığını düşünen bir kimse tarafından da yapılabilecektir.

Bu durumda bölünme miras bırakının ölümünden sonra, miras olarak bıraktığı ortaklığın tamamının yok olmasını engelleyecektir. Bu yolla hem genel olarak ekonomi ve ortaklık çalışanları korunmuş olacak, hem de mirasçılar arasında oluşabilecek sürtüşmeler engellenmiş olacaktır.

5. Risk Yönetiminden Kaynaklanan Sebepler

Ortaklığın belli bir kısmının üzerinde bulunan ve bu kısımdan kaynaklanabilecek riskleri ortadan kaldırmak maksadına yönelik olarak da bölünmeye başvurulabilir. Bu durumda bölünen anonim ortaklığın risksiz veya daha az risk taşıyan bölümü bakımından ortaya bir avantaj çıkarken, riskli bölümü bakımından da bir dezavantajın çıktığını kabul etmek gerekmektedir.

Henüz oluşmamış bir risk bakımından da bölünme yaşanabilir, bu durumda riskin oluşabileceği bölümü önceden bölerek, geriye kalan diğer bölümler üzerinden risk faktörü kaldırılabilmektedir[2].

6. Vergisel Sebepler

Bazı alanlardaki ortaklıklara tanınan vergi muafiyetlerinden faydalanmak da bir bölünme nedeni olarak ortaya çıkabilir. Örneğin bazı ülkelerde

2 HUBER Arnold Peter: Die Spaltung von Aktiengesellschaften aus handelsrechtlicher Sicht, thèse Berne, Zurich 1979, sh. 11.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

halka açık anonim ortaklıklara veya gayrimenkul yatırım ortaklıklarına vergi muafiyetleri veya indirimleri tanınmaktadır.

Bu durumda anonim ortaklıkları bölerek bölünen kısımlardan birini halka açmak ya da ortaklığa ait gayrımenkulleri bölünme suretiyle bir başka ortaklık çatısı altında toplayarak, gayrımenkullerin kazançları bakımından vergiden kaçınmak cazip bir durum yaratmaktadır.

7. Pazarlamaya İlişkin Sebepler

Bir anonim ortaklığın çatısı altında birden fazla faaliyetin bulunması durumunda yukarıda işletmesel sebepler başlığı altında incelediğimize benzer hususlar pazarlama faaliyeti nedeni ile de ortaya çıkabilir. Her alanın kendine özgü bir müşteri muhitinin ve yapısının bulunması doğaldır. Farklı yapıdaki müşterileri aynı pazarlama stratejisi ile yönlendirmek ise mümkün değildir.

Özellikle birbirine tezat teşkil eden müşteri gruplarına sahip olunduğunda bu durum daha net olarak ortaya çıkar. Örneğin bir taraftan doğayı kirlettiği kesin olan kimya, çimento veya petrol sektörü ile uğraşırken diğer taraftan çevre korumasına yönelik teknoloji üreten ve satan bir anonim ortaklığın pazarlama faaliyetlerinde sorunlar yaşaması doğaldır.

Bu durumda birbiri ile çelişkili sonuçlar yaratan faaliyetleri aynı ortaklık çatısı altından çıkararak bölünme yoluna gitmek, pazarlama bakımından olumsuz sonuçları ortadan kaldıracak ve hatta olumlu sonuçlar da yaratabilecektir.

8. Ortaklığın Korunmasına İlişkin Sebepler

Ortaklığın özellikle halka açık bir anonim ortaklık olması ve halka açıklık oranının yönetim yapısını tehlikeye düşürecek oranda olması halinde bir başka ortaklık tarafından yutulmamanın çaresi olarak geliştirilmiş bir sistemdir.

Böyle bir durumda halka açık anonim ortaklık, bünyesinde bulunan ve diğer ortaklıkların ilgisini çeken, bir başka deyişle ortaklığın paylarının edinilmesini cazip kılan unsur veya işletmeleri bölünme yolu ile bünyeden ayırmaktadır. Böylelikle halka açık anonim ortaklık bir cazibe merkezi olmaktan çıkabilmektedirler.

9. Pay Sahipleri Arasındaki Çekişmeleri Gidermeye Yönelik Sebepler

Bazı anonim ortaklıklarda pay sahipleri arasındaki çekişme ortaklık olma gayesini (affectio societatis) ortadan kaldırmaya kadar varabilir. Yahut bir çekişme söz konusu olmasa bile ortaklar arasındaki anlayış ve görüş farklılıkları bulunabilir. İşte bu durumlarda da mevcut ortaklığın tasfiyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yerine bölünme suretiyle birden fazla ortaklık yaratarak ortaklığı ekonomik sistem içinde tutmak olanağı yaratılabilir.

10. İrade Dışı Sebepler

Bazı hallerde yasal düzenlemeler bölünmeyi zorunlu hale getirebilmektedir. Birleşmeler sonucu anonim ortaklığın ulaştığı büyüklük ve boyut giderek tekel oluşturabilmekte, bu da piyasadaki rekabeti ortadan kaldırdığı için rekabet Kanunlarına aykırılık teşkil edebilmektedir.

Böyle durumlarda yetkili kurulların müdahalesi ile anonim ortaklığın bölünmesine karar verilebilmektedir. Bu da bölünmenin tarafların iradesi dışında ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir[3].

Bazen de yapılmış olan birleşme veya devralmanın zamanında müracaata rağmen değerlendirilmemiş olması halinde, birleşmenin tamamlanmasından sonra işleme izin verilmediği ortaya çıkabilir (RKHK 7, 11)[4]. Yahut ülke mevzuatı izin alınmadan birleşme veya devralma yapılmasına izin verdiği için birleşme veya devralmanın geçersizliğine sonradan işaret edilebilir. Bu tür bir durumun ortaya çıkabilmesi için bir başka olasılıkta Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetime açık olması nedeni ile verilmiş bir izin kararının Danıştay'ca iptal edilmesidir[5].

İşte bu türden bir durum ortaya çıktığında yapılmış olan işlemlerin geriye iadesine bir başka deyişle eski hale geri dönülmesine ilişkin işlemlerin yapılmasına gereklilik bulunmaktadır. Bu durumda geriye dönüş işlemleri bölünme usulü kullanılarak yapılabilecektir.

11. Yasal Sebepler

Bazı anonim ortaklıklar faaliyet konuları nedeniyle özel olarak düzenlenmişler ve diğer anonim ortaklıklara nazaran ağırlaştırılmış bir sisteme

---

3 Amerika Birleşik Devletlerinde AT&T ortaklığı benzer nedenlerle zorunlu olarak bölünmek zorunda kalmıştır. 1974 yılında rekabet hukuku çerçevesinde kendisine yönelik olarak açılan dava yıllarca devam etmiş ve 1984 yılında ortaklığın yedi ayrı ortaklığa bölünmesi ile sonuçlanmıştır. Bu konudaki ilk büyük örnek olma özelliğine sahiptir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. SADTLER David/CAMPBELL Andrew/KOCH Richard: Breakup, New York 1997, sh. 31 vd..

4 Birleşmelerde bu yönde ortaya çıkabilecek sorunlar bakımından çözümün birleşme veya devralmadan önceki hukuki durumun tesisi gerektiğine işaret edilmektedir. Bu konuda bkz. ERDEM Ercüment: Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabet Kurulu Tebliğleri, AT Konsey Tüzüğü(4064/89), İstanbul 2003, sh. 156-157 ve GÜVEN Pelin: Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2003, sh. 413-416.

5 Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetime açık olması ve bunun sonuçları bakımından bkz. GÜVEN: age., sh. 443-454. Ayrıca özel hukuk ilişkilerini etkileyen idari işlemlerin yargısal denetimi bakımından bkz. YASİN Melikşah: Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Ankara, 2002, sh. 224-232.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tabi tutulmuşlardır. Örneğin bankacılık, sigortacılık yapan anonim ortaklıkların durumu böyledir[6].

Yine bazı anonim ortaklıkların faaliyet alanları diğerlerine nazaran daha riskli olduğu için bunların da faaliyetleri sırasında diğer anonim ortaklıklardan farklı bir sisteme tabi tutulmuş olmaları normaldir.

İşte bu faaliyetleri yürüten anonim ortaklıkların, bu faaliyetler yanında başka işle de iştigal etmeleri halinde, anonim ortaklık bir bütün olduğu için özel sisteme tabi tutulmaları kaçınılmazdır. Bu özel sistemin dışında kalmak isteyen diğer iştigal alanlarının bölünme yoluna giderek özel sistem dışına çıkmaları mümkündür.

12. Ekonomik Sebepler

Nihayet bu konuda son olarak söylenmesi gereken önemli bir sebep de ekonominin kötü gittiği dönemlerde ortaklıkların duydukları küçülme ihtiyacıdır. Böyle bir durumda ortaklığın küçültülebilmesinin bir yolu da bölünme olabilecektir.

II. BÖLÜNME TÜRLERİ

1. Genel Olarak

Bölünme türlerini incelemeye geçmeden önce Türk hukukunda bu konuda benimsenen terimlerden söz açmak gereklidir. Bunun için ise öncelikle yabancı hukuklardaki durumu ortaya koymak yararlı olur.

2. Terim Sorunu

Türk hukukunda bölünmeye ilişkin olarak gelişen terminoloji yabancı hukuklardaki terminolojiye benzememektedir. Oysa yabancı hukuklarda kullanılan terminoloji genel olarak birbirine benzemektedir. Bu nedenle önce yabancı hukuklardaki durum özetlenecek daha sonra ise Türk hukukuna geçilecektir.

---

6 Türk hukukunda bankacılık ve sigortacılık yapan anonim ortaklıkların başka işle iştigal etmeleri mümkün değildir. Bu konuda bkz. 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 12. maddesi ile Bankaların Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik madde 29-32, 33(R.G. 27. 04. 2001, S. 24445; en son R.G. 29. 07.2004, S. 25537'de yayınlanan yönetmelikle değişik); Bu konuda ayrıca bkz. KOSTAKOĞLU Cengiz: Son Değişikliği ile Bankalar Kanunu Şerhi, 5. Bası, İstanbul 2004, sh. 304 vd.; REİSOĞLU Seza: Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulaması Diğer Hukuki Kavramlar, Ankara 2002, sh. 299 vd.; BATTAL Ahmet: Bankalar Kanunu Şerhi, Sorularla Banka Hukuku, 2. Bası, Ankara 2004, sh. 129 vd. özellikle 134-136; Hemen belirtilmelidir ki bu düzenleme yeni değildir. 3182 sayılı Eski Bankalar Kanunu döneminde de benzer düzenleme söz konusudur. Bu konuda bkz. TEKİNALP Ünal: Banka Hukuku Esasları, İstanbul 1988, sh. 163-164; EREM Faruk/ ALTINOK Akın/TANDOĞAN Haluk: Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1989, sh. 211-213. Sigorta ortaklıklarının sigortacılık dışında işle iştigal edemeyeceğine dair bkz. KENDER Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku I, Sigorta Müessesesi-Sigorta Mukavelesi, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 1995, sh. 25-26.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

A. Yabancı Hukuklarda Durum

Örneğin konuyu ilk düzenleyen hukuklardan biri olan Fransız hukukunda terim "scission" ana başlığı altında "division" ve "apport partiel d'actif" olarak anılmaktadır[7]. Alman hukuku ise "spaltung" ana başlığı altında "aufspaltung", "absplatung" ve "ausgleiderung" alt türleri düzenlemektedir[8]. İsviçre hukukunda ise terim "scission" ana başlığı altında "division" ve "séparation" alt başlıkları altında incelenmektedir[9]. Amerikan hukukunda ise bölünme terimi "corporate division", "corporate separation" veya "divisive reorganisation" olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun alt gruplarını ise "split-up", "split-of" ve "spin-off" terimleri oluşturmaktadır[10].

Yabancı hukuklardaki bu terimlerden genel başlık olarak kullanılan (Division - Spaltung – Scission - Corporate-division - Corporate-separation - Divisive reorganisation) terimlerinin Bölünme olgusunu ifade ettikleri açıktır. Bunların alt grubunu oluşturan (Aufspaltung – Division - Split-up) terimleri bölünen ortaklığın (aktif-pasif) malvarlığının tamamını yeni kurulan veya daha önce kurulmuş en az iki ortaklığa devrederek sona ermesi ve bölünen ortaklığın pay sahiplerinin malvarlığını devralan ortaklıkların pay sahipleri haline dönüşmesi durumunu açıklamak için kullanılmaktadır.

(Absplatung - Séparation - Split-of - Spin-off) terimlerinin bölünen ortaklığın sona ermesine gerek olmadan (aktif-pasif) malvarlığının belirli bölümünü yeni kurulan veya önceden kurulmuş bir ortaklığa devretmesi ve bölünen ortaklığın pay sahiplerinin malvarlığını devralan ortaklığın pay sahipleri haline dönüşmesini karşılamak üzere kullanılmaktadır.

Nihayet (Ausgleiderung) terimi bir ortaklığın malvarlığının belirli bir bölümünü bir başka ortaklığa ayni sermaye olarak devrederek bu ortaklığa kendisinin iştirakini ifade etmek için kullanılmaktadır[11].

B. Türk Hukukunda Durum

Türk hukukunda ise yukarıda anılan terimlere karşılık olan, tam tercümeleri alınmamış bunun yerine üst kavram olarak bölünme terimi benim-

---

7 Bu konuda bkz. Loi 24 juin 1966 Sociétés commercial madde 371 ve 387 için YVES Chaput: Code De Commerce, Dalloz, 96. Bası, 2001 Paris, sh. 1900-1904.

8 Bu konuda bkz. Umwandlungsgesetz (UmwG) paragraf 123.

9 Bu konuda bkz. L. Fus 29.

10 CONARD Alfred F. Fundamental Changes in Marketable Share Companies, İnternational Encyclopedia of Comparative Law, Volume XIII, Chapter 6, Tübingen, Paris, New York 1972, sh. 91.

11 Dikkat edilirse konunun bölünme işlemi ile ilgisi yoktur. Alman hukukundaki düzenlemeler sadece bölünmeye özgü olmayıp genel olarak ortaklıkların yeniden yapılanmalarını göz önüne aldıklarından bu hususu da aynı mevzuat içinde düzenlemiş bulunmaktadırlar. Hemen belirtelim ki İsviçre hukuku bakımından "dissociation" olarak tasarıda bulunan Alman hukukundaki "ausgleiderung" benzer düzenleme hükmün kanunlaşma esnasında metinden çıkarılmıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

senmiş, diğer alt türleri açıklamak için ise tam bölünme ve kısmi bölünme terimleri kullanılmıştır[12].

Belirtmek gerekir ki, şu an için Türk Hukukunda bölünmeye ilişkin düzenlemeler sadece kısmi bölünmeyi anmakta tam bölünmeden kavram olarak bahsetmektedir.

Bu terim bir yandan yukarıda andığımız Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşleminin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkındaki Ortak Tebliğin başlığında ve birinci maddesinde yer alırken, diğer yandan da SPK tarafından çıkarılan Halka Açık Anonim Ortaklıkların Bölünmelerinde Uyulacak Esaslar başlıklı 21.11.2003 tarih ve 60/1393 sayılı Kararın bir numarasında bulunmaktadır.

Buna karşılık Türk Hukukunda bu konudaki ilk kanuni düzenleme olan KVK'nun 38. maddesi tam bölünme veya kısmi bölünme kavramlarına yer vermeksizin bu kavramları vergisel açıdan tanımlamıştır[13]. Bu düzenleme bölünme bakımından tek kanuni düzenleme olma özelliğini de henüz muhafaza etmektedir.

Bu sebeple biz de, bölünmeye ilişkin Alman, İsviçre ve Amerikan hukuklardaki yukarıda terim adı altında verdiğimiz düzenlemeler hakkında genel bilgi verdikten sonra İsviçre hukukunda bu konuda yapılan değişikliği örnek alarak bir çalışma yapmayı uygun buluyoruz.

3. Türler

Özellikle bölünmeye ilişkin terimleri belirlerken yaptığımız tespitler çerçevesinde yabancı hukuktaki durumu kısaca özetlemek gerekmektedir. Bu yolla bölünmenin iki türü hakkında da genel bir bilgi vermek olanağı ortaya çıkacaktır. Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi bölünme üst kavramını iki ana alt kavram halinde incelemek mümkündür. Bunlar tam bölünme ve kısmi bölünme kavramlarıdır.

Hemen belirtelim ki, bölünmeye ilişkin başkaca alt ayrımlar yapılması da mümkündür. Ancak bu alt ayrımlar bölünme kavramına yönelik olmayıp, bölünme sonucu malvarlığını devralacak ortaklık ya da ortaklıkların önceden var olup olmamasına göre veya malvarlığı bölünen ortaklığın pay sahip-

12 Bu konuda bkz. HELVACI Mehmet: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu-Acquis Communautaire'in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul 2001, sh. 574, dpn. 6; TEKİNALP Ünal: Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4684 Sayılı Kanun'un İşlerliği, Mükellefin Dergisi, 2001, Sayı 106, sh. 31-42. GÜNDÜZ: agm. sh. 61 vd..

13 Hemen belirtelim ki; söz konusu kavramlar "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu(1/876)" içinde kanunun gerekçesi açıklanırken "maddede yapılan düzenleme, bir şirketin tam veya kısmi bölünmesine imkan sağlamaktadır" denerek anılmıştır. Bu konuda bkz. TBMM Sıra Sayısı 713, Dönem 21 Yasama Yılı 3, sh. 7.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lerinin malvarlığını devralan ortaklık ya da ortaklıklarda elde ettikleri payların eski payları ile orantılı olup olmamalarına göre yapılan ayrımlardır[14].

Biz öncelikle bölünme kavramına yönelik olan tam ve kısmi bölünme ayrımını inceleyecek daha sonra ise genel olarak diğer bölünme türlerine de kısaca değineceğiz.

A. Kavramsal Olmayan Bölünme Türleri

Kavramsal olmayan bölünme türleri yukarıda da işaret ettiğimiz gibi iki alt başlık halinde incelenebilir. Bunların incelenmesinin sebebi aşağıda yapılacak açıklamalarda kolaylık sağlamaktır. Yoksa bunlar hiçbir şekilde bölünme kavramının tanımı bakımından zorunlu ayrımlar değildir.

Bunlardan birincisi, bölünmeye katılacak ortaklığın ya da ortaklıkların önceden var olması ya da bölünme işlemi için kurulması dolayısı ile, ortaya çıkan devralma suretiyle bölünme ve yeni kuruluş suretiyle bölünme ayrımıdır.

İkinci ayrım ise, malvarlığı bölünerek bir başka ortaklığa ya da ortaklıklara intikal eden ortaklığın pay sahiplerinin malvarlığını devralan ortaklık ya da ortaklıklarda elde edecekleri paylar veya ortaklık haklarının bölünen ortaklıktaki paylarına oranlı olup olmadığına göre yapılacak eşdeğer bölünme veya eşdeğer olmayan bölünme şeklindedir.

a. Bölünmeye Katılacak Ortaklıkların Mevcut Olup Olmamasına Göre Yapılacak Ayrım

a.1. Devralma Suretiyle Bölünme

Devralma suretiyle bölünmede bölünen ortaklığın malvarlığını devralacak ortaklık ya da ortaklıklar bölünme öncesinde var olan ortaklıklardır. Esasen bu ayırımın temeli de, bu ortaklıkların önceden var olması ya da bölünme işlemi için kurulmasına dayalıdır.

Devralma suretiyle bölünmede malvarlığını devralacak ortaklık mevcut olduğundan bu ortaklığın sermayesinin bulunması da kaçınılmazdır. Bu nedenle devralınan malvarlığı ölçüsünde bir sermaye artırımının yapılması gereklidir.

Bu tür bölünme gerek Avrupa Birliği yönergesinde, gerek Alman hukukunda, gerek İsviçre hukukunda aynı şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Hemen belirtelim ki, bölünmede sermaye artırımı bakımından özel kurallar getirilmiştir. Ortaklığa konulan sermayenin ayni sermaye olması haline ilişkin kurallar yasanın açık ifadesi gereği uygulama alanı bulamayacaktır (Art. 33 Lfus).

---

14 ÇOŞTAN: age., sh. 26-28'de bu ayrımları herhangi bir fark göz etmeden incelemektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a.2. Yeni Kuruluş Suretiyle Bölünme

Yeni kuruluş suretiyle bölünmede ise, bölünen ortaklığın malvarlığını devralacak ortaklık ya da ortaklıklar bölünme işlemi için kurulmaktadırlar. Bu sebeple bu tür bölünme sırasında kurulacak ortaklıklar kendi kuruluş usullerine ilişkin hükümler çerçevesinde hukuk hayatında yerlerini alırlar.

Bu tür bölünme gerek Avrupa Birliği yönergesinde, gerek Alman hukukunda, gerek İsviçre hukukunda aynı şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak bu tür kuruluşta ortakların sayısı ve ortaklığa ayni sermaye getirilmesine ilişkin kurallar yasanın açık ifadesi gereği uygulama alanı bulamayacaktır (Lfus Art 34).Hüküm uygulama kolaylıkları göz önüne alınarak düzenlenmiştir.

b. Bölünme Sonucu Elde Edilen Payların Bölünen Ortaklıktaki Eski Paylara Eşdeğer Olup Olmamasına Göre Yapılacak Ayrım

Yukarıda da işaret ettiğimiz üzere bölünme sonucunda bölünen ortaklığın pay sahipleri malvarlığını devralan ortaklık ya da ortaklıkların pay sahibi veya ortaklık haklarının sahibi olurlar. Pay sahibi veya ortaklık haklarının sahibi olma sırasında pay sahiplerinin bölünen ortaklıktaki paylarının değerinin gözetilip gözetilmemesi aşağıdaki ayrımı ortaya çıkarmaktadır.

b.1. Eşdeğer Bölünme

Eşdeğer bölünmede bölünen ortaklığın, bütün pay sahipleri, malvarlığını devralan ortaklığın ya da ortaklıkların pay sahibi olurlar. Bu durumda katılım oranları bölünen ortaklıktaki sermayeye katılım oranları ölçüsündedir. Bu durum pay sahiplerinin korunması ve bölünme sonucunda pay sahiplerinin haklarının devam edeceği konusundaki ilke çerçevesinde en elverişli durumu yaratmaktadır (Paragraf 128 UmwG; Art 31 fıkra 1 bent a Lfus).

b.2. Eşdeğer Olmayan Bölünme

Eşdeğer olmayan bölünmede bölünen ortaklığın pay sahiplerinin, malvarlığını devralan ortaklığın ya da ortaklıkların pay sahibi olmak konusundaki düşünceleri aynı değildir. Bu durumda katılım oranları bölünen ortaklıktaki sermayeye katılım oranları ölçüsünde değildir. Ayrıca bölünen ortaklığın pay sahipleri, malvarlığını devralan bütün ortaklıklarda veya bölünen ortaklıkta pay sahibi değillerdir. Bu ortaklıklardan kendilerini daha çok ilgilendirenler de pay sahibi olmayı tercih etmektedirler.

Bu durum pay sahiplerinin korunması ve bölünme sonucunda pay sahiplerinin haklarının devam edeceği konusundaki ilkeye tam olarak uygun

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

değildir[15]. Ancak ortakların amaçları veya özellikle bölünen ortaklıktaki imtiyazlı pay grupları veya başkaca menfaatleri karşılamaya elverişli olduğundan yasada yer alması kaçınılmaz bir durum yaratmaktadır (§ 128 UmwG; Art. 31 fıkra 1 bent b Lfus).

B. Kavramsal Bölünme Türleri

a. Tam Bölünme

Tam bölünme kavramının işaret ettiği öncelikli husus bu tür bölünme sonucunda bölünen ortaklığın tamamen bölünmüş olması nedeniyle hukuki varlığının sona ereceğidir. Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi Türk hukukunda bu konudaki düzenleme KVK 38/1'deki hükümdür. Bu hüküm:

"Tam mükellef bir sermaye şirketinin tasfiyesiz olarak infisah etmek suretiyle bütün mal varlığı, alacak ve borçlarını mukayyet değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak tam mükellefiyete tabi iki veya daha fazla sermaye şirketine devretmesi ve karşılığında devredilen sermaye şirketinin ortaklarına devralan sermaye şirketinin sermayesini temsil eden iştirak hisseleri verilmesi (devredilen şirketin ortaklarına verilecek iştirak hisselerinin itibari değerinin % 10'una kadarlık kısmının nakit olarak ödenmesi işlemin bölünme sayılmasına engel değildir.)"

demektedir. Hüküm vergisel açıdan yapılmış bir düzenleme olmakla beraber ilke olarak tam bölünme kavramını da ortaya koymaktadır. Şimdi çeşitli hukuklarda bu kavramı inceleyelim.

a.1. Alman Hukuku

Tam bölünme Alman hukukunda "aufspaltung" olarak anılmaktadır(UmwG paragraf 123 fıkra 1). Bu hükme göre tamamen bölünen ortaklığın malvarlığı (aktif-pasif) en az iki ortaklık arasında paylaşılmaktadır. Bu ortaklıklar bölünme işlemi için yeni kurulmuş ortaklıklar olabileceği gibi daha önceden kurulmuş var olan ortaklıklar da olabilirler. Tamamen bölünen ortaklığın pay sahipleri bölünme sonucunda isabet eden malvarlığı öl-

15 Hemen belirtelim ki, bu görünüşe rağmen özellikle bütün pay sahiplerinin onayının emredici kanun hükmü olduğu durumlarda pay sahiplerinin haklarının korunması açısından bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Ancak bu durumda, her bir pay sahibinin bölünmeye engel olabilme olanağı ortaya çıkmaktadır ki, bu da menfaatlerin dengelenmesi bakımından önemli bir sorun yaratmakta ve öğretide eleştiriye maruz kalmaktadır. Bu konuda bkz. ENGELMEYER Cäcilie: Die Spaltung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht, Thèse Bielefeld, Cologne, 1995, sh. 182.İsviçre hukukunda (Lfus)'un kanunlaşmasından önceki tasarı(öntasarı) aşamasında eşdeğer olmayan bölünme bakımından, Alman hukukuna benzer şekilde oybirliği şartı öngörülmekteydi (Art. 53 al. 2 AP Lfus). Doktrinde yapılan eleştiriler üzerinde kanun oybirliği şartı aramaktan vazgeçerek kararın % 90 ile alınması zorunluluğunu getirmiş bulunmaktadır(Art. 43 al. 3 Lfus). BU konuda bkz. EBERHARD: age., sh. 216.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

çüsünde, malvarlığını devralan ortaklıkların paylarını elde ederler ve tamamen bölünen ortaklık tasfiyesiz olarak infisah eder.

a.2. İsviçre Hukuku

Tam bölünme İsviçre hukukunda "division" olarak anılmaktadır (Lfus 29/a). Alman hukukunda olduğu gibi malvarlığı tamamen bölünen ortaklık tasfiyesiz olarak infisah etmekte ve ticaret sicilindeki kaydı terkin edilmektedir. Malvarlığı ise başkaca ortaklıklar tarafından devralınmaktadır. Sona eren ortaklığın pay sahipleri bölünme sonucunda isabet eden malvarlığı ölçüsünde yeni ortaklıkların pay sahibi olmaktadırlar. Hüküm Alman kanunundaki hükümle kesin benzerlik göstermektedir. Aralarındaki farklılık, İsviçre düzenlemesinde sona eren ortaklığın ticaret sicilinden terkin edileceği sonucunun hükmün metninde bulunması ile oluşmaktadır[16].

a.3. Amerikan Hukuku

Amerikan hukukunda ise tam bölünme "split-up" terimi ile ifade edilmektedir. Sonuçları itibarı ile diğer hukuklarla aynı olan düzenleme, bölünmenin tamamlanması ve payların intikali birlikte gerçekleşmediğinden yukarda anılan hukuk sistemlerinden farklılık arz etmektedir[17].

Bu sistemde de malvarlığı tamamen bölünen ortaklık, malvarlığını önceden mevcut veya bölünme işlemi için kurulmuş bulunan en az iki ortaklığa devretmektedir. Bunun karşılığı olarak da malvarlığını devralan ortaklıkların payları bölünen ortaklığa intikal etmektedir. Bölünen ortaklık edinimden sonra, bu payları kendi ortaklarına dağıtmaktadır.

Sonuçta bölünen ortaklık tasfiye olmaktadır. Bu aşamadan sonra bölünerek tasfiye olan ortaklığın eski pay sahipleri bölünen ortaklığın mal varlığını devralan en az iki ortaklığın pay sahipleri olmaktadırlar[18].

---

16 Hükmün metninde bulunan diğer bir farklılık da, malvarlığını devrederek infisah eden ortaklığın pay sahiplerinin, malvarlığını devralan ortaklıkların paylarını edinebileceği gibi ortaklık haklarını edinebileceğinden bahsetmesidir. Bunun sebebi ise aynı kanunun 30. maddesinde yer alan sermaye ortaklıkları ile kooperatiflerin yine sermaye ortaklıklarına ve kooperatiflere bölünebileceği yolundaki hükümdür. Bölünme kooperatiflerde cereyan ettiği takdirde payların edinilmesi yerine ortaklık haklarının edinilmesi teknik bir zorunluluk olarak ortaya çıkacaktır.

17 Hemen belirtelim ki, Amerikan hukukunda bölünme vergi hukuku alanında düzenlenmiş, ortaklıklar hukuku alanında düzenlenmemiştir. Bu sebeple sistem genel hükümler çerçevesinde yürümektedir. Bu durum bölünmenin düzenlenmediği dönemler bakımından diğer hukuk sistemleri açısından da geçerlidir. Esasen şu anda, Türk hukuku da bölünme açısından, ortaklıklar hukuku alanında düzenleme yapmamış sadece vergisel açıdan düzenleme yapmış olan Amerikan hukukuna daha yakın bulunmaktadır.

18 CONARD: age., sh. 90; SIEGEL Stanley: When corporation divide, Harward Law Review, 1966, volume 79, sh. 535.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b. Kısmi Bölünme

Kısmi bölünmede malvarlığı bölünen ortaklığın infisahı söz konusu değildir. Bu ortaklık kendisinde kalan malvarlığı parçası ile varlığını devam ettirmektedir. Diğer unsurlar ise kural olarak tam bölünmede olduğu gibidir[19].

b.1. Alman Hukuku

Kısmi bölünme Alman hukukunda "abspaltung" olarak anılmaktadır (UmwG Paragraf 123 al.2). Bu hükme göre tam bölünmeden farklı olarak bölünen ortaklığın malvarlığının bir kısmı kendisinde kalırken, diğer kısmı bir ya da daha fazla ortaklık arasında paylaşılmaktadır.

Bu ortaklık veya ortaklıklar bölünme işlemi için yeni kurulmuş ortaklıklar olabileceği gibi daha önceden kurulmuş var olan ortaklıklar da olabilirler. Malvarlığı bölünen ortaklığın pay sahipleri bölünme sonucunda isabet eden malvarlığı çerçevesinde, malvarlığını devralan ortaklıkların paylarını elde ederler.

Bölünen ortaklık ise mevcudiyetini bölünmeden sonra da devam ettirir.

b.2. İsviçre Hukuku

Kısmi bölünme İsviçre hukukunda "séparation" olarak anılmaktadır (Lfus 29b). Kısmi bölünmede bölünen ortaklık malvarlığının bir ya da birden fazla kısmını başka ortaklıklara devreder. Bölünen ortaklığın pay sahipleri bu ortaklıktaki pay sahipliklerini sürdürürler. Ayrıca malvarlığından bir ya da birden fazla parçayı devralan ortaklığın veya ortaklıkların da pay sahibi haline gelirler.

Görüldüğü gibi tam bölünmede olduğu gibi kısmi bölünmede de durum Alman hukuku ile bir farklılık ortaya koymamaktadır[20].

b.3. Amerikan Hukuku

Amerikan hukukunda kısmi bölünme "spin-off" ve "split-off" terimleri ile ifade edilmektedir. Biraz önce Amerikan hukukunun özelliği olarak or-

---

19 KVK 38'in bu konudaki hükmü "Tam mükellef bir sermaye şirketinin bilançosunda yer alan gayrimenkuller ve iştirak hisseleri ile üretim tesisleri, hizmet işletmeleri ve bu tesis ve işletmelere bağlı gayri maddi haklar, hammadde, yarı mamul ve mamul malların, mukayyet değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine, bu değerleri devreden şirketin ortaklarına verilmek veya devreden şirkette kalmak üzere, devralan şirketin iştirak hisseleri karşılığında ayni sermaye olarak konulması." demek suretiyle payların bölünen ortaklığa intikal edilebileceğini düzenlemiştir. Fakat devre konu olarak aktif ve pasiflerin bütününden oluşan bağımsız bir malvarlığının devrinin gereğinden çok bunların aktif unsurları ile gayrımenkuller ve iştirak hisselerinin bağımsız devrine olanak sağlayarak bölünme fikrinden uzaklaşmıştır.

20 Hemen belirtelim ki, tam bölünmede mevcut olan ortaklık payına ilişkin ibare kısmi bölünme için de söz konusudur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

taklıklar hukuku düzenlemesinin bulunmadığına sadece vergi hukuku bakımından düzenlemesinin bulunduğuna değinmiştik. Bu durumun sonucu olarak kısmi bölünmede de bir takım farklılıklar bulunmaktadır.

Spin-off olarak anılan kısmi bölünme türünde malvarlığı bölünen ortaklık, malvarlığının bir kısmını bölünme sebebi ile yeni kurulmuş veya daha önceden var olan bir ortaklığa devretmektedir. Bu devrin karşılığı olarak da devralan ortaklıkta bir iştirak hissesi elde etmektedir. Daha sonra söz konusu iştirak hisseleri malvarlığı bölünen ortaklığın ortaklarına sermayeye iştirak payları göz önüne alınarak kar payı olarak dağıtılmaktadır. Gerçekleştirilen bu işlem sonucunda bölünen ortaklığın pay sahipleri hem bölünen ortaklıkta, hem malvarlığını devralan ortaklıkta pay sahibi olmaktadırlar. Her iki ortaklık birbirinden bağımsız olarak varlıklarını devam ettirmektedirler[21].

Split-off olarak anılan kısmi bölünme türünde ise malvarlığının devri aynı şekilde cereyan etmektedir. Buna göre bölünen ortaklık, malvarlığının bir bölümünü devralan ortaklığa devretmekte, buna karşılık olarak da devralan ortaklığın paylarını elde etmektedir. Elde edilen payların bölünen ortaklığın ortaklarına dağıtımı aşamasında ise spin-off'la olan farklılık ortaya çıkmaktadır. Split-off'ta elde edilen paylar kar payı olarak dağıtılmamaktadır.

Devralan ortaklığın paylarını edinecek olan bölünen ortaklık pay sahipleri, bölünen ortaklıkta sahip oldukları payların bir kısmını edinecekleri yeni devralan ortaklık paylarının karşılığı olarak bölünen ortaklığa vermek zorundadırlar. Bu durumda bölünen ortaklık bakımından, kendisinin sermayesine karşılık çıkarmış olduğu bir kısım paylarını satın almak zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Bir kısım paylarını geri almak zorunda kalan bölünen ortaklık bakımından bu durum, geri alınan pay miktarı kadar sermaye azaltılmasına yol açmaktadır[22].

Split-off işleminin sonucunda pay sahipleri her iki ortaklığın paylarına da sahip olmaktadırlar. Ancak spin-off'tan farklı olarak sahip oldukları bölünen ortaklık paylarında bir azalma meydana gelmiştir.

c. İnceleme Gerekliliği

Görüldüğü gibi her iki bölünme türü birbirinden özellikle bölünen ortaklığın varlığının sona ermesi veya varlığını devam ettirmesi yönünden farklılık arz etmektedir. Ancak bunun dışındaki işlemler her iki tür bakımından ortak özellikler taşımaktadır.

Bu sebeple bölünme kavramının ortaya çıkabilmesi için bölünme işle-

21 CONARD: age., sh. 90; SIEGEL: age., sh. 535.

22 Türk hukuku bakımından da TK 329 benzer sonuçlara işaret etmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

minin yürütülmesi sırasında ortaya çıkabilecek durumların incelenmesi gerekmektedir.

III. TÜRK HUKUKUNDA BÖLÜNME DÜZENLEMELERİ

1. Genel Olarak

Türk hukukunda bölünme ortaklıklar hukuku alanında düzenlenmemiştir. Ancak vergi hukuku alanında düzenlemenin yapılmış olması, maddi hukuk anlamında bölünmenin yapılması olanaksız değilse, bölünmeyi cazip kılan bir etki yaratmaktadır. Bu bakımdan öncelikle mevcut düzenleme dahilinde bölünmeye engel bir durumun olup olmadığı değerlendirilmeli, daha sonra ise bölünmenin hangi yolla yapılabileceği kısaca belirtilmelidir.

Bunun için öncelikli olarak mevzuat içinde bulunan bölünmeyi doğrudan düzenleyen hükümleri tespit etmek gerekir[23]. Bu hükümlerden en önemlileri yukarıda da belirttiğimiz VUK hükümleridir.

Bir başka düzenleme Maliye Bakanlığı ile Ticaret ve Sanayi Bakanlığının, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 38 inci maddesi ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 274 üncü ve 3143 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 33 üncü maddelerine istinaden anonim ve limited şirketlerin kısmi bölünmelerine ilişkin usul ve esaslar tebliği ile yapılmıştır.

Nihayet bu konudaki son düzenleme Sermaye Piyasası Kurulunun 21.11.2003 tarih ve 60/1393 sayılı kararıdır. Kurul bu kararın gerekçesi olarak; halka açık anonim ortaklıkların bölünmelerine ilişkin olarak çıkarılmış seri:1, No:26 sayılı "Hisse senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği"nin 11'nci maddesinde:

"Özelleştirme kapsamında olanlar dahil halka açık anonim ortaklıkların son bilanço aktif toplamının en az % 15'i tahsis edilerek yeni ortaklık veya ortaklıklar kurulması veya tüzel kişiliklerin sona erdirilerek yeni ortaklık veya ortaklıklar kurulması halinde, yeni ortaklık veya ortaklıkların hisse senetlerinin Kurul'a kaydettirilmesinin ve yeni kurulacak ortaklık veya ortaklıkların ortakları arasındaki sermaye dağılımı halka açık ortaklığın sermaye yapısından farklı ise, yetkili organlarca bölünmeye ilişkin karar alınmadan önce Kurul'dan onay alınmasının zorunlu olduğu"

hükmünün yer almasına rağmen bu konuda ayrıntılı bir düzenleme bulunmamasını ve ayrıca buna bağlı olarak yine Kurulun seri:IV, No:9 "İhraççıların Muafiyet Şartlarına ve Kurul Kaydından Çıkarılmalarına İlişkin Esaslar Tebliği" ile Seri:x, No:16 "Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğ"de de bölünmeye ilişkin düzenlemeler bulunmasını göstermek-

---

23 Belirtelim ki, bu kapsamda bölünmeyi anan hükümlere yer verilmeyecek sadece bölünmeye içerik olarak katkı yapacak hükümler incelenecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tedir. Nihayet, Maliye Bakanlığı ve Sanayi Ticaret Bakanlığı'nca 16.09.2003 tarih ve 25231 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ" ile de anonim ve limited şirketlerin kısmi bölünme işlemlerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş olması nedeni halka açık ortaklıklar bakımından meseleye açıklık kavuşturmak amacıyla hareket edildiği belirtilmektedir. Şimdi bu üç düzenlemeyi içerikleri itibariyle inceleyelim.

2. Vergi Usul Kanununda Yer Alan Düzenleme

Vergi usul kanununda yapılan değişiklikle pozitif hukukumuza giren bölünme düzenlemesi esasen bölünmeden vergi alınmamasına yöneliktir. Kanun bölünme ve hisse değişimini müesseselerini vergi hukuku yönünden tanımlamaktadır.

Bölünmenin vergisiz olarak yapılabilmesi için; tam mükellef bir sermaye ortaklığının tasfiyesiz olarak infisah etmek suretiyle bütün mal varlığını, alacak ve borçlarını kayıtlı(mukayyet)[24] değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak tam mükellefiyete tabi iki veya daha fazla sermaye ortaklığına devretmesi ve karşılığında devredilen sermaye ortaklığının ortaklarına devralan sermaye ortaklığının sermayesini temsil eden iştirak hisseleri verilmesini gerekli bulmaktadır.

Bu arada malvarlığı devredilen ortaklığın ortaklarına verilecek iştirak hisselerinin itibari değerinin % 10'una isabet eden kısmının nakit olarak ödenmesi halinde yapılan ödemenin, işlemin bölünme sayılmasına engel olmadığına da işaret etmektedir. Kanun koyucu bu hükümle kavramı anmadan bizim tam bölünme olarak adlandırdığımız bölünme türünden bahsetmektedir.

Takip eden hükümde ise; tam mükellef bir sermaye ortaklığının bilançosunda yer alan gayrimenkuller ve iştirak hisseleri ile üretim tesisleri, hizmet işletmeleri ve bu tesis ve işletmelere bağlı gayrimaddi haklar, hammadde, yarı mamul ve mamul malların, mukayyet değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye ortaklığına ayni sermaye olarak konulabileceğini düzenlemektedir.

Konulan ayni sermayenin değeri ölçüsünde de, ya bölünen ortaklığın ortaklarına verilmek veya bölünen ortaklıkta kalmak üzere, devralan ortaklığın iştirak hisselerin karşılık oluşturmasının gerekliliğine işaret edilmektedir.

Yukarıda da işaret edildiği üzere bu durum bizim incelememizde andığımız kısmi bölünmeye benzememektedir. Bu düzenlemede önemli olan bağım-

24 KAYA Arslan: Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi ve Hisse Değişimi Konularında 4684 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme ile Oluşan Hukuki Durumun Değerlendirilmesi, Banka-Mali ve Ekonomik Yorumlar, Y. 38, S. 10, Ekim 2001, sh. 58.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sız malvarlığının bir bütün olarak devri değildir[25]. Malvarlığının aktif parçalarının devri bu düzenlemenin konusunu oluşturabilmektedir. Bir başka deyişle tek başına bu düzenleme ile kısmi bölünmenin var olduğu sonucuna varılamaz[26].

Yine VUK 39 'da ise bu işlemler sonucunda doğacak verginin sonuçları anlatılmakta, malvarlığı bölünen ortaklığın herhangi bir vergi borcu durumunda bölünmeye katılan ortaklıkların müteselsilen sorumlu olacakları düzenlenmektedir.

3. Ortak Tebliğ İle Getirilen Düzenleme

Yukarıda da işaret ettiğimiz üzere Maliye Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ortak bir tebliğ yayınlamışlardır. Maliye Bakanlığı tebliğe dayanak olarak VUK 38 de yer alan bölünme düzenlemelerini göstermektedir.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ise 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 274 üncü ve 3143 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 33 üncü maddelerini tebliğin çıkarılması bakımından dayanak göstermektedir.

Ticaret Kanununun 274. maddesi Sanayi ve Ticaret Bakanlığının dış denetime aittir. 3143 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 33 üncü maddesi ise Bakanlığın düzenleme görev ve yetkisi kenar başlığını taşır ve: "Bakanlık, kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir." demek suretiyle tebliğ düzenle olanağını kanuna bağlı olarak vermektedir.

Bu durumda aşağıda içeriğini yansıtacağımız ortak tebliğ kanuni düzenlemesi olmadan çıkarılmıştır. Bu sebeple kanuni düzenlemeye uygun olmayan bir tebliğdir ve usuli işlemler dahilinde iptali gereklidir[27]. Hukuk kuralları kademelenmesi gereği olarak söz konusu tebliğin Anayasaya da aykırı olduğu eklenmelidir[28]. Tebliğ yetki aşımına rağmen oldukça ayrıntılı bir

---

25 TEOMAN Ömer: Bir Ticaret Ortaklığının Faaliyetlerini Bölünme veya Ayrılma Sureti ile Başka Ortaklıklara Devretmesi, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Hukukî Mütalâalar, Kitap 9: 1998-1999, İstanbul 2000, sh. 90-91. Yazar, bölünmenin Türk hukuk gündeminde olmadığı ve konuda tartışmaların bulunmadığı bir dönemde salt aktiflerin devrinin bölünmeye engel olacağı, bölünme için bağımsız bir malvarlığının aktif ve pasifleriyle birlikte devrinin zorunlu olduğuna işaret etmektedir.

26 Aksi fikir için bkz. KAYA: agm., sh. 59.

27 Bu konuda bkz. HELVACI Mehmet: Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik Gereği Ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması (İlgili Mevzuatla Birlikte), İstanbul 1997, sh. 70. Süresi içinde (60 gün) iptali talep edilmeyen tebliğ hukuk hayatımızda karışıklık çıkarmaya müsaittir. Bu haliyle dahi uygulandığı her olayda bir başka dava ile birlikte iptali istenebilecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

düzenlemeye sahiptir.

Bu düzenlemenin Türk Ticaret Kanununun Hazırlık Komisyonunda yapılan bölünmeye ilişkin çalışmaya benzediği açıktır[29]. Bu nedenle de, düzenlemenin içeriğini kısaca yansıtmakta fayda bulunmaktadır.

Düzenleme anonim ve limited ortaklıkların kısmi bölünmesini[30] içermektedir. Gerektiği takdirde yapılacak sermaye artırılmasında devralan anonim ve limited ortaklık sermayesini bölünen ortaklığın ortaklarının haklarını koruyacak miktarda artırılacağı, bu sermaye artırımının devralan ortaklıkların sermaye artırımı şeklinde gerçekleştirileceği, sermaye artırımının tescili ile birlikte ihraç edilen payların kendiliğinden bölünen ortaklığın ortaklarına veya bölünen ortaklığa devir olunacağı belirtilmektedir. Sermaye azaltılması[31] gerektiğinde bunun yöntemi ve sonuçları da düzenlenmiştir.

---

28 Hukuk kuralları kademelenmesi için bkz. TEZİÇ Erdoğan: Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Geliştirilmiş İkinci Baskı, İstanbul 1991, sh. 58-60; YAYLA Yıldızhan Anayasa Hukuku, İstanbul 1985, sh. 126; KENDİGELEN Abuzer: Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İç Ticaret 1995/1 Sayılı "Anonim ve LİmiteD Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"inin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi, İÜHFM, CLV, 1996, sh. 297-334; HELVACI: Komiser Yönetmeliği sh.3-6.

29 Bu çalışmada hakim olan ilkeler bakımından YASAMAN Hamdi: Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, İstanbul, 2003, sh. 706-707.

30 Bu maddede yer alan düzenlemeler yukarıda VUK 38'in kısmi bölünmeyi tam olarak düzenlemediği beyanımızı desteklemektedir. İlgili hükümdeki eksikliğin fark edilmesi ile bu tebliğ ile durum kurtarılmaya çalışılmıştır. Buna göre "kısmi bölünme ayni sermaye teşkili suretiyle yapılabilecektir. Kısmi bölünme işlemi, bir üretim tesisi veya işletmenin parça parça elden çıkarılarak şirketin üretim ve hizmet ifası faaliyetinden alıkonulması sonucunu doğurmamalıdır. Bu nedenledir ki, Kurumlar Vergisi Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasının 2 numaralı bendinde, üretim tesisleri ve hizmet işletmelerinin ayni sermaye olarak konulmasında, bu faaliyetlerin ifası için gerekli olan unsurların da, bir bütünlük içinde dikkate alınması öngörülmek suretiyle işletme bütünlüğünün korunması esas alınmıştır." denilerek kısmi bölünme işleminin konusunun da bağımsız bir malvarlığı hususu olduğu vurgulanmak istenmiştir.

31 Tebliğ bölünme halinde payları devri açısından: "Kısmi bölünme yoluyla ayni sermaye teşkiline yönelik olarak 4684 sayılı Kanunla getirilen hüküm gereğince, ayni sermaye karşılığı elde edilen hisseler ayni sermaye koyan şirketin ortaklarına da intikal ettirilebilecektir. Bir başka ifadeyle, ayni sermaye karşılığı iktisap edilen hisseler, ayni sermaye koyan şirkette kalabileceği gibi, bu şirketin ortaklarına da verilebilecektir. Ayni sermaye konulması karşılığında alınan hisselerin, ayni sermaye koyan şirkette kalması yerine, bu şirketin ortaklarına intikal ettirilmesi halinde, şirketin esas sermayesinde azaltma ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu durumda, kısmi bölünmede devredilen mal varlığı parçaları mevcut veya yeni kurulacak şirketlere kayıtlı değerleri üzerinden ayni sermaye olarak konulur. Bölünen şirketin bu payları kendi pay sahiplerine verebilmesi için sermayesini azaltması gerekir. Bu azaltma, pay sahiplerine verilecek payların değeri kadardır. Kısmi bölünme dolayısıyla yapılacak sermaye azaltılmasında Türk Ticaret Kanununun 396 ncı maddesi hükümleri uygulanacaktır. Sermaye azaltılması ile eş zamanlı olarak ve isteğe bağlı şekilde nakit olarak veya şirket bilançosunda yer alan hesapların müsait olması ve üçüncü şahısların haklarını zedelememesi şartıyla, öncelikle şirketin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği sermaye ve kar yedeklerinden karşılanması suretiyle bir sermaye artırımı yapılması da mümkündür. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun geçici 30 uncu maddesi gereğince, bu Kanunun 38 inci maddesine göre yapılacak kısmi bölünmelerde Türk Ticaret Kanununun ayni sermaye karşılığında çıkartılan hisselere ilişkin devir yasağı uygulanmaz." getirdiği ayrıntılı düzenleme ile Amerikan hukukuna yaklaşmaktadır(Bu konuda bkz. yukarıda **I. BÖLÜM/ II/3/B/b/b.3. Amerikan Hukuku**'nda split-off kavramı).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ayrıca devralan ortaklığın yeni kuruluş yolu ile oluşturulabileceğini bunlar hakkında Türk Ticaret Kanununun anonim ve limited ortaklıkların kuruluşuna ilişkin hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir.

Bunlara ek olarak, alacaklıların korunmasını ve bu amaçla yapılacak ara bilanço ile denetimi[32], pay sahipleri ve intifa senedi sahiplerinin TK daki haklarının saklı olduğu belirtilmektedir. Nihayet son olarak oldukça ayrıntılı bir biçimde bölünme sözleşmesini, yine oldukça ayrıntılı biçimde içeriğini[33], bö-

---

32 Tebliğ alacaklılar ve denetim bakımından: "Bölünen anonim ve limited şirketlerin alacaklıları Türk Ticaret Kanununun 397 nci maddesi hükümlerine göre ve şirket ana sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde yapılacak ilanla alacaklarını bildirmeye veya güvence verilmesi için talepte bulunmaya davet olunurlar. Davet ayrıca adresleri bilinen alacaklılara taahhütlü mektupla da yapılır. Muaccel alacakların ödenmelerini veya tevdi edilmelerini, müeccel alacakların ise temin olunmaları ya da alacaklıların bölünmeye ilişkin onaylarının alınması gerekir. Borçların ödendiği, tevdi olunduğu veya alacaklıların onay verdiği kanıtlanmadıkça ticaret sicil memurluğunca bölünme işlemi tescil edilmez. Bölünmeye esas alınan bilanço tarihi ile bölünme sözleşmesinin onaylandığı nihai genel kurul tarihi arasında 6 aydan fazla bir zaman bulunduğu takdirde bir ara bilanço çıkartılır. Kısmi bölünmeye katılan anonim ve limited şirketlerin bölünme sözleşmesi ile bölünmeye esas oluşturan bilançosunun, Türk Ticaret Kanununun 303 üncü maddesi gereğince, mahkemece atanan bilirkişilere denetlettirilmesi şarttır. Şirket, bölünmeyi denetleyecek bilirkişilere amaca yardımcı olacak her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadırlar. Bilirkişi raporunda: a) Devralan şirket tarafından yapılması öngörülen sermaye artırımının, devreden şirketin ortaklarının ve varsa intifa hakkı sahiplerinin haklarını korumaya yeterli bulunup bulunmadığı, b) Bölünmeye katılan şirketlerin öz sermayeleri ve payların değeri ile hisselerin değiş/tokuş oranı, bölünmenin Kurumlar Vergisi Kanununa, tebliğ hükümlerine uygunluğu, c) Bölünmeye konu varlıkların nitelikleri, mukayyet ve varsa cari değerleri, d) Bölünen şirkete veya ortaklarına devralan şirket tarafından verilecek hisse senetlerinin tutarının belirlenmesinde mukayyet değer ile varsa kullanılan diğer yöntemlere göre hesaplanan değişim oranı, e) Kullanılan yöntemlerin yeterli olup olmadığına ilişkin açıklama, f) Değerleme yöntemleri ile ilgili bir sorun ile karşılaşılmış ise, bu sorunlara ilişkin açıklama, belirtilecektir." gibi ayrıntılı düzenlemeler getirmektedir. Ancak bu düzenlemelerin kanuni dayanağı olmadığı için tavsiye niteliğinden öteye geçemeyecektir. Örneğin sicil memuruna bu tebliğ ile yüklenen görevlerin yerine getirilmesini beklemek mümkün olamaz.

33 Tebliğ bölünme sözleşmesini ve içeriğini de: "Anonim ve limited şirketin kısmi bölünme yoluyla, mal varlığı unsurlarını mevcut şirketlere veya yeni kurulacak şirketlere devredecekse, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları bir bölünme sözleşmesi imzalarlar. Yeni kurulacak şirketlere devirlerde bölünme sözleşmesi yerine bölünme planı hazırlanır. Bölünme sözleşmesinde bulunması gereken hususlar bölünme planında da yer alır. Bölünme sözleşmesi ve planının yazılı şekilde yapılması gerekir. Bölünme sözleşmesinin özellikle; bölünmeye katılan anonim ve limited şirketlerin ticaret unvanlarını, merkezlerini, nevilerini, bölünen mal varlığının kaç bölüm olduğunu, her bir bölümün nereye devredileceğini, her bölüm içindeki mal varlığı parçalarının tek tek dökümünü, payların değiş/tokuş oranlarını ve gereğinde ödenecek denkleştirme tutarını, devreden şirketin ortaklarının haklarının devralan şirket nezdindeki durumlarını, devralan şirketin devreden şirketten imtiyazlı paylara, intifa hakkı sahiplerine ne türlü haklar verildiğini, bölünen/devreden şirketin veya ortaklarının iktisap ettiği payların hangi tarihten itibaren bilanço karına hak kazanacağının bölünme sözleşmesinin onaylandığı genel kurul veya ortaklar kurulu kararında belirtilmesini, bölünme işlemine esas teşkil eden bilirkişi raporunu, bölünme işleminin hangi tarihli mali tablolar üzerinden gerçekleştirileceğini, devralan şirketin hisse senetlerinin bölünen şirketin ortaklarına verilmesi halinde bölünen şirketin sermaye azaltılması

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lünme kararını[34] ve sonuç olarak gerekli tüm işlemlerin ticaret siciline tescilini düzenlemektedir.

4. Kurul Kararıyla Getirilen Düzenleme

Sermaye Piyasası kurulu mevcut Tebliğ düzenlemeleri saklı kalmak kaydıyla; bölünme işlemlerinde halka açık anonim ortaklıkların bölünme işlemlerini yalnızca kısmi bölünme suretiyle gerçekleştirebileceklerini, halka açık anonim ortaklıkların bölünmesinde, devralan ortaklığın anonim ortaklık olması ve bölünmenin yeni ortaklık ya da ortaklıklar kurulması yoluyla gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğunu, bölünmeye esas alınacak mali tabloların tarihi ile bölünme işlemlerinin nihai olarak onaylanacağı genel kurul toplantı tarihi arasındaki sürenin 6 ayı aşamayacağını, bölünen ortaklığın ortaklarının bilgilendirilmesini ve bölünme kararının alınacağı genel kuruldan önce ortakların sağlıklı bir şekilde iradelerinin oluşturulmasını temini için aktif toplamın %15 ve üzerindeki bölünme işlemlerinde bir duyuru metninin ilan edilmesini, söz konusu duyuru metninin birleşmeye ilişkin duyuru metni için öngörülen içeriğe benzer içerikte olmasını, duyuru metninin bölünme sözleşmesinin/planının onaylanacağı genel kurul toplantısından en az 15 gün önce tasarruf sahiplerine duyurulması gerektiğini düzenlemiştir.

Halka açık anonim ortaklıkların bölünme işleminde devralan taraf olmaları durumunda ise, bölünecek halka kapalı ortaklığın bölünmeye konu

---

tutarı ve işlemlerini, devralan şirketin mevcut ortaklarının yeni pay alma hakları kısıtlanmak suretiyle yapacağı sermaye artırımı tutarı, bu sermaye artırımında bölünen şirkete veya ortaklarına verilecek hisse senetlerinin türünü, nominal değerini ve teslim esaslarını, bölünen şirketin bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından, bölünen kurumun varlıklarını devralan şirketlerin müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin hükmü, bölünmeye konu varlıklarla birlikte istihdam edilen personelin de devredilmesi halinde, devredilen işgücünün hukuki durumuna ilişkin bilgiyi, tarafların bölünme sözleşmesinden kaynaklanan yükümlüklerini yerine getirmemesi durumunda katlanacakları sonuçları belirten hükmü, yönetim kurulları tarafından genel kurulların toplantıya çağrılacağı azami süreyi, bu süre içerisinde genel kurulların toplanamaması halinde bölünme sözleşmesinin geçersiz sayılacağına ilişkin hükmü içermesi gerekmektedir." şeklinde ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Ancak bu hükme bağlı olmadan yapılacak işlemlerin geçersiz olduğu söylenemez. Üstelik vergi hukuku yönünden de işlemler kayıtlı değerleri üzerinden yapılmışsa gerekli şart oluşmuş olur ve bu hususlar da vergi dairesi tarafından aranamaz.

34 Tebliğin ticaret siciline tescille ilgili olarak: "Anonim ve limited şirketler nezdinde gerçekleştirilecek kısmi bölünme işleminde bölünmeye taraf şirketlerin yönetim kurulları tarafından hazırlanan bölünme sözleşmesinin şirket genel kurullarında onanmasını takiben devralan şirketlerin genel kurullarınca sermaye artırımı kararı, bölünme işleminin sermaye azaltılması gerektirmesi halinde devreden şirketlerin genel kurullarınca sermaye azaltılması kararı alınır.Kısmi bölünme ile bölünmeye ilişkin sermaye artırımı ve azaltılması kararlarının, anonim şirketlerde Türk Ticaret Kanunun 388 inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına uygun olarak verilmesi, limited şirketlerde ise Türk ticaret Kanununun 513 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla verilmesi gerekmektedir." şeklindeki düzenlemesinin zorunlu olduğunu düşünmüyoruz.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

değerlerinin, bölünmeye esas mali tablo tarihi itibariyle aktif toplamına oranının en az %15 olması ve bölünme işlemine konu olan malvarlığının ekonomik bir bütünlük arz etmesi gerektiği, iştirak hisselerinin bölünme işlemine konu edilmesi durumunda ise, ekonomik bir bütünlük arz edecek şekilde bölünen ortaklığın aktifindeki bölünmeye konu tüm iştirak hisselerinin devredilmesi aranmaktadır[35].

Bunlara ek olarak gerek devralan gerek bölünen tarafta halka açık bir anonim ortaklığın bulunması durumunda, Kurulun 2003/34 sayılık Haftalık Bülteni'nde ilan edilerek kamuya duyurulan 17.07.2003 tarih ve 37/875 sayılı Kararı ile belirlenen niteliklere sahip kuruluşlar tarafından, en az iki değerleme yöntemi kullanılarak bölünmeye konu malvarlığı unsurlarının değer tespitine ilişkin olarak rapor hazırlanmasının zorunlu olduğu açıklanmaktadır.

Ayrıca bölünmeye taraf ortaklıkların bölünmeye esas mali tablolarının Kurulun düzenlemeleri çerçevesinde hazırlanması, mevzuat gereği enflasyona göre düzeltilmiş mali tablo düzenlemesinin zorunlu olduğu dönemlerde mali tabloların bu esaslara göre düzenlenmesi ve özel bağımsız denetimden geçirilmesi, raporun "olumsuz" görüş içermemesi, raporda "olumlu" görüş bildirilmesine rağmen Kurulca yapılacak inceleme sonucunda gerekli görülmesi veya raporda "şartlı" görüş bildirilmesi durumunda, söz konusu durumlara neden olan hususlar çerçevesinde raporun düzeltilmesi de gerekmektedir.

5. Var Olan Düzenleme Çerçevesinde Değerlendirme

Bölünmeye ilişkin düzenlemeler öncelikle bölünmenin kayıtlı değerler üzerinden yapılması koşulu ile vergisiz olarak yapılabilmesini sağlamaktadır. Bu amaçla getirilmişlerdir ve bu amaçları doğrultusunda da yararlıdırlar.

Ancak bölünmenin ortaklıklar hukuku düzenlemesinin olmaması bölünmenin çeşitli şekillerde zora girmesine sebebiyet vermektedir. Ortaklıklar hukuku açısından yapılması gereken düzenlemelerin vergi kanunları veya bir takım değişiklik kanunları içerisine serpiştirilerek sorunun çözümüne uğraşılması, bizce sorunu gidermekten çok karıştırmaktadır.

Örneğin tam bölünme için ihtiyaç duyulan tasfiyesiz infisah müessesesi VUK 38/1 ile getirilmiştir. Bu defada infisah etmiş bir ortaklığın pay sahiplerine, bir başka ortaklığın pay sahipliği haklarının nasıl kazandırılacağı problemi ortaya çıkmıştır ki, birleşme hükümlerinden yola çıkılarak sorunun çözülmesi önerilmektedir[36].

---

35 Ayrıca bu hisselerin İMKB'de işlem görmesi de aranmıştır. Ancak bunun bölünme usulü ile ilgisi yoktur.

36 TEKİNALP: agm., sh. 42; Aksi fikir için bkz. ÇOŞTAN: age., sh. 146.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ayrıca aynı kanun kısmi bölünmeyi, bölünme olmayan bir şekilde düzenlemiş ve bunun telif çaresi olarak da tebliğde yukarıda anılan birinci madde hükmü getirilmiştir. Ancak tebliğ yasanın uygulamasına yönelik olacağı için, yasanın ifade etmediği bir hususun uygulanması bakımından kullanılamayacaktır.

Bu konuda devredilecek malvarlığının ayni sermaye olarak konulacağı belirlenmiş ancak TK'da yer alan ayni sermaye karşılığı alınan pay senetlerinin mutlaka nama olacağı ve tescilden itibaren iki yıl müddetle başkasına devredilmeyeceğine dair 404. madde unutulmuştur. Bu durumda bu payların bölünme sistemine uygun olarak sermayeyi koyan ortaklıktan pay sahiplerine intikali iki yıl müddetle söz konusu olmayacaktır.

Bunun üzerine sorun KVK 4743 sayılı kanunla değişik 30. maddesine hüküm ilave edilerek çözülmüş ve 38. maddeye uygun devirlerde TK 404'ün uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Ancak anılan 38. maddenin 2. fıkrası yukarıda da işaret ettiğimiz gibi aktiflerin devrini içermekte, aktif ve pasiflerden oluşan bağımsız bir malvarlığının devrini içermemektedir.

Bunun gibi külli halefiyetin düzenlenmemiş olması karşısında bütün malvarlığının nakli söz konusu olduğu için yorum yolu ile bu sonuca ulaşılabileceği gibi zorlamalar hep mevcut düzenlemenin ortaklıklar hukuku kısmının eksik olmasından kaynaklanmaktadır[37].

Bu nedenle bölünmenin, sağlıklı ve çağdaş hukuk sistemlerine uygun bir şekilde cereyan ederek, bir yeniden yapılanma yöntemi olarak hukuk hayatımızda yerini alması için bir an önce ortaklıklar hukuku alanındaki kanunlaştırma tamamlanmalıdır[38].

Bu kapsamda akla gelebilecek bir soru da, bugünkü mevzuat çerçevesinde bölünmenin yapılıp yapılamayacağıdır. Bu sorunun cevabını da özel olarak inceleyelim.

6. Bölünmenin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

Bizce vergi düzenlemelerinin yürürlüğe girmesi ile bölünme ortaklıklar hukuku alanındaki gelişmesini tamamlamadan da mümkün olabilecektir. Vergi mevzuatı, bir başka deyişle bölünme işleminin vergilenmesi bölünme için en büyük engeli oluşturmaktadır. Bu sebeple vergi mevzuatında yapılan olumlu değişiklik bölünmeyi yapılabilir kılmak için önemlidir[39].

---

37 YASAMAN: Bölünme, sh. 710.

38 YASAMAN: Bölünme, sh. 712.

39 TEKİNALP: agm., sh. 42; POROY Reha /TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Kollektif, Komandit, Paylı Komandit, Limited, Anonim, Halka Açık Anonim ve Holding Ortaklıklar ile Kooperatifler, Güncelleştirilmiş 8. bası, İstanbul 2000, sh. 139, Not 189h.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bunun için başvurulması gereken hükümler genel hükümlerdir. Genel hükümler içinde bulunan BK 179 hükmü bir işletme bütünü içinde özellikle pasiflerin naklini külli intikale bağlayarak kolaylaştırmıştır ve pasifler bakımından bölünmeye benzer bir durum yaratarak borçlu ve devralanın iki yıl müddetle birlikte sorumluluğunu düzenlemiştir[40].

Ayrıca aktiflerin geçişi bakımından düzenlenmiş bulunan cüzi halefiyetin, ortaklıklar hukuku alanındaki özel koruma olanakları devreye girinceye kadar, devrede kalması da işlemin tarafları bakımından bir avantajdır. Üstelik vergi kanunlarıyla damga vergisi[41] KDV gibi diğer vergilerde de bölünme bakımından getirilen muafiyet cüzi intikalde de masrafların artmasına engel olacak niteliktedir. Bunun dışında gerekli olan tüm işlemler bakımından (örneğin sermaye azaltılması, artırımı, imtiyazlı payların korunması gibi haller) yine genel hükümlerdeki koruma olanaklarından yararlanılacaktır[42].

Kısaca söylemek gerekirse bugünkü sistem içinde de bu yolla bölünmeyi gerçekleştirmek mümkünse de, ideal olan ortaklıklar hukukundaki düzenlemenin bir an önce yapılmasıdır.

IV. BÖLÜNMENİN TANIMLANMASI SORUNU

1. Genel Olarak

Bölünmenin tanımlanması bizce bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır, çünkü bölünme kavramı ancak bir bütün olarak bölünmeye ilişkin düzenlemenin incelenmesi sonucunda ortaya çıkabilmektedir.

Bölünme kavramı bir yeniden yapılanma modeli olarak tasarlanmış bulunduğundan, kavramın ayrı bir ekonomik tanımının yapılması da mümkündür[43].

---

40 ACEMOĞLU Kevork: Borçlar Kanununun 179. maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, sh. 132, YASAMAN: Bölünme, sh. 712. Aksi fikir için bkz. TEKİNALP:agm., sh. 40.

41 TEKİNALP: agm., sh. 40.

42 Bu yöntemde de bütün hakların korunduğu söylenemez. Örneğin oydan yoksun pay sahipleri veya intifa senedi sahiplerinin hakları, bölünmenin ortaklıklar hukukundaki düzenlemeleri yapılmadan sağlıklı bir şekilde korunamaz.

43 ÇOŞTAN Hülya: Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara 2004, sh.7.Yazar bölünmenin hukuki bir kavram olma yanında ekonomik bir kavram olduğunu belirtmekte ve örneğin "...hazır giyim ve havlu üretiminde faaliyet gösteren bir sermaye ortaklığının havlu üretiminde uzmanlaşmak amacıyla hazır giyim işletmesini bir kişi ortaklığına satım yolu ile devretmesi ve hazır giyim alanındaki faaliyetlere son vermesi, devreden ortaklık bakımından ekonomik alanda bölünmeyi ifade etmektedir. Söz konusu devrin kime yapıldığı, neyin karşılığında yapıldığı, işletmeyi oluşturan aktif ve pasiflerin külli halefiyet mi yoksa cüzi halefiyet kurallarına göre mi devredildiği ikinci planda kalmaktadır.Bölünmenin ekonomik tanımında işlemin amacı ve sonucu önemli olmaktadır. Bu nedenle hukukun bölünme başlığı altında öngördüğü düzenlemelere uyulmamış olması işlemin ekonomik anlamda bö-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Öğretide bölünmenin tanımı kanuni düzenlemenin olduğu ve olmadığı dönemlerde çeşitli şekillerde yapılmışsa da, kanuni düzenlemelerde bölünmenin tam bir tanımı yer almamakta sadece bölünmeye ilişkin düzenlemeler yapılmaktadır.

Meseleye hem teorik temelde, hem de Türk hukuku bakımından yaklaşmak mümkündür. Bilindiği üzere Türk hukukunda bölünme vergi kanunları çerçevesinde düzenlenmiştir. Ortaklıklar hukuku alanında bir düzenleme yoktur. Bu sebeple tanıma Türk hukuku çerçevesinde değil teorik olarak yaklaşmak gerekli olsa da, bugünkü mevzuat çerçevesinde bir tanımın yapılması da mümkündür.

Biz de bu çerçevede önce öğretide yer alan tanımlardan bazılarını verecek daha sonra ise bizce olması gereken tanım üzerinde duracağız. Tanımın verilebilmesi için çalışmamızın ilerleyen sayfalarında görülebilecek bazı tanımsal unsurlara burada değinmek gerekmektedir.

2. Bazı Tanımsal Unsurlar

Öğretide yer alan tanımlara geçmeden önce temel özellikleri nedeniyle bölünmenin çeşitli hukuk sistemlerinde benzer şekilde düzenlendiğini, bazı özel durumlar bakımından farklılık olmakla beraber temelde aynı öğeler üzerine kurulduğunu belirtelim. Biz bu yüzden öğretideki tanımları ülkelere göre ayırarak vermeyeceğiz.

Hemen belirtelim ki bu konudaki temel düzenleme, Avrupa Birliğinin 6 sayılı bölünmeye ilişkin yönergesidir. Bu yönerge üzerine mevzuatında bölünme bulunan veya bulunmayan tüm Avrupa Birliği ülkeleri bölünmeyi benzer şekilde düzenlemiştir.

Bölünmeyi en etraflı şekilde ve ortaklıklar bakımından bir yeniden yapılanma sistemi olarak düzenleyen Alman hukukudur. Bu düzenlemeden önemli ölçüde ilham alan bir diğer düzenleme İsviçre'de yapılmıştır. Özellik-

---

lünme sayılmasına engel değildir. Sonuç olarak, bir sermaye ortaklığının, kişi ortaklığının, tüzel kişi tacirin, kısaca bir hukuk süjesinin malvarlığının bir bölümünü bir diğer hukuk süjesine devretmesi ekonomik anlamda bölünmedir..." diyerek bizce bölünme kavramının yanlış anlaşılmasına yol açabilecek bir açıklama yapmaktadır. Oysa bölünmeye ilişkin ekonomik bir tanım verilmesi gerektiğinde "Bölünme (ayrılma) yoluyla özellikle büyük şirketler, belirli bir ölçeğin üstünde azalan verim kanununun etkisini göstermesiyle hantal bir yapılanmaya düşmekten kurtulmak; gelişen iş durumuna göre aynı şirketler topluluğu içinde iş bölümü ve uzmanlaşmaya gitmek; üretim, dağıtım ve pazarlama sürecinin farklı aşamalarını ayrı birimler olarak örgütlemek gibi ekonomik faaliyetlerinde verimlilik ve rasyonelliği sağlayıcı amacı gerçekleştirebilirler. Bu çerçeve içinde bölünme, büyük şirketler için değişen koşulların yeni bir yapılanmayı gerektirdiği durumlarda başvurulan bir yeniden örgütlenme modelidir" şeklindeki bir tanımın tercih edilmesi yerinde olur. Bu tanım için bkz. TÜRK Hikmet Sami: Şirketlerin Bölünmesi (Ayrılması), Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından kurulan Sermaye Piyasası Komisyonuna sunulan bir inceleme, sh. 1.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

le İsviçre düzenlemesi, diğer hukuki düzenlemeleri bakımından da Türk hukukçularına yakın olması dolayısı ile bizler için önemlidir.

Özet olarak bölünmenin sisteminden bahsetmek gerekirse yukarıda anılan üç sistem bakımından da, aynı sistemin benimsendiği, bu çerçevede bölünmenin tam veya kısmi bölünme olarak yapılabildiğini[44], bölünmede malvarlığının külli halefiyetle nakledildiğini, nakledilen malvarlığının karşılığında bu malvarlığına orantılı, bölünen ortaklığın pay sahiplerinin veya ortaklarının, malvarlığını devralan ortaklıkta pay sahibi olduklarını, ancak bu durumun mutlaka şart olmadığı gibi her zaman da orantılara tam uygun olmasının gerekmediğini belirtmek gerekir.

Hemen belirtelim ki bizce mülkiyetin nakli biçimi tanımsal bir özellik değildir. Bölünmenin gerçekleşmesi için mülkiyetin nakli gereklidir. Hangi biçimde nakledildiği(cüzi veya külli halefiyet) önem taşımaz.

Yukarıda yaptığımız bu beyan külli halefiyet sisteminin bölünmeyi kolaylaştırmak bakımından önemini yadsıdığımız anlamına gelmez. Bölünmeye işlerlik kazandırmak için külli halefiyet sistemine ihtiyaç vardır[45]. Ancak külli halefiyet sisteminin benimsenmesi halinde, bu sistemin cüzi halefiyet bakımından getirilmiş koruma yöntemlerini ortadan kaldırmış olduğu gerçeği ile hareket edilmelidir. Bir diğer deyişle özel koruma mekanizmaları yaratılmalıdır.

Bütün bunlara ek olarak bölünmenin gerçekleşebilmesi için birden fazla ortaklığa ihtiyaç olduğu açıktır. Bunların yeni kurulmaları veya eskiden var olmaları bölünme tanımı bakımından önem taşımaz.

Ayrıca bu ortaklıklarda hakların geçişinin mümkün olması için ortaklıkların aynı nevıden olması gerekmese de, sermaye ortaklığı tipi olması gerektiği söylenmelidir. Demek ki, yapılan tanımlar ve tarafımızdan yapılacak tanım bu özelliklere uygun olmak zorundadır.

3. Öğretide Yer Alan Tanımlar

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bölünmeyi düzenleyen en eski sistemlerden biri Fransız sistemidir. Bu sistem çerçevesinde "bölünme bir ortaklığın malvarlığının birden fazla yeni kurulan veya eskiden varolan ortaklık arasında paylaşılması sonucunu ortaya çıkarır" şeklinde tanımlar bulunmaktadır[46]. Ancak bu sistem çerçevesinde dahi paylaşılan malvarlığının külli halefiyetle nakledileceği ve bunun sonucu olarak da, bölünen ortaklığın pay

---

44 Bu konuda bkz. yukarıda **II / 3. Türler**.

45 YASAMAN: Bölünme, sh. 708.

46 Söz konusu tanım oldukça eksiktir, ancak Fransız Şirketler Kanunu'nun 371. maddesinin 1. fıkrasında yer alması nedeniyle buraya alınmıştır. Fransız öğretisinde de anılan madde çerçevesinde tanımların yer aldığı görülmektedir. Bu konuda bkz. RIPERT Georges/ROBLOT René: Droit Commercial, Tome 1, 16 eme édition par Michel Germain,, sh. 612, not 785.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sahiplerinin malvarlığını devralan ortaklıkların pay sahibi olacağı belirtildiğinden tanımı doğru kabul etmek olanaksızdır[47].

Alman hukukunda yapılan tanımlarda bir ortaklığın malvarlığının en az iki ortaklık meydana getirecek şekilde bölünmesi ve bölünen ortaklığın pay sahiplerinin yeni oluşan ortaklıkların pay sahipliği haklarını kazanması ve tam bölünmede malvarlığının tamamının külli halefiyet çerçevesinde kısmi bölünmede malvarlığını bir kısmının kısmi külli halefiyet çerçevesinde bölündüğü belirtilerek bölünme tanımlanmıştır[48].

İsviçre hukukunda ise tanım olarak bölünmenin tüm içeriğinin verildiği görülmektedir. Bir çok yazar tanım yerine bölünmeye ilişkin özellikleri anlatmak yoluna gitmiştir[49].

Türk hukukunda ise benzer bir yöntem seçildiği tanım olarak yazılanlar içinde bölünmenin bütün öğelerinin, tanım bakımından gerekli olup olmadığı tartışılmadan yer aldığı görülmektedir[50].

4. Olması Gereken Tanım

A. Varolan Mevzuata Göre

Bizce; henüz Türk Hukukunda ortaklıklar hukuku alanında bir düzenleme yapılmadığı için tanımın açıklamaya yönelik olmaması gereklidir. Anılan tanımlar ortaklıklar hukuku alanında gerekli düzenlemelerin yapılmasından sonra yapılabilir. Ancak bugün Türk hukukunda verilmesi gereken tanım, ya İsviçre ve Alman hukuklarında düzenlemenin olmadığı dönemde verilen tanımlara benzemelidir, yahut da bugün Türk hukuku bakımından tek Kanuni düzenleme olan KVK 38 ve 39 çerçevesinde olmalıdır. Ancak bu düzenlemenin bölünme bakımından hatalı olan hükümleri tanımda kullanılmamalıdır[51].

Bu sebeple bugünkü düzenleme çerçevesinde bölünmeyi tam ve kısmi bölünme olarak ikiye ayırarak tanımlamak gereklidir. Bu tanım mevcut

---

47 Bölünmenin içeriği ile ilgili bkz. RIPERT/ ROBLOT: age., sh. 613-614, not 785.

48 SCHMIDT Karsten: Gesellscahftsrecht, Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1997, sh. 354.

49 Örnek olarak bkz. EBERHARD: age., sh. 187 vd. anılan yazarlar.

50 ÇOŞTAN: age., sh. 23. Yazar bu sayfada "Bir ortaklığın infisah ederek tüm malvarlığını aktif ve pasifleriyle bütün oluşturan bölümler halinde, tasfiye edilmeksizin, mevcut veya yeni kurulan en az iki ortaklığa külli halefiyet yoluyla devretmesi ve bu devrin karşılığında bölünen ortaklığın pay sahiplerinin devralan ortaklıkların pay sahipliği haklarını kazanması (tam bölünme); veya bir ortaklığın infisah etmeksizin malvarlığının aktif ve pasifleriyle bütün oluşturan bir veya birden çok bölümünü, tasfiye edilmeksizin, külli halefiyet yoluyla bir veya birden çok mevcut ya da yeni kurulan ortaklıklara devretmesi ve bu devrin karşılığında bölünen ortaklığın pay sahiplerinin bölünmeye katılan ortaklıkların pay sahipliği haklarını kazanması (kısmi bölünme) bölünmedir" demektedir. Anılan tanımların İsviçre mevzuatı çerçevesinde olduğu açıktır. Ancak bizce tanım özelliğinden uzaktır.

51 Bu konuda bkz. yukarıda **III/2. Vergi Usul Kanununda Yer Alan Düzenleme**.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sistemin bünyesinde barındırmadığı külli halefiyete dayanmadan yapılmalıdır.

Buna göre bölünme:

"Bir sermaye ortaklığının bir veya daha fazla sermaye ortaklığına malvarlığının bağımsız bölümlerini devretmesi karşılığında, malvarlığı devredilen ortaklığın pay sahiplerinin/ortaklarının, devralan ortaklıklarda pay sahibi/ortak olmaları ve devreden ortaklığın bütün malvarlığını devretmesi halinde tasfiyesiz olarak infisah etmesidir" şeklinde tanımlanmalıdır[52].

Görüldüğü üzere bu tanım unsur olarak, sadece malvarlığının bağımsız bölümlerinin var olması gerektiği, bunların bir veya daha fazla sermaye ortaklığına devri ve bu devrin sonucunda devreden ortaklığın pay sahiplerinin devralan ortaklıkta pay sahibi olmalarının gerektiğine dayanmaktadır. Ayrıca tam bölünmeyi ifade edebilmek açısından da, malvarlığının bütününün devri halinde, devreden ortaklığın tasfiyesiz olarak infisah edeceği eklenmektedir.

B. Teorik Olarak

Teorik açıdan ise bölünme tanımı, ortaklıklar hukukunda yapılması gereken düzenlemeye dayanarak yapılmalıdır. Bunun sebebi ortaklıklar hukukunda mutlaka bir düzenleme ısrarından çok, bölünmeye ilişkin işlemlerin kolay ve güvenli bir şekilde yapılabilmesinin ancak ortaklıklar hukuku alanında yapılabilmesine bağlı olmasındandır.

Bölünmenin hızlı ve masrafsız bir şekilde yapılması açısından, temel araç külli intikal kurumudur. Aksi halde özellikle bağımsız bir malvarlığının, aktif unsurlarının devri teker teker yapılmak zorunda olduğundan, oldukça külfetli bir durum ortaya çıkaracaktır.

Külli halefiyet sisteminin benimsenmesi ise cüzi intikal hallerinin sağladığı korumayı ortadan kaldırdığı için özel bir koruma sisteminin külli halefiyet sisteminin benimsenmesi ile birlikte ortaya çıkması gerekmektedir.

Bölünmenin yapılması sonucunda korunması gereken menfaatler bölünmeye katılan tüm ortaklıkların pay sahiplerinin/ortaklarının, bölünen ortaklığın çeşitli hak sahiplerinin, alacaklılarının ve çalışanların menfaatleri olarak ortaya çıkar. Bölünmenin ortaklıklar hukukunda yukarıda anılan hak sahiplerinin haklarının korunmasını içerecek bir tarzda düzenlenmesi halinde teorik olarak ve bölünmenin Kara Avrupa'sı sistemine uygun bir tanımına ulaşılabilecektir.

---

52 Bölünme dolayısı ile verginin doğmaması ve devredilen değerler bakımından ertelenmesinin sağlanması için yapılacak devir işleminin kayıtlı değerler üzerinden yapılması gerekmektedir. KVK 38'de yer alan bu husus bölünme tanımı için değil vergisiz bölünme tanımı için önemlidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bizce bu tanım yukarıda verdiğimiz fiili tanıma külli halefiyetin ve koruma hükümlerinin eklenmesi ile oluşur. Buna göre tanım:

"Bir sermaye ortaklığının, çeşitli hak sahiplerinin, alacaklılarının, çalışanlarının ve bölünmeye katılan tüm ortaklıkların pay sahiplerinin/ortaklarının özel olarak korunarak, bir veya daha fazla sermaye ortaklığına, malvarlığının bağımsız bölümlerini külli halefiyetle devretmesi karşılığında, malvarlığı devredilen ortaklığın pay sahiplerinin devralan ortaklıklarda pay sahibi olmalarına ve devreden ortaklığın bütün malvarlığını devrettiği durumda tasfiyesiz olarak infisah etmesine bölünme denir"

şeklinde olmalıdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU TOPLANTI VE KARAR NİSAPLARI

*Prof. Dr. Sami KARAHAN**

I- GİRİŞ

Anonim şirketler, kanunen yasak olmayan her türlü maksat ve konularda faaliyet göstermek üzere kurulurlar (TK. 271). Bu şirketler, amaçlarına ulaşabilmek için esas mukavelelerinde yazılı faaliyet konularında iştigal ederler. Bu işlemlerin yapılabilmesi, hakların iktisap, borçların iltizam edilebilmesi için, anonim şirket adına irade açıklamasında bulunmak üzere görevlendirilecek organlar bulunmalıdır. Nitekim, Ticaret Kanunu anonim şirketlerde genel kurul, yönetim kurulu ve denetçiler olmak üzere asgari üç organın bulunmasını zorunlu kılmıştır. Bu organlardan herhangi birisi kuruluşta bulunmadığı taktirde şirketin kuruluşuna izin verilmeyerek ve şirket tescil edilmeyerek şirketin tüzel kişilik kazanması engelleneceği gibi; tescilden sonra herhangi bir nedenle bunlardan birinin mevcut olmaması veya genel kurulun toplanamaması halinde, pay sahiplerinden veya alacaklılardan birinin yahut Sanayi ve Ticaret Bakanlığının talebi üzerine şirketin sona erdirilmesine mahkemece karar verilmesi mümkündür (TK. 435).

Yönetim kurulu anonim ortaklığın idare ve temsil organıdır. Yönetim kurulu, ortaklığın temsilciye ve idareciye olan ihtiyacını sürekli olarak karşılamak durumundadır. Şirket ancak yönetim kurulunun olaylar karşısında göstereceği ani tepki ve alacağı kararlarla sağlıklı işleyebilir. Yönetim kurulu yönetim yetkisini, kural olarak ancak kurul halinde toplanıp karar alarak kullanabilir. Yönetim kurulu toplantılarına katılmak, yönetim kurulu üyeleri için hem bir hak hem de bir görevdir. Bu görevi özürsüz olarak yerine getirilmemesi üyenin sorumluluğuna yol açar[1]. Gerçekten yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gerekli dikkat ve özeni gösterdiklerinin (TK. 320; BK. 528/II, 390, 391) ispatlanması, sorumluluk karinesinin (TK. 338) çürütülmesi açısından önemlidir. Ancak yönetim kurulu toplanmadan da karar alabilir (TK. 330/II).

---

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 **Çamoğlu** (Poroy / Tekinalp), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2003, s.298.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II – YÖNETİM KURULUNUN OLUŞUMU VE TOPLANMASI

Anonim Şirket yönetim kurulu üyeliği dört farklı yolla kazanılabilir. Bunlar esas sözleşmeyle atama, genel kurul tarafından seçim, kamu tüzel kişisince atama ve yönetim kurulundaki boşluğun yine yönetim kurulu tarafından yapılan atama ile doldurulmasıdır (TK. 312, 315, 275).

Kamu tüzel kişileri tarafından atanan üyeler hariç, diğer yönetim kurulu üyeleri pay sahibi kişilerden oluşmalıdır. Pay sahibi sıfatının varlığı kişinin yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi için değil; seçildikten sonra göreve başlayabilmesi için aranır. Dolayısıyla, pay sahibi olmayan kişiler yönetim kurulu üyeliği görevine seçilebilirler ise de pay sahibi sıfatını kazanmadan bu göreve başlayamazlar (TK. 312/II-III, 275)[2].

Tüzel kişiler yönetim kurulu üyesi olamazlar. Ancak gerçek kişi olan ve tam ehliyete[3] sahip bulunan kişiler yönetim kurulu üyesi olabilirler. Bu nedenle, tüzel kişi ortakların varlığı halinde bunlar kendi temsilcileri olan gerçek kişileri yönetim kurulu üyeliğine seçtirebilirler (TK. 312/II).

Kamu tüzel kişileri tarafından atanan yönetim kurulu üyeleri hariç, diğer üyelerin her biri, itibari kıymeti asgari 5000 lira değerinde hisse senetlerini şirkete rehin olarak tevdi etmelidir[4]. Rehin olarak tevdi olunacak his-

---

2 Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yayınlanan Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmeliğin 15. maddesine göre, yönetim kurulu üyeliği görevine seçilen pay sahibi olmayan kişi, seçildiği genel kurul kararının ticaret siciline tescilinden önce pay sahibi olmalıdır.

3 Ticaret Kanununda açıkça ifade edilmemekle birlikte TK.315/II hükmünün yorumlamasından çıkarılan ve doktrin ve Yargıtay uygulamasında da hakim fikir olarak benimsenen bu görüş, hüküm olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yayınlanan Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmeliğin 15. maddesinde açıkça ifade edilmiştir.

4 TK.313'de rehin olarak tevdi edilecek hisse senetlerinin miktarı düzenlenirken, esas itibariyle itibari değerleri esas sermeyenin yüzde birine muadil hisse senetlerinin tevdiinden ve ancak bu miktarın 5000 lirayı aşması halinde azami 5000 lira itibari değerde hisse senetlerinin tevdiinden bahsedilmiş ise de, bu hüküm anlamsızlaşmıştır. Gerçekten, anonim şirket asgari esas sermayesini düzenleyen TK.272 bu rakamı 50 milyar TL olarak belirlemiş bulunduğu için tüm anonim şirketlerde esas sermayenin yüzde birini temsil eden miktarın artık 500 milyon liradan aşağı olması mümkün değildir. Dolayısıyla, TK.313 hükmünün ilk cümlesindeki itibari değerleri esas sermeyenin yüzde birine muadil hisse senetlerinin tevdiine ilişkin hükmün hiçbir anlamı kalmamıştır. Hisse senetlerinin sahip olması gereken asgari itibari değer olan 500 TL rakamında ise bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu nedenledir ki, TK.313 hükmündeki tevdi zorunluluğunun artık sadece 5000 lira itibari değerdeki hisse senetleriyle sınırlı olduğunun kabulü gereklidir. Öte yandan, TK.313 hükmünün kabul edildiği ve yürürlüğe girdiği tarih itibariyle bir anlamı olan ve sorumluluk hükümlerine işlerlik kazandırılmaya çalışılan bu hükmün, para değerindeki büyük düşüşler nedeniyle son derece sembolik kaldığı da bir gerçektir. Dolayısıyla, hükme yeniden işlerlik kazanılmasının düşünülmesi halinde birinci cümlenin korunarak ikinci cümlenin kaldırılması düşünülmesi veya böyle bir hükme ihtiyaç kalmadığının düşünülmesi halinde hükmün tümüyle kaldırılması yoluna gidilmelidir. Kanaatimizce, isabetli olan ikinci çözüm tarzıdır. Yani, sorumluluk hükümlerini karşılamak üzere böyle bir tevdi işlemine ihtiyaç yoktur. Var olan ihtiyaç, yönetim kurulu üyelerine mali mesuliyet sigortası yaptırma zorunluluğunun getirilmesi ile çözümlenebilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

se senetleri, yönetim kurulunun muvafakatıyla bir üçüncü kişi tarafından da tevdi edilebilir. Tevdi olunan hisse senetleri üyenin genel kurulca ibra edilmesine kadar, görevinden doğan sorumluluğa karşı rehin hükmündedir. Bu nedenle devredilemez ve şirketten geri alınamazlar (TK. 313, 275).

Yönetim kurulu üyeleri azami üç yıl için seçilirler. Aksine esas sözleşme hükmü yoksa tekrar seçilmeleri mümkündür (TK. 314).

Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekalet etmek üzere bir başkan vekili seçer (TK. 318/I). Yönetim kurulu, işlerin gidişine bakmak, kendisine sunulacak hususları hazırlamak, bütün sorunlar hakkında (özellikle bilançonun tanzimi) rapor vermek ve kararların uygulanmasını denetlemek üzere gereği kadar komite ve komisyonlar kurabilir (TK. 318/II).

Yönetim kurulunu toplantıya, yönetim kurulu başkanı veya başkan vekili çağırır. Yönetim kurulu üyelerinden herbiri de yönetim kurulunun toplantıya davet edilmesini başkan veya başkan vekilinden isteyebilir (TK. 331/II). Olağanüstü toplantı talep eden üye bu talebin gerekçesini ve toplantının gündemini de bildirmelidir. Ancak gündem bildirilmek şartıyla gerekçe gösterilmese dahi başkan bu istemi yerine getirmek zorundadır[5].

Toplantıya çağrı herhangi bir şekle bağlı değildir. Önemli olan üyelerin katılmasını temin edecek sürede, şekilde ve ispatı mümkün yolla çağrının yapılmış olmasıdır. Bu nedenle dürüstlük kuralına uygun her bildirim şekli, örneğin, taahhütlü mektupla, telgrafla vb. şekillerde yapılan bildirimi geçerlidir. Ancak işin önemi gerektirdiği taktirde hiç süre verilmeden de kurul derhal toplantıya çağrılabilir. Ancak bu hususta ki ölçü de dürüstlük kuralına uygunluk olmalıdır.

III – TOPLANTI NİSAPLARI

Esas sözleşmede aksine hüküm olmadıkça yönetim kurulunun bir karar alabilmesi için, azaların yarısından bir fazlasının hazır bulunması şarttır (TK.330/I).

Görüldüğü üzere, kanun koyucu tamamlayıcı **bir hükümle kanuni toplantı nisabını üye tam sayısının yarısından bir fazlası olarak belirlemiştir. Bununla birlikte, esas sözleşme ile başka bir nisabın kararlaştırılmasını da mümkün kılmıştır.**

Kanaatimizce TK. 330/I ile getirilen düzenleme birçok sorunu bünyesinde barındırmaktadır. Şöyle ki;

---

5 **Çamoğlu** (Poroy / Tekinalp) 298.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- **tamamlayıcı** kanuni nisap olarak düzenlenen "yarıdan bir fazlası" şeklinde ifade edilen nisap ile kastedilen nedir? Aranan nisap "çoğunluk" mu yoksa daha mevsuf miktarı mı kasdetmektedir?
- esas sözleşmeye kanuni nisabı değiştirmeye yönelik olarak konulacak hüküm tek yönlü mü yoksa iki yönlü müdür? Diğer bir deyişle, değişiklik nisabın hem ağırlaştırılması hem de hafifletilmesi yönünde olabilir mi? Yoksa sadece nisabı ağırlaştırma yönünde mi sözleşmeye hüküm konulabilir?
- tamamlayıcı kanuni nisap yönetim kurulunun kanunda zikredilen asgari üye sayısı olan üç kişi ile faaliyet göstermesi halinde emredici nitelikte kabul edilebilir mi? Yoksa bu durumda dahi esas sözleşmeye nisabın hafifletilmesine ilişkin hüküm konulabilir mi?

A– Esas Mukavelede Hüküm Bulunmaması Halinde Toplantı Nisapları

Anonim şirket yönetim kurulu toplantı nisabı hakkında şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunmaması halinde kanuni nisap aranacaktır. TK. 330/I'e göre yönetim kurulunun toplanabilmesi ve bir karar alabilmesi için aranacak olan kanuni toplantı nisabı, "azaların en az yarısından bir fazlasının" hazır olmasıdır.

Kanunda ifade edilen "azaların en az yarısından bir fazlası" ibaresinin ne anlama geldiği hususunda doktrinde, Yargıtay içtihatlarında ve şirketler hukuku uygulamasında görüş ve uygulama birliği temin edilememiştir.

Bazı yazarlar[6], kanun koyucunun aslında çoğunluk prensibini benimsediğini, fakat bunu ifade etmekte aciz kaldığı görüşünü ileri sürmüşlerdir. Bunlara göre, kanun koyucunun TK. 330/I'de benimseyip dile getirmek istediği ilke çoğunluk ilkesidir. Ancak, bunu başarısız bir şekilde düzenlemiştir. Dolayısıyla bu görüş sahiplerine göre beş kişilik bir yönetim kurulu üç üye ile, yedi kişilik bir yönetim kurulu dört üye ile toplanabilecektir. Yargıtay da eski tarihli kararlarında bu görüşü benimsemektedir. Gerçekten, yüksek mahkeme 1936 yılında vermiş olduğu bir kararında[7] çoğunluk prensibini kabul ile *"beş kişiden mürekkep bir idare meclisinin karar alabilmesi için üç kişinin huzuru kafi olup, hilafına karar ittihazı bozmayı muciptir."* demiştir. Yine Onbirinci Hukuk Dairesi 19.7.1982 tarih, 1982/3778 esas ve 1982/543 sayılı kararında çoğunluk prensibini kabul ile, kanunda bu prensibin vaz'edilmek istendiğini şöyle ifade etmiştir: *"Yönetim kurulunun yedi kişilik olması durumunda yarıdan bir fazlası ile toplanabilmesi yönünde kanunun*

---

6 **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp) 298; **Domaniç**, H., Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi – II, İstanbul 1988, s. 400.

7 TD. E. 88,, K. 1948, G. 27.6.1936 (**HİRŞ,** E.: Notlu Ticaret Kanunu, I. Kitap, İstanbul 1946, s. 152

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

amaçladığı sayı kanaatimizce beş kişi olmayıp, dört kişi ile toplanması ve karar alabilmesi imkan dahilindedir. Toplantı yeter sayısı yarıyı geçen üye sayısıdır. Yedi kişilik yönetim kurulunun toplantı yeter sayısı dört kişidir. Bu nedenle dört kişinin huzurunda toplantının açılması ve karar alınmasında aykırı bir yön bulunmamaktadır"[8].

Bazı yazarlar ise[9], kanun koyucunun toplantı nisabı olarak üye tam sayısının çoğunluğunu değil, üye tam sayısının yarısından bir fazlasını aradığını belirtmektedirler. Bu görüşe göre üç kişilik yönetim kurulunda toplantı nisabı üç kişi, beş kişilik yönetim kurulunda toplantı nisabı dört kişinin hazır bulunmasıdır. Zira beş' in yarısı iki buçuk olamayacağına göre, zorunlu olarak tama iblağ suretiyle üç ve bunun bir fazlası da dört olacaktır. Yargıtay da son dönemdeki tüm kararlarında bu görüşü benimsemektedir. Gerçekten yüksek mahkeme (Onbirinci Hukuk Dairesi) yaklaşık yarım yüzyıllık bir istikrar arzeden içtihadından 23.9.1986 tarih, 1986/3027 esas ve 1986/4651 sayılı kararıyla[10] dönmüş ve kanunun ifade etmek istediği nisabın çoğunluk değil, yarıdan bir fazlası olduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme bu içtihadını şu anda müstakar olarak uygulamakta ve TK. 330/I'deki nisabın çoğunluk ilkesini değil; mevsuf bir nisap getirdiğine ilişkin görüşünü korumaktadır[11].

---

8 İst. Bar. Der., 1986, S. 1-2-3, s. 146-147

9 **İmregün**, O., Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s.211-212; **İmregün**, O., 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.283; **Deryal**, Y., Ticaret Hukuku, 6. Baskı, Trabzon 2002, s.264; EREM, T.: Ticaret Hukuku Prensipleri, C. II, İstanbul 1983, s. 221; s.401; **Pulaşlı**, H., Şirketler Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2001, s.422.

10 "TTK'nun 330. maddesi ve esas mukavelenin 12. maddesine göre karar verilebilmesi için azaların yarısından bir fazlasının karara katılması şarttır. Davalı şirketin idare meclisi üç kişiden ibaret olduğuna göre, bunun yarısı matematiksel olarak bir buçuktur. Bir fazlası ise iki buçuk olup tama iblağ edilmesi halinde böyle bir kurulda toplantı nisabının üç kişi olduğunun kabulü zorunlu olmaktadır. Olayımızda ise yönetim kurulundan yalnız ikisi bir araya gelmiştir. Her ne kadar davalı şirket vekili YK üyelerinden .....'un ihraç edildiğini, bu nedenle iki kişilik kararın geçerli olacağını belirtmiş ise de, bu beyanın kabul edilmesine imkan görülmemiştir. Zira ihraç kararı, İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1985/4949 esas, 1986/465 karar sayılı ve 14.2.1986 tarihli kesinleşmiş kararı ile iptal edilmiştir. Kaldı ki, TTK'nun 312. maddesinin ilk fıkrasına göre anonim şirketlerde idare meclisinin en az üç üyeden teşekkül etmesi gerekmektedir." YKD, C. XIII, S. 2, Şubat 1987, s. 253.

11 "Bu hususu düzenleyen TTK.nun 330/I. maddesinde toplantı yeter sayısı, ana sözleşmede aksine hüküm olmadıkça yönetim kurulunun üye sayısının en az yarısından bir fazlası alınarak açıklanmıştır. Oysa, davalı anonim şirket ana sözleşmesinin 8/5. maddesinde, 3 kişilik bir yönetim kurulu öngörülmemiş, en az 5, en çok ise 9 kişilik yönetim kurulu üyelerinin bu kurulda görev yapabileceği öngörülmüştür. Keza, aynı maddede 5 kişilik yönetim kurulunun 3, 7 kişilik yönetim kurulunun 4 ve nihayet 9 kişilik yönetim kurulunun ise, 5 üyenin katılımı ile toplanabileceği kabul edilerek, TTK.nun 330/1. maddesinde öngörülen "yarıdan bir fazla" ilkesinden ayrılmıştır." 11.HD.5.4.2001, E.2001/2366, K.2001/3127 (YKD.2003, C.29, S.7, s.1079).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kanaatimizce, farklı anlamalara sebebiyet veren TK. 330/I hükmünü yorumlarken, hükmü Ticaret Kanununun diğer hükümlerinden ve özellikle kanunun ruhundan soyutlayıp sadece lafza dayalı münferit olarak yapılacak bir yorum sıhhatli olmayabilir. Bu itibarla, TK. 330/I hükmü lafzi yorum yanında diğer yorum metotları ile de yorumlanmalıdır. Bu bağlamda hükmün Eski Ticaret Kanununda, mehaz İsviçre Borçlar Kanununda nasıl düzenlendiğinin ve bu hükümle ilgili kanun gerekçesinde ve komisyon raporlarında ifade edilen hususlar varsa bunların bilinmesinin ve özellikle bu hükmün Ticaret Kanunundaki diğer ilgili hükümlerle ilişkilerinin ortaya konulmasında yarar olduğunu düşünüyoruz.

İlk olarak, Eski Ticaret Kanununun 330. maddesi toplantı nisaplarını "*Şirket mukavelesinde hilafına sarahat olmadığı surette meclisi idarenin karar ittihaz edebilmesi için azanın laakal nısfından bir ziyadesinin huzuru şarttır.*" şeklinde düzenlemişti. Yani, eski Ticaret Kanunu m. 330/I'de ki hüküm ile yeni Ticaret Kanunundaki hüküm aynı olup, sadece metnin sadeleştirilmesiyle yetinilmiştir. Dolayısıyla, bu döneme ilişkin ilmi ve kazai içtihatlar bu hükmün yorumlanmasında birebir önemlidir ki, yukarıda da ifade edildiği üzere yüksek mahkeme 1936 yılında vermiş olduğu bir kararında bu hüküm ile çoğunluk ilkesinin getirilmiş olduğunu kabul ile "*beş kişiden mürekkep bir idare meclisinin karar alabilmesi için üç kişinin huzuru kafi olup, hilafına karar ittihazı bozmayı muciptir*" demiştir[12].

İkinci olarak, bilindiği üzere Ticaret Kanununun ikinci kitabının anonim şirketlere dair olan dördüncü faslı (TK. 269-474), bazı değişikliklerle İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmıştır. Ancak İsviçre Borçlar Kanununda anonim şirket yönetim kurulu toplantı nisapları hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre Hukukunda şirketin yönetimi bir tek kişiye verilebileceği gibi (OR. 707/I, 711/I), yönetim ve temsil yetkisinin birden fazla kişiye verilmesi de mümkündür. Bu halde yönetim kurulu kurul olarak fonksiyonlarını normal bir şekilde toplantılarında ifa eder. Her üye bu toplantılara katılmak mecburiyetindedir. Kanunda toplantı nisapları konusunda herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen, bütün üyelerin karar ittihazına davet edilmiş olması kaydıyla, kararların, esas mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, muteber olacağı kabul edilmektedir[13].

Üçüncü olarak, Gerekçe[14], Ticaret Kanunun neden kısmen tadil edildiğini ve bir kısım maddelerin ve bu arada yönetim kurulu toplantı nisapları ile ilgili TK. 330 hükmünün neden aynen muhafaza edildiğini "*bilhassa harp ve harp ekonomisi yüzünden, kapitalist iktisat rejiminin en mümeyyiz*

12 TD. E. 88,, K. 1948, G. 27.6.1936 (**Hirş**, E.: Notlu Ticaret Kanunu, I. Kitap, İstanbul 1946, s. 152).

13 **F. V. Steiger** (tç. ÇAGA, T.), İsviçre 'de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968, s. 274

14 Gerekçe, s. 35.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

teşekkülü olan anonim şirket, bünye itibariyle yeni değişikliklere maruz kalmıştır. Harpten sonra başlamış olan buhran içinde anonim şirketin hangi istikamete doğru inkişaf edeceği bugün takribi olarak kestirilemez. Bu sebepten dolayı bugünkü Ticaret Kanununun anonim şirketlere müteallik hükümlerinin baştan aşağı ıslah fırsatı henüz gelmemiştir. Bununla beraber kanun maddelerinin dil bakımından yenilenmesi münasebetiyle son yirmi yıl içindeki tatbikat yüzünden ıslaha muhtaç görülen hükümler değiştirilmiş ve eksik olan kaideler eklenmiştir." sözleriyle ortaya koymuştur.

Kanaatimizce, kanun metninin sadece lafzına dayalı olarak yapılan ve kanunun ruhunun oluşturan düzenlemeleri ihmal eden yorum tarzını benimsemiyoruz. Zira, yukarıda zikredilen deliller bütünü itibariyle değerlendirildiğinde farklı sonuca varmamızı sağlamaktadır. Şöyle ki;

İlk olarak, yukarıda da ifade olunduğu üzere "yarıdan bir fazlası" terimine 1926 tarihli Kanun döneminde verilen anlam çoğunluk ilkesinin benimsendiği yönündeydi. Bu hususta herhangi bir tartışma da mevcut değildi. Hem doktrin hem de yargı bu hüküm ile getirilen ilkenin çoğunluk ilkesi olduğu yönünde hemfikirdi. Bu nedenledir ki, kanun koyucu anlamı tartışmasız olan ve uygulamada zorluk çıkarmayan TK. 330 hükmünü değiştirme ihtiyacı hissetmemiş ve hükmün sadece dilini sadeleştirmekle yetinmiştir. Diğer bir deyişle, TK. 330 hükmünü değiştirmeyen kanun koyucu önceki dönemde belirginleşen çoğunluk ilkesinin devamı yönünde iradesini ortaya koymuş bulunmaktadır.

İkinci olarak, anonim şirketler bünye ve nitelikleri gereği çoğunluk sistemine göre yönetilirler. Kaldı ki, bu yetkinin çoğunluğa tanınması zorunludur. Zira, anonim şirket kendine özgü mal varlığına sahip bir tüzel kişilik olduğundan, ancak organları vasıtasıyla yönetilebilir. Tüm organlar (birden fazla kişiden oluşuyorsa denetçiler dahil- TK. 347 gereği) kurul halinde çalışırlar. Bunların çalışmalarında ana kural çoğunluk ilkesinin geçerli olmasıdır. Üst karar organı olan genel kurulun arızi bir organ olması ve şirketin hayatiyetini temin eden kararların esas itibariyle yönetim kurulu tarafından alınması dolayısıyla, yönetim kurulunun toplanma ve karar alma mekanizmasının mümkün olduğu kadar –kanunun izin verdiği ölçüde- kolaylaştırılması gereklidir. Aksi taktirde yönetim kurulunun karar alamaması gibi bir durum ortaya çıkar ki, bu da gerek kanunun anonim şirketlerin kurulmasında gütmüş olduğu gayeye ve gerekse milli ekonominin menfaatlerine ters düşer.

Üçüncü olarak, TK. 823 gereği tüzel kişilere ait bir geminin Türk bayrağı çekme hakkını iktisap edebilmesi için, teşekkül, müessese, dernek ve vakıflarda yönetim organını teşkil eden kişilerin çoğunluğu Türk olmalıdır. Türk ticaret siciline tescil edilmiş ticaret şirketlerinde de şirketi yönetme ve temsil etmeye yetkili olanların çoğunluğu Türk olmalı ve ayrıca şirket esas sözleşmesine göre oy çoğunluğu Türk ortaklarda bulunmalıdır. Gemi birden

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

çok kişiye ait olup donatma iştiraki şeklinde işletiliyorsa, donatma iştiraki Türk ticaret siciline tescil edilmiş olmak şartıyla gemi paylarının yarısından fazlasının Türklere ait olması gereklidir. Görülüyor ki, kendisine kabotaj hakkının kullanılması gibi önemli bir netice bağlanan bayrak çekme hakkı, kanun koyucu tarafından, şirket yönetiminin Türk'lerde olmasına, yani çoğunluğun Türkler de bulunmasına bağlanmıştır. Kaldı ki yedi kişiden oluşan bir yönetim kuruluna sahip olan bir anonim şirketin kabotaj hakkından istifade edebilmesi için rey çoğunluğunun Türk vatandaşlarında olması yanı sıra, dört üyenin Türk olması gerekli ve yeterlidir. Kanun koyucu burada şirket yönetiminin tamamen Türklere ait olması, yönetimin yabancıların eline geçmemesi, Türklerin yabancı baskısı altında bulunmaması için bu şekilde bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla, TK. 330/I'e Yargıtay'ın getirdiği yorum TK. 823'ü anlamsızlaştıracaktır. Gerçekten yedi kişiden oluşan bir yönetim kurulunda Türk bayrağı çekebilmek ve kabotaj hakkından yararlanabilmek için dört Türk üye gerekli ve yeterli iken, Yargıtay'ın yorumu ile yönetim kurulunun toplanabilmesi için beşinci üye olan yabancılardan birinin huzuru aranacaktır ki, bu yorum yabancıların iradesine sağlayacağı üstünlük nedeniyle Ticaret Kanununun ve dolayısıyla Kabotaj Kanununun ruhuna aykırılık oluşturacaktır.

Dördüncü olarak, TK. 330/I hükmünün ağırlaştırılmış nisap getirdiğini kabul etmek özellikle üç kişilik yönetim kurullarında, her bir üyeyi kilit ve vazgeçilmez üye haline getirecektir. Toplantıya katılması halinde isteği dışındaki bir kararın diğer iki üyenin oyuyla alınmasını engelleyemeyecek olan üye toplantıya katılmayarak, toplantının yapılmasını ve karar alınmasını engelleyebilecektir. Diğer bir deyişe toplantıya katılarak elde edemeyeceği sonuca toplantıya katılmayarak rahatlıkla ulaşabilecektir. Sonuçta kanun hükmünün bu şekilde yorumlanması azınlığın çoğunluğa tahakküm etmesi ve onun iradesine teslim edilmesi sonucunu doğuracaktır. Toplantıya katılmanın tüm üyeler için bir yükümlülük olduğu ve usulüne uygun çağrıya rağmen toplantıya katılmayan üyenin hakkı kötüye kullandığının ileri sürülmesi[15] de (MK. 2) yönetim kurulunun yapısı ve işlevi dikkate alındığında çok fazla anlam taşımayacaktır. Gerçekten, şirket ancak yönetim kurulunun olaylar karşısında göstereceği ani tepki ve alacağı kararlarla sağlıklı işleyebilir. Toplantıyı sabote etmek isteyen üyeyle ilgili MK. 2 gibi genel bir ilkeye dayalı olarak dava açılması halinde dava prosedürünün uzunluğu bir tarafa, sonuçta alınacak mahkeme ilamının yönetim kurulu kararı-

---

15 **İmregün**, üç kişilik yönetim kurullarında üç kişinin toplantıda huzurunun aranması beraberinde bazı sorunları da getirebilir demektedir. Yazara göre, üyelerden birinin kasden toplantılara gelmeyerek sabote etmesi ihtimali bunlardan bir tanesidir. Yazar, bu sorunun çözümünü m.2'de ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılması kuralına ihale emektedir. Yazara göre yönetim kurulu toplantılarına katılmak tüm üyeler için bir yüküm ve görevdir. Bu nedenledir ki usulüne uygun olarak yapılan çağrılara tüm yönetim kurulu üyelerinin icabet etmek zorundadır. Aksine hareket MK.2 de uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ve korunmamalıdır. Bk. Anonim Ortaklıklar, s.212.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

na geçerlik kazandırması mümkün değildir[16]. Keza, genel kurulu toplantıya çağırarak azil ve yeniden seçim prosedürünü işletmeye çalışmanın şirketin ihtiyacı olan acil çözümü sağlamayacağı da ortadadır[17].

B- Toplantı Nisabına İlişkin Esas Sözleşme Hükümlerinin Niteliği

TK. 330/I ile getirilmiş toplantı nisabı esas sözleşme ile değiştirilebilir. Ancak, kanuni nisabı değiştirmeye yönelik esas sözleşme hükmünün niteliği tartışmalıdır.

Yargıtay sorunu TK. 330/I hükmünün emredicilik vasfını tartışarak ele alma taraftarıdır. Yüksek mahkemeye göre, bu madde hükmünün emredicilik vasfı ile yine bu maddede yer alan "Esas mukavelede aksine hüküm olmadıkça" ibaresinin bu nitelikteki hükümle nasıl bağdaştırılacağının irdelenip, yorumlanması gerekmektedir. Ne var ki, bu inceleme ve yorum yapılırken bu madde sadece tek başına değil, anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısını belirleyen aynı Yasanın 312. maddesi hükmü ile birlikte ele alınarak değerlendirilmelidir. Zira, bu kurulun oluşumunu düzenleyen anılan maddenin ilk fıkrasında, yönetim kurulunun en az 3 kişiden oluşacağı belirtilerek bu husus açık ve emredici bir şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu durumda her iki hükmün birlikte değerlendirilmesinde, **TK. 330/I. maddesindeki emredicilik vasfının 3 kişilik yönetim kurulu bakımından öngörüldüğünün kabulü gerekmektedir. Diğer bir değişle, anonim şirket esas sözleşmesinde *yönetim kurulu üye sayısı asgari olan 3 kişi olarak belirlenmişse, bunun aksine esas sözleşme yapılamayacağından*, toplantı yeter sayısının da yarıdan bir fazlası kuralı uyarınca 3 olacağı kuşkusuzdur.** Böyle değil de, dava konusu uyuşmazlıkta olduğu gibi esas sözleşme ile yönetim kurulu üye sayısı 5, 7 ve 9... kişi olarak belirlenerek TK.nun 312. maddesinde belirlenen asgari sayının üzerine çıkıldığında, TK.nun 330/I. maddesinde öngörülen aksinin esas sözleşme ile kararlaştırılabileceği hükmünden yararlanılarak, toplantı yeter sayısının "yarıdan bir fazlası" ilkesine aykırı olarak çoğunluk, yani "yarıdan fazla" ilkesinin benimsenebileceğinin ve bu benimsemenin emredici hükme aykırılık teşkil etmeyeceğinin kabulü şirketler uygulamasında şirketin çalışabilirliği bakımından menfaatler dengesine uygun düşeceği gibi, yine **şirketler hukukundaki ana prensip olan "çoğunluk kararı ile yönetilme"** ilkesine de ters düşmeyecektir. Zira, **bir ana sözleşme ile de-**

---

16 **Pulaşlı** 423.

17 **İmregün**, üç kişilik yönetim kurulunun toplanmasını sabote amacı taşıyan toplantıya gelmeme hali ile vefat durumlarında yönetim kurulunun mutlak çoğunlukla toplanabileceğini ifade etmektedir (Domaniç'e Armağan 284). Yazar böylelikle, kendisi tarafından daha önce "yarıdan bir fazlası" nisabını savunmak için ileri sürülen salt MK.2'ye dayalı hakkın kötüye kullanıldığı iddiasının pratik çözüm sağlamayacağını ve pratik ve hakkaniyete uygun çözümün ancak çoğunluk ilkesinin benimsenmesi ile gerçekleşebileceğini kabul etmiş olmaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ğiştirilemeyecek olan emredici husus, şirketin çoğunlukla yönetilmesine ilişkin ana kuraldır[18].

Doktrinde de bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Erem[19], TK. 330/I'deki hükmün ağırlaştırılmış nisap olduğunu ve yönetim kurulunun üç kişiden oluşması halinde, toplantı yapılabilmesi için azaların hepsinin hazır bulunması gerekir demekle birlikte, esas sözleşmeye toplantı nisabının üye tam sayısının çoğunluğu olduğu şeklinde bir hüküm konulabileceğini; bu taktirde üç kişiden oluşan bir yönetim kurulunun toplantı nisabının iki kişi olarak öngörülebileceğini kabul etmektedir.

Çamoğlu[20], TK. 330/I ile getirilen nisabın çoğunluk olduğu, TK. 330'un TK. 312'nin birlikte değerlendirilemeyeceği ve anonim şirketler açısından çoğunluk ilkesi emredici nitelikte olduğu görüşü çerçevesinde, çoğunluk ilkesini ihlal etmemek şartıyla, esas sözleşmeye toplantı nisapları ile ilgili olarak her türlü hüküm konulabilir. Dolayısıyla, üç kişiden oluşan bir yönetim kurulunun iki kişi ile toplanması mümkündür.

Domaniç[21] ise, TK. 312 gereği, gerek ani kuruluşta ve gerekse tedrici kuruluşta anonim şirket yönetim kurulunun en az üç üyeden oluşması halinde, yönetim kurulu toplantı nisabının üç üye olarak tesbit edilmesi gerektiğini ve bu durumda esas mukavele ile kanuni nisabın hafifletilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar, aksi halde asgari üç kişilik idare meclisinden söz eden emredici TK. 312 hükmünün bir anlamı kalmayacağını ileri sürmektedir. Yazara göre, esas sözleşmeye konulacak kanuni nisabı hafifleten bir hüküm kanunda öngörülmüş olan ve yönetim kurulunun esas çalışma şekli olan **heyet** kavramının ortadan kalkmasına sebep olabilir. Örneğin, yönetim kurulunun bir kişi ile dahi toplanabileceği şeklinde, esas mukaveleye hüküm konulması halinde olduğu gibi.

Bir diğer görüşe göre, esas sözleşme ile kararlaştırılacak nisap, kanuni nisabın daha ağırlaştırılması şeklinde olabileceği gibi (Örneğin, 2/3, 3/4), daha hafifletilmesi şeklinde de olabilir (Örneğin, 1/3, 1/4)[22].

---

18 11.HD. 5.4.2001, E.2366/K.3127 (YKD.2003, C.29, S.7, s.1079); Aynı yönde Onbirinci Hukuk Dairesi, TK. 330/I'i ağırlaştırılmış nisap olarak yorumlayan 1986 tarihli kararında da "Kaldı ki, TK. 312'nin ilk fıkrasına göre anonim şirketlerde idare meclisinin en az üç üyeden teşekkül etmesi gerekmektedir." diyerek üç kişiden oluşan yönetim kurulunun iki kişi ile toplanarak aldığı kararın geçersiz olduğunu belirtmiştir. Yargıtay, bu kararında da TK. 330/I ile TK. 312'yi birlikte yorumlamakta ve TK 312'nin sadece yönetim kurulu asgari üye sayısını değil, aynı zamanda toplantıya katılması gereken asgari üye sayısını da düzenlediğini kabul etmektedir. Bk. T.23.9.1986, E.1986/3027, K. 1986/4651 (YKD, C. XIII, S. 2, Şubat 1987, s. 253).

19 **Erem**, T.,Ticaret Hukuku Prensipleri, C. II, İstanbul 1983, s. 221.

20 **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp) 298-299.

21 **Domaniç** 401

22 **Arslanlı**, H., Anonim Şirketler, II, III, s. 118; **Domaniç** 401; **İmregün**, Domaniç'e Armağan 286. Yazar yönetim kuruluna özgü olanlar ve şirket ile ortaklar arasındaki ilişkileri düzenlemeye ilişkin yönetim haklarının devri olanaklı bulunmadığından, bu hususlara ilişkin kararlarda, ancak mutlak çoğunluk esasının kabul edilebileceği görüşündedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kanaatimizce, TK. 330/I ile, TK. 312'nin birlikte değerlendirilmesine imkan ihtiyaç yoktur. Zira TK. 312'nin kenar başlığı "Azaların sayısı ve sıfatı" başlığını taşımakta olup, maddede düzenlenen, sadece yönetim kurulunda resmen bulunması gerekli asgari üye sayısıdır. Toplantı nisabını düzenleyen hüküm ise TK. 330/I hükmüdür. Yoksa TK. 312'ye her iki anlamı birden vermek mümkün olmamak gerektir.

Yönetim kurulunun vazifelerini heyet halinde göreceği, toplantı nisabının üç kişiden az olarak öngörülmesi halinde heyet kavramının bozulacağını ileri süren görüşe gelince; Önce heyet nedir ve asgari kaç kişiden oluşur sorularının cevaplandırılması gereklidir.

Heyet kavramının oluşması için asgari üç kişinin huzuru şartını arayan görüşe katılmak mümkün olmadığı gibi, İsviçre Borçlar Kanununun "birden fazla kişiler heyet teşkil eder." diyen 707 vd. maddeleri doğrultusunda, iki kişinin dahi heyet teşkil ettiğinin kabulü iktiza eder.

Ayrıca üç kişiden oluşan bir yönetim kurulunda iki kişinin toplantı nisabını oluşturamayacağını kabul etmek, azınlığın hakimiyetini tesis ettirmekten başka bir şey değildir. Gerçekten böyle bir durumda karar alınmasına engel olmak isteyen her üye toplantılara iştirak etmemek sureti ile, toplantılara katılmakla elde edemeyeceği neticeyi elde etmiş olacaktır.

Netice itibarı ile diyebiliriz ki, TK. 330/I'deki ifadenin çoğunluğu kastettiği görüşünden hareketle, yönetim kurulunun kaç kişiden oluşursa oluşsun –TK. 312 gereği asgari üç üye- çoğunluk ile toplanabileceği ve karar alabileceği kanaatindeyiz.

IV- YÖNETİM KURULUNUN TOPLANMADAN KARAR ALMASI

Yönetim kurulu toplantı yapmaksızın üyelerden birinin belirli bir konuda yaptığı teklife diğerlerinin yazılı onaylarının alınması yoluyla da karar alabilir (TK. 330/II). Teklifin yazılı ve imzalı olması geçerlik şartıdır[23]. Bu usulle karar alınabilmesi için kendilerine teklif sunulan üyelerden hiç birisinin müzakere talebinde bulunmamış olması gereklidir.

Bu usulle karar alınmasında toplantı nisabı söz konusu olmamakla birlikte, karar nisabının ne olduğu tartışmalıdır. *Eriş*[24] *ve Çamoğlu*[25], bu durum için kanunda özel bir nisap öngörülmediğini, bu itibarla normal karar nisabını aranması gerektiğini iddia ederlerken, *İmregün*[26] karar nisabının oybirliği olduğunu bu hususun kanun metnindeki "diğerlerinin yazılı muvafakati" ibaresinden anlaşıldığını ifade etmektedir.

---

23 **Doğanay**, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1981, s. 768.

24 s.950.

25 (Poroy/Tekinalp) 288.

26 Anonim Ortaklıklar, s. 213.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

V – TOPLANTI NİSAPLARININ GERÇEKLEŞMEMESİ

Gerek esas mukavele ile tayin edilmiş ve gerekse kanunla belirlenmiş toplantı nisapları gerçekleşmeden yönetim kurulu toplantı yapamaz ve karar alamaz. Buna rağmen alınmış bir karar şirketi bağlayacak bir karar sayılmaz. Yani böyle kararlar yoklukla maluldür. Tüm yönetim kurulu kararları aleyhine TK. 381 anlamında iptal davası açılması zaten söz konusu olmayacağı için bu şekilde alınmış kararların iptal davasına konu olması düşünülemez. Ancak gerekli nisaplar gerçekleştirilmeden karar alınması halinde yokluğun tesbiti için karar alınması mümkündür.

VI- KARAR NİSABI

Yönetim kurulunda karar nisabı toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğudur. Oy eşitliği halinde o konu gelecek toplantıya ertelenir. O toplantıda da eşitliğin bozulmaması halinde söz konusu teklif reddedilmiş sayılır.

Ticaret Kanunumuz sisteminde yönetim kurulu başkanının oyuna üstünlük tanınmamıştır. Ancak, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle kanan nisabı ağırlaştırılabileceği gibi[27], başkanın oyuna üstünlük de tanınabilir[28].

VII- NİSAPLARIN BELİRLENMESİNDE DİKKATE ALINACAK DİĞER HUSUSLAR

Toplantı ve karar nisaplarında TK. 275 uyarınca kamu tüzel kişilerince atanmış yönetim kurulu üyeleri de hesaba katılırlar.

Yönetim kurulu üyeleri toplantıya bizzat katılmak ve oy kullanmak zorundadırlar. Yönetim kurulunda temsil ve temsilci suretiyle oy kullanılması caiz değildir (TK. 330/I). Temsil yasağı mutlaktır. Diğer bir deyişle, yönetim kurulu üyesini ne diğer bir üye ne de dışarından bir kişi temsil edemez ve onun yerine oy kullanamaz.

Yönetim kurulu üyeleri kişisel menfaatlerini ilgilendiren veya TK. 349 uncu maddede sayılan usul ve füruundan biriyle, eşi ve üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dahil) sıhri hısımlarının çıkarlarına ilişkin hususların yönetim kurulunda görüşülmesine katılamazlar. Böyle bir husus görüşülmeye başlanınca, ilgili üye ilgisini kurula derhal bildirmek ve keyfiyeti toplantı tutanağına yazdırmak zorundadır. Karar, TK. 330/II uyarınca yazılı oyların toplanması suretiyle alınıyorsa keyfiyet, bu öneriyi içeren kağıda ya-

---

27 **İmregün**, Domaniç'e Armağan 288.

28 **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp) 299; **Karayalçın**, Y., Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu, Batider 1970/3, s.526 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

zılmalıdır (TK. 332). Hakkında görüşmelere ve oylamaya katılma yasağı bulunan kişiler toplantı ve karar nisaplarının belirlenmesinde dikkate alınmazlar[29].

SONUÇ

Görülüyor ki gerek mehaz İsviçre anonim şirketler hukukunda ki düzenleme ve gerekse anonim şirketlerin bünye ve mahiyetleri esas itibari ile çoğunluk sistemini benimsemektedir. Ayrıca Ticaret Kanununun çeşitli maddeleri ile TK. 330 arasındaki ahengin sağlanabilmesi açısından da TK. 330/I'de ifade edilmek istenen nisabın çoğunluk olduğunun kabulü gereklidir.

Gerçekten de TK. 330/I'i kanunla ağırlaştırılmış bir nisap olarak kabul etmeye imkan yoktur. TK. 330/I'de ki hüküm gerçekte çoğunluk prensibini kabul için düzenlenmiş, fakat yanlış ifade edilmiş bir hükümden başka bir şey değildir.

29 **İmregün** bu tip kişilerin toplantı nisaplarının belirlenmesinde dikkate alınmakla birlikte, karar nisaplarının belirlenmesinde dikkate alınmazlar (Domaniç'e Armağan 287).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

AVRUPA TOPLULUĞU'NU KURAN ANTLAŞMA'NIN 81(1). MADDESİNE GÖRE REKABETİ ÖLÇÜLEBİLİR ŞEKİLDE KISITLAMAYAN TALİ ÖNEMİ HAİZ ANLAŞMALARA İLİŞKİN KOMİSYON TEBLİĞİ

(de minimis*)

(2001/C 368/07)

(EEA bağlantılı metin)

*Çeviren: Ar. Gör. Özlem KARAMAN COŞGUN***

I

1. Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşmanın 81(1). maddesi, üye devletler arasındaki ticareti etkileyen ve amaç ya da etki olarak ortak pazarda rekabetin önlenmesi, kısıtlanması ve zedelenmesi sonucunu doğuracak anlaşmaları yasaklamaktadır. Avrupa Topluluğu Adalet Mahkemesi, bu hükmün anlaşmanın topluluk içi ticaret veya rekabet üzerindeki etkisinin sezilebilir olmadığı durumlarda tatbik edilemeyeceğine açıklık getirmiştir.

2. İşbu Tebliğ'de Komisyon pazar payları eşiklerinin yardımı ile neyin AT Antlaşması'nın 81. maddesine göre sezilebilir bir kısıtlama olmadığını nicelemektedir. Sezilebilirliğin bu olumsuz tanımı, işbu Tebliğde düzenlenen eşikleri aşan teşebbüsler arasındaki anlaşmaların rekabeti sezilebilir şekilde kısıtladığını ima etmemektedir.

   Bu gibi anlaşmalar yine de rekabet üzerinde göz ardı edilebilir etkiye sahip olabilir ve bu nedenle madde 81(1) tarafından yasaklanmayabilir[1].

---

* İşbu Tebliğ, OJ C 372, 9.12.1997'de yayınlanan Tali Önemi Haiz Anlaşmalara İlişkin Tebliğ'in yerini almaktadır.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 Bakınız, örneğin Adalet Mahkemesi'nin C-215/96 and C-216/96 Bagnasco (Carlos) v Banca Popolare di Novara and Casa di Risparmio di Genova e Imperia (1999) ECR I-135, points 34-35 ortak davalarındaki kararı. Bu tebliğ ayrıca OJ C 3, 6.1.2001 OJ C 3, 6.1.2001 sayılı 'AT Antlaşması'nın 81. Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilirliğine İlişkin Kılavuz' adlı Komisyon Tebliği'nin özellikle 17 ila 31. maddeler ve OJ C 291, 13.10.2000 Sayılı 'Dikey Kısıtlamalara İlişkin Kılavuz' adlı Komisyon Tebliği'nin, özellikle 5-20 maddelerde ifade edildiği şekilde 81(1) maddenin değerlendirilmesine ilişkin prensiplere halel getirmemektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3. Anlaşmalar ayrıca üye devletler arasındaki ticareti sezilebilir ölçüde etkileyebilecek nitelikte olmamaları sebebi ile m. 81(1) kapsamına girmeyebilir. İşbu Tebliğ bu konu ile ilgilenmemektedir. Neyin ticaret üzerinde ölçülemeyecek etki yarattığını nicelemez. Bununla beraber, 96/280/EC No'lu Komisyon Tavsiyesi'nin[2] Ekinde tanımlanan küçük ve orta ölçekli teşebbüsler arasındaki anlaşmaların nadiren üye devletler arasındaki ticareti etkileyecek nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bu tavsiyede küçük ve orta ölçekli teşebbüsler, 250'den daha az çalışanı olan ve ayrıca ya 40 Milyon Euro'yu aşmayan yıllık cirosu veya toplamı 27 Milyon Euro'yu aşmayan yıllık bilançosu bulunan teşebbüsler olarak tanımlanmaktadır.

4. Bu Tebliğ kapsamında bulunan durumlarda Komisyon başvuru üzerine ya da kendi inisiyatifi ile soruşturma başlatmayacaktır. Teşebbüslerin iyi niyetle bir anlaşmanın bu Tebliğ kapsamında kaldığını varsaymaları durumunda, Komisyon para cezası tatbik etmeyecektir. Kendileri için bağlayıcı olmasa da bu Tebliğ ayrıca üye devletlerin mahkemelerine ve yetkili makamlarına 81. maddenin tatbiki konusunda rehberlik etmeyi amaçlamaktadır.

5. Bu Tebliğ, ayrıca teşebbüs birliklerinin kararlarına ve uyumlu eylemlere de tatbik edilecektir.

6. Bu Tebliğ, Avrupa Adalet Mahkemesi veya Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemeleri tarafından 81. madde ile ilgili yapılacak yorumlara halel getirmeyecektir.

II

7. Komisyon, üye devletler arasındaki ticareti etkileyen teşebbüsler arasındaki anlaşmaların, üye devletler arasındaki ticareti 81(1). Madde anlamında ölçülebilir şekilde etkilemediği görüşünü taşımaktadır:

   (a) Anlaşmanın ilgili pazarda fiilen veya potansiyel olarak birbirine rakip olan[3] teşebbüsler arasında akdedilmesi halinde (rakipler

---

2 OJ L 107, 30.4.1996, p. 4. Bu tavsiye yeniden gözden geçirilecektir. Yıllık ciro eşiğinin 40 Milyon Euro'dan 50 Milyon Euro'ya, bilanço toplamı eşiğinin ise 27 Milyon Euro'dan 43 Milyon Euro'ya çıkartılması öngörülmektedir.

3 Neyin fiili veya potansiyel rakip olduğu konusunda OJ C 3, 6.1.2001,sayılı 'Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilirliğine İlişkin Kılavuz' adlı Komisyon Tebliği paragraf 9'a bakınız. Bir Şirket eğer aynı ilgili pazarda faal ise veya bir anlaşmanın mevcut olmaması durumunda üretimi ilgili ürünlere dönüştürebilecek ve ilgili fiyatlarda küçük ve sürekli artışa karşılık olarak bunları kayda değer ilave maliyet veya risklere düçar olmaksızın pazarlayabilecekse (Ani tedarik-yan ikame edebilirlik) fiili rakip olarak kabul edilir. Bir Şirketin herhangi bir anlaşma olmamak kaydı ile ilgili fiyatlarda küçük ve devamlı artışlar karşılığında ilgili pazara girebilmek için gerekli ilave yatırımları veya diğer gerekli değiştirme masraflarını üstlenmesinin muhtemel olduğuna dair delillerin mevcut olması durumunda bir şirket potansiyel bir rakip olarak kabul edilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

arasındaki anlaşmalar), eğer anlaşmanın taraflarının anlaşma ile etkilenen ilgili pazardaki toplam pazar payları % 10'u aşmıyorsa veya

(b) Anlaşmanın anlaşma ile etkilenen herhangi bir ilgili pazarda fiilen veya potansiyel olarak birbirine rakip olmayan teşebbüsler arasında akdedilmesi durumunda (rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalar), eğer anlaşmanın taraflarının her birinin anlaşma ile etkilenen ilgili pazardaki pazar payı % 15'i aşmıyorsa,

Anlaşmanın rakipler veya rakip olmayanlar arasında anlaşma olarak sınıflandırılmasının zor olduğu durumlarda % 10'luk eşik tatbik edilecektir.

8. İlgili bir pazarda rekabetin farklı distribütörler veya sağlayıcılar tarafından akdedilen mal veya hizmetlerin satışına ilişkin sözleşmelerin kümülatif etkileri sonucunda kısıtlandığı durumda, (pazarda benzer etkilere sahip paralel anlaşmalar ağının kümülatif kısıtlama etkisi) 7. maddede yer alan pazar payı eşiği hem rakipler hem de rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalar bakımından % 5'e düşürülmektedir. % 5'i aşmayan pazar payına sahip olan bireysel tedarikçiler ve distribütörlerin, genellikle kümülatif kısıtlayıcı etkiye kayda değer bir şekilde katkı yapmadıkları kabul edilir[4]. İlgili pazarın % 30'undan azının aynı etkiye sahip paralel anlaşmalar ağı ile kapsanması durumunda kümülatif kısıtlayıcı etkinin mevcut olması muhtemel değildir.

9. Komisyon ayrıca madde 7 ve 8'de belirlenen iki yıl üst üste sırasıyla % 10, % 15 ve % 5'lik pazar paylarının eşiklerini yüzde 2'den daha fazla aşmadığı durumlarda anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olmadığı görüşündedir.

10. Pazar payını hesaplamak için ilgili pazarı tespit etmek zorunludur. Bu ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarı ihtiva eder. İlgili pazarı tanımlarken, Topluluk Rekabet Hukukunun amaçları bakımından ilgili pazarın tanımına ilişkin tebliğe[5] yollama yapılmalıdır. Pazar payları, satış değerleri verileri veya uygun olduğu takdirde alım değeri verilerine dayalı olarak belirlenecektir. Eğer değer verileri temin edilemiyorsa, hacim verileri de dahil olmak üzere diğer güvenilir pazar bilgilerine dayalı tahminler kullanılabilir.

---

4 Bakınız ayrıca OJ C 291, 13.10.2000 Sayılı 'Dikey Kısıtlamalara İlişkin Kılavuz' adlı Komisyon Tebliği özellikle 73, 142, 143 ve 189 paragraflar. Dikey kısıtlamalara ilişkin kılavuzda belirli kısıtlamalarla ilgili olarak yalnızca bütün pazara değil ayrıca belirli bir tedarikçi veya alıcının bağlanmış pazar payına da atıf yapılmakta, bu tebliğde tüm pazar payı eşikleri toplam pazar paylarına yollama yapmaktadır.

5 OJ C 372, 9.12.1997, p. 5.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

11. 7, 8 ve 9. maddeler aşağıdaki hard core kısıtlamaları ihtiva eden anlaşmalara tatbik edilmez.

(1) 7. maddede tanımlandığı şekilde rakipler arasındaki anlaşmalarla ilgili olarak, doğrudan veya dolaylı bir şekilde tarafların kontrolündeki diğer etkenlerden izole edilmiş veya onlarla birlikte amaç olarak[6]:

(a) Ürünleri üçüncü şahıslara satarken satış fiyatlarının belirlenmesi;

(b) Arz veya satışların sınırlanması;

(c) Pazarların veya müşterilerin tahsisi,

(2) 7. maddede tanımlandığı şekilde rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalarla ilgili olarak doğrudan veya dolaylı olarak tarafların kontrolü altındaki diğer etkenlerden izole edilmiş veya onlarla birlikte amaç olarak,

(a) Taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvikleri sonucunda sabit fiyata dönüşmemek kaydı ile tedarikçinin azami satış fiyatı empoze etmesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi imkanına halel gelmeksizin alıcının kendi satış fiyatını belirleme imkanının kısıtlanması,

(b) Aşağıda yer alan ve hard core olmayan kısıtlamalar haricinde alıcının sözleşme konusu malları veya hizmetleri satacağı bölgenin veya müşterilerin kısıtlanması:

- Kısıtlamanın alıcının müşterilerinin satışlarını yasaklamadığı tedarikçi tarafından muhafaza edilen veya başka bir alıcıya tahsis edilen münhasır bir bölgeye veya münhasır bir müşteri grubuna aktif satışların yasaklanması,
- Ticaretin toptancı seviyesinde faaliyet gösteren bir alıcının nihai tüketicilere satışının yasaklanması,
- Seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkilendirilmemiş distribütörlere satışının yasaklanması ve
- Alıcının bütünleştirilmek amacı ile sağlanmış olan parçaları tedarikçi tarafından üretilen ürünlerle aynı tipteki ürünleri üretmek için kullanacak olan müşterilere satması serbestisinin kısıtlanması,

---

6 2658/2000 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 5. maddesinin 2. paragrafında ve (EC) No 2659/2000 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 5. maddesinin 2. paragrafında tanımlandığı şekilde ortak dağıtım olsun ya da olmasın, ortak üretim durumları halleri saklı kalmak kaydı ile OJ L 304, 5.12.2000, sırasıyla pp. 3 ve 7.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(c) Bir sistem üyesinin yetkilendirilmemiş ticaret merkezi dışında faaliyet göstermesinin yasaklanması imkanı saklı kalmak kaydı ile ticaretin perakende seviyesinde faaliyet gösteren bir seçici dağıtım sistemi üyesinin nihai tüketicilere aktif veya pasif satışının kısıtlanması,

(d) Ticaretin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren distribütörler de dahil olmak üzere, seçici dağıtım sistemindeki distribütörler arasında çapraz tedariklerin kısıtlanması

(e) Parçaların bir tedarikçisi ile bu parçaları birleştiren alıcı arasında kararlaştırılan ve tedarikçinin bu parçaları nihai tüketicilere veya alıcı tarafından ürün veya hizmetlerin tamiri konusunda yetkilendirilmeyen tamircilere veya diğer servis sağlayıcılarına yedek parça olarak satmasını engelleyen kısıtlama.

(3) Rakiplerin anlaşmanın amacı bakımından üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösterdiği 7. maddede tanımlandığı şekilde rakipler arasındaki anlaşmalarla ilgili olarak, (1) ve (2). paragraflarda sıralanan hardcore kısıtlamalardan herhangi biri.

12. (1) İşbu Tebliğ'in amacı bakımından 'teşebbüs', 'anlaşmanın tarafı', 'dağıtıcı', 'tedarikçi' ve 'alıcı' terimleri onların bağlantılı teşebbüslerini de ihtiva edecektir.

(2) 'Bağlantılı teşebbüsler'

(a) Anlaşmanın bir tarafı olan teşebbüste doğrudan veya dolaylı olarak

- oy haklarının yarısından fazlasına sahip olan veya
- denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü hukuken temsil eden organların yarısından fazlasını tayin etme hakkına sahip olan veya
- teşebbüsün işlerini yönetme hakkına sahip olan teşebbüsler.

(b) Anlaşmanın bir tarafı üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak (a)'da sıralanan hak veya yetkilere sahip olan teşebbüsler,

(c) (b)'de belirtilen teşebbüslerde doğrudan veya dolaylı olarak (a)'da sıralanan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüsler,

(d) Anlaşmanın bir tarafının (a), (b) veya (c)'de bahsedilen teşebbüslerden biri veya daha fazlası ile birlikte veya bu teşebbüslerden iki veya daha fazlasının ortaklaşa olarak (a)'da sıralanan hak ve yetkilere sahip olduğu teşebbüsler

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(e) (a)'da sıralanan hak veya yetkilerin ortaklaşa olarak,

- anlaşmanın tarafları veya onların (a) ila (d)'de bahsedilen bağlantılı ortaklıkları tarafından veya
- anlaşmanın taraflarından biri veya daha fazlası ya da onların (a) ila (d)'de bahsedilen bağlantılı teşebbüslerinin bir veya daha fazlası tarafından elinde bulundurulan teşebbüsler.

(3) 2(e) paragrafının amacı bakımından bu ortaklaşa kontrol edilen teşebbüslerin elinde bulunan pazar payı 2(a)'da sıralanan hak ve yetkilere sahip olan her bir teşebbüs için eşit olarak bölünecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ÇAĞRIDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLÂLİNDE AKTİF HUSUMET EHLİYETİ

*Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN**

I. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere Sermaye Piyasası Kanununun (=SerPK) 22. maddesinin (i) bendi hükmü ile Sermaye Piyasası Kuruluna (=SPK),

> *"Halka açık anonim ... ortaklıklarda yönetim kontrolünün el değiştirmesine yol açacak oranda ... pay iktisap edenlerin, diğer payları satın alma yükümlülüğüne ve azınlıktaki ortakların da kontrolü ele geçiren kişi veya gruba paylarını satma hakkına ilişkin düzenlemeleri yapmak"*

konusunda yetki verilmiştir[1]. Nitekim SPK da bu yetkiye dayalı olarak Seri IV – No. 8 sayılı *"Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Vekâleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Tebliği"*[2] çıkartmıştır.

Ne var ki bu düzenlemede hangi hâllerde çağrı yükümlülüğünün doğacağı ve bu yükümlülüğün ne şekilde yerine getirileceği açıkça belirtilmişse de[3], yükümlülüğe aykırılığın sonucu (yaptırımı) üzerinde hiç durulmamıştır.

Bununla birlikte çağrıda bulunma yükümlülüğünün, hâkimiyeti ele geçiren kişi ya da grubun karşısında yer alan azınlık pay sahiplerinin korunması amacı ile öngörüldüğü dikkate alındığında, bu yükümlülüğe aykırılık hâlinde azınlık pay sahiplerinin bir talep hakkına sahip olacakları sonucuna varılabilir. Ancak bu talep hakkının özel bir düzenleme olmadığı için, hangi hukukî esaslara, yani haksız fiil hükümlerine mi (BK 41 vd.), yoksa sözleşmeye aykırılık hükümlerine mi (BK 96 vd.) dayalı olacağı ayrıca tartışılması gereken bir sorundur.

---

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Kurulun bu konudaki yetkisine ayrıca SerPK 16/A-I hükmünde de işaret edilmiştir.

2 RG 09.03.1994 / 21872; değişiklik için bkz. Seri IV – No. 21 (RG 19.12.1996 / 22852) ve Seri IV – No. 30 (RG 06.06.2003 / 25130) sayılı tebliğler.

3 Konuya ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Çağlar Manavgat**, Alenî Pay Alım Teklifi (Tender Offer – Takeover Bid), Ankara 1997.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. SORUNUN ORTAYA KONULMASI

Bu inceleme kapsamında cevaplandırılacak soru ise, SerPK m. 22 (i) hükmü ile Seri IV – No 8 sayılı Tebliğin 17. maddesi kapsamında gündeme gelen çağrıda bulunma yükümlülüğünü ihlâl ettiği iddia edilen kişi ya da kişilere karşı açılabilecek özel hukuk temeline dayalı davalarda aktif taraf (yani davacı sıfatını taşıma) ehliyetinin kimlere ait bulunduğudur.

İncelemenin çerçevesinin şimdilik bu kadar dar tutulmasının sebebi ise, çağrıda bulunma yükümlülüğüne aykırılık iddiasına dayalı davaların birçoğunda, aktif taraf ehliyetinin (taraf sıfatının) henüz davanın esasına ilişkin birçok sorunu tartışmaya gerek dahi olmaksızın yargılamanın sona erdirilmesine bir gerekçe oluşturabilmesidir.

İşte bu nedenle çağrıda bulunma yükümlülüğünün ihlâli gerekçesine dayalı davalarda aktif taraf ehliyetine kimlerin sahip olabileceklerinin, ihlâlin hukukî sonuçlarından bağımsız bir şekilde ve özel olarak incelenmesinde büyük yarar bulunduğu kuşkusuzdur.

III. DEĞERLENDİRME

1. SerPK 22 (i) hükmü ile bu hükme dayalı olarak çıkartılan Tebliğin 17. maddesi uyarınca, bir anonim ortaklıkta çağrı yoluyla hisse senedi toplayarak, blok veya münferit alımlar ya da diğer herhangi bir yöntemle, kanun koyucunun deyimiyle "*yönetim hâkimiyetini ele geçirenler*", Tebliğdeki ifadeyle ise "*yönetim kontrolünü sağlayan paylara sahip olanlar*", diğer ortaklara ait hisse senetlerini de satın almak üzere çağrıda bulunmakla yükümlü tutulmuştur. Öngörülen bu düzenleme şüphesiz tüm anonim ortaklıklar değil, sadece SerPK kapsamına giren halka açık anonim ortaklıklar açısından uygulama alanı bulacaktır.

2. Kanaatimce anılan bu düzenleme uyarınca çağrıda bulunma yükümlülüğünün ihlâl edildiği gerekçesine dayalı olarak, yönetim hâkimiyetini ele geçiren pay sahiplerine karşı açılabilecek özel hukuk temeline dayalı bir davada, aktif taraf ehliyetinin münhasıran, ihlâl edildiği iddia olunan çağrıda bulunma yükümlülüğünün doğduğu tarihte pay sahibi sıfatını taşıyan kişilere ait olduğu konusunda herhangi bir şüphe duyulmamalıdır. Şöyle ki:

a) Bir kere halka açık anonim ortaklıklarda azınlık pay sahiplerinin korunması amacına yönelik düzenlemeler kapsamında değerlendirilen "*zorunlu çağrı kuralları*" ile esasen, bir anonim ortaklıktaki yönetim kontrolünün el değiştirmesinden memnun olmayan yatırımcıların korunması hedeflenmiş ve onların hukukî konumları güçlendirilmek istenmiştir[4]. Gerçekten

---

4 Bkz. **Christoph von Bülow**, Köllner Kommentar zum Wertpapierübernahmegesetz, Köln-Berlin-Bonn-München, 2003, § 35 Rn. 4, s. 1019, Rn. 78, s. 1041; ayrıca **Christian Köpfli**, Die Angebotspflicht im schweizerischen Kapitalmarktrecht, Diss., Zürich 1999, s. 31, 54 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

halka açık bir anonim ortaklıktaki yönetim hâkimiyetinin ele geçirilmesi sonucu, yeni hâkim ortak örneğin şirketin ana sözleşmesini, bu anlamda özellikle faaliyet konusunu, işletme politikasını, yöneticilerini, hedeflerini değiştirmek suretiyle mevcut yatırımcıların beklentilerini sarsabilir, tüm bu değişikliklerden yönetimin dışında kalan [azınlık] pay sahipleri zarara uğrayabilir veya zarara uğrayabileceği endişesine kapılabilir. İşte birçok yabancı hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukukunda da, anılan bu olasılıkta yatırımcıların ayrıca ve özel olarak korunmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Nitekim bu amaçla yönetim hâkimiyetinin dışında kalan [azınlık] pay sahiplerine, eşit şartlar altında paylarını satarak ortaklıktan ayrılma olanağı tanınmıştır[5]. Böylece aslında bir yandan anonim ortaklıklar hukukuna tamamen yabancı olan "*şirketten çıkma olanağı (hakkı)*" olarak nitelendirilebilecek[6] yeni ve istisnaî bir kurum kabul edilmiş, öte yandan da bu olanağın hayata geçirilebilmesi için yönetim hâkimiyetini elde eden pay sahiplerine, diğer ortaklara ait hisse senetlerini satın almak üzere "*çağrıda bulunma yükümlülüğü*" getirilmiştir.

Sadece hükmün bu öngörülme amacı dahi dikkate alındığında, çağrıda bulunma zorunluluğunun muhataplarının, bir başka deyişle yöneleceği kişilerin, söz konusu çağrıda bulunma yükümlülüğünün doğduğu anda, yani ortaklıktaki yönetim kontrolünün el değiştirmesine yol açan pay devrinin gerçekleştiği tarihte, şirkette zaten var olan (mevcut) pay sahipleri olduğu açıkça ortaya çıkacaktır[7]. Dolayısıyla tek başına hükmün öngörülme amacından hareketle dahi, çağrıda bulunma yükümlülüğünün doğduğu tarihten sonra pay iktisap eden ortakların, anılan düzenlemeye dayalı bir talep hakkına sahip olamayacakları sonucuna varılması kaçınılmaz olacaktır.

b) Öte yandan, madem ki zorunlu çağrı kuralları ile korunmak istenen kişiler, yönetim hâkimiyetinin el değiştirdiği tarihte, bu değişikliği kabul etmeyen, yeni hâkim ortağın şirket ile ilgili faaliyetlerini şüphe ile karşılayan ve bundan zarara uğrayacağını düşünen pay sahipleridir, o hâlde şirketten ayrılma olanağı (hakkı) da, sadece yönetim hâkimiyetinin el değiştirdiği tarihteki pay sahiplerine tanınmalıdır.

Buna karşılık yönetim hâkimiyetinin el değiştirmesinden sonra ilgili anonim ortaklığın hisse senetlerini iktisap eden kişi ya da kişiler, zaten yönetim hâkimiyetindeki değişikliği ve ortaklığın kontrolünün kimde olduğu-

---

5 **Manavgat**, s. 121.

6 Bu yönde nitelendirme için bkz. **Köpfli**, 50-51; **Bülow**, § 35 Rn. 4, s. 1019; "ayrılma hakkı" şeklindeki nitelendirme için bkz. **Manavgat**, s. 121 ve 261; ayrıca anonim ortaklıklar hukukunda ilke olarak şirketten çıkma hakkının bulunmadığı konusunda bkz. **Ünal Tekinalp** (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Bası, İstanbul 2003, N. 848, s. 484.

7 Zorunlu çağrı kurallarının açıkça "mevcut pay sahiplerinin korunması" *(zum Schutz der bisherigen Aktionäre)* amacıyla öngörüldüğü yönünde bkz. **Köpfli**, s. 47.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nu bilerek pay sahibi sıfatını kazandıklarından, yönetim hâkimiyetinin el değiştirmesinden sonra pay iktisap eden kişilerin artık bu özel düzenleme kapsamında korunmasına da ihtiyaç duyulmayacaktır.

c) Ayrıca bir anonim ortaklıkta pay sahipliği haklarının kaynağının pay olduğu ve payın sağladığı gerek malvarlığı, gerek yönetime katılma haklarının paydan bağımsız olarak devredilmesinin mümkün bulunmadığı, bu anlamda paydan kaynaklanan hakların bölünmezliği ilkesinin geçerli olacağı her türlü şüpheden uzaktır[8]. Ne var ki payın sağladığı bu hakların doğumu ile birlikte kişiselleştiği, bir başka ifadeyle sadece hakkın doğumu anındaki pay sahibi tarafından kullanılabileceği de göz ardı edilmemelidir. Bu durumda hakkın, kaynağı pay olmakla birlikte, artık paya değil, pay sahibi sıfatına bağlandığından söz edilebilir.

Nitekim örneğin iptal davası açma hakkı da paya bağlı bir hak olmakla birlikte, bu hak –TK 381 hükmüne de uygun davranmak kaydıyla– ancak hakkın doğduğu, yani iptale tâbi genel kurul kararının alındığı tarihteki pay sahipleri tarafından kullanılabilir. Bu nedenledir ki, genel kurul kararının alınmasından sonra ilgili anonim ortaklık paylarını iktisap ederek pay sahibi sıfatını kazananların iptal davası açmaları mümkün olmadığı gibi, kararın alınması, hatta bu karara karşı iptal davası açılmasından sonra paylarını devretmek suretiyle pay sahipliği sıfatını yitirenlerin, yeni bir iptal davası açması mümkün olmadığı gibi, bizzat kendisi tarafından açılmış bir iptal davasına devam etmesine de olanak bulunmamaktadır[9].

Bu ilkelerin "*şirketten çıkma hakkı*" olarak nitelendirilen bu yeni ve istisnaî pay sahipliği hakkı açısından uygulanması hâlinde ise, anılan hakkın ancak doğduğu, yani yönetim hâkimiyetinin el değiştirdiği tarihte ilgili anonim ortaklıktaki "*mevcut*" *azınlık pay sahipleri* tarafından kullanılabileceği, buna karşılık yönetim hâkimiyetindeki el değişikliğine rağmen pay iktisap eden yeni ortakların bu haktan yararlanamayacakları sonucuna varılması zorunludur.

d) Anılan düzenleme kapsamında pay sahibine tanınan bu hakkın tartışmasız bir şekilde "şirketten çıkma (ayrılma) hakkı" olarak nitelendirilmesi de, mantık kuralları kapsamında bizi aynı sonuca ulaştıracaktır[10]. Ger-

---

8 Bu yönde bkz. **Tekinalp** (Poroy/ Çamoğlu), N. 771, s. 447; N. 864, s. 492.

9 Örnek ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Abuzer Kendigelen**, "İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliği Sıfatının Cüz'i Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, C. I, s. 307 vd.

10 Belirtelim ki, azınlık pay sahiplerine tanınan bu olanak, doktrinde anonim ortaklıktan çıkma hakkı olarak nitelendirilmekteyse de, burada örneğin limited ortaklıkta olduğu gibi gerçek anlamda bir çıkma hakkından değil, olsa olsa fiilen şirketten ayrılma olanağından söz edilebilir. Gerçekten bu olasılıkta bir yandan ayrılma talebi anonim ortaklığa karşı değil, sadece yönetim hâkimiyetini ele geçiren kişiye karşı ileri sürülebileceği gibi, öte yandan da şirketten ayrılmak ise şirket kaynaklarından karşılanan gerçek anlamda bir "çıkma bedeli" ile değil, ancak payların belirli bir bedel karşılığı hâkim ortak tarafından devralınması, yani bir "devir bedeli" ile gündeme gelmektedir (**Köpfli**, 51).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

çekten, madem ki tanınan bu özel hak, azınlık pay sahibine paylarını, yönetim hâkimiyetini ele geçiren kişiye satarak şirketten çıkma olanağı sağlıyor, o hâlde bu hakkın da bizzat doğduğu tarihteki pay sahibi tarafından kullanılması zorunludur. Bu pay sahibi hakkını kullanmak yerine, paylarını herhangi bir şekilde (hâkim ortak tarafından teklif edilmesi gereken fiyatın üstünde veya altında bir bedelle) üçüncü bir kişiye devrederek şirketten fiilen çıkmışsa, artık kanun koyucunun arzu ettiği sonuç da devir ile birlikte kendiliğinden gerçekleşmiş, yani azınlık pay sahibi paylarını devretmek suretiyle şirketten fiilen ayrılmıştır. Bu durumda artık ortada kullanılabilecek herhangi bir özel çıkma hakkı da kalmamış demektir.

e) Nihayet belirtelim ki, aksine bir yorumun benimsenmesi, yani şirketten çıkma hakkı olarak nitelendirilen bu hakkın, yönetim hâkimiyetinin el değiştirmesinden sonra gerçekleştirilen payların devri sonucu bir anlamda tedavül edeceğinin kabul edilmesi, oldukça sakıncalı sonuçların doğmasına yol açabilecektir.

aa) Gerçekten bir kere bu yeni düzenlemenin öngörülme amacı dikkate alındığında, şirketten ayrılma hakkının payın devri ile birlikte yeni pay sahibine geçeceği, yani onun tarafından da kullanılabileceği görüşü, sağlıklı bir hukuk mantığı ile izah edilebilir olmaktan uzaktır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, yönetim hâkimiyetinin el değiştirdiği tarihte pay sahibi olmayan bir kişinin, sonradan kendi rızasıyla bu şirkete ait payları iktisap etmesi, açıkça yönetim hâkimiyetini ele geçiren yeni kişi ya da gruba onay vermesi anlamına geleceğinden, ayrıca şirketten ayrılma olanağını sağlayan zorunlu çağrı kuralları kapsamında bir korumadan yararlanmayı talep etmesi de artık mümkün olmayacağı gibi, kendi davranışıyla da açık bir çelişki oluşturacaktır.

bb) Öte yandan borsada işlem gören hisse senetlerinin böyle bir "çıkma hakkı" ile birlikte tedavül edebileceğini kabul etmek, bu tür hisse senetlerinin borsada, aynı şirketin bu hakkı bünyesinde barındırmayan hisse senetlerinden farklı bir şekilde, farklı bir fiyatla işlem görmesine ortam hazırlayacaktır. Zira bu tür hisse senetlerinin değeri hiçbir zaman, yönetim hâkimiyetini ele geçiren kişinin teklif etmesi gereken asgarî bedelin altına düşmeyecek, aksine görüşün benimsenmesi hâlinde bu hisse senetleri tabir caizse sürekli bir "*çıkma primi*" ile birlikte tedavül edebilecektir. Bu durum aynı zamanda "çıkma primli" hisse senetlerinin, borsa ya da borsa dışı piyasalarda "kötüniyetle" ticaretinin yapılmasına dahi olanak sağlayabilecektir. Bir başka deyişle oldukça düşük bedellerle toplanacak bu tür hisse senetleri, sonradan hâkim ortaklara yüksek bedellerle satılmak istenecek ve böylece "çıkma primi" olarak nitelendirilen bu hak, haksız kazanç sağlanmasına zemin hazırlayacaktır.

Oysa böyle bir yorum, halka açık bir anonim ortaklığa ait aynı nev'iden hisse senetlerinin yeknesak bir fiyat üzerinden işlem görmesini hedefleyen

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sermaye piyasası hukuku ilkelerine aykırı olduğu gibi; sadece azınlık pay sahiplerini yönetim hâkimiyetinin el değiştirmesi durumunda korumak isteyen kanun koyucunun amacını da aşan bir sonucun doğmasına, bu anlamda borsada işlem gören hisse senetlerinin haksız menfaat temininde araç olarak kullanılmasına yol açacaktır.

IV. SONUÇ

Yukarıda sunulan tüm bu gerekçeler kapsamında

- çağrıda bulunma yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin, yönetim hâkimiyetinin el değiştirmesinden memnun olmayan [azınlık] pay sahiplerinin korunması amacı ile öngörüldüğü,
- bu korunmanın sağlanması amacı ile yönetim hâkimiyetinin el değiştirdiği tarihteki [mevcut] pay sahiplerine şirketten ayrılma olanağının tanındığı,
- dolayısıyla çağrıda bulunma yükümlülüğünün ihlâli gerekçesine dayalı olarak açılacak davalarda, davacı sıfatının ancak yönetim hâkimiyetinin el değiştirmesine yol açan pay devrinin yapıldığı tarihte pay sahibi olanlara ait olabileceği,
- yönetim hâkimiyetinin el değiştirmesinden sonra pay iktisap edenlerin anılan hükümlere dayalı olarak dava açma haklarının (aktif husumet ehliyetlerinin) bulunmadığı,
- aksine bir yorumun ise, kanun koyucunun amacı ile bağdaşmamasının yanı sıra, "çıkma primli" olarak nitelendirilebilecek payların borsa ya da borsa dışında tedavülüne ve bu paylar aracılığıyla haksız menfaat sağlanmasına neden olabileceğinden benimsenmesinin mümkün olmadığı

sonucuna varılması kaçınılmazdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İngiliz Mahkemesi tarafından Türkiye'deki davalıya yapılan uluslararası tebligata ilişkin mahkeme kararının tercümesidir.

*(Çeviren: Ar. Gör. Deniz Kırlı AYDEMİR)**

SHIBLAQ v SADIKOGLU

İngiliz Yüksek Mahkemesi, Queen's Bench Bölümü,
Ticaret Mahkemesi
30 Temmuz 2004

Gıyabî Hüküm; Tebligat; Türkiye

H1 Yargılamaya ilişkin belgelerin tebliği – Tebligatın kabulû – Yoklukta hüküm verilmesi – CPR[1] 6.24 – Geçerli tebligat usulleri – 1965 Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi – 10. madde kapsamındaki tebligat usullerinin, tebligatın gönderildiği ülkenin ihtirazî kaydı çerçevesinde geçersizliği – 15. maddenin yorumlanması – 10. madde ile olan bağlantı – tebligattaki eksiklerin giderilmesi – CPR 3.10 – Amaç – CPR 6.9 – İstisnaî durumlarda geçmişe yürürlülük – Yurtdışı tebligatların geçmişe yürürlüğünün sınırlandırılması – Hükmün iptaline yönelik başvuru.

H2 Verilen hükmün, tebligatın tanınmaması sebebine dayalı olarak iptali başvurusu.

H3 Mahkemenin yargılama yetkisi dışına yaptığı tebligat, Türkiye'deki davalı hakkında netice doğurmuştur. Mahkeme, CPR 12 kapsamında kabul görmeyen tebligata göre hüküm vermiştir. Davalı, geçerli bir tebligat yapılmadığı gerekçesi ile verilen hükmün iptalini istemiştir. Davacı, tebligatın CPR 6.24 altında geçerli olduğunu ileri sürmüş, buna alternatif olarak da eksik veya kusurlu olarak yapılan tebligatın, CPR 3.10 altında, mahkemenin kendi takdir

---

* Kırıkkale Üniversitesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 Bu kısaltmanın ingilizce açılımı, "*Civil Procedure Rule* "dür. Türkçeye, "Medenî Usul Kuralları" olarak tercüme etmemiz mümkündür.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yetkisi çerçevesinde çözüme kavuşturulacağını ya da bu tebligatın, CPR 6.9 altında çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Hüküm:

1965 Hukukî ve Ticarî konularda Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi[2] çerçevesinde geçersiz olan Tebligat Usulleri

H4 **(a)** Mahkemenin bu davayı, Türk hukukunu esas alarak çözüme kavuşturduğu ileri sürülmüştür çünkü, davacı tarafından kullanılan tebligat usulü, Türk hukukundaki dava işlemleri açısından geçerli olan usuldür. Bunun yanısıra Türkiye, yabancı dava işlemlerinin; 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin 10. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen usuller çerçevesinde, doğrudan tebliğini kabul etmemektedir.

H5 **(b)** 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin 15. maddesi bu duruma etki etmemektedir. Bu madde; "Sözleşme hükümleri çerçevesinde" müzekkere, davetiye vb. belgelerin, yurtdışına tebliği amacıyla gönderilmesine ilişkindir. 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin, herhangi bir itiraz olmadığı sürece, 10. maddede belirtilenleri de kapsayan çeşitli tebligat usulleri içermektedir. Özellikle 15. madde, belgelerin yurt dışına tebliğinde belirlenmiş olan tebligat usullerinin kullanılmamış olması halinde bile mahkemenin hüküm verebilmesine imkân sağlamaktadır. Bu maddede, geçerli tebligat usullerini açıklamamış ancak hüküm verilebilmesi için gerekli olan asgarî unsurları belirtmiştir. Her zaman için, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin hükümleri çerçevesinde belirlenmiş olan tebligat usulleri dikkate alınacaktır. Ancak, tebligatın gönderildiği ülkenin 10. madddeye açık bir itirazının söz konusu olduğu durumlar, bu maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

H6 Buradan anlaşılmaktadır ki, kullanılan tebligat usulü CPR 6.24 (a) kapsamında Türk hukukunca kabul edilmemektedir. Bu usulün, Türk iç hukukundaki dava işlemlerinin tebliğinde kabul edilse bile, yabancı dava işlemlerinin tebliğinde kabul edilmesi söz konusu değildir. Ayrıca bu usul, dava dilekçesinin 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'ne taraf ülkelerden birinde bulunan davalıya tebliğinde, CPR 6.25 (1) kapsamında belirtilen usullerden biri değildir. Bu açıdan, kabul görmeyen bir tebligata dayanarak verilen hükmün, hatalı tebligat CPR 3.10 kapsamında düzeltilmediği sürece, CPR 13.2 bağlamında iptal edilmesi gerekir.

---

2 1965 Hukukî veya Ticarî Konularda Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi, bundan sonra "1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi" olarak ifade edilecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

CPR 3.10, hatalı hükmün verilmesini haklı göstermek için tebligatın geçmişe yürürlüğüne izin vermemektedir

H7 CPR 6.8'de belirtilen alternatif usullerden birinin kullanılmamış olması sebebiyle ortaya çıkan sonuçlardan kaçınmak amacı ile, CPR 3.10'ün geçmişe etkili olacak biçimde uygulanması söz konusu olamaz. Bu maddenin, usulsüz tebligat sonucunda verilen hatalı hükmü, haklı kılmak için geçmişe yürürlüğü söz konusu olamaz. Mahkemenin tercih ettiği yaklaşım, böyle bir usulün CPR 3.10 (1)'in amacı içinde olmadığıdır. Normalde mahkemelerin usulsüz tebligatın giderilmesine yönelik takdir hakkı olmamasına rağmen burada, tebligatın muhattap ülke hukukunca kabul edilmediği durumlarda, yargılama yetkisi dışındaki davalıya yönelik dava işlemlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Tebligatı kabul etme yükümlülüğü olmayan davalının bu tebligatı kabul etmesi, onun tebligatın geçmişe yürürlüğü sebebiyle, gıyabında verilmiş hükme bağlı hale gelmesine sebep olamaz. Bu durum, davalının tebligatı kabul süresi içerisinde davacının iddiasından haberdar olsa bile söz konusu olmamaktadır.

CPR 6.9'nin geçmişe yürürlüğünün söz konusu olduğu durumlar

H8 CPR 6.9'un geçmişe yürürlüğü, özellikle tebligat süresinin uzatılmasında veya dava dilekçesinin tebliğinden vazgeçilmesinde olduğu gibi yalnızca olağanüstü durumlarda söz konusu olmaktadır. Hangi durumların istisnaî olduğu önceden açıklanmamıştır. Ancak hareket noktası, davalının tebligat süresi içerisinde sanki tebligat yapılmış gibi kendisine yöneltilen iddialar konusunda tamamıyla bilgi sahibi olmuş olmasıdır.

Yurt dışına tebligatta CPR 6.9'un geçmişe yürürlüğüne getirilen sınırlandırmalar

H9 CPR 6.8 ve CPR 6.9'un, bir tebligatın yerine geçmek veya Birleşik Krallık ile tebligatın yapılacağı ülke arasındaki anlaşmaya aykırı, usulsüz bir tebligattan kaçınmak amacıyla uygulanması söz konusu olmamalıdır. CPR 6.9'un geçmişe etkili olacak biçimde uygulanması davalıyı, tebligattan vazgeçilmesi ya da tebligatın sözleşme açısından geçerli olan bir usulde yapılması hali ile aynı konuma düşürecekse, mahkemenin bu konuda bir karar vermesine gerek yoktur. Yabancı davalı aleyhine açılan dava, imzalanmış olan uluslararası anlaşmanın şartlarından kaçınmak amacıyla getirilen tedbirden etkilenmemelidir. Bu durum, uluslararası nezaketin temel prensibi olarak ortaya çıkmakta ve CPR 1.1 kapsamında dikkate alınmamaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

H10 CPR 6.9 usulsüz tebligatı gidermek üzere, geçmişe etkili olacak biçimde uygulansa bile, bu durum davalının tebligatı geçmişe etkili olacak biçimde kabul etmesini gerektirmez.

Hükmün iptaline yönelik başvuru

H11 Gıyapta verilmiş kararın iptaline yönelik talep, CPR 13.2 kapsamında kabul edilmiştir. Davacının, CPR 3.10 ve CPR 6.9 kapsamında yaptığı talep reddedilmiştir.

H12 Atıf yapılan davalar:

İngiliz Mahkemelerinde görülmüş olan davalar:

Anderton v Clwyd CC, 3 Temmuz 2002: (2002) EWCA Civ 933; (2002) 1W.L.R.3174 *BAS Capital Funding Corp v Medfinco Ltd.*, 25 Temmuz 2003: (2003) EWHC 1798;(2004) I.I.Pr.16

Chambers v Southern Domestic Electrical Services Ltd, 3 Temmuz 2002: (2002)EWCA Civ 933; (2002)1 W.L.R. 3174

Cranfield v Bridgegrove Ltd., 14 Mayıs 2003: (2003)EWCA Civ 656; (2003)1 W.L.R. 2441

Elmes v Hygrade Food Products Plc, 24 Ocak 2001: (2001)EWCA Civ 121; (2001) C.P.Rep. 71

Godwin v Swindon BC, 10 Ekim 2001: (2001)EWCA Civ 1478; (2002)1 W.L.R. 997

Golden Ocean Assurance and World Mariner Shipping SA v Martin (The Goldean Mariner), 14 Haziran 1990: (1990)2 Lloyd's Rep. 215

Knauf UK GmbH v British Gypsum Ltd (No.1), 24 Ekim 2001: (2001)EWCA Civ 1570; (2002) I.L.Pr. 30

H13 David Quest, davalı adına Lawrence Jones.

Joe Smouha Q.C. ve Jessica Mance, davacı adına Addleshaw Goddard.

HÜKÜM NO: 2

1 Bu karar, benim bu konuyla ilgili olarak 25 Temmuz 2003 tarihinde vermiş olduğum ilk karar[3] ile başlamaktadır. Burada temel 2 mesele vardır:

a. Tebligat söylendiği gibi, Türkiye'deki davalı hakkında 7 Eylül 2001 tarihinde sonuç doğurmuş mudur yoksa CPR 12.3 kapsa-

3 25 Temmuz 2003 tarihli karar, metin içinde "İlk Karar" olarak anılmaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mında geçerli bir tebligat öncesi, davacıya CPR 12 kapsamında tanınmayan bir tebligat ile mahkemeden hüküm alma hakkı vermekte midir?

b. Eğer (a)'ya verilen cevap tebligatın geçerli olmadığı yönünde ise, bu mahkemenin CPR 3.10 kapsamında, davacının başvuruları ile ilgili olarak aşağıdaki hususları kapsayacak şekilde hüküm vermesi gerekir:

"Usulî bir hatanın varlığı halinde,

(a) mahkeme karar vermediği sürece, usulî hata yargılamanın herhangi bir aşamasını hükümsüz kılmaz;

(b) ve mahkeme, bu usulî hatayı giderme yönünde bir karar alabilir."

c. Mahkeme, CPR 6.9 kapsamında belgelerin tebliğinden vazgeçebilir.

2 **(a)** hususu kendi içerisinde iki alt bölüme ayrılabilir:

a. bu davada, yabancı dava işlemlerinin tebliğinde benimsenen usul, Türk hukuku açısından kabul edilebilir mi?

b. alternatif olarak, bu usul hem Türkiye hem de Birleşik Krallığın taraf olduğu La HayeTebligat Sözleşmesi'nin 15. maddesi altında kabul gören bir tebligat usulü müdür?

3 Aşağıda, Türk hukuku kapsamında tebligatın geçerliliğine ilişkin olarak bilirkişi görüşlerinin özeti yer almaktadır.

4 Davalı adına görüş beyan eden İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Prof. Dr. İlhan Helvacı -bu konudaki düşüncesini, İlk Kararın 25. paragrafında belirtmiştir- 1932 yılında Türkiye ile İngiltere arasında imzalanan iki taraflı Sözleşme çerçevesinde geçerli tebligatın, ancak diplomatik yollarla yapılması durumunda söz konusu olacağını belirtmektedir. 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'ne rağmen bu Sözleşmenin halen yürürlükte olduğunu belirtmektedir. Bununla beraber Prof. Dr. İlhan Helvacı, bu davada noter tarafından yapılan tebligatın yabancı dava işlemleri açısından geçersiz olsa bile, Türkiye'deki dava işlemleri açısından geçerli olduğunu ima etmektedir.

5 Davacı adına görüş beyan eden Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Prof. Dr. Cevdet Yavuz ile birlikte Prof. Dr. Aysel Çelikel ve Prof. Dr. Kamil Yıldırım, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin, 1932 yılında Türkiye ile İngiltere arasında imzalanan iki taraflı Sözleşme'nin yerine geçmiş olduğunu ve eğer yargılama, bir Türk yargılaması olsaydı Noterlik Kanunu'nun 70. maddesi uyarınca, bu davadaki gibi, noter kanalıyla tebligatın yapılacağını belirtmektedirler. Bu

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

davada, yabancı dava işlemlerinin geçerli olarak noter kanalıyla tebliğ edilmesi mümkündür.

6 Davalı adına görüşü beyan eden Galatasaray Üniversitesi Uluslararası Özel Hukuk ve Uluslararası Ticaret Hukuku Profesörlerinden, Prof. Dr. Atâ Sakmar, yabancı dava işlemlerinin, karşılıklılık ilkesi gereği, Türkiye'deki davalıya doğrudan tebliğ edilemeyeceğini belirtmiştir. Türkiye'deki yargılama sürecinde noterlerin, adlî belgelerin tebliği hususunda sonuca etkili bir yetkisinin bulunmadığı çünkü bu belgelerin, yetkili mahkemelerce Türk postasının kullanılması doğrultusunda sonuç doğurduğunu ifade etmiştir. Prof. Dr. Atâ Sakmar da, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin 1932 yılında imzalanan iki taraflı Sözleşmeyi hükümsüz kıldığı fikrini savunmaktadır. Bununla beraber, noterin herhangi bir adlî işlemi doğrudan tebliğ edememesi sebebiyle, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi yabancı dava işlemlerinin bu anlamda tebliğine etki tanımamaktadır.

7 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi eski dekanı Prof. Dr. Aysel Çelikel, Prof. Dr. Cevdet Yavuz ve Prof. Dr. Kâmil Yıldırım tarafından ortaklaşa hazırlanan bir diğer rapor, yabancı dava işlemlerinin noter tarafından davalıya doğrudan tebliğinin geçerli olacağını belirtilmektedir. Bu tebligat, Türk hukukunun aradığı şartları taşımasa bile, kişinin geçersiz bu tebligat ile kendisine yöneltilen dava işleminden haberdar olması ve bu tebligatın usulüne uygun bir tebligatmış gibi sonuç doğurması bakımından Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi ve Tebligat Tüzüğü'nün 51. maddesi hükümlerini gerçekleştirmiştir. Burada, noter kanalıyla davalıya ulaşması istenen tebligatın kapıya sıkıştırılmasının hemen sonrasında, davalının bu girişimden ve İngiliz mahkemesinin dava işleminden haberdar olması sağlanmış olacaktır. Bu bağlamda, geçerli olduğuna inanılan bir tebligatın varlığı söz konusudur. 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin 10. maddesi kapsamında geçerli bir tebligat söz konusudur.

8 Prof. Dr. Atâ Sakmar, daha önce de söylediği gibi, noterin iç yargılama ile ilgili olarak doğrudan tebligat yapma yetkisi bulunmadığını tekrar etmektedir. Tebligat Kanunu'nun 32. maddesinin yalnızca, usulsüz tebligat yapılan kişinin bu durumun farkında olduğunu resmî olarak açıkladığı veya kabul ettiği durumlarda uygulanabileceğini belirtmiştir. Davacının, belgenin muhattaba gönderildiğini ispat etmesi sözkonusu değildir. Yalnızca muhattabın bu belgeyi kabulü ile, kendisinin bu durumdan haberdar olduğu anlaşılmakta, tebligatın alındığı tarih kesinlik kazanmaktadır. 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin amaçları dikkate alındığında 32. maddenin genişletilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin 10.maddesine dayanmak mümkün olmamaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

9 Prof. Dr. Atâ Sakmar, daha önceki fikirleri ile örtüşen bir açıklama getirmektedir.. Davacının hukukî danışmanları, Prof. Dr. Atâ Sakmar'ın 32. madde yorumunu reddetmektedir. Prof. Dr. Atâ Sakmar'a göre bu madde; geçersiz tebligatı, geçerli hale getirmenin şartı olarak muhattap kabulünü aramaktadır. Bütün bunların yanısıra, davalının bu davada kendisine tebliğ edilmiş olan belgeleri reddetmesi, tebligatın yapılmış olmasına ilişkin olarak davalı tarafından yapılmış bir ikrardır.

10 Türk profesörlerinin, Türk hukukunun tebligatı ne ölçüde geçerli yaptığı hususundaki anlaşmazlığını şaşırtıcı bulmaktayım. Bir görüş, Türk mahkemelerinin uzun süreden beri dava işlemlerinin - yerel dava işlemleri - noter kanalıyla doğrudan tebliğinin geçerliliği yönünde değerlendirme yapmaktadır. Bu mahkemenin karşılaştığı güçlüklerden biri, ihtilâflı hususların değerlendirilmesinde ortaya çıkan bilirkişi raporları ve Türk hukukunun ilgili maddelerinin tercümesinde kullanılan İngilizcenin net ifadeler içermemesidir. Bu tür bir ihtilâflı durumla karşılaşan İngiliz hakiminin, bu meseleyi çözmek üzere kendisini Türk mahkemesi gibi görmesi kolay olmamaktadır. Türk hukukundaki düzenlemelerin içeriğine ve bunların sonuçlarına ilişkin ifadeler ile tercümeler ve kanundaki düzenlemelerin amacı dikkate alındığında, çıkarılan anlamlardan birinin diğerine nazaran daha muhtemel olması mümkündür. Sözlü delillerin dışında yalnızca yazılı delillere dayanan başvurularda mahkeme, karar vermeden önce mutlaka ispat üstünlüğünün hukukî gerekçesini dikkate almalıdır.

11 Mevcut raporlar ve tercümesi yapılmış usul kuralları çerçevesinde benimsemiş olduğum yaklaşım; Profesör Dr. İlhan Helvacı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Prof. Dr. Aysel Çelikel ve Prof. Dr. Kâmil Yıldırım tarafından ileri sürülen ve Türkiye'deki davalıya, noter kanalıyla yapılan tebligatın sonuç doğuracağı yönündeki yaklaşımdır. Buradaki usul, davacının Türk avukatı tarafından da uygulanan bir tebligat usulüdür ve işlemi yapan noter, kendini bu şekilde tebligat yapmaya yetkili görmüştür. Bu tebligat usulünü geçersiz bulan tek kişi, Prof. Dr. Atâ Sakmar'dır. Ancak Prof. Dr. Atâ Sakmar'ın bu yaklaşımı, Noterlik Kanunu'nun 70.maddesini hükümsüz kılan bir anlayış olarak ikna edicilikten uzaktır.

12 Türk hukuk anlayışı esasları çerçevesinde bir karara varmaya çalıştım. Bu kapsamda, noterlerin yerel dava işlemleri ile ilgili olarak davalıya yaptıkları doğrudan tebligat, geçerli bir tebligat etkisi doğurmaktadır. Buradaki mesele, aynı esasın yabancı dava işlemlerine uygulanıp-uygulanmayacağı hususundan kaynaklanmaktadır.

13 Prof. Dr. Atâ Sakmar tarafından savunulan görüş; yabancı dava iş-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lemlerinin bu şekilde tebliğinin mümkün olmayacağı yönündedir. Prof. Dr. Atâ Sakmar'ın bu konudaki anlayışına dayanak teşkil eden husus, noterin yalnızca yerel dava işlemlerini tebliğ edememesi değil, aynı zamanda Türkiye'nin 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin 10.maddesine koymuş olduğu ihtirazî kayıttır. Bu madde aşağıdaki hususları içermektedir:

"Tebligatın gideceği ülkenin herhangi bir itirazının olmaması kaydıyla bu Sözleşme:

(a) adlî belgelerin, yurt dışındaki muhattaba posta yoluyla doğrudan tebliği serbestisine,

(b) bu adlî belgelerin tebliğinin, tebligatın çıkarıldığı ülke adlî memurları, çalışanları ve ilgili personeli tarafından gideceği ülkedeki adlî memur, çalışan ve ilgili diğer personeline doğrudan tebliği serbestisine,

(c) yargılama ile ilgisi olan herhangi bir kişinin, yargılamaya ilişkin adlî belgeleri tebligatın gideceği ülkedeki adlî memur, çalışan ve ilgili personele doğrudan tebliğ etme serbestisine müdahale etmemektedir."

14 Türkiye'nin 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'ne bu yönde bir ihtirazî kayıt koyduğuna kuşku yoktur.

15 Bu madde ile; (a), (b) ve (c)'de belirtilen tebligat usulleri ile madde 3-6 (ilgili ülkenin yetkili mercii aracılığıyla tebligat), madde 8 (diplomatik yolla veya konsolosluk aracılığıyla tebligat) ve madde 9'da (konsolosluk kanalı veya bu tebligatı kabul etmeye yetkili akit devlet merciince yapılan tebligat) düzenlenen tebligat usulleri arasında paralellik sağlanmak istenmiştir. Akit devletlerin (a), (b) ve (c)'de yer alan usullerden birine yönelik itirazı, Sözleşme'nin (a), (b) ve (c) bentlerindeki bu usulleri geçersiz kılacaktır. Prof. Dr. Atâ Sakmar 10. maddeye ihtirazî kayıt koyulması ile, akit devlet mahkemelerindeki yabancı dava işlemlerinin, Türkiye'de noter kanalıyla doğrudan tebliğinin kabul edilemeyeceği yorumunu yapmıştır.

16 Davacının bilirkişileri tarafından hazırlanmış olan son rapora göre, karşılıklılık ilkesi doğrultusunda, madde 10(a) kapsamında bir tebligatın varlığı söz konusudur. Britanya, madde 10(a) kapsamındaki tebligat usullerine ihtirazî bir kayıt koymadığı için Türkiye'de yapılmış olan tebligatın geçerli olması gerekmektedir. Ben bu yaklaşımı kabul etmemekteyim. Bu anlayış, uygulamada, ihtirazî kayıt koymamış olan akit tarafın, diğer tarafın itirazını ortadan kaldırmak amacıyla kullanılmaktadır. Açıkçası bu durum, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin amacına ve ilkelerine ters bir durum yaratmaktadır. Düzenlenen son rapordaki hiçbir husus, Prof. Dr. Atâ Sakmar'ın Türkiye'nin 10.madde-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ye getirmiş olduğu ihtirazî kaydın, yabancı dava işlemlerinin olayımızdaki usul çerçevesinde tebliğini engelleyeceği yönündeki görüşünü değiştirmemektedir. Türkiye'nin, yabancı dava işlemlerinin bu usuller çerçevesindeki tebliğine getirmiş olduğu ihtirazî kayıt sebebiyle, bu tebligat katî suretle tesis edilmemiş olmaktadır. Ancak, bu anlayış konunun başlı başına bir sorun haline gelmesine yönelik kanaatleri arttıracaktır. Davacının bilirkişileri tarafından düzenlenen son raporda bulmayı arzu ettiğim bir husus da; tutarlı bir raporda, neden varılan yargıdan hiç bahsedilmemiş olduğu hususudur. Bu rapor, karşılıklılık ilkesi ile ilgili mantığa aykırı iddiaları içermektedir.

17 Davacının bilirkişileri tarafından ileri sürülen açıklamalar, Türkiye'nin ihtirazî kaydı sebebiyle yabancı dava işlemlerinin (a), (b) ve (c)'de belirtilen usullerdeki tebliğinin geçersizliğinden kaynaklanan neticelerin yerine geçmeyecektir.

18 Bununla birlikte davacı, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin 5.maddesinde belirtilen ve Türkiye'deki davalıya bu ülke hukukunun yerel dava işlemlerinin izin verdiği usulle gönderilen tebligatın, tanınmayan bir tebligat olmasına rağmen mahkemenin hüküm alabilmesi için geçerli bir tebligatın sonuçlarını doğurduğu esasına dayanmaktadır.

19 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin 15.maddesi aşağıdaki hususları içermektedir:

"Mahkemenin davetiyeyi veya benzeri bir belgeyi, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin getirmiş olduğu hükümler çerçevesinde yurtdışına tebliğ etmesi gereken hallerde, davalının mahkemede hazır bulunmadığı durumlarda, aşağıdaki hususlar gerçekleşene kadar hüküm verilmeyecektir:

a) belgelerin, tebliğ ülkesindeki iç usul çerçevesinde tebliğ edilmesi veya

b) belgelerin davalıya veya onun ikametgâhına, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nde belirtilen başka bir usulle gönderilmesi

Her iki durumda da yapılan tebligat, davalının kendisini savunulabilmesi açısından yeterli zaman içinde etki doğurur.

Her bir akit devlet, bu maddenin ilk paragrafında yer alan şartlara rağmen hakimlerin, herhangi bir tebligat veya teslimat vesikası alınmamış olmasına rağmen, aşağıdaki bütün şartların yerine getirilmiş olması kaydıyla hüküm verebilmeleri konusunu ilan etmekte serbesttir:

a) belgeler, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin içerdiği usullerden biri ile gönderilmiş olacak,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b) belirli bir olayda, hakim tarafından uygun görülmesi halinde, belgenin gönderildiği tarihten itibaren altı aydan daha az olmayan bir süre geçmiş olacak,

c) belirtilen ülke merciîleri aracılığıyla elde edilmesine yönelik gerekli tüm çabaların gösterilmiş olmasına rağmen, herhangi bir belge alınmamış olacak.

Bundan önceki paragrafta yer alan şartlara rağmen hakimin, acil durumlarda, herhangi koruyucu veya geçici bir tedbir alması mümkündür."

20 Bay Joe Smouha Q.C. bu şartın etkisinin; tebligatın, muhattap ülkenin iç hukukunca kabul edilmeyen bir usulle yapılmış olduğu hallerde, davacının bir mahkeme hükmüne ulaşmasını mümkün kılmak olduğunu ileri sürmektedir.Ayrıca kendisi bu olayda, yapılan tebligatın Türk iç hukukuna uygun olan bir usulle yapıldığını ve tebligatın, davalının yeterli sürede kendi savunmasına imkân sağlayacak biçimde sonuç doğurduğunu ileri sürmektedir.

21 Bay David Quest, davalı adına görüş beyan etmiştir, 15. maddenin; 15 (b)'de belirtilen usulden veya yerel dava işlemlerinin tebliği usulüne aykırı bir tebligatın sözkonusu olması halinde, işleme konan gıyapta verilen hükme engel olunmak suretiyle davalı lehine asgari bir koruma sağlanmak üzere getirildiğini belirtmektedir. Başka bir deyişle 15.madde; gıyabî hüküm verilmesine sebep olan tebligat usulünü bulmak amacını taşımamakta yalnızca açıkça belirtilmiş olan usullerden birinin kullanılması dışında başka hiçbir usulün kullanılmayacağını içermektedir.

22 15.madde'nin doğru olarak uygulanması ve bunun sonuçları, konu ile ilgili İlk Karar'ın 28. paragrafında açıkça belirtilmektedir. Bu maddenin etkisinin, yabancı dava işlemlerinin tebliği için getirilen usulün, iç hukukun dava işlemleri için getirilen usul yerine geçmeyeceği biçiminde olduğu düşünülmektedir.

23 Birçok görüş ortaya atılmasına rağmen bu noktada, inandığım geçici çözümün doğru olmadığını ikna edici bulamadım. 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin hükümleri çerçevesinde 15. madde; müzekkere veya benzeri belgelerin yurt dışına tebliğine ilişkindir. Anlaşmadaki düzenlemeler, tebligatın yapılması açısından farklı usuller getirmektedir. Bu usuller; tebligatın, ülkenin merkezi bir otoritesi kanalıyla yapılması (madde 5), konsolosluk veya diplomatik kanalı ile yapılması (madde 8) ve o ülke yetkili merciilerince belirlenecek biçimde yapılması (madde 9) şeklindedir. Ayrıca, herhangi bir ihtirazî kaydın olmaması halinde, 10. madde de oldukça liberal bir tebligat rejimi getirmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

24 Belgerin yurtdışına gönderilmesinde 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin içerdiği bir tebligat usulünün kullanılmamış olduğu durumlar açısından 15. madde, mahkemenin bu durumda bile hüküm vermesine imkân sağlamaktadır. Başka bir deyişle bu madde, geçerli tebligat usullerini belirtmemekle birlikte, mahkemenin bir hüküm verebilmesi için gerekli olan tebligat usullerinin asgarî niteliklerini içermektedir. Bu suretle belgelerin, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nde yer alan tebligat usullerinden biri ile gönderilmesi veya tebliğinde, mahkeme vereceği hükmü tebligat esasına dayalı bir iddia üzerinden gerçekleştiremeyecektir. Bu madde, davalıyı (a) veya (b)'de belirtilen usuller ile kendisini savunmak üzere yeterli zamanın verildiği usullerden biriyle yapılan tebligattan daha az lehte şartlar içeren bir tebligatın yapılması suretiyle alınacak bir hükme karşı korumaktadır.

25 Bu açıdan her zaman, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin hükümleri çerçevesinde belirlenmiş tebligat usullerinden birini uygulamak gerekir. Tebligatın yapılacağı akit ülkenin 10. madde'ye getireceği ihtirazî kayıt, buradaki tebligat usulünün kapsam dışı bırakılmasına sebep olacaktır. 15. maddeyi bu şekilde anladığımız takdirde, maddenin akit ülkelerce getirilen ihtirazî kayıtları etkisiz bıraktığı ortaya çıkmaktadır..

26 Tebligat usulünün, Türkiye'deki yerel dava işlemlerinin tebliğindeki usule uygun olması durumu, mahkemenin bir hüküm verebilmesine imkân sağlayacaktır. Ancak bu usulün Türk usul hukuku açısından, yabancı dava işlemlerinin tebliğindeki usule aykırı olması halinde, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nin 15.maddesi, mahkemenin gıyabî bir hüküm alması için alternatif bir tebligat usulü getirmemektedir.

27 Bu açıdan olayımızdaki tebligat usulü, CPR 6.24 (a) kapsamında Türk hukukunca kabul edilmemektedir. Bu usul, Türk iç hukuku tarafından kabul edilse bile, yabancı yargılama işlemlerinin tebliğinde kabul edilen bir usul değildir. Buradaki usul, Türkiye'nin 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'ne koymuş olduğu ihtirazî kayıt sebebiyle kapsam dışı bırakılan bir tebligat usulü olarak CPR 6.24 (a) kapsamına girmemektedir. Bu usul, dava dilekçesinin 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'ne taraf ülkelerden birindeki davalıya tebliğinde kullanılan CPR 6.25 (1) kapsamındaki tebligat usullerinden biri de değildir.

28 Davacının, tebligat konusundaki hataların giderilmesi yönündeki CPR 3.10 ve tebligattan vazgeçilmesine yönelik CPR 6.9 kapsamında mahkemeye yapacağı taleplere bağlı olarak, verilen hükmün CPR 13.2 kapsamında iptalini gerektirmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

29 Davacı adına görüş beyan eden Bay Smouha, Yüksek Mahkeme'nin düzenlemeleri çerçevesinde CPR 3.10 ile ilgili görüşlerini arzetmiştir. Tebligatın amacı, yargılamayı davalının dikkatine sunmaktır. Mahkemenin, kendi yargılama yetkisi dışındaki bir yere tebligat yapması durumunda, tebligata ilişkin olarak ortaya çıkabilecek usulsüzlükleri giderme yönünde çözüm üretecektir. Olayımızda, davalının eylemi, mahkemenin müdahalesini gerektirmiştir. Davalı, son duruşmada, kendisinin konuya ilişkin herhangi bir iddiada bulunmadan çok önce yargılamadan haberdar olduğunu kabul etmiştir. Davalı tebligatı aldığını kabul ettiği Aralık 2001 ve Mayıs 2003 tarihleri arasında, bu konuyla ilgili olarak İngiliz avukatlarına herhangi bir talimat vermemiş ve neden talimat vermediği konusunda da tatmin edici bir açıklama getirememiştir. 17 Mayıs 2003 tarihinde Dubai'deki tenfiz işlemlerinin ertelenmesi kararını aldığında, İngiliz mahkeme kararının iptali yönünde başvuru yapmıştır. Buna göre, Türkiye'deki yerel dava işlemlerine uyan usullerle yapılan tebligatların geçerli olduğu sonucuna varılabilir ve bu sebeple, mahkeme tebligatta ortaya çıkan kusuru gidermek durumundadır. Davalı hakkında, tebligatı almış olması gereken zamandan önce hüküm verilemez. Tebligattaki hatanın giderilmesine dönük olarak mahkemeye yapılan talep, CPR 13.2 kapsamındaki haller için sözkonusu olmaktadır. Çünkü; CPR 3.10'un Türkiye'deki tebligatı geçerli hale getirmek üzere uygulanması, mahkeme hükmünün yanlış olarak verilmesinden değil bu tebligatın kabul edilmemiş olması ve böylece, gıyapta hüküm verilmesine neden olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda, mahkeme tarafından verilmiş olan hükmün iptaline yönelik bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, durumu CPR 13.3 kapsamında iptali mahkemenin takdir hakkına bırakmak gerekir.

30 Bay Smouha, Temyiz Mahkemesi'nin "*The Golden Mariner*" kararını, kendi görüşlerine dayanak almaktadır.

31 Belirtilen görüşlerin sonucunda; CPR 6.24'ün, yargılama yetkisi dışına yapılacak tebligat usullerini içermesine rağmen, İngiliz Mahkemeleri'nin farklı bir tebligat usulünü kullanma yönünde bir takdir hakları olduğu, ancak bu çerçevede belirlenen usulün, tebligatın yapıldığı ülke hukukunca geçersiz olabileceği ifade edilmiştir. Bu sonuç, bir ülkenin kendi sınırları dışında hüküm vermesinin bir sonucudur. Bu durum, İngiliz mahkemelerinin kabul etmekte uzun süredir tereddüt ettiği ve CPR 6.24(2)'deki yetki esasına uygun olmayan bir yaklaşımın ürünüdür.

32 *The Golden Mariner* davası, CPR 3.1'in selefi olan RSC[4] 2, kural 1

---

[4] Bu kısaltmanın ingilizce olarak açılımı; "*Rules of Supreme Court* "dur. Türkçeye, "Yüksek Mahkeme Normları" olarak tercüme etmemiz mümkündür.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kapsamındaki başvuru ile ilgilidir. Aşağıdaki hususları içermektedir:

"1

(1) Dava işlemlerinin başında veya başladığını gösteren herhangi bir aşamada veya bu dava işlemleri ile ilgili olarak, bir hatanın sözkonusu olması durumunda bu hata usulî bir hata olarak değerlendirilecek, dava işlemlerinin, bu işlemlerin herhangi bir bölümünün veya bunlara ilişkin herhangi bir belge veya kararın iptaline sebep olmayacaktır.

(2) 3. paragrafa istinaden mahkemenin, hatanın ortaya çıktığı dava işleminin bir kısmını veya tamamını, bu dava işleminin herhangi bir aşamasını veya ilgili herhangi bir evrakı, hüküm veya bu hüküm içerisindeki bir emri iptal edebilir. Mahkemenin kendi yetkisini kullanarak, gerekli olduğu ölçüde, usule ilişkin bu düzeltmeyi yapması veya dava işlemleri ile ilgili olduğunu düşündüğü bir kararı vermesi mümkündür."

33 Yargılama yetkisi dışındaki davalılara tek taraflı olarak tebligat yapılmış, hepsi aynı olan müzekkerelerin altı tanesi davalılara gönderilmiş ancak müzekkerelerden bir tanesi, yanlış davalıya gönderilmiştir. Davalılardan yedinci olanına, hiçbir müzekkere tebliğ edilmemiş yalnızca bütün davalıların isimlerinin yazılı olduğu bir tebligat örneği gönderilmiştir. Buradaki temel konu, mahkemenin yargılama yetkisi kapsamında ortaya çıkan bu durum kapsamında, RSC 2, kural 1 çerçevesinde takdir hakkını kullanıp kullanamayacağıdır. Philips J., konuya ilişkin aksi görüş beyan etmektedir. Temyiz Mahkemesi, altı davalı ile bağlantı kurulduğunu, müzekkereyi almamış olan davalı ile de çoğunluk kararı ile (McCowan LJ ve Sir John Megaw) ilişki içerisine girildiği hükmünü vermiştir. Sonraki olayda, tebligat örneği dışında başka bir belgenin tebliği ihmalî bir işlemdir. Ancak buradaki hata, bir işlemin yapılmamış olması sebebiyle kuralların gerekleri ile örtüşen bir hata değildir. Bu konuda, Lloyd LJ. ve Philips J. aynı görüşü paylaşmaktadır.

34 McCowan LJ. ve Sir John Megaw, sonradan ortaya çıkan davalı hakkında karar vermişler, dava işlemleri ile ilgili bir girişimde bulunulduğunu ancak hangi evrakın gönderileceğinde bir hata ortaya çıktığını belirtmişlerdir. RSC 2, kural 1 kapsamında getirilen düzenlemelere aykırı olmayan bir kusur söz konusudur.

35 RSC 2, kural 1, CPR 3.10'a nazaran daha açık ve ayrıntılı bir biçimde kaleme alınmıştır. Özellikle "dava işlemlerinin başlangıcında veya dava işlemlerinin başladığını gösteren bir aşamada" gibi ifadele-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rin kullanılması, mevcut bir hatadan kaynaklanan ve yargılamanın devamını başarısız kılan girişimleri işaret etmektedir. Bu ifadelerin kullanımı, müzekkere olarak nitelendirilmeyen belgeleri de içerecek kadar geniş kapsamlıdır. CPR 3.10, usulî olan ve dava işlemlerinin herhangi bir aşamasını geçersiz kılan hataların giderilmesi yönünde işlev görmektedir. Dava işlemleri, mahkemenin dava dilekçesini çıkarması ile başlamaktadır.(CPR 7.2 (1)). Dava dilekçesinin ülke içine veya dışına tebliği, dava işlemleri ile ilgili bir aşamadır. Bu sebeple, CPR 3.10'un ifadesinden, (a) altında yapılan yargılamada tebligatta ortaya çıkan hatanın bu tebligatı geçersiz kılacağı ve (b) altında yapılan yargılamanın bu tür hataları gidereceği anlamı çıkarılmaktadır.

36 Ancak bu kural nelere uygulanacaktır? Bu kural, geçerlilik esasına dayalı dava işlemlerinin hangi aşamasında ortaya çıkan hataların giderilmesine dönük olarak uygulanacaktır?

37 Bu soruya verilen cevabın evet olması, dikkate değer olacaktır. Mahkeme tebligatın geçmişe yürürlüğünün geçerli olduğu yönünde bir karar alacak ve bu durum, davalının (geçersiz olan) tebligatı kabul yükümlülüğü ile birleşerek, onun bu süreç içerisinde başka bir yükümlülüğünü gerektirmeyecektir. Böylece, geçerli bir tebligat için mevcut esasları geçmişe etkili olacak biçimde yaratmak ve hatalı olarak verilmiş hükmü haklı kılmak mümkün olacaktır.

38 Temyiz Mahkemesinde görülen *Elmes v Hygrade Food Products plc* davasında, CPR 3.10'un uygulanmayacağı ve bu bağlamda geçmişe etkili olacak CPR 6.8 kapsamında alternatif bir usulün uygulanması gerekecektir. Bu dava, tebligatın davalıların kendileri yerine, sigortacılarına yapılmasından kaynaklanan, tebligattaki usulsüzlüğe ilişkin bir davadır. Dava süresinin son gününde dava dilekçesi tebliğ edilmiş yani dilekçenin tebliği için geçerli olan dört aylık sürenin son gününde usulsüz olarak tebliğ edilmiştir. Tebligatın geçmişe yürürlüğü kabul edilmedikçe, bu iddia zamanaşımına uğramış olacaktır. Simon Brown LJ.'nin vermiş olduğu karardan anlaşıldığı üzere, davanın bu niteliği, mahkeme kararının gerekçesinde yer almamıştır.

39 Görülen davada, CPR 3.10'nun uygulanamazlığı yönünden, *Elmes v Hygrade Food Products plc* davasına nazaran daha açık ifadeler içermektedir.

40 Bu kuralın geçmişe etkili olacak biçimde uygulanabilme yöntemlerinin sınırlarını açıklamaktadır. Özellikle, usulsüz tebligatı geçmişe yönelik olarak geçerli kılma amacı ile CPR 6.8'in kullanılmamış olmasının sonuçlarından kaçınmak için kullanılamaz. Aynı zamanda, tebligatı kabul yükümlülüğünün ihlâli halini yaratmak ve bu sebep-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

le verilen gıyabî hükmü haklı göstermek amacıyla da geçmişe dönük olarak kullanılamaz Bu durum mahkemelerin CPR 3.10 (2) kapsamında hataları gidermek üzere takdir yetkisini kullanabileceği bir yöntem değil, ancak CPR 3.10(1)'in amacı olan bir hususdur. Buna göre, Temyiz Mahkemesinin *The Golden Mariner* davasındaki yaklaşımı, CPR 3.10'un amacına uygulanmaz.

41 CPR 3.10(1) yargılama yetkisi dışına yapılan usulsüz tebligatı, geçerli hale getirecek biçimde genişletilemez ve CPR 3.10(2) kapsamında, bu tebligatın geçmişe yürürlüğünü sağlayacak bir hüküm yoktur. Bu açıdan böyle bir hatanın giderilmesi yönünde takdir hakkı kullanılmamalıdır, bu durum tebligatın yapıldığı ülke hukukuna aykırı bir tebligat usulünün kullanıldığı hallerde yargılama alanı dışındaki davalıya yönelik sürecin bir sonucudur.

42 Tebligatın kabul edilmediği hallerde, davacının mahkeme kararını haklı göstermek amacıyla tebligatın geçmişe yürürlüğünü ileri sürdüğü hallerde, davalının tebligatı kabul süresi içerisinde kendisine yöneltilen iddiadan haberdar olmuş olsa bile tebligattaki hatanın giderilmesi açısından takdir hakkının kullanımını uygunsuz olacaktır. Davalının kabul yükümlülüğü olmadığı halde kabul ettiği tebligatın geçmişe yürürlüğü sebebiyle, gıyabında verilmiş olan hükümle bağlı bir konuma düşürülmemesi gerekir.

43 Davacının CPR 3.10 kapsamındaki talebi, bu sebeple reddedilmiştir.

44 CPR 6.9 kapsamında yapılan başvuru, aşağıdaki hususları içermektedir:

> " (1) Mahkeme belgelerin tebliğinden vazgeçebilir.
>
> (2) Tebligattan vazgeçilmesine yönelik talimat için ihbarsız bir başvuru yapılabilir. "

45 Mahkemenin tebligattan vazgeçme kararı vermek suretiyle, Türkiye'de etkili tebligat için hatalı işlemden kaynaklanan durumu geçmişe etkili olacak biçimde gidermesi gerektiği davacı adına ileri sürülmektedir. Başka bir deyişle, davalı resmî olarak bildirimi yapılmayan bir iddia ile yargılama dışı bırakılarak gıyabında verilmiş bir hükümle bağlı hale getirilmektedir. Çünkü, davalı etkisiz olan tebligatı kabul etmemiş, onu bir kenara itmiştir.

46 *Godwin v Swindon Borough Council* davasında davacı, CPR 7.6 (3)'ün getireceği etkilerden kaçınmak istemiştir. Bu madde yalnızca CPR 6.9 kapsamında tebligattan vazgeçilmesi talebi ile tebligat süresinin sona ermesinden sonra bu sürenin uzatılması başvuru yapıldığı ve bu bağlamda mahkemenin dava dilekçesinin tebliği açısından tebligat süresini uzattığı haller için şart koşulmuştur. Temyiz Mah-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kemesi, CPR 6.9'nin, CPR 7.6 (3)'de belirtilen haller dışında geçmişe etkili olarak uygulanamayacağı hükmünü vermiştir.

47 Bununla birlikte, temyiz mahkemesi CPR 6.9 kapsamında, *Godwin* davasındaki hususlar açısından geçmişe dönük olarak uygulama yapılamayacağını kabul ederken, geçmişe etkili olacak biçimde uygulanan davalar olabileceğini ifade etmiştir.Paragraf 3197'de Mummery LJ. şöyle demektedir:

> Vermiş olduğumuz kararda, *Godwin* davasında değerlendirilmeyen veya dikkate alınmayan konu ile ilgili ince bir farklılık vardır.
>
> Öncelikle, CPR 6.2'nin izin verdiği usullerden biri ile dava dilekçesini zamanında tebliğ etmeyen davacının yapmış olduğu talep, CPR 6.9 kapsamında tebligattan geçmişe etkili olacak biçimde vazgeçilmesi için bu yönde bir beyanı gerektirir. Davacı, dava dilekçesini kurallara uygun olarak tebliğ etme ve davalının dikkatine sunma yükümlülüğü içerisindedir. Bu husus, dilekçenin tebliğindeki sürenin uzatılmasından bahseden CPR 7.6(3)'deki sınırlamalardan kaçınma yönündeki bir girişim olarak *Godwin* davasında açıkça görülmüştür.
>
> İkinci olarak, davacı tebligattan vazgeçme kararı almak için CPR 6.2'deki usullerden biri dilekçenin tebliği yönünde etkisiz bir girişimde bulunmuştur. Bu talep nedeniyle, davalının kendisinin veya hukuk müşavirinin bu tebligatı aldığı an herhangi ihtilaf yaratıcı bir iddiası olmamıştır. Davacının bu tebligatı, geçerli bir usulle ve dört ay veya daha fazla bir süre içerisinde tebliğ edilmiştir. İkinci halde davacı, davalıya tebliğ ettiği dilekçeyi, onu gelişmelerden haberdar etmek adına yapmamış ve tebligatı, uygun bir usulle yapmamıştır. Davacı burada, kuralda belirtilen süre dışında davalıya yapacağı tebligat için izin almak durumunda değildir, aksine kurallara uygun olarak dilekçenin tebliğini ispat etme zorunluluğundan muaf tutulmalıdır. Tebligattan vazgeçilmesine yönelik başvurusunun esası ise ikinci bir girişimde bulunmak için haklı bir gerekçenin olmamasıdır. Davalı, dava dilekçesini bu belgenin tebliği süresi içerisinde almıştır. Tebligatın süresi içerisinde yapılmamış olması hususunun dikkate alınmamış olmasından ayrı olarak davalı, mahkemenin süresi içerisinde davalıya ulaşan tebligattan vazgeçmesinin sonucu olarak verilen bir hükme de bağlanmayacaktır. Davacı dilekçeyi tebliğ etmek istese de bunu yapamayacaktır çünkü CPR 7.6(3) kapsamında ek bir süre almamıştır. Davacı, tebligattan vazgeçilmesinin reddine yönelik kararın etkisi altında kalacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

48 Bu yaklaşımı ihtiva eden başvuru, Ch*ambers v Southern Domestic Electric Services Ltd.* davasında, mahkemenin temyiz başvurusunu kabul etmesini sağlamıştır. Bu davada dava dilekçesi, davalı tarafından alınmakta ve tebligat süresinin sona ermesinden önce davalının avukatına sunulmaktadır. Ancak süre sona erene kadar resmî olarak tebliğ edilememektedir. Bu tarihten itibaren davalı sorumluluğunu kabul etmiş ve müzakereler, tazminata kadar devam etmiştir. Çözüm önerisi yapılmıştır. Davayı bu açıdan istisnaî bir vaka olarak değerlendirebiliriz.

49 *Cranfield v Bridgegrove Ltd.* davasında Temyiz Mahkemesi, CPR 6.9'nin geçmişe yürürlüğü hallerini genişletmiştir. 86. paragrafta mahkeme; etkili tebligatın, kayıtlı şirket ofisinde yapılmasıyla sonuç doğuracağı hükmünü vermiştir. Bununla birlikte, tebligatın yapıldığı adresin yanlış olması halinde, mahkeme tebligatın yapılmamasını gerektiren bir durum olduğu kararını alabilir. Kararın 87-88. paragraflarında Dyson LJ. şöyle demektedir:

> "Bu tür durumlara da hakimin CPR 6.9 kapsamında tebligattan vazgeçilmesi yönündeki kararının doğruluğunu tartışmaya gerek yoktur. Bununla birlikte, CPR 6.9'un amacına dönük ilkeler ışığında bu gibi durumlarda tebligatın, CPR 6.4(2) kapsamında davalının vekiline yapılması gerekir. Bizim vermiş olduğumuz kararda, hakim tarafından belirtilen haller, bu davayı istisnaî bir dava haline getirmeyecektir. Ancak biz, bunu takip eden özellikleri vurgulamak istiyoruz. Gönderilen dava dilekçesinin, 15 Mart 2002 tarihinde Branton'a gönderildiği açıktır. Başka bir deyişle, doğru evrak örneği doğru adresteki doğru kişiye gönderilmiştir ve CPR 6.7 uygulanırsa, dört aylık sürenin sona ermesinden önce tebliğ edilmiş olacaktır. Bütün bunların yanısıra Branton, asıl belgelerin davalının kayıtlı ofisine aynı gün içinde tebliğ edildiği hususunda Horwich tarafından bilgilendirilmiştir. Bu tebligattaki tek hata, Horwich'in orijinal dava dilekçesi yerine onun bir fotokopisini göndermiş olmasıdır. Bu bakımdan, Horwich'in Branton'a bu dilekçeyi fax yolu ile yollamış olması halinde, bunun da geçerli bir tebligat olacağı ifade edilmiştir. Fax yolu ile alınan evrak, kopya bir evraktır. Bu dava ile ortaya çıkan koşullar, Anderton'un kriterini karşılamamaktadır. Branton bu evrakı, uygun tebligat usullerinden biri ile almıştır, ancak bu evrak gönderilmemesi gereken kopya bir evraktır.
>
> Bunun gibi olağandışı durumlarda, CPR 6.9 kapsamında, tebligatın yapılmaması doğru olandır. CPR 6.9'a ve 725 (1) bölüme göre yapılan tebligat arasındaki ilişki, tam olarak an-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

laşılmamış olmakla birlikte, tebligatın muhattabı olan kişiye dilekçenin kopyası yerine aslının gönderilmesinin önemi değerlendirilmemiştir. Ancak gelecekte, bu noktaların ne kadar önemli olduğu dikkate alınacaktır. Bu tür hatalar, genel olarak, CPR 6.9 kapsamında bir hüküm verilmesi için geçerli bir sebep olarak değerlendirilemez. Gelecekte bu gibi durumlarda katı bir yaklaşımla, Anderton ve Wilkey'in söylemiş olduklarından yararlanabiliriz."

50 Bu kararlar esas alınarak, CPR 6.9'un yalnızca, tebligat süresinin uzatılması veya dava dilekçesinin tebliğinden vazgeçilmesi kararı ile aynı etkiyi doğuran istisnaî olaylarda, geçmişe yürürlüğü sonucuna varılabilir. Hangi hususların, olayları istisnaî hale getireceği açıklanmamış ancak genel olarak, davalının kendisine yöneltilen iddialardan, tebligat süresi içinde tamamıyla haberdar olması ile tebligatın doğru bir biçimde gerçekleştirildiği sonucuna varılacaktır. Geçerli tebligatın şartları, resmî bir belge dışında henüz herhangi bir belge almamış olan davalıyı kapsamamaktadır.

51 Bütün bu davalar, yargı süreci içerisindeki tebligat müessesesi ile ilgilidir.

52 Görülmüş davalardan yalnızca birinde, CPR 6.9 da belirtilen, yetki alanı dışında yapılan tebligat hususu dikkate alınmıştır. Karar, *Bas Capital Funding Corporation* davasında, Lawrence Collins J. Tarafından verilmiştir. Malta'da görülen bu davada, İngiliz usulü uygulanmış dava dilekçesi ve iddia ile ilgili ayrıntılar; fax ve e-mail ile yollanmış, şirketin kaydında gözüken merkezine, şirket sahibi ve yöneticisinin evine elden götürülmüştür. Uygulanan bütün bu tebligat usulleri, İngiliz ve Malta hukuku açısından geçersiz usullerdir. Davacının CPR 6.9 kapsamında, tebligattan vazgeçilmesine yönelik talebi üzerine, Lawrence Collins J. *Knauf UK v Britsh Gypsum Ltd.* davasına atıf yapmıştır:

"CPR 6.9 aracılığı ile mahkeme, evrakın tebliğinden vazgeçebilir. CPR 6.9'nın sağladığı yetki, istisnaî durumlarda geçmişe dönük olarak uygulanabilir: Anderton v. Clwyd CC (No.2) (2002) 1WRL 3174, 3195. Temyiz Mahkemesi, davacının tebligatı süresinde tebliğ edememesi durumları ile davalının kendisinin veya avukatının geçerli bir usulle gönderilen dilekçeyi aldığı veya gelişmelerden haberdar olduğu durumları ayırmaktadır. Belirtilen son davada davacı, davalıyı gelişmelerden haberdar etmek adına dava dilekçesini tebliğ etme gereği duymamış ancak, tebligat kurallarına aykırı hareket etmiştir. Tebligattan vazgeçilmesine yönelik olarak yapılan başvurunun dayanağı,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

aslında fiilî anlamda sonuca ulaşılmış olan durumu hukukî eksikliklerini gidermek suretiyle ikinci bir girişime bulunmanın hiçbir gerekçesinin olmamasıdır. Davalı mahkemenin tebligattan vazgeçilmesi kararının sonuçlarından zarar görmeyecektir.

Bizim olayımızda, ne İngiliz ne de Malta hukuku açısından geçerli olan bir tebligat vardır. Posta yoluyla tebligat yapılmamıştır. Faks ve e-mail yolu ile yapılan tebligatlar geçersizdir çünkü davalılar, bu şekilde gelen tebligatı kabul ettiklerini yazılı olarak belirtmemişlerdir (Bkz. CPR 6PD 3.1 ve 3.3). Ne CPR 6.4 ne de CPR 6.5 (6), kendisinden beklenenleri yargılama yetkisi içerisinde ortaya çıkarabilir.

Davacılar, dava dilekçesinin Malta hukukuna göre resmî olarak davalılara tebliğ edilmediğini CPR 6.24 kapsamında kabul etmektedirler. Ancak davacılar: (a) davalıların, 4 aylık tebligat süresi içerisinde resmî yoldan olmasa da dava dilekçesini aldıklarını, (b) ilgili bütün dökümanların fotokopilerini aldıklarını, (c) İngiliz avukatlarına talimat verdiklerini ve (d) yargılama sürecinde aktif rol oynadıklarını ileri sürmüşlerdir. Davalılardan herhangi biri ilgili evrakları aldıktan sonraki dört ay içinde ve İngiliz avukatlarınca bilgilendirildiği ölçüde, resmî tebligattan vazgeçmiş veya yargılama yetkisi içinde tebligatı kabul etme yönünde avukatlarından talimat almıştır."

682. paragrafta kararını şu şekilde sonlandırmaktadır:

"Şirket ve yönetim kurulu, kendisilerine gönderilen belgelere 9 Haziran 2003 tarihinden beri sahip olmalarına rağmen, tebligat bu konu ile ilgili duruşma sırasında Malta'da geçerli kabul edilmemiştir. Davalıya, kendisine karşı tam anlamıyla doğru bir tebligat yapılana kadar bu konuda ısrarcı olması hakkı verilmiştir. Usule uygun tebligat, özellikle yargılama yetkisinin esasının tebligata dayandığı uluslararası davalarda önem kazanmaktadır. Bu açıdan tebligattan vazgeçilmesi veya alternatif bir usulle tebligatın yapılması yönünde bir karar vermeden önce tereddütler yaşanmıştır."

53 Davalı, hangi sürede geçerli tebligatın sonuç doğurduğuna ilişkin olarak CPR 6.9'nın uygulanmasına ilişkin değerlendirmeleri geriye bırakmış veya davalı, usulsüz tebligata itirazını geri çekmiştir.

54 *Knauf UK v British Gypsum Ltd.* davasında, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi ve ülkeler arasında imzalanan iki taraflı Sözleşme çerçevesinde Almanya'daki davalıya posta yolu ile tebligat yapılmasına izin verilmediği için, Alman davalıların İngiliz avukatlarına,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

CPR 6.8 kapsamında tebligat yapılması yönünde bir karar verilseydi, tebligatın İngiltere'deki avukata yapılması suretiyle daha çok zaman kazanılmış olacağı hususu belirtilmiştir. Henry LJ., riayet edilecek olan mahkemenin kararını vermektedir:

> "Peters karar öncesinde, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi ve iki taraflı Sözleşme'nin, Almanya'da ikamet eden davalılara yapılacak tebligat usulü konusunda, İngilterede'deki alternatif usulleri içermeyen, emredici ve ayrıntılı hükümler getirdiğini ileri sürmüştür. Hakim, bu anlaşmaların İngiliz dava işlemlerindeki tebligatlar ile ilgili olmadığını işaret eden görüşü kabul etmemektedir. Peters, kararın temyizinde bu görüşünü tekrar etmemiştir. Bununla beraber CPR 6.8'in uygulanması, tebligatın posta yolu gibi doğrudan ve hızlı bir usulle tebliğine izin verilmediği durumlarda, İngiltere'deki davacılar ile Almanya'daki davalılara uygulanacak tebligat kurallarını içeren Sözleşme hükümlerini geçersiz kılmaktadır. Geçerli bir gerekçenin varlığı halinde, tebligatın alternatif yollarla yapılması yönünde istisnaî bir kararın alınabilmesi gerekli olabilir. Almanya'ya yapılacak olan tebligatta İngiliz uygulamasının getirdiği başlıca tebligat usulü ile ilgili olarak neyin ortak olduğu dikkate alındığında, hızlı tebligat hususu bir gerekçe olarak değerlendirilemeyecek kadar ihtimal dışıdır. Davacıların her zaman için hızlı tebligat arzu etmelerine rağmen, alternatif usuller öncelikli olarak kullanılacak usuller haline gelmelidir."

55 Brüksel Konvansiyonu'nun yargılama şartları ile ilgili olarak getirdiği hüküm aşağıdaki şekilde devam etmektedir:

> "Bu yaklaşımların ışığında, olayda CPR 6.8 kapsamında geçerli gerekçelerin varolup olmadığı meselesini özetlemiş olduk. Aikens J.'ye yapılan başvuru, bütün tarafların tek bir mahkemeye davet edilmesi esasına dayandırılmıştır. Olağandışı bir tebligat biçimi talep edilmiş, ancak bu geçerli bir tebligatın yapılması için değil, tarafın kendi ikametgâh mahkemesinde dava açmak üzere yetkilendirilerek, yabancı taraf (Peters) üzerinde yargılama yetkisi kurma amacı taşımaktadır. Birleşik Krallık ve Almanya arasındaki tebligat ile ilgili anlaşma, kabul edilen usullerin yetersiz kaldığı durumları kurtarmak ve yargılamayı İngiltere'de kurmak amacıyla alternatif usullerin kabul edilmesi bağlamında değerlendirilmelidir.
>
> Kararımızda, İngiltere'deki yabancı davalıya alternatif usulle bir tebligat emri verilmesinin haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Tebligatın geçerliliği ve sonuçlarına ilişkin herhangi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bir sıkıntının söz konusu olmaması halinde, Birleşik Krallık ve akit taraf aralarında yapacakları anlaşma ile tebligat ve yargılama yetkisine ilişkin prensipleri düzenleyeceklerdir. Bu yalnızca takdirî bir mesele değil, aynı zamanda bir prensip meselesidir.

56 Bu karar, CPR 6.8'in uygulanabilirliği ile ilgili olmasına rağmen, belirtilen ilkeler CPR 6.9'un geçmişe yürürlüğü ile ilgilidir. Özellikle, Brüksel Konvansiyonu'nun yargılama önceliği ilkesi doğrultusunda, 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi kapsamında aranan şartların değiştirilmesi yönündeki uygulaması karşı ciddi bir hoşnutsuzluk yaratmıştır. Bu meseleler, 36. ve 37. paragraflarda belirtilmiştir. *Bas Capital* davası herhangi bir uluslararası tebligat anlaşması ile bağlantılı değildir. Bu açıdan Lawrence Collins J., bu davada CPR 6.9'un kullanılmasına dönük tereddütlerini dile getirmiştir.

57 CPR 6.8 ve 6.9'un içeriği, ilgili ülkeler arasındaki tebligat anlaşmasına aykırı bir tebligattan kaçınmak veya önceki tebligatın yerine geçmek amaçlarıyla genişletiliyorsa, ne CPR 6.8'in ne de CPR 6.9'un uygulanması söz konusu olacaktır. Tebligattan vazgeçilmesinin etkisi davalıyı daha önceki durumu ile aynı pozisyona sokarsa veya tebligat anlaşmasının kabul ettiği bir usulle yapılmış geçersiz bir tebligat ise, CPR 6.9'un geçmişe yürürlüğüne yönünde bir karar verilmesine gerek yoktur. Uluslararası anlaşma çerçevesinde yabancı davalı aleyhine girişilen hukukî takibat, bu anlaşmanın aradığı birtakım şartlardan kaçınmak amacıyla farazî bir araç vasıtasıyla geçersiz kılınamaz. Bu durum, uluslararası nezaketin temel prensibi olarak ortaya çıkmaktadır.

58 Ayrıca, CPR 6.9'un usulsüz tebligatı gidermek üzere geçmişe etkili olacak biçimde uygulandığı ileri sürülse bile davalının, yapılan talep doğrultusunda, alacağı bu tebligatı geçmişe etkili olacak biçimde kabule zorlanması söz konusu değildir. Geçersiz bir tebligatın kabul yükümlülüğü bulunmamaktadır. Buradan, madde'nin geçmişe dönük olarak uygulanması talebiyle hatalı bir hüküm verilmesine temel teşkil edeceği sonucu çıkarılmaktadır.

59 Bütün bu sebeplerle, davalının hatalı hükmün iptali yönündeki başvurusu başarılı olmuştur. Davacının CPR 3.10 ve CPR 6.9 ile ilgili başvuruları reddedilmiştir. Verilen karar ile hatalı hüküm, CPR 13.2 kapsamında iptal edilmiştir. CPR 13.3 kapsamında takdir hakkının kullanılmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Davalıya, CPR 13.2 gereği yetki verilmiştir. Davacı, tebligat usulünü 1965 La Haye Tebliğ Sözleşmesi'nde belirtilen ve Türkiye'nin ihtirazî kayıt koymadığı bir usule bırakmalıdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TACİR YARDIMCILARI

*Prof. Dr. Ömer TEOMAN**

1. Tacir Yardımcılarının Varoluş Nedenleri

Bir ticarî işletmeyi kendi adına ve hesabına işlettiği için tacir sıfatını kazanan bir kimse (TK 14/I), faaliyetini sürdürebilmek için, olayların büyük bir çoğunluğunda, üçüncü kişilerin yardım ve hizmetlerine gereksinim duyar.

Gerçekten, esnaf sınırını güçlükle aşan (TK 17) "küçük tacir"ler bir yana bırakılacak olursa, gerek gerçek kişilere ait bireysel gerek sahipleri ortaklık tüzel kişileri olan ticarî işletmelerin bünyesinde değişik yetki ve görevlerle donatılmış, kimileri işletmede sürekli bir biçimde hazır bulunan ve tacirden yapacakları iş konusunda emir ve talimat alan, kimileri de katkısını dışarıdan, yani bizzat sahibi bulunduğu bir işletmeyi çalıştırmak sureti ile, bağımsız bir biçimde sağlayan, farklı konumdaki yardımcıların yer aldığı gözlemlenebilir. Bunun gibi bir ticarî işletmeyi örneğin bir küçük ya da kısıtlının adına ve hesabına işleten ve TK 15 uyarınca bizzat tacir sayılmayan veli ya da vasi gibi kişiler de, söz konusu faaliyetleri sırasında üçüncü kişilerin hizmetlerinden yararlanabilirler. Nihayet ister gerçek ister tüzel kişi olsun, tacirin faaliyetini kendi merkezi dışına taşırıp genişletmek arzusunu duyduğu her durumda ya bir şube kurup, kendisi aynı zamanda hem merkezde hem de şubede bulunamayacağı için, şubenin başına kendisini temsil ile yetkili üçüncü bir kişiyi görevlendirmek zorunluluğu ile karşılaşacağı ya da eğer şube kurmak istemiyor ve/ya işlerinin yoğunluğu henüz bunu gerekli kılmıyorsa, bu kez uğraşısı ve bunun sonucu olan ürünlerini söz konusu yer veya bölgede müşterilere kendisine yardımcı olacak üçüncü kişiler aracılığı ile sunmak durumunda kalacağı ortadadır.

Bu söylediklerimizi şu somut örnekle canlandırabiliriz: İstanbul Levent'te ticarî işletme boyutunda bir kebapçı işleten tacir (A), anılan lokantasında her gün mezbahaya giderek kendisine uygun etleri satın almakta yardım eden bir kişiye, etleri mutfakta işleyerek kebap haline dönüştürmekte katkıda bulunan bir ya da birkaç görevliye, ekmekleri ve lahmacunları fırında taze olarak yapacak bazı yardımcılara, etleri ocak başında pişirecek birden fazla kişiye, mutfakta maydanoz, roka ve soğanları ayıklayıp,

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hazırlayacak müstahdemlere, müşterilerin rezervasyonlarını yapıp, onları masalarına yerleştirmekle görevli bulunan şef garsona, müşterilerin siparişlerini alıp, bunları mutfağa ve ocakbaşına ileten, hazır olan siparişlerin masalara servisini sağlayan garsonlara ve bunlara yardım eden komilere, nakit ya da kredi kartı ile ödenen hesapları alan muhasebe yetkililerine, kışın vestiyere bakan ve bazen değişik markalı sigaraları da hazır bulundurup, isteyenlere satan kişilere, her akşam lokantayı süpürüp, silen temizlikçilere ve müşterilerin otomobillerinin caddeye park edilmesine yardım eden birden fazla şöföre gereksinim duyacağı açıktır.

Hiç kuşkusuz, sınırlayıcı olmamak üzere ve sadece örnek olarak anılan bu kişilerin büyük bir bölümü tacir (A)'nın sürekli olarak işletmesinin bünyesinde yer alan, başka bir söyleyiş ile, ona bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olan ve yine kendisinden emir ve talimat alan kişilerdir. Ne var ki, örneğin mezbahadan et alımında yardımcı olan kişi bakımından bu tür bir bağlılığın varlığı zorunlu olmayıp, sözü edilen kişi görevini pekâla yarım zamanlı olarak, başka bir söyleyiş ile (A)'ya bir hizmet sözleşmesi ile bağlı bulunmaksızın da yerine getirebilir. Öte yandan verdiğimiz örnekte anılan kişilerden bir bölümünün, diyelim mutfakta soğan ayıklayan ya da bulaşıkları yıkayan görevlilerin, sadece işletmenin iç bünyesinde yer aldığı, farklı bir anlatımla, bunların müşteriler ile hiçbir temas ve ilişkilerinin bulunmadığı, buna karşılık şef garson, garson, vestiyer ve oto park görevlileri gibi diğer bazılarının ise kebap yemeye gelen müşterilerle az ya da çok belirli bir temaslarının bulunduğu muhakkaktır. Görüldüğü gibi, ilk grupta yer alanların tacir (A)'yı kesinlikle temsil etmeleri söz konusu olmadığı halde, şef garson başta gelmek üzere ikinci grupta yer alanların bazı görevlerini (A)'yı temsilen yerine getirdikleri söylenebilir.

Şimdi bir aşama daha ileri giderek tacir (A)'nın işletmesinde sattığı kebapların ününün giderek artmaya başladığını ve İstanbul'un Kadıköy yakasında oturanların (A)'ya bu kez de Bostancı'da yeni bir lokanta açmak konusunda ısrar ettiklerini varsayalım. Hiç kuşkusuz, Levent'teki dükkânının başında bizzat duran ve onun tüm faaliyeti ile kişisel olarak ilgilenen (A) yukarıda örnek olarak saydığımız benzer kişilere Bostancı'daki şubesinde de aynen görev vermek zorunda olduğu gibi, burada kendisini geniş bir biçimde temsil etmeye yetkili bir yardımcıya da gereksinim duyacaktır.

Bunun gibi fabrikası İstanbul'da bulunan ve kumaş üretimi ile uğraşan (Ş) anonim ortaklığı, her yıl Adana'daki pamuk üreticileri ile bağlantı kurarak onlardan kaliteli pamukları satın alan bir kişiyi, üretilen kumaşları diyelim Ankara ya da İzmir'de sürekli olarak pazarlayan bir başka aracıyı, nihayet bazen de kumaşları ayda sadece bir kez müşterilerin bulunduğu yere kendi kamyonu ile götüren yardımcıları görevlendirebilir.

Yukarıda verdiğimiz her iki örnekten ortaya çıkan sonuç şudur: Tacir ti-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

carî işletmesini işletirken, tüm faaliyeti tek başına yürütemeyeceği için, üçüncü kişilerin de hizmetlerinden yararlanır. Bu üçüncü kişilerden bazıları sürekli biçimde tacirin işletmesinin içinde hazır bulunur ve görevlerini tacirden aldıkları emir ve talimat doğrultusunda yerine getirirken, diğer bazıları işletmenin içinde yer almaz, tacire bir hizmet sözleşmesi ile bağlı bulunmaz ve faaliyetlerini bizzat kendilerinin sahibi bulundukları ticarî işletme aracılığı ile ifa ederler. Bir başka açıdan yardımcıların bazıları anılan görevlerini sürekli bir biçimde yerine getirirken, diğerlerinin görevi somut bir işin tamamlanması ile birlikte sona erer. Nihayet tacire yardımcı olan kişilerden bazıları kapsamı az ya da çok, onu temsil ederlerken, diğerlerinin taciri temsil yetkisi bulunmaz.

Aşağıda açıklamalarda sağlayacağı kolaylık göz önüne alınarak, tacir yardımcıları değişik açılardan sınıflandırılacaktır.

2. Tacir Yardımcılarının Sınıflandırılması

2.1. Düzenlendikleri Yer Açısından

Hukukumuzda tacir yardımcılarının bir bölümü BK'da, diğer bir bölümü de TK'da düzenlenmiş, bazı tacir yardımcıları ise anılan her iki yasa dışında kalan başkaca yasalarda hükme bağlanmıştır.

Gerçekten, Türk hukukunda BK'da düzenlenen tacir yardımcıları ticarî mümessil (BK 449-452), ticarî vekiller (BK 453) ve gezici tüccar yardımcısı diye de adlandırılabilecek olan seyyar tüccar memuru (BK 454)dur.

Buna karşılık acenta sadece TK'da (TK 116-134) ve özel konumdaki taşıma işleri komisyoncusu (TK 808-815) bir yana bırakılırsa, komisyoncu yalnızca BK'da (BK 416-430) hükme bağlanmıştır.

Nihayet tellâl ise hem BK'da (BK 404-409) hem de TK'da (TK 100-115) düzenlenmiştir.

Hemen belirtelim, bazen tek başına bazen de birlikte olmak üzere karşımıza çıkan bu *çifte düzenleme*nin gerekçesi, İsviçre'de BK'dan ayrı bağımsız bir TK'nun bulunmaması ve 1926 yılında İsvBK iktibas edilirken orada BK içinde yer alan ticarî mümessillik, ticarî vekillik ve gezici tüccar memurluğu ile ilgili hükümlerin dilimize çevrilmek sureti ile aynen Türk sistemine aktarılmasıdır. Aşağıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere, örneğin ticarî mümessilin hem ticarî işletmelere hem de esnaf işletmelerine tayin edilebileceği, başka bir söyleyiş ile, ticarî mümessilin yalnızca tacire değil ve fakat aynı zamanda esnafa da yardım edebilmesi nedeni ile kurumun BK'da düzenlenmesine karşı çıkılmayabilir. Bu söylenenler gerek ticarî işletmeler gerek esnaf işletmeleri ve giderek tacir ya da esnaf dahi olması gerekmeyen kişiler arasında aracılık yapabilen komisyoncu açısından da aynen geçerlidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Buna karşılık, hükümlerin birbirine çok benzediği dikkate alınacak olursa, yasakoyucunun tellâllık kurumunu hem (ticarî olmayan anlamında âdi işler tellâllığı olarak) "tellâllık" adı altında BK'da hem de "ticaret işleri tellâllığı" başlığı altında ayrıca TK'da düzenlemesinin herhangi bir yarar ve anlamının bulunmadığı ortadadır.

Aşağıdaki açıklamalarımızın ilke olarak *tacir yardımcılarını* hedef alacağı, bu nedenle de (âdi işler) tellâllığı ile ticarî nitelik taşımayan komisyonculuğun incelenmeyeceği vurgulanmalıdır.

Nihayet yasakoyucunun TK'nu yürürlüğe koymadan önce ticarî mümessil, ticarî vekil ve gezici tüccar memuru ile komisyonculuğa ilişkin hükümleri BK'dan çıkararak TK'na dahil etmemesinin altında, anılan kurumların sadece ticarî işletmeler değil, esnaf işletmeleri arasında, hatta bu iki sıfatı dahi taşıması zorunlu bulunmayan kişiler arasında faaliyet gösterebilmelerinin yanı sıra BK'daki madde numaralarını bozmama düşüncesinin de yattığı eklenebilir.

2.2. Tacire Bağlı Olup Olmadıkları Açısından

Bilimsel öğretide tacir yardımcıları hakkında yapılan en yaygın sınıflandırma, bunların bağlı olup olmadıkları açısından yapılanıdır. Bu anlamda ticarî mümessil, ticarî vekiller ve gezici tüccar yardımcısının *bağlı*, tellâl ve komisyoncunun *bağlı olmayan* ya da *bağımsız* tacir yardımcıları olarak nitelendirildiklerini, acentenin ise, bunun gerek bağlı gerek bağımsız tacir yardımcılarına ilişkin özellikleri bünyesinde birlikte toplaması nedeni ile, ortada bir konumda olduğundan söz edildiğini eklemek isteriz.

Bu noktada üzerinde durulup, aydınlığa kavuşturulması gereken husus, bir yardımcının hangi ölçütlere göre "bağlı" ya da "bağlı olmadığı"ndan söz edilebileceği, yani onun ne zaman bağımsız bir konumda bulunduğu sonucuna varılabileceğidir.

Hemen belirtelim, ortaya koyduğumuz bu sorunun çözümünde bir yardımcının tacire yıllardan beri hizmet etmekte bulunması ya da sadece onunla çalışıyor olması gibi özellikler dikkate alınamaz. Nitekim, aşağıda görüleceği üzere, bir ticaret işleri tellâlı yıllardan beri hep ve sadece aynı tacirler arasındaki işlemlere aracılık etse dahi, o anılan bu her iki taraftan hiçbirisine bağlı sayılamayacağı, yani hep bağımsız konumda kalacağı gibi, bir komisyoncunun da her zaman ve sadece bir tacirin satın alacağı taşınır niteliğindeki mallarda, diyelim pamuk alımında aracılık etmesi, ona bağlı ya da tâbi bir sıfat tanınmasına yeterli değildir.

Bir tacir yardımcısının tacire bağlı ya da tâbi olup olmadığı değerlendirilirken göz önüne alınacak başlıca husus, sözü edilen yardımcının tacirin işletmesinin bünyesinde yer alıp almadığı, tacire bir hizmet sözleşmesi ile bağlı bulunup bulunmadığı, yani onun işçisi ya da müstahdemi olup olma-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dığı, nihayet ve hepsinden önemlisi faaliyetini tacirin emir ve talimatı altında yürütüp yürütmediğidir.

Soruna bu açıdan yaklaşıldığında, yukarıdaki lokanta örneğinde et alımını yapan, mutfakta etleri hazırlayan, ocak başında kebapları pişiren, müşterileri karşılayan ve onlara hizmet eden tüm kişilerin tacir (A)'nın işçisi ve/ya müstahdemi oldukları ve bunların tacirin belirlediği kuralların dışında görev yapmalarının kesinlikle olanaklı bulunmadığı sonucuna ulaşılması kaçınılmazdır. Buna karşılık İstanbul'da kumaş fabrikasına sahip olan (Ş) anonim ortaklığının hesabına Adana'da pamuk satın alan kişi ya da orada (Ş)'nin kumaşlarını sürekli olarak pazarlayan bir diğer aracı gibi yardımcıların, hiç kuşkusuz, (Ş)'nin çizdiği sınırlar içinde kalmak koşulu ile, kendi bağımsız ticarî işletmeleri çerçevesinde, kişisel faaliyetlerinin koşullarının belirleyebilecekleri ve bunların örneğin hangi saatler arasında çalışıcakları konusunda kesinlikle tacirden herhangi bir talimat almaksızın faaliyet gösterebilecekleri açıktır. Bu sonunculara, tacirin öngördüğü sonuç önem taşıdığı için, bunun nasıl ve hangi zamanda gerçekleştirildiği değil, bizatihî sonucun gerçekleşip gerçekleşmediği önem taşır. Bağlı olmayan ya da bağımsız tacir yardımcıları tacire bir hizmet sözleşmesi ile bağlı bulunmadıkları gibi, diyelim kendi çalıştırdıkları kişilere ödeyecekleri ücreti de serbestçe saptayabilirler. Buna karşılık tacir ile ona bağlı olmayan yardımcıları, yani bağımsız tacir yardımcıları arasındaki ilişkide, örneğin bir malın satım ya da alım fiyatı yönünden tacirin belirlemelerinin esas alınacağı ya da anılan türden yardımcılara ödenecek ücretin birlikte kararlaştırılacağında kuşku yoktur.

2.3. Taciri Temsil Edip Etmedikleri Bakımından

Tacir yardımcılarından bazılarının taciri az ya da çok temsil etmelerine karşın, diğer bir bölümünün taciri kesinlikle temsil etmeleri söz konusu değildir.

Gerçekten, yine yukarıdaki lokanta örneğine dönecek olursak, tacir (A)'nın Bostancı'daki şubesinin başına getirdiği ticarî mümessilin onu çok geniş bir biçimde temsil yetkisine sahip bulunduğu, buna karşılık diyelim Levent'teki iş yerinde müşterilere hizmet sunan garsonun, ancak hesabı bizzat tahsil edebilmek koşulu ile sınırlı bir biçimde temsil edebileceği, İstanbul'daki kumaş fabrikasının yetkilileri ile Adana'daki pamuk üreticilerini sözleşme yapmak üzere karşı karşıya getiren bir aracının taraflardan hiçbirini temsil etmediği, (Ş)'nin mallarını Adana'da sürekli bir biçimde pazarlayan ve sözleşmeleri (Ş)'nin adına ve hesabına imzalayan bir diğer yardımcının ise yine anılan şirketi temsil yetkisi ile donatıldığı görülecektir.

Bir tacir yardımcısının taciri temsil yetkisi örneğin BK veya TK tarafından, yani yasa gereği varolabileceği gibi, bizzat tacirin iradesi sonucunda da doğmuş bulunabilir. Özellikle tacirin bağlanabilmesi bakımından somut bir

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

konuda kendisine açık ve özel bir yetki tanınmış bulunmasının zorunlu olduğu hallerde, durum budur.

Yapılan bu ayrıma göre, örneğin ticaret işleri tellâlının ya da aracı acentanın taciri temsil yetkisinin bulunmadığı anlaşılacaktır.

2.4. Tacir ile İlişkilerinin Devamlı Olup Olmaması Açısından

Nihayet tacir ile bazı yardımcıları arasındaki ilişki sürekli (= devamlı) bir nitelik taşıdığı halde, bir diğer bölümü ile de ilişki bu nitelikte değildir.

Hemen belirtelim, tacir ile yardımcısı arasındaki hizmet ya da acentalık sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması ilişkinin devamlı sayılmasına engel olmadığı gibi, buradaki devamlılığın da tacir yardımcısının faaliyeti, yani onun somut aracılık işini sürekli olarak yapıp yapmadığı (= arızî olarak yapıp yapmadığı) ile de ilgili değildir. Nitekim örneğin ticaret işleri tellâllığının daimî bir faaliyet olarak icrası zorunlu olup, tellâllığın geçici ya da arızî olarak yapılması halinde BK hükümleri uygulama alanı bulur.

Buna karşılık ister âdi işler ister ticaret işleri tellâllığı söz konusu olsun tellâl taraflardan hiçbirine bağlı olmadığı için, bir tacirin sürekli olarak aynı tellâl ile çalışması durumunda dahi, bunların arasında sürekli bir ilişki doğmaz. Değişik bir söyleyiş ile, anılan varsayımda tellâl her yeni iş bakımından ayrıca ve bir kez daha tâyin edilmiş olarak kabul edilir.

Açıktır ki, bu başlık altında değinilen "ilişkinin devamlılığı" kavramından taraflar arasındaki sözleşmenin sonsuza değin ya da taraflar yaşadıkları sürece devam etmesinin zorunlu olduğu gibi bir sonuca ulaşılamaz. Her süreli ilişkide olduğu gibi, bazen sözleşme belirli koşulların doğumu ile birlikte kendiliğinden son bulur, bazen de taraflar sözleşmede ya da yasada öngörülen nedenlere veya haklı sebebe dayanarak ilişkilerine son verebilirler.

2.5. Kitapta* İncelenecek Tacir Yardımcıları

Bu noktada "Ticarî İşletme" başlığını taşıyan bir ders kitabında yukarıda sayılan tacir yardımcılarından hangilerinin incelenmesi gerektiği sorusu hatıra gelebilir.

Hemen belirtelim, ticaret hukuku sadece taciri az ya da çok temsil etmek yetkisine sahip bulunan yardımcılarla ilgilenmek durumundadır. Açıktır ki, yukarıdaki lokanta örneğinde sadece mutfakta görev yapan ve müşterilerle kesinlikle herhangi bir temasa girmeyen ahçı, bulaşıkçı ya da kebapları hazırlayan gibi yardımcılar işletme için büyük bir önem taşırlar. Fakat vazgeçilmez nitelik taşıyan bu yardımcılar iş sahibi konumundaki tacire sadece bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olarak görev ifa ettikleri ve onu üçüncü kişiler

* Bilimsel çalışmanın yazım aşamasında bir kitap olarak yayınlanması düşünüldüğünden, metnin tümünde "kitap" ibaresi kullanılmış ve Sn. Prof. Dr. Ömer TEOMAN'ın talimatı doğrultusunda, tashihte bu ibare aynen muhafaza edilmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

karşısında hiçbir zaman bağlayıcı herhangi bir işlem yapmadıkları için, bunlar görevlerinin kapsamı itibarı ile sadece İş Hukuku'nu ilgilendirirler.

Buna karşılık, ister tacire bağlı olsun ister faaliyetini kendi bağımsız ticarî işletmesinde yürütsün, taciri üçüncü kişiler karşısında temsil eden ve/ya üçüncü kişilerle taciri, bir sözleşme imzalamak üzere, karşı karşıya getiren kişiler Ticaret Hukuku'nun inceleme alanı içinde yer alır. Anılan nedenlerle aşağıda öncelikle ticarî mümessil, ticarî vekiller, gezici tüccar memuru, acenta, tellâl ve komisyoncunun hukukî durumlarının ele alınması ile yetinilecek, buna karşılık salt öğrencilerin aydınlanmasını sağlamak ve acenta ile arasındaki farkları ortaya koyabilmek amacı ile, bir tacir yardımcısı olmamasına karşın, "tek satıcılık" kurumuna da kısaca değinilecektir.

3. Ticarî Mümessil

3.1. Tanımı

Ticarî mümessil BK 449/I'de "Ticarî mümessil, bir ticarethane veya fabrika veya ticarî şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından işlerini idare ve müessesenin imzasını kullanarak bilvekâle imza vazetmek üzere sarih veya zımnî kendisine mezuniyet verilen kimsedir" şeklinde tanımlanmıştır.

Hemen belirtelim, bu tanımın gerek dili gerek içeriği bakımından başarılı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Gerçekten, bir kere yasakoyucu sözünü ettiğimiz hükümde kısaca "ticarî işletme" deyimine yer verebileceği halde, tıpkı TK 11/I'de olduğu gibi, ticarî işletmenin türlerini tek tek saymak yoluna gitmiştir. TK 11/I'in genel olarak ticarî işletme kavramını düzenlediği ve bunun türlerini açıklamayı hedeflediği göz önüne alınırsa, buradaki saymanın zorunlu olduğu kendiliğinden anlaşılır. Buna karşılık BK 449/I'de kanımızca artık buna gerek yoktur.

İkinci olarak hükmün lâfzından ticarî mümessilin sadece bir ticarî *işletmenin sahibi* tarafından atanabileceği gibi bir izlenim doğmaktadır ki, bu doğru değildir. Bir ticarî işletmeyi küçük ve/ya kısıtlı adına işleten veli, ya da vasi her ne kadar tacir sayılmaz (TK 15) ve hiç kuşkusuz işletmenin sahibi konumunda bulunmazsa da, gerekli olan durumlarda bunların da işletmeye bir ticarî mümessil atayabileceklerinden kuşku duyulamaz. Öte yandan ticarî mümessillerin sadece bireysel gerçek kişi ticarî işletmelerine değil ve fakat aynı zamanda örneğin kollektif (TK 160/II) ve anonim (TK 319/II; 342) ortaklıklar gibi ticaret ortaklıklarına da atanabilecekleri göz önüne alınacak olursa, bir kez daha fıkrada kullanılan "sahibi" ibaresinin yerinde olmadığı sonucuna varılabilir.

Üçüncü olarak kanımızca BK 449/I'de ticarî mümessilin "müessesenin imzasını kullanarak bilvekâle imza vaz"edeceğinden söz edilmesi de doğru ve başarılı değildir. Nitekim, aşağıda değineceğimiz üzere, ticarî mümessil, taciri temsil ederken onun imzasını "taklit etmeyeceği" ve doğal olarak işle-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mi kendi kişisel imzası ile gerçekleştireceği gibi, esasen bir ticaret ortaklığında tüzel kişiye ait bir imzanın bulunması söz konusu olamayacağı için, burada da mümessilin örneğin sözleşmeyi kendi kişisel imzası altında yapması son derecede doğaldır. Yasakoyucunun burada kastettiği imzanın gerçek ya da tüzel kişi tacirin *ticaret unvanı altında* atılmasıdır (TK 20/I; 41/I). Gerçekten, bağımsız bir hukuk öznesi olan ticarî mümessilin bir çok işlemi kendi adına ve hesabına da yapması pekâla mümkün bulunduğu için, işlemin taciri temsilen yapıldığını anlayabilmek bakımından işlemin tacirin ticaret unvanı altında imzalanmasının zorunlu olduğu açıktır. Kaldı ki, ticarî mümessil anılan durumda işlemi "vekâleten" ya da "temsilen" gerçekleştirdiğine ilişkin bir ibareye de yer vermelidir.

BK 449/I'de yer alan tanımın başarısız olduğu böylece ortaya konduktan sonra şimdi ticarî mümessil ile ilgili olarak şöyle bir tanım verebiliriz: "Ticarî mümessil, gerçek ya da tüzel kişi tacirleri bazı istisnalar dışında en geniş bir biçimde temsil etmek ve işletmeyi yönetip, işletmenin gerektirdiği olağan nitelikteki tüm işlem ve sözleşmeleri, tıpkı tacirin kendisi gibi, onun adına ve hesabına üçüncü kişilerle gerçekleştirmek konusunda yetkili kılınan, görevini tacirin emir ve talimatı altında ve sürekli olarak yapan bağlı bir tacir yardımcısıdır".

3.2. Atanması

Yukarıda da değindiğimiz gibi, BK 449/I'de ticarî mümessile tanınacak yönetim ve temsil yetkisinin gerek açık (= sarih) gerek örtülü (= zımnî) bir biçimde tanınabileceğinden söz edilmiştir. Bu nedenledir ki, sözü edilen hükmün lâfzından, bir kimsenin kendisine açık bir yetki tanınmaksızın, sadece fiilen bir taciri temsile yönelik işlemleri gerçekleştirmesine ses çıkarmamak sureti ile de tayin edilebileceği gibi bir sonuca ulaşılabilir ki, bu kesinlikle doğru değildir. Bizce BK 449/I'de yer alan bu ibareyi yine BK 449/II'deki hüküm ile birlikte değerlendirip, yorumlamak kaçınılmazdır.

Nitekim BK 449/II uyarınca "Müessese sahibi, vekâletnameyi ticaret siciline kaydettirmeğe mecburdur. Ancak kayıttan evvel dahi mümessilinin muameleleri ile mülzemdir".

Kanımızca tacire ait ticarî işletmeyi yönetmek ve taciri üçüncü kişiler nezdinde temsil etmek üzere görevlendirilen ticarî mümessilin atanması bakımından "yönetim" ve "temsil" yetkileri açısından bir ayrım yapılabilir.

Gerçekten, ticarî işletmenin yönetimi sadece *iç ilişki* alanında gündeme geleceği, değişik bir söyleyiş ile, tek başına ticarî işletmenin yönetimi üçüncü kişilerle temasa geçmeyi ve taciri temsilen onlarla sözleşmeler imzalamayı gerektirmediği için, ticarî mümessile yönetim yetkisinin açık ya da örtülü bir biçimde tanınması olanaklıdır. Anılan nedenle bir tacir ticarî mümessiline iç ilişkideki yönetim yetkisini, herhangi bir yazılı belge ya da söz-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

leşme düzenlenmesi zorunlu olmaksızın, salt sözlü bir görevlendirme ile, giderek fiilen onu işin başına getirmek sureti ile dahi tanıyabilir.

Buna karşılık kanımızca ticarî mümessile temsil yetkisi ancak yazılı bir vekâletname düzenlenmesi sureti ile, yani yazılı şekil koşuluna uyularak tanınabilir.

Nitekim BK 449/II'de yer alan "Müessese sahibi, vekâletnameyi ticaret siciline kaydettirmeğe mecburdur. Ancak kayıttan evvel dahi mümessilinin muameleleri ile mülzemdir" hükmü, yasakoyucunun ticarî mümessilin atanabilmesi bakımından tacirin bir *vekâletname* düzenlemesini zorunlu gördüğünü, ne var ki, anılan vekâletnamenin Ticaret Sicili'ne tesciline kurucu bir işlev yüklemeyip, bunu sadece açıklayıcı bir tescil işlemi olarak kabul ettiğini ortaya koymaktadır.

Yaptığımız bu ayrımın ve ona dayalı yorumun ticarî yaşamın gereksinimleri ile de uyumlu olduğu görüşündeyiz. Gerçekten, bir kere ticarî mümessilin üçüncü kişiler ile yapacağı işlemlerde, özellikle üçüncü kişileri korumak ve onları ileride tacirin somut işlemin kendisini bağlamadığı yolunda bir savunması ile karşı karşıya bırakmamak bakımından, ticarî mümessilin temsil yetkisinin yazılı olarak verilmesinde, yani yasanın ifadesi ile bir "vekâletname" düzenlenmesinde yarar ve zorunluluk vardır. Ne var ki, bu vekâletnamenin geçerli olabilmesi için yazılı şekil koşuluna uyulması gerekli olup, bunun örneğin noter tarafından düzenlenmesi zorunlu değildir. Bunun gibi vekâletnamenin ticaret siciline tescilinin kurucu değil, sadece açıklayıcı bir işleve sahip olacağının öngörülmesi de yine üçüncü kişileri korumaya yönelik bir hüküm olup, ticarî mümessilin muhatabı olan üçüncü kişileri ona tanınan bu yetkinin tescil edilmiş olup olmadığını araştırmak külfetinden kurtardığı için yerinde görülebilir. Nihayet bir kez daha vurgulayalım ki, tacir açıklayıcı nitelik taşıdığını belirttiğimiz tescil işlemini yaptırmamış olsa dahi, ticarî mümessilinin kendisini temsilen yaptığı işlem ve sözleşmelerle bağlı olacaktır.

Önemle ekleyelim, yukarıdaki açıklamalarımız ticarî mümessilin yetkisinde tacir tarafından herhangi bir kısıtlama getirilmemesi durumu ile sınırlı olarak geçerlidir. Buna karşılık tacirin ticarî mümessilinin yetkilerini BK 451/I ve II uyarınca kısıtlamak istediği durumlarda, bu kısıtlamaların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, kural olarak, bunların tescil ve ilân edilmiş olmasına bağlıdır ki, anılan son varsayımda ticarî mümessilin vekâletnamesinin esasen ticaret siciline tescil ettirilmiş olması gerektiği tartışmasızdır. Buna karşılık ticarî mümessilinin yetkilerini geçerli bir biçimde kısıtlamayı düşünmeyen bir tacirin, kuramsal olarak, mümessili ile arasındaki ilişkiyi ticaret siciline hiç tescil ettirmeksizin yıllarca sürdürmesi pekâla mümkündür.

Bu başlık altında son olarak şu hususa da değinelim ki, yasakoyucu-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nun BK 449/III'de "Diğer nevi müesseselerde ve işlerde ticaret siciline kayıttan başka surette ticarî mümessil tâyin olunamaz" hükmüne yer vermiş olmasından hareket edilerek, esnaf işletmelerine ticarî mümessilin tayininde ticaret siciline tescilin *kurucu* bir işleve sahip olduğu ileri sürülmüştür.

Kanımızca TK 17'deki tanım göz önüne alındığında, esasen bir esnaf işletmesine ticarî mümessil tayin etmenin olanaksızlığı bir yana, ticaret siciline ancak ticarî işletmelerin tescil edilebileceği (TK 20/I) olgusu karşısında ticaret sicilinde kayıtlı bulunması söz konusu olamayacak bir esnaf işletmesine atanan ticarî mümessile ilişkin vekâletnamenin tescil edilemeyeceği kendiliğinden anlaşılır. Bu arada BK 449/III'ün ticarî mümessilin bizzat kendisinin tescilinin zorunlu olduğu gibi yanıltıcı bir ibareyi içerdiğini de eklemek isteriz.

Esnaf işletmelerine ticarî mümessil tayin etmenin fiilen ve hukuken mümkün bulunmadığı ortaya konulduktan sonra BK 449/III'de sözü edilen "diğer nevi müesseseler" ile kastedilenin TK 18/I ve II'de anılan amacına ulaşmak için bir ticarî işletme işleten dernekler ve kendi kuruluş yasaları uyarınca özel hukuk hükümleri çerçevesinde yönetilmek ve ticarî şekilde işletilmek üzere devlet, il, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler olduğu sonucuna varılabilir.

3.3. Nitelikleri

Yasakoyucu örneğin TK 315/II'de anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri bakımından öngördüğünün aksine, ticarî mümessiller bakımından herhangi bir ehliyet koşulu getirmemiştir. Bu tür bir düzenlemenin varolmamasının nedeni, özellikle halka açık olduğu takdirde geniş ölçüde kamunun ve küçük birikim sahibinin çıkarlarını ilgilendiren anonim ortaklıkların aksine, bireysel bir tacirin işletmesini yönetmek ve kendisini temsil etmek üzere atayacağı bir ticarî mümessilin kişiliğini ve yeteneklerini bizzat belirlemekte serbest ve bunun tüm sonuçlarına kişisel olarak katlanacak olmasıdır. Bu nedenledir ki, kanımızca bireysel bir tacirin atayacağı ticarî mümessilin medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olması yeterlidir.

Buna karşılık fikrimizce yasada herhangi bir kısıtlama ve TK 315/II'ye koşut bir düzenleyici hüküm bulunmamasına, giderek atamaya ve denetime ilişkin sorumluluk kendisini atayan yönetim kuruluna ait olmasına karşın, anonim ortaklıklara atanacak ticarî mümessillerde TK 315/II'deki koşulların aranması doğru olur.

Tüzel kişiler bizzat organları aracılığı ile yönetilip, temsil edildikleri için, bunların ticarî mümessil olarak atanmaları mümkün değildir. Ticarî mümessil olarak *sadece gerçek kişiler* atanabilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.4. Yetkileri

3.4.1. Genel Olarak Yetkinin Sınırsızlığı

Yukarıda da değindiğimiz gibi, ticarî mümessil bir ticarî işletmeyi yönetmek ve o işletmenin sahibi olan taciri üçüncü kişiler karşısında temsil etmek üzere atanan bir tacir yardımcısıdır. Yasakoyucu ticarî mümessilin yetkisinin çok geniş olmasını ve hatta sınırsızlığını BK 450/I'de onun "müessesenin gayesine dahil olan bilumum tasarrufları yapmak salâhiyetini haiz" olduğunu açıklamak sureti ile dile getirmiştir. Uygulamada da bir ticarî mümessilin tacir tarafından onun yerine ve tıpkı kendisi gibi işlemde bulunmak üzere atandığı göz önüne alınacak olursa, esasen ticarî mümessilin yetkilerine fazla sayıda sınır getirmenin anlamsızlığı kendiliğinden ortaya çıkar.

Bununla beraber kanımızca ticarî mümessilin yetkilerinin sınırlandırılması bakımından iç ilişkideki yönetim (= idare) ve dış ilişkideki temsil yetkisi arasında bir ayrım yapmak ve tacirin, uygulamada çok sık görülmeyecek ve kurumun niteliği ile bağdaşmayacak olmasına karşın, yönetim yetkisi alanında bazı kısıtlamalar getirebileceğini kabul etmek gerekir. Hiç kuşkusuz, yönetim yetkisi alanındaki kısıtlamalar, üçüncü kişilere yansımayacağı, başka bir söyleyiş ile, hemen aşağıda değinileceği üzere, ticarî mümessilin temsil yetkisi, kural olarak, sınırlandırılamayacağı için, bunun fazla bir önemi yoktur.

Buna karşılık ticarî mümessilin dış ilişkideki, yani taciri temsil bakımından sahip bulunduğu yetkilerin ilke olarak sınırsız olduğu, yani ticarî mümessilin, tıpkı tacir gibi ya da tacir bizzat hangi işlemleri yapabiliyorsa, aynı işlemleri yapmaya ve taciri üçüncü kişiler karşısında hak sahibi kılıp, borç altına sokmaya yetkili bulunduğu söylenebilir. Nitekim bilimsel öğretide ticarî mümessilin *tacirin bir diğer kendisi* (Latince'de: *alter ego*'su) olduğundan söz edilmesinin gerekçesi de budur. Kısaca özetlemek gerekirse: Tacir ticarî mümessili bizzat hazır bulunamayacağı zaman ve yerlerde, kendisini geniş bir biçimde temsil etmesi ve işletmesine ait tüm işleri, onun yokluğunu hissettirmeksizin gerçekleştirmesi amacı ile atadığı içindir ki, mümessilinin yetkilerini kısıtlayamaz.

Açıklanan gerekçelerle, aşağıdaki satırlarda biz de doğal olarak, ticarî mümessilin yapabileceği iş ve işlemleri değil, sadece istisnaen yapamayacağı iş ve işlemleri sıralamakla yetineceğiz.

3.4.2. Ticarî Mümessilin Yetkilerinin Sınırı

3.4.2.1. Yasadan Kaynaklanan Sınırlamalar

3.4.2.1.2. "İşletmenin Gayesi"

BK. 450/I'de ticarî mümessilin "müessesenin *gayesine* dahil olan bilumum tasarrufları yapmak salâhiyetini haiz" olduğundan söz edilmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Hiç kuşkusuz, bir ticarî işletmeyi kısmen ya da tümü ile kendi adına işleten (TK 14/I) tacirin, en başta gelen *gaye*si *kazanç sağlamak*tır (TSTüz 14/II). Ne var ki, bu maddî olgudan hareket ederek, ticarî mümessilin tacire kazanç sağlayacak her iş ve işlemi yapabileceği, örneğin uğraşı konusu pamuklu dokumacılık olan bir ticarî işletmeye ticarî mümessilin, salt o günlerde fiyatlarında büyük bir artış beklendiği için, işletmenin tüm nakit varlığını demir satın almakta kullanabileceği sonucuna varılamaz. Bu nedenledir ki, hükümde sözü edilen "gaye" deyiminin *işletme konusu* olarak anlaşılmasında zorunluluk vardır.

Öte yandan işletme konusunun da *fiilî işletme konusu* olarak değerlendirilmesi gerekir.Bu nedenledir ki, örneğin bir ticaret ortaklığına atanan ticarî mümessilin somut şirketin ana sözleşmesinde yazılı bulunan tüm konularda değil, sadece fiilen uğraşılan konularda tüzel kişi taciri temsil yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekir.

Ticarî işletmenin fiilî uğraşı konusu taşınmazların alım-satımı ise, kanımızca BK 450/II'deki yasak geçerli olmaz, değişik bir söyleyiş ile, bu hüküm ancak uğraşı konusu taşınmaz alım satımı ya da diyelim konut yapımı olmayan işletmelerde uygulama alanı bulabilir.

Şu hususu da ekleyelim ki, yasakoyucu BK 450/I'de "müessese sahibi hesabına kambiyo taahhütlerinde bulunma"nın da ticarî mümessilin yetkilerinin kapsamına girdiğini kabul etmiştir.

Ticarî mümessilin yetkilerinin çok geniş ve onun tacirin bir diğer kendisi olmasının doğal sonuçlarından biri de, ticarî mümessilin taciri temsilen poliçe, bono ve çek gibi kambiyo senetlerini de imzalayabilmesi, yani bu tür kıymetli evrakı düzenleyerek taciri borç altına sokabilmesidir. Aşağıda da değineceğimiz üzere, ticarî mümessilin taciri temsil yetkisine parasal açıdan herhangi bir sınırlandırma getirmek olanaklı bulunmadığı, örneğin ticarî mümessil imzalayacağı bir sözleşme ile taciri miktar bakımından herhangi bir sınırlandırmaya tâbi olmaksızın, borç altına sokabileceği için, kambiyo senedi imzalamanın da bunun bir uzantısı olduğu kabul edilebilir.

Açıktır ki, ticarî mümessil taciri temsilen bir kambiyo senedi ile borç altına girerken bunu kendi adı ve soyadı ile düzenleyeceği gibi, burada kendi imzasını kullanacak, sadece ilişkinin vekâleten yapıldığını belirtmek bakımından kıymetli evrakta tacirin ticaret unvanı ile kendisinin ticarî mümessil olduğunu gösteren bir ibareye yer verecektir. Aksi takdirde, yani somut işlemin taciri temsilen yapıldığının anlaşılamadığı durumlarda ticarî mümessil kişisel olarak sorumlu tutulabileceğinden, fikrimizce kural olarak bu tür bir açıklığın bulunmadığı durumlarda tacirin borç altına sokulduğundan söz etmek güçtür. Bu söylediğimizin yegâne istisnası, üçüncü kişinin buna rağmen ticarî mümessilin tacir hesabına hareket ettiğini bilmesi durumudur. BK 450/I'de yer alan "hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı"

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yolundaki son derecede başarısız ifade ile anlatılmak istenen olsa olsa budur, çünkü ticarî mümessilin kambiyo senedini esasen taciri temsilen düzenlediğini açıkça belirttiği durumlarda, artık üçüncü kişinin herhangi bir iyiniyeti söz konusu olmaz ve aranamaz.

Yukarıdaki bilgiler ticarî mümessilin sadece bir kambiyo senedi düzenlemesi durumunda değil, genelde kambiyo taahhüdü altına girildiği tüm olaylarda uygulama alanı bulur. Bu nedenledir ki, ticarî mümessil taciri temsilen bir kambiyo senedini ciro edebileceği gibi, alacağın temliki yolu ile de devredebilir.

3.4.2.1.3. Taşınmazların Alım Satımı

BK 450/II uyarınca "*ticarî mümessil, sarih salâhiyet almadıkça, gayrimenkulleri temlik veya bir hak ile takyit edemez*".

Bilimsel öğretide ileri sürülen görüş, bu fıkranın ticarî mümessile aslında sahip olmadığı taşınmazları devretmek ya da herhangi bir aynî hakla sınırlandırmak yetkisinin ancak vekâletnameye açık hüküm koymak sureti ile sağlanabileceği yolundadır.

Oysa kanımızca, tıpkı taşınmazların devrinde olduğu üzere, yeni şube açılması ya da işletmenin kapatılarak ticaret sicilinden terkini gibi aslında sadece tacire özgü bulunan tüm hususlarda özel yetki tanınarak aslında bizzat tacir tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu bulunan tüm işlemlerin ticarî mümessil tarafından yerine getirilmesi olanaklı kılınabilir. Bu nedenledir ki, yasakoyucunun BK 450/II'de taşınmazları özel olarak anmış olmasının herhangi bir anlam ve değeri yoktur.

Nihayet hükümde sadece devir ve aynî hakla sınırlandırmadan söz edildiği, buna karşılık taşınmazların satın alınması olgusuna yer verilmediği gerekçesi ile ticarî mümessilin burada herhangi bir kısıtlama ile karşılaşmayacağı ileri sürülmüşse de, fikrimizce taşınmaz alımının işletme konusu içinde yer alıp almadığına bakılmalıdır. Ticarî mümessilin tutar bakımından herhangi bir sınırlama ile karşılaşmaksızın taciri borç altına sokabildiği göz önüne alındığı takdirde, esasen taşınmazlar bakımından getirilen bu kısıtlama dahi tartışılabilir niteliktedir.

3.4.2.1.4. Taciri Davalarda Temsil Etmek

Yasakoyucu BK 453/II'de ticarî vekilin taciri temsilen "muhakeme ve murafaada buluna"bilmesi için, kendisine açık yetki verilmesini öngörmüş, buna karşılık ticarî mümessiller bakımından buna benzer bir düzenleme getirmemiştir. Bu durumda aydınlığa kavuşturulması gereken husus, ticarî mümessilin işletmenin sahibi olan taciri davalarda temsil edebilip edemeyeceği ve eğer edebilecekse bunun koşullarının ne olduğudur.

Hemen belirtelim, yasakoyucunun yetkileri ticarî mümessillere oranla

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

çok daha kısıtlı olan ticarî vekillere açık yetki tanımak koşulu ile taciri davalarda temsil edebilme imkânının tanınabileceğini öngörmüş olması karşısında, aynı olanağın ticarî mümessiller bakımından da varolduğundan kesinlikle kuşku duymamak gerekir. Sorun tacirin mümessiline böyle bir yetkiyi açıkça tanımamış olması halinde önem kazanmaktadır.

Kanımızca taciri, onun bir diğer kendisi (alter ego'su) gibi son derecede geniş bir biçimde temsil etmek ve herhangi bir sınıra tâbi olmaksızın borç altına sokmak hak ve yetkisine sahip olan ticarî mümessilin, işletme konusu içinde kalan işlerle ilgili olarak ve özellikle bizzat kendisi tarafından tacirin adına ve hesabına gerçekleştiren işlem ve sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda taciri davalarda da temsil edebileceği sonucuna varılmalıdır. Kesinlikle avukat sıfatını taşımadığı ya da yasal temsilci konumunda bulunmadığı halde, yetkileri çok sınırlı olan ticarî vekillere taciri davalarda temsil etmek yetkisinin tanınabileceğinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde, ticarî mümessiller bakımından bu yetkinin varolduğu muhakkaktır. Nitekim özellikle ticarî mümessilin işletmenin merkezinden çok uzakta kurulan ve tacirin sürekli olarak bulunmadığı bir şubenin başına getirildiği durumlarda, mümessilin davalardaki temsil yetkisi daha da önem kazanır. Nihayet ve hepsinden önemlisi bu konuda yapılacak yorumlarda acentaya ilişkin TK 119/II'den ve genel olarak TK 117'den de örnekseme yolu ile yararlanılabileceği düşüncesindeyiz.

Yukarıdaki açıklamalarımızın doğal bir uzantısı olarak, ticarî mümessilin çizdiğimiz çerçevede üçüncü kişilere her türlü ihtar ve ihbar, hatta gerektiğinde fesih bildirimlerini göndermeye öncelikle yetkili olduğu ve tacire yollanan bu tür ihtar ve benzeri bildirimleri tebellüğ edebileceğini de eklemek gerekir.

Görüldüğü gibi, ticarî mümessilin temsil yetkisinin sınırları belirlenirken, onun ilke olarak her konuda yetkili olduğundan, başka bir söyleyiş ile yasakoyucunun yetkinin kısıtlanabilmesini ancak, aşağıda değineceğimiz istisnaî bazı hallerle sınırlı olarak kabul etmiş bulunduğundan hareket etmek, bu nedenle de yasada açık bir yasaklayıcı düzenlemenin yer almadığı her konuda ticarî mümessilin yetkisinin var olduğu sonucuna ulaşılması zorunludur.

3.4.2.1.5. Tacirin Kişiliğine Özgü İşler

Ticarî mümessilin taciri temsil yetkisi, kural olarak sınırsız olmak ve giderek kendisi tacirin "alter ego"su şeklinde adlandırılmakla beraber, bundan mümessilin tacirin yerine işletme ile ilgili her türlü kararı alabileceği ve tüm tasarruflarda bulunabileceği sonucuna ulaşılamaz.

Gerçekten, ticarî işletmenin sermayesinin artırılması ve yeni yatırımlara girşilmesi, işletmeye bir ya da birden fazla ortak alınması, yurtiçi ya da yurtdışında şubeler açılması, bireysel nitelik taşıyan ticarî işletmenin yeni

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

pay sahiplerinin de katılımı ile bir ticaret ortaklığına dönüştürülmesi, işletmenin kapatılmasına karar verilmesi gibi bazı iş ve işlemler, ticarî işletmenin nihaî söz sahibi, başka bir ifade ile, işletmenin sahibi olmayı gerekli kılar. Örnek olarak saydığımız ve ancak ticarî işletmenin sahibi konumunda olan tacirin kararını gerektiren, "temsil yetkisinin kapsamına girmeyen" ve öğretide "*temel işlemler*" olarak da adlandırılan bu tür iş ve işlemlerde ticarî mümessilin yetkisi yoktur.

3.4.2.2. Tacirin İradesinden Kaynaklanan Sınırlamalar

3.4.2.2.1. Genel Olarak

Yukarıdaki açıklamalarımız sırasında ticarî mümessilin yetkilerinin yasadan ve kurumun niteliğinden kaynaklanan doğal sınırlandırmalar dışında aslında sınırsız olduğunu ve tacirin dahi bu tür sınırlandırmalar getiremeyeceğini, temsilcisinin yetkilerini sınırlandırmak isteyen bir tacirin ise ticarî mümessil yerine bu tür bir yetki kısıtlamasının mümkün bulunduğu ticarî vekilleri tercih etmesi gerektiğini vurgulamıştık.

Önemle ekleyelim, tacirin ticarî mümessilinin yetkilerinin kısıtlanmasına yönelik olarak vekâletnameye koyduğu hükümlerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi ilke olarak mümkün değildir. Bilindiği üzere ticaret siciline ancak TK ve TSTüz uyarınca açıkça tescil edilebileceği öngörülen hususların tescili mümkün olup TK 39'a göre sicilin olumlu ve olumsuz etkisi de sadece buna göre belirlenir. Bu nedenledir ki, örneğin ticarî mümessilinin kendisini ancak diyelim 1 Milyon TL'sına kadar iş ve işlemlerde temsil etmesini isteyen ve bunun üzerindeki sözleşmeleri bizzat imzalamak hak ve yetkisini şahsında tutmayı düşünen bir tacir, ticarî mümessilinin vekâletnamesine anılan türden bir sınırlandırma koysa dahi, bunun ticaret siciline tescili olanaklı değildir. Kanımızca vekâletname bir bütün olarak tescil edildiği için sınırlandırmanın da sicile kaydolduğu ileri sürülemeyeceği gibi, bir ân için ve farz-ı muhal olarak bu görüş benimsense, hatta daha ileri giderek parasal sınırlandırmaya ilişkin düzenleme her nasılsa tescil olunsa dahi, salt bu tescil olgusuna dayanılarak, anılan sınırlandırmanın üçüncü kişilere ileri sürülmesi olanaklı değildir.

Buna karşılık yukarıda değindiğimiz türden yetki sınırlandırmaları, bunu *fiilen bilen*, başka bir söyleyiş ile, *sınırlandırmaya müsbet olarak vâkıf bulunan* kişilere karşı ileri sürülebilir. Uygulamada gerçek ve/ya tüzel kişi tacirler yetkilerini kısıtlamak istedikleri ticarî mümessilleri ile ilgili olarak düzenledikleri vekâletnameleri, işletmenin sürekli iş bağlantısı içinde olduğu kişilere noter aracılığı ile tebliğ ettirerek, onların bu sınırlandırmaları öğrenmelerini, yani *bunlara müsbet olarak vukuf kesbetmelerini* sağlarlar. Önemle vurgulayalım ki, tescil ve ilânı olanağı bulunmayan söz konusu sınırlandırmaların üçüncü kişilere ileri sürülebilmesi için, anılan üçüncü kişilerin bu sınırlandırmayı bilebilecek konumda olmaları ya da

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bunların sınırlamaları bilmesi gerektiği savı yeterli değildir. Üçüncü kişinin sınırlandırmayı fiilen bildiğinin kanıtlanması ise, kabul edileceği üzere, ancak sınırlandırmaya ilişkin vekâletname ya da yetki belgesinin ilgiliye elden teslimi veya noter aracılığı ile gönderilmesi durumunda mümkündür.

Tacirin iradesine dayanarak geçerli olarak yapabileceği ve aşağıda değineceğimiz sınırlandırmaların üçüncü kişilere ileri sürülebilmesi için, tescil ve ilânları zorunludur. Değişik bir anlatımla, ticarî mümessilin temsil yetkisine tacirin kendi iradesi ile getirilebilecek olan istisnalar da, tescil ve ilân edilmedikleri takdirde, ancak bunları fiilen bildikleri (= müsbet vukuflarının varlığı) kanıtlanan kişilere karşı ileri sürülebilir (BK 451/III ve TK 39/II).

Görüldüğü gibi, aslında ilgili üçüncü kişilerin müsbet vukuflarını sağlamak koşulu ile, ticarî mümessilin yetkileri konu ve tutar başta gelmek üzere, her açıdan kısıtlanıp, üçüncü kişilere ileri sürülebilir. Ticaret sicilinin olumlu ve olumsuz işlevi ancak *iyiniyetli* diye adlandırılan, yani tacirin getirdiği *sınırlandırmayı bilmeyen kişiler* hakkında geçerlidir.

3.4.2.2.2. Görevin Bir Şube ile Sınırlandırılması

BK 451/I uyarınca "Temsil salâhiyeti bir şubenin işlerine hasrolunabilir".

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, işlerinin yoğunluğu gerektirdiği takdirde, tacir ticarî işletmesinin ürünlerini ya da hizmetlerini müşterilerinin ayağına götürebilmek amacı ile, merkezinin dışındaki yerlerde şubeler oluşturabilir ve kendisi hem merkezde hem de şubede aynı zamanda fiilen bulunamayacağı için, şubenin başına kendisini tam anlamı ile temsil etmek, yani şubenin bulunduğu mahalde bir diğer kendisi gibi iş ve işlem yapmak üzere bir ticarî mümessil atayabilir.

İlke olarak tacirin şubesine atadığı ticarî mümessil de sınırsız bir yetkiye sahip olduğu için, taciri ticarî işletmesini ilgilendiren tüm hususlarda, yani kendi atandığı şube ile sınırlı olmaksızın merkez de dahil, her yerde ve her işte temsil etmek yetkisine sahiptir.

Buna karşılık tacirin ticarî mümessilinin yetkilerini sadece görevlendirdiği somut şube ile sınırlandırması olanaklıdır ve bunun iyiniyetli (sınırlandırmayı bilmeyen) üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi tescil ve ilânına bağlıdır. Anılan nedenlerden dolayı temsil yetkisi, ticaret siciline tescil ettirilmek sureti ile, bir şube ile sınırlandırılan ticarî mümessilin yetkilerinin *şube ile sınırlı* ve fakat *şube içinde sınırsız* olduğu söylenebilir. Banka şube müdürlerinin konumu buna örnek olarak gösterilebilir.

3.4.2.2.3. Birlikte Temsil

BK 451/II'ye göre "Tayin olunan şartlar dahilinde diğerleri iştirak etmedikçe yalnız birinin imzası müesseseyi ilzam etmemek üzere birden ziyade kimselere de verilebilir ve buna birlikte temsil denir".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Son derecede başarısız bir biçimde kaleme alınmış bulunan bu hükümden anlaşılması gereken şudur: Bir tacirin ticarî işletmesine dilediği takdirde birden fazla mümessil de ataması mümkündür. Birden fazla mümessilin bulunduğu durumlarda bunlar, kural olarak tek başına (bireysel olarak) ve diyelim konu ya da parasal tutar gibi herhangi bir sınırlandırmaya tâbi olmaksızın taciri her konuda temsil edebilirler.

Ticarî mümessilinin yetkilerini, üçüncü kişilerin müsbet vukufunu sağlamak dışında sınırlandıramayan bir tacir, buna karşılık birlikte temsil yöntemi ile anılan sonuca ulaşabilir.

Gerçekten, ticarî mümessilinin belirli bir tutarı aşan işlemi tek başına yapmasını istemeyen tacir pekâla işletmesine iki ya da daha çok ticarî mümessil tayin ederek, işlemin geçerli olması için bunun mümessillerden her ikisinin ya da bazen herhangi ikisinin, bazen de örneğin üçünün varlığının zorunlu olduğunu öngörebilir.

Burada dikkat edilmesi gereken ilk husus, birlikte imza koşulunun salt somut bazı işlem ve/ya belirli tutarları aşan işlemler bakımından değil, ancak genel olarak ve tüm iş ve işlemleri kapsamak üzere öngörülebileceğidir. Anılan yöntemle tacir tek bir ticarî mümessilin yetkisini kötüye kullanma olasılığını büyük ölçüde ortadan kaldırmış ve çift imzanın iki kişinin ayrı ayrı düşünmesi ve işlemin sonuçlarını takdir etmesi sonucunda atılmış bulunduğu varsayımından hareket ederek, kendisini daha güvende hissetmesine yol açar.

Değinilmesi gereken ikinci bir husus da, birlikte imza koşulunun düzenlenmesinde tacirin her türlü bağımsızlığa sahip bulunduğudur. Tacir birlikte imza bakımından herhangi iki ya da üç imzanın varlığını zorunlu kılabileceği gibi, bazen belirli bir mümessilinin hep varolmasını şart koşarak buna herhangi bir diğer mümessilinin katılmasını istemiş bulunabilir.

Üçüncü olarak birlikte temsilden kastedilen, somut işlemin iki ya da daha çok ticarî mümessil tarafından aynı ânda ve birlikte, yani her iki mümessilin hazır bulundukları bir sırada gerçekleştirilmesi değildir. Birlikte temsil ya da imzada önemli olan, somut işlemin iki ya da daha fazla sayıda mümessilin imzasını birlikte içermesidir. Buna karşılık mümessillerden birinin önce, diğerinin daha sonra imzasını atmış olması, işlemin geçerliliği bakımından hiçbir önem taşımaz.

Nihayet birlikte temsilin sadece *aktif temsil*, yani tacirin hak sahibi kılınıp, borç altına sokulması sonucunu doğuran işlemlerde gündeme gelebileceği, farklı bir anlatımla işletme ve/ya tacire gönderilen ihtar ya da ihbarların tebellüğ edilmesi şeklinde ortaya çıkan *pasif temsil yetkisi* bakımından geçerli olmadığı, bu son durumda tek bir mümessilin gönderilen ihtarnameyi almak yetkisine sahip bulunduğu kuşkusuzdur.

Birlikte temsil koşulu da tescil ve ilânı zorunlu olan bir hususdur. Tes-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

cil ve ilân edilmemiş olan bu tür bir sınırlandırma ancak bunu fiilen bilen (sınırlandırmaya müsbet olarak vâkıf bulunan) kişilere ileri sürülebilir.

3.5. Görevin Son Bulması

Tacir ile ticarî mümessili arasında varolan ve genellikle hizmet ya da vekâlet sözleşmesi olarak ortaya çıkan sözleşme ilişkisi (iç ilişki) değişik nedenlerle sona erebilir.

3.5.1. Sona Erme Nedenleri

Ticarî mümessillik ilişkisi tacire ilişkin nedenlerle sona erebileceği gibi, bazen sona ermeye ticarî mümessilin bünyesinde gerçekleşen değişiklikler de yol açmış olabilir.

Gerçekten örneğin tacirin ticarî işletmeyi kendi adına çalıştırmaktan vazgeçmesi ve işletmeyi terkin ettirmesi, tacirin iflâs etmesi ya da artık güven duymadığı ticarî mümessilini azletmesi (BK 456/I), tarafların ilişkinin başlangıcında saptadıkları sürenin dolması ve sözleşmenin işlere ya da göreve devam etmek sureti ile örtülü bir biçimde uzatılmaması, ticarî mümessilin ölümü, hacir altına alınması, özellikle hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarptırılması ya da yüz kızartıcı bir suçtan hüküm giymesi veya istifası ilişkiyi sona erdiren nedenler olarak karşımıza çıkabilir.

Burada üzerinde durulması gereken husus, gerçek kişi tacirin ölümünün ticarî mümessilin görevinin kendiliğinden son bulmasına yol açıp açmayacağıdır. BK 456/II'da tacirin ölümü ya da medenî hakları kullanma ehliyetini yitirmesi durumunda ticarî mümessilin yetkisinin son bulmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenledir ki, ticarî mümessilin görevinin en azından mirasçıların tereke ile ilgili kararlarına ya da mirası reddetmeme durumunda onun azline karar vermelerine kadar devam ettiği kabul edilmelidir. Aksi çözümün benimsenmesi, yani tacirin ölümü ile ticarî mümessilin görevinin kendiliğinden sona ereceğinin kabulü durumunda, tacirin işleri ortada kalacağından bundan ticarî işletme ile ilişkide bulunan üçüncü kişilerin yanı sıra mirasçıların da zarar göreceği muhakkaktır.

3.5.2. Sona Ermenin Üçüncü Kişilere İleri Sürülmesi

BK 452/I uyarınca "Mümessil tayin edilirken tescil edilmemiş olsa bile, temsil salâhiyetinin istirdat edildiği zaman keyfiyetin ticaret siciline kaydedilmesi mecburidir".

Her şeyden önce şu hususu belirtelim ki, BK 452/I'nin kaleme alınış biçimi başarılı değildir, çünkü anılan hüküm BK 449/II'nin aksine "vekâletname"nin değil, sanki "ticarî mümessil"in tescili zorunluymuş gibi bir izlenime yer vermiştir ki, özellikle TSTüz 34/II hükmü göz önüne alındığında bu doğru değildir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ticarî işletmeler bakımından ticarî mümessilin vekâletnamesinin ticaret siciline tescili kurucu değil, açıklayıcı bir işleve sahiptir. Bu nedenle tacir tescil yükümlülüğünü yerine getirmemiş olsa dahi, ticarî mümessilin tayini tamamen geçerli olup, onun yaptığı işlemler taciri bağlar.

İşte BK 452/I tayin durumundakinin aksine, ticarî mümessilin görevinin son bulması hususunun mutlaka ticaret siciline tescili gerektiğini açıklamış, yani burada tescile kurucu bir işlev tanımıştır.

Hiç kuşkusuz, burada daha önce vekâletname hiç tescil ettirilmemişse ya da esasen ticarî işletmenin kendisi dahi sicile kaydolunmamışsa, nasıl davranılacağı sorusu hatıra gelebilir. Kanımızca anılan her iki durumda da öncelikle vekâletnamenin ya da ticarî işletmenin sicile tescil ettirilmesinin gerekli olduğu söylenebilir.

BK 452/II'den ortaya çıkan sonuç, terkin işlemi yapılmadığı sürece, görevinin sona ermesine karşın mümessilin yetkilerinin iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından varlığını korumasıdır. Bu nedenledir ki, anılan durumda tacir, ticarî mümessilin yetkilerinin sona erdiğini, ancak bunu fiilen bildiğini kanıtlayabileceği kişilere karşı ileri sürebilecek, buna karşılık müsbet vukufunu kanıtlayamadığı (iyiniyetli) kişiler bakımından mümessilin yaptığı işlemler kendisini bağlamaya devam edecektir.

3.6. Rekabet Yasağı

Yasakoyucu taciri sınırsız bir biçimde temsil etmek yetkisine sahip olan ticarî mümessilin, işletmenin sırlarına vâkıf olacağını ve benzer bir işi, kendisine yarar sağlayacak bir biçimde yapması durumunda, kişisel çıkarına üstünlük tanıyacağını göz önüne alarak BK 455'de rekabet yasağını öngörmüştür.

Hemen belirtelim, ticarî mümessiller gibi ticarî vekiller bakımından da geçerli olan bu düzenleme tacir ile ticarî mümessil arasındaki hukukî ilişkinin devamı süresince geçerli olan bir yasak getirmekte, buna karşılık ilişkinin sona ermesinden, diyelim ticarî mümessilin haklı nedenle azli ya da istifasından sonra onun tacirle rekabet etmesini yasaklayan bir kuralı içermemektedir.

Hiç kuşkusuz, aralarındaki ilişki devam ettiği müddetçe, ticarî mümessilin tacirle rekabet etmesi uygulamada çok sık rastlanacak bir durum değildir. Buna karşılık ilişkisinin devamı boyunca tacirin tüm ticarî sırlarını, müşteri portföyü ve üretim tekniklerini yakından izleyip öğrenen ticarî mümessilin bunları daha sonra (kötüye) kullanması daha güçlü bir olasılıktır. İşte yasakoyucunun sustuğu bu durum ile ilgili olarak uygulamada özellikle tacirin istek ve diretmesi ile, ilişkinin sona ermesinden sonra hükümlerini doğurmaya başlayacak olan rekabet yasağı sözleşmelerinin yapıldığı ve

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bunların içine ihlâl durumunda ödenecek yüksek tazminat ve/ya cezaî şart maddelerinin konulduğu gözlemlenmektedir.

Buna karşılık BK 455'de getirilen ve sadece ilişkinin devamı süresince uygulanacağını belirttiğimiz düzenleme de çok eksiktir, çünkü burada yalnızca ticarî mümessilin gerek kendi adına gerek üçüncü kişi adına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacağı öngörülmekle yetinilmiş, ticarî mümessilin diyelim aynı işle uğraşan bir kollektif ya da komandit ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi ya da anonim gibi bir sermaye ortaklığında yönetim görevi üstlenmesi olasılığı hiç dikkate alınmamıştır.

4. Ticarî Vekiller

4.1. Tanımı ve Türleri

Yasa koyucu kenar başlığı "Diğer Ticaret Vekilleri" olan BK 453'ün 1. fıkrasında bir yandan ticarî vekili tanımlarken, öte yandan onun türlerini de göstermiştir.

Gerçekten, anılan hükme göre "*Ticarî vekil, ticarî mümessil sıfatını haiz olmaksızın bir ticarethane veya fabrika veya ticarî şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından müessesenin bütün işleri veya muayyen bazı muameleleri için temsile memur edilen kimsedir*".

Hemen belirtelim, bu tanım tek başına yeterli olmayıp, ticarî vekilleri hukuken doğru bir biçimde tanımlayabilmek ve özellikle onların ticarî mümessilden farklarını ortaya koyabilmek bakımından BK 453/II'nin "*Bu salâhiyet, müessesenin mutâd olan muamelelerinin cümlesine şâmildir*" diyen 1. cümlesinin de birlikte değerlendirilmesinde zorunluluk vardır.

BK 453/I'de yer alan "*ticarî mümessil sıfatını haiz olmaksızın*" ibaresi ile kastedilen, aşağıda da değineceğimiz gibi, ticarî vekillerin temsil yetkilerinin ticarî mümessiller kadar geniş olmadığı, değişik bir söyleyiş ile, isterse müessesenin bütün işlerini görmek üzere atanmış bulunsun, onun ticarî mümessilin tacirin bir diğer kendisi (alter ego'su) gibi sahip olduğu son derecede geniş yetkileri hiçbir zaman kullanamayacağıdır. Nitekim BK 453/II, cümle 1 bu gerçeği vurgulayabilmek bakımından ticarî vekilin yetkisinin işletmenin olağan (= mutâd) işlemleri ile sınırlı olduğunu belirterek, ticarî vekilin tacire sadece işletmesinin gündelik iş ve işlemlerinin yürütülüp, çevrilmesinde katkılı olabileceğini açıklamıştır.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bir tacir gerek asıl işletmesi bünyesinde gerek herhangi bir şubesinde kendisini tam anlamı ile ve geniş yetkilere sahip bir biçimde temsil edebilecek bir yardımcıya gereksinim duyduğu zaman bir ticarî mümessil atamak yoluna başvuracaktır. Ne var ki, tacir bunun yanı sıra işletmesi ve/ya şubelerinde kendisini, daha sınırlı yetkilere sahip olarak, müşteriler nezdinde temsil etmek durumunda olan başkaca yardımcıları da çalıştırmak zorunluluğundadır. Örneğin bir lokanta işletme-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sinde tacirin müşterilerin siparişlerini alan, onlara servis hizmeti veren ve gerektiğinde yedikleri yemeğin bedelini de tahsil edebilen garsonlara görev vermesi son derecede doğal olduğu gibi, onun iş yoğunluğunu gözeterek sadece ödemelerin kabulünde istihdam edeceği kasa görevlilerini çalıştırması da mümkündür. Kumaş satan bir mağazada müşterilere kumaşları raftan indirip, tanıtan ve gerektiğinde istemleri doğrultusunda belirli bir uzunlukta kesen tezgâhtarların yanı sıra satın alınan kumaşların bedelini tahsil eden kasa memurunun atanması bu konuda gösterilebilecek olan bir diğer örnektir. Nihayet sözünü ettiğimiz her iki örnekte tacirin lokantasının tüm gündelik işlerini yürütecek ve "müdür" diye adlandırılabilecek bir kişiyi, kumaş mağazasında ise tüm işleri üst düzeyde yürütecek bir sorumluyu çalıştırması da mümkündür.

Görüldüğü gibi, ticarî vekillerin en belirgin ayrıcı nitelikleri, onların ticarî mümessilin aksine, sadece işletmenin tüm ya da bazı olağan işlemlerini yerine getirmek üzere atanmalarıdır. Bu nedenledir ki, her ne kadar ticarî vekilleri "genel yetkili" ve "sınırlı yetkili" diye ikiye ayırmak mümkün ise de, bu ayrımın sadece işletmenin gündelik ve olağan diye nitelendirilebilecek işlemleri bakımından yetkilerin kapsamını belirtmek için yapıldığı, yoksa burada yetkilerin ticarî mümessilde olduğu gibi sınırsızlığının kastedilmediği gözden uzak tutulmamalıdır.

4.2. Atanması ve Azli

BK 453/I ticarî vekilin "*bir ticarethane veya fabrika veya ticarî şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından*" atanabileceğini öngörmüştür. Bu hükümde, tıpkı BK 449/I'de olduğu gibi TK 11/I ve 14/I doğrultusunda tacirin ifade edilmek istendiği kuşkusuzdur.

Ne var ki, ticarî vekiller ile ilgili BK 453'de BK 449/III'e benzer bir düzenleme yer almadığı, değişik bir söyleyiş ile, yasa koyucu ticarî mümessillerin aksine, ticarî vekillerin "*diğer nevi müesseselerde ve işlerde*" atanmasını kabul etmediği için, hem esnaf işletmelerinde hem de devlet, il ve belediyeler tarafından işletilen ticarî işletmelerde ticarî vekil görevlendirilmesi olanaklı değildir.

Öte yandan BK 453, BK 449/II'ye benzer bir biçimde ticarî vekilin ticaret siciline tescil edilmesinin mümkün ve zorunlu olduğu yolunda herhangi bir açıklığı içermediği için, ticarî vekillerin ticaret siciline tescil ettirilemeyeceği sonucuna ulaşmak gerekir. Bu nedenledir ki, ticarî vekilin gerek atanması gerek azli yönünden ticaret sicilinin herhangi bir işlevi yoktur.

Bunun gibi BK ticarî vekil ile tacir arasındaki sözleşmeyi herhangi bir şekil koşuluna bağlamadığından, tacirin ticarî vekili sözlü olarak da görevlendirmesi mümkün ve geçerlidir. Sadece BK 453/III, cümle 1 uyarınca ticarî vekillerin mağaza dışında mal bedelini tahsil edebilmeleri kendilerine *yazı ile yetki* verilmiş olmasına bağlıdır. Sözünü ettiğimiz bu durumda dahi ya-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

zılı yetki verilmiş olması atamanın değil, para tahsil edebilme yetkisinin önkoşuludur.

Tacir ile ticarî vekil arasındaki hukukî ilişki genellikle bir hizmet sözleşmesine dayanacağı için, taraflar bu sözleşmeyi diledikleri takdirde yazılı olarak da yapabilir ve karşılıklı hak ve yükümlülüklerini belirleyebilirler.

Ticarî vekiller, taraflar arasında geçerli olan hizmet ya da vekâlet gibi sözleşmelerden kaynaklanan haklar saklı kalmak koşulu ile, her zaman azlolunabilirler (BK 456/I).

İşletme sahibi tacirin medenî hakları kullanmak ehliyetini yitirmesi ya da ölümü ise ticarî vekillerin görevini doğrudan doğruya sona erdiren nedenler değildir (BK 456/II). İşletmenin devamlılığını ve çıkarlarını koruma ilkeleri gözetilerek getirilen bu çözüm yolu kanımızca da doğru olup, anılan durumlarda ticarî vekillerin görevlerinin devam edip etmeyeceğine vesayet makamının ya da tacirin mirasçılarının karar vereceği muhakkaktır.

4.3. Yetkileri

4.3.1. Yetkilerin "Olağan" İşlemlerle Sınırlı Olması

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, BK 453/I, 1. cümlesinde ticarî vekilin yetkilerinin "*müessesenin mutad olan muamelelerinin cümlesine şamil*" olduğunu açıklamış, yani ticarî vekilin somut bir ticarî işletmenin olağan işlemlerinin tümünü yerine getirebileceğini vurgulamıştır. Ne var ki, yasa koyucu bu maddede hangi işlemlerin "olağan" ya da "mutad" diye nitelendirilebileceği konusunda hiçbir ipucu vermediği için, kanımızca bu konuda farklı ölçütlerden hareket etmek söz konusu olabilir.

Gerçekten, öyle bazı işlemler vardır ki bunların tüm ticarî işletmeler bakımından olağan nitelik taşıdığı kabul edilebilir. Buna karşılık bazı işlemler sadece somut bir konuda faaliyet gösteren, yani işletme konusu aynı olan işletmeler bakımından olağan sayılabilir. Nihayet bütün bu söylenenlerin sadece genel yetkili ticarî vekiller bakımından geçerli olduğu, buna karşılık esasen yetkileri belirli işlemlerle sınırlandırılmış olan ticarî vekiller bakımından işletmenin olağan faaliyetinin sınırlarının belirlenmesine de gerek bulunmadığı söylenebilir.

Kanımızca genel yetkili ticarî vekilin yetkilerinin belirlenmesi sırasında kollektif ortaklıklarla ilgili TK 165, cümle 1'den de yararlanılabilir ve olağan ya da mutad muamele ve işlerin, işletmenin maksat ve konusunu elde etmek için yapılması gereken tüm iş ve işlemler olduğu ileri sürülebilir.

4.3.2. Özel Yetki Verilmesini Zorunlu Kılan İş ve İşlemler

BK 453/II, cümle 2 uyarınca "*... ticarî vekil kendisine sarih mezuniyet verilmedikçe istikraz edemez ve kambiyo taahhütlerinde ve muhakeme ve murafaada bulunamaz*".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Görüldüğü gibi, yasa koyucu ticarî mümessilin aksine (TK 450/I) ticarî vekilin taciri temsilen kambiyo taahhüdünde bulunmasını kabul etmediği gibi, onun tacir adına borç para (kredi) alabilmesini ve/ya dava ve takiplerde temsil edebilmesini açık yetki verilmiş olmasına bağlı kılmıştır. Fikrimizce açık yetki ile kast edilen yazılı yetki olup, ticarî vekilin değinilen bu işleri yapabilmesi onun vekâletnamesinde bu konularda açıklık bulunmasına bağlıdır.

Hiç kuşkusuz, bir ticarî vekile yukarıda saydıklarımızın dışında kalan konularda da yetki verilebilir, örneğin onun BK 450/II'de olduğu gibi taşınmazları devir ve/ya sınırlı bir aynî hak ile yükümlendirebilmek yetkisi vekâletnameye konulacak açık bir düzenleme ile tanınmış olabilir.

Ticarî vekilin yetkilerinin genişletildiği bu gibi durumlarda onu ticarî mümessilden ayırt etmek ve dolayısı ile eğer ticarî mümessil olarak nitelendirilecekse, yasa gereği sahip olacağı yetkileri belirlemekte bazen güçlükle karşılaşılabilir.

Kanımızca ticarî mümessil ile ticarî vekilin ayırd edilmesinde başvurulacak olan ölçütlerden birincisi ilgilinin ticaret sicilinde kayıtlı olup olmadığıdır. Bağlı, yani tacirin emir ve direktifi altında görev yapan bir tacir yardımcısının ticaret sicilinde müseccel olması, onun ticarî mümessil olarak nitelendirilmesi bakımından olsa olsa bir karine oluşturur, çünkü bir varsayım olarak yetkileri sınırlandırılmış olan bir ticarî vekilin de her nasılsa ticaret siciline tescil ettirilmiş olması mümkündür. Açıktır ki, tescilin hukuken "yolsuz" olduğu bu durumda ilgiliyi salt tescil olgusuna bakarak, ticarî mümessil olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu nedenledir ki, sözünü ettiğimiz her iki yardımcının ayırd edilmesinde, en önemli husus, tacirin bunların görevlendirilmesine ilişkin iradesinin ortaya çıktığı vekâletnamedir. Vekâletnamede tek başına tacir adına kambiyo taahhütlerinde bulunabilme ya da taşınmazları devredebilme yetkisinin tanınmış olması ilgilinin ticarî mümessil olarak nitelendirilmesine yeterli olmayıp, burada önem taşıyan husus, tacirin ilgili temsilcinin işlemleri ile kendini ne kadar bağlı saydığının belirlenmesi, yani ona sınırları geniş bir temsil yetkisi verip vermediğidir. Bu belirleme sırasında tarafların sözleşmede ya da fiilen kullandıkları deyimler de tek başına ilişkinin belirlenmesinde yeterli olamayabilir. Örneğin tarafların müdür, hatta genel müdür diye tanımladıkları bir kişi pekâla bir ticarî mümessil değil, geniş yetkili bir ticarî vekil konumunda olabileceği gibi, aksine sadece işletme görevlisi diye adlandırılan bir diğerinin vekâletnamesindeki geniş yetkiler ona bir ticarî mümessil hüviyetini kazandırabilir.

4.3.3. Mağaza Satış Görevlilerinin Yetkileri

BK 453'e 6763 sayılı TatK ile 29.6.1956'da eklenen 3. fıkra mağaza satış görevlilerinin konumuna açıklık getirmeyi amaçlamıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Buna göre, mağaza içinde müşterilerin kolaylıkla görebilecekleri bir yerde ve kolayca okuyacakları bir biçimde aksi ilân edilmiş olmadıkça, toptan, yarı toptan ya da perakende satış mağazalarının memur veya müstahdemleri, o mağazanın olağan satış işlemlerinin tümünü yapmak konusunda yetkilidirler. Bunun gibi anılan kişiler yetkili oldukları işlemler hakkındaki faturaları imzalayabilecekleri gibi, bu olağan işlemlerden kaynaklanan borçların yerine getirilmesine ya da bunların hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesine ilişkin ihtar ya da diğer beyanları işletme sahibi adına yapabileceklerdir. Anılan durumlarda beyanlar işletme sahibi adına yapıldığı için TTK 20/II ve 25'in uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur.

Öte yandan yasa mağaza satış memurlarının taciri pasif yönden temsil yetkisine sahip bulunduklarını da kabul etmiş ve başta satılan mallarla ilgili ayıp ihbarları gelmek üzere, müşteriler tarafından gönderilen değişik ihtar ve ihbarların bunlar tarafından alınabileceğini açıklamıştır.

Buna karşılık mağaza satış memurlarının mal parasını talep ve tahsil edebilmeleri, mağaza içinde ayrıca tahsilata yetkili bir ya da birden çok kasa memurunun atanmamış olmasına bağlıdır.

BK 453/III'de yer alan düzenleme kendi içinde bir çelişkiyi içermekte ya da en azından kuşkular yaratmaya elverişli bulunmaktadır. Gerçekten, fıkranın ilk bölümünden mağaza satış görevlilerinin bazı yetkilerinin sınırlandırılabilmesinin bunların mağaza içinde ilân edilmeleri koşuluna bağlı olduğu gibi bir izlenim uyanmakta, öte yandan aynı hükümden bir mağazada kasa görevlileri varsa, satış memurlarının, isterse bu konuda yasaklayıcı bir duyuru yapılmamış olsun, para tahsil etmelerinin mümkün bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kanımızca müşterilerin sadece kasaya ödeme yapabileceklerinin açık bir biçimde duyurulduğu ve kredi kartı ile yapılacak ödemelerin, pos aygıtının kasada bulunması yüzünden fiilen kasada yapılmasının zorunlu bulunduğu haller dışında, müşterilerin mağaza satış memurlarına da ödeme yapabileceklerini benimsemek, ticarî yaşamın işleyişinde basitliği ve güvenliği sağlamak açısından, daha uygun bir çözüm yolu olacaktır.

Mağaza satış memurlarının mağaza dışında para tahsil etmeleri ise, daha önce de belirttiğimiz üzere, bunlara yazılı yetki verilmiş olmasına bağlıdır. Bu durum BK 454 uyarınca seyyar (= gezici) tüccar memurunun bizzat sattığı malın bedelini tahsil edebilmesinden farklı olup, mağaza satış memurunun anılan varsayımda malı bizzat satmış olması gerekmez. Değişik bir söyleyiş ile, BK'na göre bir işletmenin alacaklarını işletme dışında tahsil etmeye yazılı olarak yetkilendirilmiş kişi de hukuken bir ticarî vekil konumundadır.

İster mağaza içinde ister dışında görev yapsınlar, para tahsil etmeye yetkili olan ticarî vekiller faturaları kapatabilir ve makbuz da verebilirler (BK 453/II, cümle 2).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

5. Seyar (= Gezici) Tüccar Memurları

5.1. Genel Bilgi ve Tanım

Daha önce de vurguladığımız üzere, iş hacmini genişletip, bunu işletmesinin merkezinin bulunduğu yer dışında kalan bölgelere de taşıran bir tacirin elinde orada sürekli biçimde var olacak şubeler oluşturup bunların başına kendisine bağlı olan ticarî mümessilleri yerleştirmek ya da anılan yer veya bölgede kendisini duruma göre acenta ve/ya komisyoncu gibi bağımsız yardımcılar aracılığı ile temsil ettirmenin yanı sıra, ayrıca gezici (= seyyar) tüccar memurları atamak olanağı da vardır.

Hiç kuşkusuz, tacirin emir ve direktifi altında çalışması ve ona genellikle bir hizmet sözleşmesi ile bağlı bulunması nedeni ile bir "bağlı tacir yardımcısı" niteliğini taşıyan gezici tüccar memuru, tacirin işlemlerinin belirli bir yer ve bölgedeki yoğunluğunun şube açmayı ya da sürekli bir acente atamayı gerektirmeyecek boyutlarda olması durumunda gündeme gelebilir. Açıktır ki, sözü edilen varsayımda tacir bir yandan şube açmanın gerekli kıldığı harcamalardan tasarruf ederken, öte yandan da hizmetini işletmesinin merkezinin uzağında bulunan müşterilere de götürme olanağını yitirmemektedir.

Hemen ve önemle ekleyelim, gezici tüccar memurlarını, özellikle taşınır niteliğindeki bazı malları kendi adlarına ve hesaplarına üçüncü kişilere satan ve uygulamada genellikle "pazarlamacı" olarak adlandırılan kişilerle kesinlikle karıştırmamak gerekir. Gezici tüccar memuru tacire bağlı olarak görev yaptığı için, işletmenin merkezinin dışında hangi ürünlerin satılacağına, müşterilere ne kadar iskonto yapılabileceğine ya da taksitli satım söz konusu ise bunların sayı ve tutarlarının belirlenmesine, tacirin bu konudaki talimatının dışına çıkarak, serbestçe karar veremez. Buna karşılık herhangi bir taşınırı kapıdan kendi adına ve hesabına satan kişinin faaliyetinin tüm koşullarını kendisinin belirleyebileceği ve dolayısı ile bundan kaynaklanan risklere de bizzat katlanacağı tartışmasızdır.

Kanımızca BK 454'de düzenlenen gezici tüccar memurları da hukuken bir ticarî vekil konumundadırlar.Bunların BK 453'de yer alan genel ve sınırlı yetkili ticarî vekillerden ayrıldıkları başlıca nokta, gezici tüccar memurlarının işletmenin merkezinin ve/ya şubelerinin dışında, müşterinin ayağına bizzat giderek faaliyet göstermeleridir. Ne var ki, tacirin yanında çalıştırdığı aynı kişiye hem işletmesinin içinde hem de yarım zamanlı olarak dışarıda görev vermesi de pekâla olanaklı olup, burada tacirin yardımcısına verdiği temsil yetkisinin içeriğinin ve yarattığı hukukî görünüşün belirleyici olacağı kuşkusuzdur.

Bütün bu açıklamalardan sonra gezici tüccar memurunu, emir ve direktifi altında bulunduğu tacire ait işletme ile ilgili işlemleri merkezin bulunduğu yer dışında yerine getirip, örneğin belirli ürünleri satan ve/ya hizmetleri sağ-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

layan, sattığı mal veya sunduğu hizmetin bedelini tahsile, makbuz vermeye ve borçluya önel tanımaya yetkili bir yardımcı olarak tanımlayabiliriz.

5.2. Atanması ve Yetkileri

Diğer ticarî vekillerde olduğu gibi, gezici tüccar memurunun da ticaret siciline tescili mümkün olmadığı gibi, her nasılsa yaptırılmış olan bir tescilin de üçüncü kişiler ile ilgili herhangi bir işlevi yoktur.

Her ne kadar gezici tüccar memurunun atanması bir şekil koşulunun yerine getirilmesine bağlı değilse de, BK 453/III, cümle 1'e koşut bir biçimde, burada da tacirin kendisine para tahsil edebilme yetkisini yazılı olarak vermiş bulunması gerekir.

Gerçekten, yasa koyucu BK 454/I'de gezici tüccar memurlarının "*müessese namına sattıkları malın bedelini almak ve makbuz vermek ve borçluya mehil ita etmek salâhiyetini dahi haiz sayıl*"dıklarını öngörmüştür. Kanımızca bu varsayımın geçerli olabilmesi, tacirin ilgili kişiye kendisini gezici tüccar memuru olarak atadığını gösteren bir temsil (= yetki) belgesi vermesine bağlıdır. Aksi takdirde, üçüncü kişiler diyelim karşılarında bulunan bir satıcının, malı tamamen kendi adına ve hesabına mı ya da satım komisyoncusu sıfatı ile kendi adına başkası hesabına mı, yoksa bir ticarî işletmenin sahibinin temsilcisi sıfatı ile mi sattığını bilemeyeceklerdir. Bununla beraber sözünü ettiğimiz temsil belgesi düzenlenmesi hususu, gezici tüccar memurunun atanmasının zorunlu bir önkoşulu değildir. Fikrimizce tacirin sadece satılan malın parasını tahsil edebilmek konusunda verdiği bir yetkinin de amaca hizmet ettiği sonucuna varılması kaçınılmazdır.

Bu arada esasen BK 454/II'de gezici tüccar memuru olarak atandığı herhangi bir biçimde anlaşılan kişinin sattığı malın bedelini tahsil edebilme konusundaki yetkisinin sınırlandırılamayacağının öngörülmüş bulunulduğuna da değinilmelidir.

6. Ticaret İşleri Tellâlı

6.1. Tellâllığa İlişkin Yasal Düzenlemeler

Daha önce de belirttiğimiz üzere hukukumuzda tellâllık kurumu hem BK 404-409 hem de TK 100-115 arasında düzenlenmiştir. Hemen belirtelim, aslında gerek BK 404-409 gerek TK 100-115 arasında yasa koyucunun "tellâllık kurumu" ya da "tellâllık sözleşmesi"ni mi, yoksa "tellâlı" (BK tellâllığı düzenlediği 3. Faslı'nın başlığında ayrıca "simsarlık" deyimine de yer vermiştir) mı düzenlediği kesin bir biçimde ortada değildir.

BK 408'de sözü edilen "evlenme tellâllığı", BK 404/III'de değinilen "gayrimenkul tellâllığı" ve özel olarak düzenlenen "borsa tellâllığı" bir yana bırakılacak olursa, söz konusu düzenlemelerin ne zaman uygulama alanı bulacakları, yanıtlanması gereken ilk sorundur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

6.2. TK 100-115'in Uygulama Alanı

TK 100/III uyarınca "*Ticarî olmayan işlere dair olan mukavelelerin akdi hususunda aracılıkla meşgul olan veya ticarî bir aracılık işini ârızi olarak üzerlerine alan kimseler hakkında Borçlar Kanununun 404 ilâ 409 uncu maddeleri tatbik olunur*". Bunun gibi TK 115'e göre de "*Esnaf arasında aracılık yapan kimseler hakkında, bu faslın hükümleri tatbik olunmaz*".

Bu hükümlerin incelenmesinden yasa koyucunun tellâllığa uygulanacak hükümlerin belirlenebilmesi bakımından biri *işin ticarî olup olmamasına*, diğeri de *tellâllık faaliyetinin sürekli olarak yapılıp yapılmamasına* göre iki ayrı ölçütü benimsediği sonucuna ulaşılabilir.

6.2.1. Ticarî Nitelikteki Sözleşmelere Aracılık

Gerek TK 100/III'ün karşıt kavramından gerek tellâlın tanımlandığı ve aşağıda üzerinde ayrıntıları ile duracağımız TK 100/I hükmünden TK 100-115. maddelerinin sadece ticarî nitelikteki sözleşmelerin yapılmasına aracılık eden kimseler hakkında uygulanacağı, başka ve daha açık bir söyleyiş ile TK'da "ticaret işleri tellâllığı"nın düzenlendiği anlaşılmaktadır (Nitekim TK 100-115'in de içinde yer aldığı 7. Faslın başlığı "Ticaret İşleri Tellâllığı"dır).

Hemen ve önemle belirtelim, bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesi bizi yasa koyucunun tarafların tacir olup olmadıklarını değil, tellâlın aracılığını yaptığı sözleşmenin "ticarî" nitelik taşımadığı olgusunu göz önüne aldığı sonucuna götürmektedir. Bu nedenledir ki TK 100/I ve 100/III'ün uygulama alanının belirlenmesinde TK 3'de tanımlanan "ticarî iş"in esas alınacağı ve anılan düzenleme karşısında öncelikle bir sözleşmenin ticarî nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekeceği açıktır. Bu çerçevede isterse her iki tarafı tacir olsun, örneğin iki gerçek kişi tacirin tümü ile ticarî olmayan (=âdi ya da özel) alanlarına ilişkin bulunması nedeni ile ticarî nitelik taşımayan bir sözleşme ile ilgili aracılık işlemine TK uygulanmayacağı gibi, aksine her ikisi de tacir sıfatını taşımadıkları halde, TK 3 uyarınca ticarî iş sayılan bir sözleşme imzalayan kişilerle ilgili işleme aracılık hakkında BK değil, TK düzenlemesi geçerli olacaktır.

Buna karşılık esnaf hakkında TK hükümlerinin uygulanmayacağını öngören TK 115, yukarıda değindiğimiz "sözleşmenin ticarî olup olmadığı" ölçütünü terk ederek, bu kez ilgilinin hukukî konumunu, yani "esnaf" olup olmadığını öne çıkardığı için, kuşku yaratabilecek niteliktedir. Oysa kanımızca bu hükmün karşıt kavramına dayanarak, esnaf değil de tacir olan kişiler arasındaki tüm sözleşmelere aracılık durumunda TK 100-115'in uygulanacağı sonucuna varmak mümkün değildir. Fikrimizce TK 115 sadece TK 100/I ve 100/III'ü doğrulamaya yöneliktir.

6.2.2. Ticarî Sözleşmelere Aracılığın Sürekli Biçimde Yapılması

TK 100/III'den ortaya çıkan ikinci husus, ticaret işleri tellâllığına iliş-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kin hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için, söz konusu faaliyetin sürekli bir biçimde yapılmasının zorunlu bulunmasıdır. Değişik bir söyleyiş ile, tıpkı ticarî nitelik taşımayan sözleşmelerin yapılmasına ilişkin aracılık faaliyetinde olduğu gibi, tellâllığın isterse ticarî sözleşmelerle ilgili olsun, sürekli yapılmaması, yani bunun ârızi (= geçici) nitelik taşıması durumunda da TK 100-115'in uygulanması gündeme gelemeyecektir.

Esasen, aşağıda ticaret işleri tellâllığının öğelerini incelerken de değineceğimiz üzere, yasa koyucunun TK 100/I'de yer alan tanımda "aracılık yapmayı meslek edinen kişi" ibaresini kullanmasının altında yatan gerekçe de işte budur.

Görüldüğü gibi, ticaret işleri tellâllığına ilişkin TK hükümleri sadece yapılan aracılığın ticarî nitelikteki sözleşmelere ilişkin bulunması ve söz konusu aracılık faaliyetinin bir meslek olarak yürütülmesi durumlarında uygulanacak, diğer hallerde ve özellikle tellâllığın ârızi olarak yürütülmesi varsayımında BK 404-409 tatbik edilecektir.

6.3. Ticaret İşleri Tellâllığının İşlevi ve Benzerlerinden Ayrılması

Ticaret işleri tellâllını tanımlamadan ve hükümlerini incelemeye geçmeden önce anılan aracının gördüğü işlevi ve onun benzerlerinden ayrıldığı noktaları ortaya koymakta yarar vardır.

Daha önce de değindiğimiz üzere, tacir işletmesinin yoğunluğu gerektirdiği takdirde merkezinin dışında şubeler de oluşturabilir ya da duruma göre belirli bir bölgede acenta tayin etmek veya kendi gezici tüccar memurlarını o bölgeye göndermek durumunda kalabilir.

Ne var ki, özellikle tacirin işletmesindeki üretiminde kullanacağı hammadde ya da yarı mamul niteliğindeki bazı gereksinimlerini her zaman kendisinin bulunduğu yerden sağlaması mümkün bulunmayacağı gibi, olayların büyük bir bölümünde burada salt söz konusu amaca yönelik olarak şube oluşturulması da anlamlı olmayabilir. Öte yandan tacirin örneğin belirli bir hammaddeyi hep aynı bölgeden sağlamak durumunda olmaması halinde, acente tayini de gereksiz bir malî külfet getirebilir. Açıktır ki, birbirlerini daha önce tanımayan taciri ve onun gereksinimini duyduğu hammaddeyi sağlayacak olan üreticiyi karşı karşıya getirebilecek olan bir tacir yardımcısı, anılan tarafların uzakta bulunmalarından doğan her türlü sakıncayı giderip, sözleşmenin kurulması için zorunlu olan ekonomik ve hukukî ortamı hazırlayabilir.

Aşağıda bir kez daha belirteceğimiz üzere, ticaret işleri tellâlı sadece sözleşmenin yapılmasına aracılık ettiği, başka bir söyleyiş ile, taraflardan herhangi birinin temsilcisi sıfatı ile sözleşmeyi onlardan birinin adına ve/ya hesabına bizzat aktetmediği için, sözleşme son aşamada bizzat taraflar arasında imzalanacaktır. Hiç kuşkusuz, tellâl, soruna bir diğer açıdan bakıldı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ğında, hazır malını satmak için müşteri arayan bir tacire onun ürettiği mala gereksinimi olan kişileri bulup, getirdiği için de önemli bir katkıda bulunur.

Ticaret işleri tellâlı tacir yardımcıları içinde en çok "aracı acenta"ya benzer (TK 116/I). Nitekim yasa koyucu TK 116-134 arasında düzenlenen acentalıkla ilgili hükümlerde aracı acentaya tellâllık hükümlerinin uygulanmasını kabul etmiştir (TK 116/II). Ticaret işleri tellâlı ile acenta arasındaki başlıca farklılıklar, acentanın belirli bir bölgede faaliyet göstermesine karşın tellâl yönünden böyle bir sınırlandırmanın mevcut olmaması ve acenta belirli (en az bir) müvekkile bağlı bulunduğu halde, tellâlın tüm taraflardan bağımsız bir konumda bulunmasıdır.

6.4. Tanımı

Ticaret işleri tellâlı TK 100/I'de tanımlanmıştır. Buna göre "*taraflardan hiçbirine ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru, müstahdem yahut acenta gibi bir sıfatla daimî bir surette bağlı olmaksızın, ücret karşılığında, ticarî işlere müteallik mukavelelerin akdi hususunda aracılık yapmayı meslek edinen kişiye tellâl denir*".

Hemen belirtelim, her ne kadar TK'nun 1. Kitap'ının 7. Faslı'nın başlığı "Ticaret İşleri Tellâllığı" ise de, TK 100/I'de tellâllık değil, tellâl tanımlanmıştır. Kaldı ki, bu tanımın da ticaret işleri tellâlına ilişkin olduğu hüküm içinde vurgulanmayarak, bunun "tellâl" olduğunun belirtilmesi ile yetinilmiştir.

Kanımızca bu aksaklığa karşın TK 100/I'den ticaret işleri tellâlının tanımını anlamak ve bunun öğelerini saptamak mümkün olmaktadır.

6.5. Öğeleri

6.5.1. Taraflardan Hiçbirine Bağlı Olmama

Ticaret işleri tellâlının en belirgin niteliği, taraflardan hiçbirine bağlı olmaması, değişik bir söyleyiş ile, ticarî nitelikteki sözleşmenin yapılmasında yarar ve çıkarı bulunan her iki taraftan bağımsız, "ortada" denilebilecek bir konumda yer almasıdır. Tellâlın sözü edilen bu bağımsızlığı TK 100/I'de "*taraflardan hiçbirine ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem yahut acenta gibi bir sıfatla daimî bir surette bağlı olmaksızın*" gibi nisbeten uzun sayılabilecek bir ifade ile vurgulanmıştır.

Gerçekten, ticaret işleri tellâlı, örneğin sadece aracılık yapan acentanın (TK 116/II) aksine taraflardan herhangi birine (somut bir müvekkile) bağlı olarak görev yapmaz, aksine, deyim yerinde ise, aynı zamanda her iki tarafın da tellâlı durumunda bulunur. Hiç kuşkusuz, uygulamada ticaret işleri tellâlına öncelikle taraflardan birinin başvuracak olması olgusu da bu söylediklerimizde bir değişiklik yaratmaz, yani her ne kadar tellâl taraflardan birinin talep ve tahriki üzerine göreve başlar ve sözleşmenin karşı tarafını

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(diğer âkidi) bulup, her iki tarafı biraraya getirirse de, anılan özellik onun yine de bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırmaz.

Nitekim yasa koyucu da ticaret işleri tellâlının sözü edilen "taraflardan hiçbirine bağlı olmama" niteliğine son derecede büyük bir önem verdiğini örneğin ücretin ödenmesine ilişkin TK 108 ve tarafsızlığın ihlâli durumunda ücret isteme hakkının sona ereceğini öngören TK 110'da açıkça vurgulamıştır.

Görüldüğü gibi, ticaret işleri tellâlı taraflardan hiçbirine bağlı olmaksızın ticarî bir sözleşmenin yapılmasına aracılık (delâlet) ederek onları karşı karşıya getiren bir tacir yardımcısıdır.

6.5.2. Görevin Ücret Karşılığında Yapılması

TK 100/I'de ticaret işleri tellâlının ticarî nitelikteki bir sözleşmenin yapılması konusundaki aracılık faaliyetini bir *ücret* karşılığında gerçekleştireceği açıklanmıştır.

Kanımızca ticaret işleri tellâlının tanımının yapıldığı TK 100/II'de bir kez bu faaliyetin meslek edinilmesinin zorunlu olduğu öngörüldükten sonra, bunun ayrıca bir ücret karşılığında yerine getirileceğinin açıklanmasının hiçbir anlam ve değeri yoktur. Gerçekten, hukukumuzda ticarethanenin türlerinin sayıldığı TK 12/I, bent 12'de tellâllık da anıldığına, başka bir anlatımla, tellâllık faaliyetinin de, hiç kuşkusuz ticarî işletmenin diğer ölçütlerinin de var olması koşulu ile, bir ticarethane işletmek anlamına geldiği belirtildiğine göre, ticaret işleri tellâlı esasen TK 22 uyarınca kararlaştırılmamış olsa bile, bir tacir olarak yine de ücrete hak kazanacaktı.

Ticaret işleri tellâlının ücret isteme hakkı (TK 106-110) aşağıda ayrıca incelenecektir.

6.5.3. Ticarî Sözleşmelerin Yapılmasına Aracılık Etmek

Daha önce de vurguladığımız üzere, ticaret işleri tellâlı, TK 100/I'in ifadesi ile "*ticarî işlere müteallik mukavelelerin akdi hususunda taraflar arasında aracılık*" eden bir kişidir.

Bu nedenledir ki, ticarî nitelik taşımayan işlerle ilgili sözleşmelere aracılık yapan bir tellâl hakkında BK 404-409 uygulanır. Kanımızca bir ticaret işleri tellâlının istisnaen âdi nitelikteki bir sözleşmenin yapılmasına aracılık etmesi halinde de bu söylediğimiz geçerli olup, anılan varsayımda gerek TK 106-110 gerek tacirlere ilişkin genel bir hüküm olan TK 22 uygulama alanı bulamaz. Vardığımız bu sonuç, hemen aşağıda değineceğimiz faaliyetin meslek edinilmiş olması zorunluluğunun doğal bir uzantısıdır.

6.5.4. Aracılığın Meslek Edinilmiş Olması Zorunluluğu

Yasa koyucu TK 100/I'de ticaret işleri tellâlının bu görevi meslek olarak

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

icra etmekte bulunmasını da zorunlu kılmış, bu nedenle de TK 100/III'de ticarî nitelik taşımayan sözleşmelere aracılığın yanı sıra, arızî ya da geçici nitelikteki tellâllığa da BK 404-409'un uygulanacağını belirtmiştir.

Önemle ekleyelim, ticaret işleri tellâlının "tarifi"nin yapıldığı TK 100'ün 4. fıkrasında fâhiş tellâl ücretinin tenkisinden söz edilmesinde isabet bulunmadığı muhakkak olduğu gibi, esasen TK 24'ün varlığı karşısında gerek bu hükmün saklı tutulması gerek bu konuda BK 409 hükmünün uygulama alanı bulacağına değinilmiş bulunulmasının da hiçbir anlamı yoktur.

6.6. Yükümlülükleri ve Hakları

Ticaret işleri tellâlının aşağıda ele alacağımız yükümlülükleri, tıpkı onun ileri sürebileceği haklarda olduğu gibi, bir istisna dışında, tarafların her ikisine de yöneliktir.

6.6.1. Yükümlülükleri

6.6.1.1. Aracılık Etme Yükümlülüğünün Bulunup Bulunmadığı Sorunu

Yukarıda da değindiğimiz gibi, ticaret işleri tellâlı, her ne kadar her iki taraftan da bağımsız, yani "ortada" bir konumda yer alıyorsa da, yaşamın akışının olağan bir gereği olarak, görevine taraflardan birinin talep ve tahriki üzerine başlar. Gerçekten, çok sınırlı bazı varsayımların dışında, bir ticaret işleri tellâlının herhangi bir pamuk üreticisi ile bu pamukları satın alarak ondan iplik yapacak fabrika sahibini kendiliğinden biraraya getirmesi düşünülemez. Ticaret işleri tellâlının verdiğimiz örnekte duruma göre ya öncelikle kendisine iplik fabrikası sahibinin başvurmuş olması nedeni ile pamuk satmaya âmade olan çiftçiyi araştırmaya ya da tersi durumda pamukları satın almayı isteyen kişileri araştırıp bulmaya başlaması gerekir.

İşte sözünü ettiğimiz bu durumda ticaret işleri tellâlının kendisini öncelikle görevlendiren bu kişiye karşı sözleşmenin diğer tarafını arayıp bulmak, yani aracılık yapmak konusunda çaba göstermeye zorunlu olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir. Hemen belirtelim, bilimsel öğretide de tartışmalara neden olan bu konu hakkında TK hiçbir açıklığı içermemektedir.

Kanımızca TK 100/I uyarınca faaliyetini meslek edinmiş olarak ve ücret karşılığında yapacağı öngörülen ve TK 12/1, bent 12 uyarınca da ticarî bir işletme işlettiği için TK 14/I uyarınca tacir sıfatını taşıyan ticaret işleri tellâlı TK 20/II uyarınca sözleşmenin karşı tarafını bulmak için makul bir özen göstermiş olmalıdır. Değişik bir söyleyiş ile, kendisinden aracılık yapmasını isteyen tarafa, söz konusu istemini reddetmeksizin, uygun bir süre içinde gerekli çabayı göstermiş olmasına karşın diğer tarafı bulamadığını kanıtlayamayan bir ticaret işleri tellâlı, bu tarafın gecikme nedeni ile uğradığı her türlü zararı tazmin etmekle yükümlü olmalıdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

6.6.1.2. Bordro Vermek Yükümlülüğü

6.6.1.2.1. Amacı ve Hangi Durumlarda Verileceği

TK 101 uyarınca ticaret işleri tellâlı sözleşmenin yapılmasından hemen sonra üç nüshadan oluşan bir bordro düzenlemek ve bunlardan birer nüshayı ayrı ayrı her iki tarafa vermek zorunluluğundadır.

Yasa koyucu özellikle hukukumuzda şekil serbestisi ilkesinin varolduğunu ve bu nedenle yazılı olarak yapılması zorunlu bulunmayan bir sözleşmenin gerek bizatihî yapılıp yapılmadığı gerek içerik ve koşulları bakımından taraflar arasında uyuşmazlıklar çıkabileceğini göz önüne alarak ve bunları önlemek bakımından her iki taraftan bağımsız bir konumda olan ticaret işleri tellâlının bu özel konumunun bir gereği olarak taraflar arasında sözlü olarak gerçekleştirilen sözleşmeyi somut bir belgeye bağlamasını arzulamıştır. Aşağıda değineceğimiz üzere "bordro" adı verilen bu belge, daha sonra her iki tarafa imzalatılacağı gibi, tellâl tarafından belirli bir deftere de işlenecek ve bir süre saklanacaktır.

Bununla beraber yasa koyucu iki istisnaî durumda tellâlın bordro vermek yükümlülüğünün bulunmadığını açıklamıştır ki, bunlardan birincisi sözleşmenin her iki tarafının bordro düzenlenmesini istemediklerini belirtmeleri, ikinci ise "emtianın nev'i dolayısıyla mahallî teamül gereğince" bordro düzenlemeye gerek bulunmamasıdır.

Kanımızca ticaret işleri tellâlı, taraflardan her ikisi de yazılı olarak talep etmediklerini bildirmedikleri takdirde, bordro düzenlemek zorundadır. Bir sözleşmenin yapılıp yapılmadığı ya da yapılan bir sözleşmenin içeriği konusunda ileride taraflar arasında uyuşmazlık çıkması durumunda, sorumlu olmak istemeyen tellâl ya tarafların bordro talep hakkından feragat ettiklerini yazılı olarak kanıtlayabilecek konumda bulunmalı ya da düzenlediği bordroyu ibraz edebilmelidir.

Hiç kuşkusuz, tarafların sözleşmeden kaynaklanan borçlarını derhal ifa etmeleri, yani satıcının malı sözleşmenin yapılmasından hemen sonra teslim etmesi ve alıcı konumundaki kişinin de semeni ödemesi varsayımında artık bordro düzenlenmesi gerekmeyebilir (TK 102/I). Bu söylediklerimiz bordro düzenlemenin malın türü gereği ve mahallî teamül uyarınca düzenlenmesinin zorunlu olmadığı durumlar için de geçerlidir.

6.6.1.2.2. İçeriği

TK 101 uyarınca bordroda taraflardan her birinin ad ve soyadı (ya da tüzel kişiler söz konusu ise ticaret unvanları), sözleşmenin konusu ve koşulları, özellikle mal satımlarında satılanın türü, miktarı, fiyatı ve teslim zamanı gösterilmelidir.

Kanımızca TK 101'deki bu sayım sınırlayıcı olmayıp, ticaret işleri tellâ-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lının düzenleyeceği bordroda taraflar arasında imzalanan sözleşmenin tüm aslî unsurlarına ve bu sözleşmeden kaynaklanan tüm borçların nasıl ifa edileceğine ilişkin tüm bilgi ve ayrıntılara yer vermesi gerekir.

TK 101'de sözü edilen "kıymetli evrak alım satımlarında" ibaresini "menkul değerler" olarak anlamak zorunludur.

Nihayet ticaret işleri tellâlı düzenleyeceği bordroları bizzat imzalamakla da yükümlüdür.

6.6.1.2.3. Bordroların Her İki Tarafa İmzalattırılması

TK 102/I, cümle 1 uyarınca derhal ifası kararlaştırılmayan işlemlerle ilgili olarak ticaret işleri tellâlının bordro düzenlemesi, düzenlettirdiği bu bordroları her iki tarafa imzalatması ve her bir tarafa diğerinin imzasını içeren bordroyu vermesi gerekir.

Her ne kadar TK 102/I, cümle 1'den tarafların sadece diğer tarafa verilecek tek bir nüsha bordroyu imzalamak durumunda oldukları gibi bir sonuç ortaya çıkıyorsa da, kanımızca işlemlerin güvenliği ve kanıt oluşturabilme gücü bakımından tüm nüshaların her iki tarafça imzalanmalarında yarar, giderek zorunluluk vardır. Bunun gibi ticaret işleri tellâlının TK 111/I uyarınca tutmakla bulunduğu -özel nitelikteki- yevmiye defterine yazılacak işlemlerin dayanağını oluşturması bakımından bizzat tellâlın her iki tarafın imzasını içeren bordro örneğini saklaması gereklidir.

TK 102/I, cümle 2 taraflardan birinin bordroyu kabul ve imzalamaktan kaçınması durumunda, ticaret işleri tellâlının bu olguyu derhal karşı tarafa bildireceğini öngörmektedir. Fikrimizce anılan hüküm sözleşmenin taraflarının aynı yerde hazır bulunmadıkları haller için getirilmiş bir düzenleme olup, her iki tarafın sözleşmenin yapıldığı sırada hazır bulunmaları ve taraflardan birinin bordroyu imzalamaktan kaçınması durumunda, diğer tarafın keyfiyetten bizzat haberdar olacağı kuşkusuzdur. Sözünü ettiğimiz bu olasılıkta, kanımızca sözleşme daha önceden meydana gelmiş bulunduğu için, bordroyu imzalamış bulunan tarafın diğer yanın imzadan kaçınmasına dayanarak sözleşmeden dönmesi (sözleşmeyi geçersiz sayması) mümkün olmamak gerekir. Aksi sonucun ileri sürülmesi durumunda, bordronun imzalanmasının, hiç olmazsa, ticaret işleri tellâlının fiilen aracılıkta bulunduğu ticarî nitelikteki sözleşmelerin oluşumu bakımından, bir sağlık koşulu niteliğini taşıdığı yargısına ulaşmak gerekirdi ki, bu tür bir sonucun kabulü mümkün değildir. Bu nedenledir ki, tek başına bordronun taraflardan birisince imzalanmaması sözleşmenin sona ermesine ya da geçersizliğine yol açmaz. Keyfiyet kendisine bildirilen taraf kanımca TK 23/III'de yer alan *teyid mektubu* kurumuna başvurarak bordroyu imzalamaktan kaçınan tarafa sözleşmenin koşullarını yazılı olarak kabul ettirmek ve aksi takdirde sözleşmenin belirtilen koşullarda yapılmadığını ileri sürmek olanağına yine de sahiptir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Tellâl tarafların bordroya koymuş bulundukları imzaların sağlığından sorumludur (TK 102/II, cümle 1). Bu kuralın doğal bir sonucu olarak tellâl bordrodaki imzaların fiilen orada belirtilen kişi ve/ya kişiler tarafından atıldığını tekeffül ettiği gibi, imzanın bir tüzel kişiye ait olması durumunda ilgili gerçek kişi(lerin) tüzel kişiyi ilzama yetkili olduklarını denetleyip, olumlu sonuca vardığını da açıklamış olur.

6.6.1.2.4. Her Bir Tarafa Karşı Tarafın İmzasını İçeren Bordronun Verilmesi

Ticaret işleri tellâlı, ilke olarak taraflardan her birine sözleşmenin her iki yanının imzalarını içeren bir bordro örneğini ya da tarafların aynı yerde hazır bulunmamaları durumunda hiç olmazsa bir tarafa diğerinin imzasını içeren bir bordroyu vermek zorunluluğundadır.

Her ne kadar TK 102/I, cümle 2, yukarıda da değindiğimiz gibi, sadece bordronun her hangi bir tarafça imzalanmamasından ya da kabul edilmemesinden söz etmişse de, kanımızca özellikle sözleşmenin yapıldığı sırada bizzat hazır bulunan tarafların her ikisinin de bordroları imzalamaktan kaçınmaları olanaklıdır. Bu durumda ticaret işleri tellâlı tarafların anlaştıkları hususları, yani ortak iradelerini bordroya yeterince yansıtmamış demektir. Söz konusu varsayımda taraflar tellâlı iradelerine uygun bordro düzenlemeye zorlayabilecekleri gibi, ticaret işleri tellâlının diretmesi durumunda bordro talep etmekten vazgeçerek, diledikleri takdirde sözleşmeyi bizzat belgelendirebilirler.

6.6.1.2.5. Bordroda Taraflardan Birinin Önceden Gösterilmeyip Sonradan Bildirilmesi

TK 103 ticaret işleri tellâlının bazen taraflardan birini sonradan göstermek üzere bordro düzenleyerek bunu kendisinden aracılık etmesini isteyen tarafa verebilmesini kabul etmiştir.

Gerçekten, yukarıda da değinildiği üzere, ticaret işleri tellâlı ilke olarak bordroyu sözleşmenin her iki tarafı karşı karşıya getirdikten ve hatta sözleşmenin yapılmasından sonra düzenler. Ne var ki, bazen tellâl kendisine somut bir ticarî sözleşmenin akdine aracılık etmesi konusunda başvuran kişiye, diğer tarafı henüz bulmadan önce, deyim yerinde ise, diğer tarafı içermeyen ya da boş bir bordro düzenleyerek teslim eder ki, bu tür bir bordro ile bunu teslim alan taraf, sözleşmenin diğer yanının kendisine sonra bildirilmesini daha başlangıçta kabul etmiş olur. TK 103/I'in "diğer tarafın sonradan bildirileceği kaydını ihtiva eden bir bordro" olarak nitelendirdiği bu tür bir bordroda kanımızca tellâlın diğer tarafı mutlaka sonradan bildireceği konusunda açık bir kayda yer vermiş olması gerekmez, sadece diğer tarafı boş bırakılmış bir bordronun düzenlenmiş olması dahi TK 103'ün uygulama alanı bulması için yeterlidir. Buna karşılık, önemle ekleyelim, TK 103'de sözü edilen bordronun TK 101'deki öğeleri bünyesinde taşıması zorunludur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TK 103/I, cümle 2 uyarınca bordroda gösterilmemiş olan tarafın kim olduğu mahallî teamüle ya da böyle bir teamül yoksa, halin gereğine göre uygun bir süre içinde bildirilir. Açıktır ki, henüz diğer tarafı bulup sözleşmeyi yapmak üzere karşısına getirmeyen ticaret işleri tellâlına diğer âkidi bulmak için süre tanıyan kişinin, nesnel koşullara göre uygun sayılabilecek bir süre içinde yanıt alması gerekir. Fikrimizce bir sürenin "makul" olup olmadığı konusunda ticaret işleri tellâlı ile kendisine başvuran taraf arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda, yargıç somut olayın özelliklerini, örneğin satın alınması düşünülen malın üretimine ve piyasadaki satışına ilişkin tüm koşulları da göz önüne alması gerekir.

Hiç kuşkusuz, sözünü ettiğimiz türden bir bordroyu alan taraf uygun bir süre içinde diğer (TK 103/I, cümle 1'nin ifadesi ile "meçhul kalan") taraf, kendisine bildirilince, iki farklı davranış sergileyebilir:

İlk olarak boş bordroyu almış olan kişi, kendisine bildirilen kişiye itiraz etmeyebilir. Bu varsayımda artık sözleşme ticaret işleri tellâlına öncelikle başvurmuş ve boş bordroyu kabul etmiş olan bu kişi ile, tellâl tarafından sonradan kendisine bildirilen diğer taraf arasında kurulmuş sayılır.

Ne var ki, ikinci bir olasılık olarak boş bordroyu alan kişinin kendisine sonradan bildirilen kişiye itiraz etmesi de olanaklıdır. Yasa koyucu TK 103/I, cümle 1'de bu itirazın "haklı" olup olmadığına göre bir ayrım yapmıştır. Buna göre itiraz haksız ise ve ticaret işleri tellâlı tarafından ileri sürülen bu haksızlık sonradan bizzat boş bordroyu almış olan tarafça da benimsenirse, sorun kalmayacak ve sözleşme anılan iki taraf arasında kurulmuş sayılacaktır.

Buna karşılık bordroda gösterilmemiş olan (meçhul kalan) taraf sonradan tellâl tarafından hiç bildirilmemiş ya da bildirilmesine karşın buna karşı haklı bir itiraz ileri sürülmemişse, TK 103/II, cümle 1 uyarınca bordroyu kabul etmiş olan taraf, sözleşmenin bizzat tellâl tarafından yerine getirilmesini isteyebilir. Görüldüğü gibi değinilen bu son olasılıkta ticaret işleri tellâlı sözleşmenin karşı yanını uygun bir süre içinde bildirmemiş olması ya da sadece uygun olmayan bir kişiyi göstermiş olması nedeni ile bizzat sözleşmenin tarafı haline gelmektedir. Yasa koyucu burada da bildirilen tarafa karşı haklı bir itirazın ileri sürülmüş olmasını aradığı için, boş bordroyu alan taraf ile ticaret işleri tellâlı arasında sonradan bildirilen kişiye yöneltilen itirazın haklı olup olmadığı konusunda uyuşmazlık çıkması olanaklı olup, bunun da yargıç tarafından aydınlığa kavuşturulacağı kuşkusuzdur.

TK 103/II, cümle 2'ye göre karşı yan kendisine uygun süre içinde bildirilmeyen ya da bildirilmiş olan kişiye haklı bir itiraz ileri sürmüş olan taraf, sözleşmenin tellâl tarafından yerine getirilmesini "derhal" talep etmelidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu konuda hiçbir talepte bulunmaması ve tellâlın kendisine başvurmasına, yani ifaya âmade olduğunu bildirmesine karşın, bunu olumlu yanıtlamaması durumunda, artık tellâlın sözleşmeyi yerine getirmesini talep hakkından vazgeçmiş sayılır.

Sözleşmeyi bizzat yerine getiren tellâlın, sözleşmenin diğer tarafı (karşı âkidi) sıfatı ile sözleşmeden kaynaklanan borçları üstleneceği ve bunun sağladığı haklardan yararlanacağı doğaldır (TK103/II, cümle 3 bu son derecede doğal olan sonucu kanımızca gereksiz yere yinelemiştir).

6.6.1.3. Örneklerin (= Nümunelerin) Saklanması

Bilindiği üzere, satımın özel bir türü BK 218'de düzenlenen "nümune üzerine satım"dır.

Her ne kadar ticaret işleri tellâlının belirli bir taşınırı satın almak ve satmak isteyen tarafları karşı karşıya getirmesi mümkün ise de, olayların büyük bir bölümünde, örneğin 10 ton pamuk ya da 1000 metre kumaş satılmasının söz konusu olduğu hallerde, sözleşmenin konusunu oluşturan pamuğun ya da kumaşın tümü orada hazır bulundurulamayacağı için, somut durumda satım sözleşmesi ancak nümune (örnek) üzerinden gerçekleştirilebilecek, başka bir söyleyiş ile, taraflar sözleşmenin kurulduğu sırada üzerinde görüş birliğine vardıkları örneğin ifası konusunda da anlaşmış olacaklardır.

Satım sözleşmesinin BK 218 uyarınca nümune üzerine ve fakat bir ticaret işleri tellâlı aracılığı ile gerçekleştirilmesi halinde TK 104 tellâla anılan örneği saklama yükümü getirmiştir.

Buna göre ticaret işleri tellâlı tarafların açık bir biçimde vazgeçtikleri durumlar ya da mahallî teamül uyarınca gerek olmayan haller dışında, satıcı tarafından tevdi edilen nümuneyi saklamakla yükümlüdür (TK 104/II). Tellâlın bu yükümlülüğü malın niteliklerine karşı herhangi bir itiraz ileri sürülmeksizin alıcı tarafından kabul edilmesine ya da işlemin diğer bir biçimde sona erdirilmesine, diyelim herhangi bir çekince ileri sürülmeksizin, semenin ödenmesine kadar varlığını korur (TK 104/I).

Saklama yükümlülüğünün var olduğu durumlarda, ticaret işleri tellâlı tevdi edilen örneğe, bunu benzerlerinden ayırd etmeye yarayan özel bir işaret koymak ve giderek ticarî teamülün gerektirdiği durumlarda bu özel işareti taraflara da imzalatmak zorunluluğundadır (TK 104/III).

Görüldüğü gibi, yasa koyucu nümune üzerine gerçekleştirilen bir satım sözleşmesinde daha sonra taraflar arasında uyuşmazlıklar çıkabileceği olasılığını göz önüne alarak, her iki taraftan bağımsız konumda olan ticaret işleri tellâlına bu örneği saklamak ve gerektiğinde delil olarak mahkemeye ibraz etmek yükümlülüğünü getirmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

6.6.1.4. Yevmiye Defteri ile İlgili Yükümlülükler

6.6.1.4.1. Defterin Tutulması

Daha önce de belirttiğimiz üzere ticaret işleri tellâlı bizzat bir ticarî işletmeyi (TK 12/I, bent 12) işlettiği için tacir sıfatını taşır (TK 14/I), bu nedenle de yasanın öngördüğü belirli ve belirsiz zorunlu tüm ticarî defterleri tutmakla yükümlüdür (TK 20/I; TK 70-78). Bu nedenledir ki, tacir sıfatını taşıyan ticaret işleri tellâlı "*kayda geçirilmesi icabeden muameleleri vesikalardan çıkararak tarih sırasiyle ve 'madde' halinde tertipli olarak yazmaya mahsus defter*" şeklinde tanımlanan (TK 70/I) yevmiye defterini de tutmakla yükümlüdür.

Oysa TK 111/I ticaret işleri tellâlının *ikinci bir yevmiye defteri* daha tutmasını öngörmüştür. Tellâl tacir sıfatı ile tuttuğu ve defterlere kaydedilmesi zorunlu olan para ile ilgili tüm işlemlerini günü gününe ve sıra numarası ile yazdığı yevmiye defterinden farklı olarak, tellâl sıfatı ile tuttuğu ikinci yevmiye defterine sadece kendi aracılığı ile yaptığı işlemleri günü gününe ve tarih sırası ile yazacak ve burada TK 111/I, cümle 2'nin TK 101'e yaptığı yollamanın bir sonucu olarak bordronun içeriğinde yer alan bütün hususlara da yer verecektir.

Yasa, tellâlın her kaydı günü gününe imza etmesini öngörmüş ve bu özel defter hakkında ticarî defterlerin onanmasına, tutulmasına ve saklanmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasını benimsemiştir (TK 111/II).

Tellâl, taraflardan herhangi birinin talebi üzerine aracılığını yaptığı işlemler için, özel yevmiye defterinin o somut işe ilişkin kısmının bir suretini imzalayarak vermek zorunluluğundadır (TK 111/III).

6.6.1.4.2. Defterin İbrazı

Ticarî defterlerin ibrazı TK 80'de düzenlenmiş olup, bu yükümlülüğün söz konusu olduğu tacir ile üçüncü kişi arasında çıkan parasal nitelikteki bir uyuşmazlıkta TK 70 uyarınca tutulan yevmiye defterinin de mahkemeye sunulacağı doğaldır.

Bunun yanı sıra "ibraz mecburiyeti" kenar başlığını taşıyan TK 112'de ticaret işleri tellâlının tellâl sıfatı ile TK 111'e göre tutmak zorunluluğunda bulunduğu özel nitelikteki yevmiye defterinin ibrazı ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme taraflar arasında çıkan bir uyuşmazlıkla ilgili hususların kanıtlanması için ya da diğer herhangi bir dava bağlamında bordro, suret ve kanıt niteliğindeki diğer belgelerin karşılaştırılması amacı ile tellâla yevmiye defterinin ibrazını emredebileceği gibi, ondan gerekli açıklamaları yapmasını da isteyebilir.

İbraz yükümlülüğü ile birlikte değerlendirildiğinde özel nitelikteki yevmiye defterinin tutulması ile yasa koyucunun uyuşmazlıkların çözümlen-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mesi ile ilgili olarak güttüğü amaç ve gerek bu yükümlülüğe gerek saklama zorunluluğuna aykırılık durumunda yüklediği sorumluluk (TK 113 ve onun yollama yaptığı TK 67) daha kolay anlaşılabilmektedir.

6.6.1.4.3. Defterin Tevdii

Hiç kuşkusuz, ticaret işleri tellâlının aracılıkta bulunduğu sözleşmeler ile ilgili uyuşmazlıklar onun ölümünden ya da ticaretini terk etmesinden sonra da ortaya çıkabilir.

Yasa koyucu bu gerçeği göz önüne alarak TK 114'de ölen ya da işten çekilen tellâlın bu sıfatla tuttuğu özel yevmiye defterinin bulunduğu yerin noterine tevdi edileceğini öngörmüştür.

Hemen belirtelim, TK 68'de gerçek kişi tacirin ölümü halinde mirasçılarının ve ticareti terketmesi durumunda bizzat kendisinin defterleri saklamaları, sadece resmî tasfiyede sulh mahkemesinin yetkili olduğu öngörülmüşken, burada notere yetki verilmiştir.

Kanımızca TK 114'de yer alan "bulunduğu yer" ibaresinden ticaret işleri tellâlının işletmesinin ya da eğer aynı zamanda şubeleri de varsa, işletmesinin merkezindeki yerin anlaşılması gerekir. Nihayet ölüm durumunda tevdi yükümlülüğünün tellâlın mirasçıları tarafından yerine getirilmesi gerektiği tartışmasızdır.

6.6.2. Hak ve Yetkileri

6.6.2.1. Ücret İsteme

6.6.2.1.1. Genel Olarak

Daha önceki açıklamalarımız sırasında tacir sıfatını taşıyan (TK 12/I, bent 12 ve TK 14/I) ticaret işleri tellâlının yaptığı iş karşılığında kararlaştırılmasa bile yasa gereği (TK 22) ücrete hak kazanacağını belirtmiştik.

Yasa koyucu buna rağmen TK 106-108 arasında tellâl ücretini (tellâliye) özel olarak düzenlemek gereğini duymuştur.

Herşeyden önce, TK 106/I uyarınca tellâl kural olarak sözleşme yapılınca ya da sözleşme bir şarta bağlı ise bu şart gerçekleşince ücrete hak kazanır. Yasaya göre bu hak ancak taraflara bordroyu veren tellâl tarafından ileri sürülebilir. Öte yandan "*şart tahakkuk edince*" ibaresinin yer aldığı bu hükmün incelenmesinden ortaya çıkan sonuç, tellâlın ancak geciktirici şarta bağlı bir sözleşmeye aracılık edebileceği, buna karşılık bozucu şarta bağlı bir sözleşmenin yapılmasında herhangi bir işlev göremeyeceğidir ki, bu sonucun her zaman menfaatler dengesine uymayabileceği ortadadır.

İkinci olarak tellâl salt aracılık faaliyetinde bulunmuş olmak ya da TK

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

106/II, cümle 2'nin ifadesi ile yalnızca "*bu işteki teşebbüslerinden dolayı*" ücret isteyemez.

Fikrimizce TK 106/I ve TK 106/II, cümle 2'de yer alan bu kurallar emredici bir nitelik taşımadıkları için, bunların aksi kararlaştırılabilir, yani taraflar ticaret işleri tellâlına, sözleşme fiilen yapılmamış olsa dahi, gördüğü hizmet karşılığında bir ücret ödenmesini kabul etmiş olabilirler.Hatta sözü edilen bu olasılıkta tellâla taraflardan sadece birisinin belirli bir ödeme yapması dahi TK 110 anlamında haksız bir menfaat sağlanması olarak yorumlanamaz.

6.6.2.1.2. Tutarı

Ticaret işleri tellâlının ücretinin tutarı sözleşmede kararlaştırılabileceği gibi, tarifelerle de belirlenmiş bulunabilir. Bunlarda bir açıklık yoksa ücret ticarî teamüle göre tâyin olunur (TK 107).

6.6.2.1.3. Borçlusu

Tellâl ücretinin taraflardan hangisince ödeneceği sözleşmede kararlaştırılabileceği gibi, bizzat yasa tarafından da belirlenmiş olabilir. Bu konuda mahallî bir teamülün de bulunmaması durumunda, sözleşmenin yapılmasında her iki tarafın da eşit çıkarı bulunduğu varsayılabileceği için, ücret taraflarca yarı yarıya ödenir (TK 108).

6.6.2.1.4. Zamanaşımına Uğraması

Tellâlın ücret alacağı işlemin yapıldığı, diyelim sözleşmenin akdedildiği ya da sonradan bildirilen diğer tarafa itiraz için gerekli olan uygun sürenin dolmasından itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrar (TK 106/II, cümle 1). Kanımızca BK 126, bent 4'de ticarî nitelik taşımayan (âdi) işlerden doğan tellâllık ücretinin 5 yıllık bir zamanaşımı süresine tâbi kılınmış olmasına karşın, TK 106/II, cümle 1'de bir yıl gibi buna oranla çok kısa bir sürenin belirlenmiş olması belki ticarî uyuşmazlıkların olanaklar oranında çabuk sonlandırılması düşüncesi ile açıklanabilir.

6.6.2.1.5. Ücret İsteme Hakkının Düşmesi

TK 110 uyarınca tarafsızlığını ihlâl edecek biçimde taraflardan herhangi birini kayıran ya da iyiniyet kuralına aykırı bir biçimde bunlardan birisinden kendisine haksız çıkar sağlayan ticaret işleri tellâlı, bundan böyle ücret istemek hakkını yitirir (TK 110). Masrafları isteme konusunda da (TK 109) geçerli olan bu kuralın altında yatan gerekçe, tellâlı her iki tarafın çıkarlarını eşit biçimde gözetmeye sevk etmektir. Kanımızca tellâlın taraflardan herhangi birinin tümü ile kendi iradesine dayanarak yaptığı fazla ücret ödemesini kabul etmesinde herhangi bir sakınca bulunmamak gerekir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

6.6.2.2. Masrafları İsteme

Ticaret işleri tellâlı ilke olarak aracılıkta bulunduğu iş nedeni ile yaptığı masrafları da talep edemez, çünkü anılan harcamaların da ödenecek ücrete dahil olduğu varsayılabilir.

Bununla beraber taraflar tellâla masraf ödeneceğini açıkça kararlaştırabilecekleri gibi, isterlerse sözleşme fiilen imzalanmamış olsa dahi tellâlın buna hak kazanacağını da öngörebilirler. Kanımızca TK 109'da yer alan kuralı tellâlın aracılıkta bulunduğu tarafların iradelerine yapılan bir müdahale olarak yorumlamak mümkün olmayıp, hükmün aksine yorumu olanaklı kılan lâfzına karşın tarafların daha önceden herhangi bir ücret ödeneceğini kararlaştırmamış olmalarına rağmen, sözleşmenin yapılmasından tamamen bağımsız olarak belirli masrafların tediye edileceğini kabul etmeleri mümkün ve geçerlidir.

6.6.2.3. Tahsil ve Tesellüm Konusundaki Yetkisizlik

"Kabza salâhiyetsizlik" kenar başlığını taşıyan TK 105 uyarınca ticaret işleri tellâlının aracılıkta bulunduğu sözleşmeden kaynaklanan bedeli tahsile ya da sözleşmenin konusunu oluşturan şeyleri tesellüme yetkisi yoktur. Bu kural tellâlın taraflardan hiçbirini temsil etmemesinin doğal bir hukukî sonucudur.

6.7. Sona Ermesi

Ticaret işleri tellâlının görevi öncelikle taraflar arasında sözleşmenin kurulması, yani aracılık faaliyetinin amacının gerçekleşmesi durumunda sona erer. Daha önce de belirttiğimiz üzere, tellâllık daimî nitelikteki bir hukukî ilişki olmadığı için, diyelim bir tacirin sürekli olarak aynı ticaret işleri tellâlı aracılığı ile mallarını satmak üzere müstakbel alıcılar araması durumunda dahi, tellâl ile sözünü ettiğimiz tacir arasında her zaman yeni bir ilişki kurulmuş olur.

Hiç kuşkusuz, tellâlın aracılıkta bulunduğu sözleşmenin gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması ya da tellâlın sonradan bildirdiği diğer tarafa haklı bir itiraz ileri sürülmüş ve tellâlın sözleşmede bizzat taraf olması istenilmemiş olduğu haller de, tıpkı tellâlın ölümü ya da medenî hakları yitirmesinde olduğu gibi, tellâllığı sona erdiren diğer nedenlerdir.

7. Komisyon

7.1. Düzenlenmesi ve Türleri

Daha önce de belirttiğimiz üzere, komisyoncu sadece BK'da düzenlenmiştir.

Gerçekten, yasa koyucu BK 416-429 arasında aslında "Alım ve Satım

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Komisyoncusu" adı altında komisyoncuyu düzenlemiş, 6763 sayılı Yasa ile 29.6.1956 tarihinde değiştirilen BK 430'un 1. fıkrasında öncelikle "imâl işleri komisyoncusu"na değinmiş, daha sonra 2. fıkrada alım-satım komisyonu sayılmayan işlerle, komisyonculuğun bir tacir tarafından arızî olarak yapılması durumunda uygulanacak hükümleri açıklamış, nihayet 3. fıkrasında taşıma işleri komisyonculuğu hakkındaki hükümleri saklı tutmuştur.

Burada hemen yasanın bir özelliğinin vurgulanması gerekir. Her ne kadar BK'nun 416-430. maddelerinin içinde yer aldığı 15. Bap'ın başlığı "komisyon" ise de, BK 416'nın gerek kenar başlığında gerek içeriğinde "alım ve satım komisyoncusu" ve "alım ve satım işlerinde komisyoncu" gibi ibarelere yer verilerek, aslında genel olarak "komisyoncu"nun değil, "alım-satım komisyoncusu"nun düzenlendiği açıklanmış, buna karşılık daha sonra gelen BK 417-429 arasında hep "komisyoncu"dan söz edilmiştir.

Kanımızca bu düzenleme biçimi BK 430/II'nin her türlü komisyon işine ve hatta komisyonculuğun bir tacir tarafından arızî olarak yapılması durumunda dahi BK 416-429'un uygulanacağının öngörülmüş olması ile açıklanabilir ve bu nedenle bir bakıma haklı da görülebilir. Ne var ki, yasanın, tıpkı tellâllıkta olduğu gibi, "komisyon" sözleşmesini düzenlediğini belirtmekle beraber, aslında "komisyoncu"yu tanımlayıp, buna ilişkin hükümleri getirdiğini vurgulamakta zorunluluk vardır.

Görüldüğü gibi, hukukumuzda BK kural olarak sadece alım-satım komisyoncusu ile ilgili açık bir düzenlemeye yer vermiş, ikinci olarak alım-satım komisyonculuğu sayılmayan diğer komisyon işlerinde de BK 416-429'un uygulanmasını kabul etmiş, nihayet taşıma işleri komisyonculuğuna ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. Bu arada BK 416/II uyarınca yasada açıklık bulunmayan durumlarda komisyon sözleşmesi ile ilgili boşlukların vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler ile doldurulacağının öngörüldüğü de eklenmelidir.

Önemle belirtelim, BK'nun "Nakliye Mukaveleleri" başlığını taşıyan 16. Bap'ında yer alan 431-448. maddeler 29.6.1956 tarih ve 6763 sayılı Yasa 41/I ile kaldırılmış ve bunların yerine TK 762-808 ve TK 1016-1132 yürürlüğe konulmuştur.

Bunun gibi hukukumuzda SerPK 30/II'de sermaye piyasası araçlarının ihraç ya da halka arz yolu ile satışına ilişkin aracılığın bir türünün "kendi namına başkası hesabına alım satımı" olduğu açıklandığı için, aracı kurumların bazen komisyoncu sıfatı ile işlem yapabilecekleri anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılabileceği üzere, hukukumuzda komisyonculuğun "alım-satım komisyoncusu", "imâl işleri komisyoncusu", "taşıma işleri komisyoncusu", "sermaye piyasası araçları komisyoncusu" ve "borsa komisyoncusu" gibi değişik türleri mevcut bulunmaktadır.

Bu kitapta sadece BK 416-429'da düzenlenen "alım-satım komisyoncu-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

su" incelenecektir. Bu yaklaşımın başlıca nedeni, yasa koyucunun esasen alım satım komisyonu sayılmayan diğer komisyon işlemlerini de BK 416-429'a tâbi kılmış olmasıdır. Bunun yanı sıra başta taşıma işleri komisyonculuğu gelmek üzere sermaye piyasası araçları komisyonculuğu veya borsa komisyonculuğu konularının bir ticarî işletme hukuku ders kitabından çok anılan özel alanları inceleyen kitap ya da monografilerde yer alması daha doğrudur. Fikrimizce temelinde bir komisyon ilişkisinin yatması kesinlikle söz konusu olmayan gümrük komisyonculuğunun komisyon başlığı altında irdelenmesi ise esasen hukukî yönden yanlıştır.

7.2. "Komisyoncu" Kavramı

"Komisyoncu" deyiminin bir çok kez hatalı bir biçimde ve başka bir aracıyı ifade etmek üzere kullanıldığı, giderek örneğin "emlâk komisyoncusu" örneğinde olduğu gibi bu yanlış nitelendirmenin uygulamada yer ettiği dahi gözlemlenmektedir.

Gerçekten, bilindiği üzere, bir konutun, iş yerinin ya da arsanın kiralanması ve/ya satılmasına aracılık etmek üzere oluşturulan işletmelerin sahiplerine gündelik yaşamımızda "emlâk komisyoncusu" adı verilir ve bu nedenle diyelim aranan bir apartman katının komisyoncu tarafından bulunduğundan ya da satın alınan bir daire ile ilgili olarak ödenen komisyon ücretinden söz edilir.

Oysa komisyon sadece taşınırlarda söz konusu olduğu gibi, ikinci olarak ve bundan daha da önemlisi "emlâk komisyoncusu" olarak nitelendirilen kişi örneğin bir daireyi satın almak ve satmak isteyen kişileri sadece bir araya getirdiği için, olsa olsa tellâl konumundadır (BK 404/III. Taşınmaz tellâllığının geçerliliği yazılı sözleşme yapılmış olması koşuluna bağlıdır). Bunun yanı sıra komisyoncu, aşağıda ayrıntıları ile değinileceği üzere, daima *kendi adına ve bir başkası hesabına* davrandığı, yani bu ilişkinin temelinde bir *dolaylı temsil* münasebeti yattığı halde, tellâlın hiçbir tarafın temsilcisi olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır.

Ne ilginçtir ki, yukarıda sözünü ettiğimiz yanılgıya bizzat yasa koyucu da düşmüş ve Gümrük Yasası 166/I'de eşyanın girişi, çıkışı, transit ve aktarma gümrük işlemlerini doğrudan doğruya müvekkilleri adına gerçekleştiren kişileri gümrük komisyoncusu olarak adlandırmıştır. Oysa burada bir doğrudan temsil münasebetinin bulunduğu tartışmasızdır.

Görüldüğü gibi, uygulamada tarafların kullandıkları deyimlere bakılmayarak, somut olayda söz konusu olan tacir yardımcısının öncelikle bir taşınırı kendi adına ve müvekkili hesabına alıp satmakta (ya da bir şeyi imâl ettirmekte) olup olmadığı incelenmeli ve niteleme ancak bundan sonra yapılmalıdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

7.3. Tanımı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yasa sadece alım ve satım komisyoncusunu tanımlamış, buna karşılık komisyoncunun hak ve borçlarını düzenlerken yalnızca "komisyoncu" kelimesini kullanarak her defasında bunun alım ve satım komisyoncusu olduğunu vurgulamak gereğini duymamıştır.

Gerçekten, BK 416/I'e göre "*alım ve satım işlerinde komisyoncu, ücret mukabilinde kendi namına ve müvekkili hesabına kıymetli evrak ve menkul eşya alım ve satımını deruhte eden kimsedir*".

Bu tanıma uygun olarak ve BK 430/II'nin yaptığı yollama da göz önüne alınmak sureti ile, örneğin imâl işleri komisyoncusunu, bir taşınırı kendi adına ve müvekkili hesabına imâl ettiren kişi olarak tanımlamak ve diğer tüm komisyon işlemleri bakımından da benzer tanımlamalar yapmak mümkündür.

Aşağıdaki satırlarda yasa koyucunun kanımızca da doğru ve yerinde görülebilecek bu tutumuna koşut olarak sadece komisyoncu deyiminin kullanılması ile yetinilmekle beraber, aslında alım-satım komisyoncusuna ilişkin hükümler açıklanacaktır.

7.4. Öğeleri

7.4.1. Bir Taşınırın Alım veya Satımına Aracılık Etmek

BK 416/I'den açıkça anlaşılabileceği üzere komisyoncu bir taşınır eşyanın (menkulün) alım satımına aracılık eden kişidir. Aşağıda da değineceğimiz üzere, komisyon sözleşmesinde komisyoncu kendi adına ve müvekkili hesabına hareket ettiği için, taşınmazların buna konu oluşturması mümkün değildir. Gerçekten, örneğin her ne kadar ilk bakışta bir taşınmazın da herhangi bir kişi tarafından kendi adına ve fakat başkaca bir kişi hesabına satın alınmasının mümkün olduğu söylenebilirse de, anılan varsayımda taşınmazın mülkiyetini kazanan kişi bunu hesabına davrandığı üçüncü kişiye devredebilmek için, yasanın gerekli kıldığı tüm ferağ işlemlerini bir kez daha yapmak ve özellikle buna ilişkin vergileri ödemek zorunluluğunda kalacağı için, bundan beklenen yarar kesinlikle ortadan kalkacaktır. Görüldüğü gibi, taşınmaz mülkiyetinin ancak tapu sicilinde gerçekleştirilecek bir ferağ işlemi ile yapılmasının zorunlu bulunması, taşınmazların komisyon sözleşmesine konu oluşturabilmelerini olanaksız hale getirmektedir. Bu söylediklerimiz devir ve iktisapları herhangi bir sicilde işlem yapılmasını gerekli kılan diğer haklar açısından da geçerlidir.

Kanımızca komisyon sözleşmesine dayanılarak alınıp satılabilecek taşınırların mutlaka bir mislî eşya niteliğini taşımaları gerekmez. Elinde çok değerli bir tablo bulunan bir kişi, bunu pekâla -komisyoncu niteliğindeki- bir başka kişi aracılığı ile üçüncü kişilere sattırabileceği gibi, bir mürekkep hokkası koleksiyoncusunun da müzayedede satışa sunulan bir eseri, hiç

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kuşkusuz kendi hesabına olmak koşulu ile, komisyoncu olan üçüncü bir kişiye satın aldırtması olanaklıdır.

Önemle ekleyelim, BK 416/I'de yer alan "kıymetli evrak" deyiminden poliçe, bono ve çek gibi kambiyo senetleri ya da makbuz senedi ve varant gibi emtia senetlerini değil, hisse senetleri, tahviller, hazine bonoları gibi menkul değerleri anlamak gerekir, çünkü bilindiği üzere, örneğin bir bono ya da çekin alınıp-satılması söz konusu değildir. Çok sayıdaki kambiyo senedinin topluca el değiştirip, devralınmasını (iştirainı) sağlamaya yönelik bir aracılık faaliyeti dahi komisyonculuk olarak nitelendirilemez.

Nihayet komisyonculuğun mutlaka ticarî iş niteliğindeki bir alıma ya da satıma ilişkin olması zorunlu bulunmayıp, aşağıda belirteceğimiz gibi, bu husus sadece komisyoncunun sıfatı ve uygulanacak hükümlerin hangileri olduğu ile ilgilidir.

7.4.2. Faaliyetin Meslek Edinilmiş Olması

BK 416/I'de sadece "deruhte eden" ibaresine yer verilmekle yetinilmiş, fakat komisyonculuk faaliyetinin örneğin TK 100/I ve TK 116/I'de olduğunun aksine "meslek edinilmiş" olması zorunluluğundan söz edilmemiştir.

Buna karşılık "*komisyon işlerini kendisine sanat edinmeyip de ârızî olarak üzerine alan tâcir hakkında dahi bu babın hükümleri tatbik olunur*" şeklinde bir ibareye yer veren BK 430/II'den komisyoncunun anılan faaliyeti ilke olarak meslek edinmiş olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Nitekim TK 12/I, bent 12'de komisyonculuk işletmesinin de bir ticarethane, dolayısı ile ticarî işletme olarak sayılmış bulunması ve TK 14/I karşısında bu tür bir işletmeyi kendi adına işleten komisyoncunun tacir olarak nitelendirilme zorunluluğu bunun en belirgin kanıtıdır.

Burada aydınlığa kavuşturulması gereken husus, BK 430/II'de komisyonculuğun sadece arızî olarak yapılmasından söz edilmeyip, faaliyeti ârızî olarak yapanın "tacir" olduğunun da özel olarak vurgulanmış olması karşısında, BK 416-429 hükümlerinin komisyonculuğun geçici olarak yapıldığı tüm hallerde değil, sadece esasen başkaca bir işletmesi nedeni ile tacir sıfatını taşıyan bir kişi tarafından yapılması durumunda mı uygulama alanı bulacağıdır.

Fikrimizce özellikle, aşağıda değineceğimiz "ücret" öğesi de birlikte göz önüne alındığı takdirde, BK'nun ilke olarak komisyonculuğun bir meslek olarak yürütülmesini düşündüğü ve istisnaen BK 430/II'de bir tacirin kendi işletmesi dışında ayrıca komisyonculuk yapması durumunda buna ilişkin hükümlerin uygulanmasını kabul ettiği sonucuna varılmalıdır. Anılan nedenledir ki tacir sıfatını taşımayan bir kişi tarafından ârızî olarak yapılan komisyonculuğa BK'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin kurallarının uygulanması gerekecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

7.4.3. Komisyoncunun Kendi Adına Fakat Müvekkili Hesabına Hareket Etmesi

BK 416/I'de komisyoncu bir taşınırı kendi adına ve fakat müvekkili hesabına alıp satan kişi olarak tanımlanmıştır.

Aşağıda acentayı incelerken göreceğimiz üzere, sözleşme yapma yetkisine sahip bir acenta da müvekkilini *temsilen* bir taşınırı satabilir veya satın alabilir. Ne var ki, acenta açıkça müvekkilinin adına ve hesabına hareket ettiği halde, komisyoncu kendi adına ve fakat müvekkili hesabına sözleşme yapar.

Komisyoncunun taşınır satımına ilişkin sözleşmeyi kendi adına ve müvekkili hesabına yapmasının bir sonucu olarak, sözleşmenin diğer tarafı, ilke olarak, bu sözleşmenin yapılmasında aslında üçüncü bir kişinin etkili olduğunu, onun bundan doğrudan doğruya yarar sağlayacağını ve son bir gözlemle örneğin satın alınan malın zilyedliğinin ona geçirileceğini bilmez. Açıktır ki, bu hali ile komisyon, çizdiğimiz sınırlar çerçevesinde, işlemin gerçekleştirileceği sırada (ve hatta daha sonra da) kendini göstermek istemeyen bir kişinin de başvurabileceği bir yoldur. Ne var ki, komisyonun bu niteliğinden onun daima "gizli" ya da "dolaylı" diye nitelendirilebilecek ilişkilerde kullanılabilecek bir aracılık yöntemi olduğu sonucuna asla ulaşılmamalıdır. Aksine komisyon diyelim bir taşınırı bizzat satmak ya da satın almak için gerekli zamana sahip bulunmayan bir kişinin de yararlanabileceği bir olanaktır.

Komisyon sözleşmesinin yukarıda değinilen özelliğinin doğal bir sonucu olarak burada iki ayrı ilişkiden söz edilebilir:

Bunlardan birincisi komisyoncu ile diyelim bir taşınırın alımına ya da satımına ilişkin sözleşmede taraf olan üçüncü kişi arasındaki ilişkidir ki, bu ilişkiyi, komisyoncu ile müvekkil arasındaki münasebet bakımından, *dış ilişki* olarak adlandırabiliriz. İkinci ilişki ise bizzat komisyoncu ile onu bir taşınırın alım ya da satımı konusunda görevlendiren kişi (müvekkil) arasındaki ilişkidir ki, bu da *iç ilişki* olarak nitelendirilebilir.

Hemen belirtelim, dış ilişkide yer alan üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olarak -aslında komisyoncu olduğunu dahi bilmediği- komisyoncuyu görür. Sözleşmenin diğer tarafı karşısındaki kişinin bir *başkasının hesabına davrandığından* haberdar değildir. Bu nedenledir ki, yapmış olduğu sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçları da sadece kendi âkidine karşı ileri sürebilir.

Komisyoncu ise üçüncü kişi ile yapmış olduğu sözleşme nedeni ile mülkiyetini elde ettiği taşınırı ya da bir satım söz konusu ise aldığı semeni müvekkiline intikal ettirmek zorunluluğunda olup, aynı şekilde müvekkilin de ifa etmeme durumunda sözleşmenin diğer tarafına karşı herhangi bir hak ileri sürmesi söz konusu olamaz.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Nihayet komisyon sözleşmesi ile *satım için bırakma sözleşmesi* ya da *konsinye satım* diye adlandırılan sözleşmeyi de birbirine karıştırmamak gerekir. Gerçekten, satım işlerinde komisyoncu mülkiyeti müvekkiline ait bulunan bir taşınırı müvekkilinin bildirdiği fiyattan üçüncü kişiye sattığı ve bunun karşılığında komisyon ücretini tahsil ettiği halde, satım için bırakma sözleşmesinde mal kendisine bırakılan kişi ancak malı müvekkilin bildirdiği bedelden daha yüksek bir fiyatla satarsa aradaki farkı kendinde alakoyabilmekte, değişik bir söyleyişle komisyoncu gibi önceden belirlenen bir ücreti değil, ancak kendi çabasına göre malı daha yüksek fiyattan satması durumunda farkı tahsil edebilmektedir.

7.4.4. Komisyoncu ile Müvekkil Arasındaki Sözleşmenin Özellikleri ve Bunun Sürekli Nitelik Taşımaması

Tıpkı ticaret işleri tellâlında olduğu gibi, komisyoncu ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisi de sürekli bir nitelik taşımaz.

Gerçekten, örneğin sözleşme yapma yetkisine sahip bir acentenin aksine, komisyoncu, isterse uzun bir süreden beri hep aynı tacirin, diyelim bir dokuma fabrikasının sahibinin hesabına üstelik de fiilen hep aynı bölgede pamuk satın alsın, onunla müvekkili arasında sürekli nitelik taşıyan bir sözleşme yoktur. Müvekkilin her somut taşınır alımı ya da satımı için kendisini görevlendirmesi ile birlikte komisyoncu ile müvekkili arasında yeni bir komisyon sözleşmesi imzalanmış olur.

Komisyon sözleşmesi herhangi bir sağlık koşuluna bağlanmamıştır. Bununla beraber komisyoncunun bazı yükümlülüklerinin geçerliliği (örneğin BK 421/I, cümle 2'deki kefalet gibi) bunların yazılı olarak kararlaştırılmış bulunmalarına bağlıdır.

Nihayet BK 416-429'un uygulama alanı bulabilmesi için, her iki tarafın da tacir olması gerekmez. Fikrimizce BK sadece ilke olarak komisyoncunun tacir olmasını öngörmüş olup BK 430/II de bunu değiştirmeye elverişli değildir, çünkü yasa koyucu anılan son hükümde de komisyonculuğu ârızî olarak yapanın tacir sıfatını taşımasını öngörmüştür.

7.4.5. Ücret

BK 416/I'de komisyoncunun anılan faaliyetini ücret karşılığında yapacağı öngörülmüş ve ücret BK 423-425 ve 427'de düzenlenmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, komisyoncunun tacir sıfatını taşımasının zorunlu olduğu bir sistemde ve özellikle TK 22'nin varlığı karşısında, ücretin komisyoncuya ilişkin tanımın zorunlu bir öğesi olarak anılmış olması gerekmezdi.

Komisyoncunun ücret isteme hakkı aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

7.5. Borç ve Yükümlülükleri

7.5.1. Görevi Yerine Getirme Yükümlülüğü

BK komisyoncunun kendisine verilen görevi yerine getirmekle ve özellikle bunu yerine getirmek için çaba göstermekle yükümlü olup olmadığı konusunda açık bir hüküm içermemekle beraber, gerek ".. *hususiyle emrinin icra edildiğini kendisine derhal bildirmeğe mecburdur*" şeklindeki BK 417/I'den gerek komisyoncunun TK 12/I, bent 12 ve TK 14/I uyarınca tacir sıfatını taşıması ve dolayısı ile TK 20/II'ye tâbi tutulmuş olmasından hareket edilerek, bu tür bir yükümlülüğünün varolduğu sonucuna ulaşılabilir.

Gerçekten, sahibi bulunduğu bir taşınırı satılmak üzere komisyoncuya bırakan kişi ya da fabrikasında dokuyacağı kumaşları için gereksinimini duyduğu pamuğu satın alması için komisyoncuyu görevlendiren bir tacir, anılan emir ve talimatının bir ân önce yerine getirilmesini ister ve hiç kuşkusuz bunda son derecede haklı bir çıkarı da vardır. Açıktır ki, komisyoncunun uzun bir süre herhangi bir çaba göstermeksizin beklemesi ve sonunda diyelim taşınırı üçüncü kişiye satamadığını bildirerek iadeye kalkışması onun görevinin ihlâli olur. Komisyoncu bu tür bir davranışı nedeni ile müvekkilinin uğradığı zararı tazminle yükümlü olacağı gibi, hemen aşağıda değineceğimiz BK 417/I'deki yükümlülüğü nedeni ile esasen müvekkilini işin cereyanından haberdar etmeye, özellikle üçüncü kişi ile sözleşme yapamıyorsa bunu müvekkiline bildirerek, kendisine teslim edilen taşınırı iadeye zorunludur.

7.5.2. İşin Cereyanı Hakkında Bilgi Vermek

BK 417/I uyarınca "*Komisyoncu yaptığı muamelenin cereyanından müvekkilini haberdar etmeğe ve hususiyle emrinin icra edildiğini kendisine derhal bildirmeğe mecburdur*".

Komisyoncunun tek başına müvekkili tarafından belirli bir taşınırı satmak ve/ya satın almak konusunda görevlendirilmiş, hatta taraflar arasında üçüncü kişi ile hangi koşullarla sözleşme yapılabileceğinin kararlaştırılmış olması dahi, komisyoncunun bundan böyle verilen görev tamamlanıncaya kadar müvekkiline hiçbir haber vermemesi anlamına gelmez. Aksine komisyoncu, ticaretine ait tüm faaliyetlerde basiretli davranmak gereğinin doğal bir sonucu olarak, müvekkiline sürekli olarak haber vermek, örneğin piyasada müvekkilin bildirdiği fiyattan malı satmak mümkün değil ise, bu hususu derhal bildirmek (BK 419/I) ya da malın bozulma tehlikesi varsa, gerekli diğer önlemleri alarak anılan hususta müvekkilini haberdar kılmak (BK 418/I) zorunluluğundadır.

Kanımızca komisyoncunun müvekkilinden özel olarak talimat almasını ve kendisine bilgi vermesini açıkça zorunlu kılan BK 418/I, BK 419/I ya da BK 426/III gibi hükümler bir yana bırakılacak olursa, BK 417/I'deki yüküm-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lülüğün genel bir nitelik taşıdığı ve bunun içeriği ile uygulama alanının ilk planda bir tacir olan komisyoncunun değerlendirmesi ile saptanacağı muhakkaktır.

Buna karşılık yasa koyucunun BK 417/I'de müvekkile sadece emrinin yerine getirildiğinin derhal bildirilmesini zorunlu kılmış olmasına karşın, daha önce de vurguladığımız üzere, bu zorunluluk öncelikle emrin yerine getirilemediğini ve bundan böyle de getirilmesinin mümkün olmadığını bildirmeyi de kapsar.

7.5.3. Eşya ile İlgili Yükümlülükler

7.5.3.1. Eşyanın Sigortalanması

Yasa, kural olarak, komisyoncuya sözleşmenin konusunu oluşturan taşınırları sigorta ettirme zorunluluğunu yüklememiştir. Komisyoncunun satılmak üzere kendisine bırakılan bir taşınırı ya da üçüncü kişiden satın almış bulunduğu herhangi bir malı, hiç kuşkusuz, bunu müvekkiline teslim edeceği âna kadar geçen süre için, sigorta ettirmesi, müvekkilinin kendisine bu konuda açık bir talimat vermiş bulunmasına bağlıdır. Başta prim yükümlülüğü gelmek üzere sigorta ile ilgili tüm masrafların müvekkil tarafından karşılanması gerektiği tartışmasızdır.

7.5.3.2. Eşyaya Özen Göstermek ve Bozuklukları Tesbit Ettirmek

Hiç kuşkusuz, komisyoncunun müvekkili tarafından kendisine satılmak üzere teslim edilen bir taşınırı inceleyip, muayene etmesi, onun tacir sıfatının bir gereği ve özellikle malın üçüncü kişiye satılamayıp iade zorunluluğunun ortaya çıkması durumunda müvekkili ile doğabilecek uyuşmazlıkların önlenebilmesi bakımından zorunlu olan bir yükümlülüktür. Bunun gibi komisyoncu üçüncü kişi ile yaptığı sözleşme sonucunda satın aldığı malı da tesellüm etmeden önce incelemek ve bu tür bir bozukluk saptadığı takdirde sözleşmeyi yapmamakla yükümlüdür.

"*Eşyaya ihtimam*" kenar başlığını taşıyan BK 418, her ne kadar ilk bakışta komisyoncunun genel olarak kendisine satılmak üzere müvekkil tarafından teslim edilen ya da bizzat kendisi tarafından satın alınan bir mala bunu müvekkile teslim edinceye kadar geçen süre içinde göstereceği özeni düzenlediği izlenimini yaratıyorsa da, aslında yasa koyucu anılan hükümde sadece satılması söz konusu olan bir malın komisyoncuya taşıyıcı tarafından gönderilmesi sonucunda ortaya çıkan bozukluğu düzenlemektedir. Ne var ki, kanımızca yasanın bu düzenlemesine rağmen, komisyoncunun kendisine teslim edilen mala özen göstermekle yükümlü olduğu kuşkusuzdur.

BK 418/I uyarınca "*Satılmak üzere komisyoncuya gönderilen eşyanın bozukluğu göze çarpıyorsa, komisyoncu nakliyeciye rücu hakkını muhafaza-*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ya ve hasarı tesbit ettirmeğe ve muktedir olduğu kadar eşyayı hıfza ve derhal müvekkiline haber vermeğe mecburdur".

Görüldüğü gibi, komisyoncu müvekkili tarafından kendisine bir taşıyıcı aracılığı ile mal gönderilirse, bunu derhal muayene etmek, maldaki hasarı tesbit ettirmek, eşyayı koruma altına almak ve keyfiyetten müvekkilini haberdar kılmakla yükümlüdür. Kanımızca BK 418/I'deki "*eşyanın bozukluğu göze çarpıyorsa*" ibaresinden, komisyoncunun söz konusu yükümlülüklerinin sadece açıkça göze çarpan bozuklukların varlığında geçerli olacağı sonucuna varılamaz. Aksine faaliyetini bir tacir olarak ve ücret karşılığında yapan komisyoncunun gönderilen malı muayene etmek zorunda olduğu ve kaldı ki bunun sadece taşıyıcıya karşı rücu haklarını muhafaza etmek için değil, aynı zamanda malın satılamayıp, müvekkile iade edileceği durumlarda, bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek açısından da yarar sağlayacağı ortadadır.

BK 418/II uyarınca komisyoncu hasarın tesbiti konusundaki yükümlülüğüne aykırı davranması nedeni ile oluşan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

7.5.3.3. Eşyanın Derhal Satılması

BK 418/III'e göre "*Satılmak üzere komisyoncuya gönderilen eşyanın hemen bozulacağından korkuluyorsa, komisyoncu, müvekkiline derhal malumat vermek şartiyle, o eşyayı satmağa mecburdur*".

Her ne kadar bu hükümde komisyoncunun eşyayı satma yükümlülüğünün sadece malın kendisine BK 418/I uyarınca bir taşıyıcı aracılığı ile gönderilmesi durumunda söz konusu olacağı yolunda bir izlenim uyanmakta ise de, fikrimizce bu zorunluluk malın kendisine doğrudan doğruya müvekkil tarafından teslim edildiği hallerde de vardır. Örneğin komisyoncuya bizzat müvekkil tarafından teslim edilen ve olağan koşullarda bir hafta içinde satılması olanaklı bulunan meyve ya da sebzelerin, havaların aşırı soğuması ya da ısınması nedeni ile daha kısa bir süre dayanabileceği ve aksi takdirde telef olacağı anlaşılırsa, komisyoncu bu malları yine de derhal satmakla yükümlüdür.

Kanımızca yasanın müvekkile haber vermeyi zorunlu kılmış olmasına karşın, olayların özelliği bazen herhangi bir bildirim yapılmaksızın da malların derhal satımını gerektirebilir. Komisyoncunun söz konusu yükümlülükten kurtulabilmesi, müvekkilinin malın satılmaması yönünde hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak derecede açık bir talimatının bulunmasına bağlıdır.

7.5.4. Müvekkil Tarafından Belirlenen Fiyata Uymak

Komisyoncu, kural olarak, müvekkilinin belirlediği fiyata uymak zorunda olup, bunu tartışmak hakkına sahip değildir. Bu nedenledir ki, müvekkilinin bildirdiği fiyattan herhangi bir taşınırı satın alan ya da satan ko-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

misyoncunun, diyelim piyasada bu malın daha ucuza tedarik edilmesi olanaklı bulunsa dahi, sorumlu tutulması mümkün değildir.

Bu kuralın doğal bir sonucu olarak komisyoncu müvekkilinin gösterdiği satım fiyatı ile de bağlı olup, kural olarak bir malı onun gösterdiği fiyattan daha düşük bir bedelle satmak yetkisine sahip değildir. Komisyoncunun müvekkilinin gösterdiği satım bedelinin yüksek olması nedeni ile malın satılamaması durumunda yapabileceği yegâne şey, malı ona iade etmektir.

Ne var ki, komisyoncuya teslim edilen malın örneğin bir sebze ya da meyve olması nedeni ile kısa sürede bozulmaya elverişli bulunabileceğini ya da diyelim satılması söz konusu olan demir çubukların fiyatının piyasada son derecede hızlı bir biçimde düşmekte olması nedeni ile müvekkilin büyük zararlara uğrayabileceğini göz önüne alan yasa koyucu, BK 419/I'de, özellikle koşulların müvekkilden yeni bir talimat gelmesini beklemeyi de olanaksız kılması durumunda, bu söylediklerimize bir istisna getirmiştir. Buna göre, komisyoncunun müvekkilinin bildirdiği fiyattan daha düşük bir bedelle malı satabilmesi, kendisinin ancak malın satılmaması durumunda müvekkilinin daha fazla zarara uğrayabileceğini ve koşulların yeni bir talimat almaya elverişli bulunmadığını kanıtlamasına bağlıdır. Aksi takdirde komisyoncu müvekkilin bildirdiği bedel ile fiilî satım bedeli arasındaki farkı ona tazmin etmekle yükümlü bulunduğu gibi, kusuru varsa, müvekkilinin diğer zararlarını da ödemek zorunluluğunda da kalacaktır (BK 419/II).

Son olarak şu hususa da değinelim ki, bazen komisyoncunun müvekkilinin belirttiği fiyattan daha ucuza bir mal satın alması ya da malı onun saptadığı bedelden daha yukarı bir bedelle üçüncü kişiye satması da mümkündür. Satım için bırakma sözleşmesinde malın kendisine bırakıldığı kişinin aksine, komisyoncu sözünü ettiğimiz olasılıkta bu farkı müvekkiline iade etmekle yükümlü olup, bunu kendinde alakoyamaz. BK 419/III'de anlatımını bulan bu kurala aykırılığın yaptırımı, daha sonra inceleyeceğimiz BK 424/I'de gösterilmiş olup, anılan varsayımda komisyoncu ücret isteme hakkını tümü ile yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir.

7.5.5. Veresiye Mal Satmamak

Komisyoncu, müvekkilinin açık izni olmadıkça veresiye mal satamaz (BK 420/I).

Bunun dışında komisyoncunun veresiye satış yapabilmesi, müvekkilinin veresiye satışı açıkça yasaklamamış bulunmasına ve satış yerinde bu konuda bir ticarî âdetin var olmasına bağlıdır (BK 420/II).

7.5.6. Malı Teslim Almadan Semeni Ödememek

Komisyoncu müvekkilinin açık izni olmadıkça, derhal teslim almayacağı bir malın bedelini peşinen ödeyemez (BK 420/I).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Komisyoncunun derhal teslim almayacağı bir malın bedelini peşin ödeyebilmesi, müvekkilin bunu açıkça yasaklamamış bulunmasına ve satış yerinde bu konuda ticarî bir âdetin var olmasına bağlıdır (BK 420/II).

Komisyoncu BK 420'de düzenlenen yükümlülüklerinin ihlâli halinde, müvekkilinin bu konudaki zararlarını gidermekle yükümlü olur.

7.5.7. Kefalet

BK 421/I, cümle 1 uyarınca yetkisi dışında veresiye mal sattığı durumlar dışında, komisyoncu işlemde bulunduğu kişilerin ödemelerinden ve diğer borçlarını ifa etmemelerinden dolayı sorumlu değildir. Komisyoncunun bu konuda bir sorumluluğa tâbi tutulabilmesi, onun işlemde bulunduğu üçüncü kişinin ödemelerini ve diğer taahhütlerini ifa edeceğini açıkça garanti etmiş olmasına bağlıdır.

Komisyoncunun, dükruar (= ducroire) olarak da adlandırılan işbu satıcıya karşı ödeme yükümlülüğü karşılığında, BK 423-425'de düzenlenen ücret talebi dışında, ayrıca bir ücret istemeğe de hakkı vardır (BK 421/II).

7.6. Hakları

7.6.1. Masrafları ve Ödediği Paraları İstemek

Komisyoncu, müvekkilinin yararına olarak yaptığı tüm masrafları ve verdiği paraları faizi ile beraber geri istemek hakkına sahiptir (BK 422/I). Her ne kadar TK 12/I, bent 12 ve TK 14/I nedeni ile tacir sıfatını taşıdığı için esasen TK 22, cümle 2 uyarınca anılan haklara sahip olacağı kuşkusuz bulunan komisyoncu bakımından BK 422/I hükmünün bir anlam ve yararı bulunmadığı düşünülebilirse de, anılan düzenlemenin kanımızca BK 430/II'de bir tacirin komisyon işlerini ârızî olarak yapması durumunda ücret isteyebilmesine imkân sağladığı gözden uzak tutulmamalıdır.

Masrafları isteme hakkının içeriği saptanırken, söz konusu harcamaların somut bir müvekkil için özel olarak yapılıp yapılmadığı ve bunun kendisine herhangi bir yarar sağlayıp sağlamadığı değerlendirilecektir. Gerçekten, komisyoncu, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, söz konusu faaliyetini meslek edinmiş olduğu için, kendi ticarî işletmesinin gerekli kıldığı harcamaları müvekkilinden ayrıca isteyemez. Bu tür harcamaların karşılığının komisyoncunun müvekkilinden talep ve tahsil edeceği ücret içinde yer aldığı varsayılır. Kaldı ki, komisyoncu sadece tek bir ya da birkaç müvekkilin değil, çok sayıda ve değişik uğraşı alanlarındaki müvekkilin aracılığını üstlenmiş olabileceği için, kendi işletmesine ilişkin giderleri bunlar arasında paylaştırmak mümkün de olamazdı.

İşte bütün bu gerekçeleri göz önüne alan yasa koyucu BK 422/II'de komisyoncu "*ardiye ve nakliye ücretlerini müvekkilin hesabına geçirirse de kendi memurlarının ücretlerini hesaba dahil edemez*" hükmünü getirmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Hiç kuşkusuz, fıkrada anılan "ardiye" ve "nakliye" ücretleri sadece örnek olarak verilmiş olup, komisyoncu örneğin malın sigortalanması durumunda sigorta ücretini (BK 417/II), gönderilen maldaki bozukluğun tesbiti konusunda yaptığı harcamaları (BK 418/I) ya da emtianın müzayede ile satılması ile ilgili olarak yaptığı tüm giderleri (BK 426/I) de müvekkilinden talep edebilir. Buna karşılık her ne kadar BK 422/II'de sadece "kendi memurlarının ücreti"nden söz edilmiş ise de, bunu "kendi işletmesine özgü tüm harcamalar" olarak anlamak zorunludur.

7.6.2. Komisyon Ücreti

7.6.2.1.Kimden İstenebileceği

Komisyoncunun bir tacir olarak aracılık faaliyetini belirli bir ücret karşılığında yapacağını belirtmiştik.

Hiç kuşkusuz, komisyoncunun yaptığı sözleşmenin gerçekleştirilmesinde kendi müvekkilinin olduğu kadar işlemin muhatabı olan üçüncü kişinin de eşit ölçüde, giderek bazı olaylarda belki de daha fazla yararı vardır. Ne var ki, komisyoncu bu maddî gerçeğe karşın, ticaret işleri tellâlının aksine, ücretini her iki taraftan değil, sadece kendi müvekkilinden talep edebilir. Komisyoncunun karşı taraftan da belirli bir ücret alması, bazen BK 424/I anlamında "müvekkiline karşı suiniyet ile hareket etmek" olarak yorumlanabilir ve bu durum sonuçta komisyoncunun ücret isteme hakkının düşmesine de yol açabilir.

7.6.2.2. Doğumu

BK 423/I komisyon ücretinin ilke olarak işin yapılmasından sonra istenebileceğini açıklamıştır. Hükümde yer alan "*kendisine tevdi olunan işi yaptıkta*" ibaresinden anlaşılması gereken, duruma göre diyelim komisyoncunun kendisine satılmak üzere tevdi edilen bir taşınırı üçüncü kişiye satıp, bedelini tahsil etmesi ya da kendisine bildirilen herhangi bir malı satın alması veya nitelikleri önceden saptanan bir şeyi imâl ettirmesidir.

Bununla beraber yasa koyucu bazen komisyoncunun işi yapamamasına bizzat müvekkilinin yol açmış olabileceğini de göz önünde tutmuş ve komisyoncunun anılan varsayımda ücrete hak kazanacağını açıklamıştır. Piyasa koşulları nedeni ile malı müvekkilinin bildirdiği fiyattan satamayacağını anlayan komisyoncunun kendisine keyfiyeti bildirmiş olmasına karşın bu başvuruya herhangi bir cevap vermeyen müvekkilin durumu (BK 419/I) bu konuda örnek olarak gösterilebilir (BK 423/I).

BK 423/II uyarınca komisyoncuya, işi müvekkilinin kusuru dışındaki herhangi bir nedenle gerçekleştirememesi durumunda, bir ücret ödenebilmesi bu konuda bir mahallî âdet bulunmasına bağlı olduğu gibi, anılan durumda ödenecek ücretin komisyoncunun emeği ile orantılı olması gerekir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

7.6.2.3. Düşmesi ve Müvekkilin Aradan Çıkması

Daha önce de belirttiğimiz üzere, komisyoncu örneğin satım için bırakma sözleşmesindeki mal kendisine satılmak üzere bırakılan kişinin aksine, ilke olarak malı müvekkilinin saptadığı fiyattan satmak ya da bu bedelden satın almak zorunluluğundadır. Komisyoncu, her nasılsa malı daha yüksek bir bedelden satmış ya da müvekkilinin bildirdiğinden daha ucuza satın almış ya da imâl ettirmişse, bu takdirde aradaki farkı kendinde alakoyamayıp, bunu mutlaka müvekkiline vermek zorunluluğundadır. Komisyoncunun gerek sözünü ettiğimiz bu durumda gerek kötü niyetle herhangi bir biçimde müvekkilinin çıkarlarını ihlâl ettiği diğer bütün hallerde, ücret isteme hakkı tümü ile ortadan kalkar, yasanın deyişi ile "*sakıt olur*" (BK 424/I). Hiç kuşkusuz, komisyoncunun müvekkiline mücerret gerçeğe aykırı bir biçimde daha yüksek bir satın alma bedeli ya da daha düşük bir satım bedeli bildirmesi hallerinde de bu söylediklerimiz aynen ve öncelikle geçerlidir.

Yasa koyucu komisyoncunun ücret isteme hakkının tamamen düştüğü iki durumda, yani "*müvekkilin hesabına satın aldığından fazla ve sattığından noksan bir fiat geçirmesi*" halinde müvekkilin aradan tamamen çıkarak komisyoncuyu doğrudan doğruya alıcı ya da satıcı addedebileceğini öngörmüştür (BK 424/II). Sözünü ettiğimiz bu durum BK 427'de düzenlenen komisyoncunun bizzat alıcı ya da satıcı olmasından farklı olup, burada müvekkilin komisyoncuya BK 427/II, cümle 2'de sözü edilen komisyon ücretini ödemeyeceği kuşkusuzdur.

7.6.2.4. Hapis Hakkı

BK 425 uyarınca komisyoncu ücreti kendisine ödeninceye değin, sattığı malın bedeli ya da satın aldığı malın üzerinde hapis hakkını kullanabilir.

7.6.3. Malı Sattırabilme Hakkı

Taşınır satımına ilişkin komisyon sözleşmesinde müvekkil, gerek komisyoncunun malı kişisel çabası ile satamadığı gerek bizzat kendisinin verdiği emirle satışın gerçekleşemediği durumlarda uygun bir süre içinde malı geri almak ya da diyelim bir üçüncü kişiye teslim etmek gibi yeni bir talimat vermek sureti ile komisyoncuyu malın zilyetliğinden kurtarmak yükümlülüğündedir. Müvekkilin sözü edilen yükümlülüğüne aykırı davranarak taşınırı olağan sayılamayacak derecede uzun bir süre komisyoncudan geri almaktan kaçınması halinde, komisyoncu bundan böyle malın bulunduğu yerdeki mahkemeye başvurarak onu açık artırma ile sattırabilme yetkisini elde eder (BK 426/I).

Yasa her ne kadar sadece eşyanın bulunduğu yerde bizzat müvekkilin ya da onun temsilcisinin bulunmaması halinde ve özellikle malın değerinin kısa bir süre içinde düşmesi söz konusu ise mahkemenin karşı tarafın dinlenmesine gerek kalmaksızın salt komisyoncunun istemi ile satış kararı ve-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rebileceğini hüküm altına almışsa da (BK 426/II ve III) kanımızca mahkeme komisyoncunun somut olayda malı sattırmak yetkisini kullanmak yerine onu örneğin bir güvenilir kişiye teslim etmesi durumunda müvekkilin daha az zarara uğrayacağı sonucuna ulaşıyorsa, satış kararı vermemelidir.

BK 426'da sadece malın açık artırma ile satılacağına değinildiği ve fakat bu satışın yöntemi, yani nasıl gerçekleştirileceği açık bir biçimde düzenlenmediği için, yargıç hiç kuşkusuz bu konuda İİK 112-121'den de yararlanmak sureti ile, bizzat satış usulünü belirleyebilir.

Nihayet fikrimizce BK 426/II'de öngörülen istisnaî durum dışında müvekkilin mahkemenin satıma ilişkin çağrısı üzerine gelerek malı sattırmak istemediğini belirtmesi ve komisyoncunun yapmış olduğu masrafları ödeyerek onu geri alması da olanaklıdır.

Görüldüğü gibi, komisyoncunun malı sattırabilme hakkı ancak bir son önlem olarak gündeme gelebilir. Bunun dışındaki hallerde gerek komisyoncu gerek kendisine başvurulan mahkeme olanaklar oranında malı müvekkile iade etmeğe çaba göstermelidirler.

7.7. Komisyoncunun Sözleşmede Bizzat Taraf Olması

Komisyoncu bazen müvekkilinin kendisinden üçüncü kişiye satılmasını istediği taşınıra bizzat gereksinim duyduğu için onu bizzat kendi hesabına satın almak isteyebileceği gibi, bazen de müvekkilin üçüncü kişilerden satın alınmasını talep ettiği bir taşınır komisyoncuda esasen daha önceden var olabilir ve komisyoncu müvekkiline mülkiyeti kendisine ait bulunan bu malı satmak isteyebilir. Anılan durumlarda BK 427'nin kenar başlığındaki ifade ile komisyoncunun "*bizzat alıcı veya satıcı olması*", yani sözleşmede bizzat taraf olması söz konusu olur.

7.7.1. Koşulları

7.7.1.1. Malın Borsa ya da Piyasa Değerinin Bulunması

Komisyoncunun sözleşmede bizzat taraf olabilmesinin birinci koşulu satın alınması ya da satılması söz konusu olan taşınırın bir borsa ya da piyasa değerinin var olmasıdır. Hemen belirtelim yasa koyucunun bu koşulu öngörmesinin amacı, komisyoncu ile müvekkili arasında malın satın alınma ya da satım değeri konusunda uyuşmazlık çıkmasını önlemektir. Gerçekten, anılan varsayımda alınması ya da satılması söz konusu olan taşınır esasen borsada işlem gördüğü ya da piyasada alınıp satıldığı için belirli bir değere de sahip bulunacak, başka bir söyleyiş ile bu konuda komisyoncunun gerek fiyatın belirlenmesi konusundaki takdir yetkisi gerek kötüniyetle malın değerini yüksek gösterme olasılığı daha baştan önlenmiş olacaktır. Borsada işlem gören hisse senedi, tahvil ve hazine bonoları gibi menkul değerlerin belirli bir işlem değerinin bulunduğu kuşkusuz olmakla beraber, kanımızca

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BK 427/I'de "*kambiyo senedatı*"nın anılması hukuken yanlıştır, çünkü bilindiği üzere, kambiyo senetlerinin bir piyasa değeri değil, sadece üzerinde yazılı itibarî değerleri vardır. Bir kambiyo senedinin *iştira* edilebileceği (yani ciro yolu ile devralınırken ona ödenecek bedeli) değeri ise, *carî fiyat* olarak nitelendirmek mümkün değildir.

7.7.1.2. Müvekkilin Aksi Yönde Talimatı Bulunmaması

Komisyoncunun sözleşmede bizzat taraf olabilmesi, müvekkilin bunu açıkça yasaklamamış olmasına bağlıdır. Değişik bir söyleyiş ile, müvekkil komisyoncuyu yetkilendirme aşamasında onun malı kendi hesabına satın almasını ya da satın alınması söz konusu olan malı üçüncü kişiden tedarik edecek yerde kendi malvarlığından sağlamasını istememiş olabilir (BK 427/I).

Hemen belirtelim, yasa esasen komisyoncu sözleşmede bizzat taraf olduğu için kanıtlanması son derecede güç olan bu olasılıkta komisyoncunun müvekkilinin koyduğu yasağa aykırılığın yaptırımının ne olduğunu göstermemiştir. Fikrimizce bu durumda sözleşmenin ayakta tutulması yönüne gidilerek belki komisyoncunun ücret isteme hakkını (BK 427/II) yitirdiği sonucuna varmak daha doğru bir çözüm yolu olacaktır.

7.7.1.3. Müvekkilin Verdiği Emri Geri Almamış ve Komisyoncunun Bunu Henüz Öğrenmemiş Olması

"*Hakkının Sukutu*" kenar başlığını taşıyan BK 429 uyarınca komisyoncu müvekkili tarafından kendisine verilen alım ya da satım emrini geri almış ve bu olgu kendisine onun müvekkilinin verdiği emri yerine getirdiğini bildirmesinden önce ulaşmışsa, bundan böyle sözleşmede bizzat taraf olamaz.

Bu hükümden de anlaşılabileceği üzere, yasa koyucu komisyoncunun sözleşmede bizzat taraf olabilme yetkisini zaman açısından da sınırlandırmıştır. Ne var ki, komisyoncunun hem müvekkilin verdiği emri geri aldığına ilişkin bildirimin muhatabı hem de vekâletin icra edildiğini haber vermek durumunda bulunan kişi olduğu göz önüne alınacak olursa, BK 429'un uygulanmasının bir dizi isbat sorununu birlikte getirdiği kuşkusuzdur. Kanımızca bu varsayımda komisyoncu hem alıcı hem de satıcı konumunda bulunduğu, başka bir söyleyiş ile sözleşmeyi üçüncü kişi ile yapmayıp, en geniş anlamı ile sözleşmede bizzat taraf olduğu için, onun vekâletin icra edildiği konusundaki bildirimine öncelik tanınmalı ve müvekkilin bu bildirim kendisine ulaşıncaya kadar vekâleti her zaman geri alabileceği kabul edilmelidir.

Nitekim kenar başlığı "*Komisyoncunun Zımnî Kabulü*" olan BK 429'a göre de sözleşmede bizzat taraf olabildiği durumlarda komisyoncunun sözleşmenin tarafı olarak herhangi bir üçüncü kişiyi göstermeksizin müvekki-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

line salt vekâletin icra edildiğini bildirmesi, onun üçüncü kişiye ait borçları bizzat üstlendiği anlamına gelir (Kanımızca sözü edilen bu olasılıkta bir zımnî ya da örtülü kabulden söz etmek doğru değildir, çünkü bizce komisyoncu burada müvekkile herhangi bir üçüncü kişinin adını bildirmeyerek sözleşmede bizzat taraf olmayı açıkça istemiştir).

7.7.2. Komisyoncunun Ücret ve Masrafları İsteme Hakkı

Komisyoncu, sözleşmede bizzat taraf olabildiği durumlarda dahi, müvekkilinden komisyon işlerinde ödenmesi "*mutad*" olan ücret ve masrafları isteyebilir (BK 428/II, cümle 2). Komisyon sözleşmesinde müvekkil bakımından önemli olan onun malının satılması veya satın almayı istediği taşınırın herhangi bir biçimde kendisine tedarik edilmesidir. Bu nedenledir ki, BK 427/I'de sözü edilen açıkça yasaklama olgusu gerçekleşmediği sürece, müvekkil komisyoncunun malı üçüncü bir kişiden mi sağladığı yoksa bizzat kendisinin sahip bulunduğu eşyayı mı satmakta olduğu ile ilgilenemez. Salt müvekkilin istediği sonucun yerine gelmiş olması, komisyoncunun ücret isteme hakkının doğumu için yeterli olup, anılan varsayımda örneğin komisyoncunun esasen kendisine ait bir malı müvekkiline satarken belirli bir ekonomik yarar sağladığı ileri sürülerek, ücret alacağına itiraz edilemez.

7.7.3. Komisyoncunun Bizzat Taraf Olması Durumunda Malın Fiyatı

Yukarıdaki açıklamalarımız sırasında komisyoncunun sözleşmede bizzat taraf olabilmesinin ilk koşulunun, satılması ya da satın alınması söz konusu olan taşınırın bir borsa ve/ya piyasa değerine sahip bulunması olduğunu vurgulamıştık. Her ne kadar BK 427/II, cümle 1 komisyoncunun vekâletin icrası zamanındaki borsa fiyatını göz önüne almak zorunluluğunda olduğunu belirtmek sureti ile komisyoncunun taşınırın fiyatının zaman içindeki dalgalanmalarından yararlanarak müvekkiline yüksek bir fiyat bildirmesini önlemek istemişse de, bizatihî vekâletin icra zamanının da tartışmalara yol açabileceği unutulmamalı, anılan nedenle de bu konuda da müvekkile bildirim tarihine öncelik tanınmalıdır.

8. Acenta

8.1. Ekonomik Yararı ve İşlevleri

Daha önce de belirttiğimiz üzere tacirler, gerek ürettikleri malları ticarî işletmelerinin merkezi dışındaki yerlerde de pazarlayabilmek gerek işletme içinde gereksinimlerini duydukları ham ve yarı mamul malları sağlayabilmek için söz konusu yerlerde şubeler oluşturabilecekleri gibi, burada kendilerinden bağımsız olarak faaliyet gösteren ticaret işleri tellâlı ya da komisyoncu gibi tacir yardımcılarının hizmetlerinden de yararlanabilirler.

Hiç kuşkusuz, tacirin ticarî nitelikteki iş ve işlemlerinin yoğunlaştığı tüm yer ya da bölgelerde bir şube oluşturması ve bunun başına ticarî mü-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

messil sıfatını taşıyan bir çalışanını yerleştirmesi her zaman ekonomik açıdan uygun düşmeyebilir. İşte bu ve benzeri ekonomik bazen de, örneğin malların yabancı bir ülkede satılmak istenmesi durumunda şube oluşturmadaki hukukî güçlükleri de dikkate alarak tacirler, işletmelerinin merkezlerinin dışında bizzat uğraşı konusu aracılık faaliyeti olan bir ticarî işletmeye sahip bulunan, yani bağımsız konumdaki diğer tacirler ile sürekli bir ilişkiye girerek, onların aracılığı ile mallarını pazarlamak ve/ya sözleşmeleri yapmak imkânını elde ederler.

İşte acenta adı verilen tacir yardımcılarının ticarî işletmeleri, benzetme uygun görülürse, âdeta bir ticarî işletmenin *fiilî şubeleri* gibi, merkez dışındaki yerlerde ve hatta bazen yabancı bir ülkede ticarî işletmenin yapacağı sözleşmelere aracılık eder ve/ya anılan sözleşmeleri ticarî işletmenin adına ve hesabına yaparlar.

8.2. Tanımı ve Türleri

8.2.1. Genel Olarak

Acenta TK 116/I'de tanımlanmıştır. Buna göre "*Ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticarî bir işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye acenta denir*".

Bu tanımdan da anlaşılabileceği üzere acentanın "*aracı acenta*" ve "*sözleşme yapabilen acenta*" olmak üzere iki türü vardır.

Aracı acentanın görevi sadece bir ticarî işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmek ile sınırlı olup, ticarî işletmeyi ilgilendiren sözleşmeleri bizzat yapmak yetkisi ile donatılmamış olan acentadır. Aşağıda acentanın öğelerini irdelerken de göreceğimiz üzere, aracı acenta ile ticaret işleri tellâlı arasındaki fark, acentanın aracılık yetkisinin somut bir yer ya da bölge ile veya belirli bir sektör ya da mal türü ile sınırlandırılmış bulunmasıdır. Nitekim, aracı acenta ile ticaret işleri tellâlı arasındaki bu yakın benzerliği göz önüne alan yasa koyucu da TK 116/II'de TK 116-134'de açık düzenleme bulunmayan hallerde aracılık eden acentalar hakkında tellâllık hükümlerinin uygulanmasını kabul etmiştir.

Sözleşme yapabilen acenta ise aracı acentanın aksine sadece aracılık etmekle kalmayıp, bir ticarî işletmeyi ilgilendiren somut bir sözleşmeyi temsilcisi bulunduğu işletmenin adına ve hesabına bizzat yapabilmek yetkisine de sahiptir. Hiç kuşkusuz, sözleşme yapabilen acentanın anılan yetkisi aynı zamanda aracılık yapmayı da içerir. Değişik bir söyleyiş ile, aracı acenta, tıpkı ticaret işleri tellâlı gibi, sadece tacir ile üçüncü kişiyi karşı karşıya getirmekle yetindiği halde, sözleşme yapan acenta esasen sözleşmeleri de temsil etmekte bulunduğu ticarî işletmenin adına ve hesabına gerçekleştirerek

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

her iki işlevi birlikte yerine getirmiş olur. TK 116/II, TK 116-134'de açıklık bulunmayan hallerde sözleşme yapan acenta hakkında komisyon hükümlerinin de uygulama alanı bulacağını öngörmüştür.

8.2.2. TK'nun Kural Olarak Aracı Acentayı Düzenlemiş Bulunması

Acentanın "aracı" ve "sözleşme yapabilen" acenta olmak üzere iki türünün bulunduğunu saptadıktan sonra şimdi de yasa koyucunun kural olarak bu iki türden hangisini düzenlediğini irdelemeye geçebiliriz.

Hemen belirtelim, "*Hususî ve yazılı bir muvafakat olmadan acenta müvekkili namına mukavele akdine salâhiyetli değildir*" diyen TK 121/I karşısında TK'nun ilke olarak "aracı acenta"yı göz önünde tuttuğu, sözleşme yapma yetkisinin ise ancak özel olarak ve yazılı bir biçimde tanınabilmesini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenledir ki, bir tacirin temel uğraşısı belirli bir yer ya da bölgede sürekli olarak ticarî işletmeleri ilgilendiren sözleşmelerde aracılık yapmak olan bir kimseyi acenta olarak tayin ettiği durumlarda bu acentanın yetkisinin sadece aracılıkla sınırlı bulunduğu sonucuna varmak gerekecektir. Önemle ekleyelim, her ne kadar yasal düzenlemede aracılık ilk sırada göz önünde tutulmuş ve sözleşme yapma yetkisinin özel olarak ve yazılı bir biçimde tanınması zorunlu kılınmışsa da, aşağıda acentanın yetkilerini incelerken de değineceğimiz üzere, TK 122 gerek TK 121/I ile çelişen gerek TK 121/II'de öngörülen tescil zorunluluğu ve bunun TK 39'da hükme bağlanan sonuçları ile de tamamen ters düşen bir düzenlemeye yer vermiştir.

Nihayet yasa koyucunun sözünü ettiğimiz her iki durumda da sadece acenta kavramını kullanmakla yetinip, anılan aracının sadece gerçek kişiler olabileceği yolunda hiçbir açıklama yapmamış bulunduğu da vurgulanmalıdır. Kanımızca TK'nun genellikle acentanın bir gerçek kişi olması gerektiğini düşündüren anlatımlar kullanmış olmasına karşın, acentalık faaliyetinin başta bu amaçla kurulan ticaret ortaklıkları gelmek üzere tüzel kişiler tarafından da yürütülebileceğinden kuşku duymamak gerekir.

8.3. Unsurları

8.3.1. Bağımsızlık

Acentanın en başta gelen özelliği tacire bir ticarî mümessil, ticarî vekil ya da müstahdem gibi bağlı (= tâbi) olmaması, yani tacire ait ticarî işletmenin bünyesi içinde, ondan emir ve talimat alacak biçimde bir görev üstlenmiş olarak yer almamasıdır.

TK sözünü ettiğimiz bu "bağımsızlık" öğesini "*ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın*" şeklindeki nisbeten uzun ve saymaya dayalı bir yöntem ile açıklamak istemiştir.

Öte yandan bağımsızlık öğesinin, hemen aşağıda inceleyeceğimiz, faali-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yetin meslek edinilmiş olması zorunluluğu ile de çok yakından ilgili olduğu unutulmamalıdır. Nitekim TK 12/I, bent 12 ve TK 14/I karşısında acentalıkla uğraşan bir gerçek kişinin de tacir sıfatını taşıyacağı tartışmasızdır.

Buna karşılık *bağımsızlık* ya da *tâbi olmama* ile acentanın müvekkilinden somut bazı hususlarda talimat alması ve/ya ona bazı hususlarda bilgi vermesi birbirine karıştırılmamalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, acenta bir ticarî işletmenin merkezi dışındaki fiilî şubesi olarak da nitelendirilebileceği için, acentanın faaliyet gösterdiği yer ya da bölgedeki ekonomik gelişmelerden müvekkilini haberdar etmesi veya onun çıkarlarını korumaya yönelik bazı önlemleri almak zorunluluğunda bulunmasının onun bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırdığını düşünmemek gerekir. Kanımızca acentaya bir çok ders kitabında bağlı ve bağımsız tacir yardımcılarının arasında, tam ortada yer verilmesinin altında yatan neden de bu olsa gerektir.

8.3.2. Acenta ile Müvekkili Arasında Bir Sözleşmenin Varlığı

TK 116/I'de yer alan tanımda öngörülen bir diğer unsur, acentanın faaliyetini somut bir ticarî işletme ile yapmış olduğu "*mukaveleye dayanarak*" yürütmesidir.

Hemen belirtelim, yasa koyucu acenta ile müvekkili arasında varolmasını zorunlu kıldığı sözleşmenin şekli konusunda her hangi bir açıklık getirmemiş ve özellikle burada yazılı şekle uymanın bir sağlık koşulu olup olmadığı konusunda susmuştur.

Kanımızca her ne kadar sadece aracılık yapan acenta bakımından sözleşmenin yazılı şekil koşuluna uyularak yapılmasının zorunlu olmadığı, yani aracılık yapan acenta ile müvekkilinin söz konusu yardımcılık faaliyetinin gerçekleştirilmesi konusunda sözlü olarak anlaşmalarının yeterli olduğu söylenebilirse de, TK 121/I uyarınca acentaya sözleşme yapma yetkisinin *yazılı* olarak verilmesi gerektiği muhakkaktır. TK sözleşme yapma yetkisinin yanı sıra, örneğin tekele (= inhisara) ilişkin yasal düzenlemenin aksinin kararlaştırılmasını (TK 118) ve acentanın bizzat teslim etmediği malların bedelini ya da bedelini ödemediği malları teslim almasını (TK 120) sözü edilen hususların mukavelede yazılı olarak kararlaştırılmış bulunmasına bağlamıştır. Acentanın alacağı ücretin miktarının (TK 130) ve bunun ödeme zamanının (TK 131/II) belirlenmesi hakkında da tarafların yazılı olarak anlaşmış bulunmaları gerekir.

Bu hükümlerin incelenmesinden ortaya çıkan sonuç, TK'nun ilke olarak sadece aracı acentaya ilişkin sözleşmenin yazılı şekle uyulmaksızın, yani sözlü olarak da yapılabilmesini kabul ettiği, kaldı ki, sözü edilen bu olasılıkta dahi tarafların, yukarıda da değindiğimiz gibi, diyelim ücretin tutarı ya da ödenme zamanı veya acentanın kabz yetkisi hakkında özel bir düzenleme getirmemiş olmalarını aradığıdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bununla beraber, itiraf etmek gerekir ki, yasa koyucu sözleşme yapma yetkisine sahip (TK 121) acenta ile müvekkili arasındaki sözleşmenin yazılı olarak yapılmasının bir sağlık koşulu olduğunu da hiçbir maddesinde açıkça vurgulamamış, aksine örneğin TK 120 ve 121'de sadece "*hususî ve yazılı muvafakat*" ibaresine yer verdiği gibi, TK 121/II'de de "*akid yapma salâhiyetini veren vesikalar*" dan söz etmekle yetinmiştir.

Her ne kadar değinilen bu düzenleme karşısında ilk bakışta sözleşme yapma yetkisine sahip acenta ile müvekkili arasındaki sözleşmenin de sözlü olarak yapılabileceği, buna karşılık sadece sözleşme yapma yetkisinin yazılı bir belge, diyelim bir vekâletname ile tanınabileceği, bunun gibi sadece aracılık konusunda yetkili kılınan bir acenta ile müvekkilinin diyelim tek başına acentaya ödenecek ücretin tutarını özel olarak saptamışlarsa bunu yazılı olarak belirlemeleri zorunluluğundan tüm sözleşmenin yazılı şekle uyularak yapılmasının gerekmediği gibi bir sonuca ulaşılabilirse de, kanımızca bu ayrım yapay olup, tarafların yasal düzenlemeden ayrılmak istedikleri her durumda aralarındaki ilişkiyi yazılı bir sözleşmeye bağlamalarının kaçınılmaz olduğunu söylemek daha doğrudur.

8.3.3. Acentanın Faaliyetini Belirli Bir Yer ya da Bölgede Gerçekleştirmesi

8.3.3.1. Genel Olarak Yer ya da Bölge Kavramı

TK 116/I'de yer alan tanımda acentanın faaliyetini "*muayyen bir yer veya bölge içinde*" yürütmesi zorunluluğundan söz edilmiştir.

Hemen belirtelim, yasa koyucu her ne kadar acentanın faaliyetini belirli bir yer ya da bölgede, başka bir söyleyiş ile, sınırları ve kapsamı önceden belirlenen bir coğrafî alanda gerçekleştirmesini öngörmüşse de, bu yer ya da bölgenin sınırlarının hangi ölçütlere göre saptanacağı konusunda hiçbir açıklık getirmemiştir. Bu nedenle taraflar acentalık faaliyetinin yapılacağı yer olarak bir il ya da ilçenin tümünü belirleyebilecekleri gibi, bunların içindeki somut bir veya birkaç beldeyi de acentanın görev alanı olarak saptayabilirler. Kanımızca acentanın faaliyetini yürüteceği yerin belirlenmesinde yasa koyucu hiçbir sınırlama getirmediği için, tarafların ülkemizde resmen tesbit edilmiş bulunan mülkî ve idarî bölümlemeler ile bağlı olmaksızın, tamamen kendi takdirlerine bağlı olarak ve diledikleri büyüklükteki yerleri TK 116/I anlamında "yer" ya da "bölge" olarak saptamaları mümkündür. Giderek, özellikle merkezi yurt dışında bulunan işletmeler bakımından tüm Türkiye de faaliyet alanı olarak kabul edilebilir.

8.3.3.2. Acentanın Görevinin Belirli Bir Mal ya da Müşteri Kesimi ile Sınırlandırılması Sorunu

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, TK acentanın sadece belirli bir yer ya da bölgede faaliyet göstereceğinden söz etmiştir. Buna karşılık acaba taraf-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lar acentanın görevinin, hiç kuşkusuz yine belirli bir yer ya da bölge içinde kalmak koşulu ile, belirli bir mal, örneğin tüm beyaz eşyayı üreten bir işletmenin sadece buzdolaplarının satılması ile sınırlandırılmasını kararlaştırabilir ya da acentanın aracılık etmesini ve/ya sözleşme yapmasını diyelim yalnızca toptancı tacirlerle veya sadece zincir mağazaları, kozmetik mağazaları veya eczane gibi somut bir alıcı (= müşteri) kesimi ile sınırlandırabilirler mi?

Kanımızca özel hukukumuza egemen olan irade özerkliği ilkesi çerçevesinde acentalık sözleşmesinde acenta ile müvekkili arasındaki ilişkinin örneğin bir fabrika tarafından üretilen bir dizi otomobil içinde sadece bir ya da birkaç model ile sınırlandırılması, daha açık bir söyleyiş ile bir kişiye örneğin sadece binek otomobillerinin satışında, bir diğerine ise yük taşıma araçlarında aracılık konusunda yetki verilmesi mümkündür. Aşağıda değineceğimiz "tekel" (= inhisar) kuralının buyurucu nitelik taşımaması olgusu karşısında, fikrimizce bu sonuca ulaşılması kaçınılmaz olup, aynı yer ya da bölge içinde birden fazla acenta tayin edebilme yetkisine sahip olan bir ticarî işletmenin pekâla acentanın sadece belirli bir ürünün satışına aracılık edeceği ya da faaliyetini münhasıran zincir mağazalar veya diyelim sadece eczaneler ile sınırlı olarak yürütmesine karşı çıkmamak gerekir. Uzmanlaşmaya giderek daha fazla önem verilen günümüz ekonomik yaşamına uygun bir biçimde bazı yabancı hukuk sistemlerinde (örneğin Alm.TK. 87/II) kabul edilen bu çözümün ülkemiz bakımından da benimsenmesinde hiçbir sakınca yoktur.

8.3.3.3. Belirli Bir Yerde Sadece Tek Bir Acentanın Tayin Edilmesinin Zorunlu Olup Olmadığı (Tekel Hakkı) Sorunu

TK 118 uyarınca "Aksi yazılı olarak kararlaştırılmış olmadıkça, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı için birden fazla acenta tayin edemeyeceği gibi; acenta dahi aynı yer veya bölge içinde, birbirleriyle rekabette bulunan müteaddit ticarî işletmeler hesabına aracılık yapamaz".

8.3.3.3.1. Tekel Kuralının Öngörülme Nedenleri

TK 118'de tanınan "tekel" ya da "inhisar" kuralının gerekçesi, somut bir ticarî işletmenin merkezinin dışındaki ve şubesinin de bulunmadığı her hangi bir yerde o işletmenin mallarını pazarlamak ya da bizzat satmak yetkisine sahip olan, giderek TK 124 uyarınca bölgesindeki piyasanın durum ve şartlarını, müşterilerin malî durumlarını ve bunlarda ortaya çıkan değişiklikleri müvekkiline bildirmekle yükümlü kılındığı için, âdeta ilgili işletmenin fiilî şubesi gibi bir işlev gören acentanın, birden fazla tacirden hangisine öncelik tanıyacağını önceden kestirebilme olanağı bulunmadığı için, ilke olarak sadece bir tek işletmenin faaliyetlerinde aracılık göstermesinin doğru olacağı düşüncesidir. Önemle ekleyelim ki, yasa koyucu, acentanın sa-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dece tek bir işletmenin yardımcısı olmasını benimsediği gibi, somut bir ticarî işletmenin de ancak tek bir acenta tayin edebilmesine izin vermiştir.

8.3.3.3.2. Tekel Kuralının Çift Yönlülüğü

TK 118'deki düzenlemeden yasanın ilke olarak "tek acenta" ve "tek müvekkil" ilkesini benimsediği, başka bir söyleyiş ile, tekel hakkını aynı zamanda hem acentanın tek bir müvekkilin işlerine aracılık etmesi hem de müvekkil diye nitelendirilebilecek somut bir ticarî işletme sahibinin sadece tek bir acenta tayin edebilmesi bakımından kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu durum fikrimizce "tekel kuralının çift yönlülüğü" diye adlandırılabilir.

Aşağıda değinileceği üzere, tekel kuralı buyurucu nitelik taşımadığı için, tarafların yazılı anlaşmaları ile tamamen ortadan kaldırılabileceği gibi, diyelim sadece müvekkil bakımından birden fazla acentayı görevlendirme olanağının verilmesi biçiminde de karşımıza çıkabilir.

8.3.3.3.3. Belirli Bir Faaliyet Alanı ile Sınırlı Olması

Yasa koyucu tekel kuralının sadece "*aynı ticaret dalı*" için geçerli olduğunu kabul etmiş, farklı bir anlatımla birbirleri ile rekabet etmeyen iki farklı ticarî işletmenin aracılık faaliyetinin tek bir acenta tarafından yürütülmesinde herhangi bir sakınca görmemiştir.

Ne var ki, kanımızca TK 118'de yer alan "aynı ticaret dalı" ibaresinin her hâlü kârda dar yorumlanmasında zorunluluk vardır. Gerçekten, "aynı ticaret dalı" ibaresini sadece "değişik türde taşınırın satılması" ya da giderek yalnızca "beyaz eşya satımı" gibi geniş anlamda alacak olursak, acentalığı meslek edinen bir kişinin yalnızca bir beyaz eşya üreticisinin ticarî uğraşısında kendisine yardım edeceği gibi kabulü güç bir sonuç ortaya çıkacaktır. Tekel kuralının öngörülmesindeki gerekçe, birbirleri ile rekabet eden iki işletme arasındaki çıkarlar dengesini korumak olduğuna göre, burada aynı ticaret dalı ibaresini tüm beyaz eşyayı kapsayacak biçimde geniş olarak değil, aksine örneğin buzdolabı ya da çamaşır makinesi gibi somut eşya açısından değerlendirip, anlamlandırmak amaca daha uygun olacaktır. Bu nedenledir ki, fikrimizce somut olayda diyelim her iki anonim ortaklığın ana sözleşmesinde uğraşı alanının beyaz eşya üretimi olarak gösterilmiş olması yeterli olmayıp, aksi kararlaştırılmadığı sürece tekel kuralının uygulanmasında her iki işletmenin fiilen ürettiği eşyanın türü önem taşıyacaktır. Kaldı ki, tüm bu değerlendirmeler sırasında tekel kuralının buyurucu nitelik taşımadığı hiç göz ardı edilmemelidir.

8.3.3.3.4. Buyurucu Nitelik Taşımaması

Yukarıda değişik vesilelerle belirttiğimiz gibi, tekel kuralı kesinlikle buyurucu bir nitelik taşımadığı için, tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Yasa koyucu tekel kuralının bertaraf edilebilmesi için bu-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nun *yazılı* olarak öngörülmesini yeterli görmüş, bunun dışında anılan kuralın kaldırılmasını herhangi bir koşula bağlamamıştır. Bu nedenledir ki, rekabet kuralını sözleşmenin sadece bir tarafı, diyelim yalnızca acenta bakımından kaldırmak olanaklı bulunduğu gibi, bir ticarî işletme sahibinin, ilk acentası ile anlaşmak koşulu ile, sonradan ürettiği aynı malın pazarlanması konusunda bir diğer acenta ile anlaşması da hatıra gelebilir.

Kaldı ki ve hepsinden önemlisi, taraflar tekel kuralını önceden yazılı olarak bertaraf etmemiş bulunsalar dahi, bu kuralın olası bir ihlâli durumunda ilgili yaptırımlara başvurmayarak, örneğin tazminat istemeyerek buna sonradan örtülü bir biçimde icazet de verebilecekleri gibi, ihlâli açıkça onaylamalarına da hiçbir engel yoktur.

8.3.3.3.5. Tekel Kuralına Aykırılığın Yaptırımı

Yasa koyucu TK 118'de tekel kuralına aykırılığın yaptırımını açıklamamakla beraber, örneğin TK 128/I'de müvekkilin tekel kuralını ihlâli durumunda acenta bakımından ücret isteme hakkının doğacağını hükme bağlamıştır.

Hiç kuşkusuz, sürekli bir borç ilişkisi doğuran her sözleşmede olduğu gibi, acentelik sözleşmesinin de gerek acenta gerek müvekkil tarafından haklı sebeple ve öngörülen süreden önce sona erdirilmesi olanağı da vardır. Açıktır ki, aksi yazılı olarak kararlaştırılmadığı için geçerli olduğu kabul edilen tekel kuralına aykırı olarak acentanın aynı faaliyet dalındaki bir işletmenin sözleşmelerinde aracılık etmesi, müvekkil bakımından sözleşmeyi feshedebilmek için haklı bir neden oluşturabilir.

8.3.4. Acentelik Faaliyetinin Meslek Edinilmiş Olması

TK 116/I acentanın söz konusu faaliyeti "meslek edinmiş" olmasını zorunlu kılmıştır. Bu nedenledir ki, örneğin (âdi işler) tellâllığın (ın) ve komisyonculuğun aksine, acentalık faaliyetinin geçici olarak (arızî) bir şekilde yürütülmesi mümkün değildir.

İşin meslek edinilmiş olması zorunluluğundan kastedilen, acentanın ticarî işletmeler arasındaki sözleşmelerin yapılmasına aracılık etmek ya da bu sözleşmelerin ilgili işletmelerin adına ve hesabına bizzat yapılmasını sağlamak üzere kendine ait bağımsız bir ticarî işletme oluşturması (TK 12/II, bent 12) ve bu işletmeyi kendi adına ve hesabına işleterek tacir sıfatını kazanmasıdır. Açıktır ki, örneğin TK 15 uyarınca bir acentalık işletmesinin velisi tarafından bir küçük çocuğun adına ve hesabına işletilmesi durumunda acentalık sıfatı veliye değil, küçüğe ait olacaktır.

Buna karşılık acentalık faaliyetinin ilgilinin yaptığı yegâne iş ya da görev olması zorunlu değildir. Başka bir söyleyiş ile, bir kimsenin aynı ticarî işletme bünyesi içinde acentalığın yanı sıra ve onunla birlikte diyelim tek satıcı ola-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rak da görev yapması pekâla olanaklıdır. Açıktır ki, sözünü ettiğimiz gibi iki görevin aynı zamanda yürütülebilmesi, aksinin kararlaştırılmamış olduğu durumlarda, tekel kuralının ihlâline yol açmamalıdır. Gerçekten, her ne kadar yasada (TK 118) tekel kuralı sadece acentalık faaliyeti açısından öngörülmüşse de, daha önceden bir ticarî işletmenin acentası olan kişinin, daha sonradan aynı faaliyet kolundaki bir diğer rakip işletmenin tek satıcılığını üstlenmesi, bazı durumlarda anılan ilk işletme bakımından geçerli ve yürürlükte olan tekel kuralının (hakkının) ihlâli sonucunu doğurabilir.

Acentanın bizzat bir ticarî işletmeye sahip olması ve aracılık faaliyetini meslek edinmiş bulunan tacir sıfatını taşıması onun, TK 123-126'da düzenlenen borçları dışında tacir sıfatının diğer yükümlülüklerine de tâbi olmasını gerektirir. Bunun yanı sıra acentanın örneğin TK 128-132'de yer alan ücret, TK 127'de düzenlenen olağanüstü masrafları isteme hakkı ve TK 132'de sözü edilen hapis hakkı dışında, TK'nun tacir sıfatına bağladığı nimetlerden de yararlanacağı doğaldır.

8.3.5. Acentalığın "Daimî" Olarak Yapılması (Süreklilik Unsuru)

TK 116'da yer alan ve yukarıdaki başlıkta (8.3.4) incelediğimiz "meslek edinme" koşulu ile de çok yakından bağlantılı bulunan bir diğer unsur "daimî"liktir. Gerçekten, yasa koyucu acentanın aracılık etmesinin ve/ya sözleşmeleri yapmasının "daimî bir surette" olmasını öngörmüştür.

Hemen belirtelim, buradaki "daimîlik" unsurunun ilk bakışta sadece acentanın bu işi meslek edinmiş bir biçimde sürekli olarak yapması anlamına geldiği, değişik bir söyleyiş ile, somut bir acentanın belirli bir ticarî işletmenin yalnızca bir sözleşmesinin yapılmasına aracılık etmesinin de mümkün bulunduğu, yani acenta ile müvekkili arasındaki ilişkinin mutlaka uzun süreli olması gerekmediği, acentanın müvekkili ile bir kereye özgü aracılık faaliyeti için de sözleşme imzalayabileceği düşünülebilirse de, kanımızca bu sonuca katılmak kesinlikle mümkün değildir.

Nitekim gerek yukarıda (8.3.2) incelediğimiz "sözleşme" unsuru gerek acentalık müessesesine başvurmayı zorunlu kılan nedenler (yukarıda 8.1) ve nihayet TK'nın düzenlemesi (örneğin TK 119, 123/I, 124/I) birlikte göz önüne alındığı takdirde, acenta ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin de belirli ya da belirsiz süreli olsun, kural olarak, nisbeten uzunca bir dönem için yapılmış olmasını gerektirir. Bu yüzdendir ki fikrimizce müvekkil ile acentanın sadece somut bir iş için aracılık yapılması hususunda anlaşmaları durumunda aralarındaki ilişkinin acentalıktan çok, tellâllık (ticaret işleri tellâllığı) olduğu sonucuna varmak daha doğru olur. Hiç kuşkusuz, tarafların sözleşmeyi uzun bir süre geçerli olmak üzere yapmış olmalarına karşın, ortaya çıkan bazı haklı nedenler sonucunda ilişkinin ilk aracılık faaliyetinden hemen sonra fesih yolu ile ortadan kaldırılmasını bununla karıştırmamak gerekir. Bu söylediklerimiz ticarî işletmesini daimî bir biçimde aracılık etmek üzere oluş-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

turan acentanın diyelim işlerinin çok kötü gitmesi nedeni ile kısa bir süre sonra iflâs etmesi hali için de aynen geçerli olup, aradaki kısa süre içinde faaliyet gösteren acentanın TK 116-134'e tâbi olacağı muhakkaktır.

8.3.6. Acentanın Ticarî İşletmeyi İlgilendiren İşlerde Aracılık Yapması

Nihayet TK 116/I acentalık faaliyetinin sadece ticarî işletmeyi ilgilendiren işlerde yapılabileceğini öngörmüş, değişik bir söyleyiş ile, acentanın esnaf işletmeleri arasındaki işlerde görev üstlenmesinin mümkün bulunmadığını kabul etmiştir.

Esnafın hukukumuzdaki konumu ve bunun yanı sıra acentalık kurumuna başvurmayı zorunlu kılan nedenler göz önüne alındığı takdirde, yasa koyucunun bu yaklaşımının hiç olmazsa her iki tarafın tacir sıfatını taşımadığı işlemler bakımından doğru sayılabileceği kendiliğinden anlaşılacaktır. Buna karşılık kanımızca acentanın işlerinde aracılık yaptığı her iki tarafın da ticarî işletme ya da tacir olması gerekmez. Fikrimizce sadece acentayı atayan ve kendisinden aracılık etmesini ya da adına ve hesabına sözleşme yapmasını isteyen tarafın ticarî işletme ve dolayısı ile bunun tacir sıfatını taşıması zorunlu ve yeterli olup, acenta pekâla müvekkilinin adına ve hesabına esnaf işletmeleri ile de sözleşmeler imzalayabilir.

8.4. Acentanın Yetkileri

Bir ticarî işletmeyi ilgilendiren işlerde aracılık etmeyi ve/ya sözleşmeleri o işletmenin adına ve hesabına imzalamayı meslek edinmiş bulunan acentanın bazı yetkilerinin yasa koyucu tarafından aynı zamanda bir yükümlülük olarak da öngörüldüğü kuşkusuzdur. Gerçekten, örneğin TK 120'de öngörülen "kabza salâhiyet" ya da TK 121'de düzenlenen "akit yapma salâhiyeti" bu yetkiler kendisine müvekkil tarafından özel olarak ve yazılı şekil koşuluna uyularak verildiği takdirde, acenta bakımından hem bir yetkiyi ve fakat aynı zamanda hem de bir yükümlülüğü ifade eder. Bu söylediklerimiz özel olarak sözleşme yapma yetkisi ile donatılmayan acentanın sadece aracılık yapması açısından da aynen geçerlidir.

Burada "aracılık" kavramının ayrıntılarına inilmeksizin sadece TK'nun "B) Acentanın salâhiyetleri" kenar başlığı altında m. 119-122 arasında düzenlediği yetkilerin incelenmesi ile yetinilecek, acentanın diğer hakları (ve borçları) aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

8.4.1. Temsil Yetkisi

8.4.1.1. Pasif Temsil Yetkisi

TK 119/I uyarınca "Acenta, aracılıkta bulunduğu veya akdettiği mukavelelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili namına yapmaya ve bunları kabule salâhiyetlidir".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu hükümde acentanın hem aktif hem de pasif anlamda hakkı koruyucu beyanları yapma ve bunlara muhatap olabilme yetkisi düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere, pasif temsil yetkisi demek, her hangi bir kişiyi temsil etmek yetkisine sahip olanın, temsil ettiği kişiye gönderilen ihtar, ihbar ve protesto gibi belirli bir hakkı korumaya yarayan bildirimlere muhatap olabilme ya da daha doğru bir deyiş ile bunları temsil ettiği kişinin adına ve hesabına tebellüğ edebilme yetkisidir.

Hemen ve önemle vurgulayalım ki, TK 119/I'de düzenlenen her iki yetki acentanın sadece TK 121 uyarınca sözleşme yapma yetkisine sahip kılındığı durumlarda değil, aksine acentanın yalnızca aracılık yapabileceği hallerde de uygulama alanı bulur. Bu nedenledir ki, müvekkil adına ve hesabına her hangi bir sözleşme yapmaksızın, sadece sözleşmenin imzalanmasına aracılık etmekle yetinen bir acenta dahi, fiilen aracılıkta bulunduğu sözleşme ile ilgili olarak karşı tarafça gönderilen ihtar ve ihbarları tebellüğ edebilecektir.

Hükmün incelenmesinden de anlaşılabileceği üzere, acentanın pasif temsil yetkisi sadece "fiilen aracılıkta bulunduğu" ya da "akdettiği muameleler" ile sınırlandırılmış olup, acentanın bunun dışındaki işlemlerde, örneğin TK128/I uyarınca ücrete hak kazanacak olmakla beraber, bizzat müvekkili tarafından gerçekleştirilen sözleşmelere ilişkin bildirimlerde, ilgili ticarî işletmeyi pasif temsil yetkisi yoktur.

Bunun yanı sıra TK 119/I'in anlatımına göre acentanın pasif temsil yetkisi "hakkı koruyan beyanlarla" sınırlandırılmış olduğu için, acentaya örneğin TK 25 uyarınca satılana ilişkin ayıplar bildirilebileceği halde, acentanın kendisi satım sözleşmesinin feshi ya da bundan rücu konusundaki bir bildirimde bulunamayacaktır. Ne var ki, kanımızca yasadaki bu sınırlandırmaya katılmak mümkün olmayıp, özellikle sözleşmeyi de bizzat yapmış olması varsayımında acentanın fesih ve rücu konusundaki bildirimleri de alabilme yetkisine sahip bulunduğu kabul edilmelidir.

8.4.1.2. Aktif Temsil Yetkisi

8.4.1.2.1. Hakkı Koruyan Beyanları Yapmak

Yukarıda da değinildiği üzere, TK 119/I acentanın sadece fiilen aracılıkta bulunduğu ya da bizzat gerçekleştirdiği sözleşmelerle ilgili olarak hakkı koruyucu nitelikteki ihtar, ihbar ve protesto gibi beyanları müvekkili adına yapabileceğini öngörmüştür.

Burada acentanın ister sadece aracı olsun ister aynı zamanda sözleşme yapma yetkisine de sahip bulunsun hakkı koruyucu beyanları yapabilme yetkisi ile donatılmış olduğunu vurgulamakla yetiniyor ve bu konuda "pasif temsil yetkisi"ne ilişkin açıklamalarımıza yollama yapıyoruz.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

8.4.1.2.2. Müvekkilini Davada Temsil Etmek

TK 119/II uyarınca "Bu gibi mukavelelerden çıkacak ihtilâflardan dolayı acenta müvekkil namına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir".

TK 119 bir bütün olarak değerlendirildiği takdirde, hükmün 2. fıkrasında yer alan "bu gibi mukaveleler" ibaresinden, acentanın fiilen aracılıkta bulunduğu ya da müvekkili adına ve hesabına bizzat yaptığı sözleşmelerin kastedildiği kendiliğinden anlaşılacaktır. Bu nedenledir ki, tıpkı, pasif temsil ve hakkı koruyucu nitelikteki beyanları yapabilme yetkisinde olduğu gibi, dava açabilme veya açılan davada müvekkili temsil edebilme yetkisi sadece acentanın fiilen aracılık ettiği ve/ya bizzat yaptığı sözleşmelerden kaynaklanan davalar ile sınırlandırılmıştır.

Acenta TK 119/II'de yer alan dava açma yetkisini kullanırken, kendisinin acenta olduğunu belirtmek ve böylece yasanın kendisine tanıdığı yasal temsil yetkisini kullandığını ortaya koymak zorunluluğunda olduğu gibi, kanımızca yetkisini geçerli bir biçimde kullanıp kullanmadığı konusundaki olası kuşkuları gidermek için, işlemdeki katkısını da kanıtlamak zorunluluğundadır.

Aksine acentanın aracılık ettiği ya da müvekkili adına ve hesabına bizzat yaptığı bir sözleşme nedeni ile acenta aleyhine dava açacak üçüncü kişinin de, acentayı doğrudan doğruya hasım göstermesi kesinlikle mümkün olmayıp, burada davanın müvekkile "izafeten" açıldığının belirtilmesi gereklidir. Gerçekten, sözleşmeyi bizzat acentanın yaptığı hallerde dahi, sözleşmenin tüm sonuçları müvekkil üzerinde doğduğu, başka bir söyleyiş ile, yapılan sözleşme nedeni ile müvekkil hak sahibi olduğu ve/ya borç altına girdiği için, davanın da kural olarak ve sadece ona karşı açılabilmesi gerekir. TK'nun acenta aleyhine de dava açılabilmesini kabul etmesinin altında yatan gerekçe, özellikle acentayı devreye sokan müvekkilin işletmesinin uzakta bulunması nedeni ile dava açmak durumunda kalan üçüncü kişinin kendi ikâmetgâhının olduğu yerdeki acentayı daha kolay ve daha az masrafla dava edebileceğidir. Gerçekten, bu olanak sayesinde özellikle sözleşmeye taraf ticarî işletmenin merkezinin yurt dışında olduğu durumlarda Türk uyrukluğundaki davacının yurt dışına giderek orada dava açmasının doğurabileceği sakıncalar bertaraf edilmek istenmiştir. Ne var ki, hükmün bugünkü kaleme alınma biçiminin böyle bir sınırlama olmaksızın, yani müvekkil ister Türkiye'de ister yabancı ülkede bulunsun, acenta aleyhine dava açabilmeyi mümkün kıldığı tartışmasızdır.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılabileceği üzere, yasa koyucu TK 119/II'de acentaya muhatap olan üçüncü kişilere sadece bir olanak ya da kolaylık sağlamak istemiş, aksine bir zorunluluk yüklememiştir. Bu nedenledir ki, acenta ile ilişkide bulunan üçüncü kişi ister müvekkile "izafeten"

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

acentaya, ister doğrudan doğruya sözleşmenin tüm sonuçları üzerinde doğmuş bulunan müvekkile dava açabilir.

Dava değindiğimiz bu iki yoldan hangisi seçilerek açılmış olursa olsun, yargılama sonucunda verilecek hükmün sadece sözleşmenin tarafı olan müvekkil hakkında uygulanacağı, farklı bir anlatımla, örneğin açılan bir tazminat ya da semenin tenzili veya iadesi davasına ilişkin hükmün, doğrudan doğruya acentanın malvarlığına başvurulmak sureti ile icra olunamayacağı kuşkusuzdur. Açıktır ki, sözünü ettiğimiz hükmün uygulanması bakımından acenta artık bir üçüncü kişi konumundadır. Bu nedenledir ki, sözleşmenin tarafı olan ve dava açıp, bunu kazanan kişi her ne kadar müvekkilin acenta nezdindeki hak ve alacaklarını İİK 89 uyarınca haczettirmek yetkisine sahip ise de, örneğin zararını doğrudan doğruya acentadan isteyemez. Buna karşılık müvekkilini temsil ederek dava açan acentanın elde ettiği hükmü alacağı üçüncü kişinin malvarlığından tahsil edecek biçimde icra ettirebileceği muhakkaktır.

Son olarak şu hususu da ekleyelim ki, "Bu hükümlere aykırı olan şartlar muteber değildir" diyen TK 119/III'den tarafların sözleşme ile doğrudan doğruya acenta aleyhine dava açılabileceği ve/ya diyelim hükmolunacak bir tazminatın müvekkile hiç başvurulmaksızın öncelikle acentadan tahsil edilebileceğini de kararlaştırmalarının geçerli olmayacağı anlaşılmaktadır. Kanımızca acentanın sözleşmenin sonuçlarından müvekkili ile beraber, müteselsil sorumlu olacağını öngören sözleşme koşulları da, burada acenta ile müvekkil birlikte bir borç altına girmedikleri ve dolayısı ile müteselsil sorumlulukları söz konusu olmadığı (TK 7) için geçerli sayılamayacaktır.

8.4.1.2.3. Satılanı Teslim ya da Bedelini Tahsil Edebilmek

"Kabza salâhiyeti" kenar başlığını taşıyan TK 120 uyarınca "Müvekkilin hususî ve yazılı muvafakati veya vekâleti olmadan acenta, bizzat teslim etmediği malların bedelini kabza ve bedelini bizzat ödemediği malları teslim almaya mezun olmadığı gibi bu muamelelerden doğan alacağı tecil veya miktarını tenzil dahi edemez".

Hükmün çok da başarılı olmayan kaleme alınış biçiminden anlaşılması gereken ilk husus, acentanın bizzat teslim ettiği malların bedelini tahsile ve bedelini bizzat ödediği malları teslim almaya yetkili olduğudur. Bu sonuç acentanın sözleşmeyi müvekkilinin adına ve hesabına yapabilmesinin son derecede doğal bir uzantısı olup, aksinin kabulü esasen acentaya sözleşme yapabilme yetkisinin tanınması ile ulaşılmak istenen amaçla çelişirdi.

Buna karşılık acentanın bizzat teslim etmediği malların bedelini tahsil edebilmesi ya da bedelini bizzat ödemediği malları teslim alabilmesi, müvekkili tarafından kendisine özel olarak yazılı bir yetki verilmesine bağlıdır. Sözünü ettiğimiz bu zorunluluk acentanın müvekkilinin anılan işlemlerden doğan alacağını tecil (vadesini ertelemesi) veya bunun tutarını tenzil edebilmesi (indirebilmesi) bakımından da aynen geçerlidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

8.4.1.2.4. Müvekkilinin Adına ve Hesabına Sözleşmeleri Yapmak

TK acentanın müvekkili adına ve hesabına sözleşme yapmasını iki ayrı hükümde düzenlemiştir. Bunlardan birincisi, acentaya sözleşme yapma yetkisinin nasıl verilebileceğine ve verilen bu yetkinin Ticaret Sicili'ne tesciline ilişkin TK 121, diğeri de acentanın hiç yetkisi olmadığı halde ya da yetkisini aşarak sözleşme yapması durumunda müvekkilin bu sözleşme ile bağlı olup olmayacağını, daha doğrusu bağlı olmak istemiyorsa nasıl davranması gerektiğini ele alan TK 122'dir.

8.4.1.2.4.1. Sözleşme Yapma Yetkisinin Verilmesi

TK 121/I uyarınca "Hususî ve yazılı bir muvafakat olmadan acenta müvekkili namına mukavele akdine salâhiyetli değildir".

Bu hükmün incelenmesinden, her şeyden önce acentaya müvekkili tarafından kendisinin adına ve hesabına sözleşme yapabilme yetkisinin yazılı olarak verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır ki, sözü edilen düzenlemenin doğal sonucu, daha önce de değindiğimiz üzere, bu tür bir yetkinin verilmediği tüm durumlarda acentanın sadece aracılık yapmak üzere görevlendirilmiş olduğunun varsayılmasıdır.

Her ne kadar yasa koyucu TK 121/I'de yetkinin "hususî ve yazılı" olmasını zorunlu kılmışsa da, kanımızca burada önemli olan acentaya sözleşme yapma yetkisinin yazılı bir biçimde tanınmış olmasıdır; yoksa yasanın kastettiği acentanın sözleşme yapma yetkisinin mutlaka özel olarak, yani bağımsız bir yetki belgesi ya da vekâletnameye dayandırılması değildir. Bu nedenledir ki, fikrimizce acenta ile müvekkili arasındaki bir yazılı sözleşmede, acentanın müvekkili adına ve hesabına sözleşme yapabilmesini hüküm altına alan açık bir düzenlemenin yer alması yeterlidir.

Bunun yanı sıra her ne kadar TK 121/I'de acentanın "müvekkili namına" sözleşme yapmasından söz edilmişse de, bunun müvekkilinin "adına ve hesabına" olarak anlaşılması gerekir.

Daha önce de vurguladığımız üzere, kendisine sözleşme yapma yetkisi tanınmış olan acenta, bu yetkisini kullanıp, üçüncü kişi ile bir sözleşme yaptığı takdirde, bu sözleşmenin tüm sonuçları müvekkil üzerinde doğar, başka bir söyleyiş ile, anılan sözleşme nedeni ile müvekkil hak sahibi olur ve/ya borç altına girer.

8.4.1.2.4.2. Yetkinin Ticaret Siciline Tescili

TK 121/II'ye göre "Acentalara müvekkilleri adına akid yapma salâhiyetini veren vesikaların acenta tarafından tescil ve ilân ettirilmesi mecburidir".

Görüldüğü gibi, yasa koyucu görevin doğal bir gereği olarak nitelendi-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rilmeyen ve acentaya istisnaen tanınabilecek olan sözleşme yapma yetkisinin Ticaret Sicili'ne tescilini zorunlu kılmıştır.

Hemen belirtelim, Ticaret Sicili ticarî işletmeler ve tacir ile ilgili olarak üçüncü kişiler tarafından bilinmesinde yarar ya da zorunluluk bulunan tüm olguların kaydedildiği genel nitelikteki bir sicil olduğuna, sözleşme yapma yetkisine sahip olup olmadığının üçüncü kişiler tarafından bilinmesinde kesinlikle yarar giderek zorunluluk bulunduğuna göre, TK 121/II'deki bu düzenlemenin, kural olarak isabetli olduğu söylenebilir. Burada değinmek istediğimiz bir diğer husus, yasanın "akid yapma salâhiyetini veren vesikalar"ın tescilinden söz etmiş olmasına karşın, Ticaret Sicili'ne ancak "maddî olgular"ın tescili olanaklı bulunduğu için, acentanın sözleşme yapma yetkisine sahip olduğu maddî olgusunun tescil edileceğidir.

Yasa her ne kadar sözü edilen tescilin "acenta" tarafından yaptırılacağını öngörmüşse de, fikrimizce bu tescilin yaptırılmasında acenta gibi ve hatta ondan önce müvekkilin de yararı ve çıkarı olduğu için, tescilin müvekkil tarafından da yaptırılabileceğini kabul etmek gerekir. Bu söylediklerimiz "ilân" zorunluluğu bakımından da aynen geçerlidir.

Son olarak şu hususu da vurgulayalım ki, TK 122, cümle 1'de yer alan "salâhiyeti sınırlarını aşarak" ibaresinden, müvekkilin acentanın sözleşme yapma yetkisini bir miktar öngörerek ya da belirli bir yer ya da müşteri kesimi belirlemek sureti ile sınırlandırabileceği de anlaşılmaktadır. Fikrimizce acentaya aracılık etme yetkisi bakımından tanınan yetki çevresi ile sözleşme yapma bakımından öngörülen yetki çevresinin farklı olması mümkündür.

8.4.1.2.4.3. Acentanın Hiç Yetkisinin Olmaması ya da Yetkisini Aşması Durumunda Müvekkilin Görevi

Bilindiği üzere TK 39'da "sicile itimat" kenar başlığı altında Ticaret Sicili'nin "olumlu" ve "olumsuz" işlevleri düzenlenmiştir. Kısaca anımsamak gerekirse, yasa gereği sicile tescili ve ilânı zorunlu olup da fiilen tescil ve ilân olunmuş bulunan hususların bundan böyle üçüncü kişiler tarafından biliniyor varsayılması, yani onların bu hususu bilmediklerini ileri sürememeleri sicilin olumlu, buna karşılık tescil ve ilânı zorunlu bulunmasına karşın fiilen tescil ve ilân olunmamış bulunan hususların ilke olarak üçüncü kişilere ileri sürülememesi de sicilin olumsuz işlevini oluşturur. Ne var ki, anılan bu son durumda üçüncü kişinin tescil ve ilân olunmamış hususu fiilen bildiği (= müsbet vukuf) kanıtlanarak bu ona karşı yine de ileri sürülebilir.

Bu söylediklerimiz çerçevesinde acentasına sözleşme yapmak yetkisini tanımak istemediği için kendisine bu yolda yazılı bir yetki belgesi vermeyen ya da sözleşmeye anılan yetkiyi içeren bir kural koydurmayan müvekkil,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bundan böyle verilmeyen bu yetkinin ticaret siciline tescili de mümkün bulunmadığı için, acentasının hiç yetkisi olmadığı halde ya da mevcut yetkisinin sınırlarını aşarak bir sözleşme yapması durumunda hiç kuşkusuz bu sözleşmenin kendisini bağlamadığını düşünebilecek, başka ve daha açık bir anlatımla Ticaret Sicili'nin olumsuz işlevine güvenerek üçüncü kişiye sözleşmenin kendi iradesine dayanmadığını herhangi bir biçimde bildirmek yükümlülüğü altında olmayacaktı.

Oysa TK 122, cümle 1 müvekkile bu durumda, yani "mukavelenin akdini haber alır almaz" üçüncü kişiye "akde icazet vermediğini derhal bildirmek" görevini yüklemiş, bunu yapmadığı takdirde sözleşmeye "icazet vermiş sayıl"acağını öngörmüştür.

Hemen ve önemle belirtelim, TK 122, cümle 1'de yer alan bu düzenleme TK'nun Ticaret Sicili'ne ilişkin düzenlemesi ile tam anlamı ile çelişen ve kaldı ki bizzat TK 121 ile de bağdaştırılması olanağı bulunmayan farklı bir yaklaşım getirmektedir. Düzenleme ne kadar eleştirilirse eleştirilsin, yürürlükteki hukukumuzda acentasının yetkisi olmadığı halde ya da yetkisinin sınırlarını aşarak bir sözleşme imzaladığını haber alan müvekkilin, derhal, yani TK 20/II'deki basiretli bir tacirin gerçekleştireceği en uygun süre içinde üçüncü kişiye bu sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi gerekir. TK 122, cümle 1 bu bildirimde bulunmayan müvekkilin sözleşmeye icazet vermiş sayılacağını, değişik bir söyleyiş ile, TK'nun sicil hukukuna güvenerek sessiz kalan müvekkilin işbu sözleşme ile bağlı sayılacağını öngörmüştür.

Buna karşılık yasa acentasının yetkisini aşarak yaptığı sözleşme ile bağlı olmadığını bildiren müvekkilin sözleşmede taraf olmayacağını TK 122, cümle 2'de "İcazet verilmediği halde acenta akitten bizzat mesul olur" diyerek dile getirmiştir.

8.5. Acentanın Yükümlülükleri

8.5.1. Genel Olarak Müvekkilin İşlerini Yapmak

TK 123/I "Acenta, kendisine bırakılan bölge ve ticaret dalı içinde mukavele uyarınca, müvekkilinin işlerini görmeye ve menfaatlerini korumaya mecburdur" demek sureti ile genel bir iş görme ve çıkarları koruma yükümlülüğü getirmiştir.

Hükümde sözü edilen "işlerini görme" yükümlülüğünü, kendisine verilen görevin türüne göre aracılık etmek ya da sözleşmeleri müvekkilin adına ve hesabına yapmak olarak algıladığımız takdirde, bunun gereksiz bir düzenleme olduğu, başka bir söyleyiş ile, bu görevlerin esasen acentanın tayininde yatan temel düşünceden kaynaklandığı için ayrıca anılmasında herhangi bir yarar olmadığı düşünülebilir. Ne var ki, kanımızca yasa koyucu getirdiği bu açık iş görme yükümlülüğü ile acentanın müvekkilinin yararına olabilecek tüm sözleşmelerin yapılmasına aracılık ya da bunların bizzat

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yapılması konusunda aktif bir tutum içine girmesini öngörmüş, yani müvekki- linin işlerinin gerçekleştirilmesi konusunda bir pazar araştırması yapmak ve gerekli bağlantıları sağlamak konusunda çaba göstermesinin de zorunlu olduğunu ifade etmiştir.

Kanımızca TK 123/I'de yer alan "müvekkilinin işlerini" yürütmek ibaresi acentalık faaliyeti ile sınırlı olarak anlaşılıp, uygulanmalı, yani acentanın tacir yardımcılığının kapsamı dışında kalan işlerde örneğin oradaki kendi aracılığından kaynaklanmayan bir alacağın takibinde de görevli olacağı biçiminde yorumlanmamalıdır. "Menfaatlerin korunması" kavramı bakımından da benzer bir bakış açısının kabulünde zorunluluk vardır. Nihayet TK 123/I'deki "menfaatlerini koruma" ibaresinin TK 124/I'deki daha geniş kapsamlı olan "haber verme borcu" ile de karıştırılmaması ve acentanın haber vereceği tüm konularda aynı zamanda müvekkilinin menfaatlerini de korumak zorunluluğunda olduğu gibi bir yargıya ulaşılmamalıdır.

8.5.2. Bölgesindeki Piyasa ve Müşteri Bilgilerini Aktarmak

TK 124/I acentaya geniş kapsamlı bir "haber verme yükümlülüğü" getirmektedir.

Her şeyden önce şu hususu belirtelim ki, hükümde sözü edilen "üçüncü şahısların kabule salâhiyetli olduğu beyanları" ibaresi kanımızca TK 119/I'in doğal bir uzantısı olup, burada ayrıca anılması gerekmezdi.

Buna karşılık yasa koyucu acentanın bir ticarî işletmenin şubesinin bulunmadığı yerlerde o işletmenin âdeta fiilî bir şubesi gibi görev yapacağını öngördüğü için, haklı olarak acentaya kendisine bırakılan bölgedeki piyasa koşullarını, müşterilerin alım ya da satım konusundaki eğilim ve düşüncelerini giderek bunların ticarî itibarları konusundaki bilgileri aktarmak görevini yüklediği gibi, benzer işletmelerin örneğin mallarının satımında izledikleri reklam faaliyeti gibi "bütün hususları"n aktarılmasını da kabul etmiştir. Geniş kapsamlı olduğuna yukarıda değindiğimiz bu "haber verme yükümlülüğünün" sınırları belirlenirken, acentanın da bizzat aracılıkla iştigal eden bir ticarî işletmeye sahip bulunan tacir konumunda olduğu göz önünde tutulmalı ve hangi hususların müvekkile bildirilmesinde yarar ve/ya zorunluluk bulunduğuna TK 20/II uyarınca bizzat acentanın karar vermesi gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Açıktır ki, acentanın ancak "vaktinde" gerçekleştirmesi durumunda haber verme yükümlülüğü müvekkile gerekli önlemleri alabilmek konusunda bir yarar sağlar. Bu nedenledir ki zamanında iletilmeyen bilgiler ile hiç bilgi verilmemesi açısından her hangi bir fark yoktur.

8.5.3. Müvekkilinin Talimatını Sormak ya da İşlemi Derhal Yapmak

Acenta ilke olarak müvekkilinin talimatı ile bağlı olup, ona uygun dav-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ranmak zorunluluğundadır. Ne var ki, bazı hallerde müvekkil örneğin acentanın kendisi adına ve hesabına satın alacağı bir taşınırın asgarî ve/ya azamî değeri konusunda her hangi bir açıklama yapmaksızın, acentayı "en faydalı şartlar çerçevesinde" hareket konusunda yetkili kılmış bulunabilir.

TK 124/II, cümle 2'de yer alan düzenleme uyarınca müvekkilinin açık talimatı bulunmayan konularda acenta kendisine bir talimat verilinceye kadar işlemi geciktirmek olanağına sahiptir.

Ne var ki, bazı olaylarda işin niteliği gereği müvekkilden gelecek talimat ya da yanıtı beklemek, işin gerçekleşmesini geciktirip, önleyeceğinden, müvekkilin çıkarlarına aykırı düşebilir. İşte yasa koyucu sözü edilen durumda acentanın basiretli bir tacir olarak müvekkilinden haber beklemesinin mi, yoksa işlemi derhal gerçekleştirmesinin mi, onun daha fazla yararına olduğu konusunda bağımsız bir biçimde karar vermesini kabul etmiştir. Buna karşılık acentanın "en faydalı şartlar dairesinde" hareket konusunda yetkili kılınmış olması durumunda artık talimat beklemesi söz konusu olmayıp, bu durumda yine müvekkilinin yararına olan sonucun bizzat kendisi tarafından belirleneceği açıktır.

8.5.4. Müvekkile Ait Eşyaya İlişkin Yükümlülükleri

8.5.4.1. Sakladığı Eşyaya Özen Gösterip Onu Korumak

TK 123/II'den acentanın müvekkili tarafından kendisine saklanmak üzere bırakılan ya da bizzat acenta tarafından satın alınıp da kendisi tarafından saklanması kararlaştırılan eşyaya özen göstermek zorunluluğunda olduğu anlaşılmaktadır. Yasa "ârız olan hasarlardan kusursuz olduğunu ispat etmedikçe" acentanın sorumlu olacağını öngörerek, burada bir kusur karinesi kabul etmiş ve acentanın ancak hasarın oluşumunda bir kusurunun bulunmadığını kanıtlamak, yani kusur karinesini çürütmek sureti ile sorumluluktan kurtulabileceğini hükme bağlamıştır.

Hiç kuşkusuz, müvekkiline ait malları saklamaya elverişli bir depoya bizzat sahip olmadığı bazı durumlarda, acenta üçüncü kişilerden bu tür bir depo kiralayabilir. Kanımızca bu depoya ilişkin masraflar, yasanın acentaya malların saklanması konusunda bir görev yüklemiş olmasına karşın, bazı olaylarda TK 127/I anlamında bir olağanüstü masraf olarak nitelendirilebilir. Anılan bu durumda acentanın depo masraflarını müvekkilinden isteyebileceği açıktır.

8.5.4.2. Eşyadaki Hasarı Tesbit Ettirmek ve/ya Malı Sattırmak

Yukarıda TK 119/I hükmünü incelerken, acentanın müvekkilinin haklarını koruyucu nitelikteki her türlü ihtar, ihbar ve beyanları yapmak yetkisine sahip bulunduğunu belirtmiştik.

Yasa koyucu TK 125/I'de acentanın müvekkili hesabına teslim aldığı bir

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

malın taşıma sırasında zarara uğradığına dair belirtiler varsa, müvekkilinin taşıyıcıya karşı olan haklarını korumak amacı ile maldaki hasarı tesbit ettirmek ve gereken diğer önlemleri almak, malı olanaklar oranında saklamak ve malın tamamen telef olması tehlikesi varsa, BK 92 uyarınca yetkili mahkeme aracılığı ile sattırıp durumu müvekkiline haber vermekle yükümlü olduğunu, aksi takdirde oluşacak zarardan kişisel olarak sorumlu tutulacağını öngörmüştür.

Açıktır ki, bu hüküm kaleme alınış biçimi itibarı ile, hem acentanın doğrudan doğruya yaptığı sözleşmeler nedeni ile teslim almak durumunda olduğu hem de TK 120 uyarınca kendisine verilen özel yazılı yetkiye dayanarak bedelini bizzat ödememesine karşın müvekkili tarafından onun teslim alması kabul edilen mallar hakkında uygulanır. Bunun gibi TK 125/I'in uygulama alanına yalnızca başka bir yerden taşınmak sureti ile acentanın işletmesinin bulunduğu yere getirilmesi söz konusu olan malların girdiği muhakkaktır.

Ne var ki, yukarıda değinilen yükümlülüklerin her hangi bir taşıma sözleşmesine konu oluşturmaksızın bizzat acenta tarafından üçüncü kişiden teslim alınan mallar hakkında da geçerli bulunduğu kuşkusuzdur. Gerçekten, acenta görevi ve bir tacir olmasının gereği olan kendisine teslim edilen malların da denetimini yapmak, eşyadaki dıştan görülebilen ya da basit bir muayene ile ortaya çıkarılabilen ayıpların varlığında bunları teslim almamak ya da almışsa derhal TK 25, bent 3 ve 4'e uygun ayıp bildirimlerinde bulunmak, nihayet malın tamamen telef olması riski varsa, bunu BK 92'ye uygun bir biçimde sattırmakla yükümlüdür.

Bu söylediklerimiz müvekkil tarafından satılmak üzere acentaya gönderilen mallar bakımından da aynen geçerli olup, yasa koyucu TK 125/II'de de acentaya malları sattırabilme yetkisini tanımıştır.

8.5.5. Müvekkile Ait Parayı Ödemek

Acenta başta satmış olduğu mallar nedeni ile tahsil etmiş bulunduğu bedellerden oluşan paralar gelmek üzere, müvekkiline ait bir parayı kararlaştırılan ya da en uygun olan zamanda müvekkiline ödemek zorunluluğundadır. Bu yükümlülüğüne uygun davranmayan acenta müvekkiline vadeden itibaren faiz ödemekle yükümlü bulunduğu gibi, kendisi gerektiğinde müvekkilinin parayı geç tahsil etmesi nedeni ile uğramış bulunduğu zararını da tazmin etmek zorunluluğunda kalabilir.

8.6. Acentanın Hakları

8.6.1. Ücret İstemek

Bir tacir olduğuna değindiğimiz acenta salt bu sıfatı nedeni ile ticarî işletmesi icabı bir iş yaptığı, yani aracılık ettiği ya da müvekkilinin adına ve

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hesabına bir sözleşme imzaladığı takdirde, kararlaştırılmasa dahi, TK 22 uyarınca ücret isteyebilecekti.

TK 128-132 genel nitelikteki bu kural ile yetinmeyerek acentanın hangi işlemler nedeni ile ücrete hak kazanacağını, ücret isteme hakkının ne zaman doğduğu ve bunun tutarı, ücretin ödenme zamanı ve ödenmeyen ücret nedeni ile acentanın hapis hakkını kullanması gibi bir dizi sorunu ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir.

8.6.1.1. Ücret Hakkı Doğuran İşlemler

TK 128/I uyarınca acenta gerek fiilen aracılıkta bulunduğu ya da müvekkili adına ve hesabına bizzat gerçekleştirdiği sözleşmeler gerek bizzat aracılıkta bulunmamakla beraber müvekkilinin kendi bölgesi içinde doğrudan doğruya üçüncü kişiler ile yaptığı işlemler nedeni ile ücrete hak kazanır. Hiç kuşkusuz, acentanın müvekkilinin doğrudan doğruya yaptığı işlemler nedeni ile ücret talep edebilmesi için, bunun sadece acentanın görev sınırları içinde gerçekleşmiş bulunması yeterli olmayıp, işlemin ayrıca acentanın tekel hakkının kapsamına da girmesi zorunludur.

Acentanın salt kendisinin değil, müvekkilinin bizzat yaptığı işlemler nedeni ile de ücret isteyebilmesinin altında yatan gerekçe, acentanın belirli bir bölge içinde belirli bir ticarî işletmenin âdeta fiilî şubesi gibi işlev görmesi, başka bir deyişle ve özellikle TK 118'de öngörülen tekel kuralının geçerli olduğu durumlarda tüm uğraşısını o işletmeye tahsis etmesi, giderek bu amaçla işletmesini örgütlemiş bulunmasıdır. Sözünü ettiğimiz varsayımda acenta faaliyetini tahsis etmiş bulunduğu ticarî işletmenin işlemlerine yaptığı aracılık ve/ya onun sözleşmelerini imzalaması nedeni ile ücrete hak kazanıp, gerek geçimini bu ücretten karşılayabileceği gerek işletmesine ilişkin tüm harcamaları ondan elde edeceği ücretten ödeyebileceği için, müvekkilin ona hiçbir ücret ödemeksizin üçüncü kişiler ile doğrudan doğruya ilişkiye girmesi, acentanın ticarethanesini oluşturmak ve tekel kuralına bağlı olarak somut ticarî işletmenin yardımcısı sıfatı ile görev üstlenmekle izlediği amacı tamamen ortadan kaldırabilecekti.

Bununla beraber TK 128/I'in incelenmesinden, acentanın tekel hakkının kapsamına girmeyen işlemler nedeni ile her hangi bir ücrete hak kazanamayacağı da anlaşılmaktadır ki, yukarıdaki açıklamalarımız karşısında bunun doğal olduğu sonucuna varılacaktır.

Aslında "Acentanın Hakları" başlığı altında yer alan TK 128/II müvekkile doğrudan doğruya kendisinin gerçekleştirdiği işlemleri acentaya derhal bildirmek görevini yüklemiştir. Kanımızca bu görevin yerine getirilmemesi acentanın ücret talep etme hakkını kesinlikle ortadan kaldırmaz. Acentanın müvekkili tarafından kendisine bildirilmemekle beraber, her nasılsa sonradan müvekkili tarafından gerçekleştirildiğini öğrendiği işlemler nedeni ile de ücret isteme hakkının bulunduğu kuşkusuzdur. Bu söylediklerimiz "Mü-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

vekkil, acentanın ücrete hak kazanmış olduğu muamelelere ait defter kayıtlarının bir suretini hesap cetveli ile birlikte acentaya vermeğe mecburdur" diyen TK 131/I açısından da aynen geçerlidir. Nitekim bu kural da "ücretin ödenmesi" kenar başlığı altında ilgisiz bir yerde düzenlendiği gibi, ihlâli acentanın ücret isteme hakkını kesinlikle ortadan kaldırmayacaktır.

8.6.1.2. Ücrete Hak Kazanma Zamanı

TK 129 sözleşmenin, ifa edilecek edimin niteliği ve ifa zamanına göre acentanın ücrete hak kazanma zamanını belirlemiştir.

Gerçekten, TK 129/I uyarınca acenta ilke olarak ücrete sözleşmenin yapıldığı tarihte hak kazanır.

Ne var ki, sözleşmenin konusu bir malın satın alınması, üretilmesi ya da satılması ise, acenta malı, bedeli ya da onun yerine bir diğer karşılığı aldığı tarihte ücrete hak kazanacaktır. Sözünü ettiğimiz bu ikinci olasılıkta sözleşme tamamen müvekkilden kaynaklanan bir nedenle yerine getirilmemiş olsa dahi, acenta yine de kendisine ücret ödenmesini isteyecektir.

Nihayet sözleşme kısım kısım icra edilecekse, acenta, edimin yerine getirildiği ya da yerine getirilmesi gerektiği oranda ücrete hak kazanacaktır (TK 129/II).

8.6.1.3. Ücretin Miktarı

Acenta ile müvekkili arasında yapılan sözleşmede acentaya ödenecek ücret ile ilgili düzenlemelere yer verilmesi ve örneğin acentaya ücretinin belirli tutardaki bir aylık olarak mı yoksa gerçekleştirilen işlemlerin boyutuna göre değişken bir komisyon şeklinde mi verileceği konusunda hükümler bulunması doğaldır.

Her ne kadar TK 130'un gerek kenar başlığında gerek metninde "ücretin miktarı"ndan söz edildiği için, ilk bakışta acentaya ücretin mutlaka belirli bir tutar "para" olarak ödenmesinin zorunlu olduğu izlenimi doğuyorsa da, fikrimizce tarafların acentanın emeğinin karşılığını ilgili ticarî işletmenin ürettiği belirli bir ya da daha çok malı almak sureti ile tahsil etmiş sayılacağını kararlaştırmaları da mümkündür.

Yasa koyucu sözleşmede ücret konusunda açık bir hükmün bulunmaması durumunda bunun acentanın bulunduğu yerdeki ticarî teamüle ve bu tür bir teamülün de varolmaması halinde "halin icabına göre" mahkemece belirleneceğini öngörmüştür.

8.6.1.4. Ücretin Ödenme Zamanı

TK 131/II, "ücretin ödeme zamanı" kenar başlığını taşımasına karşın, metninde acentaya ait "alacakların" ibaresine yer vermek sureti ile ücrete

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

göre daha geniş kapsamlı bir düzenleme getirmiştir. Açıklanan nedenle anılan fıkranın ücretin yanı sıra, acentanın aşağıda değineceğimiz "olağanüstü nitelikteki harcamalar"dan (TK 127/I) ve müvekkiline verdiği avanslardan (TK 127/II) kaynaklanan alacaklarının ödenme zamanını da düzenlediği sonucuna ulaşılabilirse de, kanımızca TK 131/II'nin dar yorumlanarak, sadece "ücret"i düzenlediği kabul edilmelidir. Gerçekten, acentanın örneğin müvekkili adına ve hesabına yapmış olduğu olağanüstü nitelikteki bir harcamadan kaynaklanan ve tutar itibarı ile de nisbeten büyük olan bir alacağını, ücretin ödenme zamanını düzenleyen hükme bağlı kılıp, diyelim üç aylık bir dönem sonunda alabileceğini söylemek, bu dönem içinde müvekkil tarafından acentanın alacağına bir faiz işletilmesi söz konusu olmayacağından acentanın çıkarlarına uygun düşmez. Bu nedenledir ki, olağanüstü nitelikteki harcamalardan kaynaklanan alacağın müvekkil tarafından acentaya derhal ödenmesi gerekir.

Hiç kuşkusuz, tıpkı tutarının belirlenmesinde olduğu gibi, taraflar sözleşmede acentaya ücretinin ne zaman, yani örneğin her somut işlemin tamamlanmasından sonra mı, yoksa belirli dönemlerde mi ödeneceği konusunda da diledikleri düzenlemeyi getirebilirler.

Sözleşmede ücretin ödenmesi konusunda her hangi bir açıklık bulunmaması durumunda, TK 131/II uyarınca ücretin her üç ayda bir ve herhalde takvim yılının sonunda ödenmesi gerekir. Yasa koyucu acentalık sözleşmesinin yıl içinde sona ermesi durumunda ücretin "tesbit edilerek ödenmesi lâzım" geldiğini belirtmiştir. Bu konuda TK 134/I hükmü de uygulanır.

8.6.2. Olağanüstü Masrafları Talep Etmek

TK 127/I'e göre "acenta, işlerini ifa için yaptığı masraflardan ancak fevkalâde masrafların tazminini isteyebilir".

Yasanın sadece "fevkalâde" masrafların istenebilmesine izin vermesinin altında yatan gerekçe, acentanın esasen bağımsız bir ticarî işletmeye sahip tacir olarak işletmesini aracılık ya da sözleşmeleri müvekkilinin adına ve hesabına imzalamak amacı ile oluşturmuş bulunması, değişik bir söyleyiş ile, görevi aracılık yapmak olan bu işletmenin günlük ve olağan diye nitelendirilebilecek masraflarının zaten acentanın müvekkilinden tahsil edeceği ücretten karşılanacağını varsaymış bulunmasıdır. Nitekim bir acenta müvekkilinden isteyeceği ücreti belirlerken hiç kuşkusuz, işletmesi için ödediği kira, çalıştırdığı işçilerin ücretleri, iş yerinin elektrik, su ve benzeri gibi tüm harcamalarının yanı sıra bu iş karşılığında kendisine kalacak kârı da göz önünde tutar. Buna karşılık somut bir müvekkil için ve diyelim onun mallarının saklanması amacı ile geçici olarak tutulan bir depoya ödenen ücretin önceden tahmin edilip, ücretin kapsamına dahil edilmesi olanaklı bulunmadığı gibi, bu tür harcamanın yapılmasının acentanın olağan görevi içinde nitelendirilmesi de kesinlikle düşünülemez.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Görüldüğü gibi, acentanın masraf isteme hakkının kapsamı belirlenirken, bunun olağan mı, yoksa olağanüstü nitelik mi taşıdığının aydınlığa kavuşturulması zorunludur. Anılan hususun belirlenmesinde de somut harcamanın belirli bir müvekkil için özel olarak yapılıp yapılmadığı önem taşıyacak, anılan harcamanın acentanın ticarî işletmesinin bir gereği olarak ve faaliyeti icabı yapılıp, tüm müvekkillerin yararlandıkları bir harcama olduğu sonucuna varılırsa, bunun "olağan" nitelik taşıdığı ve acenta tarafından üstlenilmesi gerektiği anlaşılacaktır.

TK 127/II avanslar hakkında TK 22'ye yollama yaptığı için, acenta bunları ödediği tarihten itibaren faize de hak kazanacaktır.

Burada gerek olağanüstü masrafların gerek verilen avansların istenmesinin TK 131/II'ye tâbi bulunmadığını, bu nedenle de sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde, derhal talep edilebileceklerini bir kez daha vurgulamak isteriz.

8.6.3. Hapis Hakkı

TK 132 acentanın hapis hakkını düzenlemektedir. Hemen belirtelim, hükmün 1. fıkrasında yer alan "bütün alacakları ödeninceye kadar" ibaresinden anılan hakkın sadece ödenmeyen ücret nedeni ile değil, müvekkilin acentaya henüz ifa etmemiş bulunduğu olağanüstü nitelikteki masraflar ve/ya avans gibi tüm alacakları nedeni ile kullanılabileceği anlaşılmaktadır.

Yasa koyucu her ne kadar TK 132/I'de hapis hakkının kullanılmasına konu oluşturacak taşınırlar, kıymetli evrak ya da emtianın acenta tarafından "acentalık mukavelesi dolayısıyla" alınmış olmasını aramışsa da kanımızca hapis hakkındaki bağlantının varolduğu konusundaki karineden (MK 950/II) tacirler yararlanacağı için, kanımızca aksini ileri süren müvekkilin üzerinde hapis hakkı kullanılan malvarlığı değerinin acentanın elinde bir başka gerekçe ile bulunduğunu bizzat kanıtlaması gerekir.

Öte yandan acenta hapis hakkını salt kendi zilyedliğindeki taşınırlarda değil, fakat aynı zamanda, bir kıymetli evrakla ya da emtia senedi ile temsil edilmek koşulu ile, üçüncü kişilerin zilyedliğinde bulunan emtia üzerinde de kullanabilir.

Hapis hakkı ilke olarak acentanın muaccel, yani vadesi gelmiş alacakları bakımından kullanılabilir. Ne var ki, yasa TK 132/III'de acentanın müvekkilinin aciz halinde bulunması durumunda, henüz vadesi gelmemiş, yani müeccel alacakları hakkında da anılan yetkinin kullanılabileceğini öngörmüştür.

Buna karşılık "Müvekkile ait mallar acenta tarafından mukavele veya kanun icabı satıldığı takdirde, acenta satılan malların bedelini ödemekten kaçınma salâhiyetini haiz olur" şeklindeki TK 132/II tek başına incelendiği takdirde yanlış anlamalara yol açabilecek niteliktedir. Gerçekten, acentanın

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TK 132/II'deki yetkisini kullanabilmesi ve müvekkiline ait bir malın bedelini kendisine ödemekten kaçınabilmesi için, TK 132/I'deki hapis hakkının kullanılabilme koşulunun doğması, başka bir söyleyiş ile muaccel bir alacağın bulunması ve/ya TK 132/III'de sözü geçen "aciz hali"nin varlığı gerekir. Bu nedenledir ki çabuk bozulacağı gerekçesi ile TK 125/II uyarınca sattırılan mallarının bedelinin müvekkile ödenmeyip acenta tarafından alakonabilmesi için, ortada muaccel bir alacağın bulunması zorunludur.

Nihayet ve hepsinden önemlisi "hapis hakkı" başlığı altında düzenlenmiş olmasına karşın TK 132/II'nin aslında bir "takas yetkisi"ni içerdiği söylenebilir.

8.7. Acentalığın Sona Ermesi

8.7.1. Sözleşmenin Süresi ile İlgili Sona Erme Nedenleri

Sürekli bir borç ilişkisi doğuran tüm sözleşmeler gibi acentalık sözleşmesi de belirli ya da belirsiz süreli olabilir. 28.7.1995 günü imzalanan bir acentalık sözleşmesinin süresinin 10 yıl olarak saptanması durumunda bu sözleşme belirli süreli, buna karşılık yine aynı gün imzalanan bir diğer sözleşmede sürenin açıkça belirtilmemesi varsayımında belirsiz süreli bir sözleşme vardır.

8.7.1.1. Belirli Süreli Sözleşmelerde Sürenin Dolması

Belirli süreli acentalık sözleşmesinde sürenin dolması ile birlikte taraflar arasındaki ilişki kendiliğinden, yani başkaca bir işleme ve/ya irade açıklamasına gerek kalmaksızın, ortadan kalkar. Bu nedenledir ki, yukarıda verdiğimiz örnekte 28.7.1995 tarihinde imzalanan ve süresi 10 yıl olarak saptanan acentalık sözleşmesi 28.7.2005 gününde sona erecektir.

Hiç kuşkusuz, belirli süreli bir acentalık sözleşmesinin varlığında taraflar sürenin dolmasından önce bunu yine belirli bir süre daha uzatabilecekleri gibi, işlere devam etmek sureti ile süreyi örtülü bir biçimde (= zımnen) de uzatabilirler. Anılan bu son varsayımda sözleşme artık belirsiz süreli bir sözleşme haline geleceği için, bunun sona ermesi hakkında aşağıda değineceğimiz kurallar uygulanır.

TK, "Acentalık mukavelesinin sona ermesi" kenar başlığını taşıyan 133-134. maddelerde belirli süreli acentalık sözleşmesinin sona ermesini ayrıca düzenlemek gereğini duymamış ve buna sadece haklı nedenle süresinden önce fesih olanağı bakımından değinmekle yetinmiştir.

8.7.1.2. Belirsiz Süreli Sözleşmelerde Feshi İhbar

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, acentalık sözleşmesinin uygulanmasının ne kadar devam edeceğinin sözleşmede açıkça öngörülmediği durumlarda "süresiz" değil, "belirsiz süreli" bir sözleşme vardır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İşte ister hiçbir süre öngörülmediği için baştan beri belirsiz süreli olsun, ister sürenin dolmasına karşın tarafların ilişkilerini sürdürmeleri nedeni ile belirsiz süreliye dönüşmüş bulunsun, tüm belirsiz süreli acentalık sözleşmeleri TK 133/I uyarınca taraflardan her hangi birisince üç ay önceden ihbar edilmek koşulu ile feshedilebilir.

Gerek müvekkil gerek acenta tacir sıfatını taşıdığı için TK 20/III'de öngörülen ve sağlık koşulu olduğu kabul edilen üç yöntemden birisine uyularak gerçekleştirilmesi zorunlu bulunan fesih bildirimi bozucu yenilik doğuran bir irade açıklaması niteliğinde olup, bildirimin ilgili muhataba ulaşmasından itibaren üç ay geçtikten sonra hüküm ifade eder. Bu nedenledir ki, üç aylık geçiş dönemi içinde de tarafların aralarında yapmış oldukları acentalık sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçlar ve bu arada doğal olarak öngörülmüşse tekel hakkına ilişkin tüm düzenlemeler varlığını korur ve uygulanmaya devam edilirler.

TK 134/I sözünü ettiğimiz üç aylık feshi ihbar öneline uymaksızın sözleşmeyi fesheden tarafın, diğer tarafa tazminat ödemesini öngörmüştür.

8.7.2. Haklı Nedenlerle

Tüm sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi, acentalık sözleşmesi de, isterse belirli bir süre için yapılmış olsun, haklı nedenlerin varlığı durumunda, bu nedenleri yaratmamış olan diğer tarafça, sürenin dolmasının beklenmesine gerek kalmaksızın, yani daha erken fesholunabilir (TK 133/I).

Haklı neden bir borç ilişkisini sürdürmeyi bundan böyle olanaksız kılan ya da farklı bir söyleyiş ile ortaya çıkması durumunda artık karşı taraftan bu sözleşme ilişkisi ile bağlı kalmasını kendisinden istememizi imkânsız kılan bir nedendir. Bir nedenin haklı neden olarak nitelendirilebilmesi için, bunun yasada açıkça gösterilen bir sona erme nedeni olmaması, yani bizzat yasanın esasen belirli bir olguyu sözleşmenin sona ermesi için yeterli görmemiş olması gerekir. Bu nedenledir ki, örneğin taraflardan her hangi birinin ölümünün her ne kadar sözleşmeyi sona erdirmesi doğal ve bu olguya dayanmak haklı ise de, TK 134/II tarafların ölümünü açıkça düzenlediği için, bunu artık bir haklı sebep olarak nitelendirmek olanağı yoktur.

Öte yandan bir nedenin "haklı" olarak nitelendirilebilmesi için, bunun benzer durumdaki tüm sözleşmelerde uygulanabilir olması zorunludur. Taraflardan her hangi birinin kişisel düşünce ve beklentilerine aykırılık her zaman haklı nedenin varlığı sonucuna götürmeyebilir, bu nedenledir ki haklı nedenin "objektif" olması da gereklidir.

Nihayet her ne kadar tarafların imzaladığı sözleşmede yer alan yükümlülüklerine aykırılıklar da olayların büyük bir çoğunluğunda sözleşme ilişkisini çekilmez hale getirirse de, tek başına edimlerin ihlâlinin haklı neden olarak nitelendirilemeyeceği, sözü edilen bu durumda acentalık ilişkisinin

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sona erdirilmesinin sözleşmeye aykırılık gerekçesine dayandırılmasının zorunlu bulunduğu belirtilmelidir.

Kanımızca yasa koyucunun haklı nedenlerle (erken) fesih olanağını sadece belirli süreli sözleşmeler için açıkça öngörmüş bulunması (TK 133/I), bu imkânın belirsiz süreli sözleşmelerde var olmadığı gibi bir sonuca ulaşmamızı gerektirmez. Aksine belirsiz süreli acentalık sözleşmeleri de koşulları varsa, üç aylık feshi ihbar öneline uymaya gerek olmaksızın, derhal fesholunabilir.

Haklı neden gerekçesi ile sözleşmenin feshi durumunda, hiç kuşkusuz karşı tarafça buna itiraz edilmek koşulu ile, feshin haklı olup olmadığını yargıç belirleyecektir.

8.7.3. Sözleşmedeki Edimlerden Birinin İhlâli Nedeni ile

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, acentalık sözleşmesi yukarıda saydıklarımızın dışında taraflardan her hangi birinin edimlerini yerine getirmemesi, başka bir anlatımla, borca aykırılık gerekçesi ile de fesholunabilir. Kanımızca bir az önce değindiğimiz haklı sebeple fesihten farklı olarak, burada sözleşmeyi fesheden tarafın bundan böyle ilişkinin kendisi açısından çekilmez hale geldiğini kanıtlaması ve yargıcın da sebebin haklı olup olmadığını araştırması gerekli olmayıp, taraflardan her hangi birinin sözleşmedeki edimlerinden biri ve/ya bir kaçını yerine getirmemekte direnmesi yeterlidir.

Sözleşmedeki edimlerden birine aykırılığın da, tıpkı haklı sebeple fesih olanağında olduğu gibi, bir erken fesih yetkisi verdiği muhakkaktır.

8.7.4. Müvekkil ve/ya Acentanın Kişisel Durumlarında Ortaya Çıkan Değişiklikler

TK 133/II müvekkilin ya da acentanın iflâs veya ölümü ya da hacir altına alınması durumunda BK 397'nin uygulanacağını öngörmüştür.

BK 397/I aksi sözleşmeden ya da işin niteliğinden anlaşılmadıkça, vekâletin, gerek vekilin gerek müvekkilin ölümü, ehliyetini yitirmesi ya da iflâsı ile sona ereceğini kabul etmiştir.

Bununla beraber yasa, vekâletin son bulmasının müvekkilin menfaatlerini tehlikeye sokması durumunda, müvekkil ya da mirasçının işleri bizzat görebilecek duruma gelinceye kadar, vekilin ya da mirasçısının veya mümessilin vekâleti ifaya devam ile yükümlü olduklarını da hükme bağlamıştır (BK 397/II).

Yukarıda andığımız BK 397 hükmünden ortaya çıkan sonuç, taraflardan herhangi birinin ölümünün, iflâs etmesinin ya da kısıtlanmasının kural olarak acentalık sözleşmesini sona erdireceğidir. Ne var ki, örneğin müvekkilin ölümünün kesin bir sona erme nedeni olarak kabul edilmesi, özellikle

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

faaliyeti sürdürmek isteyen mirasçıların çıkarlarını zedeleyebileceğinden, yasa koyucu bu gibi istisnaî durumlarda acentanın işlere devam etmesini zorunlu kılmıştır.

8.7.5. Sona Ermeye Bağlı Mâli Sonuçlar

8.7.5.1. Ayrılma Tazminatı

8.7.5.1.1. Yasanın Benimsediği Sistem

TK, kenar başlığı "Tazminat borcu" olan 134. maddesinde birbirinden farklı iki hususu düzenlemiştir. Aşağıda ayrıntıları ile belirteceğimiz üzere, aslında son derecede yetersiz olan bu düzenlemelerden birincisi haklı bir nedene dayanmaksızın ve üç aylık feshi ihbar öneline uymaksızın sözleşmeyi fesheden tarafın diğer tarafın uğradığı zararı giderme yükümlülüğüdür ki (TK 134/I), bunun teknik anlamdaki ayrılma tazminatı ile hiçbir ilgisi yoktur.

TK 134/II'de ise sadece taraflardan birinin iflâsı, ölümü ya da hacir altına alınması gibi bir nedenle acentalık sözleşmesinin sona ermesi durumunda "işlerin tamamen görülmesi halinde acenteye verilmesi gereken ücret miktarına nisbetle tâyin olunacak münasip bir tazminat"ın "acenteye yahut yukarıdaki hallere göre onun yerine geçenlere veri"leceğinden söz edilmiştir.

Görüldüğü gibi, yasa koyucu yürürlükteki hukukumuzda ayrılma tazminatı olarak sadece sınırlı (= tahdidî) olarak sayılan üç durumda acentaya başlanmış olup da henüz bitirilememiş işlerle ilgili olarak bir tazminat ödenmesini kabul etmiş, bunun da işin tamamen bitirilmiş olması varsayımında ödenmesi gereken ücret ile orantılı olarak hesaplanacağını açıklamıştır.

Bu söylediğimizin dışında yürürlükteki hukukumuzda acentaya başkaca bir ayrılma tazminatı, daha açık bir söyleyiş ile, uzun bir dönem belirli bir bölgede tekel kuralına uygun bir biçimde somut bir ticarî işletmenin işlemlerine aracılık etmek ve/ya sözleşmeleri o işletmenin adına ve hesabına yapmak nedeni ile göstermiş bulunduğu faaliyet sonucunda karşı taraftaki tacire ve onun ticarî işletmesine bağlamış bulunduğu müşteriler nedeni ile her hangi bir tazminat ödenmesi hususu hiç ele alınmamıştır.

8.7.5.1.2. Olması Gereken Hukuk Bakımından "Portföy Tazminatı"

Oysa tıpkı yıllarca Devlet hizmetinde çalışan bir memurun emeklilik nedeni ile görevinden ayrılması durumunda kendisine "emekli ikramiyesi" ya da yine belirli bir iş yerinden işverenince çıkarılan kişiye "kıdem tazminatı" ödenmesi örneklerinde olduğu gibi, acentaya da "müşteri tazminatı" ya da "portföy tazminatı" denen bir ayrılma tazminatının ayrıca ödenmesi hakkaniyet gereği olup, bu husus esasen bir çok yabancı yasada açıkça düzenlenmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Gerçekten, yıllarca belirli bir bölgede ve/veya ticaret dalı kapsamı içinde somut bir ticarî işletmenin âdeta fiilî bir şubesi gibi faaliyet gösterip, o işletmeye çok sayıda müşteri bağlayan acentaya, müşterilerin kendisi ile müvekkili arasındaki sözleşmenin ortadan kalkmasından sonra dahi, işletmeden mal ya da hizmet almayı sürdürecekleri, başka ve daha açık bir söyleyiş ile, acentanın sözü edilen müşterileri bundan böyle müvekkilinin "portföyüne" (= cüzdanına) dahil ettiği göz önüne alınarak, acentaya bir "portföy tazminatı" verilmesi kabul edilmelidir. Açıktır ki, hukukumuzda da TK'nun konuyu düzenlememiş bulunmasına karşın, taraflar sözleşmede acentaya bir portföy tazminatı ödenmesini kararlaştırabilir, giderek bunun tutarının nasıl hesaplanacağını da belirleyebilirler.

Kanımızca sorun sözleşmede bu tür açık bir düzenleme bulunmaması ve özellikle acentalık ilişkisine müvekkil tarafından her hangi bir haklı sebep var olmamasına karşın, son verilmesi durumunda daha da önem kazanmaktadır.

Önemle ekleyelim, Yargıtay'ımız, bilimsel öğretide ileri sürülen görüşlere de uygun olarak, son zamanlarda acentalık ilişkisine müvekkil tarafından haksız bir biçimde son verilmesi durumunda, uygun bir denkleştirme tazminatının verilmesinin hakkaniyet gereği olduğuna hükmetmiştir.

Kuşkusuz, bu sorunun kesin bir çözüme kavuşturulabilmesi yasaya "portföy tazminatı" konusunda açık bir hüküm konulması ve örneğin acentaya diyelim son üç ya da beş yıl gibi belirli bir süre içinde ödenen komisyonların (ya da ücretlerin) ortalamasına göre, belirli bir tazminat verilmesinin kabul edilmesidir.

8.7.5.2. Acentanın Diğer Zararlarının Giderilmesi

Sözleşmenin sona ermesi durumunda acenta bakımından gündeme gelen malî nitelikteki haklar TK 134/I'de anılan başlanıp da henüz tamamlanmamış işler nedeni ile uğranılan zarar, TK 134/II'de düzenlenen ayrılma ve yasada açık bir hükme bağlanmasını önerdiğimiz portföy tazminatı ile sınırlı değildir.

Kanımızca acenta, müvekkil tarafından sözleşmenin haksız bir biçimde sona erdirilmesi durumunda, uğradığı diğer tüm zararlarının ve özellikle o somut ticarî işletme ile ilişkisinin devam edeceğini düşünerek, salt onun için yaptığı masraflarının giderilmesini isteyebilir.

8.8. Acentalık Kurallarının Uygulanacağı Benzer İlişkiler

TK 117, aslında hukuken bir acenta olarak nitelendirme olanağının bulunmamasına karşın, tacire yardım eden bazı kişilere, özel yasal düzenlemelerin hükümleri saklı kalmak koşulu ile, TK 116-134'ün uygulanmasını kabul etmiştir. Bu tacir yardımcıları şunlardır:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

8.8.1. Sözleşmeleri Yerli ya da Yabancı Bir İşletme Hesabına ve Kendi Adlarına Yapmaya Sürekli Olarak Yetkili Kılınanlar

Burada komisyonculuk benzeri bir durum vardır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, komisyoncu bir taşınırı kendi adına ve fakat müvekkili hesabına alıp satmayı üstlenen bir tacir yardımcısıdır. Taşıma işleri komisyoncusu ve gümrük komisyoncusu gibi özel düzenlemeler bir yana bırakılacak olursa, komisyoncunun görevinin "taşınır" alım-satımı ile sınırlı olmasına karşılık, yasa koyucu burada genel olarak tüm sözleşmelerin ilgili kişi tarafından "kendi adına-müvekkili hesabına" yapılması durumunda acentalık hükümlerinin uygulanmasını kabul etmiştir.

Açıklanan gerekçe ile örneğin bir yabancı ticarî işletmenin hesabına, fakat onun unvanını açıkça belirtmeksizin sözleşmeleri Türkiye'de kendi adına sürekli olarak yapmak konusunda görevlendirilen kişiye TK 117'nin getirdiği düzenleme uyarınca TK 119/I ve II hükümleri de uygulanacak, yani bu tür sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar nedeni ile pekâla yardımcıya da dava açılabilecektir.

8.8.2. Sigorta Sözleşmelerinin Yapılmasına Aracılık Edenler

Sözleşmelerin yapılmasına aracılık etmek tellâllık ya da ticaret işleri tellâllığının kapsamına girdiği halde yasa koyucu TK 117, bent 2'de sigorta sözleşmelerinin yapılmasına aracılık edenler hakkında acentelik hükümlerinin uygulanmasını kabul etmiştir.

8.8.3. Türkiye'de Merkez ya da Şubesi Bulunmayan Yabancı Ticarî İşletmeler Adına ve Hesabına Ülkemizde İşlem Yapanlar

TK 117, bent 3'de sözü edilen bu son durumda ise, açık bir temsil ilişkisi vardır, çünkü burada ilgili kişi Türkiye içinde merkezi ya da her hangi bir şubesi bulunmayan bir yabancı işletmeyi, açıkça onun adına ve hesabına davrandığını bildirmek sureti ile Türkiye içinde temsil etmektedir.

Açıktır ki, yasanın acentelik hükümlerine yapmış olduğu yollama nedeni ile, burada da TK 119/I ve II uygulama alanı bulacak ve böylece anılan kişi ile işlemler yapan bir Türk vatandaşı, Türkiye'deki temsilciye müvekkiline izafeten dava açmak sureti ile hakkını ülkemizde de koruyabilecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

PATENT HAKLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMENİN 6. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE PATENT VERİLEMEYECEK KONU VE BULUŞLAR

*Ar. Gör. Müjgan Tunç YÜCEL** -
*Ar. Gör. Serdar KALE***

GİRİŞ

Patentin konusu buluştur. Buluş teknik alanda bir sorunu çözen kural, formül, teori ya da genel anlamda öğretidir[1]. Buluş kavramı teknik yoluyla doğaya egemen olmaya hizmet eder. Buluş, "bir beşeri gereksinim olarak ortaya çıkan soruna teknik alana giren, uygulanabilir bir öğreti ile çözüm getiren fikri bir ürün"[2] olarak tanımlanabilir.

Pat. KHK m.1'e göre; "Bu kanun hükmünde kararnamenin amacı buluş yapma faliyetini özendirmek, buluşların sanayiye uygulanması ile teknik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini sağlamak için buluşlara patent veya faydalı model belgesi vererek korumaktır".

Pat. KHK m.5'e göre; yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olan buluşlar patent verilerek korunurlar.

Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. maddesinde patent verilemeyecek konu ve buluşlar düzenlenmiştir. Bunların bazıları "buluş" vasfını taşımadığı için koruma altına alınamayan hususlar, bazıları da buluş niteliğine sahip olup da, kamu düzenine veya ahlaka aykırı olduğu ya da münhasır bir koruma altında olan bitki ve hayvan türleri ile ilgili olduğu için korunamayan buluşlardır.

İnceleme konumuz, sözkonusu 6. madde çerçevesinde patent verilemeyecek konu ve buluşlardır. Bu bağlamda KHK m.6'daki hükümler ele alına-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi
** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi

1 Tekinalp, s.490

2 Tekinalp, s.490

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

cak, bazı Avrupa Ülkeleri ve Avrupa Patent Sistemindeki hükümlere değinilecek, kanun değişiklikleri ile ilga edilen hükümler ve özellikle tartışmalara yol açmış bir mülga hüküm olan "ilaç patenti yasağı" incelenecektir.

A- İhtira Beratı Kanunu'na Göre Patent Verilemeyecek Buluşlar:

1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu'nda bazı konular buluş niteliği taşımadığı için, bazı buluşlarsa kamu menfaati ve hukukun genel esaslarına aykırı olduğu için ihtira beratı ile korunmamışlardır.

"Amme menfaati" gerekçesi ile getirilmiş olan sınırlama, Kanunun 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "eczacılığa ait bileşimler, deva ve ilaçlar berat himayesinden istifade edemeyeceklerdir"[3]. Ayrıca bu hüküm ilaç üretim usullerini de kapsamaktadır.

Hukukun umumi esaslarına aykırılıktan kaynaklanan sınırlamalar Kanun'un 36. maddesi ile ortaya konulmuştur. Bu maddeye göre kamu emniyetini, ülke düzenini ihlal eden ve ahlaka, kanuna ve kamu düzenine aykırı olan buluşlara ihtira beratı verilmesi geçersizdir.

Bu hükümdeki nitelikleri taşıyan buluşlar yeni, sanayiye uygulanabilir olsalar dahi ihtira beratı ile korunamazlar[4].

Bu maddede zikredilen kanunlar; ihtira beratı verildiği andaki Türkiye Cumhuriyeti Kanunları ve kanun kuvvetini haiz düzenlemeler, ahlak ve adaba aykırılık; adil ve insaflı düşünen kimselerin dürüstlük hislerine aykırılık, kamu düzeni; toplumsal yaşamda geçerli olan sükun ve düzen ve kamunun bu sükun ve düzenin devamındaki menfaatini sağlamak için konmuş hukuk kuralları, kamu emniyeti; kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ve müşterek hayatın huzur içinde cereyanının devletin garantisi altında olduğu hususunda toplumda cari olan kanaatin verdiği kollektif huzurdur[5].

1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu ilga edilmiş ve yerini 24.06.1995 tarih ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye bırakmıştır. Pat. KHK bu konuda 6. maddesi ile yeni bir düzenleme getirmiştir.

B- 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye Göre Patent Verilemeyecek Konular ve Buluşlar:

Pat. KHK m.6 uyarınca aşağıda sayılanlar buluş niteliğinde olmadığı için bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamı dışında kalır:

---

3 Ayiter, s.56

4 Ayiter, s.59

5 Ayiter, s.59, 60

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a- Keşifler, bilimsel teoriler, matematik metodları;

b- Zihni, ticari ve oyun faliyetlerine ilişkin plan, usul ve kurallar;

c- Edebiyat ve sanat eserleri, bilim eserleri, estetik niteliği olan yaratmalar, bilgisayar yazılımları;

d- Bilginin derlenmesi, düzenlenmesi, sunulması ve iletilmesi ile ilgili teknik yönü bulunmayan usuller;

e- İnsan ve hayvan vücuduna uygulanacak cerrahi ve tedavi usulleri ile insan, hayvan vücudu ile ilgili teşhis usulleri.

Bu maddenin birinci fıkrasının (e) bendindeki hüküm bu usullerin herhangi birinde kullanılan terkip ve maddeler ile bunların üretim usullerine uygulanmaz.

Bu maddenin birinci fıkrasında sayılanlar için münhasıran koruma talep edilmesi halinde patent verilemez.

Aşağıda belirtilen buluşlar patent verilerek korunamaz;

a- Konusu kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olan buluşlar,

b- Bitki veya hayvan türleri veya önemli ölçüde biyolojik esaslara dayanan bitki ve hayvan yetiştirilmesi usulleri.

Madde, buluş kavramı dışında kalan, teknik yönü bulunmayan, ödüllendirilmemesi gereken, sanayiye uygulanabilir olmayan, inhisar sağlanmaması gereken konuları, kamu düzenine ve ahlaka aykırı buluşları patent verilebilirlik kavramı dışında tutmuştur.

I- Buluş Niteliğinde Olmadığı İçin Patent Verilmeyecek Konular:

Pat. KHK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasında sayılan konular genel olarak "buluş" niteliği taşımayan hususlardır. Buluş, patentin konusunu oluşturan, soruna çözüm getiren bir kural, formül, teori yani öğretidir. "Teknik aracılığı ile doğadaki güçlerden faydalanma" unsuru buluşun tanımlanmasında yer alır. Yani buluş, "bir beşeri gereksinim olarak ortaya çıkan soruna teknik alana giren, uygulanabilir bir öğreti ile çözüm getiren, fikri bir üründür"[6].

Teknik, doğayı egemenlik altına almak yani insanlık menfaatine doğa kanunlarını kullanarak bir sonuç elde etmektir[7]. Doğa cansız doğa ve canlı doğa olarak ikiye ayrılmaktadır ve toprak, su, madenler, enerji kaynakları vs. cansız doğa; insanlar, hayvanlar, bitkiler ve diğer yaşayan canlı organiz-

6 Tekinalp, s.490

7 Tekinalp, s.490

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

malar da canlı doğayı oluşturur[8]. Hayvan organizması mikroorganizmalar ve bitkilerin sahip olduğu biyolojik güçlerin kullanılması tekniğin konusu içindedir[9]. Ahlaki yaklaşımlarla insan vücudu tekniğin kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak gen bilimindeki gelişmeler, bu anlayışı değiştirecek yöndedir. Gen bilimi henüz patent konusu olmamakla birlikte, genler üzerinde yapılan araştırmalar ve bunların hastalıklarla olan bağlantısı, insan vücudunun patent dışı tutulması prensibini yumuşatmaktadır[10]. Hayvan organizması tekniğin konusuna dahil olmakla birlikte, hayvan vücuduna uygulanacak cerrahi ve tedavi yöntemleri, teşhis usulleri; hayvan tür ve önemli ölçüde biyolojik usullerle yetiştirilmesi yöntemleri de tekniğin kapsamı dışındadır[11]. Bitki türleri ile bitki yetiştirilmesi yöntemleri de tekniğin dışında kabul edilmiştir.

Keşifler, edebiyat ve sanat eserleri, sosyal bilimler alanındaki eser ve buluşlar, teoriler ve matematik metotları, estetik niteliği olan yaratmalar, bilginin derlenmesi, iletilmesi ve sunulması usulleri, zihni oyun ve faliyetler vs. de teknik alanının dışında kalan hususlardır.

Uygulanabilirlilik ise tekrar edilebilirlik anlamındadır. Yani buluş tesadüfen ortaya çıkmış olmayan, tekrarı kabil ve bilinen bir mahiyette olmalıdır. Pat. KHK'da bu husus "sanayiye uygulanabilir olma" ibaresi çerçevesinde değerlendirilmiştir. Ancak buradaki sanayi terimi üretim, ticaret ve elsanatları, madencilik, balıkçılık, avcılık, turizm, finans ve bazı istisnalar hariç hizmet sektörünü de kapsar. Serbest meslek alanlarıysa (avukatlık, muhasebecilik, hekimlik ve müşavirlik) sanayiye dahil değildir[12].

Beşeri bir gereksinim olarak ortaya çıkan soruna çözüm getirmesi de buluşun kıstaslarından biridir. Sorunu ortaya koyan fakat çözüm getirmeyen analiz ve incelemeler buluş sayılmaz.

Bir önyargının çürütülmesi, bir kimyasal reaksiyonun başka bir maddeye uygulanarak madde elde edilmesi, bilinen bir çözümün başka bir teknik alanda kullanılması, bilinen iki maddeden bilinmeyen farklı bir madde ortaya çıkaran bileşimler, bilinen bir maddenin yeni bir işlevinin bulunması çözümleri ise buluş niteliği tüm dünyada tartışmalı olan hususlardır[13]. Sonuç olarak tekniğe dahil olma, uygulanabilir öğreti ve çözüm unsurlarını taşımayan konular buluş niteliğinde değildir ve buluş niteliği taşımayan bu konulara patent verilmez.

---

8 Tekinalp, s.490

9 Tekinalp, s.490

10 Tekinalp, s.490.

11 Tekinalp, s.491; Karş. Ortan C.I,s.71, dn. 12'de anılan BGH GRUR 1969, s.672'deki "Rote Taube" kararı.

12 Tekinalp, s.500

13 Tekinalp, s.493-494

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1- Keşifler, Bilimsel Teoriler ve Matematik Metotları: (Entdeckungen, wissenschafliche Erkenntnisse)

Keşif, dünyada mevcut olan fakat o güne kadar bilinmeyenin ortaya çıkarılmasıdır, ancak teknik alanda uygulanamaz[14]. Keşfin konusu bir madde olabileceği gibi bir doğa kanunu ya da bilinen bir maddenin bilinmeyen bir özelliği olabilir[15]. Bilinmeyen coğrafi bir bölgenin ortaya çıkarılması da coğrafi bir keşiftir. Buluş kendiliğinden düşünülmüş, daha önceden var olmayan bir çözümdür[16]. Keşif de var olan fakat bilinmeyeni büyük zihni bir ilgi ile ortaya çıkaran bir tespittir. Bu, keşif ve buluş arasındaki önemli bir farktır. Keşfin bir diğer farkı da "uygulanabilir" olmayışıdır[17]. Pat. KHK anlamında "sanayiye uygulanabilirlik" özelliği olmayan keşif bu noktada da buluştan ayrılır. Patent korumasının unsurlarından olan sanayiye uygulanabilirlik, buluş ve keşif ayırımındaki uç noktalarda farkın ortaya konmasına hizmet eder[18].

Bir keşif teknik bir sonucun gerçekleştirilmesinde uygulanabilir, ancak keşif için bu, öne çıkan bir unsur degildir. Patent Kanunu'nun amacı, bilimsel alandaki ilerlemelerden ziyade, teknik alandaki ilerlemeleri teşvik etmektir. Bu noktada saf bir bilgiyi ortaya koyan keşiflerin bir önemi yoktur[19]. Böyle bir bilgi "teknik alanda bir öğreti "olmadığından patent verilebilir bir çözüm değildir. Ancak mesela yeni bir maddenin nasıl ve nerede tatbik edilebileceğini gösteren keşif niteliğindeki bir bilgi, buluş niteliklerine sahipse keşif buluşa dönüşebilir yani uygulama usulü buluş niteliğinde olabilir[20]. Dolayısıyla bu tip keşifler göreceli olarak patent verilemeyen konulardandır.

Esas itibariyle keşfin uygulanabilirliği yoktur. Bunlar ancak vasıtalı olarak, yani başka bir öğretinin araya girmesi ile sanayiye uygulanabilirler. Dolayısıyla bu tür keşifler mutlak olarak patent verilemeyecek konulardır (absolut patentunfähig)[21].

Göreceli olarak patent verilemeyecek olan keşiflere örnek olarak, bir maddenin özel bir mahiyette ve kalitede olanının bulunması gösterilebilir. Öyle ki, bu keşif maddenin doğrudan uygulama alanı bulmasını temin eder (alüminyumun hafifliği gibi)[22], ancak bu gibi keşiflerin patent alabilmesi

14 Blum / Pedrazzini,s.80
15 Blum / Pedrazzini,s.80
16 Blum / Pedrazzini,s.80
17 Blum / Pedrazzini,s.80
18 Blum / Pedrazzini,s.80
19 Blum / Pedrazzini,s.80
20 Blum / Pedrazzini,s.81
21 Blum / Pedrazzini,s.81
22 Blum / Pedrazzini,s.81

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

için diğer patent verilebilirlik şartlarını da taşıması gerekir. Mesela röntgen ışınları, keşfin doğrudan doğruya tıbbi alana yönlendirilmesine müsait olmamasından dolayı tek başına patente konu olamaz[23]. Bu ışınların üretilmesi ve uygulanması, diğer şartlar da varsa patente konu olur.

Bilimsel teorilerse teknik alana girmeyen, saf bilimsel yaklaşımlardır. Teoriler, fizik kuramları, kimya formülleri vs. saf olarak bilgi içeren, esas itibariyle pratik bir sonuç ve çözüm ortaya koymayan, doğrudan sanayiye uygulanabilirliği olmayan, teknik alana dair bir öğreti sunmayan, soyut plandaki öğretilerdir[24]. Teknik bir soruna çözüm getiren teoriler patente konu olabilirler.

Patent korumasının amacı buluşların özendirilmesi ve teknik alanda ilerlemenin sağlanmasıdır. Saf teoriler ve yeni bilimsel yaklaşımlar tek başlarına bu amaca hizmet etmezler. Ancak bilimsel teoriler patent verilebilir bir buluşun temelini oluşturabilirler[25]. Mesela hidrokarbür kristallerinin bileşiminin özel bir oryantasyonunu elde etmek durumunda, bu tespitin tek başına teknik alanda uygulanabilirliği yoktur. Teknik alanda uygulanabilirlik günümüzde sınırları kolay belirlenemeyen bir konu haline gelmiştir ve bazen uygulanabilirlik münhasıran teorik bilgiye ve formüle bağlıdır, fakat bu durumlarda dahi patent teorik bilgi ya da formüle değil, onun teknik alanda uygulanmasının sonucu olan çözüme verilir.

Matematik metotları da bilimsel teoriler gibi saf bilimsel oldukları ve teknik alanda bir öğretiyi içermedikleri için, sanayiye uygulanabilir çözümler değildir, burada da elde edilen bir buluştan söz edilemez (matematiksel formüller, çözüm yolları ve sayı sistemleri gibi). Bu nedenle patent koruması kapsamı dışındadır.

Bilimsel teoriler ve matematik metotları, hatta keşifler patent koruması dışında kalırlar ve fikri hukuk çerçevesinde başka şekillerde korunurlar[26].

2- Zihni, Ticari ve Oyun Faaliyetlerine İlişkin Plan, Usul ve Kurallar: (Anweisungen an der menschlichen Geist-İnsan Zihnine Yönelik Direktifler)

Bu usul ve kurallardan anlaşılması gereken; teknik olmayan, insan zihnine yönelik, belli bir düşünce sistemi çerçevesinde gayrı maddi bir amacı takip eden direktiflerdir. Bu direktifler, doğrudan zihin faliyetlerinin ortaya çıkarılması ve bir takım faliyetlerin zihni kuramlarının ortaya konulmasına hizmet eder.

---

23 Blum / Pedrazzini,s.81

24 Blum / Pedrazzini,s.79; Schulte, s.6.

25 Schulte, s.6

26 Blum / Pedrazzini,s.179

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Teknik anlamdaki plan, usul ve kurallar da doğadaki güçlere hükmetmek amacına hizmet eden, insan zihnine yönelik direktiflerdir. Yani teknik, bu anlamdaki bir takım usul ve kuralların, insan tarafından doğal güçlere ve doğadaki maddelere uygulanmasıdır ve teknik alanda uygulanabilecek öğretiler meydana getirir. Burada anılan plan, usul ve kurallar da insan zihnine yönelik direktiflerdir, ancak amaç doğanın hakimiyet altına alınması değil, düşünce formları ve konumlarını hakimiyet altına almaktır[27]. Yani burada gayri maddi, tekniğe yönelmeyen bir amaç vardır.

İnsan zihnine yönelen direktifler teknik bir kuralın ön basamağını oluşturabilirler ama bu durum onların teknik olmayan yapısını değiştirmez. Eski Alman Patent Kanunu'nda mekanik-zihni direktifler ve saf zihni direktifler ayrımı yapılmış ve ilk durum patent korumasının konusunu oluştururken, ikincisi patent verilemez bir konu sayılmıştır[28]. Burada sözkonusu olan birinci durum, tekniğe hizmet eden bir usul ya da kural, ikinci durum ise saf insan zihnine yönelik direktiftir. Yani, ancak teknik direktif patente konu olabilir, fakat zihne yönelik direktif teknik bir kuralın ya da bir buluşun ön basamağını oluştursa da patentle korunamaz.

Teknik olmayan zihni, ticari oyun faaliyetlerine ilişkin usul, plan ve kurallardan bazıları şunlardır: Bazı özellikli yazı yöntemleri, öğrenme yöntemleri; çarpım tablosu ve hızlı okuma teknikleri gibi, reklam yöntemleri; futbol formalarına reklam vermek gibi, bazı şans oyunlarında şansı arttırmak için uygulanan özel yöntemler; bir takım kombinasyon yöntemleri geliştirerek kazanma şansını arttırmak gibi, imar planları, şimendifer geçidi kontrol sistemleri, tarifname ve talimatnameler[29]. Oyun araçları ise (satranç, dama, domino gibi oyunlar) teknik ürünlerdir.

3- Edebiyat ve Sanat Eserleri, Bilim Eserleri, Estetik Niteliği Olan Yaratmalar, Bilgisayar Yazılımları:

Bu ürünler, tekniğin alanı dışında, sanayiye uygulanabilir bir çözüm getirmeyen yani buluş niteliği taşımayan fikri bir çabanın sonuçlarıdır. Hepsi bir yenilik meydana getirir ancak teknik alana dahil olmayan yaratmalardır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu çerçevesinde fikir ya da sanat eseri olarak koruma kapsamındadırlar. Kitaplar, müzik eserleri, sinema eserleri, bilimsel eserler, heykeller, resimler vs. gibi ürünler ve bilgisayar yazılımları (örneğin: Microsoft Word) bu bağlamda değerlendirilen ürünlerdir. Bunlara bağımsız olarak patent koruması sağlanamaz ama bir bilgisayar patent ile koruma altına alınmışsa onun parçası olan bir program da bu korumaya dahil olur[30].

---

27 Blum / Pedrazzini,s.78

28 Blum / Pedrazzini,s.78

29 Blum / Pedrazzini,s.78, 79

30 Tekinalp, s. 501

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

4- Bilginin Derlenmesi Düzenlenmesi, Sunulması ve İletilmesi İle İlgili Teknik Yönü Bulunmayan Usuller:

Kanun tekniği açısından bu bendin maddede yer alması kanaatimizce yanlıştır. Zira bu usuller 2. bendde sayılan zihni, ticari ve oyun faaliyetlerine ilişkin plan, usul ve kurallar çerçevesine giren bir hususdur. Zira İsviçre Patent Kanunu'nda da bu çerçevede zikredilmiştir[31].

Burada da insan zihni faliyetleri sonucu ortaya çıkan bilgilerin yine zihni bir faaliyetle sistematik olarak düzenlenmesi söz konusudur. Saf olarak bilginin sistematize edilmesi ve aktarılmasını amaçlayan bu usuller tekniğin alanı dışındadır. Bilginin bir forma sokulmasını amaçlayan bu faaliyetler teknik bir sonuca hizmet etmediğinden dolayı buluş kavramı dışındadır. Defter tutma yöntemleri, (muhasebe defterleri vs.) dosyalama yöntemleri, kataloglar, indeksler bu bağlamda değerlendirilebilecek usullerdir. Ticari defterlerin kayıtları ise teçhizatlarının özelliği, hususi bir kombinasyon çerçevesinde teknik elemanları da kapsıyorsa teknik addedilebilir ancak buluş niteliği başka nedenlerle kabul edilmez[32].

Buluş kavramı dışında olan bu usullere de patent verilemez.

5- İnsan ve Hayvan Vücuduna Uygulanacak Cerrahi ve Tedavi Usulleri İle İnsan ve Hayvan Vücudu İle İlgili Teşhis Usulleri:

Doğa; canlı ve cansız doğa olarak ikiye ayrılır. Enerji, su, toprak, madenler, vs. cansız doğayı; insanlar, hayvanlar, bitkiler ve mikroorganizmalar da canlı doğayı oluşturur. Cansız doğa tekniğin kapsamı alanındadır yani cansız doğa elemanları hakimiyet altına alınabilirler.

Tartışmalı olan husus, canlı doğanın tekniğin kapsamına dahil olup olmadığıdır.

Bir görüşe göre, kural olarak canlı doğanın tekniğin alanına girebileceği yadsınamaz bir durumdur[33]. Ancak bu hususta çözülmemiş bazı önemli problemler vardır. Mesela "tekrar edilebilirlik" özelliği patent verilebilir bir buluş için gereklidir. Yani buluş sanayiye uygulandığında güvenli bir şekilde istenilen sonucu verebilmelidir. Cansız doğa bakımından bu noktada bir sorun yoktur. Ancak canlı doğa bakımından bu husus değişkendir. Zira canlıların bazı durumlara vereceği tepkiler, fizyolojik ya da patolojik durumlarına göre ya da diğer doğal dış etkenlere bağlı olarak değişebilir. Bu nedenle canlılara tekniğin uygulanması (mesela fare vücuduna enjekte edilen kıkırdak dokusundan kulak kıkırdağı elde etme) her zaman aynı sonucu vermeyebilir. Ancak belli bir sonuca ulaşmak için, gerekli fiziksel faktörlerin yeterli derecede belirlenmesiyle tekniğin uygulanması, belli şartlar altında,

---

31 İsviçre Patent Kanunu, Art I, Anm 8.

32 Blum / Pedrazzini,s.79

33 Blum / Pedrazzini,s.82

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kural olarak mümkün olabilir. Yani canlı doğaya tatbik edilen yöntemlerin buluş karekteri, "klasik anlamda" tekrar edilebilirliği zorunlu kılmaz.

Buluşun taşıması gerekli diğer özellikler olan "teknik aşama, uygulanabilirlik ve kullanılabilirlik", canlı doğa sahasındaki yöntemlerde doğrudan doğruya mevcut olabilir, yani canlı doğa da tekniğin konuları arasında görülebilir[34].

Bu noktada ortaya çıkan bir sorun da yaşayan doğadan elde edilen sonuçların teknik bir çözüm olup olmadığı, yani fizyolojik maddelere patent verilip verilemeyeceğidir. Bunun cevabı da fiziksel güçlerin katılımının, yöntemin tanınmasına engel olup olmamasına bağlıdır. Hakim olan fikre göre[35] ilgili yöntemler bakımından; fiziksel güç ve durumların katılımı, kural olarak tekrar edilebilirlik özelliğini ortadan kaldırmazlar.

Sonuç olarak; canlı doğaya tekniğin uygulanması, değişken faktörlerin etkisi ile tekrar edilebilme güvenliği olmadığından dolayı mümkün gözükmeyebilir. Ancak bu noktada, yaklaşık olarak belirlenecek bu değişkenlere göre müdahele gerçekleştirilebilir ve esnek manada bir tekrar edilebilirliği olan teknik sonuç elde edilebilir.

Canlı doğanın farklı unsurlarına göre tekniğin uygulanabilirliği ve patent konusu oluşturabilecek konu ve usuller incelenmelidir.

a- İnsan Vücuduna Uygulanacak Teşhis, Tedavi, Cerrahi Usulleri

İnsan kişiliğine ve vucut bütünlüğüne duyulan saygı ve bunun ahlak ve hukuk kuralları ile koruma altına alınmış olması nedeni ile insan, patent hukukunun konusunu oluşturan teknikten ayrı tutulmuş ve insana özel bir konum hasredilmiştir. Bazı durumlarda da insan vucudu ile ilgili bir takım müdahaleler buluş kategorisi dışında tutulmuştur.

İnsan vücuduna uygulanacak tedavi usulleri prensip olarak patentle korunamazlar. Tedavi usullerinden anlaşılması gereken de, insan vucudunun her türlü patolojik sorunlarını iyileştirmek amaçlı müdahalelerdir. Tedavi usulleri; iyileştirme, güçlendirme ve sağlık sorunları ile ilgilenme şeklindeki tibbi buluşlardır. Bu bağlamda koruyucu usuller de patent koruması kapsamı dışında kalır.

Bu kapsam dışında tutma sosyal-etik bir yaklaşıma dayanır: Sağlığın korunması. Hukuk, insan sağlığını yüksek bir değer olarak görmekte ve doktorların, tedavi usulü, cerrahi müdahale ve teşhis usulünde serbest olması gerektiğini kabul etmektedir (doktorların yanısıra, diş hekimleri, diş teknisyenleri, ortopedistler, masörler ve legal olarak tedavi, teşhis ve cerrahi müdahale yapmaya yetkili tüm tıp adamları sayılabilir)[36]. Söz konusu usullerin bir "tekel"e dahil olması istenmemiştir.

---

34 Blum / Pedrazzini,s.84

35 Blum / Pedrazzini,s.84

36 Schulte, s.8

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Tedavi teşhis ve cerrahi usullerin dışında kalan, patolojik bir iyileştirme ya da ortadan kaldırma amacına hizmet etmeyen, estetik bir sonuç elde edilmesi amacına yönelik usuller ise sağlığın korunması gerekçesinin ve dolayısıyla yüksek sosyal etik amacın kapsamına girmeyebileceği düşüncesiyle, bir görüşe göre, patent verilebilir olmalıdır[37]. Gerçekleştirilen bu müdahaleler lüks ihtiyaç kapsamında değerlendirildiğinden, bunlara patent verilmesi sosyal-etik anlamda "kabul edilmez" olarak değerlendirilmemiştir.

Diş sağlığı ile ilgili operasyonlar, medikal olarak saçsız deriye saç ekilmesi[38], güçsüz organların güçlendirilmesine yönelik usuller, anestezi yöntemleri de patent verilmeyecek buluşlardır.

Diagnostik (röntgen ışınlarının kullanılması) usullerinin de patent verilebilirlik dışında tutulması tartışmalıdır. Röntgen ışınlarının bulunması bir keşif olarak kabul edilmekte ancak teknikte kullanılması buluş olarak nitelendirilmektedir. Ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, burada patent verilebilir bir buluş olduğu yönündedir, zira bu usul insanlardan ayrı olarak vuku bulmaktadır[39].

Kozmetik usuller patent verilebilirlik kapsamındadır (saç boyanması, saç bakımı, manikür, vs.).

Dikiş alınması, magnetik yabancı maddelerin vucuttan çıkarılması yöntemleri de Busse tarafından patent verilebilir bulunmuştur[40].

Doğrudan ya da dolaylı olarak sağlığın düzeltilmesine hizmet eden bazı gereçler de patent koruması kapsamındadır. Zira burada öğreti doktor tarafından değil imalatçı tarafından ortaya konmaktadır.

Doğrudan sağlığın düzeltilmesinde kullanılan gereçlere örnek olarak; hijyenik korseler, ortopedik gereçler, protezler, işitme cihazları vb. gösterilebilir.

Dolaylı olarak sağlığın düzeltilmesinde kullanılan gereçlere örnek olarak; cerrahi aletler, larnoskopi, dişçilik cihazları, ışın aletleri, optik cihazlar vb. gösterilebilir. Hatta İngiliz Patent Kanunu m.41'e göre bu tür cihazlara zorunlu lisans verilir[41].

b- Hayvan Vücuduna Uygulanacak Teşhis, Tedevi ve Cerrahi Usulleri

İnsanın doğal bir güç olarak kullanılamaması ve tekniğin üzerinde uygulanabileceği bir işlem objesi olmaması karşısında, hayvan organizması

37 Blum / Pedrazzini,s.86

38 Blum / Pedrazzini,s.87'de bu usulle birlikte estetik gereklilik olan diş protezinin bu bağlamda degerlendirilmesinin tartışmalı olduğu söylenmektedir.

39 Blum / Pedrazzini,s.88

40 Busse, s.77

41 Blum / Pedrazzini,s.89

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tekniğin konusuna dahildir. Hayvan vücudu, kanı ve vücudundaki çeşitli maddeler ve bazı hayvanların vücudundaki reaksiyonlar, tekniğe konu olabilirler. Mesela çeşitli ilaçların yapımında hayvan vücudunda bulunan maddelerin kullanılması usulü patent verilebilir bir buluş olabilir[42].

Hayvanlara uygulanacak tedavi usullerine patent verilemez. Buradaki amaç, insanlara uygulanacak tedavi usullerinin patentlenebilirlik kapsamı dışında tutulmasındaki amaçla benzerlik göstermekle birlikte, kesin bir eşitlikten bahsedilemez. Hükümde genel sağlığın korunması amacı gözetilmiştir, yani sosyal-etik gerekçe burada pek geçerli değildir. Özellikle salgın hastalıklarla mücadelede kamu sağlığı ve kamusal iktisat ön plana çıkmakta, sözü geçen usullere patent verilmemesini gerekli kılmaktadır.[43]

Hayvanlara uygulanacak her türlü tedavi, teşhis ve cerrahi usuller ve koruyucu usuller patente konu olmazlar. TRIPS'in 27. maddesinin 3. fıkrasının a bendi uyarınca da insanların ve hayvanların tedavisinde kullanılan teşhis, tedavi ve cerrahi usuller üye ülkeler tarafından patent verilebilen buluşlar dışında bırakılabilir.

Pat. KHK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasına göre bu usullerin herhangi birinde kullanılan terkip ve maddeler ile bunların üretim usullerine patent verilebilir. Bu husus aşağıda tıbbi ve veteriner ilaç üretim usulleri ve ürünleri başlığı altında incelenecektir.

Buluş niteliğinde olmadığı için patent verilemeyecek konu ve çözümler için bağımsız bir patent koruması sağlanamaz ancak başka bir buluşun parçası olarak korunabilirler. Şartların gerçekleşmesi halinde haksız rekabet hükümleri FSEK ve End. Tas. KHK hükümleri ile korunabilirler[44].

II- Patent Verilmeyecek Buluşlar:

Yukarıda sayılan konular, buluş niteliğini şu ya da bu nedenle taşımadığı için patentle korunmamışlardır. Ancak buluş niteliği taşıdığı halde patentle korunamayan konu ve çözümler de vardır. Pat. KHK m.6'nın 4. fıkrasının a ve b bendlerinde sayılan konusu kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı buluşlar bitki veya hayvan türleri veya önemli ölçüde biyolojik esaslara dayanan bitki ve hayvan yetiştirilmesi usulleri patentle korunamaz.

Bu sınırlamalar TRIPS'in 27. maddesinin 2. fıkrasında da yer almaktadır: "Üye devletler kamu düzenini ve genel ahlakı korumak, insan, hayvan veya bitki yaşamı ve sağlığını korumak veya çevrenin ciddi biçimde zarar görmesini engellemek için gerekli olan durumlarda kendi ülkelerinde patentten ticari olarak yararlanmayı engelleyebilirler".

---

42 Tekinalp, s.491

43 Blum / Pedrazzini,s.89

44 Tekinalp, s.501

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ayrıca EPÜ'nün 53. maddesi de Avrupa Patenti açısından aynı sınırlamalara yer vermektedir[45].

1- Konusu Kamu Düzenine ve Genel Ahlaka Aykırı Olan Buluşlar:

a- Kamu Düzenine Aykırı Buluşlar:

Kamu düzeni, devlet tarafından korunması gereken bir olgudur. Bu nedenle konusu kamu düzenine aykırı bir buluşun patent korumasına konu olması düşünülemez. Kamu düzeni, hukuk düzeninin temel ilkeleri ile korunan örgütlü kamu yaşamıdır.

Bazı Avrupa Ülkelerinin Patent Kanularında[46] kamu düzenine aykırılık, kanuna aykırılık (Gesetzwidrigkeit) olarak ifade edilmiştir. Kanunun kapsamına da örf adet hukuku da olmak üzere bütün hukuk normları dahil edilmektedir[47]. TRIPS'in 27. maddesinin metninde ve EPÜ'nin 53. maddesinin metninde açıkca "kamu düzeni"ne aykırılıktan bahsedilmektedir. Kamuya aykırılığın kanuna aykırılıktan bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir[48]. Kamu düzenine aykırılık her zaman kanuna aykırılık teşkil eder fakat kanuna aykırılık her zaman kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyebilir. EPÜ m.53'ün gerekçesinde de önemli olanın normlara aykırılığın aynı zamanda örgütlü kamu yaşamına da aykırı olması gerektiği ifade edilmiştir[49]. Mesela kanunen kürtajın yasak olması, hamileliği önleyici hapları kamu düzenine aykırı kılmaz[50].

Buluşun patent korumasına kapalı olması için münhasıran kamu düzenine aykırı olması gerekir. Yani buluş münhasıran kamu düzenine aykırı olmamakla beraber, kamuya aykırı amaçlarla da kullanılabiliyorsa, peşinen patent koruması dışında tutulamaz[51]. Mesela bir hastalığın bulaşmasını kolaylaştıran bir madde, hırsızlığa karşı alarmı etkisiz kılan bir alet, bombalı bir mektup, kamu düzenine aykırı buluşlardır; fakat silahlar ve zehirler kamu düzenine aykırı olarak kullanılabileceği gibi savunmada ve hastalıkların tedavisinde de kullanılabilirler[52]. Aynı şekilde, para kasasını anahtarsız açma usulüne ilişkin bir buluş hırsız tarafından kullanıldığında suç teşkil eder ancak bir çilingirin zorunluluk halinde, mesleği icabı bunu kullanması kamu düzenine, dolayısıyla yasaya aykırı değildir[53].

---

45 Thomann, s.112

46 Avusturya Pat G, Art 2, Fribel / Pulitzer, s.61; İşviçre Pat G, Art 2, Blum / Pedrazzini, s.196

47 Bernhard, s.73

48 Tekinalp, s.501

49 Ortan, C.I, s.69

50 Bernhard, s.73

51 Hubman / Götting,s.132; Ortan, C.I, s.69

52 Bernhard, s.73; Tekinalp, s.501; Ortan, C.I, s.69

53 Ortan, C.I,s.69

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b- Genel Ahlaka Aykırı Buluşlar (sittenwidrige Erfindungen):

Genel ahlaka aykırılığın da bağımsız bir hukuk kuralı olarak değerlendirilmesi gerekir[54]. Bir buluşun açıklanması veya değerlendirilmesinin genel ahlaka aykırı olması durumunda o buluş patentle korunamaz[55]. Fakat kamu düzenine aykırılık gibi, ahlaka aykırılık kavramı da sınırları kolay belirlenebilen bir konu değildir, bu nedenle de dar yorumlanması gerekir. Denilebilir ki; ahlaka aykırılık adil ve hakkaniyetli şekilde düşünenlerin hislerine aykırılıktır.[56] Mesela bozuk bir ete taze et görüntüsü veren bir madde ahlaka aykırıdır[57]. Gebe kalmayı ya da cinsel yolla bulaşan hastalıkları önleyici kondomlara patent verilmesi eskiden "ahlaka aykırılık" gerekçesi ile yasaktı[58]. Fakat günümüzde bu yasak ortadan kalkmıştır.

Son zamanlarda genel ahlaka aykırılık nedeni ile tartışmalara yol açan bir sorun da gen teknolojisi ve genetik gelişmelerdir. Avrupa patent ofisi bir kararında kanser araştırmalarında kullanılan fareye kanser hücrelerinin verilmesini ahlaka aykırı bulmamıştır ve bu usule patent verilmiştir[59].

Örneklerde de görüldüğü gibi ahlaka aykırılık kavramı zamana ve şartlara bağlı olarak değişebilir. Bozuk ete taze görüntüsü vermek elbette her zaman ahlaka aykırı bir davranıştır, fakat gebe kalmanın önlenmesi önceden ahlaka aykırı kabul edilebilirken, bu gün durum değişmiştir. Eskiden evli bir kadının sadakatsizliğini önlemek için geliştirilmiş kilitli bir alete patent verilebilmiştir[60], oysa günümüzde bu durum ahlaka aykırılık nedeni ile patente konu olamaz.

Ahlaka aykırı olarak kullanılabilecek bir buluş, aynı zamanda faydalı bir amaç için de kullanılabilecekse ahlaka aykırılık nedeni ile, patent koruması dışında bırakılamaz. Mesela bayat ekmeği tazeleyen bir usul, dolandırıcılık yapılabileceği şüphesi ile patent koruması dışında bırakılamaz[61]. Çünkü bu usulün asıl fonksiyonu bayat ekmeklerin ziyan olmasını önlemektir.

Neticede ahlaka aykırılığı tespit etmede esas alınacak kıstas, adil ve hakkaniyetli düşünen kimselerin dürüstlük hislerine aykırılıktır, özellikle mutaasıp ya da serbest düşünceli insanların ahlak anlayışları esas alınmaz[62].

---

54 Tekinalp, s.501
55 Ortan, C.I,s.69
56 Bernhard, s.74
57 Bernhard, s.74
58 Bernhard, s.74
59 Bainbridge, s.290-291, Onco-Maus/Harward 1990
60 Friebel / Pulitzer, s.64
61 Blum / Pedrazzini,s.205
62 Ayiter, s.59

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ayrıca, konunun niteliği gereğince, genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı buluşlara patent verilemeyeceği gibi, bu buluşların kamuya açıklanmaması da gerekir[63].

2- Bitki ve Hayvan Türleri veya Önemli Ölçüde Biyololik Esaslara Dayanan Hayvan Yetiştirilmesi Usulleri

Bitki ve hayvan türleriyle, bitki ve hayvan yetiştirilmesine ilişkin önemli ölçüde biyolojik esaslara dayanan usullerin patentle korunamamasının çeşitli nedenleri vardır. Bu sebepler; bitki türlerinin tespiti ve yetiştirilmesinin sanayiye uygulanamaması, bitki ve hayvanların kendi fizyolojik özellikleri ya da dış etkenlerden dolayı müdahaleye her zaman aynı tepkiyi vermeyeceği düşüncesi yani tekrar edilebilirliğin şüpheli bulunması (örneğin aşılamanın güvenle sonuç vermesinin şüpheli olması) gibi patente bağlanabilirliği engelleyen nedenlerdir. Diğer bir nedense, özellikle bitki tür ve yetiştirme usulleri ile ilgili özel kanunların bulunmasıdır[64].

Bitki tür ve yetiştirme usullerinin patente konu olmamasının sebebi patent verilebilir buluş olmamasından ziyade bu alanda özel düzenlemelerin olmasıdır. Nitekim Danimarka, Almanya, Fransa, Büyük Britanya, Hollanda ve İsveç'in üye olduğu "Bitki Yetiştirilmesinin Korunmasına İlişkin Uluslararası Antlaşma"ya göre; bu üye devletler bitkilerin korunmasında özel bir usul benimseyebileceği gibi, patent korumasını da kabul edebilirler[65]. Yani bu hükümle bitki türleri ve yetiştirilmesi usullerinin patente konu olabileceği benimsenmiştir.

Almanya'da ise farklı bir çözüm benimsenmiştir. Bu hususta hem özel bir düzenleme getirilmiş, hem de bu düzenlemenin kapsamına girmeyen türlere patent koruması sağlanmıştır. Diğer bitki türlerinden ayrılabilir, homojen, sürekli ve yeni bir bitki türü, tescile olanak verecek biçimde tanıtılabilirse "Sortenschutzgesetz" kapsamında korunabilir[66]. Koruma patent benzeri bir korumadır ve sahibine 25 – 30 yıl arasında, bitki türüne göre değişen bir tekel hakkı verir. Bu sayılan özellikleri taşımayan türler ise patent kanununa göre korunur[67].

TRIPS m.27, f.3'ün b bendinde "mikro-organizmaların dışında bitki ve hayvanlar ile esas olarak, biyolojik olmayan ve mikrobiyolojik usuller dışında bitki veya hayvanların üretimi ile ilgili biyolojik usuller" üyelerin patent kapsamı dışında bırakabileceği hususlar olarak gösterilmiş ancak hemen ardından "ancak üyeler patentlerle veya kendilerine özgü etkin bir sistemle

---

63 Tekinalp, s.502

64 Örn: Sortenschutzgesetz (Almanya)

65 Ortan, C.I, s.70

66 Busse, s.130

67 Ortan, C.I, s.71, dn. 9:Sortenschutzgesetz için bkz. BGB/I, s.2170 (11.12.1985)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

veya bunları kombinasyonu ile bitki türlerinin korunmasını sağlayacaklardır" denmektedir.

Sözkonusu TRIPS hükmü doğrultusunda ülkemizde de, bitki çeşitlerinin geliştirilmesini özendirmek, yeni çeşitleri ve ıslahçı haklarını korumak amacıyla 08.01.2004 tarihinde "Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarına İlişkin Kanun"[68] kabul edilmiştir. Kanunun kabulünden önceki dönemde bitki türlerinin korunması sadece haksız rekabet hükümleri ile sağlanmaya çalışılıyordu.

Patent, önemli ölçüde biyolojik esaslara dayanan yetiştirme usullerine de verilmez. Mesela çaprazlama usulü ile aynı cinslerin çiftleştirilmesi (Kreuzung), karıştırılması (Rassenmischung) ve selektif usullerde (Selektifzuchtverfahren) biyolojik usullerin baskın olarak kullanılıyor olması patent korumasını engeller[69]. Engellemenin gerekçesi tekrar edilebilirliğin şüpheli olmasıdır. Zira bu usullerin uygulanması sonucunda, fizyolojik etkilerle, her zaman aynı sonuç alınamayabilir, bu da teknik uygulanabilirliğe engel teşkil etmektedir.

Ancak önemli ölçüde teknik ağırlıklı bir yetiştirme usulünün uygulanması durumunda buluşa patent verilebilir. Bu demektir ki, yetiştirme usulü önemli ölçüde teknik, yani fiziksel ve kimyasal elementlerin kullanılmasıyla gerçekleştirilirse, örneğin röntgen izotoplarından, bazı kimyasal maddelerden faydalanılırsa ya da bunların etkisi neticesinde türlerin karakterleri veya genleri değiştirilirse (gen teknolojisi usulleri) buluş patent alabilir[70].

Bitki ve hayvan yetiştirilmesinde önemli ölçüde biyolojik usullerin kullanılması halinde, mahsulün patent koruması dışında bırakılması tartışmalı bir konudur. Alman Federal Mahkemesi "Rote Taube (Kırmızı Güvercin)" olarak anılan bir kararında biyolojik kuvvetlerin planlı bir şekilde kullanılmasını patent verilebilir kabul etmiş, ancak kırmızı güvercin yetiştirme usulünün patente konu olamayacağını hükme bağlamıştır[71]. Çünkü bu konudaki kanun maddesi açıktır. Ancak bu durum bir çelişki yaratmıştır. Zira biyolojik kuvvetlerin planlı kullanımı patent verilebilir bulunmuş, yetiştirme usulleri reddedilmiştir. İmparatorluk Mahkemesi'nin bir kararında ise ancak fizik ve kimya alanlarına ilişkin olan doğa kuvvetlerinin kullanımı patent verilebilir bulunmuştur[72].

Çelişkinin nedeni bu noktada ortaya çıkmaktadır. Biyolojik kuvvetlere dayanan bir yetiştirme usulünün patente konu olmamasının gerekçesi bu

---

68 R.G.15.01.2004, 25347.

69 Schulte, s.55

70 Schulte, s.56

71 Hubmann / Götting,s.133; Ortan, C.I, s.71,72

72 Ortan, C.I, s.72

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

usulün tekrar edilebilirlik özelliğini taşımadığı düşüncesidir, dolayısıyla biyolojik kuvvetlerin kullanımı da bu usulün tekrar edilebilirlik özelliğini ortadan kaldıran unsur olarak görülmektedir. Biyolojik kuvvetlerin kullanımını patent verilebilir olarak gören zihniyetin, önemli ölçüde biyolojik kuvvetlerin kullanılmasına dayanan bir yetiştirmeyi de patent verilebilir kabul etmesi gerekir. Federal Mahkemenin Kararı'ndaki çelişki de buradadır. Sonuçta tartışma yaratan husus, biyolojik usulün tekrar edilebilir olup olmadığıdır.

TRIPS hükmüne göre mikroorganizmalar patente konu olabilirler. Mikroorganizmalar ile ilgili buluşlar (mikrobiyolojik buluşlar) mikroorganizmaların kullanımı veya elde edilmeleri ile ilgilidir[73]. Mikroorganizmaların kullanılmasıyla üzerlerinde meydana gelebilecek metabolizma değişikliği sayesinde tedavi, aşı, sanayide temizleme vs. gibi alanlarda kullanılabilecek yeni ürünler elde edilir. Yeni mikroorganizmalar ise çiftleştirme ve mutasyon usulleri ile elde edilir. Tekrarlanabilirlik niteliği saptanan mikrobiyolojik buluşlara patent verilebilir[74].

C- KHK m.6'nın Kapsamı Dışında Kalan Bazı Durumlar:

I- Tıbbi ve Veteriner İlaç Üretim Usulleri ve Ürünleri:

Patent Kanunu'ndaki eski düzenleme olan 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu'nun 3. maddesine göre eczacılığa ait bileşimler, deva ve ilaçlar berat himayesi kapsamı dışındadır. İnsan ve hayvan tıbbında kullanılan bütün bitkiler basit ve bileşik kimyevi maddeler, her nevi kimyevi terkipler 3. maddenin kapsamındadır[75]. T.C. Kurucu Meclisi'nin 8 Mayıs 1961 tarih ve 51 sayılı kararı ile ilaçlar ile ilgili her türlü usule de berat himayesi verilemeyeceğine hükmedilmiştir.[76]

İhtira Beratı Kanunu'unda olduğu gibi birçok ülkenin Patent Kanunlarında da ilaç patenti yasağı yer almaktadır. Bunun sebebi ise kamunun ihtiyaç duyduğu bu gibi maddelerde inhisar hakkı yaratmamak ve geniş çaplı kullanılabilmesini sağlamaktı. Ayrıca patent korumasının ilaçlara verilmesinin fiyatları yükselteceği endişesi sebepler arasındaydı[77]. Ancak patent hakkı yalnız başına fiyat artışına sebep değildir, başka nedenlerin de rolü vardır[78]. İlaçlara patent verilmesi ile, üzerinde kurulan tekelin yaygın olarak kullanılmalarına etki etmesi de düşünülemez, zira ilaçlara patent verilmediği takdirde üretici firma imal usulünü imalat sırrı olarak muhafaza et-

---

73 Ortan, C.I, s.72
74 Ortan, C.I, s.73
75 Ayiter, s.56
76 Ayiter, s.56
77 Ayiter, s.57
78 Ayiter, s.57

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mekte ve asıl bu durumda uygulanması ve yayılması imkansız hale gelmektedir[79].

İşte bu gibi nedenlerle İhtira Beratı Kanunu'ndaki ilaç patenti yasağı eleştirilmiş ve eczacıların büyük baskısı ile karşı karşıya kalınmıştır.

Günümüzde ise tıbbi ve veteriner ilaç üretim ve usullerine Pat.KHK kapsamında koruma belgesi verilmektedir. KHK'nın geçici 4. maddesi uyarınca 01.01.1999 tarihinden itibaren ilaçlar patent koruması kapsamına alınmıştır.

TRIPS m. 27 uyarınca "...teknolojinin her alanında ürünlerle veya usullerle ilgili her türlü buluş için..." patent verilebilecektir. Ayrıca "... buluş yeri, teknoloji alanı ve ürünleri, ithal veya yerli üretim olup olmadığı konusunda her hangi bir ayırım yapılmadan patent verilebilecek ve patent haklarından yararlanılabilecektir".

Türkiye'de 01.01.1999'dan itibaren ilaç patentinin verilmesinin sebebi ise gümrük birliği aşamasındaki müzakerelerde AB'nin bunu talep etmesidir, aslında TRIPS'in 65. maddesine göre Türkiye 2000 ve 2005 yılına kadar ilaç ürün ve usullerine patent verilmesini erteleme hakkına sahipti[80]. Pat. KHK'nın ilk şeklinde bu erteleme hakkı kullanılmış olduğu halde 566 sayılı KHK ile yapılan bir değişiklikle bu sürenin 01.01.1999'dan itibaren başlayacağı kabul olunmuştur.

Ancak TRIPS'ın 70. maddesinin 8. bendi uyarınca Türkiye DTÖ'nün yürürlüğe girmesinden itibaren tıbbi ve veteriner ürün ve usullerine ilişkin patent başvurularını kabul etmek ve 9. madde uyarınca da münhasır pazarlama hakkı tanımak zorunda olduğu halde bu hususlarda Pat. KHK'de ya da özel bir düzenlemede hüküm getirilmemiştir. Dolayısıyla TRIPS m.70/8 doğrultusunda bir patent başvurusu yöntemi de belirlenmemiştir[81].

II- Gıda Maddeleri ve Kimyasal Maddeler:

Önceleri Almanya, Avusturya ve İsviçre'nin de aralarında bulunduğu bazı ülkelerde ilaçlarla birlikte, gıda maddeleri ve kimyasal maddelere de patent korumasının sağlanması yasaktı.

Gıda maddelerinin içine beslenmeye yarayan tüm maddeler ve terkipleri, yiyecek ve içecekler girmektedir[82]. Gıda maddeleri, zaruri ihtiyaç maddeleri olduğundan, patent verilerek üzerlerinde bir tekel oluşması istenmemiştir[83].

---

79 Ayiter, s.57
80 Tekinalp, s.502
81 Tekinalp, s.504
82 Busse, s.127; Troller, s.248
83 Troller, s.248

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kimyasal maddelerin kapsam dışı bırakılmasının nedeni de endüstride kullanımı çok önemli olan maddeler olmalarıdır. Bu konuda da buluş sahibine tekel hakkı verilmek istenmemiştir. Almanya'da 01.01.1968'de ilaç, gıda maddesi ve kimyasal maddeler patent yasağı kapsamı dışına çıkarılmıştır[84].

Diğer Avrupa ülkelerinde de bağlı bulundukları uluslararası anlaşmalar uyarınca bu yasaklar kaldırılmıştır[85].

SONUÇ

551 sayılı Patent Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ve 6. maddesi ile getirilen "patent verilemeyecek buluşlar" hükmü elbette ki İhtira Beratı Kanunu ve 3. maddesi hükmüne göre daha modern bir düzenlemedir ve "buluş yapılmasını teşvik amacı"na daha uygundur. Zaten, Avrupa Birliğine girme aşamasında olan Türkiye için TRIPS hükümlerine uygun, böyle bir düzenlemenin gerekliliği de yadsınamazdı.

Ancak ilaç patenti yasağı kaldırılmış olmasına rağmen patent başvurusu yapılması konusunda bir yöntem geliştirilmemiş olması büyük bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Bu nedenle, ivedilikle, ilaç patenti başvuruları için bir yöntemin tespit edilmesi yerinde olacaktır.

---

84 Busse, s.142

85 Ortan, C.II, s.311

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TÜRK REKABET HUKUKU'NDA YASAKLANAN FAALİYETLER VE REKABET KURULU'NUN 9/12/2004 TARİH VE 04-78/1115-282 SAYILI TELEKOM'A İLİŞKİN ÖNARAŞTIRMA KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Prof. Dr. Güzin ÜÇIŞIK[*]
Ar. Gör. Nazmi OCAK[**]

GİRİŞ

Günümüzde batı ekonomilerine egemen olan ve Türkiye'de de uygulanan piyasa ekonomisi sisteminin işleyişi, özel mülkiyet, girişim özgürlüğü ve serbest rekabetin varlığını gerektirir. Serbest rekabet ortamında, kaynakların daha etkin kullanımı, maliyetlerin düşmesi ve yeni teknolojilerin kullanılması suretiyle tüketicilerin daha ucuza mal ve hizmet edinmeleri sağlanırken, kalitenin artmış olması temin edilmektedir. Ancak, serbest rekabet düzeninde, teşebbüslerin piyasada hakim duruma gelmeleri ile birlikte bu hakimiyetlerini kötüye kullanarak rekabetin etkinliğini ortadan kaldırmaları sözkonusu olabilir. Başka bir deyişle, rekabet kurallarının mevcut olmadığı bir ortamda ekonomik bakımdan güçlü teşebbüsler kendi çıkarları doğrultusunda hareket ettiklerinde, serbest rekabet piyasasından sözetmek mümkün olmayacaktır[1]. Bu nedenle, başta liberal ekonomik sistemin ilk uygulandığı ülkelerde[2] devletin piyasadaki rekabet düzeninin işleyişini temin

* Marmara Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
** Marmara Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

1 Fikentscher, Wolfgang (Çev.Prof.Dr.Tuğrul Ansay, Dr.Mustafa Ünal), İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu (Tekelleri Önleme Hukuku), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Ayrı Basım, Haziran 1980, C.X S.3, s.726; Commichau, Gerhard/Schwartz, Harald, Grundzüge des Kartellrechts, 2.Auflage, München 2003, s.13 vd.; Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, GWB-Kommentar, 3.Auflage, 2001, Einleitung Nr.62; Wiedemann, Gerhard, Handbuch des Kartelrechts, 1.Auflage, 1999, § 3, Nr.64.

2 Amerikan Hukuk Sisteminde 1890 yılında Sherman Antitrust Act (Sherman Antitröst Yasası), 1914 yılında Clayton Yasası ve Federal Trade Commission Act (Federal Ticaret Komisyonu Yasası) rekabete ilişkin en önemli düzenlemelerdir. Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 3 g ile 81-89. maddeleri Birliğin rekabet hukuku politikaları ile ilgilidir. 81. madde ile rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları yasaklanırken, 82. madde pazarda hakim durumun kötüye kullanılması yasağını içermektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

etmek üzere kurallar koyarak müdahalesi kabul edilmekte, uygulanan yöntemin ve konulan kuralların serbest rekabet düzenini koruyucu fonksiyon sağlaması amaçlanmakta ve devletin rekabet kuralları ile piyasaya müdahale ederken tarafsız kalması, kamu teşebbüsleri dahil herhangi bir ekonomik gücün serbest rekabet düzenini bozacak davranışlarına izin vermemesi hedeflenmektedir. Rekabet kuralları ile korunan menfaat, hem rekabet ortamının kendisi hem de bireylerin ekonomik faaliyetlerindeki özgürlükleridir[3].

Ülkemizde ekonomik ve siyasi gelişmelere paralel olarak rekabet kurallarının düzenlenmesi ihtiyacı, 7.12.1994 tarihinde kabul edilen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RK) ile giderilmiştir. Rekabet Kanunu'nun amacı 1.maddede şöyle ifade edilmiştir: "*Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır*". Bu amacı gerçekleştirmek için söz konusu Kanun'un uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir (RK.m.20)[4]. Rekabet Kanunu'nda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; Rekabet Kanunu'nda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri almak, bunun yanısıra Kanun'da belirtilen diğer görevleri yapmak üzere Rekabet Kurulu oluşturulmuştur (m. 22, 27, 8, 9, 13, 14, 15, 16,17).

§1- REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA YASAKLANAN FAALİYETLER

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kaynağı esas itibariyle Avrupa Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması'ndaki rekabet düzenine ilişkin kurallardır[5]. Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasında imzalanan

---

3 Blank, J., Europäische Fusionskontrolle im Rahmen der Art.86 des EWG-Vertrages (Tez) Baden-Baden, 1991, s.47.

4 Bu konuda bkz. Aslan, Zehreddin/Berk, Kahraman, Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi, Alfa Yayınları, İstanbul 2000; Odyakmaz, Zehra, "İdari Teşkilat İçinde Rekabet Kurumunun Yeri ve Önemi", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, C.II, s.81 vd.; Akyılmaz, Bahtiyar, "İdari Usul İlkeleri Işığında Rekabet Kurulunun Çalışma Usulü", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, C.II, s.104 vd.

5 Türkiye, Gümrük Birliği ile hedeflenen ekonomik bütünleşmeye ulaşmak amacıyla, rekabet kuralları ile ilgili mevzuatının Avrupa Topluluğu mevzuatıyla uyumlu hale gelmesini ve etkin biçimde uygulanmasını temin edecektir (1/95 sayılı Gümrük Birliği Kararı m.37/1)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1/95 sayılı ve 1.6.1996 tarihinde yürürlüğe giren Gümrük Birliği Anlaşmasına göre tarafların rekabet politikası ve rekabet hukuklarının birbirine uyumlaştırılması gerekmektedir[6]. Bu nedenle, Türk Rekabet Kanunu uygulamasında Topluluk içtihatları özel bir önem arzetmektedir[7]. 4054 s. Kanunun İkinci Kısmının Birinci Bölümünde 'Yasaklanan Faaliyetler' başlığı altında başlıca üç faaliyet sayılmıştır;

1-Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar[8], 2-Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, 3-Birleşme ve Devralmalar.

I- Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar

A- Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. m. *"Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır*[9]*. Bu haller, özellikle şunlardır*[10]*:*

---

6 Öz, Gamze, "AT Rekabet Hukukuna Genel Bir Bakış ve Gümrük Birliği Çerçevesinde Türk Rekabet Hukuku", Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Tes-Ar Yayınları, No: 20, Ankara 1996, s.11 vd.; Arslan, Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2001, s.22 vd.

7 Türkiye, Gümrük Birliği'nin yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde Toplulukta yürürlükte bulunan tüm blok muafiyeti yönetmeliklerinde ve AT makamlarınca geliştirilen içtihat hukukunda yeralan ilkelerin uygulanmasını sağlayacaktır (1/95 sayılı Gümrük Birliği Kararı m.37/2)

8 Doktrinde farklı eğilimler olmakla birlikte, bu faaliyetleri ifade etmek üzere "danışıklılık" kavramı kullanılmaktadır. "Rekabet hukukunda danışıklık, teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin rekabet riskini ortadan kaldırmak için herhangi bir şekilde görüş birliği içinde olmaları ve buna uygun hareket etmeleridir".Bkz. Tekinalp/Tekinalp, s.392 N.9; Arı, Zekeriya, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004, s.18; Sanlı, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, 2000, s.142 dn.6.

9 Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un, 'Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları' başlığını taşıyan Beşinci Kısmında, *"Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanunu'nun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir. Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz"* (RK.m.56) denilmektedir.

10 Rekabet Kurulu'nun 4.m. ile ilgili örnek sayılabilecek kararları şu şekildedir: "AKÇANSA Çimento San. ve Tic. A.Ş., BATIÇİM Batı Anadolu Çimento San. A.Ş., ÇİMENTAŞ İzmir Çimento Fabrikası Türk A.Ş., DENİZLİ Çimento San. Tic. A.Ş. ve BATISÖKE Söke Çimento San. ve Tic. A.Ş.'nin Ege Bölgesi düzeyinde 1997 yılında yapacakları satışları anlaşma yoluyla önceden tespit etmek suretiyle açıkça pazar paylaşımına gittikleri... iç pazardaki karlılığı korumaya ve

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a) *Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet*[11]*, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi*[12]*,*

b) *Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,*

c) *Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,*[13]

---

daha da artırmaya yönelik olarak, fabrikaların bulunduğu merkezlerin ve yakın çevresinin oluşturduğu yoğun talep bölgelerinin, o bölgede bulunan fabrika ya da fabrikalara terkedilmesi suretiyle, bu bölgede fiyat ve diğer satış koşullarının rekabetçi bir yapıdan çok uzak, adeta tekelci bir ortamda belirlenmesini temine yönelik bir coğrafi pazar paylaşımına gidildiği, coğrafi pazar paylaşımının, yukarıda söz edilen yoğun talep bölgelerinin yöre fabrikası ya da fabrikalarına terkedilmesi ile sınırlı olmadığı ve bu bölgeler dışında kalan yerlerde de hangi fabrikanın ne kadar satış yapacağının veya sözkonusu yerleşim biriminde yapılacak satışlardan alacağı payın, soruşturma kapsamındaki teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar yoluyla belirlendiği... birlikte fiyat tespiti hususunda yalnız İzmir merkez ilçelerinde değil, anlaşmalar yoluyla ve tüm bölge düzeyinde bir ihlalin gerçekleştirildiği...Akçansa A.Ş., Batıçim A.Ş., Batısöke A.Ş., Çimentaş A.Ş. ve Denizli Çimento A.Ş.'nin eylemleri ile 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerini ihlal ettiklerine" (RKK. No:99-30/276-166 (a), 17.6.1999).

"Güney ve Güneydoğu Anadolu bölgesinde yer alan 6 İlde faaliyet gösteren Yerel Teşebbüsleri, pazar dışına çıkarmak amacıyla, Aygaz A.Ş., Sihirgaz A.Ş., İpragaz A.Ş. ve Demirören Gaz Grubunun, 24 Haziran 1997 tarihinde Gaziantep Tilmen Oteli'nde, Temsilcileri vasıtasıyla bir fiyat anlaşması yaptıkları, mezkur anlaşma hükümlerini Mogaz A.Ş.'nin de katılımı ile 27.10.1997 tarihinde, Adıyaman İlinde uygulamaya koydukları, böylece, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettikleri" (RKK, No:93/750-159, 26.11.1998).

"Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin, birlikte kurmuş oldukları BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. vasıtasıyla koordinasyon sağlayarak, gazete ve dergi dağıtımı piyasasını bölüşmek, müşteri yayınlarını paylaşmak, müşteri yayınevlerine ait gazete ve dergilerin dağıtımına ilişkin komisyon oranlarını ve dağıtılan yayınlardan alınacak sabit ücreti birlikte tespit etmek suretiyle, Kanun'un 4'üncü maddesinin (a) ve (b) bentlerini açık bir biçimde ihlâl ettikleri" (RKK. No:00-26/292.162).

11 "Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu'nun ekmekte tavan fiyatla birlikte taban (maliyet) fiyatını da belirlemesine yönelik kararı yoluyla, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğini..." (RKK. No:05-02/18-9, 7.1.2005).

12 Bankalararası Kart Merkezi (BKM), kartlı ödeme sistemi içinde ortak sorunlara çözüm bulmak, banka ve kredi kartları kural ve standartlarını geliştirmek amacıyla 1990 yılında 13 kamu ve özel Türk bankasının ortaklığıyla kurulmuştur. Kurulduğu dönemden itibaren aldığı kararlarla kredi kartı ile ödeme sistemlerinde ortak takas komisyonu oranı belirlemiştir...İlgili pazarda maliyet ve fiyat olarak kabul edilebilecek olan takas komisyonunun rakip teşebbüslerce birlikte belirlenmiş olması, 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesinin (a) bendinde belirtilen örneğe uygun olarak ihlali anlamına gelmektedir (RKK, No: 05-43/602-153, 1.7.2005).

13 "Ege Eczacılar Vakfı ile Samsun Eczacı Odasının, davacının (İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası) sektör temsilcileri ile yaptığı toplantı sonunda aldığı 102 sayılı kararın, mal sağlayıcılarının bağımsız olarak belirlemesi gereken satış koşullarının birlikte belirlenmesine yönelik olarak alındığı, ecza depolarının satış koşullarına kısıtlamalar getirilerek bunların ekonomik karar alma özgürlüğünün ortadan kaldırıldığı, ilaç pazarında bulunan teşebbüslerin mevzuatın çizdiği sınırlar içinde ve piyasa koşulları çerçevesinde özgürce karar vermelerinin zorlaştırıldığı, ilaç satışlarında uygulanan vadelere mevzuatta bulunmayan kısıtlama getirildiği, mal fazlasına ürün bazında % 10 sınır konulduğu, ilaç üreticisi firmalara ve ilaç dağıtım

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

d) *Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot*[14] *ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,*

e) *Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması*[15]*,*

f) *Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,*

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir"[16].

---

kanallarına yıl sonunda performans bazında verilen ciro iskontosu ile birlikte toplam iskontonun % 10'u aşmamasının belirlendiği, mal sağlayıcıları ile ecza depolarının yeni fiyatlara 30 gün içinde geçmesi istenerek ilaç pazarında yaşanan rekabetin sınırlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır" (Danıştay 10. D. 18.11.2003, 2001/1441 E., 2003/4468 K.).

14 Rekabet Kurulu, tüzel kişiliği bulunmayan BİAK isimli teşebbüs birliğinin Universal A.Ş'nin üyelik başvurusunu reddetmesini RK.m.4/2 (d) fıkrasına uyan "*kollektif boykot*" olarak kabul etmiştir (RKK, No: 99-13/99-40, 4.3.1999).

15 "Telsim'in Telsim Shop'larla yukarıda ana hatları çizilen ilişkisinin, GSM hizmetleri piyasasının mevcut durumunda iki aktörlü olan GSM operatörlüğü piyasasında sınırlayıcı bir etki doğurmadığı, % 70 pazar payına sahip olan, terminal cihazı piyasasında faaliyet gösteren bir çok distribütör ile münhasırlık içeren protokoller çerçevesinde çalışan ve yine münhasır çalışan etkili bir dağıtım ağına sahip olan Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. karşısında Telsim'in % 30'luk pazar payını koruyabilmesi için sadece kendisiyle çalışmayı kabul edecek ve ürünlerinin ve servislerinin promosyonunu yapacak dağıtım kanallarına ihtiyacı olduğu anlaşılmaktadır. Telsim Shop'ların, münhasırlık şartına göre çalışmasının rakip Turkcell'in faaliyetlerini zorlaştırmayacağı, hatta mevcut durumda piyasada rekabet yaratan, ürün ve servis çeşitliliğini artıran bir unsur olduğu açıktır" (RKK. No:00-20/198-107, 30.5.2000).

16 Avrupa Topluluğu Antlaşması(ATA) m.81 (eski m.85)'e göre; "*Üye devletlerarası ticareti etkileyebilecek nitelikte ve amacı ya da etkisi ortak pazarda rekabeti önlemek, sınırlandırmak ya da bozmak olan işletmeler arası anlaşmalar, uyumlu davranışlar ile işletme birlikleri kararları ve özellikle;*

a)doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatının ya da diğer ticari koşulların belirlenmesi, b)üretimin, pazarların, teknik gelişimin veya yatırımın sınırlandırılması ya da kontrolü, c)pazarların veya arz kaynaklarının paylaşımı, d)eşdeğer nitelikli sözleşmelerde, tarafları rekabet edebilirlikleri açısından dezavantajlı konuma getirecek şekilde farklı koşulların uygulanması, e)sözleşmelerin, niteliği veya ticari yaşamın gereği bu tür sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlanması, ortak pazarla bağdaşmayacağından yasaktır".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Rekabet Kurulu'nun 19 Nisan 2005 tarihli Rekabet Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin taslağında 4. maddenin birinci fıkrasına "*rekabeti*" kelimesinden sonra gelmek üzere "*önemli ölçüde*" ibaresi ve maddenin sonuna "*Kurul bu maddenin uygulanmasına ilişkin tebliğler çıkarabilir*" şeklinde bir fıkra eklenmesi öngörülmüştür.

Taslak kanunlaştığı takdirde ilgili madde "*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti önemli ölçüde engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır*" şeklinde olacaktır.

Tasarıda "önemli ölçüde" ibaresi ile, Topluluk Hukuku'nda "*de minimis*" kuralı olarak ifade edilen uygulamayı kanunlaştırma amacı güdülmektedir[17]. Kanun'un 4.m. yapılmak istenen bu değişikliği Kanun'un 1.m. Amaç m. ile birlikte düşünmek ve buna göre yorumlamak gerekir. Böyle bir ihtiyacın olup olmadığı bir yana, "önemli ölçüde", "hissedilir derecede", "tamamen" rekabetin ortadan kalktığı derecelendirmesi yapıldığında "de minimis" kuralına denk kavramın "hissedilir derecede" ifadesi olduğu görülecektir.

Diğer taraftan, Kurul'a, 4. maddenin uygulanmasını sağlamak amacıyla tebliğler çıkarma yetkisinin verilmesi halinde, bu yetkinin sınırının nerede başlayıp nerede sona erdiği kesin olarak belirlenmediğinde, Kanun ile öngörülmeyen bir yasağın tebliğlere konu olma tehlikesi ile karşılaşılacaktır. Bu hüküm ile, Topluluk hukukunda Komisyon'un belirli kriterler koyup duyurular yayınlamasında olduğu gibi, rekabet ihlaline ilişkin ölçüler konulması amaçlanıyor ise, bu amacın ve sınırının açıkça ifade edilmesi yerinde olur.

Kanun'un 4. m. ile teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları yasaklandığından, Kanun'un uygulanması bakımından "teşebbüs"ün tespiti özel bir öneme sahiptir. Rekabet Kanunu'nun Tanımlar başlığını taşıyan 3. m. teşebbüsün, "*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri*" ifade ettiği belirtilmiştir. Kanun bu tanımla "ekonomik faaliyeti"[18] temel kriter olarak kabul et-

---

17 De minimis kuralı, rekabet üzerindeki etkisi hissedilir derecede olmayan işletmeler arası anlaşmaların yasaklama dışı tutulmasını ifade eder. De minimis kuralı, AT Rekabet Hukuku'nda kaynağını Roma Antlaşması'nın 81/1.md. bulan bir ilkedir. Bu konuda bkz. Efem, Gül/Badur, Emel, AT Rekabet Hukuku, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2002, s.82.

18 ATM, Eurocontrol (Avrupa Hava Trafiği Güvenliği Organizasyonu) kararında, Eurocontrol'ün faaliyetlerinin, özü, amaçları ve tabi olduğu kurallar bakımından esasen bir kamu otoritesi gücünün kullanımı niteliğine sahip havanın kontrolüne ve yönetimine ilişkin yetkilerin kullanımından ibaret olduğunu ve Eurocontrol tarafından yürütülen sefer ücretini toplama faaliyetinin ise organizasyonun üstlendiği diğer faaliyetlerden ayrılamaz bir nitelik taşıdığını, sonuç olarak Eurocontrol'ün faaliyetinin ekonomik niteliğinin olmadığını ifade etmiştir (364/92 Eurocontrol (1994) ECR-I, 50).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

miştir. Bir faaliyetin ekonomik faaliyet olarak nitelendirilmesi için kar elde etme gayesinin varlığı aranmaz. Öyle ki, kamu kurumu niteliğini haiz İş ve İşçi Bulma Kurumu'nun faaliyetinde kar güdülmemesi, sunulan hizmetin ekonomik faaliyet olarak kabulüne engel değildir[19].

Kanun'un 3. maddesinde teşebbüs için aranan diğer unsur "bağımsızlık"tır. Rekabet hukuku anlamında bağımsızlık hukuki anlamda bağımsızlıktan farklı olup, "ekonomik bağımsızlık"tır. Ayrı bir tüzel kişiliği bulunmakla birlikte, bir gruba, holdinge bağlı olarak ana ortaklığın eşgüdümü altında sevk ve idare olunan işletmelerin bağımsız hareket etmeleri söz konusu olmadığından, rekabet hukuku kapsamında teşebbüs olarak nitelendirilmezler. Burada, Kanun'un ifadesiyle "*ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etme*" durumu söz konusudur. Bu nedenle Kanun'un 4. m. grup içi ilişkilerde uygulanmaz[20].

1- Anlaşmalar

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da söz konusu edilen "*anlaşma*" kavramı Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku hükümlerinden bağımsız olarak tanımlanmalıdır[21]. Taraflar açısından bağlayıcı olmayan centilmen-

---

19 ATM, Alman İş ve İşçi Bulma Kurumu'nun (Bundesanstalt Für Arbeit) rekabet hukuku kapsamında teşebbüs olarak kabul etmiş, Bundesanstalt'ın, faaliyetlerinin bir ücret karşılığı kar elde etme amacı ile yapılmadığı, sosyal bir politikanın (işsizliğin önlenmesi) gerçekleştirilmesi amacını taşıdığı savunmasını, ekonomik bir faaliyet yürüten her kuruluşun, hukuki statüsü ve faaliyetin finansman şeklinden bağımsız olarak rekabet hukuku kapsamında teşebbüs sayılacağını, işçi bulma hizmetinin ekonomik bir faaliyet olduğunu, bu faaliyetin kamu kuruluşunca yapılmasının faaliyetin ekonomik olma niteliğini etkilemediğini, iş ve işçi bulma hizmetlerinin şimdiye kadar ne hep ne de mutlaka kamu kurumlarınca yerine getirilmediği gerekçesiyle reddetmiştir (41/90 Klaus Höfner and Fritz v Macraton GmbH, (1991) ECR I, 1979). ATM, sosyal güvenlikle ilgili sigorta faaliyetlerinin de ekonomik faaliyet olduğuna karar vermiştir. Bkz.Fransız CNAVMA, (244/94 FFSA, (1995) ECR I-4103; Hollanda'da, 67/96 Albany (1999) ECR I - 5751; 219/97 MDBV(1999) ECR I, 6121. Aksi yönde, Fransa'da 159/91 Poucet (1993) ECR I, 637.

20 "Türk Telekom A.Ş (TTAŞ) ve Aycell kontrolü aynı hissedarlara ait iki şirkettir. Aycell, TTAŞ'tan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmasına rağmen, söz konusu iki şirket 4054 sayılı Kanun açısından tek bir teşebbüs niteliğini haiz olduğundan, TTAŞ ve Aycell arasında herhangi bir anlaşma veya uyumlu eylemden bahsedilemeyecektir. Sonuç olarak konuya ilişkin iddianın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında incelenmesi mümkün değildir" (RKK. No:02-27/291-119, 7.5.2002).

21 "*Bu Kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, hukuki şekil şartlarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik işbirliği sağlayan, doğrudan veya dolaylı ilişkiler de, eğer aynı sonucu doğuruyorsa, yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin Kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir*" (Rekabet Kanunu'nun 4. m. gerekçesi).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lik anlaşmaları da tarafların fiilen buna uymaları ve rekabeti sınırlamaları halinde anlaşma olarak kabul edilir[22].

2- Uyumlu Eylem

Rekabet Kanunu'nda Uyumlu eylemler tanımlanmamıştır. Uyumlu davranışlar, Topluluk Resmi Gazetesi'nde yayımlanan "*Sugar Cartel*"[23] kararında şöyle tanımlanmaktadır: "Bu tür davranışlar, işletmeler arasında öylesine güdümlü ve uyumlu hareket biçimi ve bağlantı şeklidir ki, hiçbir şekilde sözleşme ve işletmeler arası anlaşma özelliği taşımasa da rekabeti bozmak açısından kesin etkili bir davranış biçimi olarak değerlendirilir". Adalet Divanı bu tanım doğrultusunda Dyestuff davası ile ilgili olarak yaptığı açıklamada da uyumlu davranışları "İşletmeler arasında hiçbir zaman bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen, bunun yerine bilerek ikame ettikleri rekabet risklerine karşı aralarında pratik bir işbirliği yaratan bir eşgüdüm şeklidir[24]" diye tanımlamıştır.

Doktrinde de, Avrupa Topluluğu Mahkemesi (ATM) kararları çerçevesinde uyumlu eylem kavramının unsurları: a) birden fazla teşebbüsün varlığı, b) bunlar arasında bilinçli davranışı veya farazi uyuşmayı sağlayacak sosyal bir temasın bulunması, c) bu temasın, gelecekteki piyasa davranışlarına etkide bulunma ve de özellikle piyasadaki rekabet sürecinin belirsizliğini bertaraf etme amacına yönelmesi ya da teşebbüslerin ticari davranışlarını, piyasadaki rekabet baskısından farklı bir şekilde etkilemesi olarak üç grupta toplanmaktadır[25].

Kanun'un 4. m. 2. fıkrasında, anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesinin, teşebbüslerin uyumlu ey-

---

22 Bkz. Arslan, Rekabet Hukuku, s.72; Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2000, s.393, N.11; Akıncı, Ateş, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu, 2001, s.43 vd, 142 vd.; Sanlı, s.76 vd. Rekabet Kurulu 93-750-159 sayılı ve 26.11.1998 tarihli *Aygaz* kararında bu görüşü benimsemiştir. Aksi görüş için bkz. Topçuoğlu, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu 2001, s.170 vd.; Çeker, Mustafa, Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni, Batider, C.18, S.3, s.261-277.

23 Sugar Cartel, dava 40, 48/73 (1975) ECR (European Cort Report) 1103.

24 Dyestuffs, dava 48/69 (1972) ECR 619. Ayrıca bkz. Polypropylene, dava L 230/1 ATRG 1986.

25 Bkz. Sanlı, s.81 vd.; Arslan, Rekabet Hukuku, s.79 vd; Emmerich, Volker, Kartellrecht, 8. Auflage, München 1999, s.413 vd. ATM ve Komisyon bilgi değişimi amacıyla bildiriler gönderilmesini, toplantılar yapılmasını, telefon ve teleks görüşmelerini yeterli sayarken (Dyestuffs, dava 48/69, (1972) ECR 619, (1972) CMLR 557), plana dayalı olarak gerçekleşmeyen davranışları dahi uyumlu eylem olarak kabul etmiştir. Bkz. Suiker Unie-Komisyon, dava 40/73, (1975) ECR 1663.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lem içinde olduklarına karine teşkil edeceği kabul edilmiş[26], başka bir deyişle teşebbüslerin paralel davranış içinde bulunduğunun tespit edildiği hallerde maddenin 1. fıkrası uyarınca yasak olan uyumlu eylemin varlığına dair karine ihdas edilerek, maddenin son fıkrası hükmüyle uyumlu eylemin var olmadığını ispat yükü (kurtuluş beyyinesi getirme yükümlülüğü) teşebbüslere yüklenmiştir[27].

3- Rekabeti Sınırlayıcı Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemleri

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği karar ve eylemleri de yasaklanmıştır. Kanun *'Teşebbüs Birliği'*ni *"Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler"* (RK.m.3) olarak tanımlamıştır. Bu tanımdan, Kanun uygulamasında teşebbüs birliklerinin hukuki anlamda bir süje olarak değil, fiili durumun esas alındığı anlaşılmaktadır[28]. Rekabet Kanunu'nda açık bir hüküm olmamakla birlikte, kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekküllerinin de Kanun kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, sanayi ve ticaret odaları, borsalar, ziraat odaları, ba-

---

26 "Şikayete konu Turkcell ve Telsim'in uyumlu eylem içinde olduklarına dair karine teşkil edecek herhangi bir bilinçli paralel davranış gözlenmediği anlaşılmaktadır. Aksine firmaların pazar davranışları, oligopol piyasalarındaki klasik pazar davranışlarına uymaktadır. Bir piyasanın oligopol olarak adlandırılabilmesi için o piyasadaki firmaların birbirlerinin hareketlerini dikkate almak zorunda olmaları gerekir. Bu da ancak, firma sayısının sınırlı oluşu veya her firmanın piyasa payının toplamı içinde önemli bir yer tutması ile mümkündür" (RKK. No:99-57/614-391, 14.12.1999).

27 Özellikle oligopol piyasalarının kendine özgü yapısı dikkate alındığında, ekonomik ve rasyonel gerçeklerle ekonomi biliminin verileri dikkate alınmak suretiyle sorumluluktan kurtulma imkanı verilmiştir. (Tekinalp, Gülören, *"Uyumlu Eylemler"* Kavramı, Prof.Dr.Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s.201-207; Çelen, Aydın, Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi; Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tez Serisi No: 10, 2003). Ancak doktrinde, "uyumlu eylem karinesi"nin Rekabet Kanunu'nda yeralması eleştirilmiş ve kaldırılması istenmiştir. (Bkz. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum-Panel, 7-8 Ekim 2005, Tartışmaları, İnan, Turgut / Özsunay, Ergun; Sanlı, s.83).

28 Rekabet Kurulu, BİAK'ın (Basın İzleme Araştırma Kurulu) tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliği olduğu sonucuna varmış, teşebbüs birliği içinde olan üyelerin kararlardan sorumlu olmayacaklarına ilişkin itirazlarını reddetmiştir: *"Satışa arz ettikleri gazete, dergi ve işlevleri gereği ifa ettikleri hizmet nedeniyle basın kuruluşlarının bir teşebbüs olduklarına kuşku bulunmamaktadır. BİAK üyesi olan diğer kuruluşlar olan Uluslararası Reklamcılık Derneği, Reklamcılar Derneği ve Reklam Verenler Derneği de yine tüşebbüslerden oluşan ve tüzel kişiliği haiz teşebbüs birlikleridir. Dolayısıyla BİAK, bünyesinde hem teşebbüs birliklerini hem de teşebbüsleri bulunduran bir teşebbüs birliğidir"* (RKK, No: 99-13/99-40, 4.3.1999).

"Bankalararası Kart Merkezi (BKM)'yi oluşturan ortaklar ve üyeler bankacılık sektöründe faaliyet gösteren, ekonomik bütünlükleri içerisinde değerlendirilecek bağımsız teşebbüsler niteliğindedirler. Bu teşebbüslerin biraraya gelerek oluşturdukları BKM ise anonim şirket tüzel kişiliğini haiz bir teşebbüs birliği niteliğindedir" (RKK, No: 05-43/602-153, 1.7.2005).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rolar ve diğer meslek örgütleri ile bunların üst kuruluşları rekabet hukuku uygulamasında teşebbüs birliğidirler. Ancak kendilerine tabi oldukları Kanun ve yönetmelikler[29] tarafından verilen yetkilerin kullanılması suretiyle rekabete aykırı sayılabilecek davranışlarına Rekabet Kanunu'nun yasaklayıcı hükümleri uygulanırken bu yön dikkate alınmalıdır[30].

Teşebbüs birliği kararları, teşebbüs birliklerinin belli bir hukuki sonucu gerçekleştirmek üzere yeter sayıda teşebbüsün iradesini aynı yönde açıklamaları ile gerçekleşen hukuki işlemlerdir. Rekabet Kurulu tarafından BİAK davası dolayısıyla verilen Karar'da[31] "*Karar, çok taraflı bir hukuki muameledir ve birden fazla kimsenin içinde bulundukları hukuki ilişkinin kendilerine tanıdığı oy hakkını kullanarak anlaşmaya varmalarıdır*" şeklinde tanımlanmıştır. Teşebbüs birliği kararlarında irade beyanlarının karşılıklı olması gerekmediği gibi, taraflar arasında mutlak bir uyuşmanın bulunması da gerekli değildir. Kararlar oy çokluğu ile alınabilir. Ayrıca Avrupa Birliği Hukuku'nda, uygulamada, hukuki işlem niteliği taşıyan kararların yanı sıra, bağlayıcı niteliği olmayan tavsiye kararları da yasaklanan faaliyetler kapsamında kabul edilir[32].

---

29 Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 19 Nisan 2005 tarihli taslakta menfi tespit ile ilgili hükümlerin kaldırılması öngörülmektedir. Buna göre, 8.madde başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmektedir:

"**İdari İşlemler (m.8)** "*Mal veya hizmet piyasalarında rekabet koşullarını etkileyecek olan ya da kamu teşebbüslerine veya özel teşebbüslere imtiyazlar veren mevzuatın veya piyasaların düzenlenmesine ilişkin hükümler içeren kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik taslakları hakkında Kurum görüşünün alınması zorunludur.*

Kurum, mal veya hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu etkiye sahip idari işlemleri veya düzenlemeleri tespit etmesi halinde, söz konusu işlemlerin veya düzenlemelerin bir kısmının veya tamamının iptali için yargı yoluna gidebilir".

30 Rekabet Kurulu meslek örgütlerinin ve bazı birliklerin tabi oldukları kanun ve yönetmelik hükümlerince kendilerine verilen yetkilerini kullanmalarının rekabeti bozucu etkisi olsa bile Rekabet Kanunu kapsamında olmadığına karar vermiştir. Bkz. Rekabet Kurulu'nun şikayetçi Ankara Ticaret Borsası'nın Belediye ve Maliye Bakanlığı hakkındaki 41/265-15 sayılı ve 3.12.1997 tarihli kararı; 99-12/91-33 sayılı ve 3.3.1999 tarihli Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federesyonu (TŞOF) kararı; 99-4/99-24 sayılı ve 20.05.1999 tarihli TOBB kararı.

31 BİAK, RKK, No: 99-13/99-40, 4.3.1999.

32 Donk-CBR davasında (Donk-CBR, (1978), 2 CMLR 194), üretici, aracı, toptancı ve satıcılar dahil olmak üzere Hollanda bisiklet piyasasının % 85'ine sahip olan Hollanda Bisikletçiler Birliği, üyelerine, birliğe üye olmayan teşebbüslerle ticaret yapılmaması, belirlenen seviyedeki (yatay-dikey) teşebbüsler dışındakilere mal verilmemesi, ortak kar oranlarının belirlenmesi, ortak garanti süreleri belirlenmesi gibi noktalarda kısıtlamalar getirmiş ve bu uygulamalar Roma Antlaşması'nın 81. maddesi kapsamında hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, Anseau davasında (NV.International Belgium AZ/Komisyon, birleşik dava 96-102-104-105-108/82 (1983) ECR 3369, (1984) 3, CMLR 276) Belçika Su Hizmetleri Ulusal Birliği Anseau, çamaşır ve bulaşık makineleri üretim ve münhasır satıcılığı ile ilgili ulusal nitelikteki bir birlik ile anlaşma yaparak, üyelerinin ticari dolaşıma çıkacak olan cihazlarının, bu birliğin çıkardığı uygunluk etiketini taşımaları yönünde tavsiye kararı almıştır. Uygunluk etiketlerinin anlaşma yapılan birlik tarafından ayrımcılık yapılarak dağıtılması

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Teşebbüs birliği eylemleri ise, hukuki anlamda karar olarak nitelendirilecek işlemlerin dışında kalan her türlü uygulama ve davranışlardır[33].

B- İlgili Pazar

Belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığı "*İlgili Pazar*"ın (relevant market) tespitini gerekli kılmaktadır. Rekabet Kanunu'nda İlgili Pazar tanımlanmamıştır. İlgili Pazar, Avrupa Komisyonu'nun 1997 yılında yayınladığı Duyuru'da şöyle tanımlanmıştır:

"*İlgili ürün pazarı*"; ürünün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları açısından tüketici tarafından değiştirilebilir ya da ikame edilebilir sayılan bütün ürünleri ve/veya hizmetleri[34] (Talep ikamesi-Arz ika-

---

üzerine hem dağıtımı yapan birlikler hem de ANSEAU mahkum edilmiş, ANSEAU'nun üyelerine yaptığı tavsiyelerin hukuken bağlayıcı olmasa da, karar olarak nitelendirilebileceği söylenmiştir. Aynı şekilde, FRUBO-Komisyon, dava 71/74 (1975) ECR 563, pazarda % 75 payı olan Hollanda meyve üreticileri ve toptancılarının kurduğu birliğin meyve ithalatçıları ile anlaşarak sadece Rotterdam üzerinden ihale yapmalarının diğer şehirlerden fiilen ithalat yapılmasını engellemesi nedeniyle hukuka aykırı bulunmuştur. Bu konuda bkz. Sanlı, s.157, dn.92, 93.

33 Sanlı, s.156-157, dn. 90. "...davacı sendika tarafından, bir tüzel kişilik olan PÜİS'in yetkili kurullarının aldığı bir karar bulunmadığı, bu nedenle tüzel kişilik iradesinin Yasanın gerekli gördüğü biçimde oluşmadığı ve de açıklanmadığı iddia edilmekte ise de; bu iddiaya, davacı sendika tarafından şube başkanlıklarına gönderilen PÜİS antentli kağıtlarla, 7.10.1999 tarihli yazıyla kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanması konusunda çağrı yapılması ve bu çağrıya çeşitli şube başkanlıklarınca PÜİS genel merkezine hitaben yazılan yazılarla olumlu cevap verilmesi karşısında itibar edilmemiştir". Danıştay 10.D. 16.12.2003, 2001/1076 E., 2003/5205 K.

Rekabet Kurulu'nun Gaziantep ilinde ekmek taban fiyatının belirlenmesi ile ilgili TESK, Fırıncılar Federasyonu, Gaziantep Fırıncılar Odası hakkında açtığı soruşturma kapsamında, TESK'in ekmek taban fiyatı kararını 4. madde kapsamında yasaklarken, TESK'in talimatlarını yerine getiren Fırıncılar Federesyonu ve Gaziantep Fırıncılar Odası'nı sorumlu tutmamıştır. Karşı oy yazısında, 4054 sayılı Kanun'un yasakladığı bir konuda alınan karara uyulmasının 4. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği haklı olarak belirtilmiştir (RKK. No: 05-02/18-9, 7.1.2005).

34 *United Brands*, dava 27/76 (1978) ECR 207. Bu davada Komisyon ilgili ürün pazarını taze meyve pazarı yerine muz pazarı olarak tanımlamıştır. Buna göre, muzun fiziksel görünüm, kimyasal bileşim, lezzet, yumuşaklık, vitamin ve mineral içerik, fonksiyonel kolay ve hijyenik tutuş, yeme rahatlığı, özel besleyici değer, doyuruculuk ve ekonomik açılardan bütün bir yıl boyunca ikamesi olmadığı için diğer taze meyvelerden ayırmıştır.

Hoffmann/La-Roche, dava 85/76 (1979) ECR 461. Bu davada Komisyon, her bir vitamin grubunun kendine özgü metabolizmik fonksiyonu olduğu için, birbiriyle ikame edilebilir olmadığı gerekçesiyle, bu grupları ayrı birer pazar olarak değerlendirmiştir.

ABD'de *Microsoft* firmasına açılan soruşturmada, Colombia Bölge Mahkemesi ilgili ürün pazarını "*Intel uyumlu kişisel bilgisayar sistemleri*" olarak belirlemiştir. *Brown Shoe* davasında Mahkeme, erkek, bayan ve çocuk ayakkabılarını ayrı ürün pazarları olarak değerlendirmiştir. Bkz. Su, Kemal Tahir, Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tez Serisi No: 12, 2003, s.6 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mesi)[35]; "*Coğrafi Pazar*"; ilgili teşebbüslerin ürün ya da hizmetlerin arzı ile uğraştıkları, kendi içinde rekabet şartları yeterince homojen olan ve komşu bölgelerdeki rekabet şartları belirgin bir şekilde farklı olduğu için bu bölgelerden ayırt edilebilen alanı kapsar.

Bunun yanında pazarın "zaman" boyutu da önem arzeder. Zira, belirli bir ürün pazarı mevsimsellik[36] ya da teknolojik gelişme veya ekonomik ve sosyal gelişmelerle değişkenlik arzedebilir. ATM, ilgili pazarın doğru olarak tespit edilmemiş olmasını iptal nedeni saymaktadır[37].

C- Rekabeti Sınırlayıcı Yatay ve Dikey Anlaşmalar

Doğrudan veya dolaylı olarak rekabetin nasıl sınırlandığının anlaşılabilmesinde yatay ve dikey rekabet sınırlamalarının izahı faydalı olacaktır. Yatay (horizontal) rekabet ilişkisi, belirli bir piyasada ekonomik faaliyetini aynı düzlemde sürdüren teşebbüsler arasında görülür[38]. Örneğin, üç otomobil üreticisinin veya bunlara hammadde sağlayan teşebbüslerin kendi aralarındaki anlaşmalar, kısaca rakipler arasındaki anlaşmalar yatay rekabet ilişkisi olarak değerlendirilir. Dikey (vertical) rekabet ilişkisi ise, bir malın üreticisi ile dağıtıcısı-bayisi, sanayi işletmesi ile servis firması, franchise veren ile alan, tasarım veya patent gibi herhangi bir fikri ve sınai mülkiyet hakkı sahibi ile ondan lisans alan arasında sağlanır[39]. Yukarıdaki örnekte otomobil üreticisinin bayisi ile yaptığı anlaşma dikey anlaşma olarak adlandırılır.

---

35 Talep ikamesinin tespitinde "çapraz fiyat elastikiyeti" etkili bir yol olarak kullanılmaktadır. Ancak enflasyon oranlarının çok yüksek olduğu dönemlerde devamlı fiyat artışları karşısında bu kriteri uygulamak oldukça güç olacaktır.

Arz ikamesi, bir mal veya hizmeti üreten/dağıtan/satan teşebbüsün söz konusu ürün veya hizmetin fiyatının değiştiği durumlarda kolaylıkla başka bir ürün veya hizmeti üretecek/sunacak duruma geçebilmesi ifade edilir. İlgili Piyasa-Pazar kavramı hakkında geniş açıklama için bkz. Akıncı, s.199 vd.; Çetinkaya, Murat, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Kavramında Kullanılan Nicel Kavramlar, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 4, 2003, s.8 vd.

36 Rekabet Kurulu fuar organizasyonu ile ilgili verdiği bir kararda zaman boyutunu ele alarak ayrıntılı olarak incelemiştir. Bkz. MİB-CNR-TİAD kararı, No: 00-40/443-243, 20.10.2000.

37 European Night Services Ltd (ENS) / Komisyon, T-374-94, T-385-94,T-388-94, (1998) ECR II-03141; 69/89 sayılı Società Italiana Vetro SpA and Others / Komisyon, (1992) ECR 1403; 6/72 sayılı Europemballage Corporation and Continental Can / Komisyon, (1973) ECR 215;

38 Rekabetin yatay kısıtlanması hakkında geniş açıklama için bkz. Akıncı, s.66 vd.

39 Rekabetin dikey kısıtlanması hakkında geniş açıklama için bkz. Karakurt, Alper, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi, No:11, Ankara 2005.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

D- Amaç ve Etki/Rule of Reason (Haklı Sebep) ve De Minimis Kuralı

Teşebbüsler arası bir anlaşma, karar ve uyumlu eylemin rekabete aykırılık teşkil edebilmesi için, bu anlaşma, karar ve uyumlu eylemin rekabeti engellemesi, bozması ya da sınırlaması gerekmektedir.

Rekabet Kanunu 4. m. hükmüne göre, danışıklılık ilişkisinin "*rekabeti engellenme, bozma ya da kısıtlama*" amacını taşıması[40] (her üçünün bir arada bulunması şartı aranmaksızın) ya da en azından potansiyel olarak belirli bir piyasadaki rekabet düzenini etkileyebilecek nitelikte olması gerekir[41]. Genel yasaklama koşulu getiren bu hükümle rekabet düzenini bozacak nitelikte anlaşmaların uygulanmış olması şartı aranmayacaktır[42]. Kısaca rekabete olumsuz etkinin gerçekleşebileceği her türlü durum, zararlı etkiler doğmamış olsa dahi yasak kapsamına girecektir[43]. Rekabeti sınırlayıcı nitelikteki bir anlaşmanın etkilerinin meydana gelip gelmemesi rekabete aykırılığın tesbiti açısından değil sadece Rekabet Kurulu'nun uygulayacağı ceza açısından önem arzeder[44]. Diğer taraftan, teşebbüsler arası bir anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin rekabeti kısıtlayıcı etki doğurmasını tarafların öngörmüş olup olmamalarının sorumluluk açısından bir önemi yoktur.

Burada Amerikan Hukuku'nda geliştirilen *Per Se* ve *Rule of Reason* dok-

---

40 Örneğin, fiyat tespiti, arzın kontrolü, piyasa paylaşımına yönelik yatay anlaşmalar, dikey anlaşmalar çerçevesinde mutlak tekel hakkı verilmesi gibi. Ancak anlaşmanın amacı rekabeti sınırlama olmamakla birlikte taraflar arasında bazı yan rekabet sınırlamaları konulabilir. Ticari işletmenin devrinde ve birleşme ve devralmalarda söz konusu olan bu tür sınırlamaların makul bir seviyeyi aşmaması gerekir. Rekabet Kurulu, "Ege Liman İşletmeleri A.Ş. Hissedarlık Anlaşması"nda yer alan rekabet yasağının yan sınırlama kabul edilerek işleme menfi tespit belgesi verilmesi talebini "*...rekabet yasağına ilişkin hükmün, ortak kontrolün devamı yerine hissedarlığın devamı süresine bağlanmış olması sebebiyle, zorunlu ve makul olma sınırını aştığına, bu haliyle yan sınırlama sayılmasının mümkün olmadığına, anılan hükmün değiştirilerek, rekabet yasağının ortak kontrolün devam edeceği süre ile sınırlandırılması halinde yan sınırlama sayılabileceğine*" karar vermiştir (RKK. No:04-72/1045-259, 19.11.2004).

41 "Rekabet Hukukunun uygulanması bakımından önemli olan, rekabetin sınırlanması veya sınırlanması tehlikesidir. Bir davranışın rekabete aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde, davranışın rekabet üzerinde yarattığı veya yaratabileceği etkiler dikkate alınmalıdır." Danıştay 10.D.2001/1076 E, 2003/5205 K. 16.12.2003.

42 Rekabet Kurulu, bir kararında "*...bir anlaşmada, rekabeti sınırlama amacı açıksa, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, "Per se" rekabet ihlali oluşturur. Bu durumda anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek yoktur. Rekabeti bozucu nitelikte olan anlaşmalar, tarafların kendi bağımsız rekabetçi faaliyetlerini ortak çıkarlar adına gözden çıkardıkları bir yapısal çerçeve yaratır. Bu sebepten dolayı, sadece rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olmak, anlaşma etkilerini gerçekleştirmemiş olsa dahi yasaktır*" demiştir. (bkz. Akçansa/Batıçim/Batısöke/Çimentaş/Denizli, RKK. No:99-30/276-166(a), 17.06.1999. Ayrıca bkz. İstanbul Ekmek Pazarı, RKK. No:99-49/536-537 (a), 27.10.1999; Ankara Akaryakıt Satıcıları Derneği/PÜİS/TABGİS, RKK. No:00-35/392-219, 18.09.2000.

43 Consten and Grunding v./Komisyon, dava 56, 58/64 (1966) ECR 299, (1966) CMLR 418; John Deere Ltd. v./Komisyon, dava C-7/95 P, (1998) ECR I-3111, 72.

44 Ankara Akaryakıt Satıcıları Derneği/ PÜİS/TABGİS, RKK. No:00-35/392-219, 18.09.2000; MİB-CNR-TİAD, RKK. No:00-40/443-243, 20.10.2000; Ege Eczacılar Vakfı/İEİS/TİSD/YİSD, RKK. No:00-1 (b) 11-5, 12.01.2000.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

trini[45] gözönüne alınmalıdır. Amerikan Hukuku uygulamasında ilk zamanlarda Sherman Yasası katı bir şekilde yorumlanarak, ticareti kısıtlayan her türlü sözleşme, tröst veya gizli işbirliği hukuka aykırı kabul edilmiş ve kendiliğinden *(Per-Se)* geçersiz sayılmıştır. Ancak, ticaretin kısıtlandığı her durumun hukuka aykırı sayılmasının ekonomik hayata olumsuz etkilerinin görülmesi nedeniyle bu görüş terkedilerek, rekabeti *"makul ölçüler"* dışında sınırlayan anlaşmaların hukuka aykırı sayılması gerektiği görüşü hakim olmuştur. *Rule of Reason* ya da *haklı sebep kuralı*'na göre, rekabeti sınırlandırdığı iddia edilen bir anlaşma piyasadaki olumlu ve olumsuz etkileri ile birlikte değerlendirilmekte ve sonucuna göre hukuka aykırılık tespit edilmektedir.

Avrupa Topluluğu Hukuku'nda, kaynağını içtihatlardan alan *De Minimis Kuralı*'na[46] göre de, bir anlaşma, karar ya da davranış rekabet hukuku kurallarını ihlal eder nitelikte olsa dahi, ortak pazarda rekabet üzerinde hissedilir derecede bir etkisi yoksa, rekabet ihlali olarak değerlendirilmeyecektir. ATM, de minimis kuralını 1969 yılında verdiği 5/69 s.*Volk / Vervaecke* kararında koymuştur[47].

Rekabeti sınırlayıcı etki doğuran teşebbüsler arası anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin ülke içinde yapılmış olması zorunlu değildir. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un "Kapsam" başlığını taşıyan 2. m. "Türkiye sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren *ya da bu piyasaları etkileyen* her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar...bu Kanun kapsamına girer" denildiğinden, uluslararası teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşmalar ya da aldıkları kararlar Türkiye piyasasını etkiliyorsa Rekabet Kurulu bu teşebbüsler hakkında soruşturma açabilecektir[48].

---

45 Per Se ve Rule of Reason doktrini hakkında geniş açıklama için bkz. Akıncı, s.214 vd.

46 Komisyon 1970 yılında Önemsiz Anlaşmalara İlişkin Duyuru ile "hissedilir derecede etkilemek" kavramını belirginleştirmek ve somut bir içerik kazandırmak istemiş, mutlak bağlayıcı olmayan objektif ölçütler getirmiştir: Ortak Pazarın bir kısmındaki piyasada oluşan ticaret hacmi etkisinin yüzde beşin altında olması; Anlaşmaya taraf teşebbüslerin (imalatçıların) toplam cirolarının 15 milyon ECU'yu, ticari teşebbüslerin (satıcıların) 20 milyon ECU'yu geçmemesi. Çeşitli değişikliklerden sonra Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın 81(1) maddesine Göre Rekabeti Ölçülebilir Şekilde Kısıtlamayan Tali Önemi Haiz Anlaşmalara İlişkin Komisyon Tebliği (2001/C 368/07)'nde ise, rakipler arasındaki anlaşmalar bakımından anlaşmanın taraflarının ilgili pazardaki toplam pazar paylarının %10'u aşmıyor olması, rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalar bakımından ise, anlaşmanın taraflarından her birinin ilgili pazardaki pazar paylarının %15'i aşmıyor olması sınırı getirilmiştir. Pazarda benzer etkilere sahip anlaşmalar ağının kümülatij sınırlama etkisinin varlığı durumu için ise, rakip ve rakip olmayanlar arasındaki anlaşmalar bakımından %5 pazar payı sınırı benimsenmiştir.

47 ATKD (1969) 295. ATM Volk'ın Almanya'daki Pazar payının 1963 ve 1966 yıllarında % 0.2 ve % 0.5 civarında olduğunu, piyasadaki yeri bu kadar önemsiz bir firmanın sağladığı inhisar hakkının, üye ülkeler arasındaki ticarete etkisinin küçük olacağını belirtmiş ve ATA m.81. uygulamamıştır. Bkz. Tekinalp/Tekinalp, s.419 N.69.

48 Arı, s.132.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II) MUAFİYET

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. m. kapsamına giren bütün anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasak kapsamında değerlendirmek ticari hayatın gerekleri ile bağdaşmayabilir. Bu tür anlaşma, uyumlu eylem ya da kararlar rekabeti sınırlamakla birlikte ekonomiye ya da tüketicilere fayda sağlayabilirler. Kanun koyucu, bu yararı gözeterek rekabeti sınırlayıcı amaç ya da etkisi nedeniyle esasında 4. m. kapsamında değerlendirilip yasaklanması gereken anlaşma, uyumlu eylem ya da kararlar için Kurul'a muafiyet tanıma yetkisi vermiştir.

Rekabet Kanunu'nun 5. m. "*Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde*[49] *teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:*

a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,

b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,

c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması,

Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir[50]*. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir*[51].

Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli

---

49 Fıkrada yer alan "*ilgililerin talebi üzerine*" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır (2.07.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun m.1, RG.13.07.2005, 25874).

50 Rekabet Kurulu, Bankalararası Kart Merkezi (BKM)'nin kredi kartı komisyon oranı belirleme uygulaması aleyhine açtığı soruşturmada, BKM'nin muafiyet talebini şartlı kabul etmiş ve süresini 2 yıl olarak belirlemiştir: "*Ortak takas komisyonu uygulamasına Kanun'un 5.maddesi kapsamında muafiyet tanınabilmesi için, BKM tarafından uygulanmakta olan formülde, fonlama maliyetinin hesaplanmasında TCMB tarafından belirlenen gecelik (overnight) faiz oranının esas alınması ve operasyonel maliyetler kaleminde batak maliyeti unsurunun dikkate alınmaması halinde bireysel muafiyet tanınabileceğine...*" (RKK, No: 05-43/602-153, 1.7.2005). Kurul diğer bir kararında YKM mağazalarının bayileriyle yaptığı anlaşmada yeniden satış fiyatı belirlenmesine ve yalnızca YKM Sigorta ile sigorta işlemlerinin yapılacağına dair kısıtlamaların kaldırılması halinde bireysel muafiyet tanınabileceği yönünde karar vermiştir (RKK, No: 01-25/245-67, 29.05.2001).

51 2.07.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun m.1 ile değiştirilen fıkranın eski şekli: "*Muafiyet kararları en çok beş yıl için verilir. Muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Kurulca verilen muafiyet süresi sona erdiğinde muafiyet şartları halen devam ediyorsa ilgili tarafların başvurusu üzerine muafiyet kararı yenilenebilir*".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir"[52].

Muafiyet sistemi, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların sebep oldukları zararlar ile olumlu (etki) yönlerinin dengelenmesini hedef almaktadır. Rekabet Kurulu tarafından bir anlaşmaya, uyumlu eyleme ya da karara muafiyet tanınmış olması, söz konusu anlaşmanın, uyumlu eylemin ya da kararın rekabeti sınırlayıcı bir etkisinin olmadığı anlamına gelmez. Muafiyet tanınan anlaşma, uyumlu eylem ya da kararın rekabeti sınırlayıcı niteliği devam etmekle birlikte, daha üstün yararlar nedeniyle bu anlaşma, uyumlu eylem ya da karara belirli bir süre müsamaha ile bakıldığı anlamına gelir[53].

Kanunun 4. m. kapsamında değerlendirilen anlaşmalara geçersizlik yaptırımı uygulanmakta (RK.m.56), muafiyet kararı ile söz konusu anlaşmalar baştan itibaren geçerlilik kazanmaktadır. Rekabet Kurulu'nun muafiyet kararına kadar bu anlaşmalar "*askıda hükümsüz*"dür[54]. Muafiyet kararını ancak Rekabet Kurulu verebilir. Mahkemelere bu yönde bir yetki tanınmamıştır[55].

Rekabet Kurulu muafiyet kararını verirken iki olumlu (ekonomik fayda, tüketicinin yararlanması) ve iki olumsuz (ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmaması)[56] şartı birlikte aramalı, bu şartların varlığı halinde muafiyet kararını vermelidir. Kurul yanlızca şartların yerine getirilip getirilmediği konusunda takdir hakkına sahiptir. 5.maddede sayılan şartlar mevcut ise muafiyet kararı verilmelidir[57]. Ancak Kurul, muafiyet kararını belirli şartlara veya yükümlülüklere bağlı olarak da verebilir. Hemen belirtelim ki, Kurul, sözleşme özgürlüğüne müdahale etmeden rekabeti sınırlayıcı kısımlara müdahale etmeli ve taraflarla müzakere ederek bu yetkisini kullanmakta özel önem göstermelidir[58].

---

52 Benzer şekilde ATA m.85/3 ile Komisyon'a, m.85/1'de yasaklanan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını belirli şartlar altında bireysel ya da grup muafiyetinden yararlandırma yetkisi tanınmıştır. Sözkonusu şartları şöyle sıralayabiliriz: a) Ekonomik yarar-teknik gelişmeye katkı b)Tüketicinin doğacak yarardan uygun ölçüde faydalanması c) Rekabetin gereğinden fazla sınırlanmaması.

53 Arı, s.168.

54 Tekinalp/Tekinalp, s.432 N.95; Gürzumar, Osman, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Dergisi, S.12, s.7 vd.; Arı, s.201. Aksi görüş (eksik işlem) için bkz.Topçuoğlu, s.291; Sayhan, İsmet, Rekabeti Sınırlayan İşbirliği Uygulamalarının Yasak Kapsamı Dışında Bırakılması, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.1-2, Haziran 2005, s.604 vd.

55 Tekinalp/Tekinalp, s.433 N.103; Sanlı, s.126; Topçuoğlu, s.245.

56 "Tilmen Oteli Anlaşması-LPG tüpü Adıyaman ilinde yerel rakipleri piyasa dışına itmeye yönelik yıkıcı fiyat uygulamasını amaçlayan hükümler açık rekabet ihlalidir ve hiçbir şekilde 4.maddenin uygulanmasından muaf tutulamaz". RKK, No:93/750-159, 26.11.1998.

57 Sayhan, s.578; Sanlı, s.126 ve dn. 420; Topçuoğlu, s.247.

58 Sanlı, s.135.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

A- Bireysel Muafiyet

Rekabet Kurulu'nun rekabeti sınırlayıcı ilişkileri RK.m.4'teki yasaklama ve hukuka aykırılıktan kurtaran kararı *birel (koşul) işlemdir*[59] ve *yenilik doğurucu* etkiye sahip olup, bireysel muafiyet tanınan rekabeti kısıtlayıcı ilişki nedeniyle artık idari para cezası uygulanamayacağı gibi tazminat talebinde de bulunulamayacaktır.

Kurul, bireysel muafiyet çerçevesinde ilgili piyasayı, tarafların ekonomik güçlerini, rekabetin ne ölçüde sınırlandığını araştırırken, ekonomik ve teknik analizlerle somut olarak tarafları ele aldığından, daha adil bir sonuca varabilecektir. Ancak böyle bir araştırma Kurul'un yeterli eleman ve altyapısına bağlıdır.

Rekabet Kanunu'nun 5. m. 2.7.2005 tarihli değişiklik[60] ile bireysel muafiyet tanınmasında "ilgililerin talebi"ni zorunlu kılan hüküm kaldırılmıştır. Buna paralel olarak RKm.10'un ilk fıkrası[61] da yürürlükten kaldırılarak, Kanunun bu yeni sistematiği ile uyumlu hale getirilmiştir. Bu düzenleme ile ilgililerin talebi aranmaksızın Rekabet Kurulu'nun bireysel muafiyet tanıyabileceği kabul edilmiş, ayrıca, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yapıldıkları tarihte Kurum'a bildirilmemiş olsa dahi Rekabet Kurulu'nun ileriki bir tarihte vereceği muafiyet kararı eskiden olduğu gibi muafiyetin tanındığı andan değil, anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerli sayılmıştır.

2.7.2005 tarihli değişiklik ile bireysel muafiyeti 5 yıl ile sınırlandıran hükmün kaldırılması da yerinde olmuştur. Özellikle yatırım maliyetinin yüksek olduğu ve geri dönüşümün 5 yıldan daha fazla bir sürece yayıldığı hallerde, 5 yıldan sonra muafiyetin devam edip etmeyeceğinin belirsiz olması tarafları caydırıcı etkiye sahipti.

B- Grup Muafiyeti

Bireysel muafiyet tanıma işleminde her işlem için tarafların farklı olma olgusu ve aynı piyasada faaliyet gösteriliyor olması dikkate alınarak, teşebbüslerin faaliyetlerinin rekabeti kısıtlayıcı etkiye sahip olup olmadıklarını tek tek araştırmak yerine, Tebliğ aracılığı ile yeknesak kurala bağlı kılınarak grup (blok) muafiyet sistemi Topluluk Hukuku'nda öteden beri uygulanagelmiştir[62]. Rekabet Kurulu da kaynağını Topluluk Hukuku'ndan alan çe-

---

59 Birel-Koşul işlem hakkında bkz. Özay, İl Han, "Günışığında Yönetim", İstanbul 1992, s.209 vd.

60 5388 s. Kanun, RG.13.07.2005, 25874.

61 RK.m.10'un mülga 1.fıkrası: "4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumla eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirilir. Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz. Zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet, bildirim tarihinden itibaren geçerlidir".

62 Muafiyet tanımaya yetkili organ Konsey'dir. Konsey 2 Mart 1965 tarih ve 19/65 sayılı ile 20 Aralık 1971 tarih ve 2821/71 sayılı çerçeve Tüzükleri çıkararak Komisyon'a tüzük çıkarma yetkisi tanımıştır. Komisyon'un yayınladığı Tüzükler: 1983/83 sayılı Tek Elden Dağıtım

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

şitli anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti tanıyan Tebliğler yayınlamıştır. Tek elden dağıtım[63], tek elden satın alma[64], franchising anlaşmalarına[65] ilişkin Tebliğler 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği[66] ile yürürlükten kaldırılmıştır. Kurul ayrıca motorlu taşıtların dağıtım ve servisi[67], araştırma ve geliştirme anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti[68] tebliğlerini yayınlamış, 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği[(69)] ile yürürlükten kaldırılmıştır. Topluluk uygulamasında olduğu üzere, Türk Hukuku'nda da geniş olarak grup muafiyeti sisteminin uygulanması Kurul'un işlerini kolaylaştıracağı gibi taraflara da hukuki güven temin edecektir.

C- Muafiyet Kararının Geri Alınması[70]

Rekabet Kanunu'nun 13. m. *"Aşağıdaki hallerde muafiyet kararı geri alınabilir ya da tarafların belirli davranışları yasaklanabilir:*

a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması,

---

Sözleşmelerine İlişkin Topluluk Tüzüğü (ATRG 1983 L 173, 30.06.1983, 1- Düzeltme: ATRG 1983 L 281, 13.10.1983, 24); 1984/83 sayılı Tek Elden Satın Alma Sözleşmelerine İlişkin Topluluk Tüzüğü (ATRG 1983 L 173, 30.6.1983, 5-Düzeltme: ATRG 1983 L 281, 13.10.1983, 24); 1475/95 sayılı Motorlu Araçların Dağıtımı ve Servisine İlişkin Topluluk Tüzüğü (ATRG 1995, L 145, 28.06.1995); 240/96 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Topluluk Tüzüğü (ATRG 9.2.1996, L 31/2); 4087/88 sayılı Franchise Sözleşmelerine İlişkin Topluluk Tüzüğü (ATRG 28.12.1988, L 359, 46); 417/85 sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Topluluk Tüzüğü (ATRG 22.2.1985, L 53/1) ve değişik 151/93 (ATRG 29.1.1983, L 21/8) ve 2236/97 (ATRG L 306, 12); 418/85 sayılı Araştırma ve Geliştirme Sözleşmelerine İlişkin Topluluk Tüzüğü (ATRG 22.2.1985, L 53/5) ve değişik 151/93 (ATRG 29.1.1983, L 21/8) ve 2236/97 (ATRG L 306, 12). (Bu tüzük 31 Aralık 2006'ya kadar yürürlüktedir.); 2790/1999 (AT) sayılı Antlaşmanın 81(3) Maddesinin Dikey Anlaşma ve Uyumlu Davranışlara Uygulanması Hakkında Komisyon Tüzüğü (ATRG 29.12.1999 L 336 / 21-25); 1400/2002/AT sayılı Antlaşmanın 81(3) Maddesinin Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşma ve Uyumlu Eylem Kategorilerine Uygulanması Hakkında Komisyon Tüzüğü (ATRG 1.8.2002 L 203).

63 Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 1997/3, (RG. 4.9.1997, 23100) *-yürürlükten kalkmıştır.*

64 Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 1997/4, (RG. 9.9.1997, 23105)- *yürürlükten kalkmıştır.*

65 Franchising Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 1998/7, (RG. 16.12.1998, 23555)- *yürürlükten kalkmıştır.*

66 RG.14.07.2002, 24815. Bu Tebliğ'de 2003/3 sayılı Tebliğ ile değişiklik yapılmıştır.

67 Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 1998/3, (RG. 1.4.1998, 23304) *-yürürlükten kalkmıştır.*

68 Araştırma Ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 2003/2.

69 R.G. 12.11.2005, 25991

70 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik yapılmasına ilişkin 19 Nisan 2005 tarihli taslakta, 13 üncü maddenin başlığı ile birinci cümlesi ve ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilerek maddeye aşağıdaki gibi üç yeni fıkra eklenmiştir.

Muafiyetin Geri Alınması (m.13) *"Kurul, aşağıdaki hallerde muafiyeti geri alabilir ya da koşula bağlayabilir:*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi,

c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması.

Geri alma kararı (a) bendinde değişikliğin olduğu tarihten, diğer hallerde ise muafiyet kararının verildiği tarihten itibaren geçerlidir.

(c) bendinde belirtilen yanlış ve eksikliğin ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmesi halinde karar hiç alınmamış sayılır".

Hem bireysel muafiyet hem de grup muafiyeti yönünden aranan koşullara ilişkin karar gelecekle ilgili öngörülere dayanılarak verilmektedir[71]. Bu nedenle, ileride kararın alınmasına uymayan sonuçlar ortaya çıktığında Kurul kararını geri alabilecektir. Geri alınma, ticari hayattaki değişmelerden kaynaklanabileceği gibi, teşebbüsün davranışlarından da kaynaklanabilir. Ancak, ticari hayattaki değişmelerin bireysel muafiyet tanınan teşebbüs açısından dikkatlice incelenmesi gerekir. Özellikle, ticari faaliyetlerindeki başarısı nedeniyle rakiplerinin piyasadan çekildiği durumlarda muafiyet tanınan teşebbüsün bu ticari başarısını muafiyet kararını geri almak suretiyle cezalandırmak doğru olmayacaktır[72].

Muafiyet kararı esasında geçersiz bir anlaşmaya belirli bir süre için geçerlilik kazandırmakta, kararın geri alınması ile anlaşma tekrar geçersiz olmaktadır. Muafiyetin geri alınması, geri almaya neden olan duruma göre farklı sonuçlara bağlanmıştır. Geri alma, kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olaydaki değişiklik nedeniyle olmuşsa, geri alma kararı *değişikliğin olduğu tarihten*[73] itibaren hüküm ifade eder. Sözkonusu değişikliğin *esaslı nitelikte* olması gerekir.

Geri alma kararı (a) bendinde değişikliğin olduğu tarihten, diğer hallerde ise muafiyet kararının verildiği tarihten itibaren geçerlidir.

Grup muafiyeti tebliğleri ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, 5 inci maddede düzenlenen koşullardan herhangi biriyle bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, Kurul söz konusu anlaşmaya Tebliğ ile tanınan muafiyetin geri alınmasına karar verebilir.

Kurul, muafiyet kararlarının geri alınmasına veya şarta bağlanmasına ilişkin nihai kararını vermeden önce tarafların yazılı veya sözlü görüşlerini ister.

Bir grup muafiyeti tebliğinden yararlanan benzer nitelikteki anlaşmaların ilgili pazarın önemli bir bölümündeki rekabeti tebliğden beklenen faydalarla bağdaşmaz şekilde sınırlaması durumunda Kurul, yayınlayacağı bir tebliğ ile belirli sınırlamaları taşıyan anlaşmalardan söz konusu tebliğin sağladığı muafiyeti geri alabilir".

71 Rekabet Kanunu'nun 5. m. gerekçesinde, "*Muafiyet kararları belirli süre için verilecek ve belirlenen şartların varlığı halinde bu kararlar yenilenebilecektir. Böylelikle Kurul'a, ilgili pazarda muafiyet kararı verildikten sonra meydana gelebilecek değişmeleri ve rekabetin sınırlanması sonucunu doğurabilecek gelişmeleri sürekli izleme fırsatı verilmiş olacaktır*" denilmektedir.

72 Sanlı, s.478 dn.179.

73 Değişikliğin hangi tarihte meydana geldiğini belirlemek güç olduğu gibi, bu değişikliğin meydana gelmesinde teşebbüsün davranışının bir etkisi olmadığı durumlarda sözkonusu teşebbüsün aleyhine sonuç doğuracak şekilde karar vermek hakkaniyete aykırı olacaktır. Arı, s.189; Topçuoğlu, s.294.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Karara bağlanan şartların ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ya da kararın sözkonusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanılarak verilmesi durumlarında, geri alma kararı, muafiyetin tanındığı tarihten itibaren geçerli olur. Ancak, yanlış veya eksik bilgi, teşebbüsün hilesi veya kastından kaynaklanmışsa, muafiyet kararı hiç alınmamış sayılır. Kararın hiç alınmaması demek, ilgili anlaşma, uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararının baştan itibaren Kanun'un 4 m. kapsamında kalması demektir. Böyle bir durumda Kurul muafiyet kararı nedeniyle uygulayamadığı yaptırımları geriye etkili olarak uygulayabilecektir[74].

Muafiyet kararı, teşebbüslerin yanlış veya eksik bilgi vermesinden değil de, Kurul'un sözkonusu anlaşma, uyumlu eylem ya da karar ile ilgili eksik veya yanlış değerlendirme yapmasından kaynaklanıyorsa, hukuka aykırı bir kararı Kurul, her zaman geri alabilir. Ancak bu durumda, geri alma kararına kadar geçen süre içinde teşebbüslere herhangi bir müeyyide uygulanmayacaktır.

Kurul, bir anlaşma, uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararının Grup Muafiyeti Tebliğ'lerindeki şartları taşımaması nedeniyle, Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında olmadığına karar verebilir[75]. Bu durumda, Kurul kararı ileriye etkili sonuçlar doğurur[76].

III) HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Avrupa Topluluğu'nda[77] olduğu gibi Türk Rekabet Hukuku'nda da hakim durumda bulunan teşebbüslerin bu durumlarını kötüye kullanmaları hukuka aykırı bulunarak yasaklanmıştır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. m. *"Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan ve-

---

74 Sanlı, s.238; Arı, s.190.

75 Ulusal Basın Gazetecilik AŞ/BİRYAY/YAYSAT/BBD, RKK. No:00-49/529-291, 14.12.2000.

76 Aslan, bu kararın tespit niteliğinde bir karar olduğunu belirtirken (bkz. Aslan, s.143), Sanlı, kararın kendine özgü yenilik doğurucu bir karar olduğunu söylemektedir (bkz. Sanlı, s.467-468 dn.113).

77 ATA m.82'ye göre, *"bir ya da birden fazla teşebbüsün Ortak Pazarda ya da Ortak Pazarın önemli bir bölümünde sahip oldukları egemen durumu kötüye kullanmaları Üye Devletler arasındaki ticarete zarar verebileceği oranda, Ortak Pazarla bağdaşamaz ve yasaktır"*. Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, B.1, 1997, s.684 Rn.1; Tekinalp, /Tekinalp, Avrupa Birliği Hukuku, s.435 N.109 ve hakim durumda bulunan teşebbüsün mücerret hakim durumu dolayısıyla hukuka aykırı kabul edilmesi tehlikesi tartışması için bkz. N.111.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

b) *Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırımcılık yapılması,*

c) *Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,*

d) *Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,*

e) *Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması."*

A- Hakim Durumun Tanımı

Rekabet Kanunu'nun 'Tanımlar' başlığını taşıyan 3. m. hakim durum: "*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız olarak hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü*", ifade eder[78]. Bu tanımda, sadece satıcı olarak hakim teşebbüs konumunda olunabileceği ifade edilmiş, alıcı olarak da hakim durumda olunabileceği dikkate alınmamıştır. Bu hususun da tanımda yer alması gerekir.

Özellikle fikri veya sınai mülkiyet haklarının[79] olduğu (patent, tanınmış marka gibi) durumlarda hakim durum ortaya çıkabilir. Bu halde de, fikri mülkiyet hakkının özgül konusuna dahil olmayan kullanımı rekabet kurallarını ihlal ediyorsa, rekabet kuralları uygulama alanı bulacaktır.

---

78 Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına ilişkin taslakta hakim durum tanımı kaldırılmaktadır. Bir müessesenin belirlenmesi bakımından tanımın taşıdığı önem gözönüne alındığında, rekabet hukuku açısından çok önemli olan hakim durum tanımının kanundan kaldırılmasının belirsizliğe neden olacağı, bu nedenle muhafazasının uygun olacağını düşünmekteyiz.

79 Fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin ayrı yasal mevzuat mevcuttur. Bir fikri veya sınai mülkiyet hakkına sahip olmak fikri ve sınai mülkiyet haklarına özgü bu mevzuat ile korunduğu halde, bu hakkın kötüye kullanıldığı durumlarda RKm.6 devreye girecektir. 69/89 sayılı Radio Telefis Eireann (RTE/Komisyon) kararında, ATM kamu kurumu olan İrlanda televizyonu RTE'nin haftalık televizyon programı dergisi çıkarma konusunda telif hakkına sahip olmasını kabul ederken, Magill adlı bir işletme tarafından dergi çıkarılmasının engellenmesini hakkın kötüye kullanımı olarak görmüştür (ATKD, 1991, II-485).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Amerikan Hukuku'ndan farklı olarak[80], Topluluk ve Türk Rekabet Hukuku'nda[81] hakim durumda olmak yasak edilmemiştir.

Hakim durum tesbit edilirken sözkonusu teşebbüs ya da teşebbüslerin pazar gücü esas alınmaktadır[82]. Tekel (monopol) konumunda olan teşebbüsün hakim durumda olduğu açıktır. Monopol gibi hareket ederek rekabeti engelleme gücüne sahip olan kısmi tekel konumundaki teşebbüsler de hakim durumda kabul edilirler[83].

Hakim durumda olmak için belirli bir ekonomik güce sahip olmak gerekir. Bir teşebbüsün pazarda hakim durumda olduğunun en önemli göstergesi ilgili pazarda sahip olduğu nisbi paydır. Rekabet Kanunu'muz hangi oranda pazar payına sahip olunduğunda teşebbüsün hakim durumda olacağına ilişkin niceliksel bir ölçüye yer vermemiştir. Bazı ülke mevzuatlarında, örneğin Almanya'da tek başına 1/3 pazar payına sahip olan bir teşebbüs hakim durumda kabul edilirken; iki veya üç teşebbüs % 50 pazar payına, dört veya beş teşebbüs 2/3 pazar payına sahip olduklarında hakim durumda oldukları farzedilir (GWB § 19). Amerikan uygulamasında, Alcao davasında % 90'lık pazar payı yeterli görülürken, % 60-64'lük oranın şüpheli, % 33'lük bir oranın ise kesinlikle yetersiz olduğu savunulmuştur. ATM ve Komisyon kararlarında Michelin[84] davasında % 57-65'lik bir oran yeterli görülürken, Chiquita davasında % 40-45'lik bir oran yeterli görülmeyerek başkaca kıstasların da aranması gerektiği belirtilmiştir.

Bir teşebbüs tek başına hakim durumda olabileceği gibi, birden fazla teşebbüs birlikte hakim durumda olabilir[85]. Ancak hemen belirtelim ki, bir

---

80 Blechman Michael D./Bernstein, Robert B., Ausländisches Kartellrecht, U.S. Antitrust Recht, in Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkunken, 1999/GWB, B.I, 2000 Tz.71-82; Özsunay, Ergun, Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s.8. Akıncı ise, Amerikan hukukunda hakim durumun yasak olmadığı kanaatindedir. Bkz. Akıncı, s.258,

81 Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6. m. gerekçesi: "*Bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hakim konuma gelmesi, Rekabet Hukuku açısından sakıncalı değildir. Aksine ülkemizde sermayenin yoğunlaşması, sermaye birikiminin ve yatırımların artması istenmektedir. Çünkü gelişen dünyada dış ticaret gittikçe artmakta, gümrük duvarları çeşitli anlaşmalarla ya indirilmekte ya da tamamen kaldırılmaktadır*".

82 Leo, Hans-Christopf/Knöpfler, Robert, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gemeinsuhaftskommentar, 5.Auflage, 2001, Tz.203; Emmerich, Volker, Kartellrecht, 8. Auflage, München 1999, s.447 N.48; Gamze Aşcıoğlu, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku'nda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, Rekabet Kurumu Lisasüstü Tez Serisi No: 4, s.108.

83 Özsunay, s.7-8; Aslan, Rekabet Hukuku, s.211; Bağrıaçık, Atilla, Türk Sanayinde Pazar Hakimiyeti, İstanbul, 1983, s.13; Sanlı, s.275, Açıklamalar, 1.

84 322/81 sayılı Nederlandische Banden-Industrie Michelin / Komisyon Kararı, ATKD (1983), 3461.

85 Tekinalp/Tekinalp, s.458 N.176; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.115 vd.; Sanlı, s.256; Aslan, s.229. T-68, 77/89 sayılı Italian Flat Glass: Societa Italiana Vetro/Komisyon kararı, ATKD (1992), II-1403; 97/624 sayılı Irish Sugar /Komisyon kararı, ATRG 258/1. Turkcell-Telsim'in birlikte hakim durumda oldukları hakkındaki Rekabet Kurulu Kararı için bkz. RKK. No:03-40/432-186, 9.6.2003.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

grup (konzern), holding ortaklığının ve ona bağlı işletmelerin (yavru şirketler) sözkonusu olduğu durumlarda, ana teşebbüsün hakim durumu araştırılırken bağlı işletmelerin pazar payı da ana teşebbüsün pazar payına eklenerek, tek teşebbüs olarak kabul edilirler.

Bir teşebbüsün belirli bir piyasada hakim durumda olup olmadığına karar verebilmek için *İlgili Piyasa* ya da *İlgili Pazar*'ın incelenmesi gerekir. Yukarıda 4.maddeyi incelerken anlatıldığı üzere[86], İlgili Pazar üç açıdan değerlendirilmelidir[87]: 1-İlgili ürün veya hizmet pazarı, 2-İlgili coğrafi pazar, 3-İlgili dönemsel (zaman) pazar[88].

Bir teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olup olmadığını tespit etmek için pazar payı her zaman yeterli bir ölçüt olmamaktadır. Özellikle pazar payının % 50'nin[89] altında olduğu durumlarda, "giriş engelleri" olarak adlandırılan *"ilgili pazara yeni girecek teşebbüslerin karşılaştıkları her türlü zorluk"*[90] olarak tanımlanan faktörlerin de dikkatle incelenmesi gerekir. Piyasada faaliyete geçebilmek için yüksek maliyetli yatırıma ihtiyaç duyulması doğal giriş engeli olarak kabul edilmekte, yapılan yatırımların başka bir faaliyet için kullanılmasının mümkün olmaması veya bunların devrinin güç olması çıkış engeli olarak adlandırılmaktadır[91].

Piyasaya giriş engelleri, teşebbüsün finansal gücü[92], ekonomik büyüklük, dikey bütünleşme ve dağıtıcı sistemine sahip olma[93], kullandığı teknolojinin yüksekliği (ar-ge yatırımlarının büyük maliyetler gerektirmesi), ürün kalitesi[94], örgütleme ve satış teknikleri[95], mevzuatın teşebbüse sağla-

---

86 Bkz. §1, I, B.

87 Tekinalp/Tekinalp, s.437 vd.; Aslan, s.214 vd.; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.92 vd, 152 vd.; Sanlı, 246 vd.; Arı, 103 vd.

88 Petrol krizinin yaşandığı bir dönemde küçük bir teşebbüs dahi hakim teşebbüs rolünü oynayabilir. Bkz. Tekinalp/Tekinalp, s.438 N.119.

89 ATM, Metro'nun % 10 pazar payına sahip bulunması karşısında hakim durumun tespiti için diğer faktörlerin araştırılmasını reddetmiştir Bkz. 26/76 sayılı Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co KG / Komisyon kararı, ATKD (1977) 1875.

90 Tekinalp/Tekinalp, s.446 N.148; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.110; Sanlı, s.253; Arslan, s.216 vd.

91 Sanlı, s.253.

92 ATM, *Continental Can* kararında, sermaye piyasaları ile kolay bağlantı sağlanabilmesini hakim duruma sahip olma kriteri olarak değerlendirmiştir. Bkz. 6/72 sayılı Europemballage Corparation & Continental Can Co Inc / Komisyon kararı, ATKD (1973) 215.

93 ATM ve Komisyon, *United Brands*'in kendi muz tarlalarına, ekim ekiplerine ve taşıma filolarına ve pazarlama teşkilatına sahip bulunmasını hakim duruma işaret eden faktörler olarak kabul etmiştir. Bkz. 27/76 sayılı United Brands Company / Komisyon Kararı, ATKD (1978) 207.

94 26/76 sayılı Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co KG / Komisyon Kararı, ATKD (1977) 1875.

95 ATM, United Brands kararında bazı müşterilere sağlanan indirimi (rabat) hakim durumun tespitinde bir kriter olarak kabul etmiştir. Aynı şekilde, Michelin kararında müşterilere fiyat farklılaştırılması uygulanmasını (bazılarına düşük diğerlerine yüksek fiyat) da hakim duruma işaret eden bir faktör olarak saymıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dığı destek (marka, patent, endüstriyel tasarım haklarının korunması)[96] olarak sayılabilir[97]. Şüphesiz rakiplerin piyasaya girmesini etkileyen nedenler bu sayılanlarla sınırlı olmayıp, somut olayın özelliklerine göre farklı ölçüler göz önüne alınabilir[98].

B- Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile yasaklanan hakim durum değil, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Kanun'da hakim durumun kötüye kullanılması tanımlanmamış olup, tahdidi olmayan ve sıklıkla ortaya çıkabilecek kötüye kullanma örnekleri yoluyla açıklama yöntemi seçilmiştir[99]. Sahip olduğu ekonomik güce dayanarak serbest rekabetin azalması veya kısıtlanması sonucunu doğuran hakim teşebbüs davranışları kötüye kullanma olarak kabul edilir. Topluluk Rekabet Hukuku uygulamasında benimsenen tanıma göre, mal ve hizmet ticaretinde teşebbüslerin performansına dayanan normal rekabet dışındaki değişik yöntemlere başvurmak yoluyla mevcut rekabet seviyesinin korunmasını ve geliştirilmesini engelleyecek nitelikteki uygulamalar 82. m. kapsamında değerlendirilmektedir. Komisyon ve ATM de, kötüye kullanma kavramını Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın amacına uygun olarak sadece sömürüyü değil, rekabetin azaltılması sonucunu doğuran her türlü davranışı kapsayacak şekilde geniş yorumlamıştır[100].

---

96 ATM, *Hugin*'in 1968 tarihli Tasarımlar Üzerinde Telif Hakkı Kanunu'nun kendisine verdiği hakka dayanarak diğer teşebbüslerin yedek parça üretimine engel olabileceğine karar vermiştir. Bkz. 22/78 sayılı Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Register Limited / Komisyon Kararı, ATKD ((1979) 1869.

97 Piyasaya giriş engelleri olarak sayılan bu hususların bir teşebbüsün hakim durumda olduğunu tesbit için kullanılması eleştirilmiştir. Her ne kadar hakim durumda olmak hukuka aykırı kabul edilmiyor ise de, tesbit edilen giriş engellerinin uygulanıyor olması kolayca kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmektedir. Michelin davasında bu çelişkiye işaret edilmektedir. Michelin pazarlama tekniklerini bildiği için hakim durumda teşebbüs olarak kabul edilmekte, teknikleri uyguladığında ise hakim durumunu kötüye kullandığı kabul edilmektedir. Bkz. 322/81 sayılı Nederlandische Banden-Industrie Michelin / Komisyon Kararı, ATKD (1983), 3461.

98 Tekinalp/Tekinalp, s.446 vd. ve yukarıya alınan kararlar.

99 Roma Antlaşması'nın 82. maddesinde de tahdidi olmayan örnekler şu şekilde sayılmıştır: *a) doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatı ya da diğer ticari koşulların belirlenmesi, b) üretimin, pazarların veya teknik gelişimin, tüketicinin zararına olacak şekilde sınırlandırılması, c) eşdeğer nitelikli sözleşmelerde, tarafları rekabet edebilirlikleri açısından dezavantajlı konuma getirecek şekilde farklı koşullar uygulanması, d) sözleşmelerin, niteliği veya ticari yaşamın gereği olarak bu tür sözleşmelerin konusu ile ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlanması.*

100 6/72 Europemballage Corparation & Continental Can Co Inc / Komisyon, ATKD (1973) 215.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1- Engelleyici/Dışlayıcı Uygulamalarda Bulunmak

Kanun'un 6/a m. "*Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*"i dışlayıcı uygulamalar olarak nitelendirmek mümkündür. Hakim durumdaki teşebbüs ilgili piyasaya girişi engellemek ve aktüel rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak için yıkıcı fiyat uygulamak, mal vermeyi reddetmek, indirim sistemleri uygulamak, tekelci temin yükümlülüğü koymak, fikri ve sınai hakların sağladığı hukuki korumadan kaynaklanan yetkilerini kullanmak gibi belli başlı yollara başvurabilir[101]. Bu davranışların varlığının otomatik olarak teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullandığı şeklindeki bir düşüncenin iktisadi rekabet ortamının gereklerine uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz. Ayrıca dışlayıcı etkinin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır[102].

Yıkıcı Fiyat Uygulamaları, hakim durumdaki teşebbüsün aktüel veya potansiyel rakiplerinin katlanamayacakları oranda *düşük fiyat* uygulayıp onları piyasa dışına ittikten sonra tekrar fiyatları yukarı çekmesidir[103]. Böylece düşük fiyat dönemindeki zararlarını da telafi etmiş olmaktadır. Rekabet ortamında fiyatların rakiplere oranla aşağıda tutulması teşebbüslerin rekabet politikasının bir gereğidir. Ancak, maliyetin veya olağan seviyenin altında fiyat uygulanması bir rakibin dışlanması amacını da taşıyor ise yıkıcı fiyat uygulaması olarak değerlendirilecektir[104].

Mal veya Hizmet Vermeyi Reddetme[105] yasağı, esasında özel hukuk ala-

---

101 Avea İletişim Hizmetleri A.Ş'nin, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş'nin kapsama alanı ile ilgili yaptığı yoğun reklamlar yoluyla kendisinin pazara girişini engellediği, faaliyetlerini zorlaştırdığı ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesini ihlal ettiğine ilişkin şikayeti, Kurul, pazara girişin ilk yıllarında kapsama alanı sorunun halihazırda pazarda faaliyet gösterebilmek için kritik olmaktan çıktığı, şikayet edilen reklamlarda Turkcell'in yurtiçi ve dışında sahip olduğu kapsama seviyesinden kaynaklanan üstünlüğünü tanıtmasının normal bir rekabet yöntemi olduğu, aşırı reklam yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması konusunda doktrinde ve uygulamada örnek alınabilecek bir uygulama bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir (RKK. No:05-24/281-76, 14.04.2005).

102 Aynı yönde bkz. Sanlı, s.263.

103 53/85 Akzo Chemie BV/ Komisyon, (1986) ECR 3439; Tetra Pak II, ATRG (1992), L 72/1.

104 Rekabet Kurulu, Star, Posta ve Takvim gazetelerinin satış fiyatlarını düşürerek yıkıcı fiyat uyguladıkları iddiasını, Star gazetesinin fiyat indiriminin pazara yeni giren bir firmanın pazarda tutunma çabası olarak değerlendirilmesi gerektiği; ilgili pazarda birlikte hakim durumda bulanan Sabah Grubu ve Doğan Grubunun yayınladıkları Takvim ve Posta gazetelerinin fiyatlarını düşürmelerinin rekabetçi nitelikte olduğu, her iki grubun amiral nitelikte olan (Hürriyet, Milliyet, Sabah) değil, ikincil nitelikte adlandırılan (Takvim, Posta) gazetelerinin fiyatlarını indirdiklerini, Kanun'un 6. maddesine aykırılığın oluşmadığını belirtmiştir (RKK. No:99-56/599-381, 8.12.1998). Ayrıca bkz. Telekom-Aycell, RKK. No: 03-28/346-146, 1.5.2003.

105 Mal ve hizmet vermenin reddedilmesi ayrımcı uygulamalar arasında da sayılabilmektedir. Bunun yanında temel kaynak kullandırmanın reddedilmesi de aynı etkiye sahiptir. Bkz. Gül, İbrahim, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme İçtihatları Işığında Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Açısından Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:2,Ankara 2000,s.98 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nında sözleşme özgürlüğü[106] çerçevesinde tanınan sözleşmenin tarafını seçme hakkına getirilen bir sınırlamadır[107]. Mal ve hizmet vermeme ya da halihazırda verilen malın veya sunulan hizmetin kesilmesi[108] mevcut veya potansiyel alıcının ilgili piyasada faaliyet göstermesini engelliyor ya da piyasaya girişini zorlaştırıyorsa, hakim teşebbüsün kendisine bağımlı bu alıcılara mal veya hizmet vermeyi reddetme davranışı rekabete aykırı olacaktır[109].

İndirim Sistemleri, serbest rekabet ortamında teşebbüslerin ticari faaliyetlerini geliştirmek için kullandıkları önemli araçlardan biridir. *Sadakat (bağlılık) indirimi* en yaygın kullanılan indirim türüdür. Teşebbüsler, mal ve hizmet alan alıcıların satın aldıkları mal ve hizmetin miktarına ve oranına bakmaksızın talep edilen ürünün tamamen veya büyük miktarda kendilerinden alınması halinde belirli oranda indirim uygularlar (tekelden sa-

---

106 Borçlar Hukuku'nda, belli bir yer veya bölgede yasal veya fiili tekel durumunda olan teşebbüslerin objektif iyiniyet kurallarına uymayan sözleşme yapmayı reddetmeleri halinde haksız fiil hükümlerince (BK.m.41/2) sorumlu olacakları kabul edilmektedir. Bkz. Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sait/Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.364.

107 Amerikan Hukuku'nda, Topluluk Hukuku'nda da benimsenen *"vazgeçilmez unsurlar-zorunlu kolaylıklar"* (essential facilities) doktrini geliştirilmiştir. Bu konda bkz. Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.133.

108 United Brands davasında Komisyon, United Brands'in Danimarka'daki dağıtıcısı Olesen'in rakip ürün olan Dole muzlarını dağıtması üzerine mal vermeyi kesmesini, ticari menfaatlerin korunmasında makul ölçünün aşıldığı (orantılılık prensibi-proportionality principle) gerekçesiyle kötüye kullanma olarak görmüştür (27/76 United Brands / Komisyon (1978) ECR 207. Ayrıca bkz. 6/73 Commercial Solvents / Komisyon, (1974) ECR 223; 30/89 Hilti / Komisyon, (1992) ECR 1439; 241-242/9 Magill, (1998) ECR I, 779. Buna karşılık arz sıkıntısının yaşandığı bir dönemde geçici alıcılara mal ve hizmet verilmeyip daimi alıcılarla çalışılması kötüye kullanma olarak görülmemektedir. Bkz. 77/77 BP / Komisyon, (1978) ECR 1513. Rekabet Kurulu BİRYAY kararında, "Gazete ve dergi dağıtımı piyasasında birlikte hakim durumda bulunan BBD ve YAYSAT'ın, "müşteri yayınlarını", yani kendi gruplarının çıkardığı yayınlara rakip olabilecek nitelikteki yayınları, kendi gruplarına ait yayınlardan daha farklı koşullarda dağıtabilmek amacıyla BİRYAY'ı kurdukları ve müşteri yayınevlerini de BİRYAY ile sözleşme yapmaya zorladıkları; BİRYAY ile sözleşme imzalamak istemeyen yayınevlerinin yayınlarının dağıtılmaması ve ödemelerinin yapılmaması, dolayısıyla gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerinin engellenmesi riski ile karşı karşıya bırakıldıkları; yeni komisyon oranları nedeniyle gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerinin zorlaştırıldığı ve BBD ve YAYSAT'ın grup içi yayınları ile rekabette dezavantajlı konuma geldikleri, bazı yayınların piyasanın dışına itilmeye çalışıldığı, dolayısıyla gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarının bozulduğu anlaşılmaktadır" demektedir (RKK. No:00-26/292-162, 17.7.2000).

109 "Turkcell ve Telsim'in GSM altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda oldukları belirlenmiştir. Ayrıca, İŞ-TIM'in imtiyaz sözleşmesi hükümleri gereğince kendi altyapısını inşa ederek kapsama alanını GSM hizmetleri pazarında, Turkcell ve Telsim ile rekabet edebileceği seviyeye getirinceye kadar geçecek süre içinde yararlanmak zorunda olduğu, Turkcell ve/veya Telsim'in altyapısına alternatif başka bir unsurun bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu nedenle İŞ-TIM, Turkcell ve/veya Telsim'in altyapısından yararlanmak üzere ulusal dolaşım hizmeti almak zorundadır. Turkcell ve Telsim'in objektif gerekçeler olmadan İŞ-TIM'in bu unsura erişimini reddederek, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) paragrafında örnek olarak belirlenen; *"Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan ey-*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tın alma-inhisar yükümleri). Bağlılık indirimi, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştıracağından ve pazara girecek teşebbüsleri caydıracağından hakim durumdaki teşebbüslerin sadakat indirimi uygulamaları yoluyla rekabeti kısıtlamaları kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir[110]. Öngörülen zaman dilimi içinde hedeflenen satış miktarına ulaşılması halinde uygulanan *hedef indirimi* de rakipleri dışlayıcı etkiye sahiptir[111]. Buna karşılık, indirimin önceden belirlenen objektif kriterlere bağlanarak satın alınan miktarla orantılı uygulanması kötüye kullanma olarak sayılmamaktadır[112].

2- Ayırımcılık Yapmak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6/b m. *"Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırımcılık yapılması hukuka aykırı ve yasaktır"*[113].

---

lemler" gerçekleştirmesi, hakim durumlarını "birlikte davranışları" ile kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir" (RKK. No:03-40/432/186, 9.6.2003).

Kurul'un bir diğer kararında, "...Turkcell'in kötüye kullanma kapsamındaki diğer eylemi mal vermeyi reddetme ve mal vermeyi kesme olarak ortaya çıkmaktadır (Sektör yapısı ve özellikleri nedeniyle, bu piyasada mal vermeyi reddetme veya kesme distribütör satış destek primini kaldırma şeklinde olmaktadır). Herhangi bir teşebbüsün sağladığı imkanlardan yararlanamamak etkin rekabet yapısına sahip bir pazarda alıcıların önemli zararlara uğramasına neden olmayabilir. Ancak pazarda hakim durumda bir teşebbüsün bulunması durumunda alıcıların bu zararları çok büyür" denilmektedir (RKK. No:01-35/347-95, 20.7.2001).

110 *Suiker-Uni* davasında sadakat indirimi hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir. Karar'a konu olayda, Almanya'nın güneyindeki birkaç şeker üreticisi tarafından her 100 kg şeker için 0,3 Alman Markı tutarında yapılan indirim, alıcının başka firmalardan şeker temin etmeme koşuluna bağlanmış idi. Komisyon ve ATM, bu uygulamanın teşebbüsler arasında rekabet edebilme yönünden farklılık yarattığını ve pazara yeni girişleri engellediğini belirtmiştir (40/73 Suiker-Uni / Komisyon, (1975) ECR 1663. Aynı yönde bkz. 85/76 Hoffman La Roche / Komisyon, (1979) ECR 461; 62/86 Akzo Chemie BV/ Komisyon, (1991) I ECR 3359.

Rekabet Kurulu da Turkcell ile ilgili bir kararında, "...hakim konumdaki bir operatörün, sunulan hizmetin tamamlayıcısı niteliğinde olan cep telefonlarının sağlayıcısı distribütörlere "rakip operatör ile çalışmama" koşulunu dayatması ve vereceği subvansiyonları bu koşula bağlaması, yeni gelişen bir şebekenin tüketiciler için cazip olabilmesi ve varlığını sürdürebilmesi için gerekli sayıda aboneyi elde edebilmesinin önünde engel oluşturabilmektedir. Söz konusu münhasırlık uygulaması, şebeke piyasalarında zaten yeni girenler aleyhine olan pazar koşullarını iyice zorlaştırmaktadır" denilmektedir (RKK. No:01-35/347-95, 20.7.2001).

111 ATM, *Michelin* davasında, dağıtıcıların farklı satıcılardan mal ve hizmet satın almalarının hedef indirimi uygulanarak (1 yıllık satış rakamlarına ulaşma hedefi) engellendiği, rekabetin kısıtlandığı sonucuna varmıştır (322/81 Michelin / Komisyon, (1983) ECR 3461.

112 Gül, İbrahim, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme İçtihatları Işığında Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Lisansüstü Tez Serisi, No: 2, Rekabet Kurumu, Ankara 2000, s.82-83. Toptancının malı perakendiciye kıyasla daha düşük fiyata alması, piyasada faaliyet göstermesi açısından zorunlu olduğundan "fonksiyonel indirim" olarak tanımlanmıştır. Bkz. Karakurt, s.114-115.

113 Maddede "alıcılara" ifadesi kullanıldığından hakim teşebbüsün sadece satıcı olabileceği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Hakim teşebbüs sadece satıcı olarak değil, alıcı olarak ya da alım-satım ilişkisi dışında da hakim durumunu kötüye kullanabilir. Nitekim, Kanun'un 4/e m. *"kişiler"* ifadesi tercih edilerek alıcı ya da satıcı olma şartı aranmamıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ayırımcı uygulamanın pazara etkisi iki şekilde olabilir. Birincisi, hakim teşebbüsün rakipleri karşısında elde edeceği avantaj (birinci basamak), ikincisi hakim teşebbüsün ayrımcılık yaptığı alıcıların kendi aralarında birbirlerine oranla avantajlı (ikinci basamak) duruma gelmeleridir[114]. Ayrımcı uygulamanın sıklıkla görüldüğü durum *"fiyat ayrımcılığı"*dır. Fiyat ayrımcılığı doğrudan olabileceği gibi, indirim yoluyla da yapılabilir. Ancak, talebin büyüklüğüne göre maliyet unsurundaki azalma göz önüne alınarak uygulanan miktar indirimi ayrımcılık olarak görülmez. Diğer taraftan ödemeler aracılığı ile (nakit-vadeli) veya alıcıların sübvanse edilmesi (reklam yardımı, satış yardımı)[115] gibi her ne ad altında olursa olsun sağlanan destekler dolaylı fiyat ayrımcılığıdır.

3- Olağandışı Yükümlülükler Öngörmek

Kanun'un 6/c m. *"Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi hukuka aykırı ve yasaktır"*.

Kanunun 6/c m. birden çok örneği içermektedir. Bunlar sırayla;

-bir mal veya hizmetle birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınması koşulu,

-talep edilen bir mal veya hizmetin satışının, alıcı tarafından başka mal ve hizmetlerin de teşhiri şartına bağlanmış olması,

-satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesidir.

Gerek paralel bir düzenlemeyi içeren ATA'nın 82. m. gerekse Rekabet Kanunu'nun 4/f m. yukarıda sayılan davranışların yasaklanabilmesi için "ticari teamüllere" ve "anlaşmanın niteliğine" aykırı olmasını şart koşar. Bu yönde maddeye açık bir hüküm konulmaması kanun yapma tekniği açısından eleştirilebilirse de, Kanun'un uygulaması açısından bu husus farklı uygulamalara yol açacak şekilde yorumlanmamalıdır.

---

114 Gül, s.65-66.

115 "...kampanyaların içeriği, *"firma bayilerinde satılan ve son kullanıcıya ulaştırılan perakende satışların desteklenmesi"* olarak ifade edilmektedir. Toplam satışların % 98'ini oluşturan kampanyalı satışlarda, ürünler sim kilitli olarak satılmaktadır. Kampanya kapsamındaki satışlarda distribütörlerden hat ve sim kart ücreti talep edilmemektedir...Daha önce Turkcell satışları içinde % 20 paya sahip olan Başarı Elektronik'in Turkcell'in Başarı Elektronik'e verdiği desteği kaldırmasıyla payı % 1,86'ya düşmüştür... yukarıdaki analizler sonucu Turkcell'in, kendisi ile münhasır çalışan distribütörlerin lehine ve münhasır çalışmayan distribütörlerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunduğu ve bu suretle 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinin (b) bendinde örneklenen yasak eylemlerde bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır" (RKK. No:01-35/347-95, 20.7.2001).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bir mal veya hizmetle başka bir mal veya hizmeti satın alma zorunluluğu hakim teşebbüsün kendi ürünleri için söz konusu olabileceği gibi başka teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin de satın alınması istenebilir[116]. Bu tip uygulamalar doktrinde "bağlama" veya "kelepçeleme" anlaşması olarak adlandırılmaktadır[117]. Bağlama anlaşması yoluyla sağlanan avantajların bağlanan ürünü satın almayan müşterilere uygulanmaması şeklinde olabileceği gibi ürünlerin ayrı ayrı alınması durumunda indirimin düşük veya hiç uygulanmaması şeklinde de olabilir[118].

4- Bir Piyasadaki Hakim Durumun Başka Bir Piyasada Kötüye Kullanılması

Rekabet Kanunu'nun 6/d m.,"*belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler hukuka aykırı ve yasaktır*".

Kaynak Roma Antlaşması'nın 82. m. örnekleri arasında sayılmamakla birlikte, içtihatlarda belirli bir piyasadaki avantajın başka bir piyasada özellikle komşu piyasada kötüye kullanılabileceği kabul edildiğinden[119], Topluluk uygulamasının Türk Rekabet Kanunu'nda ayrı bir bent olarak sayılması yerinde olmuştur[120]. Rekabet Kurulu'nun bu

---

116 *Hilti*, davasında ATM, çivi tabancası ve bu tabancalara uyumlu kartuş şeriti ve çivi pazarında hakim durumda olan Hiltinin, patent hakkının sağladığı korumayı kullanarak tek üreticisi olduğu çivi tabancasına uyumlu kartuş şeriti alımını, diğer çivi üreticilerini pazar dışına itecek şekilde Hilti marka çivilerin alımına bağlamasını hakim durumun kötüye kullanılması olarak görmüştür (T-30/89 Hilti AG / Komisyon, (1991) II ECR 1439).

117 Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.

118 "Teleon tarafından, ilan ettiği abonelik fiyat tarifesi uyarınca, mevcut ve yeni Telsim abonelerine Teleon aboneliği satışında daha elverişli ve ucuz koşullar sağlamasının, GSM hizmetleri piyasasında rekabet koşullarını bozucu etkiler doğurması ihtimalinin olmadığı ve fiilen de bu etkileri doğurmadığı, dolayısıyla uygulamanın Kanun'un 6.maddesi kapsamında kötüye kullanma hali olarak kabul edilemeyeceği kanaatine ulaşılmaktadır" (RKK. No:01-07/62-19, 6.2.2001).

119 ATM, Tetra Pak II davasında, karton doldurma makineleri piyasasındaki hakim durumun, aseptik doldurma malzemeleri piyasasında kötüye kullanıldığına (51/89 Tetra Pak II, (1991) ECR, 309) British Sugar davasında, şeker piyasasındaki hakim durumun bunların dağıtımına ilişkin piyasada kötüye kullanıldığına (284/41 L British Sugar-Napier Brown, (1988), (1990), 4, CMLR 196) karar vermiştir.

120 Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.165; Aslan, s.114. Rekabet Kanunu'nun 6. m. (d) bendinin maddenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak Kanun'a alınması, burada yasaklanan durumun esasında hakim durumda bulunan teşebbüsün dışlayıcı uygulama ya da kelepçeleme sözleşmeleri ile hakim durumunu kötüye kullanmasında öngörüldüğünden eleştirilmiştir Bkz. Sanlı, s.270-271; Budak, Ali Cem, Rekabetin Korunması Hakkında 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikası, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, 11-12 Mart 1993, s.148-157.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

konuda örnek sayılabilecek kararları BİRYAY[121] ve Turkcell[122] ile ilgilidir.

5- Tüketicinin Zararına Üretim, Pazarlama ya da Teknik Gelişmeyi Kısıtlamak

Tüketicinin zararına üretim, pazarlama ya da teknik gelişmeyi kısıtlama özellikle devlet tekeli ve devletin imtiyaz verdiği hakim teşebbüsler tarafından yapılabilir[123]. Çünkü sözkonusu piyasalara girebilmek yüksek maliyetler gerektirir. Üretim ve pazarlama talep miktarına göre değişkenlik arzedeceğinden, hakim teşebbüs talebin yükseldiği durumlarda arzı yükseltmeyerek ya da kısarak suni bir şekilde fiyatın artmasına böylece monopol karı elde etmeye çalışabilir. Teknolojinin yenilenmemesi halinde yüksek maliyetli üretimin hem fiyat açısından hem de sağlık ve kalite açısından tüketicinin zararına olduğu tartışmasızdır[124].

---

121 "Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. ve BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.'nin, birlikte hakim durumlarını kötüye kullanarak, gazete ve dergi dağıtımı piyasasındaki finansal, teknolojik ve ticari avantajlarından yararlanarak, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmaya yol açan faaliyetlerde bulunmak (4054/6-d) suretiyle Kanun'un 6'ncı maddesini ihlal ettikleri" (RKK. No:00-26/292-162, 17.7.2000).

122 "GSM hizmetleri pazarındaki hakim durumunu, kendisi ile ekonomik birlik içinde olan KVK Mobil Telefon Sistemleri A.Ş.'nin GSM cep telefonu pazarındaki durumunu güçlendirmek için kullanarak ve bu pazarda KVK'nın rakibi durumunda olan distribütörler aleyhine rekabeti kısıtlayarak, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (d) bendinde örneklenen yasak eylemlerde bulunduğuna..." (RKK. No:01-35/347-95, 20.7.2001).

Kurul, Türk Telekom ile ilgili bir kararında Telokom'un yasal tekelin geçerli olduğu piyasalarda elde ettiği finansal, teknolojik ve ticari avantajları, rekabete açık GSM hizmetleri piyasasında Aycell'i desteklemek için kullandığı ve bu pazardaki rekabet koşullarını bozduğu iddiasını kabul etmemiştir (RKK. No: 02-27/291-119, 7.5.2002).

123 "...alımlarda şirket çıkarlarına azami düzeyde özen gösterilmemesi, aşırı istihdam yaratılması, etkin olmayan bir yönetim tarzı sonucu olması gerekenden yüksek gerçekleşmiş maliyetler ve nihai olarak da yüksek fiyatlar şeklinde görülmektedir...Ayrıca Belko'nun ticari bir işletme olmakla birlikte belediye sermayeli olması şirketi, maliyet minimizasyonu ve kar maksimizasyonu gibi normal ticari davranışların ötesinde bazı uygulamalara yöneltebilmektedir" (RKK. No: 01-17/150-39, 06.04.2001).

124 ATM, Alman İş ve İşçi Bulma Kurumu'nun verimsiz çalıştığını ve talebi karşılayamadığını belirterek hakim durumunu kötüye kullandığına, bu durumda başka teşebbüslerin piyasaya girmesine engel olunamayacağına karar vermiştir (41/90 Klaus Höfner and Fritz v Macraton GmbH, (1991) ECR I, 1979). Diğer bir karar, Genova liman işletmesini yürüten firma çalışanlarının greve gitmesi nedeniyle yükleme ve boşaltma işlemlerinin yapılamaması, limanı işleten Merci'nin imtiyaz hakkına sahip olmasının rekabet kurallarının uygulanması açısından önem arzetmediği, Merci'nin teknolojisinin çok eski olması nedeniyle liman hizmetlerinin verimli yapılamadığı ve bu durumun aşırı fiyatlandırmaya neden olduğu hakkındadır (179/90 Merci, (1991) ECR I, 5889.)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

6- Aşırı (Fahiş) Fiyat Uygulamak

Rekabet Kanunu'nun 6. m.nde aşırı fiyata ilişkin doğrudan bir hüküm yoktur. Kaynak Roma Antlaşması'nın 82/a m. "*doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatı ya da diğer ticari koşulların belirlenmesi*" kötüye kullanma olarak sayıldığından, aşırı fiyatlandırma da bu hüküm kapsamında değerlendirilmektedir[125]. Rekabet Kanunu'nun 6. m. sınırlayıcı olmayan örnek kötüye kullanma halleri sayıldığından, hukukumuzda yüksek fiyat uygulamanın rekabeti kısıtladığı kabul edilmelidir[126]. Fahiş fiyatın uygulanıp uygulanmadığı maliyet hesaplarına göre[127] ya da tüketicinin gözünde kullanım amacı, işlevi bakımından aynı sayılabilecek mal veya hizmetin fiyatı ile karşılaştırma yapılarak bulunmaktadır.

IV) BİRLEŞME VE DEVRALMALAR[128]

Rekabet Kanunu'nun 7. m.[129] "*Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet pi-*

---

125 226/84 British Leyland Public Limited Company, (1986) ECR 3623; 26/75 General Motors Continental NV, (1975) ECR 1367; 27/76 *United Brands*, (1978) ECR 207.

126 Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.171 vd.; Aslan, s. 245 vd.; Sanlı, s.274. Rekabet Kurulu Belko kararında, "her ne kadar fiyatlara müdahale mercii olmasa da Rekabet Kurumu, gerek sömürücü gerekse dışlayıcı sonuçlar doğursun hakim durumdaki teşebbüslerin bu tür uygulamaları karşısında önlem alma zorunluluğunda olan yegane Kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür olaylarda fiyat seviyeleriyle ilgili olarak varılacak sonuçlar, fiyatların ne seviyede belirlenmesine hükmedilmesi değil ne seviyelerde olmaması gerektiği şeklinde olacaktır.Bu bağlamda, aşırı yüksek fiyatlamanın; uzun dönemde piyasaya yeni girişleri sağlayacağı ve bu sayede artan arzla birlikte fiyatların düşeceği, dolayısıyla bir kötüye kullanma sayılmaması gerektiği argümanı, pazara giriş engellerinin bulunmaması ya da çok düşük seviyelerde olması durumunda bir anlam ifade etmektedir" demiştir (RKK. No:01-17/150-39, 06.04.2001).

127 "Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin, "Ankara İli şehir merkezi ve mücavir alanı ısınma amaçlı ithal parça kömür pazarı"nda başka teşebbüslerin satış yapmasını engelleyecek şekilde kendisine sağlanan tekel imtiyazının verdiği rahatlıkla kömür alımında ve sonrasında oluşan maliyetlerin olması gerekenden yüksek seviyelerde gerçekleşmesine neden olmak ve buna bağlı olarak aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle kötüye kullandığına ve böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine" karar vermiştir (RKK. No:01-17/150-39, 06.04.2001).

Kurul, Havaşın şehir merkezleri ile havaalını arasında yolcu taşıma hizmetlerinde fahiş fiyat uyguladığı iddiasını, "maliyet ve kar hesabı analizi" yaparak reddetmiştir (RKK. No:99-12/89-31, 03.03.1999).

128 İncelemeyi amaçladığımız karar açısından çok önem arzetmemesi dolayısıyla derinlemesine bir inceleme yapmaktan kaçınılmıştır. Birleşme ve devralmalar hakkında bkz. Rosner, Füsun Uyanış, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme veya Devralmaların Değerlendirilmesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001.

129 Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 19 Nisan 2005

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır[130].

---

tarihli taslakta 7.maddenin aşağıdaki şekilde başlığı ile birlikte değiştirilmesi ve 7.maddeden sonra gelmek üzere 7/A maddesi eklenmesi öngörülmüştür.

Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü (m.7) *"Bir mal veya hizmet piyasasında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme, devralma veya ortak girişim gibi yoğunlaşma işlemleri yasaktır.*

Kurul, hangi işlemlerin yoğunlaşma işlemleri olduğunu, hangi tür yoğunlaşma işlemleri için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini ve bildirimin usul ve esaslarını çıkaracağı tebliğler ile ilan eder. Bildirim, Kurum tarafından hazırlanacak bildirim formunda istenen bilgi ve belgelerin tam ve eksiksiz olarak Kurum kayıtlarına intikal ettiği tarihte yapılmış sayılır. Diğer taraflara ilişkin bilgi ve belgelerin de eksiksiz olarak sağlanması koşuluyla, birleşme ve ortak girişimlerde bildirimin taraflardan birisince yapılması yeterlidir. Devralma işlemlerinde ise bildirim yükümlülüğü devralan tarafa aittir.

Kurul bildirildiği tarihten itibaren 30 iş günü içinde yapacağı ön inceleme sonucunda işleme izin verebilir, işlemi yasaklayabilir, işleme belirli şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmesi koşuluyla izin verebilir ya da işlemi nihai incelemeye alabilir.

En fazla üç ay sürecek nihai inceleme sonucunda Kurul, işleme izin verebilir, işlemi yasaklayabilir veya işleme belirli şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmesi koşuluyla izin verebilir.

Koşul ya da yükümlülüklerin Kurul tarafından belirlenen sürede yerine getirilmemesi halinde işlem geçersiz sayılır.

Yasaklama ya da koşullu izin kararları verilmeden önce tarafların konuya ilişkin görüşlerinin alınması zorunludur. Bu takdirde üç ve dördüncü fıkralarda belirtilen süreler durur.

Kurulun süresi içinde yoğunlaşma işlemlerine ilişkin başvuruya herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, bildirim tarihinden itibaren 30 işgünü sonunda işleme izin verilmiş sayılır".

Yoğunlaşma İşlemlerinin İzinsiz Uygulamaya Konulması (m.7/A) *"Kurul tarafından izin verilmedikçe izne tabi yoğunlaşma işlemleri uygulamaya konulamaz. Kurul izne tabi bir yoğunlaşma işleminin izni olmaksızın uygulamaya konulduğundan herhangi bir şekilde haberdar olduğu takdirde işlemi doğrudan nihai incelemeye alır ve ilgililere 16 ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen para cezası uygulanır.*

Nihai inceleme sonucunda Kurul, işlemin devamına koşulsuz veya belirli şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmesi koşuluyla izin verebilir veya işlemi yasaklayabilir.

İşlemin yasaklanması halinde Kurul, 16 ncı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen para cezasının yanısıra, yoğunlaşma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ve eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına kara verir".

130 "Kanun'un 7'nci maddesi ve 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ hükümleri çerçevesinde, ilgili ürün pazarlarından **traktör ve diğer tarım araç ve gereçleri** pazarları için, Kanun'un 7'nci maddesinde be-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder"[131].

A- Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi[132]

Rekabet Kanunu'nun 10. m.[133] "*7 nci madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmaları Kurula bildirildiği*[134] *tarihten itibaren Kurul, onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermek ya da bu işlemi nihaî incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihaî karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek zorundadır. Bu durumda, bu Kanunun 40 ila 59 uncu maddeleri hükümleri uygulanır.*

Kurulun süresi içinde birleşme veya devralmaya ilişkin müracaata herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, birleşme veya devralma anlaşmaları bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukukî geçerlilik kazanır".

---

lirtilen bir hakim durum yaratılmasının veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin, böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının sözkonusu olmadığı; ancak, **biçer döver piyasası** bakımından, sözkonusu işlem bu hali ile gerçekleştiği takdirde, bu devralmanın, sağlayıcı seviyesinde hakim durumu güçlendirici, dağıtıcı seviyesinde ise hakim durum yaratıcı bir işlem olacağı; piyasadaki rekabet ortamına yönelik bu olumsuz sonuçların önlenmesi amacıyla, Trakmak Traktör ve Ziraat Makinaları Tic. A.Ş. dışında alternatif temin kaynaklarına açık olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. New Holland N.V.'nin Trakmak Traktör ve Ziraat Makinaları Ticaret A.Ş.'nin ortağı olan Koç Grubu'nun hisselerinin bir kısmını (%37.5) devralması işlemine, biçer döver piyasasına yönelik olarak,aynı ve makul koşulları yerine getiren diğer firmalara da talep halinde eşit davranılarak distribütörlük tesis edilmesi koşuluyla izin verilmesine" (RKK. No:67/517-84, 28.05.1998).

131 1998/2, 1998/6, 2000/2, 2006/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, No: 1997/1 (RG.12.08.1997, 23078).

132 2.07.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun m.2 ile "*Anlaşma*" ibaresi madde başlığından çıkarılmıştır.

133 2.07.2005 tarih 5388 sayılı Kanun ile mülga birinci fıkranın eski şekli: "4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirilir. Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz. Zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi halinde muafiyet, bildirim tarihinden itibaren geçerlidir".

134 "Bildirim, Kurul tarafından hazırlanacak Bildirim Formlarının istediği bilgileri tam ve eksiksiz olarak içerir. Bildirimi taraflardan herhangi biri yapabilir. Bildirimde bulunan, diğer ilgili tarafı durumdan haberdar etmek zorundadır. Bildirime ilgili belgeler eklenir ve bildirim Kurul kayıtlarına intikal ettiği tarihte yapılmış sayılır" (RK.m.12).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

B- Birleşme ve Devralmanın Kurula Bildirilmemesi

Rekabet Kanunu'nun 11. m. *"Bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemden haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alır. İnceleme sonucunda;*

a) Birleşme veya devralmanın 7 nci maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin verir, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygular.

b) Birleşme veya devralmanın 7 nci maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde; para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir"[135].

§2- TÜRK TELEKOM'A İLİŞKİN 9/12/2004 TARİH VE 04-78/1115-282 SAYILI REKABET KURULU (ÖNARAŞTIRMA) KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ[136]

Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi (Türk Telekom) kullanıcılarına ADSL internet erişim hizmeti vermek üzere aracı olarak nitelendirebileceğimiz *"çözüm ortağı"* üç şirketle anlaşma yapmıştır. Elkotek, Datateknik ve Sentim ile Türk Telekom arasında yapılan "çözüm ortağı" sözleşmesi ADSL hizmetlerinin yaygınlaştırılması, pazarlanması, satılması, kurulması ve servis hizmetlerinin verilmesini kapsamaktadır. Kurulun önaraştırma konusu yaptığı şikayetin nedeni, Türk Telekom ile anlaşan bu üç çözüm orta-

---

135 'İhlale Son Verme' başlığını taşıyan 9. m. *"Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.*

Meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler şikâyette bulunabilir.

Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir.

Kurul, nihaî karara kadar ciddî ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihaî kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir". 9.maddenin niteliği ve uygulanması hakkında bkz. Ankara Akaryakıt Satıcıları Derneği/PÜİS/TABGİS, RKK. No:00-35/392-219, 18.09.2000.

136 Karar, Kurum'un resmi internet sayfasında (www.rekabet.gov.tr) yayınlanmıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ğı şirketin, objektif bir gerekçe olmaksızın, son kullanıcılara (ADSL hizmeti satın alan abonelere) kendilerinin satışını yaptıkları markalar haricinde, şikayetçi firmaların pazarladıkları modem cihazların bağlanmasını engelleyerek, 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiasıdır.

Şikayet nedenleri özetle:

-Türk Telekom ile anlaşma yapan çözüm ortağı kuruluşların ADSL internet bağlantı hizmeti sunarken bu hizmet için gerekli olan modemlerin sadece kendi sattıkları markalardan seçilmesini şart koştukları,

-kendi sattıkları modem cihazları için piyasa fiyatının üzerinde ücret talep ettikleri,

-rakip firmaların markaları seçildiğinde daha yüksek bir tesis ücreti talep ettikleri, son kullanıcılara kendi markaları dışında bakım ve arıza için gitmedikleri, çözüm ortağı şirketlerin de bayilerle yaptıkları sözleşmelerine, kendi şirketlerine ait olmayan modemlerin satılmasını önleyici hükümler koydukları;

-ayrıca piyasada farklı tip ve işlevde 300'den fazla marka modem varken Türk Telekom'un kendi internet sitesinde sadece 40 marka modemi tavsiye ettiği;

bu uygulamalarla ADSL modem cihazlarının satışı konusunda pazarın paylaşıldığı, pazarın rekabete aykırı davranışlar nedeniyle diğer modem satıcılarına kapatıldığı, bu şekilde ADSL modem cihazlarının satışının tekel halini aldığı şeklindedir.

I- REKABET KURULU KARAR ÖZETİ

- Önaraştırma konusu şikayetlerin temelinde, Türk Telekom ile ADSL internet erişim hizmetlerinin pazarlanması, kurulması ve servis hizmeti verilmesi faaliyetlerini çözüm ortağı olarak birlikte yürüten Datateknik, Sentim ve Elkotek'in, abonelerin kendi sattıkları modem dışında modem kurmalarını engelledikleri ve modem fiyatlarını artırdıkları iddiasının yer aldığı,

- ADSL internet erişim hizmetlerinin de içinde yer aldığı geniş band internet erişim hizmetleri pazarında Türk Telekom'un hakim durumda bulunduğu,

- Türk Telekom geniş çaplı ADSL internet erişim hizmetini 2003 yılı Kasım ayından itibaren vermeye başladığı, özellikle kullanıcı tarafında modem kurulumu ve hat bağlanması konusunda yaşanan sıkıntılar nedeniyle, bu alanda yaptığı yeni yatırımlarla birlikte pazarlama ve servis konusunda yeni bir sisteme geçtiği, bu çerçevede, kendi pazarlama faaliyetlerinin yanında, adı geçen üç çözüm ortağı firma ile sözleşme imzalayarak pazarlama ve servis konusunda iyileştirme sağlamaya çalıştığı,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- "Çözüm Ortaklığı Sözleşmesi" çerçevesinde, Türk Telekom'un, çözüm ortağının bulduğu abone karşılığında abonelerden alınan bağlantı ücretinin %20'sini çözüm ortaklarına vermekte olduğu ve bunun dışında herhangi bir ücret ödemediği,

- Çözüm ortaklarının, abonelere bayileri vasıtasıyla modem satma, modem kurulumu ve servis verme gibi gelirleri elde etmek amacıyla Türk Telekom'un ADSL hizmetini pazarladığı,

- Çözüm Ortaklığı Sözleşmeleri'nde çözüm ortaklarının kendi modem ürünlerini satabilecekleri, müşterinin bağımsız olarak modemini seçebileceği ve isterse dışarıdan temin ettiği modeminin kurulumunu ücreti karşılığında çözüm ortaklarına kurdurabileceğine, bu nedenle Türk Telekom'un Çözüm Ortaklığı Sözleşmeleri yoluyla geniş band internet erişim hizmetleri pazarındaki hakimiyetini, bir hizmet ya da ürünün alımını başka bir hizmet ya da ürünün alımına bağlayarak kötüye kullandığına yönelik bir eyleminin bulunmaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'a aykırı bir husus bulunmadığına karar vermiştir.

- Ayrıca sözleşmelerin uygulanmasına bakıldığında, yapılan incelemelerde çözüm ortaklarının aralarında anlaşarak ya da tek başlarına, aboneleri sadece çözüm ortaklarının pazarladıkları modemleri almaya zorladıklarına ya da modem fiyatlarını birlikte artırdıklarına dair bir bulguya rastlanmadığına, yapılan analizlerden çözüm ortaklarından Datateknik ve Elkotek'in çözüm ortaklığı öncesinde de modem satışının bulunduğu, ancak çözüm ortaklığına geçişle birlikte satışlarında önemli bir artışın gerçekleşmediği, çözüm ortaklığına geçiş olan Haziran-Temmuz 2004 tarihinde yaşanan artışların Türk Telekom'un yeni ADSL kapasitesini bu dönemde hizmete açmasından kaynaklandığı, bu tarihten sonra çözüm ortaklarının satışlarında istikrarlı bir artışın görülmediği ve belli dönemlerde düşüşün yaşandığı, çözüm ortaklığı ertesinde ve çözüm ortaklığı boyunca fiyatların istikrarlı seyrettiği, fiyatlarda önemli artışların olmadığı hatta düşüş trendi yaşandığı sonucuna ulaşılmıştır.

- Bu analizlere ek olarak, kararda, çözüm ortaklarının satışları, şikayetçi firmalardan biri olan Oluşum Bilgisayar'ın ithal ettiği Zoom marka modem satışları ile karşılaştırılmış, hiç bir çözüm ortağının bu markanın satışlarına ulaşamadığı, çözüm ortaklarının satış trendleri ile Zoom'un satış trendinin (sadece kısa bir dönem hariç) paralellik gösterdiği, dolayısıyla çözüm ortaklığı sisteminin Zoom marka modemlerin satışında önemli etkisinin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, mevcut abonelerin abonelik işlemlerinin önemli kısmının Türk Telekom'un kendisi tarafından gerçekleştirildiği ve çözüm ortaklarının da hat satılan abonelerin ancak %20'sine modem satabildikleri göz önüne alındığında, çözüm ortaklığı sisteminin ADSL modem pazarındaki etkisinin sınırlı olacağı, dolayısıyla uygulamada da çözüm ortaklarının, diğer modem satıcılarını, abonelerin bu satıcıların mo-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

demlerini kurmalarını engellemek yoluyla dışladıkları ve modem fiyatlarını artırdıkları yönündeki iddiaların gerçeği yansıtmadığı, bunlara ek olarak, çözüm ortağı sayısının artması yönündeki gelişmeler ve zamanla diğer internet servis sağlayıcılarının da geniş band internet erişim pazarındaki faaliyetlerini artıracakları dikkate alındığında, çözüm ortaklığı sisteminin modem pazarındaki etkisinin daha da azalacağı belirtilmiş,

- Çözüm ortaklarının, modemi dışarıdan sağlayan firmalara kendi ürünlerine uyguladıkları fiyatlardan daha fazla kurulum ücreti talep etmelerinin, servis verecek bayi elemanlarının farklı marka modemlerin kurulumu için eğitim almamalarından kaynaklandığı, bu fiyat uygulamasının, çözüm ortakları dışında, başta modemi satan şirketler olmak üzere, dışarıdan kurulum ve servis hizmeti almanın da mümkün olması nedeniyle, ADSL modem pazarında rekabeti bozucu bir husus olarak değerlendirilmemiştir.

- Kararda ayrıca, Türk Telekom'un internet sitesinde kırka yakın markanın çok sayıda modem çeşidi yayınının tavsiye nitelikli olduğu, abonelere modem seçiminde zorlama yapılmaması ve piyasada satılan belli başlı markaları içermesi nedeniyle, tavsiye nitelikli bir liste yayımlanmasının 4054 sayılı Kanun anlamında ihlal oluşturmadığı,

Çözüm ortaklarının kendi belirledikleri ya da ithal ettikleri ürünler dışındaki ürünlerin bayileri tarafından satılmasının engellenmesinin çözüm ortaklarının temelde bilişim ürünleri, özelde de modem dağıtıcısı olarak bir dağıtım sistemi kurdukları, bu dağıtım sisteminde de kendi ürünleri dışındaki ürünlerin dağıtılmamasını şart koşmalarının dağıtım sistemlerinin özünde bir uygulama olduğu, çözüm ortaklarının, bayilerinin rakip modemleri satmalarını engellemelerinin 4054 sayılı Kanun anlamında bir rekabet ihlali olmayacağı belirlenmiştir.

Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile ADSL internet erişimi için son kullanıcıya kurulum ve destek hizmeti vermek üzere çözüm ortağı olarak anlaşan Elkotek Veri İletişim Sistemleri Tic. A.Ş., Datateknik Bilgisayar Sistemleri Tic. San. A.Ş. ve Sentim Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin son kullanıcıların, çözüm ortaklarının sattıkları modem haricindeki modemleri kurmalarını engelledikleri ve modem fiyatlarını artırdıkları iddialarına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetlerin reddine oybirliği ile karar verilmiştir.

II- TESPİTLERİMİZ

1- Kararda belirtildiği üzere, Türk Telekom, ADSL internet erişim hizmetlerinde pazarda hakim durumdadır (Karar, 220 ve 520).

2- Çözüm Ortaklığı Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre, çözüm ortağı şirketler abonelere ADSL bağlantı hizmetini sunarken bağlantı için gerekli modem cihazını da satabileceklerdir. Ancak, bu ürünün (modem), ürüne iliş-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kin kurulum ve bir yıllık servis fiyatını Türk Telekom'a bildireceklerdir (7/b). Çözüm ortağı firmaların sözleşmedeki esas yükümlülükleri ADSL bağlantısı kurmaktır. Telekom sunulacak hizmetin ekonomik değerine göre azami bir kurulum fiyatını ve sonrasında sunulacak servis fiyatını belirleyebilir. Ancak, bu hizmetle birlikte modemin de satılması çözüm ortaklığı sözleşmesinin kurulabilmesi için esaslı ya da zorunlu bir unsur değildir[137]. Kanun'un 4/a md. "*mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının*" teşebbüsler arasında tespit edilmesi hukuka aykırı bulunarak yasaklanmıştır. Bu nedenle, Türk Telekom'un çözüm ortağı teşebbüslerle modeme ilişkin satış fiyatını tespit etmesi *birlikte fiyat belirleme* olup rekabete aykırıdır[138].

3- Farklı modemlerin çözüm ortakları tarafından takıldığı bir engel çıkarılmadığı ifade edilmektedir. Ancak bu durum fiilen işlemeyecek, belirli bir süre sonra tıkanacaktır. Sistemin rekabeti nasıl sınırlayabileceği en azından bu tür bir amacının olduğunu şu şekilde sıralayabiliriz:

a) Eğer modem müşteri tarafından temin edilirse daha yüksek bir ücretle kurulmaktadır[139] (paragraf 310, 580). Bunun nedeni olarak elemanların eğitim giderleri gösterilmiştir. Çözüm ortaklığı firmaları birden çok markanın çeşitli modemlerini satmaktadırlar. Farklı markalı ürünlerin kurulumunu yaparken de eğitim almalarına rağmen bunlar için ilave ücret istenmezken, eğer bu farklılık müşteri tarafından kaynaklanırsa, yani modemi müşteri temin ederse, o zaman daha yüksek bir ücret ödemek zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla ücretin yüksek oluşunu eğitime bağlamak inandırıcı değildir.

b) Her ne kadar çözüm ortağı şirketlerin, kendi modemi bulunan abonelere de bedeli ödenmesi şartıyla Tesis Yönergesi hükümlerince hizmet vermek (7/c) zorunluluğu bulunmakta ise de, *çözüm ortağı şirketler kendi sattıkları modem için iki yıl süreyle garanti kapsamında ücretsiz servis ve onarım hizmeti vermekle yükümlü iken* (7/f), sözleşme ekinde yer alan "Tesis Yönergesi" hükümlerine bakıldığında, kurulum ve servis hizmetini çözüm ortağı firmalardan almayan abonelere arıza durumunda Türk Telekom'un sadece bina ankastresine kadar olan hat arızaları konusunda servis verileceği, modem ve bilgisayar ayarlarından kaynaklanan sorunlarda Türk Tele-

---

137 "İşbu sözleşmenin konusu müşterilerimize ADSL hizmetinin ilk etapta EK:3 de belirtilen illerde yaygın olarak pazarlanması, satılması kurulması ve servis hizmetlerinin verilmesinin yaygın bayi ve servis ağına sahip firmalarla çözüm ortaklığı şeklinde yürütülmesidir" (m.2).

138 Arı, s.129.

139 Örneğin, Datateknik kendi ürünlerinin kurulum bedeli için ürünün özelliğine göre 30 milyon ile 85 milyon TL arasında değişen fiyatlar belirlerken, Datateknik tarafından satılmayan tüm ürünler için kurulum bedelini 60 Milyon TL olarak belirlemiştir. Elkotek ve Sentim'in fiyat listelerinde ise Elkotek ya da Sentim tarafından satılan bir USB modem için 30 milyon TL, bir ethernet modem için 40 Milyon TL kuruluş bedeli belirlenmişken, farklı marka bir USB modem için 45 Milyon TL, ethernet modem için de 60 Milyon TL kuruluş bedeli belirlenmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kom'un servis yükümlülüğü olmayacağının abonelik sözleşmelerinde yer alacağı ve abonelerin bilgilendirileceği hükmü mevcuttur.

Daha yüksek bir ücretle kurulmasına rağmen bu müşterilere garanti hizmeti sunulmamaktadır (paragraf 260). Türk Telekom da hat arızaları dışında bu yönde bir hizmet sunmamaktadır. Tüketicinin böyle bir durumda başka bir modemi tercih etmesi için haklı bir nedeni bulunmamaktadır.

c) Çözüm ortağı firmaların taktıkları modemler, Türk Telekom'un internet sitesi tarafından "tavsiye" edilmişlerdir. Bu tür bir tavsiye salt tavsiye olarak görülemez[140]. Yönlendirici hatta zorunlu olduğu bile söylenebilir. Türk Telekom internet sitesinde tavsiye ettiği modemlerin, santrallerindeki ekipmanla en iyi çalışan ve sorun çıkarmayan modem olduğunu (Karar, 600) bildirdiğine göre, burada yayınlanmayan modemlerin sorun çıkaracağı, iyi çalışmadığı yönünde abonelerde bir kanaat oluşacağı ve burada ismi olmayan marka modemleri satın almayacakları şüphesizdir. Oysa, burada yayınlanmayan şikayetçi firmaların modemleri de Telekom'un uygunluk onayı alınıp ithal edilerek satılmaktadır.

Tüketici yetkili kurumun internet sitesinde sorunsuzluğu teyid edilmiş bir modem olduğu belirtilmesine rağmen, diğerlerini tercih etmek için haklı bir neden görmeyecektir. Dolayısıyla bu tür bir tavsiye diğerleri bakımından bir süre sonra piyasadan çekilme sonucu doğurabilir. Rekabet Kanunu tavsiyeler bakımından ayrı düzenleme getirmemiştir. Çünkü rekabete aykırılık için bir hükmün amacının rekabeti sınırlaması yeterlidir. Piyasada somut etki aranmamaktadır (RK m. 4).

Yukarıda sayılan nedenlerden dolayı müşterinin çözüm ortaklarını tercih etmesiyle bu pazar diğer firmalara kapanacaktır. Bu durumda Kanunun 6.md. uygulanması gerekecektir. Rekabet Kanunu'nun 6. m. "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*"

---

140 Kurul'un 18.09.2000 tarihli ve 00-35/392-219 numaralı kararını onaylayan Danıştay 10. Dairesi tavsiye kararı ile ilgili olarak şöyle demektedir: "Sendika kararları "tavsiye kararı" olarak alınırsa ve hiçbir bağlayıcılığı yoksa, bu gibi kararların yasaklanması söz konusu olmayabilir. Ancak, şubeler bu tavsiye kararına aynen uyuyorlarsa ve bu nedenle fiilen rekabet sınırlanıyorsa bu takdirde kararların tavsiye kararı bile olsa yasaklanması gündeme gelebilir. Burada asıl önemli olan, üyelerin bu kararla kendilerini bağlı hissetmeleridir. Fiilen bağlı hissedíyorlarsa ve bu kararlara uyuyorlarsa bağlayıcı bir karar olduğundan söz etmek mümkündür...ister tavsiye, isterse bağlayıcı karar olsun, eğer rekabeti sınırlayıcı etkiler gösteriyorsa, bu kararın 4054 sayılı Yasanın yasakladığı nitelikte olduğu kabul edilmelidir". Danıştay 10.D.16.12.2003, 2001/1076 E., 2003/5205 K.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

- Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırımcılık yapılması (RK.m.6/b),

- Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasının şart koşulması (RKm.6/c).

4- Çözüm ortakları ile bayileri arasında yapılan bayilik sözleşmelerinde, abonelere önerilecek ADSL ürünlerini *bayilerin sadece kendi çözüm ortaklarından alma zorunluluğu* getirilmiştir. Kurul, çözüm ortaklarının temelde bilişim ürünleri, özelde de modem dağıtıcısı olarak bir dağıtım sistemi kurdukları, bu dağıtım sisteminde de kendi ürünleri dışındaki ürünlerin dağıtılmamasını şart koşmalarının dağıtım sistemlerinin özünde bir uygulama olduğunu belirtmiştir (Karar, 600). Kurul, bu dağıtım sisteminin grup muafiyetinden yararlanma şartlarının mevcut olup olmadığını incelememiştir. Kurul, başka bir kararında, "ilgili dağıtım pazarının yapısı ve bu pazarın hizmet ettiği gazete ve dergi yayıncılığı piyasası ürünlerinin, satış koşulları nazara alındığında, bu pazarda, son satış noktalarının, münhasır anlaşmalar ile bağlanmasının, "diğer sağlayıcıların, dağıtımın farklı aşamalarına girişlerinin önemli ölçüde zorlaştırılması" sonucunu doğurucu nitelikte olması nedeniyle, rekabet ortamının bozulacağına, bu nedenle gazete ve dergi dağıtım piyasasında yapılacak olan sözleşmelerin, "rakip malları satmama ve dağıtmama" gibi münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda Rekabet Kurulu tebliğleri ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarına" karar vermiştir[141].

Çözüm ortaklığı sözleşmesi incelenirken ikili bir ayrım yapmak gerekmektedir. Çözüm ortaklığı sözleşmesinin esaslı unsuru ADSL internet bağlantısı kurulmasıdır. 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile değişik, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin "Anlaşmaları Grup Muafiyeti Dışına Çıkaran Sınırlamalar" başlığını taşıyan 4/a m. alıcının (bayinin) kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi durumunda grup muafiyetinden yararlanılamaz[142]. Taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu *sabit* veya *asgari satış fiyatına* dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının (dağıtıcının) azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkün ise de, olayımızda çözüm ortağı firmalar bayilerinin uygulayacağı sabit fiyatı liste halinde

---

141 Ulusal Basın Gazetecilik AŞ/ BİRYAY/ YAYSAT/ BBD, RKK. No: 00 - 49 / 529 - 291, 14.12.2000.

142 Karakurt, s.193.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tespit ettiklerinden, bu anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanma imkanı yoktur[143].

Diğer taraftan, 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile değişik, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği 8. m. "*Bu Tebliğ hükümlerine göre tanınmış muafiyet Kanunun 6 ncı maddesinin uygulanmasını engellemez*".

5- Kararda, "çözüm ortağı firmaların satış rakamları ve satış fiyatlarına ilişkin grafikler birlikte değerlendirildiğinde, *bazı modemlere ilişkin fiyatlar belli bir dönem artmış olmakla birlikte,* genelde modem fiyatlarında bir yükseliş olmadığı, aksine fiyatlarda düşüş yaşandığı görülmektedir" (Karar, 450) denilmekle birlikte, teknolojinin çok hızlı geliştiği bilgisayar hizmet ve ürünlerinde fiyatların düşmesi olağan bir durumdur. Şikayetçi firma kendi pazarladığı markalı modem fiyatının, çözüm ortağı şirketlerce pazar fiyatının üstünde satıldığını iddia ettiğine göre, fiyatın yükseldiği modemin hangisinin olduğu ve fiyat yükselmesinin nedeni kararda açıklığa kavuşturulmamıştır.

6- Kararda, "çözüm ortaklarının aktif olarak Haziran 2004'te çözüm or-

---

143 Kurul, benzer nitelikteki Turkcell kararında, "...Turkcell ile TAM'lar arasındaki ilişki aktivasyon hizmetleri bakımından acentelik ilişkisini, mülkiyeti TAM'lara geçen sim kart ve kontör kartların satışı bakımından da yeniden satıcılık şeklinde bir bayilik ilişkisini ifade etmektedir. Bu çerçevede;

-Sim kart ve kontör kart gibi mülkiyeti yeniden satıcılara geçen malların satış fiyatlarının Turkcell tarafından belirlenmesi Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi kapsamında yasaktır.

-Acentelik anlaşmalarına konulan rekabet etmeme hükümleri rakiplerin pazara girişini engelleyecek bir etki doğurmakta ise, bu tür anlaşmaları Rekabet Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca 4. maddenin uygulamasının dışına çıkarmak mümkün değildir.

Bu bakımdan ve savunmalarda belirtilen hususlar da dikkate alınarak;

a)Fiyatların belirlenmesine ilişkin olarak,

-Turkcell bayilerinin (TAM'ların doğrudan veya TAN'lar vasıtasıyla) Turkcell'in bir yardımcısı gibi ve Turkcell abone hizmetlerinin devamı niteliğinde yaptığı aktivasyon hizmetlerinin satış bedellerinin Turkcell tarafından belirlenmesinin rekabet kuralları bakımından bir sakınca oluşturmadığı,

-Ancak mülkiyetlerinin Turkcell dikey yapılanması içindeki teşebbüslere geçtiği ve yeniden satıcı sıfatıyla devralındığı sim kart, kontör kartların yeniden satış fiyatlarının Turkcell tarafından belirlenemeyeceği,

b)Bayilerin münhasır çalışmasına ilişkin olarak,

-TAM ve TAN'ların aynı zamanda cep telefonu distribütörü bayileri olmaması durumunda savunmalarda da belirtildiği gibi rakip operatörlerin aynı nitelikte bayi edinmelerine engel bulunmadığından münhasır çalışma şartının herhangi bir sakıncasının olmadığı,

-TAM ve TAN'ların aynı zamanda Turkcell ile münhasır çalışan cep telefonu distribütörlerinin bayileri olmaları halinde rakip operatörlerin söz konusu distribütörlerin markalarını satan bayi edinmeleri mümkün olmadığından ve bu suretle rekabet önemli ölçüde kısıtlanacağından münhasır çalışma şartının getirilemeyeceğini" belirtmiştir (RKK. No:01-35/347-95, 20.07.2001).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tağı olarak faaliyete geçtikleri dikkate alındığında, Haziran ayında görülen çözüm ortağı firmaların lehine hareketliliğin, ihlal niteliğinde bir uygulamanın neticesinde olmayıp, daha önce değinilen yeni kapasitenin hizmete sunulmasından kaynaklanan bir değişim olduğu anlaşılmaktadır" (Karar, 480) denilmektedir. Söz konusu dönemde Türk Telekom ve çözüm ortaklarının satışlarını mukayese eden grafiğe bakıldığında, 2 aylık dönemde Türt Telekom'un yaptığı abone sayısı 50.000 den 15.000'e düşmüş (% 70'lik bir düşüş), çözüm ortaklarının abone sayılarında artış görülmüştür. Kısa süreli de olsa bu durum çözüm ortaklığı lehine rekabetin kısıtlanmasını doğurmuştur.

7-Kurul kararında % 20 lik pazar payı önemli bir pay olarak görülmemiştir. Halbuki çözüm ortaklığı firmaların ADSL kurulum piyasasındaki bu payları önemli bir orandır. Modem satışlarının yarısını Zoom modemlerinin oluşturduğu anlaşılmıştır. Burada üzerinde durulması gereken nokta, sadece mevcut durumun tespiti değil, mevcut durum ile eski dönemin karşılaştırılmasının yapılarak bir sonuca ulaşılmasıdır.

III- SONUÇ

Türk Rekabet Hukuku'nda, rekabeti makul ölçüler dışında sınırlayan anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları yasaktır. Teşebbüslerin aralarında anlaşarak birlikte fiyat tesbiti, rakip teşebbüslerin faaliyetinin zorlaştırılması, boykot veya diğer davranışlarla piyasa dışına çıkarılması, mal ve hizmet piyasalarının bölüşülmesi rekabeti kısıtlayıcı etkiye sahiptir. Diğer taraftan, hakim durumda olan bir teşebbüsün hakim durumunu tek başına yahut başkalarıyla yapacağı anlaşmalar ve birlikte davranışlar ile kötüye kullanması rekabete aykırıdır. Hakim teşebbüsün, alıcılarına ayrımcılık yapması (fiyat ayrımcılığı, satış sonrası bakım ve hizmet ayrımcılığı), mal ve hizmet vermeyi red etmesi, eşit durumdaki alıcılara eşit hizmetler için farklı şartlar ileri sürmesi, bir mal ve hizmetle birlikte diğer mal ve hizmetin satın alınması şartı koyması açık bir rekabet ihlalidir. Hakim teşebbüslerin kuracakları dağıtım tekelleri vasıtasıyla bu davranışlarda bulunması da rekabete aykırı olacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

YÖNETİM KURULU ÜYESİ İLE ANONİM ORTAKLIK TÜZEL KİŞİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

*Ar. Gör. Ayşegül SEZGİN**

I- GİRİŞ

Tüzel kişilerin fiil ehliyetini kazanabilmeleri ve kullanabilmeleri için kanunen mecburi organlarının teşekkül etmiş olması gereklidir (MK m.49)[1] ve tüm tüzel kişiliğe sahip işletmelerde olduğu gibi, anonim ortaklıkta da ortaklığı idare edecek ve ortaklığı üçüncü kişilere karşı temsil edecek bir organa ihtiyaç vardır[2].

Anonim ortaklıkların kanuni organları genel kurul, yönetim kurulu ve denetleme kuruludur[3]. İncelememize esas teşkil edecek organ olan yönetim kurulu, anonim ortaklığın yasal temsilcisidir (TTK m.317)[4] ve ortaklığın yönetim ve temsilinde işletme sahibi gibi görev görür[5]. Yönetim kurulu genel kurulun aksine daimi ve devamlı bir organdır[6] ve görevini kurul olarak yerine getirir: Yönetim kurulunun en az üç üyeden oluşması şarttır (TTK m.312/f.1). Anonim ortaklık tüzel kişisinin fiil ehliyetini kullanması, ortaklığın yönetim kurulu organını teşkil eden bu gerçek kişilerin vasıtasıyla sağlanır. Her ne kadar anonim ortaklık tüzel kişiliğinin iradesinin oluşması ve açığa vurulması, bir organ olarak yönetim kuruluna aitse de, yönetim kuruluna canlılık veren, gerçek kişiler olan yönetim kurulu üyeleridir[7].

---

* **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi**

1 **Zevkliler,** s.550; **Akünal,** s.45; **Oğuzman/Seliçi,** s.122.

2 **Helvacı,** s.23.

3 Denetleme kurulu bir veya beşi geçmemek üzere birden fazla denetçiden oluşabilir. Denetçiler ancak birden fazla ise bir kurul oluştururlar. Aksi takdirde denetleme kurulu değil denetçi terimini kullanmak gereklidir.

4 TTK m.317: "Anonim şirket idare meclisi tarafından idare ve temsil olunur.".

5 **Steiger,** s.93, **İmregün,** s.325.

6 **İmregün,** s.325.

7 **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp),** s. 294.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ortaklık iradesinin dış dünyaya yansıtılmasını sağlayan yönetim kurulu üyeleri ile ortaklık tüzel kişiliği arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini inceleyeceğimiz bu çalışmada öncelikle yönetim kurulunun ortaklık tüzel kişiliği ile arasındaki ilişki ele alınacak, ardından yönetim kurulu üyesinin seçimi, göreve başlaması, yetki ve sorumlulukları TTK hükümleri çerçevesinde ortaya konacaktır. Nihayet, üye ile ortaklık arasındaki akdi ilişkinin hukuki niteliği tespit edilecektir.

II- YÖNETİM KURULU İLE ANONİM ORTAKLIK TÜZEL KİŞİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Anonim ortaklıklar tüzel kişi olarak organları vasıtasıyla hareket ederler. Anonim ortaklık tüzel kişiliğine ait iradeyi oluşturma işlevi genel kurula ait olsa da[8], yönetim ve temsil işlevini yerine getirecek ve bu faaliyetler sebebiyle sorumlu tutulacak organ[9] yönetim kuruludur. Daimi ve devamlı organ olarak yönetim kurulu, ortaklık tescil ile tüzel kişilik kazandığı andan (TTK m. 301/f.1) feshedilip tasfiyeye girdiği hatta sınırlı olarak tasfiye süresinin sonuna kadar (TTK m.440,441) ortaklığı yönetir, temsil eder, ortaklığın, ortaklık alacaklılarının ve pay sahiplerinin hak ve çıkarları üzerinde etkili olur[10].

Temsil yetkisi kural olarak yönetim kuruluna aittir[11] ve ortaklığın idare yetkisi de yönetim kurulu ile genel kurul arasında paylaştırılmıştır. Yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin kaynağı TTK'nun anonim ortaklıklarla ilgili faslında öngörülen hükümlere dayanır[12] ve kurulla ortaklık arasında organik bir bağ mevcuttur.

Doktrindeki hakim görüş uyarınca, yönetim kurulu anonim ortaklığın organı olması sebebiyle, ortaklık tüzel kişiliğinin yanında üçüncü bir kişi olan "temsilci" den farklıdır[13]; kurul, tüzel kişiliğin bir parçası niteliğindedir, organ vasıtasıyla harekete geçen tüzel kişinin bizzat kendisidir[14]; temsilci ise, temsil olunana bir hukuki muamele veya kanun hükmü ile bağlı bulunan yabancı bir şahıstır. Yönetim kurulu organ olarak, tüzel kişinin bünyesine dahil bir mütemmim cüz niteliği taşımaktadır ve anonim ortaklık tüzel kişiliğinin önemli görevlerini yerine getirmek üzere kanun tarafın-

---

8 **İzmirli,** s.32.

9 TTK'nun zorunlu organ olarak nitelendirmesi yönetim kurulunun organ sıfatını haiz olması için yeterli olmakla birlikte, organ kavramına "iradeyi yaratanların" yanısıra "yaratılan iradeyi doğrudan doğruya uygulamaya koyacak, yürütecek olanlar" da dahil edildiğinden(bkz. **Öztan**, s.44), yönetimi kurulu maddi kıstasa da uymaktadır; **İzmirli**, s.32.

10 **İmregün,** s.325.

11 Federal Mahkeme istisnaen yönetim kurulunun kısa süreli ve geçici boşluğu halinde, genel kurulun ortaklığı temsil edebileceğini kabul etmiştir; bkz. (ATF 78 II 369, JT 1953 I 275).

12 **Arslanlı,** s.8.

13 **Roblot,** s.505-506.

14 **İzmirli,** s.33.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dan oluşturulmuş bir makamdır[15]. Bu makam yönetim kurulu üyelerinden oluşur ve onların vasıtası ile hareket eder.

III- TTK ÇERÇEVESİNDE YÖNETİM KURULU ÜYESİ

A- Yönetim Kurulu Üyesinin Seçimi

Kural olarak, anonim ortaklıkta yönetim kurulunu seçme yetkisi genel kuruldadır (TTK m.312/f.1). Yönetim kurulu TTK m.313 uyarınca en az üç kişiden oluşur ve üyeler en çok üç yıl için seçilirler. Yönetim kurulu üyesi olabilmek için gerçek kişi olmak, pay sahibi olmak[16] ve esas sözleşme ile ek niteliklerin aranması halinde bu koşullara uygun olmak şarttır. Yönetim kurulu üyesi seçiminin hukuki niteliği, ortaklık tarafından seçilene karşı yapılmış bir icaptır[17]. Seçilenin görevi kabulü ile üye ile ortaklık arasındaki sözleşme kurulur. Yönetim kurulu üyesinin TTK m.313 uyarınca pay senetlerini tevdiinin ardından, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı aleniyetin sağlanması bakımından yönetim kurulu üyesinin tescil ve ilanı yapılır. Anlaşıldığı üzere yönetim kurulu üyeliği sıfatının doğumu için icap (seçim) ve kabul yeterli olup tescil ve ilan kurucu değil açıklayıcı mahiyettedir.

Ani kuruluşta ise ilk yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşme ile atanması zorunludur (TTK m.303), zira anonim ortaklık tescil ile tüzel kişilik kazanacağından, ortaklığı idare ve temsil edecek organın oluşmuş olması zorunludur. Yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından seçilmesine diğer bir istisna ise TTK m. 275 ile düzenlenmiştir: esas sözleşmede bu yolda hüküm bulunmak, ve ortaklığın konusu kamu hizmeti ile ilgili olmak kaydı ile, anonim ortaklıkta pay sahibi olmasalar dahi, kamu tüzel kişileri sözleşmede öngörüldüğü şekilde, yönetim kuruluna üye atayabilirler. Görev yapmakta olan yönetim kurulu üyelerinden birinin herhangi bir sebeple bu sıfatının sona ermesi halinde[18] yönetim kurulu, genel kurula niyabeten bir kişiyi geçici olarak seçip, yapılacak ilk genel kurulun onayına sunar. Genel kurul bu atamayı onaylarsa bu kişi yerine seçildiği kişinin görev süresini tamamlar, onaylamazsa, genel kurul bu yere kendisi üye seçer.

Yönetim kurulu üyesinin sözleşme ile atanması, tüzel kişinin temsilcisi sıfatıyla seçilmesi ya da yönetim kurulu tarafından seçilmesi halinde de, genel kurulca seçimde olduğu gibi, üye ile ortaklık arasında bir sözleşme bağı bulunmaktadır[19].

---

15 **Akipek,** s.274.

16 Tek bir pay iktisabı yönetim kurulu üyesi seçilen kişide pay sahipliği koşulunun gerçekleşmesi için yeterlidir. Tüzel kişinin temsilcisi olarak yönetim kuruluna seçilen kişinin pay sahibi olmasına gerek yoktur. Tüzel kişinin pay sahibi olması yeterlidir.

17 **İmregün,** (Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatının Kazanılması), s.171-172.

18 Yönetim kurulu üyeliği sıfatını sona erdiren haller arasında, ölüm, istifa, kişi olarak üyenin iflası, hacir altına alınması, ağır hapis cezası ile sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hırsızlık, dolandırıcılık gibi yüz kızartıcı bir suçtan hüküm giyme sayılabilir.

19 **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp),** s. 309; **İmregün,** s.344; **Atan,** s.9.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

B-YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HAK VE BORÇLARI

1- HAKLARI

a- Kişisel Nitelikte Hakları

Yönetim kurulu üyelerinin kişisel hakları kendilerine yüklenen yönetim görevi ve müteselsil sorumluluğun bir sonucu olarak aynı zamanda bir borç da teşkil eder[20]. Kural olarak yönetim kurulu görevlerini kurul olarak yerine getirir ve yetkilerini kurul olarak kullanır ancak kanun bazı hallerde yönetim kurulu üyesine bireysel olarak görevler yüklemiş ve bunları kullanmaya tek başına yetkili kılmıştır. Bu haklar: yönetim kurulu toplantılarına katılmak, yönetim kurulunun olağanüstü toplantıya çağrılmasını başkandan talep etmek, toplantılarda görüşlerini açıklamak, öneriler yapmak, icra edilmesi kişisel sorumluluklarını gerektirecek genel kurul kararlarına karşı iptal davası açmak, yönetim kurulu toplantılarında ortaklık temsilcileri veya yöneticilerinden genel olarak işlerin gidişi veya belirli bazı işler hakkında bilgi istemek, yönetim kurulu onayına bağlı olarak ortaklık defterlerini ve evrakını incelemektir.

b- Mali Nitelikte Hakları

Aksi esas sözleşme ile öngörülmediği takdirde yönetim kurulu üyeleri katıldıkları her toplantı için huzur hakkına hak kazanırlar. Toplantı başına verilen huzur hakkı yanında üyelere ayrıca bir ücret ödenmesi esas sözleşmede veya genel kurulca kararlaştırılabilir. Yine esas sözleşmede bu yolda bir hüküm bulunması halinde, üyelere ortaklık kazancından pay veya genel kurulun görülen işlerden memnun kalması halinde üyeleri teşvik ve taltif için ikramiye verilmesi de mümkündür[21].

2- BORÇLARI

Yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda bir hak teşkil eden yönetime ilişkin yükümlerinin yerine getirilmemesi halinde bütün yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğu gerekir: yönetim kurulu toplantılarına katılmak, öneride bulunmak, ortaklık yararına bulmadıkları konularda muhalefet etmek[22] yönetime ilişkin hak ve borçlardandır.

Yönetim kurulu üyeleri özen ve sadakat borçlarının bir sonucu olarak anonim ortaklığın yönetimini ve işlerin gidişini gözlemekle yükümlüdürler ve bu genel gözetim yükümü, idare ve temsil yetkisinin bir bütün olarak murahhaslara bırakılması halinde dahi ortadan kalkmaz.

---

20 **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp),** s. 318.

21 **İmregün,** s.350.

22 TTK m.338 uyarınca muhalefetini zapta geçirerek durumdan yazılı olarak denetçileri haberdar eden yönetim kurulu üyesi müteselsil sorumluluktan kurtulur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TTK yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklığın fiili konusuna giren bir işlemi genel kuruldan izin almaksızın kendi adına veya bir başka şahsın temsilcisi sıfatıyla yapmasını (TTK m.334; ortaklıkla işlem yapma yasağı), yine böyle bir işlemi kendi veya bir başkası hesabına yapmasını; ayrıca aynı nev'i ticari işlemlerle uğraşan bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olmasını, sınırlı sorumlu bir ortaklıkta ise yönetim görevi almasını (TTK m.335; rekabet yasağı) ve kişisel veya TTK m. 349'da öngörülen usul ve fürulardan biriyle eşi ve üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımlarının çıkarlarına ilişkin hususların görüşüldüğü yönetim kurulu toplantılarına katılmasını (TTK m.332/f.1; görüşmelere katılma yasağı) yasaklamıştır.

C- Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatının Sona Ermesi

Yönetim kurulu üyesi sıfatı, TTK m.315/f.II'de öngörülen iflas, hacir altına alınma, ağır hapis cezası veya sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından dolayı hüküm giyme veya üyelik için gerekli yasal niteliklerin yitirilmesi ile sona erer.

Kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen, istifa da bir sona erme sebebidir ve uygun olmayan zamanda istifa eden yönetim kurulu üyesinin meydana gelen zararı genel hükümler çerçevesinde tazmini gerekir[23].

Üyenin genel kurulca azli her zaman mümkündür ve azil haksız nedene dayansa bile üyenin ortaklıktan tazminat talep hakkı yoktur.

IV- YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A- Organ Sıfatı

TTK tarafından anonim ortaklığın zorunlu organlarından biri olarak gösterilen yönetim kurulunun organ niteliğini haiz olduğu şüphesizken, "organ" kavramını geniş yorumlayan görüşün gelişmesi ile yönetim kurulu üyesinin organ niteliği taşıyıp taşımadığı doktrinde tartışmalı bir hal almıştır.

Kanunda sayılan veya statüde gösterilen organların bu niteliği kolayca tespit edilebilirken, sınırlı sayıda olmadığı kabul edilen organların tespitinde maddi kriterler kullanılmaktadır. Bu görüşe göre tüzel kişinin iradesinin oluşumuna katılan veya bu iradenin açıklanmasını sağlayan, doğrudan doğruya yürütecek olanların da organ kavramına dahil edileceği kabul edilmiştir[24].

ÇAMOĞLU[25], yönetim kurulu ile anonim ortaklık arasındaki ilişkinin organik bir bağ olduğunu belirttikten sonra yönetim kurulunun da tüzel kişilik gibi soyut bir kavram olduğunu, ona canlılık veren gerçek kişi yönetim

---

23 **İmregün,** s.359.

24 **Öztan,** s.44.

25 **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp),** s. 309.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kurulu üyelerini organ üyeleri olarak nitelendirmiştir[26]. Yazara göre, yönetim kurulu üyelerinin sıfatını tayin edebilmek için organ ve organ görevlisi üyeler kavramını birbirinden ayırt etmek gereklidir ve bu ayrım neticesinde yönetim kurulu üyeleri, organ üyesi olarak nitelendirilmelidir[27].

HELVACI[28] ise tüzel kişilerin organları vasıtasıyla medeni hakları kullanmasını düzenleyen MK m.50/f. II-III[29] ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenlendiği TTK m.336 hükümlerinin aynı sonuca yöneldiği; yönetim kurulu üyelerinin yapmış oldukları işlem ve sözleşmelerin şahsi sorumluluklarını doğurmadığı, bu işlem ve sözleşmelerin hatta TTK m.321/V de düzenlenen haksız fiil sorumluluğunun da ortaklığa ait olduğu gerekçesi ile yönetim kurulu üyelerinin MK m.50/f. II çerçevesinde organ olduğu sonucuna varmıştır[30].

İsviçre Hukukunda, organ kavramını dar algılayan görüşe göre, bir şahsın tüzel kişilikte organ vasfına sahip olduğundan söz edebilmek için bu şahsın tüzel kişinin iradesinin oluşumunda doğrudan doğruya ve önemli ölçüde etki etmesi aranırken, günümüzde maddi anlamda organ vasfına sahip olmak için, bizzat tüzel kişinin varlığını konu alan görev ve yetkilerin yürütülüyor olması yeterli bulunmaktadır[31].

Olgu organ sıfatının kabulündeki amaç, özellikle yönetim kurulu üyesi olmayan ancak sorumluluğunun yönetim kurulunun görevine giren işleri ifa eden kişi veya kişi gruplarının da bu çerçevede organ olduğu sonucunu doğurmasını ve bu kişilerin de sorumluluklarına gidilmesi sağlayabilmektir. Yönetim kurulu üyesinin organ sıfatının kabulü, üyenin sorumluluğu bakımından halihazırdaki uygulamadan farklı bir sonuç doğurmayacaktır. Zira mevcut düzenleme de aynı sonuca yönelik uygulanmaktadır[32].

Konumuz açısından ise yönetim kurulu üyesinin organ niteliği taşıması, ortaklık tüzel kişiliği ile arasındaki ilişkinin nitelendirilmesinde etkili olabilecektir: organ olarak nitelendirilen kişiler, tüzel kişiyle bağımlılık ilişkisi içinde değildir[33]. O halde, bir kişinin yetki ve görevlerini kendi bulunduğu makamdan dolayı ve kimseden talimat almadan yerine getirmesi, o kişinin organ olduğunu göstermektedir[34]. Bu tanımlamadan da anlaşıldığı

---

26 Aynı yönde **İmregün (AO),** s.228;**İzmirli,** s.35.

27 **Çamoğlu, (AO YK Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu),** s.34.

28 **Helvacı,** s. 30-31.

29 TMK m.50/f.II-III; "Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Organlar kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar."

30 **Tekil,** s.206.

31 **Bilgili,** s.33 ve dn.50 ve 51'de anılan yazarlar.

32 **Helvacı,** s.33.

33 Tüzel kişiyle bağımlılık ilişkisinde bulunan kişiler, hukuken yardımcı şahıs olarak nitelendirilirler ve tüzel kişi yardımcı şahısların meydana getirdiği zarardan doğrudan doğruya değil, istihdam eden sıfatıyla sorumludur.

34 **Bilgili,** s.34.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

üzere, yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi ile arasındaki ilişkinin niteliği ve özellikle bu nitelendirmede kullanılan kriterlerden olan bağımlılık ilişkisi, yönetim kurulu üyesinin organ sıfatı konusunda da belirleyici unsurdur.

Kanaatimizce, her yönetim kurulu üyesinin organ niteliği olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Maddi organ kriterlerini taşıyan bir üyenin organ vasfını haiz olması, ortaklık ile arasındaki ilişkinin bağımsızlığına dayandığından, bu durum ilişkinin nitelendirilmesine de etki edecek ve hizmet ilişkisi olmadığı sonucuna varılacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu üyesinin ortaklık ile arasında organik bir bağ olduğunun kabulü, ortaklık tüzel kişisi ile üyenin arasındaki ilişkinin akdi niteliğini değiştirmez[35]. Zira kişi, ortaklık ile yaptığı sözleşme sonucu yönetim kurulu üyesi olur ve organ sıfatı bu üyelik makamına aittir. Kurul organlarda, her nasıl organ sıfatı kişilerden bağımsız kurula aitse, kişi organ için de bu ayrım yapılmalıdır. Kişi organda, organ ve organ görevlisi üye sıfatlarını gerçek kişi şahsında toplar[36]. Organ tüzel kişiden bağımsız değil, onun bir mütemmim cüz'ü olduğuna göre, bu organı oluşturan gerçek kişi/kişilerin organ görevlisi olarak, organdan bağımsız varlıklarının olduğu şüphesizdir.

B- İşveren Sıfatı

İş K. m.2/I uyarınca "işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye işveren...denir". İş sözleşmesinin unsurlarına göre yapılacak tanıma göre, işveren işgörme ediminin alacaklısı ve işçiye en üst düzeyde emir ve talimat veren kişidir[37].

Tüzel kişilerde işgörme ediminin alacaklısı sözleşmeye taraf olan tüzel kişi iken (*soyut işveren*), yönetim hakkı ve talimat verme yetkisi tüzel kişinin organı (*somut işveren*) tarafından kullanılır[38]. Doktrin[39] de bu ayrımdan yola çıkarak, anonim ortaklığın soyut işveren, yönetim kurulunun da organ olarak bizzat tüzel kişi sayılması sebebiyle organ sıfatıyla işveren, ortaklıkta en üst düzeyde talimat verme yetkisine sahip organ olan yönetim kurulunu oluşturan gerçek kişilerin ise somut işveren olduğu sonucuna varmıştır[40]. Oysa somut-soyut işveren tanımları uyarınca, somut işveren sıfatı tü-

---

35 Aksi yönde bkz. **Çelik/Güzel (Sendika TK ile Sendika YKÜ arasındaki ilişki)**, s.642; Yazarlar, birbiri içinde eriyen ya da birbiriyle özdeşleşen iradelerin organik görünüm kazandığı ve bunun bir sonucu olarak, genel kurul kararlarına üstünlük tanınmak gerektiği, ayrıca seçilen üyenin görevi reddetme hakkının olduğu gerekçesiyle organik bağ görüşünün benimsenemeyeceğini belirtmekte ve ilişkiyi sadece akit temeline dayandırmaktadırlar.

36 **Çamoğlu, (AO YK Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu)**, s.34.

37 **Tunçomağ/Centel**, s.54;**Süzek**, s.156.

38 **Ekonomi**, s.50-51; **Süzek**, s.156.

39 **Ekonomi**, s.50-51; **Süzek**, s.157.

40 Arslanlı'nın soyut/somut işveren ayrımı dahi yapmaksızın, yönetim kurulu üyesinin ortaklıkta işletme sahibi ve işveren olduğu görüşüne katılmak tüzel kişilik teorileri karşısında imkansızdır. Ortaklıkta işletme sahibi, yönetim kurulu üyesi değil ortaklık tüzel kişisidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

zel kişinin yönetim ve talimat verme yetkisini kullanan organına ait olduğuna göre anonim ortaklıkta, somut işveren yönetim kurulu olmalıdır. Kural olarak yönetim kurulu görevlerini kurul olarak yerine getirip, yetkilerini kurul olarak kullandığından, kurulun yetkilerini bir üyeye veya müdüre terhis etmiş olması hali dışında işveren sıfatı kurula aittir.

Yönetim kurulunun yetkilerini bir üyeye terhis etmesi halinde ise, artık somut işveren, organ sıfatını haiz murahhas üye olacaktır[41]. Ancak, kanaatimizce gerek yönetim kurulu üyesinin organ ve somut işveren olduğunun kabulü halinde gerekse murahhas üyenin somut işveren sıfatı, bu görevde bulunan gerçek kişinin ortaklıkla arasındaki ilişkinin hizmet ilişkisi olamayacağını göstermez.

Yargıtay 10.HD verdiği bir kararda[42] (E.1986/2290, K.1986/5005, T. 7.10.1986), ortaklık ile murahhas üye arasındaki ilişkiyi hukuken hizmet akdi olarak nitelendirmiş ve murahhas üyelik hizmetinin dahi sigortalı hizmet sayılması sonucuna varmıştır. Doktrinde bu karar eleştirilmiş ve murahhasların yönetim kurulunun bir kısım veya tüm yetkileriyle donatılmış bir organ niteliği taşıdığı ve ortaklığın kendi organı (somut işveren) ile arasında bir hizmet akdinin bulunamayacağı savunulmuştur[43].

Kanaatimizce murahhas üyenin veya yönetim kurulu üyesinin en üst düzeyde emir ve talimat vermeye yetkili kişi olması-ki bu durumda organdır da- somut işveren olarak nitelendirilmesi yerindedir. Ancak bu durum üye ile ortaklık arasındaki ilişkinin niteliğini değiştirmez. Zira üyenin organ niteliği ve işveren sıfatı, kendi gerçek kişiliğinden bağımsız; tüzel kişi olan ortaklığın iradesinin kullanılması ve yansıtılmasından ibarettir. Oysa ortaklık tüzel kişiliği ile üyelik ilişkisini kuran, gerçek kişidir ve organ niteliğinden tamamen bağımsızdır. Üye, ortaklık ile olan iç ilişkide sözleşmenin tarafı iken, dış ilişkide kendisine terhis edilen konuda üçüncü kişilere karşı ortaklığın organı olarak işveren sıfatını taşımaktadır. Üye ile ortaklık tüzel kişisi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ise ilişkiye etki eden esaslı unsurların tespiti ile belirlenebilecektir.

---

41 Yönetimde uzmanlaşma ihtiyacının bir sonucu ve TTK m.319 uyarınca, sözleşmede bu konuda açık hüküm bulunması halinde yönetim kurulunun görevlerinin tamamını veya bir kısmını pay sahibi olan (murahhas üye) veya pay sahibi olmayan murahhaslara bırakabilir. Görüldüğü üzere murahhasların yönetim kurulu üyesi ve hatta pay sahibi olmaları gerekmemektedir.

Murahhas üye kendisine usulüne uygun olarak bırakılan görevden tek başına sorumlu tutulabilecektir(TTK m.336/f.II). Ancak diğer yönetim kurulu üyelerinin de TTK m. 331 uyarınca nezaret ve münhasır yetkiye giren işlerden sorumluluğu devam edecektir.

42 YKD, C.XII S.2. Şubat 1987, s.248-253.

43 **Süzek,** s.157; **Aydemir,** s.49; **Tuncay,** s.167.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

V- YÖNETİM KURULU ÜYESİ İLE ANONİM ORTAKLIK TÜZEL KİŞİSİ ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık tüzel kişisi arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği hakkındaki görüşler üç başlık altında incelenebilir:

A- Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Hizmet sözleşmesi BK m. 313'te, işsahibi ile işçi arasında akdedilen belli veya belli olmayan bir süre için öngörülen iş karşılığı ücret ödenmesi gereken bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Borçlar Kanunu'nda yapılan bu tanım iş, zaman ve ücret unsurlarını içermekte ancak bu sözleşmeyi diğer işgörme sözleşmelerinden ayırmamıza yarayan, « bağımlı çalışma » unsuruna değinmemektedir. Oysa iş hukuku doktrini ve içtihada göre hizmet sözleşmesi *iş görme, ücret* ve *bağımlılık* unsurlarından oluşan bir sözleşmedir[44].

Hizmet sözleşmesinin vekalet sözleşmesinden farkını ortaya koyan, bu yüzden konumuz için önem arz eden unsur bağımlılıktır. Zira işgörme ve ücret unsuru[45] vekalet sözleşmelerinde de bulunabilmektedir.

Özellikle Alman doktrininde savunulan bir görüş; yönetim kurulu üyelerinin, muayyen bazı iş ve işlemleri değil, diğer organların yetki ve görevlerine girmeyen bütün idare ve temsil ile ilgili iş ve işlemleri devamlı olarak belirli süre için ifa ile yükümlü olmalarından yola çıkarak yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık tüzel kişisi arasındaki ilişkiyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir[46]. Alman hukukunda ücret kararlaştırılmış olması halinde bu ilişkinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmiş olması, ancak hizmet sözleşmesinde ücretin asli unsurlar arasında yer alıp yönetim kurulu üyelerine verilen ücretin asli unsur olmaması gerekçesi ile eleştirilmiştir[47].

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda bu ilişkinin ücret kriteri dikkate alınarak hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmiş olması, Türk hukuku bakımından yapılacak bir nitelendirmeye gerekçe teşkil edemez. Zira hâlâ Roma hukukundaki[48] vekalet kavramının etkisi altında olan Alman

---

44 **Reisoğlu,** s.38; **Çelik,** s.s.70 vd. **Ekonomi,** s.73; **Centel,** s.79; **Süzek,** s.211.

45 BK m.386/1 uyarınca sözleşme veya teamül varsa vekilin ücret hakkı vardır. Hizmet sözleşmesinde ise ücret esaslı unsurdur. Bir sözleşmede ücret unsurunun bulunmaması durumunda, hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmeyeceği kesinken, ücretli bir iş görme sözleşmesinin nitelendirilmesi bağımlılık unsuruna başvurmak gerekecektir.

46 **İzmirli,** s.35,dn.141-142'de anılan yazarlar.

47 **Atan,** s.10; **İzmirli,** s. 35.

48 **Tandoğan,** s. 365; Vekalet sözleşmesinin ücretli de olabileceğinin kabulü uzun bir tarihsel gelişimin sonucudur:Roma hukukunda vekalet hatır için yapılan, onurlu bir hizmet olarak kabul edilmekte ve vekilin dava edilebilir bir ücret hakkı bulunmamaktaydı. Vekalet sözleşmesine konu olan işlerin ihtisaslaşma gerektirmesi ile önce Fransız MK, dava edilebilir bir ücret kararlaştırılabileceğini, Avusturya MK, bu anlaşmanın zımni olabileceğini ve ardından İsviçre BK açık ve zımni bir anlaşma olmasa bile teamül gerektiriyorsa vekilin ücrete hak kazanması olanağını tanıdı. İtalyan MK'da vekaletin ücretli olduğu karinesi kabul edilmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MK'da vekalet sözleşmelerinin ücretli olabileceği kabul edilmemekte, ihtisas gerektiren işgörme sözleşmeleri hizmet ve istisna sözleşmesi kapsamına sokulmaya çalışılmaktadır[49]. Dolayısıyla ücretli bir işgörme sözleşmesinin Alman hukuku bakımından hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi pek tabiidir. Türk Borçlar Hukukunda ise vekalet sözleşmesinin ücretli veya ücretsiz olması mümkündür ve nitelendirmenin yapılması için tüm esaslı unsurların incelenmesi gerekir.

Yönetim kurulu üyelerine verilen ücretin asli unsur olmadığı yönündeki gerekçede isabetli değildir. Hakikaten, yukarıda ele alınan mali haklar arasında bulunan, ücret hakkının yönetim kurulu üyesine tanınması, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile sağlanabilir. Yönetim kurulu üyesine hiçbir mali hakkın tanınmaması da mümkündür. Ancak yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık tüzel kişisi arasındaki ilişkinin nitelendirilmesi esnasında, aradaki ilişkide ücret unsurunun bulunduğu ve bulunmadığı haller ayrı ayrı ele alınmalıdır. Somut ilişkide ücret unsurunun bulunması halinde dahi bunun öngörülmemesinin mümkün olduğunu ileri sürerek, esaslı unsur teşkil etmediğini iddia etmek isabetli değildir. Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki akdi ilişkide üyeye ücret hakkı tanınmamışsa, bu ilişki hizmet olamayacak ancak aksi takdirde ilişkiyi nitelendirmek için bağımlılık kriterine başvurmak gerekecektir.

Bağımlılık genel olarak, işçinin işverenin talimatları doğrultusunda ve denetimi altında çalışması, işverenin otoritesi altında iş görmesi[50] şeklinde tanımlanır. Belirttiğimiz üzere, bağımlılık unsuru hizmet sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayırt edici niteliğe sahiptir. Ancak bağımlılık unsuru göreceli[51] bir niteliğe sahip olduğundan, bu unsur somut koşullarda ele alınmalıdır: Kimi hizmet sözleşmesinde işçiye tanınan hareket serbestisi, kimi sözleşmelerindeki vekile tanınmamaktadır. Yine her üyenin yetki ve sorumlulukları, ortaklık ile arasındaki özel koşullarda değerlendirilmelidir. Verilen genel tanımdaki talimat alma, denetim altında bulunma kriterinin yanında « başkasının işletmesine katılma » ve « işverenin çalışmaya müdahalesi » de yan kriterler olarak Fransız Hukukunda kabul edilmiştir[52].

Yönetim kurulu üyesinin bağımlılığı konusunda içtihatta ve mukayeseli hukukta görüş birliği sağlanamamıştır.

Yargıtay da konumuzla bağlantılı kararlarında, hizmet ile vekalet sözleşmelerinin ayrılmasında bağımlılık kriterini kullandığı kararlarında farklı sonuçlara ulaşmıştır:

---

49 **Tandoğan,** s.365.

50 **Sümer**, s.34.

51 **Güzel, (Fabrikadan İnternet'e),** s.108.

52 **Güzel, (Fabrikadan İnternet'e),** s.112-113.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Denetçi ile ortaklık arasındaki ilişkiyi nitelendiren kararında Yargıtay[53]: "Kural olarak bu sözleşme vekalet sözleşmesi niteliğindedir. Lâkin bu zorunlu değildir. Tarafların bu ilişkiyi hizmet akdine dayatmaları da mümkündür. Şayet denetçi, gördüğü işin sonucu ile doğrudan doğruya ilgili olmaksızın hizmet edimini belirli ya da belirli olmayan bir zaman için anonim ortaklığın buyruğunda bulunduruyorsa ve anonim ortaklık da buna karşılık, sonuçla ilgili olmaksızın ona ücret ödemekteyse, aradaki ilişki vekalet akdine değil hizmet akdine dayanıyor demektir" sonucuna varırken YHGK ise[54], sürekli denetim ve gözetim altında çalışmaması sebebi ile denetçinin işçi kabul edilmeyeceğine karar vermiştir.

Doktrinde ise yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulu ve genel kurul ile arasında mutlak anlamda bir hiyerarşik bağın bulunmadığı ve üyelerin bağımsızlıkları olduğu, bu yüzden aradaki sözleşmenin hizmet niteliği taşımadığı savunulduğu gibi[55]; üyelerin genel kurul kararlarını ifa ile yükümlü olmaları ve ortaklığı temsil eden organla, ortaklık arasında bağımlılık ilişkisinin bulunduğu da savunulmaktadır[56].

Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkinin niteliği konusunda yerleşik bir içtihadı olmayan Federal Mahkeme ise(ATF 75 II 149, 153 (f.), JT 1950 I 571,572 rés.)[57] aradaki ilişkinin genelde vekalete dayandığını belirtmekle birlikte; yönetim kurulu üyesinin ortaklığa bir hizmet sözleşmesi ile de bağlanabileceği ihtimalini kabul etmektedir. Federal mahkemenin bu görüşünün yanında, kamu hukuku kuralları da üyenin çalışmasının bağımlı veya bağımsız olduğunu açık ve sabit bir biçimde ortaya koymamaktadır. Yaşlılık sigortası hakkındaki yönetmelikte (T. 31.Ekim.1947), yönetim kurulu üyelerinin gelirlerinin bağımlı bir çalışmadan doğduğu kabul edilirken, KDV bakımından ise bu çalışma bağımsız olarak nitelendirilmektedir[58]. Çifte vergilendirme sorununa da yol açan bu tereddüt, yönetim kurulu üyesinin emredici hükümler[59] ve diğer yönetim kurulu üyelerinin kararları ile bağlı olması[60] göz önünde bulundurularak, federal mahkeme tarafından yönetim kurulu üyesinin gelirleri bağımlı çalışma neticesi olarak değerlendirilerek aşılmıştır[61].

---

53 10. HD, 14.09.1973, 180/209 K., **Eriş,** s.337.

54 YHGK, 25.6.1975, E.1974/9-84 K.1975/850, İBD, Ocak-Nisan 1976, s.208 vd.

55 **Çelik/Güzel, (Sendika TK ile Sendika YKÜ arasındaki ilişki),** s.644.

56 **Pittet,** s.92.

57 **Pittet,** s.90.

58 **Pittet,** s.91.

59 İBK m.698 vd.

60 İBK m.707 vd.

61 **Pittet,** s. 92.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Türk vergi hukukunda ise Gelir Vergisi Kanunu 61/4'e göre yönetim kurulu üyelerinin elde ettikleri gelirler ücret olarak nitelendirilir. Ancak GVK m. 98/III'e göre çalıştırdıkları hizmet erbabı sayısı 10 ve daha az olanlar 94. maddeye göre yapacakları tevkifatla ilgili muhtasar beyannamelerini her ay yerine Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında verebilirler. Bu on kişinin hesabında yönetim ve denetim kurulu üyelerine yapılan ödemeler ücret olmakla beraber, hizmet erbabı olarak değerlendirmeleri mümkün olmadığından 10 kişilik hizmet erbabının hesabında dikkate alınmazlar[62]. Zira bu kişilerin İş K.'na tâbi ve hizmet akdiyle çalışanlardan olduğu kabul edilmemektedir[63].

Fransız Hukukunda ise, yönetim kurulu üyesinin bir hizmet sözleşmesi yapamayacağı ancak iki yıl boyunca ortaklıkla hizmet ilişkisi içinde bulunan bir kişinin sonradan yönetim kurulu üyesi olabileceğine ilişkin düzenleme, 1974 tarihli Madelin yasası ile kaldırılmış, hizmet sözleşmesi ile yönetim kurulu üyeliği sıfatlarının bir arada bulunabileceği kabul edilmiştir[64].

Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkinin hizmet olarak nitelendirilmesi halinde uygulanacak TTK ve İş K. Hükümlerinin tespiti gerekir. Hizmet sözleşmesi çerçevesinde ele alınan işçinin hak ve borçlarının yanı sıra yönetim kurulu üyesinin TTK'da belirtilen ve ortaklık sözleşmesi ile öngörülebilen hak ve borçları bulunmaktadır[65]. Ayrıca TTK m. 316 çerçevesinde de yönetim kurulu üyesi her zaman ve hiçbir tazminat ödenmeksizin azledilebilirken, hizmet sözleşmesinin sona ermesi, İş K.'da düzenlen koşullara ve hükümlere tâbi olacaktır. Bunun ötesinde yönetim kurulu üyeliği sona kişinin ortaklara ilişkin tüm hakları kullanabiliyor olması da diğer önemli bir husustur[66].

B- Vekalet Sözleşmesi Görüşü

Doktrindeki hakim görüş, yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık tüzel kişisi arasındaki bağı vekalet olarak nitelendirmektedir. Zira, öncelikle yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık arasındaki güven ilişkisi büyük önem arz eder: Üyeler, şahsen ve profesyonel olarak güvenilir kişiler arasından seçilirler/seçilmelidirler[67].

ÇAMOĞLU'na göre[68], soyut bir kavram olan yönetim kuruluna canlılık

---

62 Danıştay 4. Daire 1995/1502; **Şenyüz** s.215.

63 **Doğrusöz/Somer,** s.92.

64 **Lyon-Caen/Pélissier/Supiot,** s.92; **Rivero/Savatier,** s.312.

65 bkz. yukarıda, **IV- Yönetim Kurulu Üyesinin Hak ve Borçları.**

66 **Domaniç,** s. 493.

67 **Pittet,** s.92.

68 **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp),** s. 309.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

veren gerçek kişilerdir ve bunlarla şirket arasında da bir "*sözleşme bağı*" vardır. Tarafların bu sözleşmenin niteliğini diledikleri gibi kararlaştırmaları mümkündür; ancak özel bir hüküm konulmamışsa bu sözleşme, vekâlet olarak nitelendirilmektedir.

ARSLANLI[69] söz konusu akdin vekâlet hükümlerine tabi olduğunu ancak ortaklıkla yönetim kurulu üyelerinin aralarındaki ilişkiyi açık veya örtülü olarak hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir[70].

KARAYALÇIN da, bu sözleşmeyi niteliği itibari ile vekalet kabul etmekte, ancak taraflar aralarındaki sözleşmenin niteliğini diledikleri gibi kararlaştırabileceğini belirtmektedir[71].

İMREGÜN'e göre ise ortaklık sözleşmesinde dahi bu sözleşmenin hukuki niteliğinin tespit edilmiş olması mümkündür[72].

MİMAROĞLU[73] doktrinde anılan ilişkinin temeli olarak iki görüşün savunulduğunu, bunların hizmet ve vekâlet olduğunu belirttikten sonra, kendi kanaatinin vekâlet olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre hizmet akdinde ücret ön planda olmasına rağmen yönetim kurulu üyesi açısından bir ücretten değil emeklerine karşılık aldıkları bir huzur hakkı olduğu, anonim şirketle idare meclisi üyesinin durumu, kendisinin hizmet akdiyle bağlı olmasına kolaylıkla müsaade etmediğini, zira asıl itibarıyla kendisinin, şirkette, işletme sahibi ve işveren durumunda olduğunu, bu sebeple de aradaki ilişkinin hizmet akdi olarak tanımlanamayacağını savunmaktadır[74]. Burada belirtmemiz gerekir ki huzur hakkı ücret olarak nitelendirilmese dahi, ortaklık sözleşmesine koyulacak bir hüküm veya genel kurul kararı ile üyeye sağlanan ücret hakkının İş K. Bakımından da ücret olarak nitelendirilmemesi için hiçbir sebep yoktur.

İZMİRLİ[75] ise bu görüşü destekleyecek biçimde, diğer sözleşmelerin esaslı unsurlarını taşımayan ilişkiye vekalet hükümlerinin uygulanacağı hükmüne (BK m.386/f.2) değinmektedir[76].

Yargıtay 3. HD, yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine ilişkin verdiği bir kararda[77] (E.2002/414,K.2002/1200,T.4.2.2002); Yönetim kurulu üyesi

---

69 **Arslanlı,**, s. 108-109.

70 Aynı yönde; **Pulaşlı,** s.390.

71 **Karayalçın,** s.79; **Ansay,** s.103; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp),** s. 309.

72 **İmregün,** s.331, s.344

73 **Mimaroğlu**, s. 100 vd.

74 **Mimaroğlu,** s. 101

75 **İzmirli,** s.32.

76 BK m386/f.2, konusu işgörme olan atipik sözleşmelerin olmadığı sonucunu doğurmaz.

77 YKD,C.28, S.8 2002,s.1161-1167

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ile ortaklık arasındaki ilişkiyi vekalet olarak nitelendirmiş ve BK m.388/f.II'de yapılan olağan-olağanüstü iş ayrımını yapmıştır ki, TTK m.317 hükmü karşısında bu ayrımın anonim ortaklık için geçerli olmadığı açıktır.

Görüldüğü gibi, BK'nun vekalete ilişkin tüm hükümlerinin, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkiye tatbiki mümkün değildir. Ortaklık işlerini düzenlemeye yetkili ve görevli üyeler, ortaklık sözleşmesinde veya yönetim kurulu kararında aksine hüküm olmadığı takdirde, en az iki üyenin irade beyanı ve imzasıyla şirketi temsile yetkili sayılırlar: Temsil kararında birden fazla vekilin birlikte hareket etmesini gerektiren BK m.391 ve 395/2'de vekiller için kabul edilebilen "kendi sıfatlarını başkasını devretme" yetkisi yönetim kurulu üyelerine uygulanmaz; azlolunan üyenin tazminat isteme hakkının olmaması da bu vekâletteki BK m. 396/II hükmünden farklıdır[78].

C- Ortaklık Sözleşmesi Görüşü

Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkinin tam olarak ne hizmet ne de vekalet özellikleri taşımadığını tespit eden diğer bir görüş[79] ise ortaklık ile üye arasındaki ilişkiyi farklı bir biçimde değerlendirmektedir. Bu görüşe göre aradaki ilişki ortaklık, hizmet ve vekalet sözleşmelerinin karışımından meydana gelmekte ve bu sözleşme türlerinden bazen biri bazen diğeri ağırlık kazanmaktadır. *Sui generis* bir nitelik[80] arz eden bu ilişki temel olarak şirket akdine dayanmaktadır. Bu görüş üç temel gerekçeye dayanmaktadır[81]; öncelikle üyeler göreve başlamak için ortak sıfatını haiz olmalıdır (TTK m.312) ve bu sıfatın kaybı üyeliği de sona erdiren sebeplerdendir; ayrıca, hizmet ve vekalet sözleşmeleri sona erdikten sonra taraflar arasında bir bağ kalmamasına rağmen, ayrılan yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ortaklık ilişkisi devam eder. Üyelerle ortaklık arasıdaki temel ilişki ortaklık sözleşmesidir[82]. Nihayet, yönetim kurulu üyesi, vekil ve işçiye kıyasla daha geniş bir sorumluluğa sahiptir. İşçi ve vekil sadece kendi görevlerinden sorumlu iken üye, hem kendi işlemlerinden (TTK m.336) hem de önceki üyelerin (TTK m.337), kurucuların (TTK m.308) ve müdürlerin (TTK m.346) kanuna yönetim kurulu hareketlerinden ve ortaklık tüzel kişiliğinin işlemleri sebebiyle amme borcundan sorumludurlar(AATUHK mükerrer m. 35, VUK m. 10)[83].

---

78 **Domaniç,** s. 496.

79 **Domaniç,** s.492.

80 **Pittet,** s.92.

81 **Domaniç,** s.492 vd.

82 **Domaniç,** s. 492.

83 **Domaniç,** s. 492.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Belirtilen gerekçelerle yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki ilişkinin temelinde ortaklık sözleşmesi olduğunu ifaden DOMANİÇ, boşluklar olması durumunda bunların vekâlet hükümleri uyarınca uygun geldiği ölçüde doldurulmak lazım geldiğini, nitekim bu hususun BK m. 395/II'nin uygulanamayacağında da görülebileceğini belirtmektedir. Vekâlet hükümlerinin boşluk hallerinde uygulanmak gerekeceğinin diğer bir örneğini ise her zaman azlin mümkün olması neticesinde TTK m. 317, 321, 324, 325, 326 ve diğer maddelerle yönetim kuruluna verilen görevlerin genel kurulca kullanılmayacak olmasıdır. Zira yazara göre söz konusu ilişkinin temelinde vekâlet olsaydı, asil gibi hareket edebilecek genel kurulun ve bunun görevlendireceği diğer bir organın bu işleri yapabilmesi gerekirdi[84]. Ayrıca yazar hizmet akdine ilişkin hükümlerin ise özen borcu açısından TTK m. 320, TTK m. 138, BK m. 528/II, BK m. 390 ve BK m. 321/II atıflarıyla önem taşıdığını ifade etmektedir[85].

VI- SONUÇ

Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında seçim ve görevi kabul ile kurulan akdi bir ilişki vardır. Yönetim kurulu üyesi,TTK çerçevesindeki görev ve yetkileri dahilinde, ortaklık iradesini üçüncü kişilere yansıttığı için, organ kavramını geniş yorumlayan görüş uyarınca organ kabul edilmektedir. Ancak üye ile ortaklık arasında organik bir bağ olduğunun kabulü, ortaklık tüzel kişisi ile üyenin arasındaki ilişkinin akdi niteliğini değiştirmez.

Ortaklık tüzel kişisi ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin hukuken nitelendirilmesi, ilişkiye uygulanacak kuralların ve özellikle üyenin iş hukuku bakımından statüsünün tespiti için gereklidir.

Ortaklık ile üye arasındaki ilişkinin niteliği hakkında üç temel görüş vardır: hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, ortaklık sözleşmesi.

Kanaatimizce, yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla arasındaki ilişki, vekalet veya hizmet olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan karmaşık bir yapıdadır. Ancak ilişkinin ortaklık sözleşmesine dayandığının tespiti, ilişkinin hukuken nitelendirilmesi ihtiyacını gidermemektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu üyeliği sözleşmesi olarak esaslı unsurlarının tespit edildiği, bir "sözleşme tipi" bulunmadığından, her somut ilişkinin unsurları ve tâbi olması gereken hükümler farklı olacaktır. Ancak her halükârda öncelikle TTK'nun emredici ve düzenleyici hükümleri, ardından da somut sözleşmenin unsurlarına uygun sözleşmeye ait hükümlerin uygulanması gereklidir.

---

84 **Domaniç,** s. 496.

85 **Domaniç,** s. 497.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KAYNAKÇA

Akünal, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler. İstanbul 1985.

Atan, Turhan: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azâlarının Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1967.

Ansay, Tuğrul: Anonim Şirketlerin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Mesuliyet Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, BATİDER, 1966, C.III, S.3,s.407-431.

Araslı, Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt 1, Ankara 2002.

Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960.

Aydemir, Murteza: Türk Hukukunda Ticari Şirket Müdürlerinin İşçi ve Sigortalı Niteliklerinin İncelenmesi, Prof.Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s.48-58.

Bilgili, Fatih: İsviçre Ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu Ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004.

Centel, Tankut: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.

Çamoğlu, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu,s.31-32 , İstanbul 1972.

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2000.

Çelik, Nuri/**Güzel,** Ali: Sendika Tüzel Kişisi ile Sendika Yönetim Kurulu Üyesi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, (Sendika TK ile Sendika YKÜ arasındaki ilişki), Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi,4 (1-2) s.637-648, İstanbul 1987.

Doğrusöz, Bumin/**Somer,** Mehmet : Ticaret Şirketleri Uygulama Rehberi, C. I Anonim Şirketler, İstanbul, 1992.

Domaniç, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul 1988.

Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984.

Eriş, Gönen: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995.

Güzel, Ali: Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, (Fabrikadan İnternet'e), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, s. 98 vd. , Ankara 1997.

Helvacı, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001.

İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıklar,(AO), İstanbul 1989.

İmregün, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2001.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatının Kazanılması Ve Ortaklık Sözleşmesi İle Bu Konuda Getirilebilecek Düzenlemeler,(Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatının Kazanılması) Prof.Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, S.171-185, İstanbul 1982.

İzmirli, Yadigâr: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi Ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001.

Karayalçın, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler II, Ankara 1983.

Lyon-Caen, Gerard/: Droit du Travail, Paris 1994.

Pélissier, Jean/**Supiot,** Alain **Mimaroğlu**, Sait K.: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967.

Oğuzman,Kemal / **Seliçi,** Özer / **Oktay,** Saibe: Kişiler Hukuku, İstanbul 1999.

Okur, Ali R. / **Güzel,** Ali: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2003.

Öztan, Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organ Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970.

Pittet, Véronique: Les Compétences Et La Responsabilité De L'administrateur-Directeur Dans Le Droit De La Société Anonyme, Lausanne 1999.

Poroy, Reha / **Tekinalp,**Ünal / **Çamoğlu,** Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003.

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku, İstanbul 2001.

Reisoğlu, Seza: Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1963.

Roblot, René: Traité Elémentaire de Droit Commercial, Paris 1984.

Rivero, Jean/**Savatier**, Jean: Droit du Travail, Paris 1970.

Steiger, F.: İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, (Çev.Çağa) İstanbul 1968.

Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, Konya 2000.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2002.

Şenyüz, Doğan: Türk Vergi Sistemi, Bursa 2003.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987.

Tekil, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1993.

Tuncay, Can: Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından 1986 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1988, s.159-225.

Tunçomağ, Kenan: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003.

Zevkliler, Aydın: Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1992.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KARAYOLU TAŞIMA KANUNU'NDAKİ EŞYA TAŞIMASINA, TAŞIMACI ACENTESİNE, TAŞIMA İŞLERİ YÜKLENİCİSİNE VE ZORUNLU SİGORTAYA İLİŞKİN BAZI YANLIŞ DÜZENLEMELER

Prof. Dr. Samim ÜNAN[*]

Türkiye Cumhuriyeti 2003 yılında "Karayolu Taşıma Kanunu" adını taşıyan 4925 sayılı yasayı kabul etmiştir (RG. 19 Temmuz 2003/ 25173).

Bu kanun (kısaca KTaşK), bir şekilde karayolu ile ilgisi bulunan çok sayıda meslek sahibi hakkında hükümler getirmiştir. KTaşK'nun 2. maddesi uyarınca "kamuya açık karayolunda motorlu taşıtlarla yapılan yolcu ve eşya taşımaları, taşımacılar, taşıma acenteleri, taşıma işleri komisyoncuları, nakliyat ambarı işletmecileri, kargo işletmecileri, taşıma işlerinde çalışanlar, taşımalarda yararlanılan her türlü taşıt, araç, gereç, yapılar ve benzerleri" kanunun kapsamında bulunmaktadır.

Kapsam dışında kalan haller ise 2. maddenin 2inci fıkrasında şu şekilde hükme bağlanmıştır:

- Özel otomobillerle veya bunların römorklarıyla yapılan taşımalar
- Genel ve katma bütçeli dairelere, il özel idarelerine, belediyelere, üniversitelere ve kamu iktisadi teşebbüslerine ait otomobillerle yapılan taşımalar
- Türk Silâhlı Kuvvetlerine ait motorlu taşıt ve bu taşıtların römorklarıyla yapılan taşımalar
- Lâstik tekerlekli traktörlerle çekilen römorklarla yapılan taşımalar

Öte yandan, bazı taşımaların KTaşK kapsamından çıkartılması imkanı öngörülmüştür. KTaşK m.2 fk.3 uyarınca

- İl sınırları içindeki taşımalar il ve ilçe trafik komisyonları ile işbirliği yapılarak valiliklere

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Taşıma Hukuku ve Sigorta Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Yüz kilometreye kadar olan şehirlerarası taşımaların düzenlenmesi yine il ve ilçe trafik komisyonları ile işbirliği yapılarak valiliklere
- Belediye sınırları içindeki şehir içi taşımalar ise belediyelere

bırakılabilecektir. Burada bahsi geçen valiliklere veya belediyelere bırakma "KTaşK'na göre düzenlenecek yönetmelik esasları dahilinde mümkün olabilecektir.

KTaşK hükümleri, uluslararası anlaşma hükümleri ile savaş, sıkıyönetim, olağanüstü hal ve doğal afet durumlarına ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemez (KTaşK m.2 fk.4).

KTaşK'nın içerdiği birçok hüküm ve KTaşK uyarınca çıkarılan Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nde getirilen düzenleme, hukuka aykırı veya yanlış tercihlerin ürünüdür. Aşağıda bunlardan eşya taşıma, taşıma acenteliği, taşıma işleri komisyonculuğu ve sigortaya ilişkin bazılarına değineceğiz.

I- EŞYA TAŞIMASINA, TAŞIMACI ACENTESİNE, TAŞIMA İŞLERİ YÜKLENİCİSİNE VE ZORUNLU SİGORTAYA İLİŞKİN BAZI YANLIŞ DÜZENLEMELER

1- Yetki Belgesi Alma Zorunluluğu

KTaşK m.5 uyarınca taşımacılık, acentelik, taşıma işleri komisyonculuğu, nakliyat ambarı işletmeciliği ve kargo işletmeciliği yapılabilmesi için Bakanlıktan (Ulaştırma Bakanlığı) yetki belgesi alınması zorunludur.

Yetki belgesi alınabilmesi ise "mesleki saygınlık", "mali yeterlilik" ve "mesleki yeterlilik" koşullarının yerine getirilmesine bağlıdır (KTaşK m.5 fk.2).

Bir mesleğe giriş koşullarını belirlemek, çalışma özgürlüğüne müdahale anlamını taşır. Çalışma özgürlüğü Anayasa'nın güvencesi altında olan bir özgürlüktür. Anayasa m.48 fk.1 uyarınca herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir; özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Bu özgürlüğe yapılacak müdahalelerin mutlaka kanunla gerçekleştirilmesi ve ayrıca bu gibi bir müdahalede kamu yararının mevcut olması gereklidir.

Devletin "mesleki saygınlık", "mali yeterlilik" ve "mesleki yeterlilik" gibi koşullar öngörmesi kamu güvenliğini yakından ilgilendiren fiili taşımacılar[1] (başka bir anlatışla işlettikleri araçlarla taşımayı gerçekleştiren taşımacılar) bakımından uygun düşebilir. Belirli bir ölçüde taşıma işleri komis-

---

1 Kanunda kullanılan deyimlere sadık kalarak "taşımacı" deyimini aynen muhafaza etmekteyiz. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nda karada eşya taşımayı üstlenenler için "taşıyıcı" denmiş olduğunu ve KTaşK metninde de uygulamada yerleştiği görülen taşıyıcı deyimi tercih edilmiş olsaydı, daha doğru olacağını belirtelim.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yoncusu (taşıma işleri yüklenicisi)[2] bakımından da mali yeterlilik önem taşıyabilir. Çünkü, belirli koşullar altında o da taşımacı sıfatıyla sorumlu olacaktır. Buna karşılık, taşımacı acentesi olarak görev yapan kişiler bakımından mali yeterlilik koşulu tamamen gereksizdir. Çünkü acente sadece aracıdır. Kendi adına işlem yapmaz. Önemli olan acentenin temsil ettiği kişinin (taşımacının) mali yeterliliğidir.

Diğer taraftan, mali yeterlilik, mesleki saygınlık ve mesleki yeterlilik konusunda öngörülen koşulların dengeli ve makul olması gerekir. Bu koşulların Yönetmelik ile belirlenmesi kanımca hukuken doğru değildir. Bunların genel çerçevesinin kanunla çizilmiş olması lâzımdır. Kanun yalnız hangi yönden koşul getirileceğini beyan etmekle yetinir ve hiçbir çerçeve öngörmeksizin işi Yönetime bırakırsa, bu, hukuka uygun bir yetki devri sayılmamalıdır. Koşulların bütünüyle Yönetim tarafından saptanıp dayatılması, Anayasa'nın benimsediği "özgürlüğün sadece kanunla sınırlanabileceği" ilkesini dolanmak anlamına gelir. Koşulların Yönetmelik ile belirlenmesi bir an için mümkün ve hukuka uygun sayılsa dahi, makul olma sınırını aşan koşulların yönetsel yargıda iptali sağlanabilmelidir. Özellikle, mali yeterlilik alanında şu anda acentelik veya taşıma işleri yükleniciliği faaliyetini yürütmekte olanların güçlerini aşan ve onları "sahadan silme" sonucunu doğuracak olan koşullar getirilmesi "iş yapmaktan yasaklama" ile birdir.

Diğer taraftan, Yönetimin yetki belgesi ücretlerini "astronomik" miktarlar üzerinden saptaması hukukun en temel ilkelerine aykırıdır. Yetki belgesi verilmesi karşılığında ödenmesi gerekebilecek ücret sadece bu belgenin maliyeti kadar olmalıdır. Bu da beş-on YTL'nı aşmaz. Buna karşılık 100.000 YTL ve daha üzerinde belge ücreti belirlenmesi, Yönetimin "sahayı temizleme" (şu anda sahada olanları tribüne hatta stadın dışına çıkarma) kararlılığına sahip olduğunu veya –amacın sadece gelir elde etmek olduğu bir an için varsayılsa dahi- ödeme gücüne sahip olmayan vatandaşları mali yük altında bırakmaktan çekinmediğini gösterir. Bir Yönetim, vatandaşlarına hiçbir açıklaması olmayan yüksek tutarları ödeme yükümlülüğü getirir ve "ya öde ya terk et" derse, bunun hukukta yeri olamaz (eskiden Osmanlı Devleti'nde bu gibi uygulamalar "zulüm" kavramı altında değerlendirilmekte idi).

2- Taşıma Hizmeti

KTaşK m.5 fk.6 uyarınca "Taşımacılar, taşıma hizmetlerini kabul edilebilir bir neden olmaksızın veya zorunlu haller dışında yapmaktan kaçınamazlar ve taşıma hizmetinden herkesin her zaman yararlanmasını sağlamak zorundadırlar.

---

2 Bu eskimiş deyim yerine artık modern eğilim ve anlayışlara uygun olarak "taşıma işleri örgütleyicisi" veya biraz daha fazla oranda Frenkçe içeren bir anlatımla "taşıma işleri organizatörü" veya Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki tercih doğrultusunda "taşıma işleri yüklenicisi" demek lazımdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sözleşme yapma özgürlüğü de Anayasa'nın teminatı altındadır. Buna rağmen bazı hallerde kamu yararı gözetilerek bu özgürlüğe müdahalede bulunulması imkan dahilindedir.

İnsan taşıma söz konusu olduğunda taşımacıların sözleşme özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirmek makul karşılanmalıdır. Özellikle, taksilerin boş olmalarına rağmen müşteri kabul etmemeleri veya taşıma önerisini gidilecek yön yahut güzergâh açısından geri çevirmeleri haklı tepkilere yol açmaktadır.

Eşya taşıması alanında sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesi, insan taşımaya oranla daha zor benimsenecek bir çözümdür. Eşya taşıma kural olarak tarafların isteğine bağlı kalmalıdır.

Taşıma İşleri Yüklenicisinin eşya taşıma edimini taşımacı sıfatıyla üstlenme konusunda hiçbir zorunluluk altında olmaması gerekir. Çünkü, Taşıma İşleri Yüklenicisi, kural olarak taşımacı sıfatıyla taşımayı üstlenebileceği gibi eşyayı başka taşıyıcının taşımasını sağlamakla da yetinebilir (6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 814). Yük ilgilisi, yapacağı beyanla Taşıma İşleri Yüklenicisini rızası dışında taşımacı haline getirememelidir.

Kanunda öngörülen "taşıma hizmetinden herkesin her zaman yararlanmasını sağlamak" yükümlülüğü çok geniştir. Bunun mutlaka sınırlanması gerekir. Herhangi bir taşımacı, herhangi bir gönderenin söz gelişi 1000 km. uzağa herhangi bir yükünü mutlaka taşımak gibi bir zorunluluk karşısında bırakılamaz.

3- Taşımacının Sorumluluğu

KTaşK m.6 fk.1 ve 2 aynen şöyledir:

"Yolcu ve eşya taşımaları, kanunlara ve taşımacı ile yolcu ve gönderen arasındaki sözleşmelere uygun olarak yapılır. Yolcu taşımaları biletsiz veya taşıma sözleşmesiz, eşya taşımaları taşıma senetsiz yapılamaz".

"Taşımacı, acentesinin acentelik sıfatıyla yapmış olduğu bu Kanun kapsamındaki faaliyet ve işlemlerinden müteselsilen sorumludur"

Eşya taşımalarının kanun ve sözleşme hükümlerine göre yapılması gerektiği hususunu kanunda ayrıca ve özel olarak belirtmeye lüzum yoktur. Bu, temel ve tartışmaya gereksinim bırakmayacak kadar açık bir ilkedir. Uyulması zorunlu kanun hükümleri esasen bağlayıcıdır. Taşıma sözleşmesinden kaynaklanan borçların yerine getirilmesi icap ettiğini de ayrıca hükme bağlamaya gerek yoktur. Bütün sözleşmeler gibi taşıma sözleşmesi de taraflar arasında kanun niteliğindedir. Eğer taşıma sözleşmesi üçüncü kişi lehine yapılmışsa o üçüncü kişinin de lehine doğan hakları borçlu taşımacıya karşı kullanabileceği kuşkusuz ve tartışmasızdır. Yasada incelemekte olduğumuz bu hüküm hiç yer almasaydı, hukuki sonuçta hiçbir değişiklik

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

meydana gelmezdi. Fayda veya zararı olmayan hükümlere kanunda yer vermek ise, hukukta anlamı olmayan bir uygulamadır.

Eşya taşıma sözleşmelerinin "taşıma senetsiz yapılamayacağı" kuralı da lüzumsuzdur. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 768inci maddesinde (fk.1 cümle 1) taşıma senedinin düzenlenmesi gönderenin tercihine bırakılmıştır. Taşıma senedi düzenletme imkanını, taşıma senedi düzenletme (taşımacı açısından senedi düzenleme) zorunluluğuna dönüştürmeye gereksinim duyulmasını gerektiren temel bir sebebin mevcut olmadığı kanısındayız.

Taşımacının, acentesi tarafından gerçekleştirilen (KTaşK kapsamındaki) faaliyet ve işlemlerden acente ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı hükmü KTaşK kapsamında yer alması gerekmeyen bir hükümdür. Kaldı ki, bu hüküm hukuken doğru da değildir.

Eğer acente sahip olduğu (kendisine usulüne uygun şekilde verilmiş olan) "temsilen işlem yapma" yetkisini kullanarak işlem yapmışsa, bunun sonuçlarının temsile ilişkin genel ilkeler uyarınca acenteye temsil yetkisi vermiş olan taşımacıyı bağlayacağı açıktır. Buna karşılık, acente temsil yetkisi olmaksızın veya yetkisini aşarak işlem yapmışsa, taşımacının bu işlemle bağlı olması için sebep yoktur (Bununla beraber, kanun bu halde dahi onun bazı şartlar altında bağlı olacağını öngörmüş ise, taşımacı acentenin işlemiyle bağlı hale gelebilecektir. Meselâ 6762 sayılı TTK m. 122 gereğince, taşımacı acentenin yetkisi olmadan veya yetkisini aşarak işlem yaptığını haber almış olmasına rağmen, bu işlemle bağlı olmayacağını derhal bildirmemişse, işlem taşımacı için bağlayıcılık kazanır).

Diğer taraftan, taşımacının sadece acente tarafından gerçekleştirilen işlemlerle değil, fakat acentenin (kanun kapsamındaki) bütün faaliyetlerinin (eylemlerinin) sonuçlarından sorumlu olacağına dair kural, adalete aykırıdır. Acentenin eylemleri, onu istihdam etmeyen taşımacıyı –bu eylemlerin culpa in contrahendo kapsamında değerlendirilmeleri mümkün değilse veya acente taşımacı tarafından üstlenilen bir borcun ifasında görev alan yardımcı şahıs sıfatıyla hareket etmemişse- bağlamaz.

4- Taşımacının Yükümlülüğü

KTaşK m.7'de "Taşımacının Yükümlülüğü" başlığı altında

- *Taşımacının ..... yolcu ve eşyayı taahhüt ettiği yere kadar götürmekle yükümlü olduğu (fk.1)*
- *Taşımacının.... beklenmeyen sebeplerle ilgili olarak ortaya çıkan ve taşımanın devamına engel olan sebeplerin belirsiz bir beklemeyi mecburi kılması veya varış noktasına kadar gerekli zamanın bir katından daha fazla beklemeyi gerektirmesi halinde, imkan olduğu tak-*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dirde başka bir güzergâh izleyerek taşımayı tamamlaması gerektiği aksi halde eşyayı hareket noktasına geri getirmekle yükümlü olacağı

- *Bu gibi hallerde eşya sahibinin bütün haklarının saklı olduğu ve taşımacının herhangi bir ek ödeme talep edemeyeceği*
- *Eşya için taşıma senedindeki hükümlerin uygulanacağı*

hükme bağlanmıştır.

Her şeyden önce "taşımacının..... eşyayı taahhüt ettiği yere kadar götürmekle yükümlü olacağı", taşıma sözleşmesi hukukunun temel bir ilkesidir. Bunun düzenlenme yeri KTaşK değil, taşıma sözleşmesine ilişkin düzenlemenin yer aldığı Türk Ticaret Kanunu'dur.

Beklenmeyen şekilde ortaya çıkan taşımanın devamını engelleyici nitelikteki sebeplerle eğer belirsiz bir süre boyunca bekleme zorunluluğu meydana gelmişse veya varış noktasına kadar gerekli zamanın bir katından daha uzun bir bekleme söz konusu olacaksa, taşımacı, imkân olmak kaydıyla

- başka bir güzergâh izleyerek taşımayı tamamlamakla, veya
- eşyayı hareket noktasına geri getirmekle

yükümlü kılınmış bulunmaktadır.

Bu hüküm, belki yolcu ve eşyanın ortada kalmaması için iyiniyetle öngörülmüştür. Ancak, uygulamada manasız sonuçlara yol açabilecektir. Mesela, 1000 km. öteye yapılan bir taşımada varma yerine 25 km. kala heyelan sebebiyle yolun kapandığını ve alternatif bir güzergâhın da bulunmadığını varsayalım. Bu çerçeve içinde varış noktasına kadar gerekli zaman (25 km.nin katedilmesi için icap eden süre) en fazla bir saatten ibarettir. Eğer yol varış yerine ulaşılması için gerekli zamanın bir katından daha evvel (iki saatten önce) yeniden trafiğe açılamayacaksa (misalimizde açılamayacağını kabul edelim), taşımacının eşyayı 950 km. geriye götürmesi gerekecektir. Eşya geri götürüldüğünde ilgililerin bu geri dönüşe çok sevinecekleri ve bu çözümü üreten ve benimseyenlere övgülerde bulunacakları düşünülmüş olmalıdır.

KTaşK m. 7 fk.5'teki "eşya için taşıma senedindeki hükümler uygulanır" hükmünün amaç ve anlamı tamamen belirsizdir. Karayolu Taşıma Kanunu'nun amacı ticari ilişkileri düzenlemek ise Türk Ticaret kanunu'na ne gerek vardır? KTaşK sadece işin kamusal yönü ile ilgilenmeli, özel hukuk ilişkilerine asla el atmamalıdır. Ulaştırma Bakanlığı'nın üzerine hiçbir şekilde görev olmayan hususlarla ilgili düzenleme getirmeye kalkışması makul şekilde açıklanabilecek bir girişim değildir. Kaldı ki, Ulaştırma Bakanlığı'nın ticari nitelikteki düzenlemelere ilişkin herhangi bir uzmanlığı da yoktur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

5- Acente, Taşıma İşleri Komisyonculuğu... Yapanların Sorumluluğu

KTaşK m.9'a göre "Acenteler ve taşıma işleri komisyoncuları, bu sıfatla yapmış oldukları faaliyet ve işlemlerden taşımacı ile müştereken ve müteselsilen sorumludurlar"

Acenteler ve taşıma işleri yüklenicilerinin bu sıfatlarıyla gerçekleştirdikleri eylem ve işlemlerden dolayı taşımacı ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklarına ilişkin hüküm çok talihsiz bir düzenlemedir. Bunu acenteler ve taşıma işleri yüklenicileri açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir:

Acentelerin kendilerini görevlendiren taşımacı ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmalarının altında yatan (yanlış) hukuki gerekçe şudur: Acenteler temsilen işlem yapmaktadırlar. Türkiye dahilinde acente aracılığıyla sözleşme ilişkileri kuranlar, özellikle acenteyi görevlendiren taşımacının yabancı bir firma olması durumunda, o yabancı firmaya ulaşmakta zorluk çekmektedirler. Bazı hallerde yabancı (veya yerli) taşımacının ödeme gücü de bulunmayabilmektedir. Bu sebeplerle, acentelerin sorumlu tutulması uygun olur.

Yukarıda kısaca özetlediğimiz gerekçe yeni ortaya atılmış değildir. Bundan yaklaşık yirmibeş sene kadar önce, Yargıtay, acente aracılığıyla kurulan sözleşmelerde acentenin de sorumlu tutulabileceğini ve acenteyi atamış olan kişiden alacaklı olanların, alacaklarını acenteden (ona ait malvarlığı unsurlarından) tahsil edebileceklerini karara bağlamıştı[3]. Bu yeni içtihat, birçok acentenin mağdur olmasına yol açmış ve kısa süre sonra Yargıtay, yanlış kararından Prof. Dr. Tahir Çağa'nın ortaya koymuş bulunduğu bilimsel gerekçeleri dikkate alarak dönmüş ve böylece hatadan vaz geçilmişti[4]. Ancak, yanlış düşünce, kaldırıldığı rafta sadece yirmi sene durabilmiş ve son zamanlarda yeniden gündeme getirilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu satırların yazarı, Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan Türk Ticaret Kanunu Taslağını hazırlamakla görevli komisyonda da, benzer bir eğilimin ortaya çıkmış olduğuna tanıklık etmiştir. Bu eğilimin önüne set çekebilmek ancak şiddetli eleştirilerle mümkün olabilmiştir. İşin önem taşıyan yanı, komisyonun dahi, acenteleri "temsilci" olarak değil, vatandaşları temsilci kisvesine bürünerek yanıltan ve bu sebeple de sorumlu tutulması gereken kişiler olarak görmesidir.

Acentenin kişisel sorumluluğunu öngörmek, hukuken doğru değildir. Acente, temsil yetkisine sahip bulunduğu hallerde temsilci olarak işlem yapar ve bu işlemler temsil olunan hakkında sonuç meydana getirir. Bu bilinen kural karşısında, acente ile işlem yapanlar, acenteyi görevlendiren ta-

---

3 Yargıtay 11. HD'nin 20.10.1982 gün ve 982/5727-5528 sayılı kararı

4 Bkz. ÇAĞA,Acenteler Aleyhine Müvekkillerine İzafeten Açılan Davalarda Sadır Olan İlamların İcrası- Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu I, Ankara 1984, s. 3 v.d.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

şımacının ödeme gücünden veya sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirip getirmeyeceğinden kuşku duydukları takdirde, ya ilişkiye girmekten kaçınmalı ya da önce güvence elde ederek ilişkiye girmelidirler.

Acentenin kişisel sorumluluğu Borçlar Kanunu m.32 uyarınca ancak temsilen işlem yaptığını bildirmiş olmadığı zaman veya temsil yetkisi olmadığı halde işlem yapmış bulunduğu takdirde söz konusu olacaktır. Kaldı ki, acente temsilen işlem yaptığını bildirmiş olmasa dahi, eğer bir temsil ilişkisinin varlığı mevcut koşullardan anlaşılabilmekte ise veya gönderen bakımından acente yahut onu görevlendiren taşımacı ile sözleşme yapmak arasında herhangi bir fark yoksa, acente yine işlemden dolayı sorumluluk altına girmeyecek, hukuki ilişki taşımacı ile kurulmuş sayılacaktır.

6- Taşıma Yasağı

KTaşK m.10 fk.1 ve 2 uyarınca

"Acentelik ve taşıma işleri komisyonculuğu yetki belgesine sahip olanlar taşımacı yetki belgesi almadan kendi nam ve hesaplarına taşıma yapamaz ve yaptıramazlar"

"Taşıma işleri komisyoncularının kendi namlarına eşya taşıtabilmeleri için bu taşımaları bir müvekkil hesabına yaptırmaları zorunludur".

Acentelerin taşımacı yetki belgesi almadan kendi adlarına ve hesaplarına

- taşıma yapamayacakları ve

- taşıma yaptıramayacakları

kuralı yanlıştır.

Öncelikle "taşıma yapmak" deyiminin anlamını açıklığa kavuşturmamız gerekir. Taşıma yapmak, dar yorum benimsenirse taşıma edimini bizzat yerine getirmek; geniş yorum benimsenirse taşıma taahhüdünde bulunmak anlamına gelmektedir.

Acenteler her iki anlamda da kendi ad ve hesaplarına eşya taşımazlar. Acentelik ilişkisi, başkası adına işlem yapmayı veya başkasının ticari faaliyeti için aracılık yapmayı içerir. Bu sebeple eğer acenteler kendi ad ve hesaplarına taşıma yaparlarsa, acentelik faaliyetinde değil, taşımacılık faaliyetinde bulunmuş olacaklardır. Kısaca, acentelik kavramı ile taşıma edimini üstlenme veya gönderen sıfatını kazanma birbiriyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, acente, tamamen arızi olarak, araç işletmeksizin taşıma taahhüdünde bulunmuş olabilir. Araç işletmeyen bir kimsenin araç işleten taşımacılarla aynı koşullara tabi kılınması ve tıpkı onlar gibi taşımacı belgesi almak zorunda bırakılması yanlıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Taşımacılık sahnesindeki aktörlerin tümünü kayıt altına almak gerekçesiyle; acentelerin araç işleten taşımacılarla bir tutulması makul ve haklı bir tercih sayılamaz. Ticaret hayatında herhangi bir kişi, diğer bir kişiye karşı taşıma taahhüdünde bulunabilir ve taşıma edimini üstlenmiş olabilir. Bunun için onun "belge almak" zorunda bırakılması kesinlikle gerekmez. Önemli olan, taşımanın belge sahibi bir taşımacı tarafından ulaştırma güvenliğine uygun olarak yapılmasıdır. Araç işletmeksizin taşıma taahhüdünde bulunmuş olan kişinin, üstlendiği edimi yerine getirmek üzere, belge sahibi bir taşımacı ile anlaşmak zorunda olması; başka bir anlatışla fiili taşımacının (actual carrier) belge sahibi bulunması yeterlidir. Ulaştırma Bakanlığı'nın yerleştirmek durumunda olduğu doğru uygulama bundan ibarettir. Bu sebeple, taşımacı belgesi sadece araç işleten taşımacılar için zorunlu hale getirilmelidir.

Şu halde, acentenin kendi adına taşıma yapması yasağı, sadece acentenin fiili taşımacı olmasını engellemeye yönelik olduğu ölçüde makul görülebilir. Yoksa, acentenin araç işletmeksizin (fiilen taşıma yapmaksızın) sırf başkasına karşı taşıma taahhüdünde bulunmasına herhangi bir engel getirmek mantıklı değildir.

Aynı şekilde, acentenin, taşımacı belgesi almadan kendi ad ve hesabına taşıma yaptıramaması da tamamen hatalı bir kuraldır. Her ne kadar acente, işlevi gereği başkası ad ve hesabına işlem yaparsa da, arızi olarak kendi adına sözleşme akdetmesi de mümkündür. Acentenin kendi adına "gönderen" sıfatıyla bir taşımacı ile sözleşme akdetmesi için taşımacı belgesine sahip olması zorunluluğu tamamen mantıksız ve gereksizdir. Bu kural uyarınca acente, kendisine ait eşyayı taşıtmaktan dahi yasaklanmış olmaktadır. Bunun mümkün olamayacağı açıktır.

Yukarıda belirtilen hususlar, sonuç olarak taşıma işleri yüklenicisi (taşıma işleri komisyoncusu) bakımından da geçerlidir.

Taşıma işleri yüklenicisi, belirli koşullarla

- taşımayı üstlenip taşımacı sıfatını kazanabilmekte, veya
- taşımayı üstlenmeyip sadece malların taşınmasını örgütlemekle yetinebilmektedir.

Taşımayı üstlendiği hallerde, aynı zamanda taşımacı sıfatını kazanan taşıma işleri yüklenicisi taşıma edimini

- ya kendi işletmekte olduğu araçlarla yerine getirecek (bizzat ifa hali)
- ya da araç işleten bir taşımacı ile taşıma sözleşmesi akdedecek ve taşımayı ona yaptıracaktır (ifa yardımcısı kullanma hali)

Son olasılıkta, taşıma işleri yüklenicisinden başka bir kimse "fiili taşımacı" konumundadır. Yine yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, ulaştırma

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

güvenliği açısından önem taşıyan husus sadece fiili taşımacının belirli niteliklere sahip olmasıdır. Bu sebeple, yalnız fiili taşımacının yetki belgesi (ruhsat) almış olması yeterlidir. Fiilen taşıma yapmayanların taşımacı yetki belgesi almaları tamamen gereksizdir. Buna karşılık, fiilen taşıma yapan (araç veya filo işleticisi) bir taşıma işleri yüklenicisinin yürütmekte olduğu taşımacı faaliyeti dolayısıyla belge almak zorunluluğu altında bulunması (belge alma koşullarının makul ve mantıklı olması kaydıyla) doğaldır.

Taşıma işleri yüklenicisi; taşıma edimini üstlenmeyip sadece taşımayı örgütleme edimini üstlenmiş olması halinde

- ya gönderen ile fiili taşımacıyı bir araya getirmekle sınırlı hareket edecek (bu olasılıkta taşıma sözleşmesi doğrudan doğruya fiili taşımacı ile gönderen arasında kurulacaktır)
- veya fiili taşıyanla göndereni temsilen taşıma sözleşmesi akdedecek
- veyahut gönderen ile olan anlaşması çerçevesinde fiili taşımacıyla kendi adına fakat gönderen hesabına taşıma sözleşmesi akdedecektir.

Ancak bu hallerin hiç birinde, taşıma işleri yüklenicisinin "kendi adına ve hesabına taşıma yaptırması" söz konusu değildir. Dolayısıyla, taşıma işleri yüklenicisinin taşıma edimini üstlenmiş olmadığı ve örgütleme ile sınırlı olarak hizmet verdiği haller, KTaşK m. 10 fk.1 kapsamında bulunmamaktadır.

KTaşK m. 10 fk.2'de yer alan "taşıma işleri yüklenicisinin kendi namına eşya taşıtabilmesi için bu taşımayı bir müvekkil hesabına yaptırmaya zorunlu olduğu" kuralı ise aşağıdaki bakımdan mantıksızlık içermektedir.

Taşıma işleri yüklenicisi, kural olarak, müşterilerine ait eşyanın taşınması konusunda hizmet verir. Bu manada başkası hesabına hareket eder. Şu halde, taşıma işleri yüklenicisinin bir taşımacı ile gönderen sıfatıyla kendi adına yapacağı taşıma bağlantıları aslında daima müşterileri hesabına gerçekleştirilecektir. Buna karşılık, taşıma işleri yüklenicisi kendine ait eşya için bir taşımacı ile taşıma sözleşmesi akdetmekte ise, sadece o halde kendi adına ve kendi hesabına hareket etmiş olacaktır ki, bu gibi haller son derece ender olarak karşımıza çıkacaktır. Görüldüğü gibi KTaşK m.10 fk.2 hükmü anlam taşıyan bir düzenleme içermemektedir.

KTaşK m. 10'da yer alan –yukarıda incelediğimiz- hükümlerin her biri, sözleşme özgürlüğüne hiç gerekli olmayan birer müdahale niteliğindedir. Taşıma işleri komisyoncusu (yüklenicisi) aynı zamanda fiili taşımacı olmadıkça, taşımacı belgesi almak zorunda bırakılmamalıdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II- ZORUNLU SİGORTAYA İLİŞKİN YANLIŞ DÜZENLEMELER

1) Zorunlu Sigorta Konusu Sorumluluk

Karayolları Taşıma Kanunu, 18. maddesinde, yolcuya gelebilecek bedeni zararlar için sorumluluk sigortası yaptırılması zorunluluğunu öngörmüştür.

Sigorta konusu sorumluluk KTaşK m.17'de düzenlenen "şehirlerarası ve uluslar arası yolcu taşımacılarının; duraklamalar dahil olmak üzere yolcunun kalkış noktasından varış noktasına kadar geçecek süre içinde meydana gelecek bir kaza sebebiyle yolcunun ölümü veya yaralanmasından dolayı sorumluluğu"dur.

KTaşK m.3'teki tanım uyarınca "taşımacı yetki belgesine sahip olan ve kendi nam ve hesabına taşımayı bir ücret karşılığı üstlenen gerçek veya tüzel kişiler" taşımacı sayılmaktadırlar. Burada özellikle belirtmemiz gerekir ki, taşımacılık yapan bir kişinin belgesi yoksa veya hükümsüz hale gelmişse, o kişinin taşımacı sayılmayacağı ve taşımacı hakkında kanunda öngörülen sorumluluklardan kurtulmuş olacağı düşünülmemelidir. Belgesi olmayan kişi, fiilen taşımacılık yaptığı takdirde taşımacı hakkındaki düzenlemeye tabi olmalı ve o düzenleme uyarınca sorumlu tutulmalıdır. Kanımızca KTaşK'ndaki "taşımacı" tanımında yer alan "kendi nam ve hesabına taşımayı üstlenme" olgusu, sadece doğrudan doğruya yolcuya karşı taşıma taahhüdünde bulunulması halinde değil; fakat aynı zamanda başka bir kimseye karşı taşımanın taahhüt edilmiş olması halinde de gerçekleşmiş sayılmalıdır. Meselâ, bir turist grubunu Ankara'dan Ürgüp'e kadar taşımayı yerel seyahat acentesine karşı taahhüt eden taşımacı, turistlerin her birine karşı da "taşımacı" sayılmalı ve bu sıfatla sorumlu tutulabilmelidir.

Diğer taraftan, KTaşK m.5 uyarınca taşımacı yetki belgesini alabilmek için "mesleki saygınlık", "mali yeterlilik" ve "mesleki yeterlilik" koşullarını yerine getirmek lazımdır. Kanun bunlara ilişkin usul ve esasların yönetmelikte belirleneceğini hükme bağlayarak Yönetim'e bu konuda tamamen boş bir alan bırakmıştır. Bunun hukuken yerinde olmadığını yukarıda belirtmiştik (bkz. yukarıda I-1 bölümü).

K.TaşK. m.17-18, sorumluluk hakkında şu temel ilkeleri öngörmüştür:

- Şehirlerarası ve uluslararası yolcu taşımacıları; duraklamalar dahil olmak üzere yolcunun kalkış noktasından varış noktasına kadar geçecek süre içinde meydana gelebilecek bir kaza nedeniyle ölümü, yaralanması veya eşyasının zarara uğramasından dolayı sorumludurlar
- Taşımacı, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın mücbir sebepten veya hak sahibinin yahut üçüncü bir kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Sorumluluktan kurtulamayan taşımacı, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, durum ve şartlara göre tazminattan indirim yapılabilir.

Bu temel ilkeler çerçevesinde taşımacı, özen ödevinin ihlali esası uyarınca değil, ağırlaştırılmış objektif sorumluluk esasına göre sorumlu tutulmuş olmaktadır. Taşımacının, gereken özeni gösterdiğini (kazanın meydana gelmemesi için gereken dikkati sarf ettiğini ve önlemleri aldığını) kanıtlayarak sorumluluktan kurtulması mümkün bulunmamaktadır[5]. Böylece en sert sorumluluk rejimi benimsenmiştir. Bu, karayolunda yolcu taşımacılığı faaliyetinin içerdiği yüksek tehlikenin sonucudur.

Kanunda yer alan "duraklamalar dahil olmak üzere" ifadesi, yolcunun duraklama sırasında maruz kalacağı her kazadan taşımacının sorumlu olacağı anlamına gelmez. Bütün sorumluluk çeşitleri için gerekli olan "nedensellik bağı" unsuru, burada da aranacaktır. Dolayısıyla, taşımacının gerçekleşmesine yol açmadığı sebeplerden sorumluluk altına girmesi söz konusu değildir. Bu bakımdan, mesela yolcunun duraklama sırasında bir terör saldırısında yaralanması, taşımacının sorumluluğunu gerektirmeyecektir.

KTaşK'nda yer alan yolcu taşımacısının sorumluluğu hakkındaki düzenlemenin sözleşmesel sorumluluğa mı yoksa sözleşme dışı sorumluluğa mı ilişkin bulunduğu kanunda açık bir şekilde hükme bağlanmamıştır. Taşımacının sözleşmesel sorumluluğu 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda "Yolcu Taşıma Mukavelesi" başlığı altında TTK m.1119 v.d.'nda düzenlenmiştir. Diğer taraftan, motorlu araç işletenin sözleşme dışı sorumluluğuna ait hükümler de Karayolları Trafik Kanunu'nda (KTrafikK m.85 v.d.) bulunmaktadır. Mevzuatta hem sözleşmesel sorumluluk hem de sözleşme dışı sorumluluk hakkında hükümler mevcutken, KTaşK'ndaki düzenlemeye neden gereksinim duyulduğu meçhuldür. Eğer KTaşK'ndaki düzenleme sadece araç işleten taşımacının sözleşme dışı sorumluluğuna ilişkin ise gereksizdir. Çünkü KTrafikK hükümleri bu hususta özel ve aşağı yukarı aynı doğrultu-

---

5 KTaşK'nda benimsenen sorumluluk rejimi, ağırlaştırılmış objektif sorumluluk ise de, Kanunun 7. maddesinde bazı bakımlardan taşımacının özen gösterme yükümlülüğü altında olduğu hükme bağlanmıştır. KTaşK m.7 fk.2 ve son fıkra uyarınca, taşımacı aşağıdaki hususlarda özen ve duyarlılık göstermek zorundadır:

- Mevzuat hükümlerine uygun bir taşıtı nitelikli şöför ve hizmetli personelle sefere göndermek
- Şöförlerin sürücü belgelerinin olup olmadığını araştırmak
- Teknik şartlara uymayan taşıtların trafiğe çıkmasına engel olmak
- Güzergâh mesafesini dikkate alarak yeteri kadar şöför bulundurmak
- KTaşK'nda öngörülen sorumluluk sigortası bulunmayan taşıtları trafiğe çıkarmamak
- Altışar aylık süre ile yılda en az iki kez şöförlerinin ceza puanı durumunu Emniyet Genel Müdürlüğü'nden öğrenmek ve ceza puanı yüksek olan şöförlerle ilgili olarak eğitim ve iç denetim yönünden gerekli tedbirleri almak.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

da olan bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Eğer söz konusu düzenleme, araç sahibi olmayan taşımacının sözleşmesel sorumluluğuna ilişkinse, o takdirde TTK hükümleri ile farklılık nasıl açıklanacaktır?

2) Sigorta Yapma Zorunluluğu

KTaşK sigortacı için sigorta yapma zorunluluğunu dolaylı bir şekilde, ceza yaptırımına yer vererek öngörmüştür. KTaşK m.26 1) bendi uyarınca "KTaşK m.18 hükmüne göre sorumluluk sigortası yapmaktan kaçınan sigorta şirketlerine ödenmesi gereken sigorta priminin on katı tutarında para cezası verilecektir". Bu düzenleme yanlış ve eksiktir. Her şeyden önce, kanunda, "karayolu motorlu araçlar zorunlu sorumluluk sigortası" alanında ruhsatı bulunan sigorta şirketlerinin sigorta sözleşmesi yapmak zorunda oldukları hükme bağlanmalıdır[6]. Ondan sonra da, bu zorunluluğun ihlâli ceza yaptırımına bağlanmalıdır. Şu an kanunda zorunluluk olmadan ceza getirilmiştir. Oysa, sözleşme yapma veya yapmama özgürlüğü Anayasa'nın güvencesi altındadır. Bu özgürlük kanunla sınırlanmadığı sürece bütünüyle geçerlidir. Özgürlüğünü kullanan bir kişiye ceza verilmesi ise hukuka aykırıdır.

3) Sigortaya İlişkin Düzenleme

Sigortaya ilişkin olarak kanunda öngörülen düzenleme şu şekildedir:

a) Sorumluluk sigortasına ilişkin genel şartlar Hazine Müsteşarlığı'nca onaylanır. Tarife ve Talimatlar ise Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığı tarafından saptanır ve Resmi Gazete'de yayınlanır (KTaşK m.18 fk.4).

Kanun, genel şartların onaylanmasından bahsetmekte ise de, Devlet bunları bizzat düzenleme yoluna gitmiş ve Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları oluşturularak uygulamaya konmuştur.

b) Hak sahiplerinin toplam tazminat alacakları sigorta sözleşmesinde öngörülen teminat limitinin üzerinde ise, her birinin tazminat talebi (teminat limitinin tazminat alacakları toplamına olan oranı kadar) indirilir. Ancak eğer sigortacı başka tazminat alacaklılarının mevcut olduğunu bilmeksizin hak sahiplerinden birine veya birkaçına, onlara düşecek olandan fazla ödeme yaparsa, bu ödeme oranında diğer hak sahiplerine karşı da borçtan kurtulur (KTaşK m.19 fk.1 ve 2).

Bu düzenleme kural olarak yerindedir. Ancak, uygulamada yakın zamanlara kadar gözlemlenen bir aksaklığa burada kısaca değinmekte yarar

6 KTaşK m.18 son fıkra, "zorunluluktan" bahsetmemekte sadece hangi şirketlerin bu sigortayı yapmaya "yetkili" sayılacaklarına ilişkin hüküm getirmektedir. Anılan hüküm uyarınca "Karayolu taşımacılık sorumluluk sigortası, karayolu motorlu araçlar zorunlu sorumluluk sigortası branşında ruhsatı bulunan sigorta şirketleri tarafından yapılır".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

görmekteyiz. Eldeki belgelere (meselâ kazaya ilişkin tutanaklara) göre birden fazla tazminat alacaklısı mevcut ve bu alacaklıların hepsi (henüz) talepte bulunmamış oldukları takdirde; sigorta şirketleri, talep sahiplerine ödeme yapmak üzere zamanaşımı tarihine kadar beklenmesi gerektiğini öne sürmekte ve mahkemeler de bu savunmayı olumlu karşılamakta idiler[7]. Zamanaşımı tarihine kadar beklenmesi, talepte bulunması mümkün –fakat henüz talepte bulunmamış- alacaklıların hesaba katılıp katılmayacakları hususundaki belirsizlikten iler gelmekteydi. Talepte bulunmamış alacaklıların durumu, zamanaşımı dolana kadar askıda kalmakta ve ancak zamanaşımının dolması üzerine kesinlik kazanmakta idi. En fazla zamanaşımına kadar devam eden[8] bu bekleme süresi içinde, sigortacının ödemesi gereken tutar belirli hale gelmiş olmadığı için, sigortacının temerrüt faizi ödemekle de yükümlü olmayacağı sonucuna varılıyor ve bu da özellikle enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde, (tazminat talebinde bulunmuş) zarar görenlerin aleyhine oluyordu. Son zamanlarda, bu hakkaniyete uygun düşmeyen uygulamanın değişmesi gerektiği düşüncesi ağırlık kazanmaya başlamıştır[9]. Kanımızca, sigortacının parayı depo ederek nemalandırması gerektiği kabul edilmelidir. Bir diğer çözüm de, bilinen hak sahiplerine talepte bulunup bulunmayacaklarının sorulması veya onlara talepte bulunmaları için süre verilmesidir. Bu hususta ilan yoluna başvurulması da düşünülebilir.

c) Meydana gelen zarar önce taşımacının sorumluluk sigortasından karşılanır. Bu sigorta ile karşılanmayan zararlar için KTrafikK uyarınca yaptırılması zorunlu olan sorumluluk sigortasına başvurulur (KTaşK m. 19 fk.3).

Kanunun hükme bağladığı önemli bir husus, karayolu taşıması sırasında yolcunun ölmesi, yaralanması veya sakat kalması halinde, mevcut sigortalardan hangisinin önce geleceğidir. Kural, ilk olarak zorunlu taşımacı sorumluluğu sigortasından ödeme yapılmasıdır. Bu sigorta ile karşılanmayan zararlar için trafik sorumluluğu sigortası devreye girecektir. Kanundaki "bu sigorta ile karşılanmayan zarar" ifadesi açıklanmaya muhtaçtır. Taşımacı sorumluluğu sigortası hiç yaptırılmamış veya çeşitli sebeplerle son bulmuş olabilir. Bu durumlarda trafik sorumluluğu sigortasının "sıfırdan itibaren" işlemesi gerekir. Yoksa, taşımacı sorumluluğu sigortası limitleri dahilinde kalan zararların teminat dışında bırakılması söz konusu olamaz. Başka bir anlatışla, "bu sigorta ile karşılanmayan zararlar" deyimi, "bu sigorta yaptı-

---

7 Bkz. Yargıtay 11. HD, 12.6.1990 gün ve 1990/4081-4892 (ULAŞ, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 4. baskı, Ankara 2005, s. 772).

8 Eğer zarar gören bir alacaklı zamanaşımı dolmadan evvel talepte bulunursa, o alacaklı bakımından zamanaşımı sonuna kadar beklemek gereği ortadan kalkmış olur.

9 Bkz. ULAŞ, a.g.e. s.773 ve orada zikredilen Yargıtay 19. HD'nin 5.2.1996 gün ve 1996/6601-937 sayılı kararı. Bu karara konu oluşturan olayda sigorta şirketi kazadan 1,5 yıl sonra ödeme yapmış idi. 19 HD, iki yıllık zamanaşımı süresi beklenmeden, fakat kazadan uzunca bir süre sonra yapılan bu ödemede bir usulsüzlük olmadığına hükmetmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rılarak ve yürürlükte tutularak karşılanmış olması gereken zararlar" şeklinde değil; "herhangi bir sebeple eylemsel olarak bu sigorta ile karşılanmamış bulunan zararlar" şeklinde anlaşılmalıdır.

d) Zarar gören üçüncü kişinin teminat limitleri içinde doğrudan doğruya sigortacıyı dava etmek hakkı mevcuttur (KTaşK m.21).

Hukukumuzda bugün Yargıtay tarafından, hiçbir yasal dayanak olmadığı halde, bütün sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişiye doğrudan doğruya sigortacıyı dava etmek hakkı tanınmaktadır[10]. Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı da, bu uygulamayı kanunlaştırmak üzere, aynı çözümü benimsemiştir[11]. Bazı sigorta genel şartları, Yargıtay'ın söz konusu kararından önce de sözleşme hukuku çerçevesinde doğrudan doğruya dava hakkını tanımaktaydı[12]. KTaşK m. 21, tıpkı KTrafikK m.97'de olduğu gibi, doğru bir düzenleme yöntemi izlemiş ve doğrudan doğruya dava hakkını kanun hükmü sevkederek öngörmüştür.

e) Sigorta ettirene karşı ileri sürülmesi mümkün -sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden veya sigorta sözleşmesinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına yol açan- savunmalar zarar görene karşı ileri sürülemez. Ancak, ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine veya bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettiren taşımacıya rücu edebilir (KTaşK m.20 fk.1-2).

Zarar görene doğrudan doğruya sigortacıya karşı dava açma hakkı tanınmasından sonra en önemli sorun, bu davada sigortacının hangi savunmalardan yararlanabileceğinin saptanmasıdır. KTaşK, bu konuda KTrafikK düzenlemesini izlemiş ve tamamen benzer hükümlere yer vermiştir.

f) Sorumluluk sigortası kapsamında tazminat ödenmesine yol açabilecek olay, sigorta ettiren veya hak sahibi tarafından, öğrenmeden itibaren hesaplanacak 30 iş günü (yurt dışında meydana gelmişse 60 iş günü) içinde sigorta şirketine ihbar edilir (KTaşK m.22 fk.1).

---

10 Yargıtay, yangın dolayısıyla sorumluluk sigortasına ilişkin özel hükmü genelleştirerek bütün sigortalarda doğrudan dava hakkının dayanağı olarak göstermiştir. Oysa, tam tersine; özel düzenleme hangi sigortaya ilişkin olarak öngörüldü ise, sadece o sigortaya uygulanmalıdır. Kaldı ki, kanun açıkça cevaz vermediği halde "içtihat" yoluyla dava hakkı tanınmasının hukuka uygunluğu ve geçerliliği de tartışmaya son derece açıktır. Bu hususlarda bkz. ÜNAN, CMR Sigortasında Zarar Gören Üçüncü Kişinin Konumu İle İlgili iki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi Yıl 1998 Sayı 1, s. 61 v.d.; ÜNAN, Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın "Sigorta Hukuku" Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuku Dergisi Yıl 2005, Türk Ticaret Kanunu Taslağı Özel Sayısı, s. 163 v.d.

11 Türk Ticaret Kanunu Taslağı m. 1478.

12 Tehlikeli Maddeler Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m.12; Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. 12

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sigorta ettirene yüklenecek "rizikonun gerçekleştiğini bildirme" görevinin düzenlenme yeri KTaşK değildir. Bu hususun sigorta sözleşmelerine ilişkin düzenleme içinde yer alması icap eder. Diğer taraftan, burada hak sahibine görev yüklenmesi de doğru görünmemektedir. Bildirim görevinin varlık sebebi, sigortacıya, en erken aşamada devreye girmek ve (rizikonun sigorta teminatı dahilinde gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin belirlemelerin yapılması; ödenmesi gerekebilecek tutarların saptanması; hatta, zararın en az düzeyde tutulması için önlem alınması gibi) çıkarlarını koruyacak adımları atmak fırsatının verilmesidir. Kanunda öngörülen 30 ve 60 günlük sürelerin ise bu açılardan fazla bir önem ve anlamı yoktur. Aradan bu kadar gün geçtikten sonra, amacın elde edilmesi çok güçleşmiş olacaktır.

g) Sigorta ettiren taşımacı; kaza, zarar ve açılacak davalarla ilgili bilgileri ve belgeleri sigortacıya vermekle yükümlüdür (KTaşK m.22 fk.2).

Bu hükümde aksayan yön, "açılacak davalarla ilgili bilgi ve belgeler" anlatımıdır. Kanun, dava açılmasını adeta zorunlu (mutlaka gerçekleşecek) bir gelişme saymaktadır. Oysa, aslolan gereken ödemelerin dava açılmasına sebep olunmadan yapılmasıdır. Burada doğru ifade "....ve ileride dava açılması halinde, bu davalarla ilgili belge ve bilgileri" şeklinde olmalı idi.

h) Sigortacı, kaza ve zarara ilişkin belgelerin kendisine verilmesinden başlayarak sekiz iş günü içinde sorumluluk sigortası limitleri dahilinde kalan miktarı hak sahibine ödemek zorundadır (KTaşK m.22 fk.3).

Öngörülen sekiz günlük süre sonunda sigortacı mütemerrit hale gelecek ve temerrüt faizi işlemeye başlayacaktır.

i) Sigortacı "sorumluluk sigortası belgesini" poliçe ile birlikte sigorta ettirene verecektir. Her araç için ayrı belge düzenlenecektir. Sorumluluk sigortası belgesi bulunmayan araçlar trafikten men edileceklerdir (KTaşK m.21). Belgenin kapsam ve şekli Ulaştırma Bakanlığı'nın uygun görüşü, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlığın onayı ile belirlenecektir. Belgenin bastırılması ise Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği tarafından gerçekleştirilecektir. (KTaşK m. 23 fk.1).

"Sorumluluk Sigortası Belgesi" düzenlenmesinden amaç, yapılacak denetimler bakımından kolaylık ve açıklık sağlanmasıdır. Aslında, sigortanın varlığını kanıtlayan belge sigorta poliçesidir. Ancak, her sigortacı kendine özgü (diğer şirketlerinkinden farklı) bir form kullandığından, değişik biçim ve içerikteki belgeleri yorumlamak denetim işlevini yerine getiren görevliler için zorluk yaratabilecektir. Bu sebeple, tekbiçim bir denetleme dayanağı oluşturulmuştur. Denetimi yapacak olan aracı trafikten men etme yetkisiyle donatılmış kamu görevlileridir. Dolayısıyla onların bağlı oldukları birime söz hakkı tanınması yeterlidir. Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlığa bu hususta onay yetkisi vermek gerekli bulunmamaktadır. Bundan başka, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği'nin masraf-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ları üstlenmek zorunda bırakılmasının Anayasa'daki "angarya" yasağına girip girmediği de araştırılmaya değer bir husustur.

j) Zamanaşımı KTaşK m.24'te düzenlenmiştir. Buna göre

Sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan her türlü talep, hak sahibinin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl ve her halde zarara sebep olan olayın vuku bulduğu tarihten itibaren 10 yıl sonra zamanaşımına uğrayacaktır (fk.1)

Ceza Kanunu fiil için daha uzun süreli bir zamanaşımı öngörmüş ise, bu uzun süre tazminat davasına da uygulanır (fk.2).

Sorumlu kişi hakkındaki zamanaşımını kesen sebepler, sigorta şirketi hakkında da uygulanır. Sigorta şirketi hakkında zamanaşımını kesen sebepler sorumlu kişi hakkında da uygulanır (fk.3)

Sorumluluk sigortasında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar (fk.4).

İlk fıkradaki düzenleme sadece "sigorta sözleşmesinden" doğan -sigortacıya yönelik- taleplerle ilgilidir. Buna karşılık, taşımacıya karşı ileri sürülecek talepler hakkında hüküm getirilmemiştir. Oysa en başta taşımacıya karşı ileri sürülen taleplere ilişkin zamanaşımının yasada öngörülmesi icap eder. Taşımacının sorumluluğu hakkında hüküm içeren bir yasanın bu hususa hiç değinmemesi büyük bir eksikliktir. Diğer taraftan, mevcut düzenleme sadece zarar gören veya onun yerine geçen kişilerin sigortacıya karşı ileri sürecekleri talepler bakımından isabetlidir. Sigorta ettiren taşımacının sigortacıya karşı ileri süreceği (sigorta korumasının işletilmesine yönelik) talepler[13] bakımından ise bu düzenleme uygun düşmemektedir. Esasen, KTaşK'nun sigorta ettiren taşımacı ile sigortacı arasındaki ilişkiye dair hüküm getirmesi yanlıştır. Bu konu TTK'nda hükme bağlanmalıdır.

İkinci fıkra, aslında birinci fıkranın devamı niteliğindedir. Bu bakımdan, eğer sigortacının ödeme yapmasına yol açan eylem ceza mevzuatında yaptırıma bağlanmış ve bu eylem için daha uzun süreli bir zamanaşımı öngörülmüşse, bu daha uzun süre sigorta sözleşmesinden kaynaklanan talepler hakkında da geçerli olacaktır. Burada da sadece sigorta sözleşmesinden kaynaklanan taleplerle sınırlı bir düzenleme getirilmemesi; düzenlemenin ilkönce taşımacıya yöneltilecek talepleri kapsaması gerekirdi.

Üçüncü fıkra, sorumlu kişiye yöneltilen talep hakkındaki zamanaşımını kesen sebeplerin sigortacıya yöneltilecek talepler bakımından da aynı et-

---

13 Bu talepler de sigorta sözleşmesinden doğmaktadırlar. Dolayısıyla fıkranın kapsamındadırlar.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kiyi meydana getireceğini öngörmektedir. Burada "sorumlu kişi" deyimi, lâfzen herhangi bir hüküm uyarınca sorumluluğu gerçekleşmiş olan herkesi içermektedir. Bu açıdan, sürücü de sorumlu kişi olabilecektir. Aslında kanunun sorumluluğunu düzenlemiş olduğu taşımacı ile sınırlı bir hükme yer vermesi (sadece taşımacıya karşı KTaşK uyarınca ileri sürülebilecek bir tazminat talebi hakkında zamanaşımının kesilmiş olması hali ile sınırlı bir düzenleme getirmesi) lâzım gelirdi. Çünkü bu hükmün amacı, sorumluluğu sigorta edilen kişi ile sorumluluk sigortacısının mümkün olduğunca aynı hükümlere tabi olmasını sağlamaktır.

Üçüncü fıkranın "sigorta şirketi hakkında zamanaşımını kesen sebepler sorumlu kişi hakkında da uygulanır" şeklindeki ikinci cümlesi bu kanun bakımından pek uygun düşmemektedir. Çünkü kanun sorumlu kişinin tabi olacağı zamanaşımı süresini hiç düzenlememiştir. Düzenlemeye lüzum duymadığı bir zamanaşımı hakkında "kesilme" sonucu öngörmesi ise gereksizdir[14]. Kaldı ki, burada da amaç, sorumluluğu sigorta edilen kişi ile sorumluluk sigortacısının aynı hükümlere tabi olmasıdır. Dolayısıyla bütün sorumlu kişiler hakkında değil, sadece taşımacı ile sınırlı bir düzenleme getirmek doğru olurdu.

Dördüncü fıkra, "sorumluluk sigortasında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu haklarına uygulanacak zamanaşımını" düzenlemektedir. Her şeyden evvel "sorumluluk sigortasında tazminat yükümlüleri" deyimi yanlıştır. Sorumluluk sigortasında tazminat yükümlüsü sadece sigortacıdır. Başka kimse yükümlü değildir. Diğer taraftan, dördüncü fıkrada öngörülen çözüm de hatalıdır. Kanundaki hükme göre, sorumluluk sigortasında bir tazminat yükümlüsünün diğer tazminat yükümlüsüne rücu hakkı, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdiği ve rücu edilecek kimseyi öğrendiği günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar (fk.4). Sorumluluk sigortacısı, KTaşK m.20 fk.2 uyarınca sadece sigorta ettiren taşımacıya rücu edebilir. Buna karşılık, tazminat ödemek zorunda kalan taşımacının sigortacıya yöneltebileceği talep, öncelikle sigorta sözleşmesine dayanacaktır. Taşımacının sigortacıya BK m.51 çerçevesinde rücu etmesi ise taleplerin yarışması ilkesi uyarınca söz konusu olacak ikincil bir çözümdür.

k) Yetkili mahkeme ve icra daireleri konusunda da yasal düzenleme şu şekildedir

(KTaşK m.25):

"Sigorta sözleşmesinden doğan anlaşmazlıklar, tazminat ve rücu talepleri nedeni ile açılacak davalarda ve icra takiplerinde yetkili mahkeme veya icra daireleri; sigorta şirketinin veya şubesinin, sigorta sözleşmesini yapan acentenin, sigortalının, hak sahibinin, rücu edilenin ikametgâhındaki

14 Kanun, daha önemli bir hususta sükut edip, daha önemsiz bir hususu düzenlemiş bulunmaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

veya zarara yol açan olayın meydana geldiği yerdeki mahkeme veya icra daireleridir".

Sigorta şirketine karşı açılacak davalarda, genel yetki kuralı uyarınca sigorta şirketinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir (HUMK m.9 fk.1). Sözleşmeye aracılık eden acentenin "müvekkiline izafeten" hasım gösterilebilmesi de (acentenin usuli taraf olması) yerleşmiş bir yasa bir kuralıdır (TTK m.119 fk.2). HUMK m. 19, rizikonun gerçekleştiği yer mahkemesinin yetkisini hükme bağlamakta ise de, bu hüküm –lâfzen- sadece eşya sigortalarında uygulanması söz konusu olan bir hükümdür. Kaldı ki, zarara yol açan olay (kaza) ile rizikonun gerçekleşmesi her zaman aynı an ve yerde vuku bulmaz.

KTaşK m. 25 ise, ayrıca sigortalının ve hak sahibinin tabi olduğu mahkemeyi de yetkili saymaktadır. Sigortalının (taşımacının) tabi olduğu mahkeme, sadece ona karşı açılacak rücu davasında yetkili görülebilir. Hak sahibinin tabi olduğu mahkeme ise hiç yetkili olmamalıdır.

4) Sigortaya İlişkin Düzenleme Hakkında Görüşümüz

KTaşK'nda düzenlenen zorunlu sorumluluk sigortası, kanımızca tamamen gereksizdir. Türk hukukunda yapılması gereken, zorunlu trafik sorumluluğu limitlerinin artırılması hatta limitsiz hale getirilmesinden ibarettir. Sürekli yeni sigorta öngörmenin yararı ve anlamı yoktur. Nitekim, KTaşK'nda düzenlenen zorunlu sigorta, Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenmiş olan zorunlu trafik sorumluluğu sigortası ile çok büyük benzerlikler göstermekte ve adeta o sigortanın devamı niteliğini taşımaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ



MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TİCARİ SIR-İŞ SIRRI

*Ar. Gör. Salih Önder YEŞİLTEPE**

GİRİŞ

Piyasa ekonomisi açısından rekabetin teşvik edildiği, haksız rekabetin ise çeşitli normlarla yasaklandığı günümüz hukuk düzeni içerisinde işletmeler, ayakta durabilmek ve birbirleri ile yarışabilmek amacıyla teknolojik donanımlarını ve işletme yapılarını günden güne geliştirmekte ve maksimum kapasiteye ulaşabilmek için birbirinden farklı yöntemler, sistemler ve teknolojiler kullanmaktadırlar. İşletme sahipleri açısından, kendilerini başarıya ulaştırmış olan kullandıkları bu yöntem, sistem ve teknolojilerin sır olarak kalması, rakip firmalarla rekabet edebilme güçlerinin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır.

Türk Hukukunda sır kavramının tanımı kanuni düzenlemelerde yer almamış ve bu boşluk içtihat ve doktrin tarafından doldurulmaya çalışılmıştır.

Her ne kadar İş Kanunu meslek sırlarından, TTK ise ticari sırlardan ve iş sırlarından bahsetmekte ve sırrın korunması yönünde bir takım düzenlemeler getirmekte ise de sır kavramının tanımı her iki kanunda da yer almamaktadır.

Konuya girmeden önce belirtmek isteriz ki; iş sırları ile ticari sırları birbirlerinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir. Zira ticari sırlar da iş sırrı kapsamına girmekte ve gerek ekonomik değerleri gerekse korunmaları açısından iş sırları içerisinde ayrı bir önem arz etmektedirler. Bu sebeple çalışmamızda iş sırları ile ticari sırların unsurları ve kapsamları üzerinde durulacak ve hizmet akdinin devamı süresince işçinin sadakat borcu çerçevesinde değerlendirilen sır saklama borcuna aykırı davranışlarının hukuki sonuçları ele alınacaktır.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SIRRI -TİCARİ SIR KAVRAMLARI

I. GENEL OLARAK

Kelime anlamı ile sır, saklanması gereken bilgi olarak ifade edilmektedir[1]. Genel olarak sırrın; kişinin özel yaşamına dahil, aleni olmayan ve saklı tutulması gereken maddi ve manevi değerleriyle ilgili olay, davranışlar ve işlemler olarak ifade edilmesi mümkündür[2]. Herkes tarafından bilinmemesinde yarar bulunan her özellik sır olarak kabul edilebilir[3].

Sırrın saklı ve gizli kalması önemli bir meseledir. Bir sırrın, sahibinin iradesiyle ya da iradesi dışında harice intikal etmesi durumunda bu sırrın yayılmasını önleyebilmek oldukça güçleşir. Bunun sonucunda ise gerek fert, gerekse toplum açısından birtakım sakıncaların ve huzursuzlukların doğması kaçınılmaz bir hal alır. Bu sebeple, kişilerce sır olarak tanınmış gizli şeylerin ifşa edilmemesi çok eski zamanlardan beri bir takım prensiplerle emredilmiştir. Bu hususta ahlak ve muaşeret kaidelerinin başta geldiğini söylemek mümkündür. Dinler ve kanunlar da bu mahremiyetin gerekliliğini belirtmişler ve ifşasını yerine göre yasaklamışlardır[4].

Gerek iş hukukunda gerekse ticaret hukukunda, korunması gereken sırrın genellikle ekonomik bir değerinin bulunması, yapılan iş ve ticaret ile alakalı olması, kişinin ticari hayatını etkileyecek niteliğe sahip olması, onun korunması meselesini daha da ön plana çıkarmakta ve bu amaçla mevzuat içerisinde bir takım düzenlemeler yapma yoluna gidilmektedir[5]. Ancak sır kavramı kanunlarda tanımını bulamamış ve bu kavramın tanımı doktrin ve içtihatlara bırakılmıştır[6].

Meslek sırlarını ifşa etmenin işverene haklı nedenle fesih hakkı vereceğini belirten İşK.m.25 hükmü, meslek sırrının ne anlama geldiğini ve kapsamının ne olacağını açıklamamıştır. TTK. m. 57/b.7 hükmü de "müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal suretiyle, istihdam

---

1 **YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1986, s.637.

2 **KAPLAN**, İbrahim, Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu, BATİDER., C.XV, S.4, Aralık 1990, s.3.

3 **AYİTER,** Nuşin, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Arsebük'e Armağan, Ankara 1958, s.470; **YAVUZ,** Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996, s.425.

4 **ARAL**, Namık Zeki, Bankalarda Mesleki Sır, Ankara 1950, s.4.

5 **UŞAN**, M. Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı, Ankara 2003, s.24.

6 **DONAY**, Süheyl, Türk Ticaret Kanununun 363. Maddesine Göre Sır Saklama, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi, 1970, S.4, s.301; **SOYER**, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, (BK.md. 348-352), Ankara 1994, s.53.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmeyi veya ele geçirmeyi", TTK.m.57/b.8 hükmü ise "hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde edilen veya öğrenilen imalat ve ticaret sırlarından haksız yere faydalanmayı veya onları başkalarına yaymayı" haksız rekabet halleri arasında saymış ancak imalat sırrı ve ticaret sırrı kavramlarının açıklamasını yapmamıştır.

II. İŞ SIRRI KAVRAMI

A. Terminoloji

İş sırrı kavramı, iş ve işyeri ile ilgili her türlü gizli bilgiyi içine alan geniş bir kavramdır. İmalat sırları ile ticaret sırları da bu kapsam içerisinde bulunmaktadır[7].

İş Kanunu, korunması gereken sır kavramına ilişkin olarak "meslek sırrı" kavramını kullanmakta[8], Borçlar Kanunu ise "iş sırrı" kavramını benimsemektedir[9]. Doktrinde ise, genel kabul görmüş bir kavram bulunmamakta, "meslek sırrı", "iş sırrı" ve "ticari sır" kavramları kullanılmaktadır[10]. Biz, diğer kavramları da kapsamına almasından ötürü, iş sırrı kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

B. Tanımı

Doktrinde yapılan bir tanıma göre; « iş sırrı kavramı, işletmeyle ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı bir menfaate sahip bulunduğu ve işverence saklı kalması arzu edilen olguları ifade etmektedir.»[11].

Bir diğer tanıma göre ise; « iş sırrı, yalnız bir teşebbüse münhasır bulunan ve o teşebbüsün gerek ticari gerek teknik bakımdan muvaffak olmasını temin eden ve rekabet korkusuyla herkesten gizlenen bir takım hususiyetlerdir »[12].

UŞAN[13] ise iş sırrı kavramını şu şekilde tanımlamaktadır; « iş ve işyeri ile ilgili bulunan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, kamuya mal ol-

---

7 **SOYER,** M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, (BK.md.348-352(, Ankara 1994, s.12, dn.40; **UŞAN**, s.28.

8 Bkz. İş K. m.25.

9 BK. m.348: "İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek..."; "Her ne kadar kanunda işçinin "esrara nüfuzu"ndan söz edilmekte ise de, bu ifadeyi kaynak metne uygun olarak "iş sırlarına nüfuz" şeklinde anlamak gerekmektedir.", **SOYER,** s.53, dn.87.

10 Bkz. **UŞAN,** s.28, dn.

11 **SOYER**, s.53.

12 **AYİTER**, s.469.

13 **UŞAN**, s.29.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mamış ve aleniyet kazanmamış ancak iş yerinde çalışan kişi ve/veya kişilerce (sınırlı sayıda kişi tarafından) bilinen, işverenin de başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında haklı bir menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgidir ».

C. Unsurları

1. Sır Niteliği

Sırrın, sahibinin açıklanmamasında fayda gördüğü ve başkaları tarafından bilinmeyen her türlü bilgi olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak iş sırrı için aynı ifadeyi kullanmak mümkün olmamaktadır. Zira iş sırları en azından o iş yerinde çalışan işçiler tarafından bilinir niteliktedirler. Şöyle ki; işverenin, ticaretin üretim ve pazarlama faaliyetlerine ilişkin bilgileri çalışanlarına işinin bir gereği olarak vermesi söz konusudur[14]. Bu sebeple iş hukukunda, sırrın bilinmezliği özelliğinin nisbi nitelikte olduğu söylenmektedir[15].

Ancak işyerinde sır olarak kabul edilen hususların işyeri çalışanlarınca biliniyor olması, onların üçüncü kişilere açıklanabileceği anlamını taşımamaktadır. Buna göre, sırrın yayılması kontrol altında tutulabildiği sürece onun birden fazla kimse tarafından bilinmesi veya üçüncü bir kişiye verilmesi, sır olma vasfını ortadan kaldırmaz[16]. Burada önemli olan, işletmeyle ilgili bilginin sadece sınırlı bir çevre tarafından biliniyor olması, söz konusu bilgiye sahip olanların kapalı bir çevre oluşturuyor olmasıdır. Bu çevre dışında kalan kişilere, gizlilik kaydıyla bu bilginin aktarılması da onun sır olma niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Bu çevreye dahil olanların sayısı da kural olarak önem taşımamaktadır[17].

İşverence çalışanlara tevdi olunan bu tür bilgilerin başkalarına açıklanmaması kaydıyla verildiği kimi zaman açıkça belirtilmekte kimi zaman ise bilginin veriliş şeklinden veya karakterinden açıkça anlaşılmaktadır[18]. İşçinin, sır saklama borcu içerisine giren bir bilgiyi ne şekilde öğrendiği önem arz etmemektedir[19].

Ancak herhangi bir iş için olağan bir hususun sır olarak kabul edilmesi mümkün olmadığı gibi sır konusu olan bilginin hukuka, genel ahlaka ve

---

14 **CAMCI**, Ömer, Haksız Rekabet Davaları –2-, İstanbul 2002, s.120.

15 **AYTAÇ**, Zühtü, Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Borcu, BATİDER, C.X, S.1, Haziran 1979,s.134.

16 **DONAY**, Sır Saklama Borcu, s.304.

17 **SOYER,** s.54-55.

18 **YAVUZ,** Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996, s.423; **CAMCI**, s.120.

19 **PETEK,** Hasan, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Ankara 2002, s.235; **TUNÇOMAĞ,** Kenan, Türk İş Hukuku, C.I, İstanbul 1975, s.228.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

adaba da aykırı olmaması gerekmektedir[20]. Önemsiz denebilecek küçük ayrıntıların da sır olarak kabul edilmesi söz konusu olmamaktadır[21].

Bir bilginin sır niteliğinde olabilmesi için kamuya mal olmuş bir bilgi olmaması gerekmektedir. Zira herkes tarafından bilinen maruf ve meşhur olayların sır olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir[22].

Bilgiye gizlilik niteliği veren husus, söz konusu bilgiyi elde etmede, seçmede ve düzenlemede harcanan emek ve çabadır[23]. Bu nedenle, işverenin sahip olduğu bilgi seviyesine ulaşabilmek için belirli oranda masraf yapılmasının ve zaman harcanmasının gerekli olduğu durumlarda ticari sırrın varlığından söz edilmekte ve üçüncü kişilerin bu sırra kendi çabalarıyla ulaşabilme imkanına sahip olmalarının, bu hususun sır olma vasfını ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir[24].

2. İş İle İlgili Olması

İş sırrı kavramının kapsamı oldukça geniştir. Bir sırrın iş sırrı sayılabilmesi için her şeyden önce işletmeyle ilgili olması gerekmektedir[25]. İşletmeyle ilgili olma kavramı ise sırrın ticari, teknik ve personele ilişkin bulunması anlamını taşımaktadır. Bu anlamda, işletmenin herkes tarafından bilinmeyen organizasyon biçimi, kredi olanakları, personel yönetimi, stok bilgileri, müşteri listeleri, tüketici alanları fiyat bilgileri, formül, icat, metot teknik ve yöntemler yeni desen ve modeller, üretim teknolojisi, kâr marjı gibi yapılan iş ve işyeri ile ilgili her şeyin iş sırrı olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bunun yanında, işverenin bir sözleşme ilişkisi nedeniyle öğrendiği ve gizli tutmakla yükümlü olduğu üçüncü kişilere ait sırlar da işletmeyle ilgili bilgilere dahildir[26]. Bir sözleşmeye dayalı olarak kullanılan ve know-how[27] olarak ifade edilen teknik bilgilerin de sır vasfı taşıdığı kabul edilmektedir[28].

Kısaca iş sırrı kavramının, işletmede gerçekleştirilen her şeyi kapsamına alabilecek geniş bir içeriğe sahip bulunduğunun ve bunların mutlaka bir yenilik niteliği taşımalarının da şart olmadığını söylemek mümkündür[29].

---

20 **UŞAN**, s.31.

21 **CAMCI**, s.100.

22 **DONAY**, Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978, s.4; **SOYER,** s.55.

23 **CAMCI**, s.101.

24 **UŞAN**, s.32.

25 **DONAY,** s.8.

26 **SOYER**, s.54.; **DONAY,** s.9.

27 Know-How sözleşmeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ERBAY**, İsmail, Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002.

28 **UŞAN**, s.33.

29 **SOYER**, s.54.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3. İşverenin Gizli Tutma İradesi

Bir bilginin iş sırrı olarak kabul edilebilmesi için, işverenin bu bilgiyi gizli tutma iradesine sahip olması da gerekmektedir[30]. Bu irade açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir[31]. Bu anlamda, işletmeyi ilgilendiren ve sınırlı bir çevre tarafından bilinen hususların, işveren tarafından kural olarak gizli tutulmak istendiği kabul edilmelidir. Yine, işverenin açık bir ifadeyle işçiye elde edilen ya da kullanılan bilgilerin sır niteliğinde olduğunu belirtmediği durumlarda dahi, o bilgiye yönelik olarak takip ettiği metod ve usullerin bu bilgilerin gizli nitelikte olduğunu ortaya koyduğu durumlarda işçinin sır saklama borcunun mevcudiyeti söz konusu olacaktır[32]. Zira aksi halde, açık bir gizli tutma iradesi bulunmayan durumlarda bunların korumasız kalması sonucu ortaya çıkmış olacaktır. Bu konudaki yanlış bir değerlendirmenin sonuçlarına katlanacak olan ise işçidir[33]. Ancak işçinin kendisinden kaynaklanan bir nedenle ilgili bilgileri yanlışlıkla ya da yetkisiz olarak açıklamasının en azından o işçi için bu bilgilerin gizlilik ve sır vasfını kaldırmayacağı kabul edilmektedir[34].

Burada dikkat edilmesi gereken husus, bir iş sırrının varlığından bahsedilebilmesi için sadece işverenin gizli tutma iradesine sahip olmasının yeterli olamayacağıdır. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi kamuya mal olmuş, herkes tarafından bilinen maruf ve meşhur bilgilerin, işverende gizli tutma iradesi olsa dahi iş sırrı niteliğinde olmayacağı açıktır[35]. Bu noktada dikkate alınacak olan husus, o faaliyet alanındaki örf ve adet kuralları olacaktır. Belli bir bilginin, ilgili işkolunda büyük ölçüde yaygın olduğunun kabul edildiği durumlarda, işverenin açık bir ikazının olması dahi gizli tutma yükümlülüğünü doğurmayacaktır[36].

4. İşverenin Haklı Bir Menfaatinin Varlığı

Bir bilginin iş sırrı olarak kabul edilebilmesi için bulunması gereken bir diğer unsur ise, bilginin saklı kalmasında işverenin haklı bir menfaate sahip olmasıdır[37]. Bu unsur, sır kavramı hakkında keyfiliği ortadan kaldırma-

---

30 **AKYİĞİT**, Ercan, İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, Ocak 1991, s.12; **ERTAŞ**, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, s.53; **TUNCAY**, A. Can, İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.1068; **UŞAN**, s.33; **AYTAÇ**, s.184; **SOYER**, s.56.

31 **DONAY**, s.5; **SOYER**, s.56, **UŞAN**, s.33.

32 **UŞAN**, s.34.

33 **SOYER**, 56.

34 **UŞAN**, s.36.

35 **CAMCI**, s.102; **TUNCAY**, s.1068.

36 **UŞAN**, s.35.

37 **AKYİĞİT**, s.12; **SOYER**, s.55; **UŞAN**, s.36.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ya hizmet etmektedir. Ancak haklı menfaatin tesbiti hususunda dar bir ölçünün esas alınamayacağı kabul edilmektedir. Bu anlamda, menfaat ilişkisi ekonomik olabileceği gibi, subjektif ve manevi biçimde de ortaya çıkabilmektedir[38]. Manevi menfaatlerinin mesleki anlamda zarar görmesi, işverenin ekonomik çıkarlarını da etkileyeceğinden, esas olarak açıklanması durumunda ekonomik bir zarar meydana getirecek olan bilgilerin, diğer unsurların da bulunması koşulu ile iş sırrı olarak nitelendirilebileceğini söylemek mümkündür[39]. Bu noktada, açıklanması istenilmeyen bilginin, açıklanması durumunda işverenin rekabet gücünü etkileyecek nitelikte olması gerektiği belirtilmektedir[40].

İşverenin haklı bir menfaatinin bulunmadığı durumlarda iş sırrının varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bu sebeple bu gibi durumlarda işverenin gizli tutma iradesi de önem arz etmeyecektir.

III. İŞ SIRLARININ KAPSAMI VE TİCARİ SIR KAVRAMI

A. Genel Olarak

İş sırrı kavramı, ticari sırları da kapsayan geniş bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ancak ticari sırlar ile sınırlı kalmamaktadır[41]. Zira ticari sır olarak nitelendirilemeyecek olan fakat işle ilgili olması sebebiyle işveren tarafından gizli tutulması istenen bilgiler de iş sırrının kapsamına dahil olmaktadır.

Her ne kadar, ticari sırlar dışında iş sırlarının bulunduğu kabul edilmekte ise de, ticari sırların, taşıdıkları ekonomik değerleri itibariyle iş sırrı kavram içerisinde ayrı bir önemi bulunmaktadır. Ticari sırların kanuni düzenlemelerle diğer iş sırlarına oranla daha fazla korumaya alınmış olması da bu hususu doğrulamaktadır. Bu sebeple, iş sırrı kavramının kapsamının belirlenmesinde, ticari sırların özelliklerinin ve sınırlarının belirlenmesi, TTK düzenlemeleri karşısında ticari sırların durumunun tesbit edilmesi gerekmektedir.

B. Ticari Sır Kavramı

Her işletmenin kendisine özgü mahremiyet sahaları vardır. Bir tacirin, müşterileri, işletmesinin organizasyonu, metod ve usulleri, acente ve mümessilleri ile ilişkileri, kayıtları, defterleri, haberleşmesi, teknik bilgileri ile ihtira beratının korumasına mazhar olabilecek kadar değer taşıdığı halde ihtira beratına rapdedilmemiş icatlar, resimler, modeller, işletme sahibinin

38 **AYTAÇ**, s.184 vd..

39 **SOYER**, 55-56.

40 **TUNCAY**, s.1069; **UŞAN**, s.36.

41 **UŞAN**, s.28.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kişisel kabiliyet ve karakteri, iktisadi ve mali durumu, gizlenmesi gerekli ve zorunlu olarak görülen önemli birer sır halinde olabilmektedir[42].

Ticari işletme esasına dayalı modern sistemi benimseyen[43] Türk Ticaret Kanunu, tacirin rekabet gücü açısından büyük önem taşıyan ticari sırları, birtakım yasal düzenlemeler ile koruma altına almış olmakla beraber ticari sır kavramının tanımını yapmaktan kaçınmıştır. Esasen ticari sırrın sınırlayıcı bir örnekleme yolu ile tanımlanması da mümkün olmamaktadır. Zira gelişen teknolojik sistem içerisinde, tacirler açısından sır olarak nitelendirilebilecek bilgiler de değişim ve gelişim göstermektedir.

TTK.m.57/7 hükmü; "Müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal suretiyle, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek", 57/8 hükmü ise; "Hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalât veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak" ifadelerini kullanarak "imalat sırrı" ile "ticaret sırrı" kavramlarını birbirinden ayrı mütalâa etmiştir.

İmalat sırrı, bir şeyin yapımında izlenen metot ve kurallar olarak tanımlanmakta[44] ve mamulleri, sanayie ait resimleri, eserleri ve buluşları da ihtiva etmektedir[45]. Dar anlamı ile ticaretin, üretilen mal veya hizmetlerin alım satımı olduğu dikkate alındığında, üretim aşamasını ilgilendiren imalat sırlarının kanunun öngördüğü şekilde ticari sırlardan ayrı mütalâa edilmesi mümkün görülmektedir. Ancak sırrın korunması aşamasında bu ayrımın teoriden öteye geçmeyeceği ve uygulama açısından bir önem arz etmeyeceği ortadadır. Zaten geniş anlamı ile bakıldığında ticaret; üretim ve üretilen ürün ve hizmetlerin tüketiciye ulaştırılmak üzere piyasaya arzını da içermektedir[46]. Bu sebeple bizce ticari sırlar açısından ticaret kavramı, üretim aşamasını da içine alacak şekilde anlaşılmalıdır.

Buna göre ticari sır kavramını; "tacirin ticari faaliyetleri esnasında kullandığı, aynı olanağa sahip olmayan veya kullanamayan rakiplerine karşı kendisi için avantaj teşkil eden herhangi bir formül, düzen, model ve sair toplam bilgiler" olarak ifade etmek mümkündür[47].

Herkes tarafından bilinemeyen ve araştırılamayan bağımsız bir ekonomik değeri olan her türlü bilgi ticari sır olarak kabul edilmektedir[48].

---

42 **ÖRS**, Fahri Halil, Türk Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara 1958, s.62-63.

43 **ARKAN**, s.4; **BAHTİYAR**, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2003, s.9.

44 **ERTAŞ**, s.52.

45 **ÖRS**, s.63, dn.300.

46 **CAMCI**, s.94.

47 **CAMCI**, s.94

48 **UŞAN**, s.25.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bir tacirin, mamullerini üretmek ve üretimde yararlanmak üzere hammadde, yarı mamul veya mal ve hizmetleri satın aldığı firmaların listesi, tacirin gizleme iradesinin bulunduğu durumlarda, bir ticari sır teşkil edecektir[49].

Rekabet, iktisadi hayatta müşteri çekmek için yapılan mücadele olarak tanımlanmaktadır[50]. Müşteri çekmek için ise rakibin arz ettiği bir malı daha uygun şartlarla piyasaya sürmek gerekmektedir[51]. Ancak günümüzün globalleşen pazar yapısı içerisinde sadece rakiplerinden daha uygun şartlarla ürün arzı yeterli olamamakta, arz edilen ürünlerin hitap ettiği müşteri çevresine ulaşabilmek de büyük önem arz etmektedir. Bu sebeple piyasa araştırmaları yapan ve çaba göstererek belirli bir müşteri çevresini elde eden tacirler, bu müşteri çevrelerinin de rakipler tarafından öğrenilmesine engel olmak istemektedirler. Bu anlamda tacirin müşteri listeleri de bir ticari sır olma niteliği kazanmaktadır[52].

C. İş Sırrına İlişkin Özel Düzenleme Alanları

1. Genel Olarak

İş K.m.25'te düzenlenmiş olan meslek sırlarının korunmasına yönelik hükmün ve TTK.m.56 ve devamında düzenlenmiş olan haksız rekabete ilişkin hükümlerin dışında da iş sırlarına yönelik özel hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler, her işçi için geçerli olamayacak bazı özel nitelikli işlerin gereği olarak mevzuatta ayrıca düzenleme alanı bulmuşlardır. Mevzuattaki özel düzenlemeler ile koruma altına alınan bu sırlar da iş sırrı kavramının kapsamına dahil olmaktadır.

2. Özel Düzenleme Alanları

a. Anonim Şirket Pay Sahipleri, Murakıplar ve Yönetim Kurulu Üyelerine İlişkin TTK Düzenlemeleri

TTK.m.363 hükmü; "ticari defterler ve sır saklama mükellefiyeti ve ceza" başlığını taşımaktadır. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin sır saklama yükümlülüklerine açıklık getiren madde hükmüne göre; pay sahiplerinin, şüpheli gördükleri noktalara murakıpların dikkatini çekme ve gerekli açıklamayı isteme hakları bulunmaktadır. Ayrıca pay sahipleri, genel kurulun açık izni ile ya da yönetim kurulunun vereceği karar üzerine şirketin ticari defterleri ile yazışmalarını inceleme olanağına da sahiptirler. Ancak ince-

---

49 **CAMCI,** s.95

50 **AYHAN,** Rıza, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya, 1990, s.13.

51 **ARSLANLI,** Halil, Kara Ticareti Hukuku, Umumi Prensipler, İstanbul 1960, s.13.

52 **ARKAN,** Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1999, s.299; **ÖRS,** s.61; **UŞAN,** s.39; **CAMCI,** s.95, **YAVUZ,** s.425.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lenmesine müsaade edilen defter ve vesikalardan öğrenilecek sırlarlar haricinde, hiçbir pay sahibinin şirketin iş sırlarını öğrenme hakkı bulunmamaktadır. Pay sahipleri, herhangi bir şekilde öğrendikleri şirkete ait iş sırlarını, pay sahipliği sıfatlarını sonradan kaybetmiş olsalar dahi, daima gizli tutmakla yükümlüdürler. Söz konusu yükümü yerine getirmeyen üye hakkında uygulanacak olan cezai müeyyideler de bu madde çerçevesinde düzenlenmiş bulunmaktadır[53].

Şirket ile pay sahibi arasındaki ilişkinin bir hizmet akdi olmaması sebebiyle, şirkete ait iş sırlarının İş K.m.25 hükmüne göre korunmasının mümkün olmadığı görülmektedir. Yine madde hükmünde "ticari sır" kavramı yerine "iş sırrı" kavramı kullanılmış ve haksız rekabet hükümlerinden farklı olarak bir zarar doğmamış olsa dahi cezai müeyyidenin uygulanabileceğini belirterek iş sırlarına daha geniş bir koruma alanı sağlamıştır. Bu sayede tüzel kişi tacir olan anonim şirketin iş sırları, pay sahiplerine karşı da korunmuş olmaktadır[54].

TTK.m.358 hükmü ise murakıplara yönelik olarak sır saklama mükellefiyetini düzenlemiştir. Madde hükmüne göre; "Murakıplar, vazifelerini yaptıkları esnada öğrendikleri hususları münferit pay sahiplerine ve üçüncü şahıslara ifşa etmekten memnudurlar".

Anonim şirket ile denetçi arasındaki hukuki ilişki temelde vekalet ilişkisidir. Ancak bu ilişkinin bir hizmet akdi şeklinde kurulması da mümkündür[55]. Yargıtay 10. HD., denetçi için ücret öngörülmesi halinde anonim şirket ile denetçi arasındaki ilişkinin hizmet akdi olacağını belirtmiştir[56]. Taraflar arasında bir işçi-işveren ilişkisi bulunduğu durumlarda, anonim şirkete ait iş sırları TTK.m.358 hükmü yanında İş K.m.25 vd. hükümlerinin de koruması altında olacaktır. Ancak taraflar arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu durumlarda İş K. devre dışı kalacak ve şirkete ait iş sırları TTK.m.358 ve haksız rekabete ilişkin hükümleri ile koruma alanına sahip olacaktır.

---

53 TTK.m.363/2, c.son; "Bu mecburiyeti yerine getirmeyen ortak, meydana gelecek zararlardan şirkete karşı mesul olduğu gibi şirketin şikâyeti üzerine, herhangi bir zarar umulmasa dahi, bir yıla kadar hapis veya otuzbin liradan altıyüzbin liraya kadar ağır para cezasiyle veya her ikisiyle birlikte cezalandırılır.".

54 Tüzel kişi tacir olan anonim şirket ile, bu şirkete ait ticari işletmede hizmet akdine bağlı olarak çalışan kişiler arasında İş Kanunu anlamında bir işçi-işveren ilişkisi bulunduğundan, bu alanda İş K.m.25 vd. hükümleri ile TTK.m.56 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulacağı şüphesizdir.

55 **POROY**, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal/ **ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 1997, s.337.

56 10. HD., 14.09.1973 tarih ve 180/209 sayılı karar, **ERİŞ**, Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s.337. Vekalet sözleşmesinin tarifini yapan BK.m.386/son hükmü uyarınca; "Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahak olur". Bu sebeple ücretin kararlaştırıldığı her durumda murakıp ile şirket arasındaki ilişkinin hizmet akdi olduğunu söylemek mümkün değildir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TTK.m.358 hükmü, murakıplar açısından sadece şirkete ait sırların "ifşasını" yasaklamış olduğundan, söz konusu bilgileri ifşa etmeyerek kendisi için kullanan murakıp hakkında bu madde hükmüne dayanarak TTK.m.309 hükmü uyarınca müeyyide uygulanması mümkün değildir. Bu durumda iş sırrının korunması yine, şartların bulunması halinde, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecektir[57].

TTK'nda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak sır saklama borcu, yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcu içerisinde yer almaktadır[58].

b. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 25. ve Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik'in 32. Maddelerindeki Düzenlemeler

Sermaye Piyasası Kanunu'nun, "Sır Saklama ve Kurulun Para, Evrak ve Malları Hakkında İşlenen Suçlar" başlığını taşıyan 25. maddesinin (a) bendi; "Kurul başkan ve üyeleri ile personeli ve bu Kanuna göre görevlendirilen denetim elemanları çalışmaları ve denetlemeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait öğrendikleri sırları açıklayamazlar ve kendi yararlarına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder" hükmünü getirmiştir[59].

Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş Ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik'in[60] 32. maddesi de SPK.m.25/a hükmüne paralel bir düzenleme getirmiştir. Bu hükme göre; "Borsaların başkanlarının yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerinin, komitelerin üyelerinin ve tüm çalışanlarının, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri, borsa ve borsa ilişkisi olan ortaklık, kurum ve diğer her türlü gerçek ve tüzel kişilere ait sırların gizliliğine uymak ve bu sırları kanunen yetkili kılınmış kişi ve mercilerden başkasına herhangi bir suretle açıklamamak, görevlilerin veya üçüncü kişilerin yarar veya zararına kullanmamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük, ilgililerin borsadaki görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam eder".

Bu maddelerde belirtilen kişiler, şirket içerisinden olmamakla beraber, şirketle herhangi bir şekilde kurdukları irtibat sonucu, diğer yatırımcılara

---

57 Karş. SPK.m.25: "Kurul başkan ve üyeleri ile personeli ve bu Kanuna göre görevlendirilen denetim elemanları çalışmaları ve denetlemeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait öğrendikleri sırları açıklayamazlar ve kendi yararlarına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder".

58 **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s.312; **İMREGÜN**, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1974, s.59.

59 SPK.m.25/a hükmüne aykırı davranışın müeyyidesi, SPK.m.47 hükmü ile düzenlenmiştir.

60 91 sayılı KHK.'ye dayanılarak çıkarılan yönetmelik için bkz. 18537 sayı ve 6 Ekim 1984 tarihli RG.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nazaran, bilgide imtiyazlı konuma gelebilecek kişilerdir. Sermaye Piyasası Kurulu'nda çalışan ve borsa üyeleri olan bu şahıslar "insider" olarak nitelendirilmektedir[61]. Bu maddeler ile, şirkete ait iş sırlarının insider muameleri ile kullanılmalarına yasaklama getirilmiştir[62].

c. Avukatlık Kanunu'ndaki Düzenleme

Avukatlık Kanunu m.36/1 hükmü; "avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyle öğrendikleri hususları açığa vurmalarını" yasaklamaktadır. Söz konusu madde ile getirilmiş olan yasaklama, avukatlık mesleğini icra edenlerin işlerine ilişkin sırları ifşa etmelerini yasakladığından, bu maddede belirtilen sırların da iş sırrı olduğu ve özel bir düzenleme ile koruma altına alındığını söylemek mümkündür.

Avukatlık mesleğini serbest olarak yürüten kimseler için İş Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulamayacak olması, söz konusu bilgilerin her zaman ticari sır niteliğinde de olmayacağı dikkate alındığında, haksız rekabete ilişkin TTK hükümlerinin de uygulama alanının olamayacağı görülmektedir. Ancak hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen avukatların, sadakat borcu çerçevesinde, İş Kanunu hükümlerince, işverenin iş sırlarını korumakla yükümlü olduğunu, AK.m.36 hükmü ile bu yükümlülüğün daha da kuvvetlendirilmiş olduğunu söylemek mümkündür[63].

Aynı husus, avukat yanında hizmet akdine bağlı olarak çalışan katipler için de söz konusudur.

d. Noterlik Kanunu'ndaki Düzenleme

Noterlik Kanunu'nun "Meslek Sırrı" başlığını taşıyan 54.maddesi; "Noter ve noterlik kâtipleri görevleri dolayısiyle öğrendikleri sırları, kanunların emrettiği haller dışında açıklayamazlar" hükmünü getirerek, noter ve noter katiplerinin mesleki sırları ifşa etmelerini yasaklamıştır.

Hizmet sözleşmesi ile çalışan noter katiplerine İş Kanunu hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmakla beraber, iş sırlarına yönelik olarak özel bir düzenleme de Noterlik Kanunu ile getirilmiş bulunmaktadır.

---

61 **TURANBOY**, Asuman, İnsider Muameleleri, Ankara 1990, s.193.

62 "Kurul Personelinin Statüsü" başlığını taşıyan SPK.m.26 hükmü; "Kurul hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler Kurulca devamlı görev yapmak üzere atanan memurlar eliyle yürütülür" demektedir. Madde hükmü uyarınca, kurul çalışanlarının memur sayılması, bu şahıslar hakkında İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı sonucunu doğurmaktadır.

63 **UŞAN**, s.118; Avukatın sır saklama yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜNERGÖK**, Özcan, Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü, AÜEHFD., C.VII, S. 1-2, s.655-667.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

e. Bankalar Kanunu'ndaki Banka Çalışanlarına İlişkin Düzenlemeler

Bankaların müşterileri ile olan iş ilişkilerinde müşterileri tarafından bankaya tevdi edilen veya banka görevlilerinin mesleki faaliyetleri sırasında haberdar oldukları müşterilerine ait olan ve açıklanmaması gereken bilgiler, banka sırrı, olarak ifade edilmektedir[64]. Bankanın müşteri ile olan ilişkileri dışında kalan, mali, ekonomik yapısı, kredi ve nakit durumu gibi özelliklerine ait bilgiler de banka sırrı kapsamında değerlendirilmektedir[65].

Banka sırları da iş sırrı kapsamına dahildirler. Özellikle hizmet akdi ile bağlı olan banka çalışanlarının İş Kanunu hükümleri uyarınca sadakat borcuna uygun olarak işveren konumundaki bankanın iş sırlarını saklamakla yükümlü oldukları unutulmamalıdır. Buna ek olarak Bankalar Kanunu da banka sırlarına ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. Bankalar Kanunu m.22 hükmüne göre; "Bankaların mensupları ve diğer görevlileri sıfatları ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri bankalara veya müşterilerine ait sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder...". Söz konusu madde, banka sırlarının kanuna aykırı şekil açıklanmasının müeyyidelerini de düzenlemiş ve TTK'nun sorumluluğa ilişkin hükümlerinin de geçerli olduğunu belirtmiştir[66].

---

64 **İZVEREN**, Adil, Bankalarda Mesleki Sır ve Bunun İfşasının Hukuki Neticeleri, ABD., Y.1955, S.2, s.691.

65 **KAPLAN**, s.4.

66 Bankalar Kanunu m.22; "... Bu madde hükmüne aykırı davrandığı tebit edilen kişiler için bir yıldan üç yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezasına hükmolunur. Banka ve müşterilerine ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır. Kredilerin takip ve kontrolü için ana faaliyet konuları para ve sermaye piyasaları ile sigortacılık olan ve konularda özel kanunlarına göre alınan izin ve ruhsat ile faaliyet gösteren mali kurumlar ile Kurum tarafından uygun görülecek şirketler arasında müşterileri ile ilgili olarak doğrudan doğruya veya en az on kurum tarafından kurulacak şirketler arasında yapılacak bilgi alışverişi bu hükmün dışındadır. 9.(7) ve (8) numaralı fıkralarda yazılı kişiler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklarlarsa, üç yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezasına ve üç milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezasına mahkum edilmekle birlikte, fiilin önemine göre bu Kanun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmaları geçici veya sürekli olarak yasaklanır. 10. Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun sorumluluğu gerektiren hükümleri saklıdır".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İKİNCİ BÖLÜM

SIR SAKLAMA BORCUNA AYKIRILIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL SONUÇLAR

A. Sözleşmenin Feshi

İş Kanunu m.25/2 hükmü; "İşçinin, ...işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması" durumunda işverenin hizmet akdini haklı nedenle feshedebileceğini belirtmektedir. Ancak ERGİN'in de belirttiği gibi sübjektif bir kavram olan "doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan" işçi davranışlarının çok açık bir şekilde belirlenebilir olması aranmalıdır[67].

Maddenin metninde sınırlayıcı bir sayım yapılmamış ve işçinin işverene ait meslek sırlarını ifşa etmesi doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan hallere örnek olarak gösterilmiştir. Esasen işçinin meslek sırlarını ifşa etmesinin işverene haklı nedenle fesih hakkı vereceği hususunu madde metninde yer almasa dahi, bu durum doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan bir davranış teşkil edeceğinden meslek sırrını ifşa eden işçinin hizmet akdinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilebileceğini söylemek her zaman mümkündür.

İşçinin işverene ait mesleki olmayan bir sırrı ifşa etmesi her ne kadar bu gruba girmiyor olsa da böyle bir davranışın da işveren açısından feshi haklı kılan muhik bir sebep olduğu kabul edilmelidir[68].

Genel bir fesih hali getiren İş K.m.25 hükmü açısından söz konusu sırrın ticari sır olup olmaması da önem arz etmemektedir.

İşçinin, işverene ait bir iş sırrını ifşa etmesi sebebiyle hizmet akdini feshetmek isteyen işverenin feshi gerçekleştirebilmesi için uyması gereken prosedür İş K.m.26/1 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca; "24 ve 25 inci maddelerinde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan akdi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz".

Hak düşürücü nitelikte olan[69] altı günlük ve bir yıllık sürelerin, işçinin davranışlarının devam eden nitelik gösterdiği durumlarda fiilin bitiş tari-

---

67 **ERGİN,** Berin, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1995 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1997, s.60.

68 **OĞUZMAN,** M. Kemal, Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.72.

69 **NARMANLIOĞLU**, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s.322; **EKONOMİ**, Münir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s.215; **UŞAN**, s.176.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir[70]. Ayrıca sözleşmenin feshinin işyerinde oluşturulan disiplin kurulu kararına bağlandığı durumlarda, fesih süresinin başlangıcı olarak disiplin kurulu kararının feshe yetkili kişi ya da makamca öğrenildiği anda işlemeye başladığı kabul edilmelidir[71].

B. Zararların Tazmini

İşverenin iş sırrını açıklayan işçinin bu eyleminin işverenin zarara uğramasına neden olduğu durumlarda, meydana gelen zararın işçi tarafından tazmin edilmesi gereği ortaya çıkacaktır[72]. Meydana gelen zarardan işçinin sorumlu tutulabilmesi için, işçinin söz konusu iş sırrını kasdi olarak ifşa etmiş olması gerekmeyip, ihmal ve tedbirsizlik ile bu sonuca sebebiyet vermiş olması yeterli görülmektedir[73].

İşçinin sebep olduğu zararı tazmin borcu akdi sorumluluğa ilişkin BK.m.96 vd. hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gereken bir husus olduğundan[74], zarar gören işverenin tazminat talebinde bulunması İş K.m.25 ile kendisine tanınmış olan haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasından bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple feshi isteyen işveren ayrıca tazminat talebinde bulunabileceği gibi, hizmet akdini feshetmeyen işverenin de uğradığı zararın tazminini talep etme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

İş sırrının açıklanması, işverenin maddi zarara uğramasına neden olabileceği gibi, mesleki itibarını zedeleyecek bir biçimde de ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi durumlarda manevi zarara uğradığı kabul edilen işverenin manevi tazminat talebinde bulunabileceğinin, hatta aynı anda hem maddi hem de manevi zararının tazminini isteyebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir[75].

Sır saklama borcuna aykırı bir eylemin haksız fiil niteliği taşıdığı durumlarda, kişisel değerleri zarar gören işverenin, sözleşmeden doğan sorumluluğun yanında, MK.m.24 ve m.25 hükümleri ile BK.m.41 ve 49 hükümlerinde düzenlenmiş olan haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zararının tazminini talep etmesi de mümkün olmaktadır. Bu durumda hakların telâhuku söz konusu olacak ve akdi sorumluluktaki 10 yıllık zamanaşımı süresi, haksız fiil sorumluluğundaki zamanaşımı süresinin 1 yıl olması sebebiyle akdi sorumluluk hükümlerinin tercih edilmesine neden olacaktır[76].

---

70 **NARMANLIOĞLU**, s.380.

71 **NARMANLIOĞLU**, s.322, **EKONOMİ**, s.215.

72 **TUNCAY,** s.1071, **ESENER,** Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978, s.157.

73 **TURAN,** Kamil, Ferdi İş Hukuku, Ankara 1993, s.80.

74 **ERTAŞ,** s.118.

75 **UŞAN,** s.178.

76 **UŞAN,** s.179.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. SIRLARIN AÇIKLANMASININ HAKSIZ REKABET TEŞKİL ETMESİNİN SONUÇLARI

Haksız rekabetin tarifi, TTK'nun 56.maddesinde yapılmıştır. Buna göre; "Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadî rekabetin her türlü suistimalidir".

TTK.m.57 hükmü ise, "hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler" başlığı altında,10 bent halinde hangi davranışların hüsnüniyet kaidelerine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Ancak madde metninde yer verilmiş olan bu hareket türleri açısından sınırlı sayı prensibinin geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanun koyucu, uygulamada en sık rastlanan ve rastlanması muhtemel olan hüsnüniyet kaidelerine aykırılık teşkil eden davranış biçimlerini örneklemek suretiyle TTK'nun 56.maddesine açıklık getirmeye çalışmıştır.

BK'nun haksız rekabet başlığını taşıyan 48.maddesi ise; "Yanlış ilanlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir." hükmünü getirmiştir.

TTK tasarısında, BK.m.48 hükmünün kaldırılması öngörülmüş, ancak komisyon, ticari sahadaki haksız rekabet için öngörülmüş olan haksız rekabet hükümlerinin iktisadi hayatın diğer sahalarında uygulama yeri bulamayacağı gerekçesi ile BK.m.48 hükmünün kaldırılması teklifini uygun görmediğini belirtmiştir[77]. BK.m.48 hükmüne ise 6763 sayılı Kanun ile; "ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur" fıkrası eklenerek BK.m.48 hükmünde belirtilen haksız rekabet ile TTK'nda düzenlenmiş bulunan haksız rekabete ilişkin hükümlerin tatbik sahaları birbirinden ayrılmıştır[78].

Yargıtay 11. HD., 1989 tarihli bir kararında[79], TTK.m.56 ve devamında düzenlenmiş bulunan haksız rekabete ilişkin hükümlerin, BK'nun 48.maddesini kaldırmadığını, bu sebeple tacirler arasındaki haksız rekabete TTK hükümlerinin uygulanacağını, tacir olmayanlar arasındaki haksız rekabete ise BK'nun 48.maddesinin uygulanması gerektiğini ifade etmiş ve TTK'nun 56.maddesinin ve haksız rekabeti düzenleyen müteakip maddelerin yalnızca "tacir arasında" uygulama alanına sahip olduğunu, iki tarafı tacir olmayan ilişkilerde bu hükümlerin uygulama alanı bulamayacağını ve bu gibi durumlarda, tarafların ancak BK.m.48 hükmüne dayanarak haksız rekabet iddiasında bulunabileceklerini ifade etmiştir.

---

77 BK.m.48 hükmünün kaldırılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **POROY,** Reha/**YASAMAN,** Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2001, s.244.

78 **KARAYALÇIN,** Yaşar, Ticaret Hukuku, Ankara 1968, s.447 vd..

79 Yargıtay 11. HD., 15.5.1989 gün, E.88/2889, K. 89/2929, YKD. C.16, S.1, s.64-65.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yargıtay 11.HD'nin bu görüşü kabul edildiği takdirde, tacir sıfatını haiz işverenin, iş sırlarını ifşa eden ve tacir sıfatını haiz olmayan işçisine karşı TTK.m.56 vd. hükümlerine dayanarak haksız rekabet iddiasında bulunamayacağı sonucuna varmak gerekmektedir. Oysa ki, BK.m.48/son hükmünden de açıkça anlaşılacağı gibi TTK'nun 56 vd. maddelerinin uygulanması için tarafların ikisinin de tacir olması şartı aranmamış ve "ticari iş" kavramından hareket edilmiştir. Hangi işlerin ticari iş sayılacağı ise TTK'nun "Ticari İşler" başlığını taşıyan 3.maddesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre; "Bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticaridir".

Ayrıca şu hususu da belirtmek isteriz ki; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, işçi ile işveren arasında akdedilen hizmet sözleşmesinin ticari iş niteliğinde olmayacağını belirtmekte ve gerekçe olarak da taraflar arasındaki ilişkinin 1475 sayılı İş Yasası'ndan kaynaklandığını göstermektedir[80]. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, söz konusu hizmet akdinin işverenin ticari işletmesini ilgilendiriyor olması sebebi ile Yargıtay'ın bu yöndeki içtihadına katılmak kanaatimizce mümkün değildir.

Zira işverenin işletmesinin, ticari işletme niteliğini haiz olduğu durumlarda yahut da işverenin bir ticaret şirketi olduğu durumlarda, işçisi ile akdetmiş olduğu hizmet akdinin bu işletmeyi ilgilendiren işlerden olmadığını söylemek mümkün değildir[81]. Yine, bu durumlarda işçi tarafından işverene ait iş sırlarının ifşa edilmiş olması sebebiyle zararın meydana gelmiş olması halinin işverenin ticari işletmesini ilgilendirmeyeceğini söylemek de mümkün değildir.

Bu sebeplerle, işverenin, ticari sırlarını ifşa eden işçisine karşı TTK'nda düzenlenmiş bulunan haksız rekabet hükümlerinden faydalanabileceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz[82].

İşçinin, sır saklama borcunu ihlal etmesinin, TTK hükümleri çerçevesinde haksız rekabet teşkil ettiği durumlarda, işveren, TTK.m.58 ve devamındaki hükümlerde belirtilmiş olan hukuki yollara başvurma imkanına sahip olacaktır.

Dolayısıyla işveren, TTK.m.58 hükmünde belirtildiği üzere; işçi tarafından gerçekleştirmiş ya da gerçekleştirilmekte olan fiilin haksız olup olmadı-

---

80 Bkz. HGK., 15.10.1997 tarih ve 1997/9 E., 1997/822 K., YKD, C.25, S.3, Mart 1999, s.3003 vd.; HGK., 02.10.2002 tarih ve E.2002/9-596, K.2002/662 sayılı kararı, ABD., S. 2002/4, s.188-190.

81 Aynı yönde bkz. **BATTAL**, Ahmet, Tacirin İş Kanunu'na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TTK 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?, BATİDER, Aralık 1999, C.XX, S. 2, s. 15-23; **ARKAN,** s. 136, dn.2; **POROY/YASAMAN,** s.113.

82 Aynı yönde bkz. **UŞAN,** s. 179.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ğının tesbitini, söz konusu fiilin haksız rekabet teşkil ediyor olması sebebiyle men'ini, haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, işçinin kusurlu olarak bu duruma sebebiyet verdiği hallerde zarar ve ziyanının tazminini, BK.m.49 hükmünde gösterilmiş olan şartların bulunması halinde manevi tazminat verilmesini, talep etme hakkını haiz olacaktır. Ayrıca, TTK.m.63 hükmündeki şartların mevcut olması durumunda işverenin, ihtiyadi tedbir talebinde bulunması da mümkün olmaktadır.

İş Kanunu'nun 25.maddesi, işçinin sır saklama borcuna aykırı hareket etmesi durumunda kusurun gerekip gerekmeyeceği konusunda bir açıklık getirmemektedir. Doktrinde, sır saklama borcu altında bulunan işçinin, sadakat borcunu ihlal ettiğinin kabul edilebilmesi için bu duruma kusuruyla sebebiyet vermiş olmasının aranması gerektiği belirtilmektedir[83].

İşçinin, sır saklama borcuna aykırı hareket etmesinin haksız rekabet teşkil ettiği durumlarda, söz konusu davranışın aynı zamanda sadakat borcuna da aykırılık teşkil edeceği hususu gözden kaçırılmamalıdır. Bunun sonucu olarak işveren, isterse TTK'nda düzenlenmiş bulunan haksız rekabet hükümlerine başvurmak yerine, İş K.m.25/2 hükmünde düzenlenen ve sadakat borcuna aykırılığın müeyyidesi olan sözleşmeyi haklı nedenle fesih yetkisini kullanmak ve İş K.m.26/2 hükmünün yollaması ile genel hükümler çerçevesinde zararının tazmin edilmesini istemek hakkına da sahip olacaktır[84].

SONUÇ

İş sırrı kavramı, ticari sırları da kapsayan geniş bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ancak ticari sırlar ile sınırlı kalmamaktadır. Zira ticari sır olarak nitelendirilemeyecek olan fakat işle ilgili olması sebebiyle işveren tarafından gizli tutulması istenen bilgiler de iş sırrının kapsamına dahil olmaktadır.

Ticari sırların, taşıdıkları ekonomik değerleri itibariyle iş sırrı kavram içerisinde ayrı bir önemi bulunmaktadır. Ticari sırların kanuni düzenlemelerle diğer iş sırlarına oranla daha fazla korumaya alınmış olması da bu hususu doğrulamaktadır.

İşçinin sebep olduğu zararı tazmin borcu akdi sorumluluğa ilişkin BK.m.96 vd. hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gereken bir husustur. Bu sebeple, zarar gören işverenin tazminat talebinde bulunması İş K.m.25 ile kendisine tanınmış olan haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasından bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Feshi isteyen işveren ayrıca tazminat talebinde bulunabileceği gibi, hizmet akdini feshetmeyen işverenin de uğradığı zararın tazminini talep etme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

---

83 **ERTAŞ,** s.60-61; **TUNCAY**, s.1071.

84 **UŞAN,** s. 179.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İşçinin, sır saklama borcunu ihlal etmesinin, TTK hükümleri çerçevesinde haksız rekabet teşkil ettiği durumlarda, işveren, TTK.m.58 ve devamındaki hükümlerde belirtilmiş olan hukuki yollara başvurma imkanına sahip olacaktır.

İşçinin, sır saklama borcuna aykırı hareket etmesinin haksız rekabet teşkil ettiği durumlarda, söz konusu davranışın aynı zamanda sadakat borcuna da aykırılık teşkil edeceği hususu gözden kaçırılmamalı ve işverenin, isterse TTK'nda düzenlenmiş bulunan haksız rekabet hükümlerine başvurmak yerine, İş K.m.25/2 hükmü ile düzenlenen sözleşmeyi haklı nedenle fesih yetkisini kullanmak ve İş K.m.26/2 hükmünün yollaması ile genel hükümler çerçevesinde zararının tazmin edilmesini istemek hakkı tanınmalıdır.

Bu hükümlerin dışında özel düzenleme alanları bulunan iş sırları da bulunmaktadır. Ancak söz konusu özel düzenlemeler, bünyelerine uygun düştüğü durumlarda İş Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmemekte, bu gibi durumlarda hakların telahuku söz konusu olmaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİNE SUNULAN TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ BAZI HÜKÜMLERİ HAKKINDA GÖRÜŞ VE ÖNERİLER

*Doç. Dr. Şükrü YILDIZ**

I. GENEL OLARAK

24 Şubat 2005 tarihinde kamuoyuna sunulan Türk Ticaret Kanunu Tasarısının ilk şekli hakkında, Adalet Bakanlığından gelen talep doğrultusunda gerekli görüş ve eleştiriler yapılmış ve Fakülte Dekanlığının 1569 sayılı üst yazısı ile 24.5.2005 tarihinde Bakanlığa sunulmuştur. Ayrıca Görüşlerimiz Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü tarafından 13-14 Mayıs 2005 tarihinde Ankara'da düzenlenen "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans- Bildiriler- Tartışmalar" isimli toplantıda ve İstanbul Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 27-28 Mayıs 2005 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumunda" bildiri olarak sunulmuştur. Bildirilerde ve Adalet Bakanlığına gönderilen yazıda Tasarıya ilişkin eleştiri ve görüşler ana hatlarıyla belirtilmiştir.

Ancak üzülerek ifade edelim ki, Sayın Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in Kanun Tasarısına ilişkin olarak 22.6.2005 tarih ve 1968 sayı ile Başbakanlığa sunduğu "... Komisyon tarafından hazırlanan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı 01/03/2005 tarihinde bakanlıkların, yüksek mahkemelerin, üniversitelerin, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve sivil toplum örgütlerinin görüşlerine sunulmuş; gelen görüş ve önerilerle yetinilmeyerek **ilgili kuruluş temsilcilerinin bir kez de komisyon huzurunda yüzyüze görüşlerini ifade etmeleri için 09 ila 11/06/2005 tarihleri arasında Ankara Hakimevinde toplantılar yapılarak, en üst seviyede katılım sağlanmıştır.**" şeklindeki yazıda ve Kasım 2005 tarihinde Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Önsözünde dile

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

getirdiği "Ayrıca uygulamada, tasarıların hazırlanması sürecinde beklide bir ilk olarak, **görüş gönderen kurum ve kuruluşlar ile sivil toplum örgütünün temsilcileri teker teker davet edilerek toplantılar yapılmış; Tasarıya yönelik yazılı görüşleri Komisyon huzurunda müzakere edilerek, genel anlamda mutabakat sağlanmıştır**" şeklindeki açıklaması en azından bizim açımızdan gerçeği yansıtmamaktadır. Diğer bir ifade ile Bakanlığa Tasarı hakkında görüşümüzü yazılı olarak bildirmemize, Tasarı hakkındaki bilimsel toplantılarda görüşlerimizi açıklama imkanı bulmamıza rağmen, bütün görüş bildirenlerin katılmasıyla yapıldığı iddia edilen 9-11.06.2005 tarihli toplantıya davet edilmediğimiz gibi katılmamızda söz konusu olmamıştır.

Bununla birlikte Komisyonun revizyona tabi tuttuğu Tasarıda eleştirilerimizden bazılarını dikkate alarak gerekli düzetmeleri yaptığını da memnuniyetle belirtmeliyiz. Ancak Türk Ticaret Kanunu Tasarısı gibi iddialı bir Tasarıda bulunmaması gereken fahiş hataların henüz giderilemediğini ve yapılan eleştiriler göz ardı edilerek bu hataların gözden kaçırıldığını da ifade edelim..

Hem Tasarıya ilişkin sunuş yazısında (sh. III) hem de Genel Gerekçede (sh.363) varılmak istenen hedeflerden birisi olarak sayılan "AB müktesebatına uyumun sağlanması ve müktesebatın tasarıya işlenmesi" hususunda gerekli dikkat ve özen gösterilmemiş, bu konuda yapılan çalışmalardan yararlanılmamış ve bazı konularda AB Yönergelerinden farklı olan düzenlemeler ön görülmüştür. Diğer yandan Tasarının bazı hükümlerinin birbiri ile çelişir hükümleri hala varlığını sürdürmektedir. Ayrıca Tasarının madde gerekçeleri doyurucu ve açıklayıcı olmadığı gibi pek çok cümle yanlışını da ihtiva etmektedir.

Bu çalışmada çok önemli gördüğümüz hususları madde bazında özel olarak ve ayrıca Tasarının ilk şekline ilişkin olarak yayınladığımız tebliğlerde dile getirdiğimiz eleştirileri, Komisyon tarafından dikkate alınanları da belirterek sunacağız.

II. ÖZEL OLARAK

1. Anonim şirketin esas sözleşme değişikliğinde aranılan toplantı ve karar nisabı Tasarının 421. maddesinde yeni ve farklı bir düzenleme olarak yer almıştı[1].

---

[1] **V - Esas sözleşme değişikliklerinde toplantı ve karar nisapları**

MADDE 421 – (1) Kanunda ve esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, genel kurulda mevcut olan oyların çoğunluğu ile alınır. Bu nisabı düşüren veya nisbî çoğunluğu öngören sözleşme hükümleri geçersizdir.

(2) Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin oybirliğiyle alınır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Tasarının bu maddesinde yapılan eleştiriler de[2] dikkate alınarak, ilk şeklinden önemli ölçüde ayrılan değişiklikler yapılmıştır[3]. Ancak belirtmek gerekir ki, 421. maddede yapılan düzetme maddenin önceki metninde olan uyumsuzluğu ve çelişkiyi gidermiş olsa dahi, özellikle Avrupa Birliğinin Anonim Şirketlerde Kuruluş ve Sermayenin Korunmasına İlişkin 13 Aralık 1978 tarih ve 77/91/EEC Sayılı İkinci Konsey Yönergesi hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Zira 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun nisapları düzenleyen 388. maddesi esas sermaye artırımında ve azaltımında ilk toplantıda sermayenin en az %50 sinin bu sağlanamazsa ikinci toplantıda sermayenin en az 1/3 nün hazır bulunması kaydıyla bulunanların çoğunluğu

---

a) Bilânço zararlarının kapatılması için yüküm ve ikincil yüküm koyan kararlar.
b) Şirketin merkezinin yurtdışına taşınmasına ilişkin kararlar.
(3) Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin olumlu oylarıyla alınır.
a) Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi.
b) İmtiyazlı pay oluşturulması.
c) Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması.
(4) Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları sermayenin en az yüzde ellisini oluşturan payların sahiplerinin olumlu oylarıyla verilebilir.
a) Esas sözleşmenin her türlü değişikliğine ilişkin kararlar.
b) Nevi değiştirme, birleşme ve bölünmeye ilişkin kararlar
(5) Yukarıdaki fıkralarda öngörülen nisaplara ilk toplantıda ulaşılamadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı nisap aranır.
(6) Pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerde, aşağıdaki konularda karar alınabilmesi için yapılacak genel kurul toplantılarında, esas sözleşmelerinde aksine hüküm yoksa 418 inci maddedeki toplantı nisabı uygulanır.
a) Sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin esas sözleşme değişiklikleri.
b) Nevi değiştirme, birleşme ve bölünmeye ilişkin kararlar.
(7) İşletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararına olumsuz oy vermiş nama yazılı paysahipleri, bu kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayınlanmasından itibaren altı ay boyunca payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı değildirler.

2 MOROĞLU Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005 Ankara, sh.77; YILDIZ Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Anonim ve Limited Şirketlere İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005 Ankara, sh. 87-90; MOROĞLU Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2005, sh.124-125; PULAŞLI Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.2 S.1 2005, sh.435-437.

3 **V - Esas sözleşme değişikliklerinde toplantı ve karar nisapları**
Madde 421 - (1) Kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için, toplantı nisabı şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesidir. Bu fıkrada öngörülen nisabları düşüren veya nispî çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olarak belirlenmişti. Bu hüküm AB ikinci Konsey önergesinin 40. maddesine aykırı bulunmaktadır. Zira 40. maddeye göre "1. Üye ülkenin yasaları, madde 29(4), (5), 30, 31, 35 ve 38 'de sözü edilen kararların en azından taahhüt edilen sermayenin veya menkul kıymetlere ilişkin oyların üçte ikisinden az olmamak üzere bir çoğunlukla alınmasını sağlayacaktır. 2. Bununla birlikte üye ülkenin yasaları, 1. paragrafta belirtilen oyların salt çoğunluğunun, sermayenin en az yarısını bulduğunda yeterli olduğunu belirleyebilir"[4]

Yönergenin 40. madde hükmünde de görüldüğü gibi sermayenin artırılması ile azaltılmasına ait genel kurullardaki kararların şirketin taahhüt edilmiş sermayesinin 2/3 sini temsil eden oy çokluğu ile alınabileceği belirtilmekte ve üye devletler sermayenin yarısını temsil eden oy çokluğunu kabul edebilmektedir.

Oysa yürürlükteki Türk Ticaret Kanununun madde 388 fıkra 3 hükmü Yönerge hükümlerinden düşük olduğu gibi[5], Tasarının sonradan revizyona tutulan 421 fıkra 1 hükmü de Yönerge hükümlerinden düşük olduğu için AB Müktesebatı ile uyum sağlanmamış olmaktadır.

2 Numaralı Yönerge hükümleriyle uyumun sağlanması için 421 maddenin ilk şeklindeki 1. fıkra hükmünü tamamen kaldırıp 4. fıkrayı ise "Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları en az esas sermayenin mutlak çoğunluğunu oluşturan payların sahiplerinin olumlu oylarıyla verilebilir"[6]

---

(2) Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliğiyle alınır.
a) Bilânço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar.
b) Şirketin merkezinin yurtdışına taşınmasına ilişkin kararlar.
(3) Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır.
a) Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi.
b) İmtiyazlı pay oluşturulması.
c) Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması.
(4) İkinci ve üçüncü fıkralarda öngörülen nisaplara ilk toplantıda ulaşılamadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı nisap aranır.
(5) Pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerde, aşağıdaki konularda karar alınabilmesi için, yapılacak genel kurul toplantılarında, esas sözleşmelerinde aksine hüküm yoksa, 418 inci maddedeki toplantı nisabı uygulanır.
a) Sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin esas sözleşme değişiklikleri.
b) Birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye ilişkin kararlar.
(6) İşletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararına olumsuz oy vermiş nama yazılı paysahipleri, bu kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanmasından itibaren altı ay boyunca payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı değildirler.

4 YILDIZ Şükrü, Avrupa Birliğinin Şirketler Hukukuna İlişkin Yayınlanmış Konsey Yönergeleri, Erzurum 2000, sh.38.

5 Bu husus DPT tarafından oluşturulan Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporlarında da dile getirilmiş bulunmaktaydı. DPT Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporları, Şirketler Hukuku, Rekabet Hukuku, Kamu İhaleleri, Devlet Yardımları, Fikri ve Sınai Haklar, C.1 Kasım 1995 Ankara, sh.36.

6 YILDIZ, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, 90.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

şeklinde olabileceği gibi "Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları sermayenin en az yüzde ellisini aşan payların sahiplerinin olumlu oylarıyla verilebilir" biçiminde de olabilir. Bu değişiklik yapılmadığı sürece AB Müktesebatına uyum hedefiyle yola çıkan Komisyon bizzat uyumsuzluğu Tasarı olarak Meclise sunmuş olacaktır. Zira 421 son şeklinde 1. fıkra hükmü; yürürlükteki 388 f. 3 hükmüne benzer biçimde ve;

"**Madde 421 - (1)** Kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için, toplantı nisabı şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesidir. Bu fıkrada öngörülen nisabları düşüren veya nispî çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir"

şeklinde düzenlenerek sermaye artırımı ve azaltımı da dahil esas sözleşme değişikliğinde, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile, ilk toplantıda anılan nisaba ulaşılmazsa, şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edildiği ikinci toplantıda karar alınacağını öngörmektedir. Bu düzenleme ise AB'nin 2 Nolu Yönerge hükümlerine aykırı bulunmaktadır.

Diğer yandan bir anonim şirketin esas sözleşmesini değiştirmek suretiyle kayıtlı ya da şartlı sermaye artırımını gerçekleştirmesinde aranılacak nisabın da İsviçre ve Alman hukukunda olduğu gibi açık bir düzenleme ile sermayenin en az yüzde yetmişbeşinin arandığı konular içinde sayılması uygun olur. Böyle bir düzenlemenin yapılması ortaya çıkacak uyumsuzluk ve haksızlığın giderilmesinde önemli katkı sağlayacaktır.

2. Tasarının anonim ortaklıkta yeni pay alma (rüçhan) hakkına ilişkin 461. madde hükmü[7] ile anonim ortaklıkta imtiyazlı payları düzenleyen 478

---

7 **3. Yeni pay alma (rüçhan) hakkı**

MADDE 461. – (1) Her paysahibi, yeni çıkarılan payları, şirket sermayesindeki paylarının sermayeye oranına göre, alma hakkını haizdir.

(2) Genel kurulun sermaye artırımına ilişkin kararı ile, paysahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebeplerin varlığında ve esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oylarıyla sınırlandırılabilir ve kaldırılabilir. Özellikle, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep kabul olunur. Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması ile, hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılamaz veya kayba uğratılamaz. Nisaba ilişkin şart dışında bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararına da uygulanır.

(3) Yönetim kurulu yeni pay alma hakkının kullanılabilmesi için bu konuda yapacağı ilânlarda en az onbeş gün süre verir.

(4) Rüçhan hakkı devredilebilir.

(5) Şirket, rüçhan hakkı tanıdığı paysahiplerinin, bu haklarını kullanmalarını, nama yazılı payların devredilmelerinin esas sözleşmeyle sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engelleyemez.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

maddesi hükümleri[8] arasında uyumsuzluk ve çelişki bulunmaktadır. Bu çelişki AB nin 2 Nolu Şirketler Hukuku Yönergesinin 29 maddesi hükmünede aykırılık oluşturmaktadır.

Yeni pay alma hakkının genel kurulun sermaye artırımına ilişkin kararı ile ve ancak haklı sebeplerin varlığında esas sermayenin yüzde almışının olumlu oyu ile kaldırılabileceğini veya sınırlandırılabileceğine ilişkin hükmü getirip, önceden olduğu gibi ortakların yeni pay alma hakkının esas sözleşme ile kaldırılmasını yasakladıktan sonra, bir çelişki olarak Tasarının 478. maddesine ilk esas sözleşme ile ya da esas sözleşmeyi değiştirerek imtiyaz tanınabileği belirtilip, tanınacak imtiyazlar arasında rüçhan hakkının sayılması büyük bir çelişki oluşturmaktadır. 478 maddenin gerekçesinde belirtilen "*İmtiyazlı payları yasaklayan bir AT yönergesi yoktur. Sadece şirketlere ilişkin beşinci Yönerge önerisinde 33 (2) hükmü mevcuttur*" hükmü doğru olmakla birlikte, Yukarda değindiğimiz AB 2 Nolu Şirketler Hukuku Yönergesinin 29. maddesi yeni pay alma hakkında imtiyazı yasaklamıştır. Bu nedenle rüçhan hakkı dışındaki konularda imtiyaz tanınması doğal iken imtiyaz tanınacak haklar içinde rüçhan hakkının da yazılması hem Tasarı 461 hükmüne hem de 2 Nolu AB Yönergesinin 29. madde hükmüne aykırılık oluşturmaktadır. Maddeler arasında böyle bir çelişkinin varlığı yeni pay alam hakkına ilişkin düzenleme ile imtiyaza ilişkin düzenlemenin İsviçre Borçlar Kanunundan alınmasından kaynaklanmaktadır[9]. Çünkü aynı uyumsuzluk İsviçre BK madde 652b ile 656 arasında da bulunmaktadır[10]. Tasarı hükümleri arasında bulunan bu uyumsuzluğun 478 maddenin 2. fıkrasında yer alan "**rüçhan**" sözcüğünün metinden çıkartılarak giderilmesi, AB 'nin 2 Nolu Yönergesine uyum sağlanması açısından da şarttır.

3. Limited şirketlere ilişkin Tasarı hükümlerine yönelik olarak dile getirdiğimiz eleştirilerden bazıları Komisyon tarafından dikkate alınarak yenilenen Tasarıda düzeltilmiş, buna karşılık Tasarının orijinalliği açısından önemli olan büyük çelişkiler yine gözden kaçırılmıştır. Örneğin Tasarının 573 maddesinde limited şirketin tanımına[11], 580 maddedeki sermayesine[12],

---

8 **B) İmtiyazlı Paylar**
I - Tanım
MADDE 478. – **(1)** İlk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir.
(2) İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, **rüçhan** ve oy hakkı gibi haklarda paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir paysahipliği hakkıdır.
(3) 360 ıncı madde hükmü saklıdır.

9 YILDIZ, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, 90-92.

10 YILDIZ Şükrü, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul 1996, sh.18.

11 YILDIZ Şükrü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2 S.1 2005, 452-453; YILDIZ, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, 92-93.

12 YILDIZ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2 S.1 2005, 454-455; YILDIZ, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, 94-95.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

583 maddedeki esas sermaye payına[13], 587 maddedeki 1 fıkranın c bendine[14], 616. maddenin 1 fıkranın g bendine[15], 625. maddenin 1 fıkrasını a bendine, sona erme sebepleri ve sona ermenin sonuçlarını düzenleyen 636. maddenin 4 fıkrasına ilişkin olarak yaptığımız eleştiri ve teklif ettiğimiz çözüm önerileri Tasarının yeni şeklinde dikkate alınarak benimsenmiştir.

Buna karşılık Adalet Bakanlığına sunulan ve Konferans ve sempozyumda dile getirilip ortaya konulan pek çok eleştiri ve öneri görmezden gelinmiştir.

4. Tasarının limited şirkete ilişkin olarak eleştirdiğimiz diğer maddeleri bir tarafa, birbiri ile çelişen hükümler içeren, şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin madde 589[16], rüçhan hakkına ilişkin madde 591[17] ve önemli kararlara ilişkin 621. madde[18] hükümleri üzerinde önemle durulması gerekliliğidir.

---

13 YILDIZ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2 S.1 2005, 456-457; YILDIZ, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, 97.

14 YILDIZ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2 S.1 2005, 457; YILDIZ, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, 97.

15 YILDIZ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2 S.1 2005, 465; YILDIZ, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, 103.

16 **Şirket Sözleşmesinin Değiştirilmesi**

A) Genel olarak

MADDE 589. - (1) Aksi şirket sözleşmesinde öngörülmediği takdirde, **şirket sözleşmesi, esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla değiştirilebilir.**

(2) Şirket sözleşmesinde yapılan her değişiklik tescil ve ilân edilir.

17 **2. Rüçhan hakkı**

MADDE 591. - (1) Şirket sözleşmesinde veya artırma kararında aksi öngörülmemişse, her ortak, esas sermaye payı oranında, esas sermayenin artırılmasına katılmak hakkını haizdir.

(2) Genel kurulun sermaye artırımına ilişkin kararıyla, ortakların yeni payları almaya ilişkin rüçhan hakkı, ancak, haklı sebeplerin varlığında ve **esas sermayenin yüzde altmışını temsil eden ortakların olumlu oylarıyla sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir.** Özellikle, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınmaları ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep olarak kabul edilebilir. Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması suretiyle hiç kimse haklı görülemeyecek şekilde yararlandırılamaz veya kayba uğratılamaz.

(3) Rüçhan hakkının kullanılabilmesi için en az onbeş gün süre verilir.

18 **2. Önemli kararlar**

MADDE 621. - (1) Aşağıdaki genel kurul kararları, **temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınır**:

a) Şirket konusunun değiştirilmesi.

b) Oyda imtiyazlı esas sermaye paylarının öngörülmesi.

c) Esas sermaye paylarının devrinin zorlaştırılması, yasaklanması ya da kolaylaştırılması.

d) Sermayenin artırılması.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Şirket sözleşmesinin değiştirilmesinde gerekli olan nisapları düzenleyen 589. madde hükmü ile, İsviçre Tasarısının 808b maddesinden alınan ve "Önemli kararlar" kenar başlığı altında 621 maddede yer alan hükümler arasında uyum bulunmamaktadır. Aslında her iki madde aynı hususları farklı hükümlerle düzenlemektedir.

Madde 589 f. 1'e göre "**Aksi şirket sözleşmesinde öngörülmediği takdirde, şirket sözleşmesi, esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla değiştirilebilir**". Buna karşılık şirketin konusunun değiştirilmesi, sermayesinin artırılması, şirket merkezinin değiştirilmesi, oyda imtiyazlı esas sermaye paylarının öngörülmesi, esas sermaye paylarının devrinin zorlaştırılması, yasaklanması ya da kolaylaştırılması gibi, şirket sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren önemli genel kurul kararlarının alınmasını düzenleyen madde 621 f. 1 ise "**Aşağıdaki genel kurul kararları, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınır**" hükmünü içermektedir. Görüldüğü gibi, aynı konu iki farklı maddede iki farklı hükümle düzenlenmiş bulunmaktadır. Hükümlerin ahengini sağlamak için İsviçre Tasarısı m. 780'de olduğu gibi, 589. maddenin 1. fıkra hükmünün veya 621 f. 1 sayılan ve esas sözleşme değişikliği gerektiren a, b, c,d, f, bendlerinin kaldırılması gerekir. Ayrca 621 maddenin 1. fıkrasının rüçhan hakkına ilişkin (e) bendinin de madde metninden çıkartılması 591. madde hükmü ile ahenk sağlamak açısından şarttır.

Madde 591 limited şirkette ortakların rüçhan hakkını anonim şirketteki hükme paralel bir biçimde düzenlemiştir. Maddenin 2. fıkrasına göre "Genel kurulun sermaye artırımına ilişkin kararıyla, ortakların yeni payları almaya ilişkin rüçhan hakkı, ancak, haklı sebeplerin varlığında **ve esas sermayenin yüzde altmışını temsil eden ortakların olumlu oylarıyla sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir.**" Bu hükme göre genel kurulun ortakların rüçhan hakkını sınırlandırması veya kaldırması için **esas sermayenin yüzde altmışını temsil eden ortakların olumlu oyu** aranırken, önemli kararlar kenar başlığını taşıyan m. 621 f.1 bend (e) "**Rüçhan hakkının sınırlandırması ya da kaldırılması**"na ilişkin genel kurul kararı-

---

e) Rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması.

f) Şirket merkezinin değiştirilmesi.

g) Müdürlerin ve ortakların, bağlılık yükümüne veya rekabet yasağına aykırı faaliyette bulunmalarına onay verilmesi.

h) Bir ortağın haklı sebepler dolayısıyla çıkarılması için mahkemeye başvurulması ve bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen sebepten çıkarılması.

ı) Şirketin feshi.

(2) Belirli konulardaki kararların alınabilmesi için, kanunda öngörülüp daha ağır çoğunluk arayan hükümler, şirket sözleşmesine ancak aynı çoğunluk ile konulabilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nı da önemli kararlardan saymış ve "...**temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınır**" hükmünü getirmiştir. Görüldüğü gibi her iki madde de rüçhan hakkının kaldırılması konusunu özel olarak, ancak farklı bir biçimde düzenlemiştir.

Tasarı m.591 f.2 hükmü, anonim ortaklıkta rüçhan hakkını düzenleyen m. 461 f. 2 hükmüne uygundur. Buna karşılık, m.621 hükmü ile uyumlu değildir. Bunun sebebi Tasarı hazırlanırken rüçhan hakkına ilişkin düzenlemenin, İsviçre Borçlar Kanunu m. 652b hükmüne uygun olarak yapılmasına rağmen, genel kurulun kaldırma kararı için ağırlaştırılmış oy çokluğu şartı için, İsviçre BK m.704/4 deki "**temsil edilen oyların en az üçte ikisinin olumlu oyu**" hükmünün alınmaması, bunun yerine özel olarak "**esas sermayenin yüzde altmışını temsil eden ortakların olumlu oyu**" şartını aramasıdır. Tasarı m. 621'in kaynağını oluşturan İsviçre BK Tasarısı m. 808b hükmü, İsviçre BK m. 704/4 hükmü ile uyumlu olduğu halde, m. 621'in yetersayıya ilşkin hükmü, m. 591 ve 461'in yetersayıya ilişkin hükmü ile uyumlu değildir. Bu uyumsuzluğu gidermek için 621 f. 1'in (e) bendinde yer alan rüçhan hakkı ile ilgili düzenlemenin kaldırılması gereklidir[19].

5. Oy hakkının esas sermaye paylarının sayısına göre belirlenmesine ilişkin şirket sözleşmesi hükmünün uygulanmayacağı hallere ilişkin istisnaları gösteren madde 618[20] fıkra 3'e, anonim şirkette hangi kararlarda oyda imtiyazın kullanılmayacağını gösteren madde 479[21] fıkra 3 (a) bendinde olduğu gibi, esas sözleşme değişikliği de bir istisna olarak eklenmelidir.

---

19 YILDIZ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2 S.1 2005, 458-459; YILDIZ, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, 98-99.

20 2. Oy hakkı ve hesaplanması

Madde 618 - (1) Ortakların oy hakkı esas sermaye paylarının itibarî değerine göre hesaplanır. Şirket sözleşmesinde daha yüksek bir tutar öngörülmemişse her yirmibeş Türk Lirası bir oy hakkı verir. Ancak şirket sözleşmesi ile birden fazla paya sahip ortakların oy hakları sınırlandırılabilir. Ortak en az bir oy hakkını haizdir. Şirket sözleşmesinde açıkça düzenlenmişse yazılı oy da verilebilir.

(2) Şirket sözleşmesi, oy hakkını, itibarî değerden bağımsız olarak her esas sermaye payına bir oy hakkı düşecek şekilde de belirleyebilir. Bu hâlde en küçük itibarî değere sahip bulunan esas sermaye payının verdiği oy sayısı, diğer esas sermaye paylarının itibarî değerlerinin onda birinden aşağı olamaz.

(3) Oy hakkının esas sermaye paylarının sayısına göre belirlenmesine ilişkin şirket sözleşmesi hükmü aşağıdaki hâllerde uygulanmaz;

a) Denetçilerin seçimi.

b) Şirket yönetimi ya da onun bazı bölümlerinin denetimi için özel denetçi seçimi.

c) Sorumluluk davası açılması hakkında karar verilmesi.

21 II - Oyda imtiyazlı paylar

Madde 479 - (1) Oyda imtiyaz, eşit itibarî değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabilir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

6. 603. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi düzeltilmelidir. Cümlenin değişiklikten önceki şekli "Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi ortaklardan ancak;" biçimindeyken, değişiklikten sonra "**Ortaklardan** bu yükümlülüğün yerine getirilmesi **ortaklardan** ancak;" şeklinde gereksiz şekilde değiştirilmiştir. Bu nedenle cümlede iki defa yer alan "**ortaklardan**" **kelimesinden birisinin çıkartılması gereklidir.**

7. Ticari işletme kitabında yer alan ve 16. madde de tüzel kişi tacirlere ilişkin olan "kendi kuruluş kanunları gereğince **özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere** Devlet, il, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan, kuruluş ve kurumlar da tacir sayılırlar" hükümdeki **veya** bağlacı **ve** olmalıdır[22]. Diğer bir ifade ile Devlet, il belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kuruluşların tacir sayılabilmesi için hem kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmesi, hem de ticari şekilde işletilmesi şart olmalıdır. Aksi halde sadece kuruluş kanunlarına göre özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek üzere kurulan ancak, ticari şekilde işletilmeyen Elektirik İşleri Etüt İdaresi, Tübitak, Küçük ve Orta Ölçekli sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, Milli Prodüktive Merkezi, Türk Standartları Enstitüsü, Oyak, osyal Sigortalar Kurumu, Ankara Sular İdaresi, İski gibi kuruluşlar tacir sayılacaktır.

8. Tasarının anonim, limited ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanına ilişkin 43. maddenin 2. fıkrasında yer alan "Ticaret unvanlarında, "anonim şirket", "limited şirket" ve "kooperatif şirket" kelimelerinin bulunması şarttır. Bunların ticaret unvanında, gerçek bir kişinin ad **veya** soyadı yer aldığı takdirde, şirket türünü gösteren ibareler, baş harflerle kısaltılarak yazılamaz" hükmünde yer alan "**gerçek bir kişinin ad veya soyadı**" şeklindeki düzenlemenin **ve** bağlacıyla değiştirilmesi meydana gelebilecek karışıkları önleyebilir. Örneğin Derya, Nur, Sarı, Aslan, Gül gibi isimler ad ve soyad olarak kullanıldığı gibi ayırt edici ek olarakta kullanılabilmektedir. Bu nedenle bir gerçek kişinin **ad ve soyadı** anonim, limited ve kooperatif şirketin ticaret unvanında ek olarak kullanıldığı takdirde şirket türünü gösteren ibarelerin kısaltılmadan yazılması gerekli olmalıdır.

---

(2) Bir paya en çok onbeş oy hakkı tanınabilir. Bu sınırlama, kurumsallaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda uygulanmaz. Bu iki hâlde, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinin, kurumsallaşma projesini veya haklı sebebi inceleyip, bunlara bağlı olarak, sınırlamadan istisna edilme kararını vermesi gerekir. Projede yapılacak her değişiklik mahkeme kararına bağlıdır. Kurumsallaşmanın gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı veya haklı sebebin ortadan kalktığı hâllerde istisna etme kararı mahkeme tarafından geri alınabilir.

(3) Oyda imtiyaz aşağıdaki kararlarda kullanılamaz:

a) Esas sözleşme değişikliği.

b) İşlem denetçilerinin seçimi.

c) İbra ve sorumluluk davası açılması.

22 POROY Reha-YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı İstanbul 2001,sh. 110.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

9. Ticaret şirketlerinde, ortakların şirketle ve birbirleriyle olan ilişkilerinden doğan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, müdürleri ya da denetçilere karşı açılacak davalarda basit yargılama usülünün uygulanacağını hüküm altına alan Tasarının 1499 maddesinin "**Ticaret davalarında yargılama usülü**" olan kenar başlığı maddenin içeriği ile uyumlu değildir. Komisyonun, 6762 sayılı Kanunun 1460. maddesinde "**şirket davalarında muhakeme usülü**" olan kenar başlığı hangi gerekçe ile "**Ticaret davalarında yargılama usülü**" şeklinde değiştirdiği açık değildir[23]. Hangi davaların ticari dava olduğu Tasarının 4. maddesinin 1. fıkrasında (a)'den (f)'ye kadar olan bendlerde sayılmıştır. Tasarının 1499 maddesinde gösterilen davalar burdaki ticari davalardan sadece birisidir. Bu nedenle ticari dava kavramı çok daha geniş bir dava yelpazesini içermektedir. Belirtilen sebeplerden dolayı 1499 maddenin kenar başlığının "**Ticaret şirketlerinin iç ilişkisini ilgilendiren davalarda yargılama usülü**" olarak veya yürürlükteki mevcut düzenlemeyi koruyarak değiştirmek kenar başlık ile madde metnini uyumlu kılacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

23 YILDIZ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2 S.1 2005, 464, dpn. 109.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ



MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

DENİZ TİCARET VE SİGORTA HUKUKU

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

YORK ANVERS KURALLARI 2004, KURAL X'UN (BARINMA LİMANI MASRAFLARI) DEĞERLENDİRİLESİ

*Doç. Dr. Didem ALGANTÜRK LIGHT**

KURAL X . Barınma Limanı Masrafları vs.

a. (i) Bir gemi, müşterek selamet için zorunlu olduğunda, kaza, fedakârlık veya diğer olağanüstü haller nedeniyle bir barınma limanı veya yerine girmiş veya yükleme yerine veya limanına dönmüşse bu liman veya giriş masrafları müşterek avarya kabul edilecektir. Geminin bu liman veya yerden ilk yükünün tümü ya da bir kısmı ile sefere çıkması halinde bu yere girmenin veya dönmenin sonucu olan çıkış masrafları benzer şekilde müşterek avarya olarak kabul edilecektir.

(ii) Bir gemi herhangi bir barınma limanı veya yerinde bulunur ve bu liman veya yerde tamirin yapılması mümkün olmadığından başka bir barınma limanına veya yere gitmesi gerektiğinde bu Kural hükmü ikinci barınma limanı veya yeri için de barınma liman veya yeriymiş gibi aynen uygulanacak ve geçici tamir ve çekme masrafları dahil olmak üzere bu yer değiştirmenin neden olduğu harcama müşterek avarya kabul edilecektir. Bu yer değişim nedeniyle uzayan yolculuğa Kural XI hükümleri uygulanacaktır.

b. (i) Yük, yakıt ve kumanyaların gemi içinde elden geçirilmesi veya yükleme veya barınma veya uğrama yerinde veya limanında boşlatılması için yapılan masraflar, bu elden geçirmenin veya boşaltmanın müşterek selametin temini veya fedakârlık veya kaza sonucu gemide doğmuş hasarın tamiri için gerekli olmak ve ayrıca yolculuğa güvenlik içinde devam, tamirin yapılmasına bağlı bulunmak koşulu ile müşterek avarya kabul edilecektir. Ancak yükleme ya da uğrama yeri ya da limanında ortaya çıkan hasar yolculuk sırasındaki bir kaza veya olağanüstü bir durum ile ilgili bulunmazsa, elden geçirme ve boşaltmanın giderleri müşterek avarya olarak kabul edilmeyecektir.

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(ii) Yük, yakıt ya da kumanyanın yolculuk sırasında meydana gelen istif bozukluğunu düzeltmek amacıyla gemi içinde elden geçirilme ve boşaltılma masrafları bu işlemin müşterek selamet için gerekli olmadıkça, müşterek avarya olarak kabul edilemeyecektir.

c. Yük, yakıt ve kumanyaların elden geçirilmesi ve boşaltma masraflarının müşterek avarya kabul edildiği hallerde bunların yeniden yükleme ve gemide istifleme masrafları ile depolama giderleri ve makul şekilde yapılmak şartıyla sigorta masrafları da dahil müşterek avarya olarak kabul edilecektir. Yeniden yükleme ve istifleme için harcanan fazla zaman için Kural XI'in hükümleri uygulanacaktır.

Ancak, gemi mahkum edilmiş veya ilk yolculuğuna devam etmezse, geminin mahkum edildiği ya da yolculuğun bırakıldığı tarihe kadar olan depolama masrafları, ya da geminin mahkum edilmesi ya da yolculuğun bırakılması yük boşaltmanın tamamlanmasından önceki bir tarihte meydana gelmişse bu boşaltmanın tamamlandığı tarihe kadar olan depolama masrafları müşterek avarya olarak kabul edilecektir.

§ I. Kural X'un Tarihi Düzenleme ve Değişiklikleri

Kural X, ilk defa 1860 Glasgow Konferansı'nda kabul edilerek, Glasgow Kararları 1860, No.6 gereğince "bir barınma limanında yükün boşaltılması gerekliliği nedeniyle kiralanan depo masraflarıyla yeniden yükleme masrafları ve liman giderleri müşterek avaryaya kabul edilecektir." şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, barınma limanına giriş masraflarına yer verilmemesi nedeniyle 1864 York Konferansı'nda, barınma limanındaki masraflarının müşterek avaryaya kabulü açısından uygulama alanının genişletilmesine karar verilmiş ve Kural VIII altında barınma limanı masrafları düzenlenmiştir[1]. Bu yeni düzenleme gereğince, bir gemi barınma şartlar altında bir barınma limanına girmesi ve bu limandan ilk yükünün tamamını veya bir kısmı ile hareketinde çıkış masrafları, barınma limanında yükün boşaltma masrafları gibi gemi içinde yeniden yükleme ve istif masrafları müşterek avarya kabul edilmiş ancak, yükün bir kısmının bu yükün taşınmasının uygun olmaması veya geminin uygun olmaması ve bu yükü taşıma kabiliyeti bulunmamasından dolayı barınma limanında bırakılması halinde bu kısım müşterek avaryaya dahil edilmeyeceği kabul edilmiştir.

1877 yılında Antwerp Konferansı'nda, Kural VII'deki yükün bir kısmının bu yükün taşınmasının uygun olmaması veya geminin uygun olmaması ve bu yükü taşıma kabiliyeti bulunmamasından dolayı barınma limanında

---

1 York Anvers Kuralları 1864 Kural VIII

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bırakılması halinde bu kısım müşterek avaryaya dahil edilmeyeceğine dair istisnai düzenlemenin kaldırılmasına karar verilmiştir[2].

1890 yılında Liverpool Konferasında, barınma limanındaki masrafların, Kural X altında düzenlenmesine karar verilerek, kapsamı genişletilmiştir. Barınma limanında masrafları düzenleyen Kural X gereğince, üç farklı masraf ele alınmıştır. Bunlardan ilki, *"liman masrafları"*, ikincisi, *"yük, yakıt ve kumanyaların gemi içinde elden geçirilmesi"* üçüncüsü, *"yükleme veya barınma veya uğrama yerinde veya limanında boşlatılması için yapılan masraflar"*dır. Bunlardan her birinin tarihi gelişimini ayrı ayrı incelemeyi uygun görmekteyiz

1. Kural X (a)

Kural X (a) (i), ilk defa 1890 Liverpool Konferansı'nda kabul edilmiş olup, metne, geminin barınma limanından veya yerden ilk yükünün tümü ya da bir kısmı ile sefere çıkması halinde bu yere girmenin veya dönmenin sonucu olan çıkış masraflarının müşterek avarya olarak kabulü edileceği eklenmiştir. 1890 yılından 2004 yılına kadar Kural X (a) (i) metninde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

York Anvers Kuralları 1950 Kural X (a) (ii) eklenerek, bir geminin herhangi bir barınma limanı veya yerinde bulunur ve bu liman veya yerde tamirin yapılması mümkün olmadığından başka bir liman veya yere gitmesi gerekirse, bu Kural hükmünün ikinci liman veya yer için de barınma liman veya yeriymiş gibi aynen uygulanacağı ve yine bu yer değişim nedeniyle uzayan yolculuğa Kural XI hükümleri uygulanacağı belirtilmiştir.

York Anvers Kuralları 1974 Kural X (a) (ii)'ye, geçici tamir ve çekmeden ileri gelenlerde dahil olmak üzere, böyle bir yer değiştirmenin masraflarının müşterek avaryaya dahil edileceği eklenmiştir.

York Anvers Kuralları 1994 Kural X (a) (ii) 'de herhangi değişiklik yapılmamıştır. York Anvers Kuralları 2004 Kural X (a)(ii)'ye, geminin bir barınma limanından tamir için başka bir liman veya yere gitmesi halinde bu yerinde *"barınma limanı veya yeri"* olduğuna açıklık getirmek amacıyla metne sadece *"barınma"* kelimesi eklenmiştir.

2. Kural X (b)

Kural X (b)'ye ilk defa York Kuralları 1864 Kural VII ve York Anvers Kuralları 1877 Kural VII'de *"barınma limanında yükün boşaltma masrafları gibi gemi içinde yeniden yükleme ve istif masrafları da müşterek avarya kabul edileceği"* belirtilmek suretiyle yer verilmiştir. Ancak bu düzenlemede, paylaştırmanın yapılacağı yerdeki uygulama ve kanuna göre belirlene-

---

2 York Anvers Kuralları 1877 Kural VIII

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

cek boşaltma masraflarının hangi şartlarda müşterek avarya olarak kabul edileceği konusunda açıklık bulunmamaktaydı. Bu sorun, 1890 Liverpool Konferansı'nda gündeme getirilmiştir. Kural X (b) gereğince, yükü gemiden yükleme ya da barınma yerinde veya limanda boşaltma masraflarının müşterek avarya olarak kabulü için, boşaltmanın müşterek selamet uğruna yapılmış olması veya yolculuk sırasında fedakârlık veya kazadan ileri gelen hasarın tamiri için gerekli olduğu hallerde ve yolculuğun emniyet içinde devam tamirin yapılmasına bağlı bulunmak koşulu aranmıştır.

York Anvers Kuralları 1924 Kural X (b) üzerinde iki değişiklik yapılmıştır. Bunlardan ilki, metne "yük, yakıt ve kumanyaların gemi içinde elden geçirilmesi" masrafları müşterek avaryaya dahil edilmesi, ikincisi de metinden "yolculuk sırasında" ifadesinin çıkarılmasıdır.

York Anvers Kuralları 1950 Kural X (b)'de değişiklik yapılmamıştır.

York Anvers Kuralları 1974 Kural (b)'nin birinci paragrafına yükleme ya da uğrama yeri ya da limanında ortaya çıkan hasar, yolculuk sırasındaki bir kaza veya olağanüstü bir durum ile ilgili bulunmazsa, elden geçirme ve boşaltmanın giderleri müşterek avarya olarak kabul edilmeyeceği eklenmiştir. Ayrıca ikinci paragraf olarak da yük, yakıt ya da kumanyanın yolculuk sırasından meydana gelen istif bozukluğunu düzeltmek amacıyla gemi içinde elden geçirilme ve boşaltılma masrafları bu işlemin müşterek selamet için gerekli olmadıkça, müşterek avarya olarak kabul edilemeyeceği eklenmiştir.

York Anvers Kuralları 1994 ve York Anvers Kuralları 2004 Kural X (b)'de herhangi bir değişiklik yapılmadan bugünkü şeklini muhaza etmiştir.

3. Kural X (c)

York Anvers Kuralları 1890 Kural X (c), yükün gemiden boşaltma masraflarının müşterek avaryaya kabul olunduğu herhalde yükün yeniden yükleme ve gemide istif edilme masrafları ile depo masraflarının da müşterek avarya kabul edileceği ancak, gemi mahkum edilir veya başladığı yolculuğa devam etmezse, geminin mahkumiyetine hükmolunması veya yolculuğun terki tarihinden sonra doğan depo masrafının müşterek avarya kabul edilmeyeceği şeklinde düzenlemiştir.

1924 Stokholm Konferansı'nda, Kural X (c)'de üç temel düzenleme yapılmıştır. Bunlardan ilki, yük, yakıt, kumanyanın elden geçirme veya boşaltma masraflarının müşterek avaryaya kabul olunduğu hallerde bunların yeniden yükleme ve istif masrafları ile müşterek avarya olarak kabul edilmesi; ikincisi, depo masrafları yangın sigortası da dahil olmak üzere müşterek avarya olarak kabul edilmesi; üçüncüsü ise, yükün boşaltılması sona ermeden önce gemi mahkum edildiği veya yolculuktan vazgeçildiği takdirde,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yukarıda belirtilen depo masrafları boşaltmanın sona ermesi tarihine kadar müşterek avarya kabul edilmesidir[3].

York Anvers Kuralları 1950 Kural X (c)'de sadece, "yangın sigortası da dahil olmak üzere" deyimi, "makul şekilde yapılmak şartıyla sigorta masraflarının dahil olduğu" deyimi şeklinde değiştirilmiştir.

York Anvers Kuralları 1974 Kural X (c), iki paragraf haline getirilerek, daha kısa şekilde ifade edilmiş, fakat anlam bakımından metinde bir değişiklik yapılmamıştır.

York Anvers Kuralları 1994 Kural X (c)'nin ilk paragrafına, yeniden yükleme ve istifleme için harcanan fazla zaman için Kural XI'in hükümleri uygulanacağı eklenmiştir.

York Anvers Kuralları 2004 Kural (c)'de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

4. Kural X (d)

York Anvers Kuralları 1890 Kural X (d) "hasara uğramış bir gemi, yolculuğa bütün yükü ile devamını temin edecek şekilde tamir yapılacağı bir liman veya yerde bulunur da, masraftan tasarruf maksadıyla tamir için başka bir liman veya yere veya varma limanına yedekte çekilir veya yük kısmen veya tamamen başka bir gemiye aktarılırsa veya herhangi bir şekilde yola çıkarılırsa, sarf edilecek fevkâlade römorkaj, aktarma ve yeniden yollama veya bunlardan birinin lüzum gösterdiği fevkâlade masraf (sarfından kurtulunmuş miktara kadar) yolculukla ilgililer arasında kurtuldukları masraf oranında paylaştırılacaktır" şeklinde düzenlenmiştir.

York Anvers Kuralları 1924 ve 1950 Kural X(d)'de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Kural X (d)'nin içeriği, Kural F gereğince değerlendirilmesi nedeniyle York Anvers Kuralları 1974 metnine alınmamıştır. Barınma müşterek avaryasına ilişkin olarak yapılan ikame masrafları, yolculukla ilgililerin kaçınılan masrafları göz önüne alınmaksızın müşterek avarya paylaşmasına girecektir. Bu düzenleme, özellikle dispeçinin yapılmasında kolaylık sağlamıştır[4].

§ II. Kural X'un Kapsamı

Kural X'un tarihi düzenlenmeleri incelenirken belirttiğimiz üzere, Kural X gereğince, üç farklı masraf ele alınmıştır. Bunlardan ilki, *"liman masrafları"*, ikincisi, *"yük, yakıt ve kumanyaların gemi içinde elden geçirilmesi"* üçüncüsü, *"yükleme veya barınma veya uğrama yerinde veya limanında boş-*

---

3 York Anvers Kuralları 1924, Kural X (c)

4 **ÇETİNGİL, E.** ; "Müşterek Avaryada Yeni Düzenleme 1974 York- Anvers Kuralları", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XI, S.4, Aralık 1982, sh. 55.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

latılması için yapılan masraflar"dır. Bunlardan herbirinin kapsamını da ayrı ayrı incelemeyi uygun görmekteyiz

1. Kural X (a) Barınma Limanına Giriş ve Çıkış Masrafları

a. Kural X (a) (i)

Kural X (a) (i) gereğince, bir geminin barınma limanına girmesi veya yükleme limanına dönmesi halinde hangi şartlar altında müşterek avarya paylaşımının kabul edileceği öngörülmektedir. Bir geminin barınma limanına girmesinin veya yükleme limanına veya yerine dönmesinin bir müşterek avarya paylaşmasına sebep olması için bu giriş veya dönmenin sadece *"müşterek selamet* uğruna" yapılmış olması gereklidir[5]. Kural A gereğince, müşterek deniz sergüzeştine atılmış mal varlıklarını bir tehlikeden korumak gayesiyle yapılan barınma hareketinin, müşterek selamet uğruna yapılması gereklidir. Örneğin, geminin uğradığı kaza sonucu hasar görür ve geminin tamir edilmesi yolculuğun emniyeti açısından gerekli olupta, eğer tamir yapılmazsa müşterek deniz sergüzeştine katılan mal varlıkları tehlike içinde kalacaktır. Bu halde kaptan geminin tamiri için, normal bir seyir programı dışında bir barınma limanına veya yerine girer veya yükleme yerine veya limanına dönme kararı alabilir. Barınma limanın en yakın liman olması gerekmez. Ancak kaptan içinde bulunulan şartlar altında, barınma limanını seçerken Üstün Kural gereğince makul surette hareket etmeli, örneğin bazı tamirlerin yapılması gerekmekte ise, barınma liman veya yerini seçerken tamirin ucuzluk, teknik imkanlar, çabukluk gibi bakımlardan en uygun liman veya yeri seçmelidir[6*7].

Barınmanın sebebi, bir kaza, fedakârlık veya olağanüstü bir halin yolculuğa devam etmeyi tehlikeli bir duruma getirmesi gerektir. Bu halde teh-

---

5 **LOWNDES/ RUDOLF**, The Law of General Average and York – Antwerp Rules, 12.ed., (by D.J. Wılson / J.H.S. Cooke) London 1987, sh. 371.

6 **HUDSON, G. N.;** The York Antwerp Rules, 2. ed. London 1996, sh. 153; **ARSEVEN, H.;** Müşterek Avaryalar, Umumi Prensipler ve Münferit Müşterek Avarya, İstanbul 1961, sh. 115; **SÖZER, B.**; Barınma Müşterek Avaryası, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y.5, S.8, 1971, sh. 101.

7 "Phelps (James) & Co. v. Hill" ismi ile anılanda davasında, yolculuğu sırasında hasara uğrayan gemi Queenstown barınma limanına girmiştir. Donatan ve kaptan tarafından geminin daimi tamirinin ya Bristol'da veya Swansea'de yapılacağı değerlendirilmiştir. Donatan, sigortacısına danıştıktan sonra geminin tamirinin, aynı zamanda geminin inşa edildiği yer olan Bristol'da yapılmasına karar vermiştir. Geminin Bristol'a yolculuğu sırasında, bir gemiye çatması sonucunda, gemi yükü ile birlikte batmıştır. Yük sahipleri, Mahkeme'de uğradıkları zararın, donatanın geminin tamiri için yanlış limanı seçmesi sonucundan doğduğunu iddia etmiş ise de, İngiliz Temyiz Mahkemesi, dontanın geminin tamiri için en uygun limanı seçme yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir, "Phelps (James) & Co. v. Hill, (1891) 1 Q.B. 605"; **HUDSON,** sh. 153; Amerikan Mahkemesinin vermiş olduğu benzer bir karar için bkz. "Kansas City Fire & Marinw Insurance Co. v. Dan Arias Shrimp Co." (1959) AMC 135, **BUGLASS, L. J.;** Marine Insurance and General Average In The United States, 3. ed., 1991, sh. 177.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

likeli durumunun, içinde bulunan anda mevcut olması şart olmayıp, yolculuğa devam edildiği takdirde ortaya çıkması muhtemel olan müstakbel bir tehlike olabilir[8]. Kaza, tesadüf sonucu ortaya çıkan bir olaydır. Örneğin makinenin normal kullanım sonucu kırılması dahi bir kazadır. Bu halde normal kullanım sonucu kırılan parça, artık fonksiyonunu yerine getiremez hale gelmiştir.[9]. Yine, geminin karaya oturması sonucunda kaptan geminin su altında kalan kısmının hasara uğradığını ve bu hasarın geminin denize elverişsiz bir hale getirme tehlikesi olduğu düşüncesi ile ve geminin yolculuğunu emniyetli bir şekilde tamamlaması için bir barınma limanına girebilir ve bu limanda yapılan sörvey sonucunda hasarın olmadığı tespit edilse dahi, bu barınma limanına girme masrafları müşterek avarya olarak kabul edilecektir[10]. Fedakarlık ise, Kural A gereğince, müşterek deniz sergüzeştine atılmış mal varlıklarını bir tehlikeden korumak gayesiyle müşterek selamet uğruna bilerek ve makul surette yapılan bir harekettir. Olağanüstü haller ise, örneğin, gemi adamlarının ciddi bir bulaşıcı hastalığa yakalanması, yakıt veya kumanya noksanlığı (yeterli suyun bulunmaması sebebiyle gemi adamlarının hareket kabiliyetini etkileyecek derece ve sürede sussuz kalmaları gibi), kaptanın öldürülmesi, düşman gemisinin takibinden kurtulmak gibi olağanüstü haller nedeniyle geminin idare edilememesi tehlikesi içinde bulunması ve bunun sonucu olarak müşterek selamet uğruna bir barınma hareketinin söz konusu olmasıdır[11].

Bir geminin barınma limanına girmesi veya yükleme limanına dönmesi halinde liman masrafları, limana giriş masrafları, geminin bu liman veya yerden ilk yükünün tümü ya da bir kısmı ile sefere devamı söz konusu olduğu hallerde bu yere girmenin veya dönmenin sonucu olan limandan çıkış masrafları müşterek avarya olarak kabul edilir. Bu masraflara, girme ve çıkmaya ilişkin kılavuz ücretleri, liman ve gümrük vergi, resim ve harçları dahil olduğu[12] gibi, eğer gerekli görülmüş ise hafifletme masrafları dahildir. İngiliz Hukukunda ayrıca, barınma limanı içinde rıhtıma yanaşma

---

8 **BUGLASS,** sh. 246; **SÖZER,** sh. 99.

9 **HUDSON**, sh. 151.

10 **HUDSON,** sh. 153.

11 **LOWNDES/RUDOLF,** sh. 371; **BUGLASS**, sh. 247; **TEKİL, F.;** Türk Hukukunda Müşterek Avarya, Deniz Nakliyatı ve Sigorta Hukuku İhtilafları, İstanbul 1965 (kıs. TEKİL, Müşterek Avarya), sh. 195.

12 *"Westfall-Carter"*ismi ile anılan davada, mahkeme geminin barınma limanından çıkışı sırasında etrafın buzla kaplı olması nedeniyle buzların yarılması sonucunda ortaya çıkan masrafları müşterek avarya olarak kabul etmemiştir. Doktrin ise, bu kararın yanlış verildiği görüşündedir. Zira, doktrin gereğince çıkışta rastlanılan güçlüklerin önceden görülebilir olsun veya olmasın, girişi gerektiren müşterek selamet uğruna yapılması ile bağlantılı olduğu ve nitekim Kural X (a) (i) gereğince de açıkça çıkış masraflarının müşterek avarya kabul edildiğini belirtmektedir. **LOWNDES/RUDOLF,** sh.374; **ARSEVEN,** sh. 121; **TEKİL,** Müşterek Avarya, sh. 196.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

masrafları veya yer değiştirme masrafları limana giriş masrafları olarak kabul edilmektedir[13]. Örneğin; kaptan geminin makine arızası nedeniyle barınma limanına girebilir ve geminin demirdeyken tamir edilmesinin mümkün olabileceği düşüncesi ile limanda uygun bir yere demirleyebilir. Ancak, yapılan sörvey sonucunda geminin tamirinin demirdeyken yapılmasının mümkün olmadığı tespit edilir, geminin liman içinde yer değiştirerek rıhtıma yanaştırılması zorunluluğu söz konusu olabilir, böyle bir yer değiştirme masrafları, tamir masrafları tutarında da olsa, bu masraflar İngiliz Hukukunda "barınma limanına giriş masrafları" kapsamında değerlendirilerek müşterek avarya olarak kabul edilmektedir[14]. İngiliz Hukukunda kabul edilen genel prensip, girişe bağlı ve onun tabi sonucu ortaya çıkan bazı hareketlerden doğan masrafların müşterek avaryaya kabul edilmesi şeklindedir[15].

b. Kural X (a) (ii)

Kural X (a) (ii) gereğince, bir gemi tamir edilmesi için bir barınma limanı veya yerine girer, ancak gerekli tamirin burada yapılmasının mümkün olmaması nedeniyle geminin tamir edileceği bir başka limanına veya yerine götürülmesi halinde, bu ikinci limanda bir barınma limanı olarak kabul edilir. Böylelikle ikinci limana giriş, bu limandan çıkış, yükü boşaltma ve depolama msrafları da müşterek avaryaya dahil edilir.

İlk barınma limanında yükün tamamı ve bir kısmı gemiden boşaltılmış ve diğer vasıtalarla varma limanına sevk edilmiş ve gemi tamir için ikinci barınma limanına boş veya kısmi dolu olarak gitmiş olsa dahi, Kural G (3)[16]

---

13 **CARVER :** Carriage by Sea, British Shipping Laws Series, Vol.3, (by **COLINVAUX, R.**) 11 ed., London 1963, sh. 916; **LOWNDES/RUDOLF**, sh. 374

14 **SÖZER,** sh.112.

15 **CARVER,** sh. 758**; SÖZER,** sh. 113

16 York Anvers Kuralları 1994 Kural G'ye 3. paragraf olarak eklenen "Non- Separation Klozu" gereğince, bir geminin Kural X ve Kural XI uyarınca, müşterek avarya kabul edilebilecek bir durumda bir liman veya yerde bulunması şartı aranmaktadır. Yükün tamamının ve bir kısmının diğer vasıtalarla varma yerine sevk edilmesinde "*diğer vasıtalar*" deyiminden ifade edilmek istenen, genellikle yük başka bir gemi ile sevk edilmesine rağmen örneğin barınma limanının, yükün varma limanına gönderilme hattının kapalı olması gibi sebepler nedeniyle yükün mavnalarla veya demir yolu ile sevk edilmesi mümkün olabilir. Metinde açıkça belirgin olmamasına rağmen, sevk masraflarının donatan tarafından yapılması "Non –Separation Anlaşmasının" uygulanması için genel bir şarttır. Uygulamada "Non- Separation Anlaşmaları" genellikle, gemi ve yük ilgileri arasında müşterek avaryaya sebep olan kazanın hemen ardından imzalanmakta olduğundan, böyle bir durum içindeyken yük ilgililerin itiraz etme şanslarının fazla olmadığı hususu York Anvers Kuralları 1994 metni hazırlanırken nazara alınmış ve Kural G'nin 3. paragrafında yük ilgililerine barınma limanında yükü teslim alma veya yükün barınma limanından sevk edilmesi konusunda karar verme imkanı sağlanmıştır. Kural G hakkında, ayrıntılı bilgi için bkz. **ALGANTURK LIGHT, D.**; York Anvers Kuralları 2004 Müşterek Avarya (Tarihi Düzenlemeleri İle Karşılaştırmalı Olarak), İstanbul 2005, sh. 139-150.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ayrılmazlık Sözleşmesi" (Non- Seperation Agreement[17]) gereğince, müşterek deniz sergüzeşti devam ediyormuşçasına ve navlun sözleşme şartları ve egemen hukuka uygun olduğu ölçüde Kural X a (ii) gereğince, doğan masraflar müşterek avarya olarak kabul edilecektir[18].

İlk barınma limanında tamirin mümkün olup olmadığı, teknik imkanlar, elde edilebilecek tasarruf ve kazanılan zaman değerlendirilerek tespit edilir[19]. Kural açısından, ilk barınma limanında mümkün olmayan tamirin geçici tamir veya nihai tamir olup olmaması önem arz etmemektedir. Burada önemli olan geminin yolculuğunu emniyetli bir şekilde tamamlaması için gerekli olan tamirdir[20].

Kural X a (ii) gereğince, geminin ilk barınma limanından tamir amacıyla ikinci barınma limanına çekme ve geçici tamir masrafları dahil olmak üzere bu yer değiştirmenin neden olduğu masraflarda müşterek avarya olarak kabul edilmektedir. Kural'da çekme ve geçici tamir masrafları özel haller olarak, barınma limanındaki müşterek avarya masraflarının kapsamını genişletmektedir. Çekme masraflarına, yedekleme, kılavuzluk, geminin hasarlı bir çekilmesi nedeniyle ödenecek ilave sigorta primleri de dahildir[21]. Geçici tamir masrafı, mutlaka yolculuğu tamamlanması amacıyla değil, fakat geminin kesin tamir için diğer bir barınma limanına gidişini temin amacıyla yapılmış olması gerekir. Buradaki geçici tamirin, Kural XIV'den farklı olarak bir ikame masrafı niteliği bulunmamaktadır. Nitekim, yapılan tamirin niteliği de ikame masrafına uygun değildir[22].

Kural X A (ii)'de geminin bu ikinci barınma limanına giriş ve çıkış masrafları müşterek avarya kabul edileceği gibi, Kural XI (a)'ya yapılan yolla-

---

17 Non- Seperation Agreement (Ayrılmazlık Sözleşmesi); Donatan veya taşıyanın, başka gemilerle veya kara yolu ile yükü veya bunun bir kısmını varma limanına sevk etmesi, müşterek avarya sorumluluk ve haklarını etkilemeyecektir. Bu halde tarafların niyetleri, kanuna ve navlun sözleşmesine aykırı olmadıkça sanki, böyle bir sevkiyat yapılmamış ve tamir edilmesinden sonra gemi yolculuğunu tamamlamış gibi müşterek avarya paylaşımına katılmaktır. Müşterek avarya katılım payları, varma limanındaki değerlerine göre belirlenir. Ancak yükün varma limanına sevk edilmemesi halinde, satıldığı yerdeki değeri ile katılacaktır, geminin değeri ise, hiçbir yükü varma limanına taşımaması halinde, boşaltma limanındaki değeri ile katılacaktır. Anlaşılmaktadır ki, bu sözleşme gereğince, yükün sorumluluk değeri, eğer yük barınma limanında teslim edilmiş olsaydı veya yük varma limanına yük ilgilileri tarafından sevk edilmiş olsaydı doğacak masraf değerini aşamaz.

18 **LOWNDES/RUDOLF**, sh.375.

19 **SÖZER,** sh. 101; **HUDSON,** sh. 157.

20 **LOWNDES/RUDOLF**, sh.375; Bijela" isimle anılan davada, mahkeme geminin yükü ile birlikte havuza girme masraflarını ikame masrafı olarak kabul etmemiş ve geminin yükü ile birlikte havuz alınması halinde Kural X (b) gereğince "gemideki hasarın tamir edilebilmesi" için yükün boşaltılması gerekliliği iddiasında da bulunmanın mümkün olmayacağını belirtmiştir, "The Bijela" 1992, 2 Lloyd's Rep. 1, sh. 634.

21 **HUDSON,** sh. 156.

22 **ÇETİNGİL,** sh. 49.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ma nedeniyle tahdidi olarak belirtilmiş olan birinci barınma limanından ikinci barınma limanına gidilirken ve ikinciden tamirin tamamlanması ile yolculuğa devam için normal rotasına ulaştığı yere kadar uzayan yolculukta tüketilen sadece yakıt, kumanya bedelleri gemi adamlarının ücretleri ve bakım masrafları müşterek avarya olarak kabul edilir[23].

2. Kural X (b) Yük, Yakıt, ve Kumanyaların Elden Geçirilmesi veya Boşaltması Masrafları

a. Kural X b (i)

Kural X b (i) gereğince, yük, yakıt ve kumanyaların gemi içinde elden geçirilmesi veya boşlatılması için yapılan masrafların müşterek avaryaya kabul edilmesi ya bu işlemlerin müşterek selamet uğruna bir başka ifade ile müşterek deniz sergüzeştine girişmiş malvalıklarını bir tehlikeden korumak amacıyla veyahut yolculuğun güvenli bir şekilde devamı bakımından fedakârlık veya kaza sonucu geminin uğradığı hasarın tamiri için yapılmış olması gerekir. Yük, yakıt, kumanyaların elden geçirilmesi veya boşaltılması geminin bulunduğu limanın barınma limanı veya yerinde olması, yükleme limanında veya uğrama limanında olmasının önemi yoktur[24].

Yük, yakıt, ve kumanyaların elden geçirilmesi veya boşaltılmasının müşterek selamet uğruna yapılarak Kural X (b) (i) gereğince müşterek avarya masrafı olarak kabul edilmesine ilişkin uygulamada en çok rastlanan örnek olaylar şunlardır; Çatma sonucunda gemide meydana gelen delikten sızan su nedeniyle, yükün gemiden boşaltılması halinde gemi hafifler ve su deliği su üstüne çıkabilir ve böylelikle delikten su girmesi engellenir; gemide çıkan yangın nedeniyle yükün boşaltılması veya yer değiştirmesi yükün kurtulmasını sağlayabilir ve yangın söndürme çalışmaları daha etkili hale getirilerek geminin yangından dolayı daha çok hasar görmesi engellenebilir[25].

Müşterek selamet uğruna değil de, sadece geminin tamiri edilmesi için yükün boşlatılması veya elden geçirilmesi halinde elden geçirme ve boşaltma masrafları müşterek avarya masrafı olarak kabul edilemez[26]. Bu durumda tamir masrafları şartları varsa Kural A ve Kural C gereğince talep edilebilir[27].

---

23 **ÇETİNGİL,** sh. 50; **HUDSON,** sh. 156.

24 **ÇETİNGİL,** sh.52

25 **LOWNDES/RUDOLF**, sh.161 ; **HUDSON,** sh. 160

26 "Halmel V.P. O. S.N. Co", ismi ile anılan davada, yükün gemiden boşaltılması sırasında uğradığı hasar için yük ilgilileri donatanın müşterek avarya paylaşımına katılmasını talep etmiştir. Mahkeme, yükün hiç bir zaman tehlike içinde bulunmadığını, boşlatmadan önce bir müşterek avarya hareketinin bulunmadığı ve boşaltmanın da bir müşterek avarya hareketi olmaması nedeniyle yük ilgillerinin talebini red etmiştir, (1908) 2 K.B. 298, **CARVER,** sh. 920

27 **TEKİL,** Müşterek Avarya, sh. 197

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kural gereğince, geminin bir yükleme limanında bulunması sırasında yolculuğunu güvenli bir şekilde tamamlamak amacıyla gemi hasarının tamiri için yük, yakıt, kumanyanın elden geçirilmesi masrafları Kural A şartlarının gerçekleşmesine gerek olmaksızın müşterek avarya olarak kabul edilir[28]. Burada önemli olan, geminin uğradığı hasarın fedakârlık veya kaza sonucu ortaya çıkması ve yolculuğun güvenli bir şekilde devamının tamirin yapılmasına bağlı olması gerekir. Eğer, bu şartlar gerçekleşmemiş ve gemi hasarlı hali ile yolculuğu güvenli bir şekilde tamamlayacak durumda ise, elden geçirme ve boşaltma masrafları müşterek avarya olarak kabul edilemez. Geminin uğradığı hasar müşterek avarya fedâkarlığı sonucunda meydana gelmiş olsa dahi sonuç değişmez.[29]

Gemideki hasar, yükleme veya uğrama limanı veya yerinde ortaya çıkması halinde, bu hasarın yolculuk sırasındaki bir kaza veya olağanüstü bir durum ile herhangi bir ilişkisi bulunmadığı takdirde, elden geçirme ve boşaltmanın giderleri müşterek avarya olarak kabul edilmeyecektir. Örneğin, yükleme yapılırken geminin ana makinelerinın olağan tetkikinde, şafta bir çatlak olduğu tesbit edilir ancak bu çatlağın yolculuktan evvel başlayan uzun bir süre içinde devam eden bir gelişmenin sonucunda ortaya çıktığı anlaşılır. Olayda hasar, yolculuk sırasındaki bir kaza veya olağanüstü bir durum sonucu ortaya çıkmadığından yolculuğun güvenli bir şekilde devam etmesi amacıyla yapılacak tamirin ve bu tamir süresinde geminin limanda alıkonulması ve yükün elden geçirme ve boşaltmanın giderleri müşterek avarya olarak kabul edilemez.[30]. Bir başka örnek ise, yolculuğa başlamadan geminin dış saçında hiç dikkat edilmeyen bir çatlak meydana gelir ve yükleme ile birlikte, yüklü gemi ağırlaştığından delik su yüzeyinin altında kalır ve delikten ambara su girer, geminin yolculuğunun güvenli bir şekilde devam etmesi amacıyla tamir görmesi gerektiğinden yük boşaltılır. Her ne kadar delik, yolculuğun başlamasından önce mevcut olsa da yükleme ile birlikte suyun ambarlara girmesi neticesinde meydana gelen kaza sebebiyle, boşaltma masrafları müşterek avarya olarak kabul edilecektir[31].

b. Kural X b (ii)

Yük, yakıt veya kumanyanın yolculuk sırasında meydana gelen istif bozukluğunu düzeltmek amacıyla gemi içinde elden geçirilme ve boşaltılma

---

28 Kural X (b) gereğince, barınma limanında "tehlike unsuru" yerine, yolculuğun selameti uğruna bir başka ifade ile yolculuğun güvenli bir şekilde sona erdirilmesi" amacıyla yapılan masraflar müşterek avarya kabul edilmektedir. Bu sebeple Kural A'da ki tehlike unsurundan farklı olarak, "sözleşme yolu ile" veya "suni olarak" yaratılan bir müşterek avaryanın varlığı söz konusudur.**BUGLASS,** sh. 206; **TETLEY, W.;** "General Average Now and In The Future", www.tetley.law.mcgill.ca/maritime/law/genaverage.pdf., 1.1.2005, sh. 25.

29 **HUDSON,** sh. 161.

30 **LOWNDES/RUDOLF**, sh. 382; **ÇETİNGİL,** sh. 53.

31 **LOWNDES/RUDOLF**, sh. 383.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

masrafları bu işlemin müşterek selamet uğruna yapılmadıkça, müşterek avarya olarak kabul edilmeyecektir. Bu durumda, müşterek avaryanın varlığı için barınma limanında yeniden istiflemek amacıyla elden geçirme ve boşaltmanın sadece müşterek selamet uğruna yapılması gereklidir[32]. Örneğin, kötü hava şartları nedeniyle yolculuk sırasında meydana gelen istif bozukluğu nedeniyle yükün bozulması veya daha fazla ezilmesini engellemek için, yükün yeniden istiflenmesi sırasından yükün elden geçirilmesi veya boşaltılması masrafları müşterek selamet uğruna yapılmış olmadığından müşterek avarya olarak kabul edilemeyecektir.

Uygulamada, yolculuğun selametle tamamlanması amacıyla yapılan yeniden istif için elden geçirme ve yeniden istif masrafları Kural X b (ii) gereğince müşterek avarya masrafı olarak kabul edilmemektedir. Nitekim Kural gereğince, bu masrafların müşterek selamet uğruna yapılması aranmaktadır. İstif bozukluğu sebebiyle, ortaya çıkan bu masraflar donatan tarafından karşılanırsa, çarter parti şartları gereğince istiften sorumlu olan çarterere rücu etme imkanına sahiptir. Ancak, çarter partide istif işlemlerinin kaptanın nezaretinde yapılacağına ilişkin bir hüküm mevcut ise, donatan bu masraflara kendisi katlanacaktır. Donatan son çare olarak bu tür masraflarını, teminat altına alan P&I kulübünden talep etme imkanına sahiptir[33].

Yeniden istifleme ihtiyacında bulunan yüke, ulaşma amacıyla yapılan elden geçirme veya boşaltma masrafları müşterek avarya olarak kabul edilemeyecektir. York Anvers Kuralları 1994'den önceki dönemde AIDE (Uluslararası Avrupa Dispeççiler Derneği) Çalışma Grubu tarafından bu konu üzerinde durulmuştur. AIDE Genel Kurul toplantısında fedakârlık veya kaza sonucu ortaya çıkan geminin uğradığı hasarın, yolculuğu güvenli bir şekilde devamının tamirin yapılmasına bağlı olması halinde yük, yakıt ve kumanyanın elden geçirilmesi masraflarının Kural X (b) (i) kapsamında müşterek avaryaya kabul edildiğine göre, yeniden istifleme ihtiyacında bulunan gemideki yüke ulaşma amacıyla yapılan elden geçirme veya boşaltma masraflarının müşterek avaryaya kabul edilmesi gerektiği konusunda görüş birliğine varılmıştır. Toplantıda, Kural X b (ii) paragrafının *"sadece müşterek selamet uğruna değil, yolculuğun güvenli bir şekilde tamamlanması amacıyla yapılan elden geçirme veya boşaltma masraflarının müşterek avaryaya kabul edilmesi"* şeklinde değiştirilmesi için bir teklif hazırlanmıştır. Bu teklifleri, CMI'ın 1994 yılındaki toplantısında ileri sürülmüş ise de, müşterek avarya masraflarının kapsamını genişletme niyetinde olmayan delegeler tarafından destek görmemiştir[34].

---

32 **ÇETİNGİL,** sh. 53.

33 **HUDSON,** sh. 164.

34 **HUDSON,** sh.164.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3. Kural X (c)

Yük, yakıt ve kumanyaların elden geçirilmesi ve boşaltma masraflarının müşterek avarya kabul edilmesi halinde, bunların yeniden yükleme ve gemide istifleme masrafları ile yüklerin karada depolama giderleri ve sigorta masrafları makul şekilde yapılmak şartıyla müşterek avarya olarak kabul edilecektir. Yükün depolama masrafları ancak depolamanın müşterek selamet uğruna yapılmış bir hareket olması halinde masraflar müşterek avarya olarak kabul edilir. Depolamanın müşterek selamet amacı ile yapılmadığı takdirde örneğin sadece yükün veyahut geminin menfaati amacıyla yapılması halinde masraflar ilgililer tarafından ödenir[35]. Depo masraflarının Üstün Kural gereğince makul olması gerekir[36].

Yükü gemiden depolara sevk edilme masrafları, depo kirası, buna bağlı masraflar, eğer depo açıksa yükün üzerine konan çadır veya özel örtü masrafları, bekçi ve güvenlik masrafları depolama giderlerine dahildir[37].

Gemiden boşaltılmak suretiyle depolara konmuş yük sigorta ettirildiği takirde makul şekilde yaptırılmış olması şartıyla ödenen primler de müşterek avaryaya dahildir. Makul olma şartı hem sigortanın türüne hem de ödenen sigorta prim miktarına ilişkindir. Örneğin yükün çalınması, deprem, yangın gibi farklı rizikolara karşı yükün sigorta ettirilmesi mümkündür. Yapılan sigortanın risk yönünden değerlendirilmesi gerekir ki, bu da yükün depolandığı yere ve şartlara göre belirlenir[38]. Yükün konulacağı depoların yükün niteliği icabı maksat ve ihtiyaca uygun olması gerekir. Örneğin bozulacak bir yük ise, soğuk hava depolarına konması gibi. Sigorta bedelinin ve ödenecek primlerin belirlenmesinde geminin limanda kalacağı ve depolama süresi nazara alınması gereklidir[39].

Müşterek avarya hareketi olarak yapılan yeniden yükleme ve istifleme sırasında harcanan fazla zaman için Kural XI'in hükümleri uygulanır. Kural XI (c) gereğince bu süre içerisinde müşterek avarya masrafları olarak kabul edilen masraflar, harcanan yakıt ve kumanyalar ve liman masraflarıdır.

---

35 *"Atwood v. Sellar"* ismi ile anılan davada İngiliz Mahkemesi, bir müşterek avarya fedâkarlığı neticesinde barınma limanındaki boşaltma, depolama ve yeniden yükleme masraflarını müşterek avarya olarak kabul etmiştir, (1884) 13 Q.B.D.69., **CARVER,** sh. 927. Benzer şekilde *"Svendsen v Wallace"* davasında İngiliz Mahkemesi, barınma bir müşterek avarya hareketi neticesinde yapılmamış ise, geminin tamir masraflarından donatanın, depolama masraflarından ise yük ilgililerin sorumlu olduğuna karar vermiştir, (1899) 2 Q.B.403, **CARVER,** sh. 927.

36 Üstün Kural hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ALGANTÜR LIGHT,** sh. 89-90.

37 **LOWNDES/RUDOLF,** sh. 389 **HUDSON,** sh. 166.

38 **TEKİL,** Müşterek Avarya, sh. 218.

39 **ARSEVEN,** sh. 125; **SÖZER,** sh. 118.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kural X (c)'nin ikinci paragrafı gereğince, gemi mahkum edilmiş veya yolculuk o gemi ile yapılmaktan vazgeçilmiş olması halinde, bu tarihten sonraki masraflar müşterek avaryaya dahil değildir. Bu tarihten sonra gemi ile yük arasındaki kader birliği sona ermiş olması nedeniyle Kural sadece bu tarihe kadar olan masrafları müşterek avarya masrafları olarak kabul eder[40].

Kural X (c) gereğince, geminin mahkum olması geminin tamirinin teknik ve iktisadi bakımdan mümkün olmaması ve yolculuğu yük ile birlikte bitiremeyecek durumda bulunmasıdır. Ayrıca, geminin bu durumu nedeniyle donatan taşıyan sıfatı ile gerekli tamiri yaptırıp yolculuğuna devam etme yükümlülüğünden kurtulmaktadır[41]. Geminin mahkum edilmesi halinde, teknik ve ticari menfaati nedeniyle donatanın gemisini tamir ettirme isteğinin bulunmadığı kabul edilir. Bu halde, Kural X (b) gereğince yükün boşaltılma masrafları, Kural X (c) gereğince depolama masrafları müşterek selamet uğruna yapılması halinde müşterek avaya olarak kabul edilir[42].

Kural X (c)'de, gemi ile yük arasındaki kader birliğini ortadan kaldıran hallerden bir diğeri ise, ilk yolculuğun bırakılması halidir. Örneğin, yük sahibi ile taşıyan anlaşması veya geminin uğradığı hasarın tamir edilme süresi nedeniyle yolculuğun engellenmesi gibi[43]. Geminin hasarı dışındaki sebepler nedeniyle, yoculuğun engellenmesi veya geminin yolculuğunu bırakması halinde, donatan yeni bir navlun sözleşmesi yapmak amacıyla gemisini bir an önce tamir ettirmek isteyebilir. Yolculuğun taraflar arasındaki anlaşma nedeniyle bırakılması halinde ise, bu anlaşmanın şartlarında yük sahibinin barınma limanında yükünü teslim alıp almayacağının veya yükün varma limanına sevk edilip edilmeyeceği, eğer edilecekse bu masraflar kimin tarafından karşılanacağı ve Kural G gereğince "Ayrılmazlık Klozu'nun" "Non-Seperation Klozunun" uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi gerekir[44]. Donatan, yolculuğu hatalı bir şekilde bırakma kararı alırsa, bu nedenle doğan hasardan sorumludur ve bu durumda Kural D uygulama alanı bulacaktır[45].

Geminin mahkum edilmesi veya yolculuğun terkedilmesi halinde, yükün ne olacağı hakkında tarafların karar vermeleri gerekir[46]. Eğer müşte-

---

40 **ARSEVEN**, sh. 125; **TEKİL,** Müşterek Avarya, sh. 218.

41 **LOWNDES/RUDOLF,** sh.391.

42 **HUDSON,** sh. 168.

43 **ARSEVEN**, sh. 125; **HUDSON,** sh. 167.

44 **HUDSON,** sh. 168.

45 **LOWNDES/RUDOLF,** sh.391.

46 "Medina Princess" ismi ile anılan davada, geminin tamirinin yolculuğun güvenli bir şekilde tamamlanması açısından yapılması zorunlu olupta bu yolculuk yapılmamış olması nedneiyler yükün tamir için gemiden boşaltma masrafları, sözleşmede aksi öngörülmemiş ise, yük ilgilileri tarafından karşılanacaktır şeklinde karar verilmiştir. (1965(1. L.L.R., **BUGLASS,** sh. 252; **CMI Yearbook** 2000, sh. 319.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rek selamet uğruna yükün boşaltılması gerekmiyorsa, yükün akibeti hakkında karar verilinceye kadar, yük gemide kalabilir ve donatan navlun sözleşmesi gereğince yüke bu süre içerisinde nezaret etme yükümlülüğündedir. Bu yükümlülük, yükün tamamının gemiden boşaltılmasına kadar devam eder[47]. Geminin mahkumiyeti veya yolculuğun bırakılması kararı yükün tamamının boşaltılmasından önce alınmışsa, depolama masrafları boşaltmanın sona erdiği tarihe kadar müşterek avarya masrafı olarak kabul edilir[48].

Kural X'un uygulanmasına ilişkin örnek iki olay inceleyelim:[49]

Olay 1: Kutu, ambalaj, balya, çantalardan oluşan karışık yük ambardan sızan su nedeniyle ıslanır. Yük kıyıya boşaltılır ve burdan da depolara sevk edilir ve depolarda yapılan cinslerine göre ayırım sonucunda; yükün bir kısmının, geminin tamirinden sonra yeniden yüklemeye uygun olduğu, bir kısmının yeniden incelendikten ilk gemiye veya başka bir gemiye yüklenebilir olduğu, bir kısmının hasar gördüğü ve bulunduğu yerde satılmasının mümkün olduğu ve bir kısmının ise değerinin yitirilmiş olduğu ve atılması gerektiği belirlenmiştir. *Yükün boşaltma masrafları :* Geminin tamir edilmesi amacıyla yolculuğun güvenli bir şekilde tamamlanması amacıyla yapıldığından Kural X (b) gereğince müşterek avarya masrafı olarak kabul edilir. *Depolara sevk masrafı*:Kural X (c) gereğince müşterek avarya masrafı olarak kabul edilir. *Ayırma ve gruplama masrafı:* Sadece yükün menfaati için yapılmış olduğundan bu masraflar yük ilgililerine aittir. *Yeniden inceleme masrafları :* Sadece yükün menfaati için yapılmış olduğundan bu masraflar yük ilgililerine aittir. *Yükün atılma masrafları:* Bu masraf, donatana aittir. Ancak donatanın yük ilgililerinden talep etmiş olması halinde atılan yük sahibinden bir cevap gelmeyebilir Bu halde bu masraflara donatan katlanır veya P&I kulübünden talep eder. *Depo kirası :* Kural X (c) gereğince müşterek avarya masrafı olarak kabul edilir. *Yeniden yükleme masrafları:* Bir kısım yükün orjinal gemiye yeniden yükleme masrafları Kural X (c) gereğince müşterek avarya kabul edilir. Başka bir gemiye yüklemede ise, aslında ilk gemi ile kader birliği sona ermiştir. Ancak ilk gemiye yükleme masrafları ile aynı tutuyorsa bu miktara kadar müşterek avarya masrafı olarak kabul edilmelidir.

Olay 2: Gemi, dökme yük olan buğday taşır, ambarda etkilenmemiş yük gemiden mavnalara boşaltılır, ordan hububat asansörlerine sevk edilir ve geminin tamirinin tamamlanması ile gemiye yeniden yüklenir. Ambarda hasar görmüş yük ise, kamyonlara boşaltılır ve boş bir alana sevk edilerek atılır. *Mavnalara veya kamyonlara bo-*

---

47 **HUDSON,** sh. 169.

48 **ARSEVEN**, sh. 126; **TEKİL,** Müşterek Avarya, sh. 217.

49 **LOWNDES/RUDOLF,** sh.395-397.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

şaltma masrafları, Kural X (b) gereğince müşterek avaryaya kabul edilir. *Mavna kirası*: Depolara sevk için mavna kiralanmış olduğundan mavna kirası sevk masraflarına dahildir ve Kural X (c) gereğince bu masraflar müşterek avarya masrafı olarak kabul edilir. *Kamyon kirası:* Değersiz yükün atılması amacıyla taşınması söz konusu olduğundan bu masraflara donatan katlanır veya P&I kulübünden talep eder.

§ III. Türk Hukuku'ndaki Düzenleme

1. Türk Ticaret Kanunu

Türk Ticaret Kanunu'nun 1190. maddesinin birinci fıkrasından 5. fıkrasına kadar olan bölümde yer alan barınma müşterek avarya masrafları, York Anvers Kuralları 1950 Kural X gözönüne alınarak düzenlenmektedir[50]. Türk Ticaret Kanunun 1190. maddesinin ilgili fıkralarına, York Anvers Kuralları 1950 metninden sonraki yapılan yenilik ve değişiklikler yansımadığından aşağıda, bu hususlar belirlenerek, farklılıklar açıklanacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1190 maddesi ilk paragrafında barınma müşterek avaryası için genel bir hüküm düzenledikten sonra, barınma limanındaki müşterek avarya zarar ve masrafları numaralandırarak sıralamıştır.

a. Madde 1190 / no. 1

Türk Ticaret Kanunu'nun 1190 maddesinde ilk fıkrasında genel bir düzenleme yapılarak, Kural X (a)'ya yer verilmiştir. Ancak madde de, Kural X (a)'dan farklı olarak, barınma limanında tamiratın yapılmama karşısında bir ikinci limana gidişin dahi müşterek selamet yönünden yapılması şartı aranmaktadır. Oysa, geminin başka bir barınma limanına gitmesi, yolculuğun güvenli bir şekilde tamamlanması amacıyla gerçekleşmiştir[51].

Kural X (a)'ya 1974 yılında eklenen (ii) gereğince, geçici tamir ve çek-

---

50 "Barınma müşterek avaryasından bahsedilmek için mevcut veya nerede ise çıkacak bir tehlikenin varlığı şart olduğu gibi geminin kendi vasıtaları ile liman girmiş veya iltica etmiş olması ve hareketin bir kurtarma veya yardım mahiyeti arzetmemesi lazımdır.Esasen gemi seyre kabiliyetsiz hale geldikten sonra yapılan masraflar da barınma müşterek avaryasına girmez", Tem. Tic. D. 3.11.1959, E. 1588 K. 2657, **OKAY, O.;** Deniz Ticareti Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları (1946-1961), İstanbul 1963, sh.566; "York Anvers Kaideleri muvacehesinde, eski olup esaslı tamir görmedikçe uzun yola tahammülü bulunmadığı aşikar olan geminin su borulu kazanlarının ve sair aksamının arıza yapması, binnetice kumandaya cevaz vermez bir halde kalması halinde bu geminin limana çektirilmesini müşterek avarya olarak kabule imkan yoktur." **OKAY,** sh. 592; "Özel avarya sonucu açık denizde kumandaya cevap veremez hale gelen gemiyi ve yükü tehdit edici müşterek bir tehlikenin vücudu ve müşterek selamet için barınma limanına girme mecburiyeti Kural X ve XI gereği müşterek avaryaya yol açarsa da gemi onarım masrafları müşterek avaryaya girmez. Ancak geçici onarım masrafları, ikame masrafı olarak o sayede ekonomi edilmiş müşterek avarya masraflarını aşmamak üzere müşterek avaryaya girer, Y. Tic. D. 8.11. 1958, E. 1068, K. 2756, **TEKİL,** Deniz Hukuku, İstanbul 2001, (kıs. TEKİL Deniz Hukuku), sh. 415.

51 **ARSEVEN,** sh.121; **TEKİL,** Müşterek Avarya, sh. 197; **SÖZER,** Barınma, sh. 101.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

meden ileri gelenlerde dahil olmak üzere, böyle bir yer değiştirmenin masraflarının müşterek avaryaya dahil edileceğine dair bir düzenleme, Türk Ticaret Kanunun 1190. maddesinin birinci fıkrasında yer almamaktadır.

b. Madde 1190/ no.2

Türk Ticaret Kanunun 1190 maddesinin ikinci fıkrası, Kural X (b)'den farklıdır. Türk Ticaret Kanunun 1190. maddesinin birinci fıkrasında barınma halleri için müşterek selamet koşulu arandığından, geminin uğradığı hasarın tamiri münhasıran müşterek selamet uğruna yapılması gereklidir. Geminin barınma limanına girdikten ve tehlikeden kurtulduktan sonra müşterek selamet uğruna tamirin yapılması söz konusu olamayacağından, Kural X (b) müşterek selamet yerine, "yolculuğu güven içinde devam" unsurunu aramaktadır[52].

c. Madde 1190/ no.3

Türk Ticaret Kanunun 1190 maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, barınma limanında depolama giderleri ve tekrar yükleme yükleme masrafları Kural X (c) ile benzer düzenlemededir.

d. Madde 1190/ no.4

Türk Ticaret Kanunun 1190 maddesinin dördüncü fıkrası, York Anvers Kuralları 1950 Kural X (d) bendinden alınmak suretiyle, barınma limanında ikame masrafları düzenlenmiştir. Kural X (d), York Anvers Kuralları 1974 metninde çıkarılmış ve bu masrafların Kural F gereğince değerlendirilmesi öngörülmüştür.

2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda, Türk Ticaret Kanunun 1190. maddesi kaldırılmakta olup, Türk Ticaret Kanunun 1273. maddesinde, York Anvers Kuralları'nın en son tarihli metnine atıfta bulunarak Kuralları'n Sigortacılık Genel Müdürlüğü ile Denizcilik Müsteşarlığı tarafından kurulacak bir İhtisas Komitesi tarafından tercüme edilip Resmi Gazete'de ilan edilmesi usulü kabul edilmektedir. Uluslararası uygulamada, York Anvers Kuralları'na ya iktibas suretiyle veya milli kanunlarda bu Kurallar'a atıf suretiyle milli hukuklara alınmaktadır. Burada temel olarak önem arz eden, milli hukukun uluslararası alanda yapılan değişim ve gelişmeleri takip etmesi ve milli kanunlar ile uluslararası uygulama arasındaki farklılığın ortadan kaldırılmasının sağlanmasıdır.

---

52 **ARSEVEN,** sh. 122; **TEKİL,** Müşterek Avarya, sh. 197.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

FERDİ KAZA SİGORTASINDA RİZİKO VE TÜRK TİCARET KANUNU İLE POLİÇE GENEL ŞARTLARI UYARINCA FERDİ KAZA SİGORTASI TEMİNATI

*Ar. Gör. İrem ARAL**

GİRİŞ

Ferdi kaza sigortası, sigorta hukukunun dört ana dalı olan yangın, nakliyat, hayat ve kaza dalları arasında tarih açısından en yeni ve uygulama açısından da en kapsamlı sayılan sigorta türüdür.

Ferdi kaza sigortası özellikle 19.yüzyılın başında endüstri ve teknolojinin gelişmesi ile meydana gelen kazaların doğurduğu riskleri karşılamak amacıyla doğmuştur. Ferdi kaza sigortasının uygulanmasına ilk olarak Avrupa'da özellikle İngiltere'de 1845 yılında demiryolu işletmesinin hizmete girmesiyle başlanmış ve zamanla sanayi devrinin günlük hayatta etkin hale gelmesiyle gelişimi hızlanmıştır[1]. 1848'de kurulan ve daha sonra Commercial Union ile birleşen "Railway Passengers Insurance Company"i, 1850'de "Accidental Death Indemnity Company" izlemiştir[2].

Ülkemizde sigortacılık uygulaması gerçek anlamda cumhuriyet döneminde gelişmeye başlar. Sigorta kurumu cumhuriyetin kuruluşundan sonra milli sigorta piyasasının devlet eliyle oluşturulması yoluna gidilmesi politikası neticesinde milli şirketlerin kurulup faaliyete geçmesiyle birlikte kendi doğal işleyişine kavuşmuştur. 1924 yılında Fransız Urbain Şirketinin katılımıyla Milli Sigorta Şirketi; 1927 yılında ise Türkiye İş Bankasının teşviki ve ortaklığı ile Anadolu Sigorta Şirketi kurulmuştur. Bu süreç içerisinde milli şirketler başlangıçta bugün yürürlükte olan dan farklı olarak on iki tehlike sınıfı esasına göre düzenlenmiş bulunan tarifeye binaen ferdi kaza sigortası akdetmeye ve poliçe düzenlemeye başlamışlardır[3]. Özellikle 1940 ve 50'li yıllarda ferdi kaza sigortası teminatı Halk, Anadolu, Şark, İstanbul

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 **AKTAŞ, Muzaffer:** Ferdi Kaza Sigortaları, İstanbul 1972, s.8.

2 **NOMER, Cahit/YUNAK, Hüseyin:** Sigortanın Genel Prensipleri, İstanbul 2000, s.35.

3 **AKTAŞ,** s.11.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Umum Sigorta Şirketi gibi milli sigorta şirketleri tarafından yangın, nakliyat ve hayat sigortaları seçenekleri ile birlikte sunulmuştur[4].

Günümüzde insanlar sosyoekonomik açıdan refah seviyelerinin yükselmesi ve sigorta kavramının bunu korumadaki etkinliğinin ve yararlarının bilincine varmaları neticesinde; kazalara karşı tedbir almak ve uğranılabilecek kayıpları en aza indirgemek açısından azami önem arz eden ferdi kaza sigortasına hak ettiği değeri vererek her geçen gün artış kaydeden bir sigorta dalı haline getirmişlerdir.

Sigorta hukukunun önemli ve uygulaması yaygın dallarından biri olan ferdi kaza sigortası endüstriyel ve teknolojik gelişmelerin insan hayatına getirdiği rizikoların kapsamının genişliği ve çeşitliliği nedeniyle ihtiyaç duyularak geliştirilen bir kavramdır. Günümüzde teknolojik alandaki gelişmelerin hızla ivme kazanması ve bireylerin bunlardan yararlanmak suretiyle ulaşım seçeneklerini arttırması neticesinde sigorta hukuku açısından riziko olarak değerlendirilen kaza kavramı günlük hayattaki yerini almıştır. Bireylerin can ve mallarına yönelik kaza olarak tanımlanan tehlikelere birlikte karşı koyma fikri ferdi kaza sigortası kavramının doğumuna yol açmıştır. Bir bireyin kaza nedeniyle uğradığı zararın, aynı kazaya maruz kalabilecek ve henüz zarar görmemiş toplumun diğer bireylerinin malvarlıklarının katılımıyla katlanılmasını daha kolay bir hale getirilmesini amaçlayan ferdi kaza sigortası, günlük hayatta çeşitli şekil ve görünümlerde karşılaşılabilecek potansiyel kazaların sonuçlarının özellikle iktisadi bakımdan giderilmesine hizmet etmektedir.

İki bölüm şeklinde yapılan çalışmamızda sırasıyla;

İlk bölümde, ferdi kaza sigortasının rizikosu olan kaza kavramı ele alınarak, kaza olarak kabul edilen ve edilmeyen fiiller sayılmış; ikinci bölümde ise Türk Ticaret Kanunu ile Ferdi Kaza Sigortası Poliçe Genel Şartlarında düzenlenen ferdi kaza sigortası teminatları, kapsamı ve türleri ele alınmıştır.

§ 1. FERDİ KAZA SİGORTASINDA RİZİKO

I. KAZA RİZİKOSU

1. Tanım

Ferdi kaza sigortasında rizikoyu teşkil eden kaza kavramı TTK'nın kazaya karşı sigorta kısmında tanımlanmamıştır. Her ne kadar 1334. madde "tarif" kenar başlıklı olsa da mezkür madde ferdi kaza sigortasını tanımlamış ancak bu tür sigortasının esasını teşkil eden rizikoyu yani kaza kavramını açıklamamıştır[5].

---

4 **ERERDİ, Cemal H.**: Sigortacılığımızın Tarihi, İstanbul 1998 s.113.

5 Doktrinde BOZER; kaza kavramı kanun tarafından tanımlanmadığından sözleşmenin taraflarının kaza kavramı üzerinde serbestçe anlaşabileceğini ileri sürmektedir. **BOZER, Ali:** Sigorta Hukuku, Sigorta Endüstrisi - Sigorta Hukukunun Genel Prensipleri, Tazminat Sigortası ve Çeşitleri, Ankara 1965, s.373.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kaza hususunda kanuni bir tanım mevcut olmadığından öncelikle günlük dilde sıkça kullanılan kaza kelimesinin sözlük anlamından yola çıkmak yerinde olacaktır.

Kaza genel olarak sözlüklerde can ve mal kaybına yol açan kötü olay olarak açıklanmaktadır[6].

Türk Dil Kurumu sözlüğü ise kazayı "bir kimsenin eli ve arzusu olmadan meydana gelen zararlı olgu" olarak tanımlamaktadır[7].

Türk Hukuk Lügatı ise kazayı; "bir irade neticesi olmaksızın veya umulmayan bir hadise dolayısıyla bir kimsenin veya bir şeyin arıza veya zarara uğraması olarak tarif etmektedir[8].

Ancak açıkça anlaşılacağı üzere kaza kavramının etimolojik anlamı sigorta hukuku açısından yeterli bulunmamaktadır.

Her ne kadar kaza kavramı TTK tarafından tanımlanmamış ve kazanın etimolojik anlamı sigorta hukuku bakımından tatmin edici olmasa da; FKSPGŞ.m.2'de yapılan tanımlama sigorta hukuku anlamında kaza kavramı ile ne kastedilmek istendiği açıkça ortaya koymaktadır.

FKSPGŞ.m.2 kazayı; "ani ve harici bir hadisenin tesiri ile sigortalının iradesi dışında ölmesi veya cismani bir bir arızaya maruz kalması" biçiminde tanımlamıştır. FKSPGŞ.m.2'de yer alan bu tanımlama aşağı yukarı Kıta Avrupası ülkelerinde kullanılan poliçelerde bulunan tanımların aynısıdır[9].

FKSPGŞ.m.2'de yer alan düzenleme, kaza kavramının tanımına; kaza olarak nitelendirilen olayın ölüm veya sakatlığın doğrudan doğruya ve başlı başına nedeni olduğu hususunun eklenmesi gerektiği ileri sürülerek eleştirilmiştir Zira bedeni arızaya sebebiyet veren olayın kazanın kendisi, bedeni arızanın kazanın neticesi olduğunu ifade edilmiştir[10].

Türk hukuk doktrininde kaza kavramı çeşitli yazarlarca tanımlanmaktadır. Şöyle ki;

ATABEK kazayı; sigortalının iradesi haricinde şedid ve nagihani ve harici bir tesir ile husule gelen bedeni bir zarar olarak tanımlamaktadır[11].

---

6 **ULAŞ, Işıl:** Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, Hayat ve Kişisel Kaza Sigortaları, 2. Bası, Ankara 2002, s.132, dn.2.

7 **TÜRK DİL KURUMU TÜRKÇE SÖZLÜK,** http://www.tdk.gov.tr

8 **TÜRK HUKUK LÜGATI,** Ankara 1998, s.194.

9 **AKTAŞ,** s. 39; **ÜÇSEL, Hilmi:** Ferdi Kaza Sigortaları Ders Notu 1998-1999, Türk Sigorta Enstitüsü Vakfı Yayınları, TSEV 33, İstanbul 1999 s. 12.

10 **AKTAŞ,** s.45; **NEYZİ, Ali**: Kaza Sigortaları Kaideleri ve Tatbikatı, İstanbul 1964, s.54-55.

11 **ATABEK, Reşat:** Sigorta Hukuku, İstanbul 1950, s.397.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BOZER kazayı; dışarıdan, ani, şiddetli, birden ve gayri iradi bir tesirle bedeni arızanın meydana gelmesi biçiminde tanımlamaktadır[12].

DAMCI kazayı; sigortalının iradesi harici vücudun tamamiyesini haleldâr eden ani ve tesadüfi hadiseler olarak tanımlamaktadır[13].

KARAYALÇIN kaza kavramını mesuliyet hukuku ve sigorta hukuku bakımından ayrı ayrı tanımlamaktadır. Yazara göre mesuliyet hukukunda kaza; bir malın veya şahsın zarara uğramasına sebep olan ve ilgili şahsın kasdi olmayan bir fiili veya tabiat, eşya yahut ilgili şahıs müstesna olmak üzere insanlardan yani dış alemden gelen ani bir hadise olarak tanımlamakta ve bu tanımın halk diline yerleşmiş ve geniş anlamda kullanılan bir kavramı ifade ettiğini belirtmektedir. Yazar sigorta hukuku bakımından kazayı ATABEK tarafından yapılan tanıma katılmak suretiyle yapmaktadır[14].

Sigorta hukuku bakımından ise kazayı sadece bedeni zarara sebep olan dış hadiseler şeklinde tanımlayarak mesuliyet hukukundaki tanımın aksine nispeten daha dar kapsamlı bir kavramın söz konusu olduğunu ifade etmektedir[15].

METEZADE'ye göre kaza kavramıyla kastedilen ani ve harici bir olayın etkisiyle sigortalının iradesi dışında ölmesi veya cismani bir arızaya maruz kalmasıdır[16].

NEYZİ kazayı harici bir kuvvetin ani ve arzu edilmeyen tesiri ile meydana gelen bedeni sakatlıklar olarak tanımlamaktadır[17].

Görüldüğü üzere Türk hukuk doktrininde yapılan tanımlamalar esas olarak aynı ortak noktaları bünyesinde bulundurarak kazayı "insanın bedeni üzerinde dışarıdan ansızın şiddetli ve bilinçsiz bir şekilde oluşan olay nedeniyle meydana gelen aksaklık hali" olarak tanımlayarak FKSPGŞ.m.2'de yapılan tanımlamaya paralel ve uygun bir düzenleme getirmiştir[18].

---

12 **BOZER,** 1965, s.373.

13 **DAMCI,, Adnan:** Sigorta Hukuku Ders Notları, 1967-1968 İstanbul, s.150.

14 **KARAYALÇIN, Yaşar:** Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Ankara 1960, s.18.

15 **KARAYALÇIN,** s.17.

16 **METEZADE, Zihni:** Sigorta Rehberi, İstanbul Ticaret Odası Yayın no:1991/15, İstanbul 1991, s.65.

17 **BOZER,** 1965, s.373; **NEYZİ,** s.54-55.

18 **ATABEK,** s. 397; **BOZER, Ali :** Sigorta Hukuku, Ankara 1981, s.261-262; **PEKİNER, Kamuran:** Sigorta İşletmeciliği-Prensipleri-Hesap Bünyesi, İstanbul 1974, s.85-86.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kaza kavramının yabancı hukuk doktrinlerinde ne şekilde tanımlandığı hususunu inceleyecek olursak;

Alman sigorta mevzuatında kaza; sigortalının vücudu üzerine dışarıdan, bilinçli olmaksızın ve ansızın gelen bir olayın, bedeninde, sağlık durumunu bozacak şekilde bir aksaklık meydana getirmesi olarak tanımlanmaktadır[19].

İngiliz sigorta hukukunda kaza kavramı çeşitli yazarlarca farklı şekillerde tanımlanmıştır. Şöyle ki;

Kaza gerçekleşmesi zarara uğrayan tarafından istenmemiş ve neden olunmamış olağandışı olay olarak tanımlanmaktadır[20].

Bir başka tanıma göre kaza; ölüm veya yaralanmaya neden olan öngörülmeyen ve beklenmeyen olaydır[21].

Son olarak kaza bilinmeyen bir nedenden veya bilinen bir nedenin alışılmadık etkisinden kaynaklanan, beklenmeyen, öngörülmeyen ve sonuçları tahmin edilemeyen tesadüfi olay olarak tanımlanmıştır[22].

Türk doktrini ile yabancı doktrinlerde yapılan tanımlamaları karşılaştırdığımızda; Türk doktrininde yer alan tanımların Alman sigorta hukukunda yapılan tanıma yakın ve paralel bir düzenleme getirdiği görülmektedir[23].

Doktrinde yapılan tanımlamalar ve FKSPGŞ.m.2'de yer alan tanım doğrultusunda kaza kavramı; "sigortalının iradesinden kaynaklanmadan ani bir biçimde gerçekleşen ve sigortalının ölümüne yahut sürekli veya geçici olarak yaralanmasına neden olan, beklenmeyen ve öngörülemeyen zarar verici dış etken" olarak tanımlanabilir.

2. Unsurları

Doktrinde yer alan bu tanımlamalara göre can sigortası anlamında bir kazanın varlığından söz edebilmek için aksaklığa yol açan olayın içermesi gereken bazı unsurlar bulunmaktadır.

Türk hukuk doktrininde; bir kazanın varlığından söz edebilmek için öncelikle vücudun tamamına yönelik ani ve kazaya uğrayanın iradesi dışında bir tecavüzün gerçekleşmiş olmasının ve bu kaza denilen olay ile bedeni hasar arasında bir illiyet bağının bulunmasının gerektiği ifade edilmektedir[24].

---

19 **KENDER, Rayegân:** Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku (I), Gözden Geçirilmiş 7.Baskı, İstanbul 2001, s.224; **PEKİNER,** s.86.

20 **COCKEREL, H.A.L** : Insurance, London 1954, s.99.

21 **IVAMY, Hardy E.R.:** Dictionary of Insurance Law, London 1981 s.1.

22 **MORGAN, T.W.:** Porter's Law of Insurance, Eighth Edition, England 1933s.457.

23 **PEKİNER,** s.86.

24 **DAMCI,** s.151; **KARAYALÇIN**, s.18.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Herhangi zarar verici bir olayın kaza olarak nitelendirilebilmesi için içermesi gereken kurucu unsurların neler olduğu hakkında yabancı hukuk sistemlerinde ileri sürülen görüşleri ele alacak olursak;

Amerikan hukukunda; yaralanma veya ölüm olaylarının tamamen dışarıdan, şiddetli, tesadüfi ve diğer bütün sebeplerden bağımsız olarak gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir[25].

İngiliz hukukunda kazanın kurucu unsurları olarak şiddetle dışarıdan kaynaklanma, görünür olma ve sigortalının dikkatsizliği sayılmaktadır[26].

Zarar doğuran bir olayı can sigortası hukuku bakımından kaza olarak nitelendirebilmek için gereken Türk hukuk doktrininde aranan unsurlar sırasıyla şunlardır;

A. Anilik

Bir kazanın varlığından söz edebilmek için öncelikle ferdi kaza sigortası vasıtasıyla korunulmak istenen rizikoyu teşkil eden olayın ani bir biçimde ortaya çıkması gerekir. Kazanın tanımında yer alan anilik unsuru "bir anda, bir anlık, bir saniyede" gibi dar anlamda anlaşılmamalı, "bir tek, kısa devreli, süresi dakik surette tayin ve tahdit edilebilen" şeklinde değerlendirilmelidir[27]. Kaza sayılan olayın ani bir şekilde meydana gelmesinden kasıt bedeni zararın kısa bir süre devam eden bir darbenin sonucu gerçekleşmiş olmasıdır[28]. Kaza aniden, beklenmeyen bir biçimde meydana gelmelidir. Kazanın ani olarak meydana gelmesi zaman bakımından çok beklenilmez olması anlamını taşımaktadır[29]. İnsan bedeninin uğradığı zarara kısa süren bu beklenmeyen olay neden olmalıdır. Örneğin yüksek bir binanın balkon korkuluğundan yürüme iddiasında bulunan bir kişi bu deneme sırasında aşağıya düşerse kaza her ne kadar aniden gerçekleşmiş olsa da beklenilmezlik unsuru söz konusu değildir. Zira iddianın esası düşme veya düşmeme üzerine kuruludur. Bu nedenle bu olayı ferdi kaza sigortası teminatı kapsamına almak mümkün değildir. Buna karşılık teli kopan bir asansörde kabinin düşmesi neticesinde bir kişi ölür veya sakat kalırsa, telin kopmaya başlamasıyla kabinin tamamen düşmesi arasında en azından on dakikalık bir zaman geçse bile bu olay çok kısa sürede gerçekleşmemekle birlikte beklenilmezlik unsurunu içerdiğinden kaza kapsamına girmektedir.

Anilik unsuru kazanın uzun bir süre içerisinde meydana gelmesini önlemek amacıyla tanımda yer alan bir unsurdur. Kaza kavramını hastalık

---

25 **TAYLOR, Irwin M.:** The Law of Insurance, Secod Edition, New York 1968s.44.

26 **PRESTON, Sidney/COLINVAUX, Raoul P:** The Law of Insurance, Second Edition, London 1961 s.308-309.

27 **NEYZİ,** s.56.

28 **BOZER,** 1965, s.374.

29 **SERGİCİ, Erdoğan:** Ferdi Kaza, SD 1977, S.213, s.82 vd. s.82.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kavramından ayıran en önemli özelliği de insan bedeninde meydana gelen zararın bu kısa süreli ve ani olarak nitelendirilen olaydan kaynaklanmasıdır[30].

Yılan veya başka bir hayvanın ısırıp sokması, yüksek bir yerden düşme, ağır bir şey kaldırmaktan ötürü adale kopması kazalarda anilik unsurunun en tipik biçimde ortaya çıktığı örnekleridir.

Anilik unsuru bedeni zararın meydana gelmesinde değil, kaza sayılan olay bakımından arandığından ani bir şekilde meydana gelen olay neticesinde husule gelen bedeni bir zararın da kendisini aniden göstermesi gerekmemektedir. Kazanın neticesinin yani bizzat bedeni sakatlığın ani veya tedricen meydana gelmesi önemli değildir. Kimi zaman aniden gerçekleşen ve rizikoyu teşkil eden olayın neticesinde ortaya çıkan bedeni zarar kendini yavaş yavaş gösterebilir. FKSPGŞ'nin 3. maddesinde kaza olarak sayılan hallerden biri olan zehirlenme ani bir biçimde meydana gelen kazanın neticesinde bedeni zararında aniden değil bir süre sonra yavaş yavaş meydana geldiği en tipik örneklerdendir[31].

B. Dışarıdan ve Şiddetli Bir Etki

Cismani zarara sebep olan olayın can sigortası açısından kaza sayılması için sigortalının dışından ve ani şiddette bir etkiyle meydana gelmesi gerekir. Kazanın harici bir mücbir sebepten ileri gelmesi gerektiği ileri sürülmektedir[32]. Beden üzerindeki dışarıdan gelen etki vurma gibi aktif veya düşme gibi pasif nitelikte olabilir.

Kaza dışarıdan gelen bir olayın neticesinde değil de ferdi kaza sigortalısının şahsından, örneğin mevcut bir fiziksel bir bozukluğu nedeniyle gerçekleşmişse bu durumda ferdi kaza sigortası kapsamında bir kazanın varlığından bahsedilemez. Bu durumun en tipik örneği olarak kalp krizi geçiren bir şoförün o sırada kaza yapmasını veya bir kimsenin beyin kanaması geçirerek kayıktan düşüp boğulmasını verebiliriz.

İngiliz poliçelerinde kazanın dışarıdan kaynaklanması unsurunun yanı sıra gözle görülür olması şartı aranmasına rağmen bizim poliçe genel şartlarımızda gözle görülebilme unsurunun varlığı kazanın meydana gelmesinde ayrıca şart koşulmamıştır. FKSPGŞ etkinin dışarıdan gelmesini şart koşmakla birlikte kazanın neden olduğu zararında mutlaka dışarıdan görülebilir nitelikte olması şartını aramamıştır.

Böylece zehirli gaz teneffüsü, ilaç yerine hataen zehirli bir madde içmek gibi dış kaynaklı ancak gözle görülemeyen olaylar ile dışarıdan gelen bir et-

30 **BOZER,** 1981, 262, **BOZER,** 1965, s.374; **ULAŞ,** s.170.

31 **DAMCI,** s.151.

32 **DAMCI,** s.151.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kiyle iç organlarda meydana gelen iç kanama ve sinir krizi gibi arızalar da kaza olarak kabul edilerek ferdi kaza sigortasının kapsamına alınmış, bunun neticesinde de İngiliz hukukundaki uygulamadan daha yerinde bir düzenleme getirilmiştir[33].

Kazanın dışarıdan şiddetli bir etkiyle gerçekleşmesinden maksat cismani zararın dışarıdan gelen bir zorlu kuvvet neticesinde vukuu bulmasıdır[34].

İngiliz ferdi kaza sigortası poliçeleri genel şartlarında yer alan kaza tanımında şiddet unsuru ile kastedilen ferdin kaza ile kendi iradesi dışından ani bir etkiyle karşılaşmasıdır. Zira kazaların daima bir köpek tarafından ısırılmak biçiminde şiddet unsuru içererek gerçekleşmediğini belirtmektedirler. Gerçekten de şiddet kavramının içinde daima anilik unsuru bulunmasına rağmen aniden ortaya çıkan olaylarda daima şiddet hali varolmayabilir. Bu nedenle kaza kavramının tanımlanmasında sadece anilik unsuruyla yetinilmiş olunmasında yarar vardır; aksi halde şiddet unsurunun katı bir biçimde aranması neticesinde ani gaz yayılmasından, kasti olmayarak ilaç yerine zehirli bir madde içmekten kaynaklanan hastalık ve ölüm halleri teminat dışı bırakılacaktır[35].

Şiddet unsuru anilik unsurunun yanı sıra kazayı hastalıktan ayıran bir başka önemli husustur[36]. Zira hastalıklara neden olan mikroplarda insan vücuduna her ne kadar dışarıdan gelerek iç ve dış organlara zarar veriyor olsa da mikropların vücuda girişi sırasında şiddet unsuru söz konusu olmadığından ve hastalık insan bünyesinin dahilinde oluşan patolojik bir hal olduğundan[37] mikropların yol açtığı zararları kaza olarak değerlendirmek mümkün olmayacak sadece bir hastalığın varlığından söz edilecektir. Ancak dışarıdan şiddetle gelen bir kuvvetin neticesinde dahilen veya haricen bir uzvi sakatlığın meydana gelmesi halinde kazadan bahsedilebilir[38].

C. Sigortalının İradesi Dışında Gerçekleşme

Kazanın ve bunun yol açtığı bedeni sakatlıkların meydana gelişinde insanın iradesi kesinlikle yer almamalıdır. Kişinin kendi iradesi ve arzusu ile, bilinçli olarak bedenine zarar vermesi hali kaza olarak kabul edilemez. Ancak kazaların büyük çoğunluğunun kişinin dikkatsizliği ve ihmalinden doğduğu gerçeği karşısında ağır hata haricinde ihmal ve tedbirsizlik neticesinde gerçekleşen olaylar da kaza olarak kabul edilmektedir[39]. Buna karşılık kişi

---

33 **AKTAŞ,** s. 43; **KARAYALÇIN,** s.44; **ÜÇSEL,** s.13.

34 **KARAYALÇIN,** s. 18.

35 **AKTAŞ,** s. 42; **PRESTON/COLINVAUX,** s.308.; **ÜÇSEL,** s.12

36 **BOZER,** 1965, s.374; **ULAŞ,** s.171.

37 **DAMCI,** s.151.

38 **NEYZİ,** s.56.

39 **ATABEK,** s.398-399; **BOZER,** 1981, s.262; **ULAŞ,** s.171.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tarafından kendinde bedensel zararlar yaratmaya yönelik bilinçli davranışları rizikonun kasten gerçekleştirilmesi hali olarak kabul edilerek ferdi kaza sigortası teminatı dışında bırakılmaktadır. İntihar, düello ve organların bilerek sakatlanması gibi durumlarda zarar kasten verildiğinden bir kazanın varlığından söz etmek mümkün değildir. Kazanın oluşumunda insan iradesinin bulunmaması unsurunun aranmamasının nedeni kasdi hareketlerin önlenmesinin amaçlanmasıdır. Zira, zarar verici bir olayın kaza olarak kabul edilmesinde anilik ve haricilik unsurlarının yanı sıra sigortalının iradesinin bulunmamasının şart koşulmasının temelinde kişinin iradesiyle meydana gelen ancak aynı zamanda ani ve harici kazaların varlığı yatmaktadır. Yangın, deprem veya benzeri bir olayda canını kurtarma gibi bir zaruret hali olmaksızın binadan aşağı atlamayı insanın iradesiyle gerçekleştirdiği aynı zamanda anilik ve haricilik unsurlarını içeren kaza hallerine örnek olarak verebiliriz.

Kazanın insan iradesi dışında gelişmesi unsurunun varlığına rağmen kazanın insan iradesiyle gerçekleştirilip de istisnaen kaza sigortasının sağladığı teminatın kapsamına dahil edilen haller de bulunmaktadır. İnsan iradesinden kaynaklanan kazaların teminat kapsamında değerlendirilmesinde esas alınan kriter, kazaya yol açan olayda kişinin kaçınılmaz bir tehlikeyle karşı karşıya kalması ve bu tehlikeden kurtulabilmek için başka bir seçeneğinin mevcut olmamasıdır.

Yukarıda verdiğimiz örnekte de belirtildiği üzere, yangın tehlikesine maruz kalan kişinin ciddi anlamda bir zaruret haliyle karşı karşı olması nedeniyle canını kurtarmak için binanın penceresinden aşağıya atlaması veya freni patlamış bir arabadan dışarı atlaması veya boğulmakta olan birini kurtarmak için denize dalması her ne kadar insanı iradesiyle gerçekleştirilmiş olaylar olsa da anilik ve haricilik unsurlarının varlığı ve en önemlisi başka yönde hareket etme imkânını ortadan kaldıran bir zaruret halinin bulunması bu gibi olayların kaza olarak değerlendirilip teminat kapsamına dahil edilmesine neden olmaktadır. FKSPGŞ.m.5/d bendi de bu hususa yönelik getirdiği düzenleme ile tehlikede bulunan şahıs ve malları kurtarmak amacıyla sigortalının kendisini bile bile tehlikeye atması durumunda meydana gelecek kazanın iradi olmasına rağmen teminata dahil olacağını ifade etmiştir.

D. Ölüm Veya Cismani Zarar

İnsanın iradesi ve bilinçli hareketi dışında ani ve şiddetli olarak gelişen olay o insanın vücut bütünlüğüne yönelik ve bedeni bir zarar doğurucu nitelikte bir tecavüz olduğu takdirde bir kazanın varlığından söz edilebilir. Kaza sayılan olayın insan bedenine zarar vermesinden kasıt; sigortalı kişinin sağlık durumunun bozulması, bedeni hareketlerinin azalması veya tamamen zail olmasıdır[40]. Bedeni sakatlık sağlığın organik olarak bozulması,

40 **BOZER,** 1965, s.373.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

uzvi faaliyetlerinin zayıflaması ya da tamamen yok olması demektir[41]. İnsan bedenindeki zarar olayı geçici veya kalıcı sakatlık veya ölüm ve hastalık halleri olarak karşımıza çıkabilir.

Gerçekleşen kazanın ölüm veya herhangi bir cismani zarara neden olması unsurunun aranmasının temelinde doğal nedenlerden kaynaklanan hastalık hallerinin kaza kavramından ayırt edilmesi saiki yatmaktadır. Zira ferdi kaza sigortası poliçesi sadece kaza hallerini teminat altına almayı amaçlamaktadır.

Yargıtay 11. HD; 28.06.1996 tarih, E.1996/3239, K.1996/4799 sayılı kararında;

"Ecel kavramı terminoloji yönünden bir tıp bilimi kavramı olmayıp, dini bir kavramdır.....Tıp biliminde ecel ile ölüm kavramına yer verilmeyip, ölüm olayı doğal ve zorlamalı ölüm olarak ikiye ayrılmıştır.....Doğal ölüm, vadesi gelmiş, belli bir ömrü yaşamış kişilerde herhangi bir hastalık olmadan meydana gelen ölüm halidir.....Zorlamalı ölüm; normal ölüm zamanı gelmeden herhangi bir sebep etkisi ile bir kişinin ölmesi hali olarak tanımlanmaktadır. Bu tür ölüm kaza sebebiyle oluşan ölümü de kapsamaktadır....

Bu açıklamalar karşısında sigorta poliçesinde yer alan ecel ile ölüm kavramından, tıp biliminde yer alan doğal ölüm kavramı ile eşanlamlı olarak kullanılmak amacıyla sigortacılık uygulamasında kullanıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira sigorta poliçesinde kaza ile oluşacak ölüm, ecel ile oluşacak ölümden farklı bir riziko şekli olarak kabul edilmiştir.

Kaza ile ölüm halinin ise sigorta poliçesi genel şartlarının 2. maddesinde değinildiği üzere ani ve harici bir dış etkinin sebep olduğu ölüm hali olduğu tartışmasızdır". demek suretiyle kazanın sebep olabileceği zararlı sonucuna ve meydana gelen ölüm olayının ferdi kaza sigortası teminatı kapsamında değerlendirilebilmesi için gereken unsurlarına değinmektedir[42].

Yabancı ülkelerde şok neticesinde ortaya çıkan sinirsel ve psikolojik bozukluklar ferdi kaza sigortası teminatı dışında tutulmaktadır[43]. Buna karşılık modern adli tıp cismani zararı geniş yorumlayarak kaza neticesinde meydana gelen ve çalışmayı engelleyecek derecede ciddi olan psikolojik bozuklukları da teminat kapsamına almaktadır[44].

Organik bir sebebe dayanan sinir bozukluklarının kaza kavramına dahil edilmesi gerekmektedir[45].

---

41 **NEYZİ,** s.55.

42 **ULAŞ,** s.172-173.

43 **AKTAŞ,** s. 44, dn.5; **ÜÇSEL,** s.14.

44 **AKTAŞ,** s.44, dn.6.

45 **BOZER,** 1965, s.373.; **FARNER, Hans / VILLANOVA, Jérome:** L'assurance Contre Les Accidents et La Responsibilité Civile, 5. Edition, Lausanne 1972, s.9.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sinir bozukluklarının sinirlerdeki organik arızalardan ileri gelmek kaydı ile bedeni sakatlık olarak kabul edilecekken, korku ve telaş gibi tamamen ruhi kaynaklı sinir bozukluklarını ise bedeni arıza olarak addetmek mümkün değildir[46].

Cismani zarar çoğunlukla beden üzerinde husule gelen arıza, bir cismin etkisi ile adale yırtılması, parçalanması, kemiğin kırılması, yaranın açılması biçiminde meydana gelir. Bu şekilde gerçekleşen bir cismani zararın varlığını tespit etmenin kolaylığı karşısında gaz ile zehirlenme, boğulma, soğuktan donma, güneş çarpması, iç kanama gibi sigortalının bedeninde bir zarar doğuran ama varlığının dışarıdan tespiti çok zor olan haller de bulunmaktadır. Bu gibi durumlar her ne kadar bir kemik kırılması, böcek sokması, köpek ısırması gibi kaza olarak kabul edilen ve dışarıdan gözlemlenmesi kolayca mümkün olan olaylar olmasa da organların faaliyetlerini kısmen veya tamamen sekteye uğrattığı için cismani zarar olarak telakki edilerek ferdi kaza sigortası kapsamına alınmaktadır[47]. Bu bağlamda cismani zararın mutlaka dışarıdan görülebilir nitelikte olmak zorunda olmadığı sonucuna varılmaktadır. Örneğin, kafaya gelen şiddetli bir darbe dışarıda gözle görülür bir iz bırakmamasına rağmen beyinde kanamaya veya ciddi bir hasara yol açabilir, aynı şekilde karın bölgesine yönelmiş bir darbe dışarıda belli belirsiz bir iz bırakmakla beraber mideyi ciddi bir biçimde zedelemiş olabilir. Örnek verilen durumlar gözle görülür nitelikte olmasa da cismani zarara neden olmaları nedeniyle kaza olarak kabul edilir ve teminat kapsamına dahil edilir.

Bedeni zararlardan hangilerinin kaza sigortasıyla karşılanacağı hususunda tartışılan bir başka noktada vücudun suni bir parçasının zarara uğraması halinde teminattan yararlanıp yararlanamayacağıdır.

Vücudun suni bir parçasının zarara uğraması da maddi bir zarar teşkil etmekte ve söz konusu suni parçanın vücuda sıkı surette bağlanmış olması halinde ona yönelik bir zararın da sigortanın kapsamına dahil olması gerekmektedir[48]. Zira vücudun takma bir kısmının hasar uğraması da bir mal zararı olarak telakki edilir. Ancak bazı hallerde hal ve şartların icabına göre ve bilhassa suni kısmın vücuda sıkı surette bağlı bulunması durumunda belli bir miktar tazminat ödenebilir[49].

E. Fiil ile Cismani Zarar Arasında İlliyet Bağı

Sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için kaza ile sigortalının bedeninde meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır[50].

---

46 **NEYZİ,**s.55.

47 **ATABEK,** s.394.

48 **BOZER,** 1965, s.374; **FARNER/VILLANOVA,** s.10.

49 **NEYZİ,**s.55.

50 **BOZER,** 1965, s.374; **KENDER,** s.200; **PEKİNER,** s.17.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İlliyet bağının varlığını kabul edebilmek için kazanın sigortalının ölümüne veya bedeninde ve sağlık durumunda çalışmasını engelleyen aksaklıklara neden olması gerekmektedir. Beklenmediği halde gerçekleşen ve ölüm veya sakatlanmaya yol açan kaza bu sonucun yakın sebebi olmalıdır[51].

İlliyet bağının tespiti her zaman kolay olmayabilir. Bedendeki zararın oluşumunda kazadan başka unsurlarda etkili olmuş olabilir. Bunun en tipik örneği önceden yakalanılmış olunan bir hastalığın varlığıdır. Bu gibi durumlarda zararın kaza neticesinde gerçekleştiğini yani aralarındaki illiyet bağının varlığını belirlemek oldukça güçtür.

Örneğin sigortalı kaza öncesi fıtık olduğu halde çok bariz şekilde ortaya çıkmamış olduğundan farkında olmayabilir. Kaza fıtığın ortaya çıkmasına ve sadece fıtık halinden dolayı sigortalının bir cismani zarara uğramasına sebep olursa bu cismani zararı kazaya bağlamak doğru olmaz. Çünkü bünyede fıtık hali olmasaydı aynı kaza sigortalıda herhangi bir cismani zarara neden olmayacaktır. Cismani zarar bir hastalık olan fıtıktan kaynaklanmıştır. Bu nedenle kaza ile cismani zarar arasında tam bir illiyet bağı bulunmamaktadır. Buna karşılık başlangıçta sigortalının bünyesi sağlıklı olmasına rağmen kaza neticesinde fıtık ortaya çıkmışsa bunu hastalık olarak değil kazanın neden olduğu bir cismani zarar olarak kabul etmek gerekir. Bu durumda kaza ile cismani zarar arasında illiyet bağının varlığından söz etmek mümkündür.

Bu hususta bir başka örnek verecek olursak;

Kazayı müteakip ciddi bir ameliyat gerekse ve sigortalı bu ameliyat sırasında anestezi nedeniyle ölse, kaza hali devam ettiğinden ameliyata rağmen bir kesilme hali söz konusu olmadığından kaza ile ölüm arasında illiyet bağı olduğu kesindir. Buna karşılık kazada sigortalı ayağını kırsa ve kaldırıldığı hastanede başka bir hastadan mikrop kapma suretiyle mikrobik bir hastalıktan ölse ölüm doğrudan doğruya ve başlı başına kazadan değil mikrobik hastalıktan olmuştur. Bu nedenle kaza ile ölüm arasında bir illiyet bağı bulunmamaktadır.

Kaza ile meydana gelen zararın arasında illiyet bağının bulunduğunu ispat yükü sigortalıya ait bulunmaktadır.

II. KAZA SAYILAN SOMUT HALLER

Kaza kavramının günlük hayattaki çok geniş anlamı, ferdi kaza sigortalarında kaza olup olmadıkları tartışmalı bazı durumlara açıklık getirmek amacıyla poliçe genel şartlarında kaza sayılan ve sayılmayan haller sınıflandırması içinde özellik gösteren bazı ihtimallerin ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.

---

51 **NEYZİ,** s.59.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

FKSPGŞ bu zorunluluktan hareketle öncelikle 3. maddesinde de hangi hallerin kaza sayılacağı hususunu düzenlemektedir. Şüphesiz söz konusu maddede kaza olarak sayılan hallerin ortak özelliği doktrinde öngörülen ve yukarıda sırasıyla açıklanan unsurları içeriyor olmalarıdır.

FKSPGŞ.m.3'de dört bent halinde kaza olarak sayılan haller şunlardır;

a. Birdenbire ve beklenilmeyen bir şekilde intişar eden gazların teneffüsünden,

b. Yanıklardan ve ani bir hareket neticesinde adale ve sinirlerin incinmesi, burkulması ve kopmasından,

c. Yılan ve haşerat sokması neticesinde husule gelen zehirlenmeler,

d. Isırılma neticesinde meydana gelen kuduzdan mütevellit vefat hali veya cismani arızalardır.

ULAŞ; FKSPGŞ'nin 3. maddesinde kaza olarak sayılan bu hallerin sınırlayıcı olarak kabul edilmemesi, sayılanlar dışında oluşan ve genel tanım içinde kalan hallerinde kaza kapsamında kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[52].

Kanaatimce FKSPGŞ.m.3'te belirlenen kaza hallerini sınırlayıcı olarak kabul ederek bunların dışında kalan halleri kaza olarak telakki etmemek bir noktada yerinde olmayacaktır. Şöyle ki; genel şartların 2. maddesinde yapılan genel kaza kavramına uyan ve zarar verici herhangi bir olayı kaza olarak kabul etmeye neden olan unsurları içeren ancak 3. maddede kaza olarak adı zikredilmemiş olaylarla karşılaşılması mümkündür. Bu durumda genel tanıma uyan ve kaza kavramının unsurlarını barındıran ancak genel şartlarda kaza olarak sayılmamış diğer hallerinde kaza olarak kabul edilmesi FKSPGŞ kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin daha yerinde bir yaklaşım olacağı düşüncesiyle ULAŞ'la aynı kanaati paylaşmaktayım.

III. KAZA SAYILMAYAN HALLER

3. maddesinde hangi hallerin kaza olarak kabul edileceğini düzenleyen FKSPGŞ bu maddenin hemen ardından 4. maddesinde de hangi hallerin kaza sayılamayacağını ifade ederek zarar doğurucu bir olayın kaza olup olmadığı ve sigorta teminatının kapsamına girip girmediği hususunda bir tartışmaya yer vermeyecek kadar açık ve yalın bir düzenleme getirmektedir.

FKSPGŞ tıpkı diğer poliçe genel şartları gibi önce sigortanın kapsamını sonra aksi sözleşmeyle kararlaştırılabilen rizikoları daha sonrada mutlak istisnaları açıklarken bunun yanın sıra 4.maddede kaza sayılmayan halleri ayrıca düzenlemek suretiyle bir anlamda mutlak istisnaları genişletmiş olmaktadır[53].

---

52 **ULAŞ,** s.182.

53 **ACİNAN, Hilmi**: Sigortaya Giriş, İstanbul 1998, s. 110.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

FKSPGŞ.m.4'te sayılan kaza sayılmayan haller şunlardır;

a. Her nevi hastalıklarla bunların neticelerinin ve marazi bir halin tevlit ettiği vefat hali veya cismani arızalar: Bu istisna ferdi kaza sigortası poliçesi ile hastalık sigortası poliçesini birbirinden ayıran en önemli farktır. Bu nedenle böyle önemli bir hususun mutlak surette himaye dışı kalan hallerden biri olarak düzenlenmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

b. Sigortanın şümulüne giren bir kaza neticesinde vukua gelmediği takdirde, suhunetin, donma, güneş çarpması ve konjestion gibi tesirlerinin tevlit ettiği vefat hali veya cismani arızalar: Donma, güneş çarpması ve konjestion gibi tesirlerden meydana gelen ölüm veya cismani zararın doğrudan doğruya bir kaza sonucunda olmadığı hususun ispatı çok zordur ve bu ispat yükümlülüğü sigortacıya aittir. İsviçre poliçesinden aynen aktarılmış olan bu son derece karışık ve sigortacı açısından içinden çıkılması zor duruma poliçede yer verilmiş olmasının sigortacı lehinde bir durum yaratmadığı aksine teminatın çok sınırlı olarak verildiği yolunda bir tedirginlik yarattığı açıkça ortadadır[54].

c. Herhangi akıl ve ruh hâleti ile olursa olsun intiharın ve intihara teşebbüsün tevlit ettiği vefat hali veya cismani arızalar: İntihar veya intihara teşebbüs kesin istisnalar arasında yer alması gereken bir halken kaza sayılmayan haller arasında düzenlenmiştir. Oysa İngiliz poliçelerinde her türlü intihar ve intihara teşebbüs hali sonucunda meydana gelen ölüm ve cismani zararın teminat dışı olduğu kesin olarak ifade edilmiştir[55].

İntihar konusunda önemli olan husus ispatındaki güçlüktür. İntihar olayının ispatı sigortacıya aittir.

d. Aşikâr sarhoşluğun, sigortanın şümulüne giren bir kazanın icap ettirmediği ahvalde uyuşturucu madde kullanmanın, ilaç ve zararlı madde almanın tevlit ettiği vefat hali veya cismani arızalar[56]: Fıkradaki ilaç ve zararlı madde almanın doğuracağı ölüm veya cismani zarardan maksat, bunların kötü ve zararlı netice doğuracağını bile bile alınmasıdır. Hataen alınan bir ilaç veya zararlı maddeden kaynaklanan ölüm veya cismani zararları himaye dışı saymamak gerekir.

e. Sigortanın şümulüne giren bir kazanın icap ettirmediği cerrahi müdahalenin (ameliyatın) ve her türlü şua tatbikinin tevlit ettiği vefat hali veya cismani arızalar: Bu fıkrada yer alan düzenlemenin

---

54 **AKTAŞ,** s.66.

55 **AKTAŞ,** s.66.

56 Y.11.HD, 25.12.1996 T, 1996/6398-9176 sayılı kararında; "rizikonun sırf aşikar sarhoşluk sebebiyle oluşması halinde genel aşrtlar gereğince teminat dışında kalacağına" hükmetmiştir. **ULAŞ,** s.182-183.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

de mutlak surette himaye dışı kalan hallerden biri olarak telakki edilerek FKSPGŞ.m.5'e dahil edilmesi daha yerinde olabilirdi.

IV. FKSPGŞ İLE HİMAYE DIŞI BIRAKILAN RİZİKOLAR

FKSPGŞ, 2. maddesinde bu tür sigortanın rizikosunun teşkil eden kaza kavramı tanımlandıktan sonra olası bir kavram karmaşasını önlemek amacıyla 3. maddesinde bu tanım uyarınca kaza sayılan halleri ve 4. maddesinde ise kaza sayılmayan halleri tek tek belirtmektedir. Ancak FKSPGŞ bu düzenleme ile yetinmeyerek hiçbir surette ferdi kaza sigortası sözleşmesine konu edilemeyecek hususları 5. maddede ve aksine bir düzenleme olmadığı takdirde ferdi kaza sigortası sözleşmesi yapılabilecek rizikoları 6. madde de saymaktadır.

FKSPGŞ.m.5 ve 6'nın kapsamlarında 10.12.1999 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere; Müsteşarlık tarafından 09.12.1999 tarihinde önemli bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik öncesinde ferdi kaza sigortasının mutlak istisnalarını düzenleyen 5. maddenin (e) fıkrasında deprem, yanardağ püskürmesi ve heyelan mutlak surette teminat dışı kalan rizikolar olarak düzenlenmekteyken; yapılan değişiklikle bu rizikolar ferdi kaza sigortasının mutlak istisnaları olmaktan çıkartılıp 6. madde kapsamına alınmış ve sözleşmede belirtilmek kaydıyla teminat altına alınmaları sağlanmıştır.

1. Mutlak Surette Himaye Dışı Kalan Rizikolar

FKSPGŞ.m.5 ferdi kaza sigortası sözleşmesinin mutlak istisnalarını düzenlemektedir. Bu madde de sayılan olaylar neticesinde meydana gelen ölüm ve bedeni zararlar ferdi kaza sigortasının sunduğu himayenin kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle 5.madde de sayılan bu haller ferdi kaza sigortasından muafiyet halleridir.

FKSPGŞ.m.5 uyarınca aşağıdaki haller sigortadan hariçtir;

A. Harp ve harp mahiyetindeki harekat, ihtilal, isyan, ayaklanma veya bunlardan doğan iç kargaşalıklar: Bu rizikolar katostrofik nitelikleri sebebiyle en baştan beri bütün ülkelerde ferdi kaza sigortalarının en başta gelen istisnaları olmuştur. Ülkelerin büyük çoğunluğunda silah altında bulunan muvazzaf veya yedek ordu mensupları ferdi kaza sigortası himayesi dışında tutulmaktadır.

B. Grevlere, lokavt edilmiş işçi hareketlerine, halk hareketlerine, kavgalara iştirak: Bu istisna, sigortacıların mümkün mertebe poliçede az sayıda istisna hükmüne yer verme çabaları sonucunda tam istihdam seviyesine erişmiş ve buna paralel olarak sigortacılığı da gelişmiş olan ülkelerde uygulanan ferdi kaza sigortası poliçelerinde yer almamaktadır. Nitekim bizim FKSPGŞ'ye kaynaklık etmiş İsviçre poliçelerinin bugünkü metninde bu istisna bulunmamaktadır[57].

---

[57] **AKTAŞ**, s. 62.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ayrıca kanuni birer eylem olan grev ve lokavt eylemlerine katılma halinin kesin istisnalar arasında sayılmış olması da yerinde bir düzenleme değildir. FKSPGŞ düzenlenirken kanunla tanınmamış olan grev ve lokavt hareketlerinin günümüzde kanuni birer eylem olması karşısında FKSPGŞ'de hala eski düzenlemeye göre grev ve lokavtın kesin istisna hali olarak sayılmasını doğru bulmamaktayız.

Bu istisnaya yönelik son eleştirimiz; bu fıkradaki "halk hareketleri" ifadesinin ilk fıkrada; "kavgalara iştirak" deyiminin ise bundan sonraki fıkrada yer almasının daha yerinde bir düzenleme olacağı hususudur.

C. Cürüm ve cinayet işlemek veya bunlara teşebbüs: Cürüm ve cinayet halleri TTK.m.1277'ye göre zaten sigorta edilebilir nitelikte değildir. Zira kanunla yasaklanmış ve ahlaka aykırı fiiller sigorta edilemez. Cürüm ve cinayet işlemek veya bunlara teşebbüs etmek kanuna ve ahlaka aykırı eylemler olduğunan esasen himaye dışıdır ve hiçbir şekilde himayenin kapsamına dahil edilemezler. Ancak burada cürüm ve cinayetlere iştirakin doğrudan doğruya olması şarttır. Örneğin cürüm ve cinayeti önlemek amacıyla araya giren kimsenin yaralanıp veya ölmesi poliçe teminatı dışı bir durum değildir.

Burada önemli olan bir başka hususta sigortalının bizzat bu fiilleri işlemiş olmasıdır.

D. Tehlikede bulunan eşhas ve malları kurtarmak hali müstesna, sigortalının kendisini bile bile ağır tehlikeye maruz bırakacak hareketlerde bulunması: İlk fıkrada yer alan savaş istisnası gibi bu istisna da ülkemizde ve diğer ülkelerde uygulanan bir kesin istisna halidir. Bu istisnanın en önemli unsuru; zorunlu bir durum söz konusu değilken sigortalının tehlikeye bilerek yani iradesi ile atılmasıdır. Bu bağlamda tehlikeden maksat makul bir insanın yapılması halinde netice doğuracağını kestirebileceği hallerdir. Zaruret söz konusu değilken tehlikeye atılmak ne kaza rizikosunun ne de TTK.m.1263'de düzenlenen sigorta kavramının kapsamına girmemektedir.

Ancak sigortalının daha tehlikeli bir durumdan kurtulmak için daha az tehlikeli bir başka tehlikeye baş vurması ise teminat kapsamına girmektedir. Zira burada zaruret söz konusudur.

Örneğin sigortalı canını kurtarmak için yanan bir binanın penceresinde atlarsa ortada bir zaruret hali olduğundan poliçe bu atlama eyleminin sonuçlarını himaye eder; ancak sigortalı yanan binaya içerde kalan canları veya malları kurtarmanın dışında kalan herhangi bir sebeple girerse bu girişin neticelerini poliçe temin etmez.

E. Seylap: Bu doğal afet katastrofik sonuçlar doğurabileceği için himaye dışı bırakılmıştır. İngiliz poliçelerinde seylap himaye dışı bırakılmamıştır. Bu düzenlemenin nedeni; İngiltere'de hiç seylap afetinin görülmemesi veya görülenlerin de katastrofik bir sonuç doğurmamasıdır[58].

---

58 **AKTAŞ**, s.64.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

F. Nükleer rizikolar: Nükleer rizikolar tartışma kabul etmez katastrofik mahiyetleri nedeniyle Türk ve isviçre ferdi kaza poliçelerinin kesin istisnaları arasında yer alırken bu husus İngiliz poliçelerinde bir istisna hükmü olarak düzenlenmemiştir[59].

G. 3713 sayılı Terörle Mücadale Kanunu'nda belirtilen terör eylemleri ve buna bağlı sabotajlara katılmak:

Suda boğulmalar sigortanın kapsamına giren bir kaza neticesinde gerçekleşmediği takdirde sigortadan hariçtir.

Yabancı hukuk sistemlerinde FKSPGŞ'de mutlak surette himaye dışı kalan rizikolara ilişkin düzenlemeleri inceleyecek olursak;

Amerikan ferdi kaza sigortası poliçesinin genel şartlarında mutlak surette himaye dışı bırakılan rizikolar şunlardır;

- Bir kazanın sebep olduğu yara ve kesiklerin neticesi olan enfeksiyonlar hariç her türlü hastalık ve enfeksiyonlar,

- Harp ve harp halinden veya sigortalının harpte bulunan bir ülkenin kara ve deniz kuvvetleri hizmetinde bulunduğu sırada,

- Bilinçli veya bilinçsiz intihar veya intihara teşebbüsten,

- Hava seyahatlerinden ileri gelen,

- Tıbbi ve cerrahi müdahalelerden ileri gelen ölüm ve sakatlanmalardır.

İngiliz ferdi kaza sigortası poliçesi genel şartlarında mutlak surette himaye dışı kalan rizikolar ise;

- Harp, işgal, harici düşman harekatı, müsademeler, dahili sivil harp, ayaklanma ve ihtilalden,

- Bilinçli veya bilinçsiz intihar veya intihara teşebbüsten,

- Düzenli hatlarda çalışan ve bir hava nakliyatı kuruluşunun işlettiği uçaklarda biletli yolcu sıfatıyla seyahatler dışında her nevi hava seyahatlerinde bulunmak, bunlara binmek, bunlardan inmek ve düşmekten,

- Kış sporlarına iştirak, futbol, buz hokeyi, polo, avcılık veya dağcılık, motorsiklete binmek veya ayakla yapılan hariç her nevi koşuldan kaynaklanan ölüm ve sakatlanma halleridir[60].

FKSPGŞ'de düzenlenen sigortanın mutlak istisnalarına ilişkin önem arz eden bir durum söz konusudur. Bu durum FKSPGŞ'de himaye kapsamına dahil edilen rizikoların ve bunların sınırlandırılmaları ile ilgili açıklamaların mahkemeler tarafından yorumlanması hususudur.

---

59 **AKTAŞ,** s.65.

60 **NEYZİ,** s.65-66.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu meseleye ilişkin varılan sonuçlar ve benimsenen kurallar şu şekilde özetlenebilir;

- Esas ilke sigortalının korunmasıdır. Sigortacının sattığı teminatı belirten hükümler rizikonun tahakkukunda tereddüde mahal vermemelidir. Aksi halde sigortalının lehine yorum yapılmalıdır[61].

- Riziko sahası dışında kalması öngörülen haller açık bir şekilde belirtilmeli ve sınırları açıklanarak tek tek tespit edilmelidir, aksi takdirde rizikonun daha geniş bir şekilde sigortacı tarafından üstlenildiği benimsenir.

- Poliçede rizikoyu belirten hüküm ile muayyen olay himaye dışı bırakılmış ancak özel bir açıklama ile himaye içi olduğu belirtilmişse sigortacının sorumluluğu benimsenir.

- Vaz edilen hükümlerden hareket edilerek istidlal ile muayyen olayların veya rizikoların sigorta dışında bırakıldığı kabul edilemez.

Sigorta genel şartları genel, soyut ve tek yanlı belirlenmiş olmaları nedeniyle genel işlem şartlarının tipik örneğini oluştururlar[62]. Bu nedenle de genel şartların bireysel sözleşmelerin yorumunda uygulanan kurallara göre yorumlanması gerekir[63].

Ancak halen genel şartların ülkemizdeki uygulamasında kullanılan sistem öncelikle kullanılan dilin karmaşıklığı, metnin anlaşılmazlığı olmak üzere çeşitli yönlerden eleştirilmektedir[64].

Yargıtay; Türk hukukunda FKSPGŞ ile mutlak surette sigorta himayesi dışında bırakılan bu muafiyet hallerinin sigorta poliçesinde açık ve net bir biçimde belirtilmiş olması şartını aramaktadır. Belirtilmeyen durumlarda yorum yolu ile muafiyet hallerinin genişletilmesine imkân tanımamaktadır.

Y.11.HD. 28.06.1995 T., 1996/3239 E. ve 1996/4799 K. sayılı kararında; ".....sigorta ettirenin terör örgütü ile giriştiği çatışmada öldüğünü; örgüt elemanlarının işlediği eylemlerin 3713 sayılı kanun ile terör suçu olarak değerlendirildiği bu durumda FKSPGŞ.m.5'te terör olarak tanımlanan eylemler sigorta teminatı kapsamı dışında bırakılmadığına göre olaydaki ölüm biçiminin sigorta teminatının içinde olduğunun kabulünün gerektiği, zira sigorta poliçelerinde sigorta ettiren aleyhine getirilen şartların yorum yolu ile genişletilmesinin mümkün olmadığını....." ifade etmiştir[65].

---

61 **ÖZEL, Çağlar:** Ülkemizde Sigorta Sözleşmelerinin Yorumu Sorunu, DÜHFD, 1998, S.4, s.268.

62 **BAHTİYAR, Mehmet:** Sigorta Poliçesi Genel Koşulları, BATİDER, 1997, C.XIX, S.2. s.92.

63 **KAPLAN, İbrahim:** Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987. s.78.

64 **BARTU, Nihat:** Sigorta Mukaveleleri – Genel Şartları, İstanbul BD, Şubat 1946, Yıl. XX, S.2, s.55.

65 **ULAŞ,** s.183-184.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Aksine Sözleşme Yoksa Himaye Dışı Kalan Rizikolar

FKSPGŞ'de bazı olaylar yüksek riziko ihtimali taşıması sebebiyle kural olarak sigorta himayesi dışında tutulmuş olmasına rağmen aksine sözleşme yapılarak bu rizikolarında sigorta himayesi içine alınabileceği kabul edilmektedir. Aksine sözleşme bulunmadığı takdirde himaye dışında bırakılan bu haller FKSPGŞ.m.6'da düzenlenmektedir. 6.maddede sayılan bu istisnalar mutlak nitelikte olmadığından aksine bir anlaşma yapmak ve ek prim ödemek şartıyla himaye kapsamına alınabilmektedir.

Aksi kararlaştırılması mümkün olan bu haller;

a. Motosiklet ve takma motorlu bisiklet kullanmak ve bunlara binmek,

b. Açık deniz balıkçılığı ile sürek ve sürgün avları, yaban domuzu vesair vahşi hayvan avcılığı ve yüksek dağlarda avcılık,

c. Dağlara ve buzullara tırmanma suretiyle yapılan dağcılık, kar veya buz üzerinde yapılan sporlar (kayak, patinaj, hokey ve boksley gibi); cirit oyunu, engelli binicilik, polo, rugbi, eskrim, halter, güreş, boks, basketbol, futbol ve yelken sporları ile ağır ve tehlikeli jimnastik hareketleri ve profesyonel spor hareketleri,

d. Her nevi spor müsabakaları ile sürat ve mukavemet yarışları[66],

e. Havada yolcu sıfatından başka bir sıfatla uçuş,

f. Deprem, yanardağ püskürmesi, heyelandır.

Aksine sözleşme yapılabilen bu istisna hallerinde sayılan faaliyetler az sayıda sigortalı tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle normal faaliyetlere kıyasla çok daha tehlikeli olduğu kabul edilen bu hallerin teminat dışı bırakılması ile büyük bir sigortalı grubuna daha ucuz teminat verilmesi imkânı yaratılmış olmaktadır. Sonuç olarak kesin olmayan bu istisnaların amacı ek primlerin rizikoyu ağırlaştırıcı faaliyetlerde bulunanlara ödettirilerek, rizikolar arasında denge unsurunu sağlamaktır.

§ 2. TÜRK TİCARET KANUNU İLE POLİÇE GENEL ŞARTLARI UYARINCA FERDİ KAZA SİGORTASI TEMİNATI

I. TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA TEMİNATIN KAPSAMI

Ferdi kaza sigortasında sigorta teminatı rizikonun gerçekleşmesi sonucu sigortalının bedeninde meydana gelen sakatlığın derecesine göre çeşitlilik arz etmektedir.

TTK.m.1334/f.1 uyarınca sigortacı; sigorta ettirenin kaza neticesinde öl-

---

66 Y.11.HD, 04.05.1998b T, 1998/1707-3072 sayılı kararında; "sigorta ettirenin mesleğinin sporcu yazılmış olması halinde genel şartların 6. Maddesindeki aksine mukavele yapılmış olma koşulunun gerçekleştiğine" hükmetmiştir. **ULAŞ,** s.184.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mesi yahut geçici veya daimi olarak çalışma kabiliyetinden mahrum kalması halinde kendisine veya mirasçılarına önceden belirlenmiş bir meblağı toptan veya iratlar halinde ödemeyi üstlenmektedir.

Söz konusu madde uyarınca sigortacı rizikonun gerçekleşmesiyle sigortalıya poliçede yazılı olan bedeli ödemek zorundadır. Meydana gelen zararın poliçede yazılı olan bedelden az olduğunu ileri süremez. Ancak ödenecek olan sigorta bedeli TTK.m.1336 gereğince ölüm, sürekli veya geçici iş görmezlik hallerine göre sınırlandırılmıştır[67].

Sigortacının bu yükümlülüğünün muacceliyet şartları ve kapsamı TTK.m.1336'da düzenlenmektedir. TTK.m.1336'da sigortacının poliçede yazılı sigorta bedelini ödemek zorunda olduğu haller tek tek sayılmıştır.

Ferdi kaza sigortası teminatı TTK.m.1337 hükmü uyarınca, sözleşmede aksine şart olmadıkça poliçede yazılı sigorta bedelinden başka sigortalının tedavi masraflarını da kapsamaktadır.

TTK.m.1336 ve 1337 emredici hüküm değildir. Taraflar istedikleri takdirde sözleşmede bazı hususları teminat dışında tutabilir.

1. TTK.m.1336 Hükmüne Göre Teminatın Kapsamı

Kanun, ferdi kaza sigortasının sunduğu teminatın kapsamını TTK.m.1336'da düzenlemektedir. TTK.m.1336 hükmü; kaza gerçekleştiğinde kazanın doğurabileceği neticeleri ve bu neticelere göre sigortacının poliçede belirlenmiş sigorta bedelini ödeme şekli ve kapsamını ortaya koymaktadır. Söz konusu madde sigortacının ödeyeceği sigorta bedelinin kapsamını kazanın ölüm, daimi veya geçici iş görmezlik halleriyle neticelenmiş olmasına göre ayrı ayrı tespit etmektedir.

A. Ölüm Teminatı

Ferdi kaza sigortasında ölüm olayının sigorta teminatı kapsamında kalabilmesi için ölümün kaza neticesinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ölümün kaza neticesinde gerçekleşmiş olduğunu kabul edebilmek için TTK.m.1336/f.1 uyarınca ölümün kazadan hemen sonra derhal veya kazanın gerçekleştiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde meydana gelmesi gerekmektedir. Aksi takdirde sigorta teminatı dışında kalacaktır.

Görüldüğü üzere TTK.m.1336/1 uyarınca sigortacı kazanın meydana geldiği tarihten itibaren azami bir yıl içinde meydana gelen ölümlerden sorumludur[68].

---

67 **BOZER**, 1981, s.266; **DOĞANAY, İsmail:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.III, 3. Baskı, Ankara 1990, s.3265.

68 **BOZER,** 1981, s.266; **ÖCAL, Akar:** Sigortacılık ve Sigorta Hukuku Hakkında Genel Bilgiler, Ankara 1971, s.34.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TTK.m.1336/1-1'de öngörülen sigortacının sorumluluğuna ilişkin azami bir yıllık sürenin sigortalı veya hak sahipleri aleyhine kısaltılabileceği hususunda doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, kanunda öngörülen bir yıllık süre sözleşme ile kısaltılamaz[69].

Diğer bir görüşe göre ise TTK.m.1336/1 emredici hüküm niteliğinde olmadığından sigortacının sorumluluğunun devam ettiği bir yıllık süre sözleşme ile kısaltılabilir; ancak sürenin sözleşme ile kısaltılabilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması ferdi kaza sigortasının niteliği ile bağdaşmaz[70].

Aslında doktrindeki bu görüş ayrılıkları özünde TTK'da ki yanlış düzenleme ve atıflardan kaynaklanmaktadır. Zira TTK.m.1336/2'nin; TTK.m.1264/4 ile emredici hüküm haline getirilip, 1336/1-1 hükmünün emredici kabul edilmemesi yerinde bir düzenleme değildir. Kaldı ki TTK.m.1336/2 ile 1332 ve 1292 maddelerine atıf yapılmış olup bu maddeler emredici hüküm niteliğindedir[71].

B. Sürekli İş Görmezlik Teminatı

Kaza neticesinde sigortalı iyileşemeyecek biçimde sakatlanmış ise sürekli iş görmezlik teminatı söz konusu olur. TTK.m.1336/f.2 uyarınca FKSPGŞ'de ki düzenleme esas alınarak sakatlanan organ dikkate alınarak sigorta bedeli bir takım oranlamalara tâbi tutulmak suretiyle ödenir.

İş görmezlik kazanın neticesinde derhal gerçekleşirse bir sorun yoktur. Ancak iş görmezlik kazanın neticesinde derhal meydana gelmeyip kazayı müteakiben meydana gelen bir hastalığın neticesinde daha sonra ortaya çıkarsa sigortacı sorumlu olacak mıdır?

Bu hususta kanunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Zira; TTK.m.1336/f.1'de teminattan yararlanabilmek için ölümün kaza tarihinden itibaren bir yıl içinde gerçekleşmesi şart koşulmuşken; sürekli iş görmezlik teminatına yönelik olarak TTK.m1336/f.2'de böyle bir şart ve süreye yer verilmemiştir[72].

---

69 **ATABEK,** s.431; **BAŞBUĞOĞLU, Tarık:** Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu (Açıklamalar-İçtihatlar), 2.Cilt, Ankara 1988, s.1927.

70 **ERİŞ, Gönen:** Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku, Ankara 1990, C.III, s.1443.

71 **ERİŞ,** s.1443.

72 Ancak sürekli iş görmezlik teminatının tâbi olduğu süre FKSPGŞ'da düzenlenmektedir. Sürekli iş görmezlik hali kaza tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde gerçekleştiği takdirde sigorta teminatı kapsamında kalır, aksi halde sigorta himayesi sağlanmayacaktır. Bu husus FKSPGŞ uyarınca teminatın kapsamı başlıklı bahiste ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

C. Geçici İş Görmezlik Teminatı

Ferdi kaza sigortası kapsamına giren bir kaza neticesinde meydana gelen sakatlık geçici nitelikte ise geçici iş görmezlik hali söz konusudur. Geçici iş görmezlik halinde TTK.m.1336/f.3 uyarınca sigortacı sigortalıya poliçede yazılı azami süre boyunca önceden belirlenmiş gündelik tazminatı ödemektedir.

Ferdi kaza sigortası ile himaye sağlanmak istenen kaza sigortalının doğrudan doğruya hastalanmasına neden olmuşsa bu hal geçici iş görmezlik hali gibi mütalaa edilerek gündelik tazminat ödenmesini gerektirmektedir. Geçici iş görmezlik haliyle eşdeğer tutulan hastalık kavramından kasıt kaza olayı ile illiyet bağı olan hastalıktır. Zira kaza olayı ile ilgili olmayan hastalık hali ferdi kaza sigortası teminatı dışında olup hastalık sigortasının konusunu teşkil etmektedir.

2. TTK.m.1337 Hükmüne Göre Teminatın Kapsamı

TTK.m.1337; aksine sözleşme bulunmayan hallerde sigortacının sigortalının iyileşmek için yaptığı tedavi masraflarını da ödemekle yükümlü olduğu düzenlemesini getirmektedir. Sigorta poliçesinde aksi kararlaştırılmadıkça hekim ve ilaç masrafları ferdi kaza sigortası ile karşılanmaktadır.

TTK.m.1337 hükmü kaza tazminatı dışında tedavi masraflarının da ödeneceğini düzenlemekle birlikte, sigortacının sorumluluğuna ilişkin süre ve meblağ hususunda herhangi bir düzenleme getirmemiş ve bu hususların belirlenmesini taraflara bırakmıştır.

Tedavi masraflarının temini hususunda ferdi kaza sigortasına hakim olan ilkeler geçerli değildir. Tedavi masraflarının temini ile sınırlı olmak üzere ferdi kaza sigortası tazmini karakter taşıyan bir zarar sigortası görünümündedir. Bu nedenle zarar sigortasına hakim olan ilkeler uygulanmaktadır. Böylece aşkın sigorta, eksik sigorta, çifte sigortaya ilişkin hükümler ferdi kaza sigortasında da uygulanabilmektedir.

Tedavi masraflarının temini yönünden ferdi kaza sigortasının bir zarar sigortası olarak kabul edilmesinin bir diğer sonucu da rizikonun gerçekleşmesi sonucunda gerçek ve somut zararın yani sadece tedavi masraflarının sigortacıdan istenebilmesi ve bu masraflar için ayrıca rizikonun gerçekleşmesinden sorumlu tutulan şahsa başvurulamamasıdır. Böylece TTK.m.1301 uyarınca sigortacı ödediği tazminat miktarı oranında sigortalısının halefi olup zarara neden olan 3. şahsa rücu edebilecektir[73].

---

[73] **OMAĞ, Merih Kemal:** Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti (TTK.m.1301), İstanbul 1983, s.103.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. FERDİ KAZA SİGORTASI POLİÇE GENEL ŞARTLARI UYARINCA TEMİNATIN KAPSAMI

FKSPGŞ 8. maddesinde dört bent halinde; ölüm, sürekli iş görmezlik, geçici iş görmezlik ve tedavi giderleri olmak üzere dört çeşit teminat sunmaktadır.

1. Ölüm Teminatı

Ölüm hali ferdi kaza sigorta poliçelerinin en başta gelen ve en önemli teminatıdır. Sigortalının kaza neticesinde hayatını kaybetmesi halinde ferdi kaza sigortasının sunduğu ölüm teminatı FKSPGŞ.m.8/A'da düzenlenmektedir.

FKSPGŞ.m.8/A; kaza olarak nitelendirilen bir olay veya genel şartlarda kaza olarak sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi neticesinde sigortalının derhal veya kazanın gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde vefat etmesi halinde sigorta bedelinin lehdara, poliçede lehdar gösterilmemişse kanuni hak sahiplerine ödenmesini öngörmektedir[74].

FKSPGŞ.m.8/A, TTK.m.1336/f.1 hükmüne paralel bir düzenleme getirmektedir. Ancak ölüm halinde tazminat ödeneceğini söylemek suretiyle ferdi kaza sigortasını bir tazminat sigortası gibi gösteren TTK.m.1336/f.1 hükmünden daha doğru ve isabetli bir biçimde FKSPGŞ.m.8/A ölüm halinde sigorta bedelinin ödeneceğine işaret etmektedir. Ferdi kaza sigortasının hukuki niteliği hakkında yanlış değerlendirmelere yol açacak nitelikte olan TTK.m.1336/f.1 hükmünde yer alan bu yanıltıcı kullanım FKSPGŞ.m.8/A ile düzeltilmeye çalışılmaktadır.

FKSPGŞ, 8/A hükmünün bir yıllık süreyi öngörmesinin nedeni ölüm ile kaza arasındaki illiyet bağının ortaya konması gereksinimidir. Ölüm kazadan hemen sonra derhal gerçekleşmişse; ölüm ile kaza arasında illiyet bağının varolduğu ve teminat yönünden hiçbir tereddüdün bulunmayacağı açıkça ortadadır. Ancak ölümün her zaman kazadan hemen sonra gerçekleşmediği durumlar söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda araya başka etkenler girerek ölüm ile kaza arasındaki illiyet bağının tespitini güçleştirebilir. Böyle bir güçlükle karşılaşmamak için kaza tarihinden sonra gerçekleşen ölümün bir yıllık bir süreyle[75] kısıtlanması düzenlemesi getirilmiştir.

Bir yıllık süre bakımından FKSPGŞ.m.8/A ve TTK.m.1336/f.1 hükümleri birbirine paralel düzenlemeler getirmektedir.

İngiliz sigorta hukuku uygulamasında bu süre genellikle üç ayken bazı şirketler bu süreyi altı ve on iki aya kadar uzatmaktadır; buna karşılık İsviçre sigorta hukuku uygulamasında ise bu süre kaza tarihinden itibaren iki yıldır[76].

---

74 **ATABEK,** s.341; **BOZER,** 1981, s.266; **DOĞANAY,** s.3265; **ERİŞ,** s.1442; **ÖCAL,** s.34.

75 **BOZER,** s.266; **ÖCAL,** s.34.

76 **ACİNAN,** s.105; **AKTAŞ,** s.47.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Sürekli İş Görmezlik Teminatı

Sigortalının kaza neticesinde daimi olarak sakatlanması ve iş görememesi durumunda ferdi kaza sigortasının sunduğu teminatın kapsamı FKSPGŞ.m8/B'de öngörülmektedir.

Buna göre; sigortalı kaza neticesinde derhal veya kazanın gerçekleştiği tarihten itibaren iki yıl içinde devamlı şekilde iş göremez hale gelirse, tedavi sürecinin sona ermesinden ve bu hususun kesin bir şekilde tespitinden sonra iş görmezlik halinin oluştuğu organ veya organlara göre sigorta bedeli poliçede belirlenen oran dahilinde sigortalıya ödenmektedir.

Sürekli iş görmezlik teminatının söz konusu olabilmesi için sakatlığın kazadan hemen sonra veya belirli bir süre sonra ortaya çıkması gerekmektedir. Ölüm teminatında bir yıl olarak belirlenen bu süre sürekli iş görmezlik teminatında kazanın gerçekleştiği tarihten itibaren iki yıl olarak öngörülmektedir.

Yabancı sigorta hukuku uygulamalarında da bu süre genellikle iki yıldır[77].

Belirtilen iki yıl içinde sigortacının sorumluluğunun devam edebilmesi için kaza ile iş görmezlik arasında uygun illiyet bağının varolması gerekmektedir. Bu durumda illiyet bağının varlığını ispatlamak sigortalıya düşer[78].

Sürekli iş görmezlikten dolayı sigortacının sorumlu tutulduğu iki yıllık süre ferdi kaza sigortasının niteliği gereği sigortalı aleyhine kısaltılamayacak bir süre olduğu kanaatindeyiz.

Sürekli iş görmezlik teminatıyla ilgili olarak benimsenen sigorta bedel oran sistemi Kara Avrupa'sın da uygulanan sistemin aynısıdır. Kara Avrupası ferdi kaza sigortası poliçelerinde sakatlıklara göre değişen oranlar tablosu sistemi hakimdir. Kara Avrupası sistemine karşılık İngiltere'de böyle bir cetvel yerine sürekli tam sakatlık ve sürekli kısmi sakatlık ayırımına dayanan bir sistem uygulanmaktadır[79].

Bu oranlar, sigortalının yaşı, meslek ve sanatı dikkate alınarak hazırlanmış olup, riziko gerçekleştiğinde poliçede belirtilen bedel nispetinde sigortalıya ödenmesi gerekir.

FKSPGŞ.m.8/B'nin sürekli iş görmezlik teminatının hesaplanmasında esas aldığı oran tablosunu inceleyecek olursak;

---

77 **AKTAŞ**, s.50.

78 **DOĞANAY,** s.3265.

79 **AKTAŞ,** s.50.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sakatlığın Nevi	Sigorta Bedelinin (%)
İki gözün tamamen kaybı	100
İki kolun veya iki elin tamamen kaybı	100
İki bacağın veya iki ayağın tamamen kaybı	100
Bir kol veya bir el ile beraber bir bacağın veya bir ayağın tamamen kaybı	100
Umumi felç	100
Şifa bulmaz akıl hastalığı	100

	Sağ	Sol[80]
Kolun veya elin tamamen kaybı	60	50
Omuz hareketinin tamamen kaybı	25	20
Dirsek hareketinin tamamen kaybı	20	15
Bilek hareketinin tamamen kaybı	20	15
Baş parmak ile şehadet parmağının tamamen kaybı	30	25
Baş parmak ile şehadet parmağından başka bir parmağın tamamen kaybı	25	20
Şehadet parmağı ile beraber baş parmaktan başka bir parmağın tamamen kaybı	20	15
Baş ve şehadet parmaklarından başka üç parmağın tamamen kaybı	25	20
Yalnız baş parmağın tamamen kaybı	20	15
Yalnız şehadet parmağının tamamen kaybı	15	10
Yalnız orta parmağın tamamen kaybı	10	8
Yalnız yüzük parmağının tamamen kaybı	8	7
Yalnız küçük parmağın tamamen kaybı	7	6
Bir bacağın dizden yukarısının tamamen kaybı	50	
Bir bacağın dizden aşağısının tamamen kaybı	40	

80 Tabloda sağ elin sakatlığı için daha yüksek oranda bir sigorta bedeli tespit edilmekle birlikte sigortalı solak ise bu oranlar yer değiştirecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bir ayağın tamamen kaybı	40
Bir ayağın bütün parmaklar dahil kısmen kesilmesi	30
Bir kalçanın hareketinin tamamen kaybı	30
Bir dizin hareketinin tamamen kaybı	20
Bir ayak bileği hareketinin tamamen kaybı	15
Bir ayak baş parmağının tamamen kaybı	8
Kırılan bir bacağın iyi kaynamaması	30
Kırılan bir ayağın iyi kaynamaması	20
Kırılan bir diz kapağının iyi kaynamaması	20
Bir bacağın 5 santimetre veya daha fazla kısalması	15
Bir gözün tamamen kaybı veya iki gözün rüyet kudretinin yarı yarıya kaybı	25
Her iki kulağın tamamen sağırlığı	40
Bir kulağın tamamen sağırlığı	10
Kırılan alt çenenin iyi kaynamaması	25
Amudi fikarinin bariz inhına ile müterafik hareketsizliği	30
Göğüs kafesinde devamlı şekil bozukluğu yapan kaburga kırıklığı	10

Oran tablosunda yer alan bir organın veya organın bir kısmının kaybı ifadesi ile kastedilen bunların kesinlikle iş görememesi ve kullanılamamasıdır. Eğer sürekli iş görmezliğin meydana geldiği organ veya bir kısmı aslında kazadan önce işlevini kaybetmiş ve kullanılamıyor durumdaysa bunun kaza neticesinde kaybı halinde sigorta bedeli ödenmemektedir. Ancak organın tamamı veya bir kısmı kaza öncesinde kısmen işlevini yitirmiş ve kullanılamıyor durumdayken kaza neticesinde bu işlevsizliğin derecesi artmışsa sigorta bedeli iş görmezliğin kaza öncesi ve sonrası oranları arasındaki farka göre hesaplanmaktadır.

Bu tabloda değinilmemiş bulunan sakatlıkların oranları daha az veya fazla olsa bile bunlar önem derecelerine göre tabloda yazılı oranlar kıyasen uygulanmaktadır[81].

Aynı kazadan dolayı değişik organlarda meydana gelen sakatlanmalar için ayrı ayrı belirlenen oranlarda ödeme yapılır. Ancak bu toplam hiçbir surette poliçede kararlaştırılan sigorta bedelini aşamaz. (FKSPGŞ.m.8/B).

---

81 **AKTAŞ,** s.49.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sürekli iş görmezlik teminatına ilişkin sigorta bedeli bir defada toplu biçimde ödenmektedir. Ancak bu genel şart ve uygulamanın aksini kararlaştırmak mümkündür[82].

3. Gündelik Tazminat Teminatı

Ferdi kaza sigortasının sunduğu geçici iş görmezlik teminatı FKSPGŞ.m.8/C'de gündelik tazminat olarak adlandırılmaktadır.

İsviçre ferdi kaza sigorta poliçelerinde geçici sakatlık tazminatı yerine gündelik tazminat (= indemnite journaliére); İngiliz ferdi kaza sigorta poliçelerinde ise haftalık tazminat (=weekly benefit) kavramları kullanılmaktadır[83].

Kanaatimce bu teminatın konusunu kazadan sonra sigortalıda meydana gelen sürekli olmayan geçici sakatlıklar teşkil ettiğinden FKSPGŞ.m.8/B'de ki sürekli iş görmezlik teminatı düzenlemesine paralel olarak geçici iş görmezlik teminatı olarak isimlendirmek daha yerine bir yaklaşım olacaktır.

FKSPGŞ.m.8/C uyarınca; sigortalı kaza neticesinde geçici olarak çalışamayacak duruma düşerse, kendisine poliçede yazılı gündelik tazminat ödenecektir. Bu teminatın sağlanabilmesi sigortalının kaza neticesinde geçici olarak çalışamayacak hale gelmesi şartına bağlı kılınmıştır. Aynı madde devamında; sigortalının kazadan sonra kısmen çalışabilecek durumda olması veya sonradan kısmen çalışabilecek hale gelmesi ihtimalinde tazminatın yarısının ödeneceğini öngörmektedir. Burada kısmen çalışamamadan kasıt sigortalının işlerinin bir kısmını kesinlikle yapamamasıdır. Bununla birlikte sigortalının kazadan sonra kendi mutad mesleği ve işleri yerine kısmi iş niteliğinde daha hafif bir iş yapmak zorunda kalmasını da kısmen çalışamama olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

FKSPGŞ.m.8/C, geçici sakatlık teminatını tavan bir süreyle sınırlamaktadır. Buna göre iyileşme süreci boyunca gündelik tazminat ödenecek süre iki yüz günü geçemez. Bu süre İsviçre'de iki yıldır[84].

Sigortalı kaza sonrasında kısmen çalışabilecek durumdaysa veya tedavi sürecinde kısmen çalışabilecek duruma gelirse günlük tazminat miktarı yarıya indirilerek ödeme yapılacaktır.

Geçici iş görmezlik tazminatının değerlendirilmesinde mutad iştigalden kalınan süre değil, mesleki işten kalma süresi dikkate alınmaktadır[85].

---

82 **AKTAŞ,** s.51-52.

83 **AKTAŞ,** s.52.

84 **ACİNAN,** s.107; **AKTAŞ,** s.53. AKTAŞ bu iki yüz günlük sürenin yabancı ülkelerde ki uygulamalardan çok uzak olması sebebiyle en azından üç yüz altmış beş güne çıkarılması gerektiğini ifade ederek eleştirmektedir. Bkz. **AKTAŞ,** s.53.

85 **ULAŞ,** s.185.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Nitekim Yargıtay 19.HD, 24.10.1995 T., 1995/266 E., ve 1995/8813 K. sayılı kararında;

".....Mahkemece ceza mahkemesinde Adli Tıp Kurumundan alınan raporda davacının kırkbeş gün mutad iştigalinden kaldığı gözetilmek suretiyle maddi tazminata hükmedildiği anlaşılmaktadır. BK.m.46'ya dayanılarak talep edilen geçici iş görmezlik tazminatının hesabında mutad iştigalden kalınan süre değil mesleki işten kalınan (çalışamama süresi) sürenin göz önünde bulundurulması gerekir. Geçici iş görmezlik tazminatına hükmedilirken yukarıda açıklanan hususların gözden kaçırılmış olması doğru görülmemiştir..." demek suretiyle geçici iş görmezlik tazminatının hesaplanmasında esas alınacak sürenin mesleki işten kalınan süre olması gerektiği açıkça ortaya koymaktadır[86].

4. Tedavi Masrafları

Kaza nedeniyle yapılan tedavi masraflarının karşılanması amacıyla ferdi kaza sigortasının ölüm ve sürekli iş görmezlik teminatlarına ek olarak sunduğu bu teminat türüne ilişkin esaslar FKSPGŞ.m.8/D'de düzenlenmektedir. FKSPGŞ.m.8/D uyarınca; sigortalının kaza nedeniyle sağlık durumunda meydana gelen bozulmanın iyileştirilmesi için yapılan masraflar sigortacı tarafından karşılanmaktadır.

Tedavi masrafları zarar gören sigortalının sıhhatinin iadesi için yapılan bütün harcamalardır[87].

Tedavi masraflarının kapsamına giren harcamalar; doktor ücreti, ilaç, hastabakıcı, radyografi,sıhhi banyo, masaj, hastane, ameliyat masraflarıdır.

FKSPGŞ.m.8/D'de tedavi masraflarının kapsamına yönelik yapılan sayıma ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Şöyle ki;

Taşıt araçları ile ilgili masraflar poliçe genel şartlarında sayılmamakla birlikte yabancı uygulamalarda olduğu gibi, ivedi olarak kurtarma amaçlı yapılan taşıt araçları masraflarının da teminata dahil edilip belli bir meblağ ile sınırlanmasının yerinde bir düzenleme olacağı ifade edilmiştir[88].

Kazazede bir sağlık yurdunda tedavi ediliyorsa normal yemek giderlerinin tedavi masraflarından düşülmesi gerektiği hususu doktrinde ileri sürülen bir başka görüştür[89].

Yukarıda belirtilen görüşleri destekler nitelikte bir başka görüş ise

---

86 Karar için bkz. **ULAŞ,** s.186.

87 **TANDOĞAN, Haluk:** Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.284.

88 **AKTAŞ,** s.55.

89 **TANDOĞAN,** 284.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

FKSPGŞ'de yapılan bu sayımın sınırlandırıcı değil açıklayıcı mahiyette olduğunu ifade etmektedir[90].

Kaza nedeniyle doğal veya sun'i dişler zarar görmüşse bunların protez masrafları olarak tedavi masraflarının azami %10'na kadar sigorta bedeli ödenmektedir.

Tedavi masrafları teminatı iki şekilde sınırlandırılabilir. Bu sınırlama ya bütün tedavi masrafları hiçbir limit belirlenmeksizin ancak önceden kabul edilmiş bir tarifeye göre ödenmesi yahut ta poliçede bu masraflar için azami bir had tespit etmek suretiyle ödenmesi biçiminde olabilir[91]. FKSPGŞ tedavi masraflarının sınırlanmasında ikinci seçeneği benimseyerek önceden belirlenmiş ve poliçeye yazılmış meblağla bağlı olma yoluna gitmiştir.

Yukarıda sayılan bütün bu harcamalar tedavi masrafları teminatı kapsamına girmekle birlikte bunların tamamı poliçede belirlenen sigorta bedelini aşamaz. Bu hüküm TTK.m.1337'nin FKSPGŞ'ye taşındığına delalet etmektedir.

Eğer sigortalının tedavi masrafları çalıştığı kurum veya zorunlu sigortalar tarafından karşılanmışsa bunlar sigorta bedelinden düşülür.

Tedavi masrafları birden çok sigortacı tarafından teminat altına alınmışsa bu giderler teminat oranları dahilinde sigortacılar tarafından paylaşılmaktadır.

Söz konusu madde de FKSPGŞ.m.8/C'de düzenlenen geçici iş görmezlik durumunda ödenen günlük tazminat teminatı gibi süre açısından bir üst sınır belirlemektedir. Tedavi masraflarına ilişkin tavan süre bir yıldır[92].

90 **ULAŞ,** s.186.

91 **DAMCI,** s.152.

92 **ULAŞ,** s.186.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ULUSLARARASI KURTARMA KONVANSİYONU*

*Çev.: Yrd. Doç. Dr. Oğuz CANER***

İŞBU KONVANSİYONA TARAF OLAN DEVLETLER,

Andlaşma yoluyla kurtarma faaliyetleri ile ilgili uluslararası kuralların yeknesaklaştırılması arzusunu kabul ederek,

23 Kasım 1910 Tarihinde Brüksel'de imzalanan Denizde Yardım ve Kurtarma Hukukuna İlişkin Kuralların Yeknesaklaştırılmasına Dair Konvansiyon'da yer alan kurallardaki gözden geçirme ihtiyacına, özellikle çevre koruma konusundaki artan kaygılar da dâhil olmak üzere ortaya çıkan önemli gelişmelere dikkat çekerek;

Kurtarma faaliyetlerinin verimli ve zamanında yapılmasının tehlike altındaki gemilerin ve gemideki diğer malvarlıklarının emniyetinin yanı sıra çevrenin korunmasına yapacağı esaslı katkının bilincinde olarak,

Tehlike altındaki gemilere ve mallara yönelik kurtarma faaliyeti yürütenler için yeterli destek sağlama ihtiyacının gerekliliğine inanarak,

Aşağıdaki şekilde anlaşmışlardır:

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL DÜZENLEMELER

Madde 1: Tanımlar

Bu Konvansiyon bakımından:

(a) "Kurtarma faaliyeti", seyrüsefere elverişli veya diğer sulardaki tehlike altındaki bir gemiye veya diğer malvarlıklarına yapılan her türlü eylem ve işlemi ifade eder.

---

* International Convention on Salvage, 1989; (London, 28 April 1989); Entry into force generally: 14 July 1996. Çeviriye esas alınan metin için bkz. Enrico VINCENZINI, International Salvage Law, Second Edition, 1992, s. 217-226.

** Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(b) "Gemi", denizciliğe elverişli her türlü gemi, araç veya yapıyı ifade eder.

(c) "Malvarlığı", tehlike altındaki navlun da dâhil olmak üzere, sürekli olmamak şartıyla ve iradi olarak sahil şeridine bağlanmış malvarlığını ifade eder.

(d) "Çevreye verilen zarar", kirlenme, zehirlenme, yangın, patlama veya benzeri ciddi surette insan hayatına, sahildeki; içsulardaki veya bitişik bölgelerdeki deniz canlıları ile kaynaklarına önemli ölçüde fiziksel zarar gelmesini ifade eder.

(e) "Ödeme", bu Konvansiyon hükümleri dâhilinde ödenen her türlü ödül, ücret veya tazminatı ifade eder.

(f) "Örgüt", Uluslararası Denizcilik Örgütü'nü ifade eder.

(g) "Genel Sekreter", örgütün genel sekreterini ifade eder.

Madde 2: Konvansiyonun Uygulanması

Bir taraf devlette bu Konvansiyonun düzenleme konusu ile ilişkili yargı veya tahkim yoluna başvurulması halinde bu Konvansiyon uygulanır.

Madde 3: Platformlar Ve Sondaj Birimleri

Bu Konvansiyon, araştırma, işletme veya deniz yataklarındaki madenlerin üretiminde kullanılan sabit veya yüzer platformlar ile kıyıdaki hareketli sondaj birimlerine uygulanmaz.

Madde 4: Devlet Gemileri

1. Beşinci maddedeki düzenlemelere halel gelmeksizin, bir devlete ait olan ya da onun tarafından işletilen savaş gemileri ya da kurtarma çalışmaları anında devletler hukukunun genel prensiplerine göre devlet bağışıklığından yararlanan ticari olmayan amaçlara hizmet eden başkaca gemilere, bu devletin hukuku aksini öngörmediği takdirde bu Konvansiyon uygulanmaz.
2. Bu Konvansiyonun kendi savaş gemileri ya da birinci fıkrada nitelenen diğer gemiler hakkında uygulanmasına karar veren taraf devlet bu uygulamanın şartlarını Genel Sekretere bildirmelidir.

Madde 5: Kamu Otoritelerinin Denetimindeki Kurtarma Faaliyetleri

1. Bu Konvansiyon, iç hukukta veya uluslararası düzenlemeler aksini göstermedikçe resmi makamlar tarafından yapılan veya bunların kontrolünde yürütülen kurtarma çalışmalarında uygulanmayacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Ancak, bu tür kurtarma çalışmalarını icra eden kurtarıcılar, bu Konvansiyonun kurtarma faaliyetleri için öngördüğü haklara ve hukuki çarelere sahiptirler.
3. Kurtarma çalışmalarını icra ile yükümlü bir makamın bu Konvansiyonda öngörülen haklar ve hukuki çarelere ne ölçüde hak sahibi olacağı merciin bulunduğu devlet hukukuna göre belirlenir.

Madde 6: Kurtarma Sözleşmeleri

1. Taraflar arasında açıkça veya zımnen kararlaştırılmadıkça bu Konvansiyon bütün kurtarma faaliyetlerinde uygulanır.
2. Kaptan, donatanın adına kurtarma sözleşmeleri yapmaya yetkilidir. Ayrıca kaptan veya donatan, gemide yüklü bulunan diğer değerlerin malikleri adına da bu tür sözleşmeler yapmaya yetkilidir.
3. Bu maddedeki düzenleme 7. maddenin ve çevre kirlenmesini önleme veya azaltmaya dönük görevleri etkilemeyecektir.

Madde 7: Sözleşmelerin Değiştirilmesi Veya Hükümsüzlüğü

Bir sözleşme ya da sözleşmenin münferit hükümleri;

a. Caiz olmayan bir etki sonucunda ya da bir tehlikenin etkisi altında sözleşme yapılmış ve sözleşmenin hükümleri hakkaniyete aykırı ise ya da;
b. Ödemenin sözleşme ile kararlaştırılan veya fiilen yapılan ifaya oranla aşırı yüksek ya da aşırı az olması halinde hükümsüz sayılabilir veya tadil edilebilir.

İKİNCİ BÖLÜM

KURTARMA FAALİYETLERİNİN İCRASI

Madde 8: Kurtarıcının, Donatanın Ve Kaptanın Görevleri

1. Kurtarıcı, donatan veya tehlikedeki diğer malvarlıklarına karşı şu yükümlülükler altındadır:
   a) kurtarma faaliyetlerini gerekli özen ile icra etmek,
   b) (a) bendinde belirtilen faaliyetlerin icrası sırasında çevre zararlarını önleme ya da azaltmak amacıyla gerekli özeni göstermek,
   c) halin icabının gerektirmesi durumunda diğer kurtarıcılardan destek istemek
   d) Donatanın, kaptanın veya tehlike altındaki diğer malvarlıklarının

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ilgilerinin makul şekildeki talepleri sonucunda başka kurtarıcıların müdahalesini kabul etmek; ancak söz konusu talep makul sayılmadıkça kurtarıcının ücreti indirilmeyecektir.

2. Donatan, kaptan ve tehlike altındaki malvarlıklarının malikleri kurtarıcıya karşı aşağıdaki yükümlülüklere tabidirler:
   a) kurtarma faaliyetleri esnasında kurtarıcı ile tam bir işbirliği altında bulunmak,
   b) çevre zararını azaltmak veya önlemek için gerekli özeni göstermek,
   c) gemi veya tehlikedeki diğer malvarlıkları emniyet altına alındığında, kurtarıcının makul surette istemesi halinde bunları teslim almak.

Madde 9: Sahildar Devletlerin Hakları

Bu Konvansiyon, devletler hukukunun genel kabul görmüş prensipleri ile uyumlu olarak bir sahil devletinin kurtarma çalışmalarına ilişkin talimat verme hakkı da dahil olmak üzere kendi sahili ya da benzer menfaatlerine ilişkin olarak makul değerlendirildiğinde önemli ölçüde zararlı etkilerin görülebileceği bir deniz kazasından ya da bununla bağlantılı eylemlerden doğan kirlenme ya da yakın kirlenme tehlikesinden korunma amacıyla tedbirler alma hakkına dokunmaz.

Madde 10: Yardım Yükümlülüğü

1. Her kaptan, kendi gemisini ve içinde bulunan insanları ciddi bir tehlikeye atmaksızın denizde kaybolma tehlikesi altında bulunan her insana yardım etmekle yükümlüdür.
2. Taraf devletler ilk paragraftaki önlemleri uygulamaya yönelik yaptırımları iç hukuklarına alacaklardır.
3. Donatan, kaptanın birinci paragraftaki görevini ihlalinden dolayı sorumlu tutulamaz.

Madde 11: İşbirliği

Taraf devletler; tehlike içerisindeki gemileri limanlarına kabul etmek veya kurtarıcılara gerekli kolaylıkları sağlamak gibi kurtarma faaliyetleri ile ilgili kararlar alırken veya tercih yaparken; kurtarma faaliyetlerinin, çevreye gelebilecek zararları önleme de dahil olmak üzere hayat veya malvarlığı değerlerini kurtarmada etkili ve başarılı olmasını sağlamak maksadıyla, kurtarıcılar diğer ilgili taraflar ve kamu makamları arasında işbirliği sağlanması gerekliliğini dikkate alırlar.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KURTARICILARIN HAKLARI

Madde 12: Ücretin Şartları

1. Başarılı sonuca ulaşmış olan kurtarma faaliyetleri ücrete hak kazandırır.
2. Aksine düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla başarılı sonuca ulaşamayan kurtarma faaliyetleri bu Konvansiyon hükümleri çerçevesinde ücrete hak kazandırmaz.
3. Bu bölüm kurtaran ve kurtarılan gemilerin aynı donatana ait olması halinde de uygulanır.

Madde 13: Ücretin Hesabında Yararlanılacak Ölçütler

1. Ücret, aşağıdaki sıralama dikkate alınmaksızın hepsi aynı önemi haiz olmak üzere kurtarma faaliyetlerini teşvik edici gaye göz önünde bulundurulmak suretiyle hesaplanacaktır:
   (a) kurtarılmış olan gemi ve diğer malvarlıklarının değerleri,
   (b) kurtarıcıların çevre zararlarını önleme veya azaltmada göstermiş oldukları çaba ve beceri,
   (c) kurtarıcının elde ettiği başarılı sonuç,
   (d) tehlikenin özelliği ve ağırlığı,
   (e) kurtarıcıların gemi, diğer malvarlıkları ve hayat kurtarmadaki becerileri ve sarf ettikleri çabalar,
   (f) kurtarıcıların harcadıkları zaman, yaptıkları masraf ve kayıpları,
   (g) kurtarıcıların ve bunlara ait malzemelerin maruz kaldıkları sorumluluk riski ve sair rizikolar,
   (h) kurtarma faaliyetinin hızı,
   (i) kurtarma faaliyetlerinde kullanılmak üzere hazır tutulan gemiler ve diğer malzemeler,
   (j) kurtarıcının teçhizatının etkinliği, hazırlığı ve değeri.
2. İlk paragrafa göre hesaplanan ücret, kurtarılan gemi ve diğer malvarlıklarının değerleri üzerinden oranlanmak suretiyle ödenecektir. Bununla beraber, taraf devlet vatandaşlarından biri, kendi milli hukukuna göre kendi payı oranında diğerlerine rücu hakkı saklı kalmak üzere, ücretin kurtarılanlardan biri tarafından ödenmesi gerektiğini ileri sürebilir. Bu maddedeki düzenlemeler, savunma hakkını bertaraf etmez.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3. Ücret; faiz ve talep edilebilecek hukuki masraflar istisna olmak üzere kurtarılan gemi ve diğer malvarlıklarının değerini aşamaz.

Madde 14: Özel Tazminat

1. Kurtarıcı, yükü veya kendisi çevreyi tehdit eden bir gemiye kurtarma faaliyetlerinde bulunmuş ve en azından bu madde uyarınca hesaplanacak özel tazminata karşılık olmak üzere 13. madde gereğince ücret elde edilememişse, kurtarılan geminin donatanından bu maddede belirtilmiş bulunan masraflarına karşılık olarak özel tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır.
2. Birinci paragrafta düzenlenen şartlar dahilinde, donatan tarafından çevreye yönelik zararı önleyen veya azaltan kurtarıcıya yapmış olduğu masrafların en fazla % 30'u oranında arttırılarak özel tazminat ödenebilir. Bununla beraber yargılama makamı, hakkaniyet gerektiriyorsa ve 13. maddenin ilk paragrafındaki ölçütler de dikkate alınmak suretiyle kurtarıcının yapmış olduğu masrafların % 100'ünü geçmemek üzere özel tazminatı arttırabilir.
3. Birinci ve ikinci paragraflar dahilinde kurtarıcının yapmış olduğu masraflar, kurtarma faaliyetleri yürütülürken yapılan makul harcamalar ile 13. maddenin birinci fıkrasının (h), (i) ve (j) bentleri uyarınca bu esnada kullanılan malzeme ve personele karşılık hakkaniyete uygun bir bedelden oluşur.
4. Bu madde uyarınca ödenecek özel tazminatın tutarı, ancak bunun 13. madde uyarınca hesaplanacak ücretten fazla olması halinde ve aradaki miktar kadar olacaktır.
5. Kurtarıcı kusurlu ise veya çevre zararını önleme veya azaltmada başarılı olamamış ise tamamen veya kısmen özel tazminattan mahrum edilebilir.
6. Bu maddedeki düzenleme donatanın rücu hakkını engellemez.

Madde 15: Kurtarıcılar Arasında Paylaştırma

1. 13. maddeye göre hesaplanan ücretin birden fazla kurtarıcı arasındaki paylaşımı bu maddede yer alan ölçütlere göre yapılacaktır.
2. Donatan, kaptan ve kurtarma faaliyetine katılan gemideki diğer kişiler arasındaki paylaşım geminin bayrak hukukuna tabi olacaktır. Kurtarma faaliyeti bir gemiden yürütülmemiş ise, paylaşım kurtarıcı ve onun hizmetindekiler arasındaki sözleşmenin tabi olduğu hukuka göre yapılacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Madde 16: İnsan Kurtarma

1. Milli hukukun getirdiği düzenlemeler hariç olmak üzere insan kurtarma ücrete hak kazandırmaz.
2. Kurtarma faaliyetini gerektiren kazada insan hayatı kurtaranlara; gemi, sair malvarlığı veya çevreye gelebilecek zararları azaltma veya önlemek suretiyle ücrete hak kazanan kurtarıcılara verilecek ücretten uygun bir pay verilebilir.

Madde 17: Mevcut Sözleşmeler Tahtında Verilen Hizmetler

Tehlikenin ortaya çıkmasından önce yapılmış olup da icra edilen sözleşmeler çerçevesinde verilen hizmetlerden, bu sözleşmelerin ifasından sayılamayacak derecede hizmetler yapılmadıkça bu Konvansiyon hükümlerine göre ücret ödenmeyecektir.

Madde 18: Kurtarıcının Suiistimallerinin Etkisi

Kurtarma faaliyetinin kurtarıcının kusuru ile zorunlu hale gelmesi veya zorlaşması durumunda ya da kurtarıcıya dolandırıcılık ya da başkaca dürüst olmayan tutumların isnat edildiği durumlarda, bu Konvansiyona göre borçlanılan ödeme tamamen ya da kısmen yapılmayabilir.

Madde 19: Kurtarma Faaliyetlerinin Men'i

Kaptanın, donatanın ya da gemide bulunmayan tehlike altındaki malvarlığının malikinin makul ve açık yasağına rağmen yapılan çalışmalar bu Konvansiyona göre hiçbir ücret hakkı doğurmaz.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
TALEPLER VE DAVALAR

MADDE 20: Gemi Alacaklısı Hakkı

1. Bu Konvansiyon, kurtarıcının bir uluslararası konvansiyon ya da iç hukuktan doğan gemi alacaklısı hakkını engellemez.
2. Kurtarıcı, kendisine faiz ve masrafları dâhil olmak üzere alacağına karşı yeterli teminatın teklif edilmiş veya sağlanmış olması durumunda gemi alacaklısı hakkını dermeyan edemez.

Madde 21: Teminat Sağlama Yükümlülüğü

1. Kurtarıcının talebi üzerine bu Konvansiyon mucibince ödeme yapmakla yükümlü olan kişi, faiz ve kurtarıcının masraflarını da kapsayacak şekilde yeterli teminat verecektir.
2. Birinci paragrafta yer alan düzenleme saklı kalmak üzere, kurtarı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lan geminin donatanı, yük gemiden ayrılmadan önce yük sahiplerinin faiz ve masraflarını da kapsayacak şekilde teminat sağlamaları için elinden gelen bütün çabayı gösterecektir.

3. Kurtarılan gemi ve diğer malvarlıkları; kurtarıcının taleplerine karşı yeterli teminat verilmiş olmadıkça onun rızası olmaksızın kurtarma faaliyetinin tamamlanmasından sonra ilk ulaşılan liman veya yerden çıkarılamazlar.

Madde 22: Geçici Ödeme (Avans)

1. Yargılama yapmaya yetkili mahkeme, kurtarıcının talebi üzerine vereceği bir ara karar ile olayın şartlarına göre adil ve uygun görüldüğü takdirde, teminat gerektiren hallerde bu husus dahi aynı esasa tabi olacak şekilde avans ödemesine karar verebilir.
2. Bu madde mucibince yapılan her ödeme dolayısıyla 21. maddede düzenlenmiş olan teminat verme yükümlülüğü orantılı olarak indirilir.

Madde 23: Zamanaşımı

1. İşbu Konvansiyon mucibince ortaya çıkan ödemelerle ilgili bütün talepler, mahkeme veya hakem yoluna gidilmemiş ise iki yıl içerisinde zamanaşımına uğrar. Zamanaşımı süresi kurtarma faaliyetlerinin tamamlandığı gün başlar.
2. Kendisinden talepte bulunulabilecek kişi, zamanaşımı süresi içerisinde yapacağı bir açıklama ile bu süreyi uzatabilir. Bu süre aynı usulle yeniden uzatılabilir.
3. İşlemlerin tabi olduğu devlet hukukundaki zamanaşımı süresi dolmamış ise yukarıdaki paragraflarda düzenlenmiş olan zamanaşımı süresi bitmiş olsa bile tazminat talebinden sorumlu kişiye karşı talepte bulunulabilir.

Madde 24: Faiz/Menfaat

Bu Konvansiyona göre borçlanılan her ödeme için kurtarıcının faiz talep hakkı bu meseleyi ele alan mahkemenin bulunduğu devletin hukukuna göre belirlenir.

Madde 25: Devlete Ait Yükler

Kurtarma faaliyeti esnasında malik devletin rızası olmadıkça, uluslar arası hukukta kabul gören devletin dokunulmazlığı ilkesi çerçevesinde bir devlete ait olan ve ticari olmayan yükler, bu Konvansiyonun hükümleri çerçevesinde müsadere, alıkoyma veya haciz gibi yollarla ya da ayni takip yoluyla hukuki takibe konu olamaz.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Madde 26: İnsani Yardım Amaçlı Yükler

Bu Konvansiyondaki düzenlemeler, bir devlet tarafından temin edilmiş olan insani amaçlı yükler için kurtarma ücretinin ödenmesinin kabul edilmesi halinde bu yüklere haciz, alıkoyma veya hapis hakkı vermez.

Madde 27: Hakem Kararlarının Yayınlanması

Taraf devletler, mümkün olduğu ve tarafları izin verdiği ölçüde kurtarma uyuşmazlıklarında alınan hakem kararlarını yayınlamayı teşvik ederler.

BEŞİNCİ BÖLÜM

SON HÜKÜMLER

Madde 28: İmza, Onaylama, Kabul, Tasdik Ve Katılım

1. Bu Konvansiyon Organizasyon Merkezinde 1 Temmuz 1989 - 30 Haziran 1990 tarihleri arasında imzaya açık tutulacak ve bu tarihten sonra katılıma açık olacaktır.
2. Devletler, bu Konvansiyona taraf olma iradelerini;
   a) Çekincesiz olarak onaylama, kabul veya katılım suretiyle; veya,
   b) Onay, kabul veya tasdik koşuluyla imzalayıp bilahare onay, kabul veya tasdik işleminin yapılmasıyla, veya;
   c) Katılım

yoluyla açıklayabilirler.

3. Onaylama, kabul, tasdik veya katılma, katılım belgesinin Genel Sekretere verilmesi ile gerçekleşir.

Madde 29: Yürürlüğe Girme

1. Bu Konvansiyon, on beş devletin bu Konvansiyona taraf olma iradesini açıklamasından bir yıl sonra yürürlüğe girer.
2. Yürürlüğe girme için gerekli koşulları yerine getirdikten sonra Konvansiyona taraf olma iradesini bildiren devlet için Konvansiyon, bildirim tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girer.

Madde 30: Çekinceler

1. Taraf devletler, onay, kabul, tasdik veya katılım esnasında işbu Konvansiyonun uygulanmasına şu şartların varlığı halinde çekince koyabilirler:
   (a) İçsularda gerçekleşen kurtarma faaliyetinde taraf olan gemilerin hepsi içsu gemisi ise,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(b) İçsularda yapılan kurtarma faaliyetine taraf olanların hiçbiri gemi değilse;

(c) Kurtarma faaliyetinin bütün tarafları o devletin tabiiyetinde ise;

(d) Kurtarmanın konusu, deniz yatağında bulunan ve tarihi, arkeolojik, prehistorik değeri olan kültürel şeyler ise.

2. İmza edilirken konulan çekinceler, onaylama, kabul veya tasdik esnasında teyit edilir.
3. İşbu Konvansiyona çekince koyan bir devlet, Genel Sekreterliğe yapacağı bildirim ile bu çekincesini her zaman geri alabilir. Geri alma bildirimin alındığı tarihte hüküm ifade eder. Eğer çekinceyi kaldırma bildiriminde bulunan devlet bu bildirimin hüküm ifade etmesi için muayyen bir tarih öngörmüş ve bu tarih bildirimin Genel Sekreterliğe verildiği tarihten sonra ise bildirim sonraki tarihte etkili olacaktır.

Madde 31: Konvansiyondan Çekilme

1. Bu Konvansiyon, her bir taraf devlet tarafından bu Konvansiyonun kendisi için yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl geçtikten sonra her zaman fesh edilebilir.
2. Fesih, fesih belgesinin genel sekreterliğe verilmesi ile gerçekleşir.
3. Fesih, Genel Sekreterliğe intikalinden sonra bir yılın ya da fesih belgesinde anılan daha uzun zaman diliminin geçmesinden sonra etkili olur.

Madde 32: Düzeltme ve Ekler

1. Bu Konvansiyonun değiştirilmesi veya ekleme yapılması amacıyla Organizasyon tarafından konferans düzenlenebilir.
2. Sekiz üye devlet veya taraf devletlerin dörtte birinden hangisi daha fazla ise bu sayıdaki devletin talebi üzerine Genel Sekreter Konvansiyona taraf devletlere bir değişiklik veya ekleme yapma amacıyla konferans çağrısı yapabilir.
3. Değişikliklerin yürürlüğe girmesinden sonra yapılan katılımlar Konvansiyonun yeni haline yapılmış sayılır.

Madde 33: Konvansiyonun Saklanması

1. Konvansiyon, genel sekreterlik tarafından saklanır.
2. Genel Sekreter:

(a) Konvansiyonu imzalamış veya iltihak etmiş olan bütün devletleri ve Organizasyonun bütün üyelerini şu hallerde bilgilendirecektir:

(i) Tarihleriyle birlikte yeni her imza, yürürlüğe koyma, kabul, onay veya katılım beyanı;

(ii) Bu Konvansiyonun yürürlüğe giriş tarihi;

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(iii) Sekreterliğe ulaşma ve yürürlüğe girme tarihi ile birlikte Konvansiyondan çekilme kararları;

(iv) 32. maddeye uygun olarak yapılan değişiklikler;

(v) Bu Konvansiyon mucibince alınan çekinceler; beyanlar veya tebliğler.

(b) İmzalayan veya katılan bütün devletlere Konvansiyonun tasdikli suretini gönderir.

3) Konvansiyon yürürlüğe girdiğinde, Konvansiyonu saklamakla yükümlü olan makam, tasdikli bir sureti Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 102. maddesi uyarınca tescil edilmek ve yayınlanmak üzere gönderilir.

Madde 34: Diller

Bu Konvansiyon, herbiri birbirine eşit olmak üzere Arapça, Çince, İngilizce, Fransızca, Rusça ve İspanyolca dillerinde düzenlenmiştir.

Bu Konvansiyon, saygıdeğer hükümetleri tarafından bu Konvansiyonu imzalamak amacıyla yetkilendirilmiş kişiler tarafından imzalanmıştır.

Londra'da, 28 Nisan 1989 tarihinde düzenlenmiştir.

EK 1

1989 Tarihli Uluslararası Kurtarma Konvansiyonu'nun 13. ve 14. maddeleri ile ilgili Ortak Mutabakat

1989 Tarihli Uluslararası Kurtarma Konvansiyonu'nun 13. maddesi uyarınca ücret tayin edilirken ve 14. maddesine göre özel tazminat hesaplanırken mahkeme, 14. madde mucibince ödenen özel tazminatı hesaplamadan önce 13. madde uyarınca kurtarılan gemi ve diğer malvarlıklarının değerlerin üst sınırına kadar ücret tayin etme yükümlülüğü altında olmadığı Konferansta bir mutabakat olarak ortaya çıkmıştır.

EK 2

1989 Uluslararası Kurtarma Konferansı,

1989 Tarihli Uluslararası Kurtarma Konvansiyonu'nu kabul eder.

14. maddeye göre yapılan ödemelerin müşterek avaryaya dahil edilmesinin amaçlanmadığını kabul eder.

Uluslararası Denizcilik Örgütü Genel Sekreterliğinden York Anvers Kuralları 1974 metnine mümkün olduğu kadar çabuk olması kaydıyla, Konvansiyonun 14. maddesi uyarınca ödenmiş olan özel tazminatın müşterek avaryaya dahil olmayacağına dair düzenlemeler yapılmasını sağlamak maksadıyla uygun adımlar atmasını talep eder.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

SİGORTA HUKUKU VE VERGİ HUKUKU ÇERÇEVESİNDE SİGORTA TEKNİK KARŞILIKLARI

Av. Gülşen GEDİK[*]

1. GİRİŞ

Sigorta teknik karşılıkları, sigortacılık ve vergi mevzuatında tanımlanmış olup, düzenlemelerin temel amacı, bir taraftan sigortalıların hak ve menfaatlerinin korunarak, almaya hak kazandıkları tazminatlar için bir güvence oluşturulması, diğer taraftan, sigorta şirketlerinin yükümlülüklerini karşılayabilmek amacı ile kendi hesaplarında karşılıklar ayırarak, mali dengenin korunmaya çalışılmasıdır. Böylece, sigorta şirketleri gelecekteki yükümlülüklerine karşılık önceden tedbir almakta, bir nevi "kendi bünyeleri içinde garanti fonu" oluşturmaktadırlar.

1.1. Sigorta Teknik Karşılıkları Kavramı

Sigorta sözleşmesinin devam ettiği süre içerisinde sigortalıların zararlarının tazmin edilebilmesi için, buna ilişkin belgelerin sigorta şirketine iletilmesi ve sigorta şirketi tarafından, zararın sözleşmede belirtilen esaslara uygunluğunun incelenerek, karar verilmesi gerekmektedir. Hasar tazmin edilinceye kadar gecikilen süre nedeniyle şirketler, bilançolarında, devam eden riskler ile ileride gerçekleşmesi muhtemel hasarlar için "karşılıklar" ayırmak suretiyle yükümlülüklerini yerine getirme konusunda önceden tedbirlerini almış olurlar[1].

Karşılık, gerçekleşmiş; ancak kesinleşmemiş giderler ve zararlar için genel kabul görmüş muhasebe ilkelerinden "ihtiyatlılık" kuralı uyarınca karşılık ayırmayı, ihtiyat ise ileride gerçekleşme ihtimali bulunan zararlar için karşılık ayırmayı ifade etmektedir[2].

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Maliye Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. Bu çalışmanın hazırlanmasında vermiş olduğu destek ve yardımları için Sayın Hocam Prof. Dr. Nihal Saban'a teşekkürü bir borç bilirim.

1 Ahmet Naim OKTAY, Sigorta Teknik Karşılıkları ve Türk Vergi Mevzuatı Karşısındaki Durumu, İstanbul, Şubat 2001, s.3, (Yayınlanmamıştır. Yazar tarafından bu çalışmada yararlanmak üzere verilmiştir).

2 Şükrü KIZILOT, Kurumlar Vergisi Kanunu ve Uygulaması, C.2, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2000, s.135.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sigorta Murakabe Kanunu[3] (SMK) ile Sigorta ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliği[4] (SRŞÇEY) ve Hayat Sigortaları Yönetmeliği'nde[5] (HSY) düzenlenen sigorta teknik karşılıklarının tek tek tanımları yapılarak, sigorta şirketleri tarafından ne şekilde hesaplanarak ayrılması gerektiği düzenlenmiştir.

1.2. Sigorta Teknik Karşılıklarına İlişkin Yasal Düzenlemenin Amacı

Özel hukuk hükümlerine göre kurulan ve belirli alanlar dışında katılımın zorunlu olmadığı özel sigorta sisteminde, sigorta şirketlerinin tahsil ettikleri prime karşılık riskin gerçekleşmesi ihtimalinde tazmin etmeyi taahhüt ettikleri bedeli ödeyebilmeleri için, öncelikle güçlü bir mali yapıya sahip olmaları gerekmektedir. Sigorta şirketlerinin mali yeterlilikleri ile ilgili düzenlemeler, esasında sigortalıların korunması amacını taşır. Çünkü, sigorta "güven" esasına dayanan bir finans sistemi olup, kişilere tasarrufta bulunarak, belirli bir miktar para ödemeleri karşılığında, teminat kapsamı dahilindeki giderlerinin tazmin edileceği taahhüdünün verilmesi ve bunun yerine getirilmesini sağlar.

Vergi hukukunda ise, sigorta teknik karşılıkları, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 14.maddesinde, kurum kazancının belirlenmesinde vergi matrahından indirilecek giderler olarak yer almaktadır. "Sigorta teknik karşılıkları" kavramı kullanılmaksızın "karşılıklar" başlığı altında Vergi Usul Kanunu'nun değerleme ile ilgili hükümleri de konu ile yakından ilgilidir. Böyle bir yaklaşımla bu makalede özel sigorta hukuku ve vergi hukuku birlikte incelenecektir.

2. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA SİGORTA TEKNİK KARŞILIKLARI

Avrupa Birliği'nde (AB) sigorta teknik karşılıkları; bilanço gününde meydana gelmeleri olası veya kesin olan; ancak miktarları ve meydana geliş zamanları kesin olarak belirlenemeyen karşılıklar ile cari yıla veya önceki dönemlere ilişkin ve nitelikleri kesin olarak bilinmesine karşılık, bilanço gününde meydana gelmeleri olası ya da kesin olan; fakat miktarları ve meydana gelme zamanları kesin olarak bilinmeyen borç ve zararları karşılamak için ayrılan karşılıklardır[6]. Ayrıca AB Direktiflerinde teknik karşılıkların yatırılacağı alanlar, varlıklar, değerleme esasları ve döviz yükümlülükleri de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir[7]. Teknik Karşılıkların yatırımına ilişkin

---

3 RG. 30.12.1959, 10394.

4 R.G. 26.12.1994, 22153.

5 RG.09.12.1996, 22842.

6 Necdet SAĞLAM, Sigorta İşletmelerinde Mali Tabloların Hazırlanması ve Avrupa Birliği'ne Uyum, Eskişehi,: Etam Yayınevi, 1996, s.91.

7 Meral VARIŞ TEZCANLI/Oral ERDOĞAN, "Avrupa Birliği Sermaye Piyasalarının Entegrasyonu ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası",İstanbul: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Araştırma Yayınları, N:8, s.39.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

düzenlemeler, para birikimine uyum prensibi, çeşitlilik prensibi ve mahalli olma prensibine dayandırılmış olup, poliçe bazında hesaplanmaktadır[8].

Sigorta Şirketlerinin yıllık hesapları ve konsolide hesaplarına ilişkin 91/674/ EEC sayılı Avrupa Birliği Konsey Direktifi'nde[9] yer alan sigorta teknik karşılıkları şunlardır:

2.1. Kazanılmamış Primler Karşılığı: Direktifin 7.bölümünde yer alan 57.maddeye göre "kazanılmamış prim karşılığının her bir poliçe için ayrı hesaplanması", diğer bir ifade ile hesaplamanın poliçe bazında ve gün esasına göre yapılması gerekir[10].

2.2. Devam Eden Riskler Karşılığı: Direktifin 4.bölümünün 28.maddesine göre; "Muallak hasar karşılığı, o faaliyet yılının sonuna dek meydana gelmiş veya gelecek hasar olaylarının tazmini için bu tür olaylar için ödenmiş tutarlar düşüldükten sonra tahmin edilen masraf tutarıdır"[11].

2.3. Ödenecek Tazminatlar Karşılığı: Bilanço tarihi itibariyle sigorta şirketine bildirimi yapılan ya da yapılmayan tüm hasarları karşılayacak şekilde ayrılması gereken bir karşılık türüdür[12].

2.4. Dengeleme Karşılıkları: Açıkladığımız diğer karşılıklara bir ilave niteliğinde olup, amacı, gerçek hasar deneyimlerinde oluşan ve yıldan yıla değişen geçmiş dalgalanmaların yumuşatılmasıdır. Bu tür karşılıkları şirketler açıkça belirtmezler, ancak pratikte şirket yedek akçelerinde veya mütüel (karşılıklı) şirket halinde ise, aktif fazlalığı olarak göstermektedirler[13].

2.5.Hayat Sigorta Karşılıkları: Yatırım riski sigortalılar tarafından üstlenilen hayat sigortalarında ölüm riskleri, operasyon masrafları veya di-

---

8 SAĞLAM N., s.204. "Bu nedenle, teknik karşılıkların poliçe bazında hesaplanmasıyla, işletmelerin faaliyet sonuçları hakkında bilgi kullanıcılarına daha doğru ve tam bilgi yansır. İşletmeler, fiktif kar çıkmasını engellemeli ve teknik karşılıklar konusunda daha dikkatli davranmalıdırlar"."Ayrıca AB üyesi ülkeler, poliçe bazında yapılan hesaplamalara yakın sonuçları vermesi şartıyla oransal yöntemlerle teknik karşılıkların hesaplanmasına izin verebilmektedirler. Türkiye'de ise sigorta işletmelerinin teknik karşılıklarının hesaplanmasında sigortacılık tekniğinin yeterince kullanılmadığı ve bu nedenle teknik karlılığın daha fazla gözüktüğü belirtilmiştir".

9 OJ 31.12.1991, L 374.

10 Mehmet KAHYA, Sigorta ve Reasürans Şirketlerinde Mali Analiz, İstanbul, 2001, s.126

11 KAHYA, s.127.

12 Şaban ERDİKLER, "Karşılıkların Kurumlar Vergisi Matrahından İndirilmesi", I.Ulusal Sigorta Sempozyumu Bildiri Kitabı, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Yayını, Temmuz 2005, s. 194

13 B.BENJAMIN,., General Insurance, Redwood Press Limited, Melkhoam, Wiltshire, England 1991. s.237. "Tanım olarak büyük hasarlar sıklık dağılımının sonunda yer alan ender olaylardır, ancak bir gün vuku bulacaktır. Bir yıl diğerinden pekala daha fazla hasar getirilebilir ve bir sebep olmaksızın şirketin mali durumu düzensizlik gösterebilir".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ğer riskleri karşılamak üzere oluşturulmuş ek karşılıkları da kapsamaktadır[14].

2.6. Diğer Teknik Karşılıklar: Devam eden riskler karşılığını kapsamaktadır. Yani yürürlükte bulunan poliçeler ile ilgili olarak kazanılmamış prim karşılıklarına ek olarak tüm tazminat ve masraf ödemelerinin tazmin edilmesi amacıyla ayrılmaktadır[15].

Türkiye'nin dış politika hedeflerinin birinci sırasında yer alan Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde, sigortacılık mevzuatında da yapılan veya yapılması tasarlanan değişikliklerde Birliğin Yönergeleri dikkate alınmaktadır. Sigortacılık Mevzuatı'nda, AB'ye üyelik süreci ile ilgili olarak karşılaşılacak sorunlar, büyük ölçüde yapısal sorunlar olup, bunların da Mevzuat değişikliği ile giderilmesi mümkündür.

3. ÖZEL SİGORTA HUKUKUNDA TEKNİK KARŞILIKLAR

3.1. Sigorta Mevzuatı'nda Düzenlenmiş Olan Teknik Karşılıklar

Sigorta Mevzuatı'nda Teknik Karşılıklar'ın düzenlendiği hükümleri incelediğimizde, sadece HSY'de sözkonusu düzenlemelerin amacının açıklandığı görülmektedir. SMK ve SRŞÇEY'de ise teknik karşılıkların çeşitleri ve hesaplama ilkelerine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu nedenle, öncelikle teknik karşılıklara ilişkin düzenlemelerin amacının yer aldığı HSY incelenecektir.

3.1.1. Hayat Sigortaları Yönetmeliği

HSY'nin "Amaç" başlıklı 1.maddesine göre: "Bu yönetmeliğin amacı, hayat sigortalılarının, sigorta ettirenlerin ve lehdarlarının hak ve menfaatlerinin korunması ile hayat sigortacılığı faaliyetlerinin düzenlenmesini ve denetlenmesini teminen hayat sigortaları tarifelerinin teknik özelliklerinin belirlenmesini, teknik karşılıkları, hangi aktif değerlerin hangi oranlarda karşılık olarak gösterilebileceğini, kar payına ilişkin usul ve esasları, ilan ve reklamlar ile ilgili sair hususları düzenlemektir".

Bu düzenleme ile Yönetmelik'te; sigorta şirketleri ile hayat sigortası sözleşmesi yapmak suretiyle ödemiş oldukları primlerin değerlenerek, sözleşmede belirtilen süre sonunda, alacakları birikimlerinin güvence altında olmasını isteyen sigortalı, sigorta ettiren ve lehdarlarının, alacaklarına kavuşabilmelerini teminen sigorta şirketlerine getirilen yükümlülüklere yer verildiği anlaşılmaktadır.

---

14 Metin SARIASLAN, "AB Direktifleri ve Uluslararası Muhasebe Standartlarına (UMS) Göre Karşılıklar İle 4 No'lu Uluslararası Finansal Raporlama Standardı (UFRS) Sigorta Sözleşmeleri Temel Özellikleri" Tebliği, I.Ulusal Sigorta Sempozyumu, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Yayını, Temmuz 2005, s.524

15 ERDİKLER, s.195

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Söz konusu Yönetmeliğin "Teknik Karşılıklar" başlıklı Üçüncü Bölümü'nde teknik karşılık tanımı ile çeşitlerine yer verilmiş ve bu karşılıkların ne şekilde hesaplanacağına ilişkin belirli ilkeler getirilmiştir.

3.1.2. Sigorta Murakabe Kanunu

Türk Sigortacılık Mevzuatında "karşılıklar" konusunda temel düzenleme, SMK'nun 25.maddesinde yer almakta olup, Deprem Hasar Karşılığı, Cari Rizikolar Karşılığı, Muallak Hasar Karşılığı, Muhtemel Zararlar Karşılığı ve Matematik Karşılık olmak üzere toplam beş tür karşılık düzenlenmiştir[16].

3.1.3. Sigorta Ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş Ve Çalışma Esasları Yönetmeliği

SRŞÇEY'de Teknik Karşılıklar ile ilgili düzenlemeler, 23-28.maddeler arasında yer almaktadır. Yönetmelik'te ayrıntılı olarak düzenlenen teknik karşılık çeşitleri; Cari Rizikolar Karşılığı, Hayat Matematik Karşılığı, Muallak Hasar ve Tazminat Karşılığı, Deprem Hasar Karşılığı'dır. Yönetmelik çerçevesinde bunları ayrıntıları ile inceleyelim.

3.1.3.1. Deprem Hasar Karşılığı

SRŞÇEY'nin 26.maddesine göre, sigorta ve reaüsrans şirketlerinin, akdetmiş oldukları deprem sigortası sözleşmelerinde, sigorta ettirene verilecek deprem teminatı karşılığında, almış olduğu primin üçte birini, komisyon ve masraf payları düştükten sonra hesaplanan miktardaki parayı, 15 yıl süre ile deprem hasar karşılığı olarak ayıracaklardır. Sigorta şirketleri, hesaplarında ayırmış oldukları bu deprem hasar karşılıklarından sonra, verdikleri teminat gereği hasar sonucu tazminat ödemeleri halinde, bu miktarı, ayırdıkları karşılıklardan düşeceklerdir.

3.1.3.2. Cari Rizikolar Karşılığı

Dönem içerisinde yazılmış olan prim gelirlerinin bir sonraki döneme ait olan ve kazanılmayan kısmını oluşturan Cari Rizikolar Karşılığına "kazanılmamış prim karşılığı" adı da verilmektedir[17].

---

16 Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan Sigortacılık Kanunu Tasarısı Taslağı (SKTT)(www.hazine.gov.tr)'nda yer alan teknik karşılıkları Madde 15'te şöyle düzenlenmiştir: "Sigorta ve reasürans şirketleri sigorta sözleşmelerinden doğan yükümlülükleri için yeteri kadar karşılık ayırmak zorundadır". "Teknik karşılıklarda reasürör payı, devredilen risk ve primle orantılı olması ve teknik karşılıkların malî tablolarda brüt gösterilmesi kaydıyla, teknik karşılıklardan düşülebilir. Ancak, Müsteşarlık malî açıdan belirleyeceği kriterleri karşılayamayan reasürörlere devredilen işlerde reasürör payının düşülmemesini isteyebilir.Sigorta ve reasürans şirketlerinin varlıklarının, teknik karşılıkları karşılayacak düzeyde olması esastır. Teknik karşılıkların hesaplanması, ayrılmasına dair usul ve esaslar ile teknik karşılıkların yatırılacağı varlıklara ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir".

17 Recep KOÇAK, Sigorta Muhasebesi, İstanbul, Can Matbaa, 2000, s.222.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bilanço yılının son günü olan 31 Aralık'ta çeşitli dönemlerde tanzim edilmiş olan sigorta poliçelerinden büyük bir çoğunluğu henüz sona ermemekte, gelecek yıla da sarkmaktadır. Örneğin, "1 Mart 2005 tarihinde yaptırılan 1 yıl süreli sigorta poliçesi, 2006 tarihinde iki ay süre ile yürürlükte bulunacak ve bu poliçeye ait primin 10/12'si 2005 ve 2/12'si de 2006 tarihinde gerçekleşecek rizikoları karşılamak için ayrılacaktır"[18].

SRŞÇEY'nin 23.maddesinde[19] cari rizikolar karşılığı ile ilgili düzenleme, cari rizikolar karşılığı ayrılmasında, SRŞÇEY'nin değişiklik öncesi 23.maddesinde yer alan "%33.5 ve %25 oranlarının uygulanması" kaldırılmış ve "gün esaslı karşılık ayırma" metodu kabul edilmiştir[20]. Ayrıca "tahakkuk etmiş primlerden komisyonların düşürülmesi" prensibinin benimsenmiştir. Yönetmelik, istihsal (prim üretimi) giderlerinin tahakkuk ettikleri yılın dönem kar-zararına aktarılması prensibini benimsemiştir[21].

Bu düzenlemelere dayalı olarak, cari rizikolar karşılığı, gelecek yıla devreden sigorta sözleşmelerini, mevzuatta açıklanan biçimde bir ayırıma tabi tutmak suretiyle, sigortacı bakımından sorumluluğu sona ermeyenlere isabet eden tutarının cari yıl gelirleri arasından çıkartılarak, gelecek yıla bir karşılık olarak devredilmesi şeklinde tanımlanabilecektir.

3.1.3.3. Muallak Hasar Karşılığı

Sigorta şirketine ilişkin belirli bir yıl hesabının kapatılması sırasında, o yıl içinde ödenmiş hasarlar dışında kalan, henüz tasfiye edilmemiş hasarlar için ayrılan karşılıklara, muallak hasar karşılığı denir[22]. Sigorta şirketleri yıl içinde meydana geldiği halde 31 Aralık tarihine kadar çeşitli nedenlerle ödenemeyen hasarlar için yıl sonunda hesaplarında, "muallak hasar karşılığı" ayırmak zorundadırlar.

Sigorta şirketlerinde, muallak hasarlar ihtiyatını belirlemenin en yay-

---

18 OKTAY, s. 4.

19 Sigorta ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik 1.madde (RG. 27.01.2004, 25359).

20 SKTT'ndaki düzenlemede, "cari rizikolar karşılığı"nın ismi, "kazanılmamış primler karşılığı" olarak değiştirilmiştir. Taslakta kazanılmamış primler karşılığı Madde 15'te şöyle düzenlenmiştir: "Yürürlükte bulunan her bir sigorta sözleşmesine ilişkin olarak yazılan brüt primin gün esasına göre takip eden hesap dönemine veya dönemlerine sarkan kısmından oluşur. Bu karşılık, yürürlükte bulunan yıllık hayat sigortaları ile süresi bir yılı aşan birikim priminin de alındığı hayat sigortaları için yazılan brüt primlerden varsa birikime ayrılan kısım düşüldükten sonra kalan tutarın takip eden döneme veya dönemlere sarkan kısmından oluşur. Kazanılmamış primler karşılığının gün esasına göre hesaplanması mümkün olmayan reasürans ve retrosesyon işlemlerinde, 1/8 esasına göre kazanılmamış primler karşılığı ayrılması mümkündür".

21 KOÇAK, s.223.

22 Cahit NOMER/Hüseyin YUNAK, Sigortanın Genel Prensipleri, Ceyman Matbaa, Mart 2000, s.153.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

gın metodu belirli bir hesap tarihi itibariyle bireysel değerlendirmelerin yapılması ve sonuca göre karşılık ayrılmasıdır. Bu bireysel değerlendirmeler ise sigorta şirketinde, hasar taleplerini değerlendirerek, tazmin edilmesi konusunda karar veren hasar departmanı çalışanlarınca yapılmaktadır[23].

SRŞÇEY'nin 25.maddesi[24], Yönetmeliğin değişiklikten önceki 25.maddesinde sadece, "tahakkuk etmiş ve hesaben tespit edilmiş hasar ve tazminat bedelleri veya tahmini değerler üzerinden muallak hasar karşılığı ayrılabileceği" belirtilmiş iken, yapılan değişiklik ile muallak hasar karşılıklarının nasıl hesaplanması gerektiğine dair ayrıntılı düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Ayrıca, maddede, muallak hasar karşılıklarının yanı sıra, "gerçekleşmiş ancak rapor edilmemiş hasar ve tazminat bedelleri için de karşılık ayrılması gerektiği belirtilmiştir. Yapılan bu değişiklik ile sigorta ve reasürans şirketleri artık, "gerçeklemiş ancak ihbar edilmemiş hasarlar" için de karşılık ayıracaktır[25]. Ancak Yönetmelik ile getirilen bu karşılık, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 14.maddesinde ismi sayılan teknik karşılıklar arasında yer almadığı için sigorta şirketleri açısından, "indirilebilecek giderler" arasında gösterilememekte ve bu alana özgü hukuk bütünlüğü sağlanamamaktadır.

Sigorta şirketlerinin muallak hasar karşılığı belirleme işlemi, otomasyona geçtikten sonra daha da kolaylaşmıştır. Sigortalı hasar ihbarını şirkete yaptığı anda, hasar servisi yetkilisi, sigortalıdan hasarın tahmini tutarını sormakta ve hasar sahibi tarafından bildirilen meblağ, ihbar ile birlikte muallak hasar rakamı olarak kayıtlara intikal ettirilmektedir. Dosya ile ilgili hasar tazminatı sigortalıya ödendiği anda muallak hasar rakamı da otomatik olarak kayıtlardan silinmektedir.

3.1.3.4. Muhtemel Zarar Karşılığı

SRŞÇEY'nin 27.maddesi hükmü şöyledir: "Sigorta şirketleri, sigorta acenteleri ve sigortalılar nezdindeki prim alacaklarından muaccel olup da, iki ay içinde tahsil edilemeyen kısmının tamamı kadar muhtemel zararlar karşılığı ayırırlar.

---

23 OKTAY, s.11. "Söz konusu değerlendirmeyi yapanların, hasarın ciddiyeti, hasar tasfiye işleminin tamamlanması için gereken muhtemel zaman, muhasebeleştirme tarihi ile tasfiye tarihi arasında geçecek sürede hasar maliyeti üzerinde etkili olacak enflasyon oranı hasarın tasfiyesinde hukuki eğilimler gibi bazı ihtimalleri gözönünde bulundurarak sonuca ulaşmaları beklenir".

24 Bak.19 no'lu dipnotundaki Yönetmelik.

25 SKTT'nın 15/d maddesinde yer alan düzenleme şöyledir: "Kayda geçmiş ancak ödenmemiş tazminat tutarları ile gerçekleşmiş ancak kayda geçmemiş tahmini tazminat tutarları ve bu tazminatlar ile ilgili yapılan gider karşılıklarından oluşur". Muallak hasar ve tazminat karşılıkları gerçekleşmiş ancak kayda geçmemiş hasar ve tazminat karşılıklarını da kapsar". Burada da SMK'daki tanımdan faydalanılarak daha net bir açıklama yapıldığını görmekteyiz.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sigorta ve reasürans şirketleri Vergi Usul Kanunu'nun 323'üncü maddesinde tanımlanan şüpheli hale gelmiş alacaklarının tamamı kadar şüpheli alacak karşılığı ayırmak zorundadırlar". Muhtemel zarar karşılığının, şüpheli alacak karşılığı ile birlikte düzenlenmiş olması, beraberinde bazı problemler getirecektir. "Örneğin: Şirket, muaccel olup da iki ay içinde tahsil edilmeyen alacakları için prim alacak karşılığı ayırırken, bu alacakların bir kısmı için de "şüpheli alacak karşılığı" ayırmış ise, şüpheli alacak karşılığı tutarı kadar mükerrer karşılık ayırmış olacaktır"[26]. Bu durumda, şirketin prim alacak karşılığı ayırmış olduğu alacakları içinde, şüpheli hale gelmiş alacağı var ve bunun için de karşılık ayırmış ise, ayrılan şüpheli alacak karşılığı tutarı, prim alacak karşılığı tutarından tenzil edilecek ve böylelikle mükerrer karşılık ayırma durumu ortadan kalkacaktır[27].

3.1.3.5. Hayat Matematik Karşılığı

Hayat sigortalarında, sigortalı, sigortacıya her yıl belirli bir ücret vermeyi sigortacı ise ölüm veya sözleşmede belirtilen vade sonunda, sözleşmede yazılı miktarı sigortalıya veya lehdarlarına ödemeyi taahhüt eder. Sigortacının, söz konusu taahhütlerini zamanında yerine getirebilmek için tahsil ettiği primlerden belirli bir oranda karşılık ayırması gerekmektedir ki, bu tür karşılıklara "hayat matematik karşılığı" veya "riyazi ihtiyat"[28] denir.

Günümüzdeki hayat sigortacılığının büyük bir kısmını oluşturan emeklilik tazminatına dayalı birikim sigortalarında matematik karşılık hesabı, çok genel olarak sigorta priminden şarjmanların (masraflar, komisyonlar) ve ilgili döneme ait risk priminin (vefat teminatına karşılık alınan prim) düşülmesi ve birikime kalan paranın teknik faize bağlanması ile hesaplanır[29].

Sigorta şirketinin sigortalılara karşı poliçeden kaynaklanan yükümlülüklerinin bugünkü değeri olarak tanımlanabilecek matematik karşılıklar, HSY'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. HSY 19.maddesine göre: "Sigorta şirketleri, sigorta sözleşmelerinden doğan yükümlülükleri için müteakip maddelerde belirtilen esaslara göre teknik karşılık ayırmak zorundadırlar".

Teknik karşılıklar; matematik karşılıklar, muallak tazminat karşılığı ile cari rizikolar karşılıkları toplamından oluşur". HSY'nin 20.maddesine göre, "Matematik karşılıklar yürürlükte bulunan her bir sözleşme için tari-

---

26 OKTAY, s. 29

27 KOÇAK, 248

28 Kamuran PEKİNER, Sigorta İşletmeciliği, İstanbul: 1970, İ.Ü. Yayın No, 1516, İşletme Fakültesi Yayın No: 4, s.131.

29 Muhittin YURT, M.Ü. Bankacılık ve Sigortacılık Ens., Sigortacılık Anabilim Dalı, TSS'DE Hayat Sigortacılığı, Fon Yaratma Kapasitesi ve Hayat Sigortalarında Kar Payı, Y.Lisans Tezi, İstanbul, 1994, s. 13. (Yayınlanmamıştır).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

fedeki teknik esaslara göre ayrı ayrı hesaplanan aktüeryal matematik karşılıklar ve kâr payı karşılıkları toplamından oluşur"[30].

3.1.3.5.1 Aktüeryal Matematik Karşılıklar

HSY 20/a maddesine göre, Aktüeryal matematik karşılıklar, sigortacının ileride yerine getireceği yükümlülüklerinin peşin değeri ile sigorta ettiren tarafından ileride ödenecek primlerin bugünkü değeri arasındaki farkın bulunması şeklinde (prospektif yöntem) hesaplanır. Aktüeryal matematik karşılıklar, sigorta şirketlerinin aktüerleri tarafından, HSY esaslarına göre hesaplanarak, matematik karşılıklara eklenmektedir.

3.1.3.5.2 Kar Payı Karşılıkları

HSY'nin 20.maddesinde kar payı karşılıkları: "Sigorta şirketlerinin kâr payı vermeyi taahhüt ettikleri sözleşmeler için sigorta ettirenler ile lehdarlara olan yükümlülüklerine istinaden ayrılan karşılıkların yatırıldıkları varlıkların gelirlerinden, onaylı kâr payı teknik esaslarında belirtilen kâr payı dağıtım sistemine göre hesaplanan teknik faiz geliri ile sınırlı olmak kaydıyla garanti edilen kısmın dışında kalan miktar ile önceki yıllara ait birikmiş kâr payı karşılıklarından oluşur" şeklinde düzenlenmiştir. HSY'nin yukarıda belirtilen hükmü dikkate alınarak hesaplanacak olan kar payı karşılığı da matematik karşılıklara eklenecektir.

3.1.3.5.3. Hesaplanma İlkeleri

HSY'nin 23.maddesinde; "Sigorta şirketleri teknik karşılıkların hesaplanmasında aşağıdaki genel ilkelere uymak zorundadırlar" denildikten sonra, karşılıkların hesaplanma ilkeleri olarak, "ayrı hesaplama ilkesi" ve "ihtiyatlı hesaplama ilkesi" belirtilmiştir. Teknik karşılıkların hesaplanmasında uygulanacak olan ilkelerin, seçimlik kullanılacak yöntemler olmadığını, karşılıkların poliçe bazında ayrılması ve bu işlem yapılırken aynı zamanda seçilecek olan tablo, faiz oranı ve gider paylarının ihtiyatlı olarak dikkate alınması gerekir.

3.1.3.5.4. Hesaplama Yönteminin Sözleşme Süresince Devamlılığı

HSY'nin 23.maddesinin c bendi: "Teknik karşılıkların hesaplanmasında kullanılan yöntemler ve varsayımlar sözleşme süresince sigorta ettirenin ve lehdarın aleyhine değiştirilemez" şeklinde düzenlenmiş olup, temel amacı,

---

30 SKTT'nun 15/c maddesinde yer alan düzenleme şöyledir: "Bir yıldan uzun süreli hayat, sağlık, hastalık ve ferdi kaza sigorta sözleşmeleri için sigorta şirketleri tarafından sigorta ettirenler ile lehdarlara olan yükümlülüklerini karşılamak üzere sözleşme teknik esaslarında belirtilen, istatistiksel ve aktüeryal yöntemler kullanılarak hesaplanan karşılıklar ile taahhüt edilmişse bu karşılıkların yatırıma yönlendirilmesi sonucu elde edilen gelirden sigortalılara ayrılan pay karşılıkları toplamıdır".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sigortalıların korunması olan teknik karşılık ayırma yükümlülüğünün, bu amaca aykırı şekilde kullanılmasını önlemektir.

3.1.3.5.5. Hesaplama Dönemi

HSY'nin 23/d maddesinde ise, matematik karşılıkların, primlerin şirkete intikal ettiği ilk günden sonraki işgününde hesaplanmasını, bunun mümkün olmadığı hallerde ise, sigorta şirketinin tazminat alacağı için sigorta ettirenin başvurusu halinde gerekli hesaplamaları, günü gününe yapması gerektiğini hükme bağlanmış ve farklı herhangi bir dönem hesaplamasına izin vermemiştir.

Buradaki açıklamalardan hareketle, hayat matematik karşılıkları ve kâr paylarının mevzuatta tanımı açık olan tek karşılık kalemi[31] olduğu söylenebilecektir.

3.2. Sigorta Mevzuatı'nda Düzenlenmemiş Diğer Sigorta Teknik Karşılıkları

3.2.1. Devam Eden Risk Karşılığı:

Devam eden risk karşılığı[32], hak edilmemiş prim rezervindeki herhangi bir eksikliği gidermek için ayrılan karşılık olup, genellikle sigorta şirketinin yürürlükteki bir poliçe için hesapladığı primin, halen devam eden poliçelerden kaynaklanan hasarları karşılamak açısından doğru olmadığını hissettiği zaman ayrılır[33].

3.2.2. Gerçekleşmiş Ancak İhbar Edilmemiş Hasar Karşılığı

Karşılıkların tesis edildiği tarihten önce, bazı rizikolar gerçekleşmiş olmasına rağmen, bu hasarlar çeşitli sebeplerle şirkete ihbar edilmemiş olduğu durumlarda veya belirli bir ödemenin yapıldığı, bakiyesi daha sonra tam

---

31 OKTAY, s. 32

32 SKTT'nın 15/b maddesinde yer alan düzenleme şöyledir: "Bu karşılık, sigorta sözleşmesinin süresi boyunca üstlenilen risk düzeyi ile kazanılan primlerin zamana bağlı dağılımının uyumlu olmadığı kabul edilen sigorta branşlarında, ayrıca kazanılmamış primler karşılığının şirketin taşıdığı risk ve beklenen masraf düzeyine göre yetersiz kalması hâlinde ayrılır". Yine SMK'da yer almadığı halde, SKTT'nda belirtilen karşılık çeşitleri ise şunlardır:"15/e: İkramiyeler ve İndirimler Karşılığı: Şirketin ikramiye veya indirim uygulamasına gitmesi durumunda, cari yılın teknik sonuçlarına göre sigortalılar veya lehdarlar için ayrılan ikramiye ve indirim tutarlarından oluşur. 15/f: Dengeleme Karşılığı: Özel riskler ile katastrofik mahiyetteki rizikolardan dolayı ilerdeki yıllarda tazminat oranlarının dalgalanmasını ve bilanço üzerindeki olumsuz etkileri dengelemek üzere ayrılan bir karşılıktır. 15/g: Yatırım Riski Teknik Karşılığı: Değeri veya getirisi sigorta ettirenlerin risk alma durumuna göre belirlenen hayat sigorta sözleşmeleri kapsamındaki yatırımlarla ilgili sigorta ettiren ile lehdarlara olan yükümlülükleri karşılamak için oluşturulan teknik karşılıkları kapsar".

33 OKTAY, s. 10.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olarak tasfiye edilecek hasarlarla ilgili olarak yeniden açılacak hasar dosyaları için bir karşılık ayırmak durumudur. Bu tür talepler de istatiksel olarak Gerçekleşmiş Ancak İhbar Edilmemiş Hasar Karşılığı (IBNR)[34] hasar talepleriyle aynı türde görülürler ve onlarla birlikte mütalaa edilirler[35].

Gerçekleşmiş Ancak Ödenmemiş Hasarlar, önceki yılların tecrübelerinden yararlanılarak, çeşitli istatistiki yöntemlerle belirlenir. Bu hasar bildirimleri, branşlara ve işlerin çeşitlerine göre farklılık gösterebilir[36].

3.2.3. Katastrof Karşılığı:

Bazen, bir teknik olay ya da olayların birleşimi (örneğin deprem, salgın bir hastalık felaketi), normal deneyimler çerçevesinde beklediğimiz hasarlar için ayrılmış ve doğru olarak değerlendirilen bir karşılığın çok ötesindeki boyutlarda gerçekleşen çok büyük hasara neden olur. Aynı şekilde bir katastrof sonucu şirket çok güç durumda kalabilir, hatta bu durum şirketin aktifini tüketebilir. Özellikle şirket dünya ölçeğinde çalışıyorsa, o zaman bu hesapta aktifin önceden güçlendirilmesi tedbirli bir tutumdur[37]. Özellikle yangın sigortaları dalında görülen bu karşılık türü, sigorta şirketinin, ileride meydana gelebilecek olağandışı afetler için her yıl bilançosundan belirli bir tutarı ayırmasını öngörür[38].

3.2.4. Hasar Tasfiye Giderleri Karşılığı:

Sigorta şirketlerince hasar ihbarları üzerine bir dosya açılmakta, hasar miktarının belirlenmesi için eksper seçilmekte, ilgili vergiler ödenmekte, çeşitli yazışma ve haberleşme yapılmaktadır. Tüm bu işlemler oldukça fazla masraf gerektiren işlemler olduğundan bunlar için de bir karşılık ayrılması gerekmektedir[39]. Bu masraflar normalde ilgili birel hasar içinde mütalaa edilir ve ödenen hasarların içinde ve IBNR istatistiklerinin içinde de dikkate alınır. Bunun dışında bir dosyaya yüklenemeyen dolaylı tasfiye giderleri –hasar departmanı maliyetleri gibi de dikkate alınmak durumundadır[40]. Önceki dönemlerde meydana gelmiş, hasar değerlendirme işlemlerinden faydalanılarak ödenen hasarlara ilişkin yapılan giderlere göre, ödenecek ve ihbar edilmemiş hasarlara ilişkin hasar giderleri belirlenir ve buna göre bir karşılık ayrılır[41].

---

34 IBNR-" Incurred But Not Reported Reserve".

35 OKTAY, s. 12.

36 Sedat SAĞLAM, Sigorta Muhasebesi, 3.Baskı, s.139.

37 BENJAMIN., s.237.

38 NOMER-YUNAK, s.154.

39 SAĞLAM S, s.138.

40 Audıtıng and Reporting, s. 370

41 OKTAY, s. 15.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

3.2.5. Hasar Dengeleme Karşılığı ve Gizli Karşılıklar

Hasar dengeleme karşılığı[42], yıldan yıla büyük hasarların oluşmasında ortaya çıkan dalgalanmaların etkilerini hafifletmeye yönelik olarak tesis edilir. Gizli karşılıklar da, benzer bir şekilde, sigorta şirketinin yayınladığı bilanço ve kâr zarar hesaplarında yer almayan bir karşılık türüdür. Gizli karşılık kavramı, şirket malvarlığının gerçek değerinin altında gösterilmesi ya da sorumluluklarının gerçek tutarının üzerinde ifade edilmesi sonucu ortaya çıkar[43].

3.2.6. Ertelenmiş İstihsal Masrafları Karşılığı

Bu karşılığı, üretilen gelir ile uyumlu olması açısından bir sonraki yıla bırakılan istihsal gideri olarak tanımlamak mümkündür[44]. Ertelenmiş istihsal masrafları[45], öncelikle sigorta işinin alınmasına yönelik giderlerdir ve bunlar doğrudan (komisyonlar gibi) veya dolaylı (örneğin işin kabulü ve poliçe tanzimi için ödenen ücretler) olarak bu işle ilişkilidir[46].

3.2.7. Uzun Süreli İşler Karşılığı

Uzun süreli İşler Karşılığı[47], sigorta şirketlerinin, primin alınmayacağı sigorta süresini hesaplayarak, o süre içerisinde meydana gelebilecek olan hasarları karşılayabilmek üzere ayırdıkları bir rezervdir[48]. 1990 yılında yangın sigortalarında serbest tarife sistemine geçilmeden önce, 5-7 ve 10 yıllık uzun süreli sivil rizikolarda, sigortalıları özendirmek ve pazar payını arttırabilmek gayesi ile örneğin tahakkuk eden yıllık primlerin peşin ödenmesi kaydı ile 5 yıl süreli sigortalarda son 6 ay ücret alınmamakta idi. İşte bu, ücretsiz dönemlere ilişkin olarak sigorta şirketlerinin ayırdığı karşılıklara, uzun süreli işler karşılığı adı verilmektedir[49].

4. VERGİ HUKUKUNDA SİGORTA TEKNİK KARŞILIKLARI

4.1. Kurumlar Vergisi Kanunu

Vergi hukukunda sigorta teknik ihtiyatları ile ilgili önemli düzenleme Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) 14.maddesinin 4.bendidir[50]. Sigorta şirketlerinin ayırmış oldukları teknik ihtiyatların da kurum kazancının belirlenmesi sırasında indirilmesi kabul edilmiştir. Sigorta teknik ihtiyatları,

---

42 "Claims Equalisation Reserve".

43 NOMER-YUNAK, s.154.

44 C. BENNETT, Dictionary of Insurance, London 1992, s.262.

45 "Deferred Acquisition Reserve".

46 OKTAY, s. 16.

47 Polianüel Karşılıklar.

48 KOÇAK, s.244.

49 KAHYA, s.127.

50 KVK'nun 4962 Sayılı Kanun'un 16.maddesi ile değişen maddesi (RG. 7.8.2003,25192).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yalnızca sigorta şirketlerince ayrılabilen bir karşılıktır. Birer aracı olan sigorta acente ve prodüktörleri, sigorta teknik ihtiyatları ayıramazlar.

KVK 14/4'de sigorta teknik karşılıkları olarak, "muallak hasar karşılıkları, kazanılmamış prim karşılıkları ve hayat matematik karşılıkları" düzenlenmiştir.

4.1.1. Muallak Hasar Karşılıkları

KVK 14/4 a maddesine göre: "Muallak hasar karşılıkları, tahakkuk etmiş ve hesaben tespit edilmiş fiili tazminat bedellerinden veya bu hesap yapılmamışsa tazminatın ve tazminat ile ilgili tüm masrafların tahmini değerlerinden reasürör payı düşüldükten sonra kalan tutardır".

Muallak hasar karşılıkları, şirketin poliçe düzenlediği her branş için ihbarı yapılıp (ödenmeyen hasar varsa) ayrılabilmektedir. Bilanço gününde geçici pasif hesaplara geçirilmek suretiyle hasılattan indirilecek olan muallak hasar karşılıkları, şirketin saklama payı oranında ihbar yapılmış her hasar için ayrı ayrı hesaplanmaktadır[51].

Bu teknik karşılıklar, her bilanço döneminde pasif geçici hesaplar kullanılarak hasılattan indirilir. Ancak her bilanço döneminde ayrılan bu teknik karşılıkların ertesi bilanço döneminde kara nakledilmesi gerekmektedir[52].

Muallak hasar karşılıkları ile ilgili bir sorun da, Hazine Müsteşarlığı'nın 10.12.2004 tarih ve 75762 sayılı genelgesi ile 2004 yılı sonu itibari ile hesaplanacak Muallak Hasar Karşılığı tutarına, "Rapor Edilmemiş Hasarlar Karşılığı adı altında bir tutarın daha ilave edileceğini belirtmesi ve SRŞÇEY'nin 2.maddesi ile aynı yönetmeliğin 25.maddesinin değiştirilerek, sözkonusu karşılıkların da eklenmesi ile ortaya çıkmıştır[53]. Rapor Edilmemiş Hasarlar Karşılığı, önceki yılda hasar veya vefat gerçekleştiği halde, çeşitli nedenlerle bildirimin ertesi yıla sarkması dolayısı ile dosyası, takip eden yılda açılmış olan hasarların prim üretimine oranlarının geçmiş beş yıllık ağırlıklı ortalaması ile hesaplanan karşılık gideridir. Sözkonusu genelge ile Muallak Hasar Karşılıkları içerisine dahil edilen bu ilave KVK 14.maddede sayılan giderler arasında bulunmadığından, sigorta şirketleri 2004 yılında hesaplanan Rapor Edilmemiş Hasar Karşılıklarının vergi matrahından indirilmesi konusunda sorun yaşamışlardır. Sonuçta, Bakanlık'tan alınan görüş doğrultusunda bu şekilde rapor edilmemiş hasarlar için ayrılan karşılıklardan 2004 yılı beyanname verme süresine kadar gerçekleşmiş olanlar kurumlar vergisi matrahından indirim konusu edilmiştir[54].

---

51 İbrahim YELMENOĞLU, Sigorta Murakabe Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından sigorta Teknik İhtiyatları, Vergi Dünyası, Sayı:190, Haziran 1997, s.108.

52 Tüm Yönleriyle Kurumlar Vergisi Rehberi, Gelirler Kontrolörleri Derneği Yayını, İstanbul, 2005, s.249

53 ERDİKLER, s.187

54 ERDİKLER, s. 188

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

4.1.2. Kazanılmamış Prim Karşılıkları

KVK'nun 14/4 maddesinde[55] "Cari Rizikolar Karşılığı" olarak tanımlanan karşılığın ismi, yapılan değişiklik ile "Kazanılmamış Primler Karşılığı" olarak değiştirilmiş ve eski düzenlemede yer alan, sözkonusu karşılıkların hesaplanmasında götürü usulden vazgeçilerek, "gün esasına göre hesaplama yöntemi" getirilmiştir.

KVK 14/4-b maddesinde yer alan düzenleme şöyledir: "Kazanılmamış prim karşılıkları yürürlükte bulunan sigorta sözleşmeleri için tahakkuk etmiş primlerden komisyonlar düşüldükten sonra kalan tutarın gün esasına göre bilanço gününden sonraya sarkan kısmından, reasürör payının düşülmesinden sonra kalan tutardır. Ancak bu tutar, nakliyat emtea sigortalarında, yıllık primin komisyon düşüldükten sonra kalanının % 25'ini geçemez. Kazanılmamış prim karşılığının gün esasına göre hesaplanması mümkün olmayan reasürans ve retrosesyon işlemlerinde 1/8 yöntemi uygulanabilir".

4.1.3. Hayat Matematik Karşılıkları

Hazine Müsteşarlığı'nın tespit ettiği genel kabul görmüş aktüerya hesaplarına göre yürürlükte olan poliçeler üzerinden sigorta aktüerleri tarafından matematik karşılıklar, ayrı ayrı hesaplanmaktadır. Bu tutar üzerinden, genel aktüerya hesaplarına göre, sigorta aktüerleri tarafından, poliçe bazında tek tek hesaplanan karlılıkların tamamı, ticari bilanço karının tespitinde gider olarak kaydedilecektir[56].

KVK'na göre bir yıl ayrılan matematik karşılıkların ertesi yıl başında aynen kara nakledilmesi şarttır. Matematik karşılıkların kara nakledildiği yıl içerisinde tazminat ödemesi söz konusu olduğunda ise normal gider kaydı yapılacak, riyazi ihtiyatlardan temettü ve faizleri vergiden istisna edilmiş olan menkul kıymetlere yatırılan kısma ait faizler ise giderler arasında gösterilemeyecektir[57].

---

55 4962 Sayılı Yasa ile getirilen düzenleme sonucu değişen madde hükmü

56 A. Ercan ALPTEKİN, "Sigorta Teknik İhtiyatları ve Vergilendirilmesi," Mükellefin Dergisi, Ocak 2002, S.109,

57 ALPTEKİN, s.67. Ayrıca makalede şu görüşe de yer verilmiştir: "Sigorta Murakabe Kanunu'nda ve Sigorta Ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemeler, sigorta teknik ihtiyatlarının belirli yatırım alanlarına aktarılmasını zorunlu kılmamıştır. Hayat sigorta sözleşmelerinde sigortalılara belirli bir süre sonunda ve periyodik olarak kar payı dağıtımının esas olması Hazine Bonosu, devlet tahvili gibi yatırım alanlarına bu ihtiyatların aktarılmasını gerekli kılmaktadır. Riyazi ihtiyatların muhtelif yatırım alanlarına yönlendirilmesinden elde edilen gelirler "riyazi ihtiyat kar payı" olarak riyazi ihtiyatlara eklenmekte, bu tip bir ihtiyat gibi değerlendirilerek gider olarak kaydı mümkün bulunmaktadır".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

4.1.4. Deprem Hasar Karşılıkları:

Karşılık ayrılabilmesi için Vergi Kanunlarında özel bir hüküm bulunması gerekmektedir. Vergi kanunlarında şüpheli alacak karşılığı gibi özel düzenlemeler yapılmış ise ayrılan karşılık kabul edilmekte, aksi takdirde, kıdem tazminatı karşılığı gibi, vergisel açıdan gider olarak kabul edilmeyecektir[58].

SMK'nun 25.maddesine göre, deprem hasar karşılığını oluşturan fonda tutulan kıymetlerin net gelirleri de deprem hasar karşılığı hesabına kaydedilir. Bu durumda, sigorta şirketinin defter kayıtlarında gelir hesaplarına intikal etmeyen dolayısıyla da dönem ticari karı içinde yer almayan bu gelirlerin vergisel durumu önem arz etmektedir[59]. Kanaatimizce bu gelirler de vergiye tabi kurum kazancının saptanmasında, gelir olarak dikkate alınmalı ve ticari kara ilave edilmelidir[60].

4.2. Vergi Usul Kanunu

4.2.1. Değerleme

Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) Değerleme ile ilgili hükümleri sigorta teknik ihtiyatlarından kazanılmamış primler karşılığı ile yakından ilgilidir. Kazanılmamış primler karşılığının incelendiği bölümde, literatürde, cari rizikolar ihtiyatı ayırmak, prim gelirlerinin iskontoya tâbi tutulması olarak değerlendirilmiştir[61].

VUK ilke olarak, alacak ve borçların mukayyet değerleri ile değerlendirilmesini öngörmüştür. Mukayyet değer ise VUK 265.maddesinde "bir iktisadi kıymetin muhasebe kayıtlarında gösterilen hesap değeridir" şeklinde tanımlanmıştır. Bununla birlikte, işletmeler VUK'nun 281 ve 285.maddelerine göre senede bağlı alacak ve borçlarını tasarruf değeri ile değerleyebilir, yani reeskonta tâbi tutabilirler. Ancak bankalar ve bankerler ile sigorta şirketleri senetli veya senetsiz bütün alacak ve borçlarını tasarruf değeri ile

---

58 Fazıl KARAMAN, "Deprem Hasar Karşılıklarının Vergi Kanunları Açısından Değerlendirilmesi", Sigortacı Gazetesi, 1-15 Eylül 2002, sayı,281, s.23. "Deprem hasar ve tazminat ödemeleri, vergi kanunları yönünden gider nitelinde olmasına karşılık, sigorta şirketleri tarafından hesaplarında deprem hasar karşılığından düşülmektedir. Bu durumda sigorta şirketinin vergiye tabi kazancını hesaplarken, ilgili hesap döneminde yapılmış olan hasar ve tazminat ödemelerini şirketin kazancından indirmesi doğru olacaktır".

59 KARAMAN, s.23

60 KARAMAN, s.24. "Kurumun deprem hasar karşılığı olarak tuttuğu kıymetlerden elde ettiği gelirlerin vergiye tabi gelir olup olmadığı bu çerçevede değerlendirilirse, bunların da ticari kara ilavesi gerektiği görülecektir. Şöyle ki, bu gelirlerin vergiden istisna edildiğine dair vergi kanunlarında bir hüküm bulunmamaktadır. Bunların Sigorta Murakabe Kanunu'na göre deprem hasar karşılığı hesabına kaydedilmesi vergiye tabi kar hesabında dikkate alınmayacağı anlamına gelmez".

61 OKTAY, s.36.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

değerlemek zorundadırlar, yani bu şirketler için bir seçim hakkı bulunmamaktadır[62].

4.2.2 Sigorta Teknik Karşılıklarının Değerlemesi

Sigorta şirketleri, sigorta sözleşmeleri ile belirli bir süre için can veya mallara gelebilecek rizikolara karşı bir prim karşılığında teminat veren ticari işletmelerdir. Bu itibarla, sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan alacak ve borçlar VUK'nun uygulamalarına göre senetsiz alacak ve borçlar durumundadırlar. Ancak, yine VUK'a göre, sigorta şirketleri senetli veya senetsiz bütün alacak ve borçlarını tasarruf değeri ile değerlemek zorundadırlar, yani senetsiz alacak ve borçlarını da reeskonta tabi tutmaya hakları vardır[63].

Prim alacaklarının reeskontunun ise poliçe bazında yapılması gerekmektedir. SMK'nun 39.maddesine göre sigorta şirketleri, prime ilişkin hesaplarını poliçe bazında takip etmek zorunda olduklarından, reeskont işlemlerinin de poliçe bazında yapılması gerekmektedir[64].

Kazanılmamış primler karşılığı hesaplarına baktığımızda, bu karşılıkların sigorta sözleşmelerinden doğan alacağın reeskontu olarak düşünülmesi zordur. Çünkü, bu faizin olmaması ve prim alacağı olmasa dahi yazılan prim üzerinden cari rizikolar karşılığı ayrılması, yapılan işlemi VUK 281.madde kapsamında görmeyi zorlaştırmaktadır[65]. Bu açıdan baktığımızda, kazanılmamış primler karşılığını dönemsellik ilkesi ile ilişkilendirerek VUK'nun 287.maddesinde yer alan, "Gelecek hesap dönemlerine ait olarak peşin tahsil edilen hasılat ile cari hesap dönemine ait olup henüz ödenmemiş olan giderler mukayyet değerleri üzerinden pasifleştirilmek suretiyle değerlenir"şeklindeki ifade "pasif geçici hesap kıymetleri" çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

Buna göre bilanço gününde sona ermeyen izleyen yılda da hükmü devam eden sigorta sözleşmelerinin, belirli kriterlere göre bir ayırıma tabi tutularak sigorta şirketi bakımından sorumluluğu devam edenlere isabet eden prim tutarlarının, cari yıl gelirleri arasından çıkartılıp, bir karşılık şeklinde izleyen döneme devredilmesi gerekmektedir[66].

VUK'nun yukarıda açıklanan 281 ve 287.maddelerini incelediğimizde,

---

62 OKTAY, s.37.; Yılmaz ÖZBALCI, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara Ekim 1998, s.641, "Reeskont, senede bağlı alacak ve borç tutarı içinde yer alan veya aldığı varsayılan vade farkının ayıklanıp ilgili döneme aktarılmasını sağlayan bir değerleme hükmünü ifade eder. İkili bir işleve sahiptir. Bir yönü dönemsellik ilkesini ilgilendirir. Alacak ve borç tutarı içindeki vade farkına tekabül eden kısmın sonuç hesaplarına, ait olduğu döneminde intikalini sağlar. Senede bağlı alacaklar bakımından alındığında, doğmamış gelirin vergilendirilmesini önler. İkinci yönü ise, bilançonun sağlıklı düzenlenmesi ile ilgilidir. Bu kapsamda, sonuç hesapları ile ilgili olmayan alacak ve borçların da reeskonta tabi tutulabileceğinin kabulü gerekir".

63 OKTAY, s. 38.

64 SARIASLAN, s:121.

65 OKTAY, s.38.

66 ALPTEKİN, s.64.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sigorta şirketlerinin almış oldukları primlerden gelecek döneme isabet eden kısmının hesaplanarak cari yıl gelirlerinden, bu tutarları düşebileceği görülmektedir[67]. Muallak hasar ve deprem hasar karşılıklarına baktığımızda ise, bunların VUK'nun 288.maddesi çerçevesinde değerlendirilebileceğini söyleyebiliriz. Nitekim VUK'nun "karşılıklar" başlıklı 288.maddesinde yer alan "hasıl olan veya husulü beklenen zarar" şeklindeki düzenlemenin, yakın bir tahmin[68] yapılmasını ifade ettiği söylenebilir.

VUK 288.maddesinde değerleme ile ilgili hükümlerden farklı olarak öncelikle karşılık kavramı tanımlanmış, daha sonra ise değerlemeye ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buradan hareketle karşılık; meydana gelmiş veya meydana gelmesi beklenen ancak tutarı tam olarak bilinemeyen, teşebbüs için bir borç mahiyetinde olan ve belirli bir zarar niteliği gösteren bir hesap[69] olarak tanımlanabilecektir.

Sigorta şirketlerinin VUK'nun 288.maddesinde belirtilen tarif çerçevesinde karşılık ayırarak, bu karşılık miktarlarını, vergi matrahının tespitinde ticari kardan indirmeleri mümkündür[70].

Bu anlamda, sigorta teknik karşılıklarının KVK kapsamında değil, VUK çerçevesinde düzenlenmesinin daha doğru olduğu yolunda tartışma sürmektedir[71].

---

67 Fazıl KARAMAN, "Cari Rizikolar Karşılığının Vergi Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", Sigortacı Gazetesi, 1-15 Ekim 2002, Sayı, 283, s.23.

68 Nurettin EROĞLU, Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu, 2.Baskı, Ankara, 1995, s.460.

69 Erkan AYDIN, Türk Vergi Sisteminde İktisadi İşletmelere Dahil Kıymetleri Değerleme, Ankara Seçkin Yayınları, 2002. s. 175. Ayrıca aynı eserde "...diğer taraftan yasal düzenlemede karşılığın ne zaman ayrılabileceği ve tutarının ne olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu belirsizlik nedeniyle vergi idaresinin işletmelerin karşılık ayırması konusunda olumsuz bir tavır sergilediği görülmektedir".

70 EROĞLU, s.461. "Örnek: Sigorta şirketlerinin yapmış oldukları sigorta poliçeleri için muallak hasarlara mahsus tazminat karşılıkları, riyazi ihtiyatlar ve cari muhataralara mahsus karşılıkları ayırıp, mali kar/zarardan tenzil etmeleri ise mümkündür." Konu ile ilgili Danıştay 4. Dairesi 12.01.1978 tarih, 1977/1834 E., 1978/40 K. No'lu kararında;: ".....VUK'nun 288.maddesinde hasıl olan veya husulü beklenen fakat miktarı kestirilemeyen ve teşebbüs için bir borç mahiyetini arz eden belli bazı zararları karşılamak maksadıyla hesaben ayrılan meblağ olduğu, bu hükme dayanarak karşılık ayırmaya, bu meblağın matrahtan indirilmesine imkan bulunmadığı, maddede sadece karşılığın genel bir tanımının verildiği, mali karın tespitinde nazara alınacak karşılığın ayrılabileceği haller hakkında VUK'da sigorta şirketleri için özel hükümlerin getirildiği, bu bakımdan özel bir hükme dayanmadan sırf 288.maddeye dayanarak karşılık ayrılması ve bunun matrahtan tenzile olanak bulunmadığı gerekçesiyle onayan Temyiz Komisyonu kararının yerinde olduğuna oybirliği ile karar verildi". (Şükrü KIZILOT, Danıştay Kararları ve Özelgeler (Muktezalar) Yaklaşım Yayınları, C.2, s.2566)

71 Hüseyin AKAY, Hayat Sigorta Şirketlerinde Hesap İşleri Düzeni, İstanbul, Türkmen Kitabevi, s.160. "Kazanılmamış primlerin "indirilecek giderler" başlığı altında KVK'nun 14.maddesinde götürü usulde değil, VUK'nun alacaklar ve borçlar başlıklı 281 ve 285.maddelerinde safi kurum kazancının gerçek usulde saptanmasına imkan verecek şekilde yani, Sigorta Murakabe Kanunu'nda olduğu gibi sözleşme bazında yapılmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi sigorta şirketlerinin gerçek kazançları üzerinden vergi ödemelerini sağlayacaktır".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

5. SONUÇ

Sigorta şirketleri ve özellikle sigortalılar için bir garanti fonu niteliği taşıyan karşılıkların, tahsil edilen veya dönem içerisinde tahsil edilemeyen primlerden ne şekilde ayrılacağı ve bunların hesaplara ne şekilde yansıtılacağı ile ilgili SMK başta olmak üzere, SRŞÇEY ve HSY'nde düzenlemelere ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Ancak sigorta teknik karşılıkları açısından mevzuatı incelediğimizde, temel amacı şirketin mali yükümlülüklerini karşılayabilmesinin bir garantisi olabilmek amacına ulaşamamakta, yetersiz ve ihtiyaca cevap vermekten uzak kalmaktadır. Sigortacılık Kanunu Tasarısı Taslağı'ndaki düzenlemeye baktığımızda ise, teknik karşılıkların sayı itibariyle arttırıldığını; fakat sigorta şirketinin mali gücü açısından çok da önemli değişiklikler yapılmadığını görmekteyiz.

Bununla birlikte sigorta hukukunun, sigortalıların çıkarlarının korunması amaçlandığı ve sigorta şirketinin kuruluşundan itibaren tüm faaliyetlerinde uyacakları kuralların düzenlendiği SMK'da da değişen koşullara göre gerekli değişikliklerin yapılması, sigorta şirketinin mali yükümlülüklerin bir garantisi olan teknik karşılıkların da hesaplanma tarzlarının daha net ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Sigorta teknik karşılıkları açısından Türk Vergi Mevzuatı'nı incelediğimizde ise temel düzenlemenin yer aldığı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 14.maddesinde, indirilecek giderlerin arasında deprem hasar karşılıklarının sayılmamış olmasının büyük bir eksiklik olduğunu söyleyebiliriz.

SMK'nda düzenlenen ve sigorta şirketi tarafından ayrılan deprem hasar karşılıklarının ve gerçeklemiş ancak ihbar edilmemiş karşılıkların da KVK'nda kurum kazancının tespitinde gider olarak indirilecek karşılıklar kısmında gösterilmesi gerekmektedir. Zira, sigorta şirketleri, ayırmış oldukları teknik karşılıklar ile ilgili yapacakları her türlü hesaplamalarda, öncelikle kendi özel mevzuatı çerçevesinde işlemler yapacak, sonra vergi yükümlülüğü ile ilgili hesaplamalarında bu işlemleri esas alacaklardır. Bu nedenle sigortacılık mevzuatındaki düzenleme ile vergi mevzuatındaki düzenlemenin birbirine paralel olması büyük önem arz etmektedir.

Kazanılmamış primler karşılığı, bilanço döneminde sona ermemiş ve gelecek yıla sarkan sigorta teminatları için hesaplanan bir karşılık türü olup, VUK'nun "pasif geçici hesap kıymetleri" başlığı altındaki 287. maddesinde düzenlenmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Çünkü, sigorta şirketleri, ayırmış oldukları cari rizikolar karşılıklarını bilanço döneminde pasif geçici hesaba alarak, hesap planlarında daha doğru ve gerçekçi işlem yapmış olacaklardır. Aynı şekilde muallak hasar karşılıklarının da VUK'nun "karşılıklar" başlıklı 288.maddesinde yer alması, şirketlerin bilanço hesaplarında değerleme işlemleri ile daha doğru hesap planı oluşturmalarını sağlayacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

VUK çerçevesinde yükümlülüklerini yerine getirmeye çalışan sigorta şirketleri, mevzuatta açıkça yazılı olmasa bile ayırdığı bu karşılıkları, VUK'nun değerleme ile ilgili hükümleri çerçevesinde dikkate almakta ve ona göre işlem yapmaktadır. Bu nedenle, VUK'da yer alan 287 ve 288.maddelerinde, sigorta teknik karşılıkları ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmesi, işleyen bir sistem kurma yaklaşımı ile karşılaşılan sorunları çözme yolunda atılacak önemli adımlardan birisi olacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE KURULMASI (TTK TASARISI HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ İLE)

*Prof. Dr. Rayegân KENDER**

I. SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

A. Genel olarak

Sigorta sözleşmesinin tanımının yapılması son derece güçtür. Zira hususi hukukta sigorta ilişkisi, bu sözleşme ile kurulur ve düzenlenir. Bu nedenle sigorta sözleşmesi tanımı, sigorta kavramına veya sigortacılığın niteliğine uygun olmalıdır. Sigorta ise çok yönlü bir ekonomik faaliyettir; sosyal, teknik ve ticari unsurları vardır. Sözleşme bu kavramın hukuki kalıbını teşkil eder.

Sigorta kavramının temeli, "rizikoların dağıtılması" ilkesidir. Diğer bir anlatımla, fert ve müesseselerin maruz kaldıkları zarar veya ihtiyaç doğuran olayların ekonomik sonuçlarının bunlar arasında dağıtılması suretiyle giderilmesidir. Böyle çok yönlü ekonomik faaliyetin hukuki kalıbı olan sigorta sözleşmesinin tanımının yapılmasındaki güçlük ortadadır. Sigorta kavramının bu özellik ve unsurları göz önünde tutulmadan yapılan sigorta sözleşmesi tanımı isabetli olamaz; özellikle sözleşmenin tanımında sigortacının ediminin belirlenmesi son derece önemlidir. Sigortacılık ekonomi ve teknolojinin gelişmelerini takip ettiğinden, yapılan tanım yapıldığı anda doğru olsa bile, ileride yetersiz hale gelebilmektedir.

Yukarıda kısaca belirtilen hususlar karşısında iki önemli sonuca varılması gereklidir. Birincisi, Kanunda sigorta sözleşmesinin tanımı yapılmamalıdır. İkincisi öğretide ayrıntıya girmeden, Borçlar Hukuku ilkelerine göre genel bir tanım yapılmalıdır. Kanunda sigorta sözleşmesinin hükümleri düzenlenmelidir.

B. Sigorta Sözleşmesinin Tanımlanması Açısından Yasal Düzenlemelerde Durum:

1. Yabancı Hukuklarda

Sigortacılıkta ileri batı ülkelerinde sigorta sözleşmesi kanunlarındaki durum:

---

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a) Fransa: 1989 tarihli Sigortalar Kanunu'nda (Code des Assurances) sigorta sözleşmesi tanımı yapılmamış; nasıl kurulacağına dair düzenleme getirilmiştir. Öğretide de sigorta sözleşmesinin bir tanım yapılmamış, özellikleri açıklanmıştır[1].

b) İsviçre: İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda sigorta sözleşmesinin tanımı yapılmamış; nasıl kurulacağı ve hükümleri düzenlenmiştir. Öğretide sigorta sözleşmesinin çeşitli tanımları yapılmıştır[2]. Bunlardan birine göre sigorta sözleşmesi bir sigorta ilişkisinin kurulmasını sağlayan bir sözleşmedir. Bu kısa tanım şu şekilde açıklanmıştır: "Sigorta sözleşmesi, taraflardan birinin diğerine bir para ödemesi karşılığında rizikonun gerçekleşmesi sonucu olan malvarlığı edimini ifa ettiği bağımsız bir sözleşmedir". Her iki tanımda da önemli husus konusu sigorta olan bir sözleşme olmasıdır. Bu sözleşmenin ifasında sigorta denetimi kanunu ve sigorta sözleşmesi kanunu hükümlerine göre rizikoların karşılanması söz konusu olacaktır. Kanun kimlerin sigorta sözleşmesi yapabileceğini düzenlemiştir; sigorta sözleşmesinin kurulmasına ilişkin (ehliyet vs.) konularda genel hükümler uygulanacaktır[3].

Sigorta sözleşmesinin hukuki niteliği, sözleşmenin tam iki taraflı bir sözleşme olduğu, sigortacı ve sigorta ettirenin haklar kazanıp borç altına girdikleri, asıl edim ve yan edimlerin söz konusu olduğu belirtilerek açıklanmaktadır[4]. Sigorta Sözleşmesi Kanunu'na göre sigorta sözleşmesinin kurulmasında şekil şartı yoktur. Genellikle sigortacı yazılı bir icapta bulunur. Bunun istisnası otomat sigortalarıdır; müşteriye (rizikonun tayini, himayenin kapsamı, sigorta edimi, süresi vs. bakımından) önemli sorular içeren basılı icap formu verilir. İcapta bulunan genelde sigorta ettirendir; sigortacı değildir. Bu teklifname doldurularak verilir.

Kanun icabın bağlayıcı olduğu süreyi, Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak (Art. 1 VVG) düzenlemiştir. Maddeye göre süre 14 gündür (Abs. 1). Hayat sigortalarında eğer sıhhi tetkik gerekiyorsa bu 4 haftadır (Abs. 2). İcabı yapan sigortacıya daha kısa bir süre verebilir.

c) Almanya: Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 1. maddesi "sigorta sözleşmesinin içeriği" başlığı altında şu hüküm yer almıştır[5]: "Zarar sigortalarında, sigortacı, rizikonun gerçekleşmesi sonucunda sigorta ettirenin uğradığı malvarlığı zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Hayat sigortalarında ve kaza sigortalarında, sigortacı riziko gerçekleştiğinde sözleşmede tayin

---

1 **LAMBERT – FAIVRE** Y., Droit des Assurances 11. éd. 2001 Paris, s. 184; Code des Assurances Article L 112 - 2, - 3

2 **MAURER** A., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2. Auflage, Bern 1986, s. 167

3 **MAURER**, (dn. 2) s. 183

4 **MAURER**, (dn. 2), s. 197

5 **PRÖLLS – MARTIN**, Versicherungsvertragsgesetz, 25. Auflage, München 1992, s. 39

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

edilen bir meblağı, kapital veya rant şeklinde ödemek veya kararlaştırılan bir edimi ifa etmekle yükümlüdür. Sigorta ettiren kararlaştırılan primi ödemekle yükümlüdür." Görüldüğü üzere, bu bir tanım değil, tarafların hak ve borçlarının ifadesidir. Öğretide sigortacının edimini daha isabetli bir şekilde ifade edilmesi gerektiği ve bunun sadece para ödemek değil, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren başlayan ve devamlı bir sigorta koruması olduğu açıklanacak şu tanım yapılmıştır: "Sigorta sözleşmesi, sigortacının sigorta himayesini (riziko taşıma) ve sigorta ettirenin bir prim ödeme borcunu üzerine aldığı tam iki taraflı ve borç doğuran bir akittir.[6]"

d) Belçika: Belçika'da 1874 tarihli Kanunda verilen "Sigorta bir akittir ki, bununla sigortacı, bir prim karşılığında sigortalının beklenmeyen hal veya mücbir sebep sonucunda uğradığı zararı tazmin eder." şeklindeki sigorta sözleşmesi tanımı, hiç rağbet görmemiş ve çok eleştirilmiştir[7]. Bu nedenle 25.5.1992 tarihli "Kara Sigortası Sözleşmesi Kanunu"nun 1. maddesinde "Sigorta sözleşmesi bir akittir ki, bir taraf, sigortacı, diğer tarafa, sigorta ettirene, bir prim ödenmesi karşılığında sözleşmede tayin edilen muhtemel bir olayın gerçekleşmemesi halinde, sözleşmede gösterilen edimi ifa etmeyi taahhüt eder (sigortalı veya lehdarın gerçekleşmesinde menfaati olan olay)" şeklinde yeni bir tanım yapılmıştır[8]. Aynı maddenin (F) bendinde sigortacının edimi şu şekilde ifade edilmiştir: "Sigortacı tarafından sözleşmenin icrasında temin edilecek olan bir miktar para veya hizmet". 1992 tarihli Kanun'da yer alan bu tanımlar oldukça isabetlidir. Kanunun aynı maddesinde diğer bazı tanımlar yanında (G) bendinde "zarar sigortası" ve (H) bendinde "şahıs sigortaları" tanımları verilmiştir. Buna göre zarar sigortası "Sigortacı ediminin (veya himayesinin) muhtemel bir olayın (riziko), bir şahsın malvarlığında zarar doğurmasına bağlı olduğu sigortadır."; şahıs sigortası ise "Sigorta edimi (veya himayesi) ve primin, bir şahsın hayatını, cismani tamamiyetini veya aile durumunu etkileyen muhtemel bir olaya (riziko) bağlı olduğu sigortadır."

Görüldüğü üzere Belçika Kanununda sigortanın mahiyetine oldukça uygun tanımlar yer almıştır.

2. Türk Hukukunda:

a) 1926 tarihli Ticaret Kanunu ve Yürürlükteki TTK'nda

1926 tarihli Ticaret Kanunu'nun sigorta hukukuna ait 13. faslında bulunan 932. maddesinde yer sigorta sözleşmesi tanımı şöyledir[9]: "Sigorta bir akittir ki, bununla sigorta eden şahıs ücret mukabilinde bir kimsenin tayin

---

6 **MÖLLER H.,** Versicherungsvertragsrecht, Wiesbaden 1971, s.16

7 **FONTAINE M.,** Droit des Assurances, Bruxelles 1996, s. 96

8 Kanunun metni, yayımlandığı 20 Ağustos 1992 tarihli Moniteur'den fotokopi ile alınmıştır.

9 **ATABEK** Reşat, Sigorta Hukuku, İstanbul 1950, s. 1

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

edilen ahvali fevkalade yahut esbabı mücbireden dolayı gerek duçar olacağı zayiat ve hasaratın tazmini, gerek bir yahut birkaç kimsenin müddeti hayatına veya hayatının vakayi ve hadisatına müsteniden bir para itasını deruhte eyler."

Madde metnini aldığımız eserin yazarı ATABEK, bu tanımın doğru olmadığını şu şekilde açıklamıştır: "T.K.'nun 932 inci maddesi sigortayı tarif ederken teknik esaslara istinat eden bir sigorta mukavelesinin ancak bu vasfı haiz olabileceğini hiçbir şekilde işaret etmemiş olduğu gibi, tehlike mefhumuna da "ahvali fevkalade yahut esbabı mücbire" diye vasıflandırmış ve bu suretle sigortalının ihmal ve tedbirsizliği yüzünden 3 üncü şahısların maruz kalabilecekleri zararlara karşı akid eylediği mali mesuliyet sigortalar gibi diğer bazı nev'i sigortalara yer vermemiş gözükmektedir.[10]" Bu görüşe aynen katılmaktayım. Sigortanın teknik esaslarından ayrılması mümkün değildir. Sigorta bir riziko taşıma veya tehlike iştiraki[11] olduğuna göre, bunların sağlanması ancak sigortacının ediminde sigortanın teknik esaslarına (rizikoya göre primin tespiti için) yer verilmesi ile gerçekleşebilir. Bu nedenle de Kanunda sigorta sözleşmesinin tanımın yapılması zordur. Kanundaki tanımda "riziko" da çok hatalı olarak ifade edilmiştir.

TTK m. 1263 hükmünde sigorta sözleşmesi "Sigorta bir akittir ki, bununla sigortacı bir prim karşılığında diğer bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini halele uğratan bir tehlikenin (bir rizikonun) meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi yahut bir veya birkaç kimsenin hayat müddetleri sebebiyle veya hayatlarında meydana gelen belli bir takım hadise dolayısıyla bir para ödemeyi veya sair edalarda bulunmayı üzerine alır."

Madde metninde görüldüğü üzere, önceki kanun hükmündeki isabetsizlikler tam olarak düzeltilmemiştir. Madde gerekçesinde[12] yapılan açıklama ile uyumlu değildir. Zira sigortacılık tekniği, özellikle sigortacının ediminde rol oynar. Sigortacının edimi sadece bir para ödemesi olarak kabul edilirse, bunda sigortacılık tekniği yer almaz[13]. Sigortacının edimine "sigorta himayesi" veya "riziko taşıma" denmelidir. Yani sigortacı, sigorta ettirenin maruz bulunduğu rizikoların ekonomik sonuçlarını üzerine alır.

Maddedeki tanım eski Kanunda olduğu gibi, sorumluluk sigortasını kapsamamaktadır. Bunun sebebi "menfaat" kavramının yanlış kullanılmasıdır. Sigorta hukukunda "menfaat", bir aktif ile bir şahıs arasındaki değer

---

10 **ATABEK**, (dn. 9), s. 3

11 Bu konuda bilgi için bkz. **KENDER** Rayegân, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2005, s. 2, 3.

12 TTK'nun 1263. maddesinin gerekçesi "Yürürlükte olan Kanunun 932 inci maddesinde sigorta sözleşmesi hakkında yapılan tarif, modern sigorta tekniğine ve memleketimizde de kabul olunan murakabe sistemine uymadığı için kanunun uygulanma sahasına münhasır kalmak üzere yeni bir tarif yapılmıştır." şeklindedir.

13 Madde hükmünün isabetsizlikleri hakkında bilgi için bkz. **KENDER**, (dn. 11), s. 114 - 117

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ilişkisidir. Sorumluluk sigortası ise bir pasif sigortasıdır. Diğer bir ifade ile sigorta ettirenin malvarlığında rizikonun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak bir pasifi (borç) sigortacı üstlenecektir[14].

Sigorta sözleşmesi tam iki taraflı bir sözleşmedir. Sigortacının edimi sözleşme ile başlamaktadır; devamlı bir edimdir. Riziko gerçekleştiği anda edim dinamik hale gelir ve rizikonun ekonomik sonuçları (kayıpları) sigortacı tarafından karşılanır. TTK m. 1263 hükmünde yapılan tanım sigortacının bu edimini içermemektedir. Sigortacının edimi, basit bir ifade ile, sözleşme yapılmasından ve sorumluluğun başlamasından itibaren her an, riziko gerçekleştiği takdirde bunun ekonomik sonuçlarını giderecek durumda olmasıdır. Diğer bir ifade ile, sigorta ettirene ait olan rizikoyu üzerine alması ve bunun için gerekli "rizikoların dağıtılması" ilkesini gerçekleştirecek işlem ve hesapları yapmasıdır. Ancak bu şekilde riziko gerçekleştiğinde onun ekonomik sonuçlarını giderme, yani edimini tamamlama imkânına sahip olacaktır. Bütün bunlar gösteriyor ki, TTK'nun 1263. maddesinde yer alan sigorta sözleşmesi tanımı doğru değildir. Sigortacının ediminin tanımı kolay değildir. Bu nedenle ya genel bir tanım verilmeli veya Kanunda sözleşmenin tanımı yapılmamalı, bu doktrine bırakılmalıdır.

b) TTK Tasarısında Sigorta Sözleşmesi Tanımı:

Tasarının 1401. maddesinde "sigorta sözleşmesi – temel kavramlar – tanım" başlıkları altında sigorta sözleşmesi "Sigorta öyle bir sözleşmedir ki, bununla sigortacı bir prim karşılığında, bir kimsenin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin (rizikonun) meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya bir kaç kimsenin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlenir." şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım TTK m. 1263 hükmünde yer alan tanımdan çok daha hatalıdır. Yürürlükteki TTK'nda zarar sigortası kısmı için olan tanım hiç olmazsa aktif zarar sigortaları bakımından doğrudur. Tasarı hükmünde ise, pek çok hata olduğu görülmektedir. Tasarının 1401. maddesinde yer alan "menfaatin zarar uğratılması" ifadesi doğru değildir; zarar, menfaat gibi temel kavramlar yanlış kullanılmıştır. Menfaat kelimesi, sigorta hukukunda bir aktif ile bir şahıs arasındaki değer ilişkisini ifade etmektedir. Bir aktif üzerinde birden çok menfaat olabilir; sigortanın konusu aktif değil, aktife ilişkin menfaattir. Zarar ise, Borçlar Hukuku kavramıdır ve malvarlığında iradi olmayan azalmayı – eksilmeyi ifade eder. Şu hale göre, "menfaatin zarara uğratılması" ifadesi açıklanan bu temel kavramlara aykırıdır. Menfaat ihlâl edilebilir; bunun sonucunda zarar doğabilir. Söz konusu temel kavramlar doğru bir şe-

14 Eski Ticaret Kanunu'nun 932. maddesi, Bozer'in kitabında (Sigorta Hukuku, Ankara 1965, s. 94) eleştirilmiş; ancak TTK m. 1263 hükmünde yer alan tanımda, önceki tanımdaki bütün hataların düzeltilmiş olduğu görüşü ifade edilmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kilde anlaşılmadığından, Tasarının 1401. maddesinin 1. fıkrasında yer alan sigorta sözleşmesi tanımında "menfaatin zarara uğratılması" gibi çok hatalı bir ifade kullanılmıştır.

Tasarının sigorta sözleşmesi tanımında menfaatten söz edildiğine göre, bu tanım sadece aktif zarar sigortalarını kapsamaktadır; pasif zarar sigortaları bu tanım kapsamında değildir. Dolayısıyla tanım bu bakımdan eksik ve hatalıdır[15].

TTK Tasarısının 1401. maddesinin 1. fıkrasındaki tanımda hayat sigortası için kullanılan "... bir kaç kimsenin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar..." ifadesi de son derece hatalıdır. Burada "bazı olaylar" ifadesi ile hangi olayların kastedildiği belirsizdir. Böyle bir ifadenin Kanunda yer almış olması vahim bir hatadır. Yürürlükteki TTK'nun 1263. maddesinde "belli bir takım olaylar" ifadesi kullanılmıştır ve doğrusu da budur. Tasarının 1401. maddesinde "belli" kelimesi atılınca ifade anlamsız ve hatalı bir hale gelmiştir.

Sigorta sözleşmesinin tanımındaki zorluklar nedeniyle, TTK'nda tanım yapılmaması çok isabetli olur. Kanunda sigorta sözleşmesinin özellikleri ve hükümleri düzenlenmelidir. Burada bir hususun da belirtilmesi gerekir. TTK m. 1263 hükmündeki sigorta sözleşmesi tanımının hatalı ve eksik olduğu yıllardan beri benim kitabımda (Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2005) gerekçeleri ile açıklandığı halde Tasarıyı hazırlayanlar ısrarla, bunları göz önünde tutmayarak daha kötü bir hüküm kaleme almışlardır.

II. SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

Sigorta sözleşmesi, Borçlar Hukukundaki esaslara göre icap ve kabul ile in'ikad eder. Genel olarak kanunlarda sözleşmenin kurulmasında bir şekil şartı aranmamıştır. Ancak ispat bakımından poliçe veya başka bir yazılı delil kabul edilmiştir. Aşağıda önce sigortacılıkta ileri bazı batı ülkelerinin hukuklarında ve Türk hukukundaki durum incelenerek açıklanmıştır.

A. Yabacı Hukuklarda

1. Fransa'da:

Sigorta Sözleşmesinin yapılması konusundaki Kanun (Code des Assurances, Art. L 112 – 2) hükmü şöyle açıklanmıştır[16]: Sigorta şirketi, sigorta yaptırmak isteyene bir bilgi formu verir; bu matbu belgede sigortalanacak rizikonun konusu hakkında sigortacıya fikir verecek sorular bulunur. Ancak

---

15 Sigorta sözleşmesinin Tasarıdaki tanımı, Sigorta Hukuku Dergisinin "Türk Ticaret Kanunu Taslağı"na tahsis edilen özel sayısında (2005) yer alan değerlendirmelerde de eleştirilmiş; özellikle sorumluluk sigortasını kapsamadığı belirtilmiştir.

16 **LAMBERT- FAIVRE**, (dn. 1), s. 184 - 185

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bu formun sigorta ettiren tarafından doldurularak sigortacıya verilmesi taraflar için bağlayıcı değildir. Sigortacı bu şekilde belirlediği rizikoyu sigorta etmek isterse, buna göre poliçeyi düzenler, imzalar ve imza etmesi için sigorta ettirene verir veya gönderir. Poliçe, sözleşmenin ispat şartıdır; ancak sigorta himayesinin hangi anda başlayacağı poliçe üzerine yazılacağından, sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil eder. Kanunun L. 112 – 3 maddesinin 1. fıkrasına göre sigorta sözleşmesinin Fransızca ve okunaklı şekilde yazılı olması gerekir.

2. İsviçre'de:

İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda (VVG) sigorta sözleşmesinin kurulması konusunda şu açıklamalar yapılmaktadır[17]: Kimlerin sigorta sözleşmesi yapabileceği düzenlenmemiştir; genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Sigorta Sözleşmesi Kanunu'na göre sözleşmenin kurulmasında genel hükümlerde öngörülenlerden farklı bir geçerlilik şartı yoktur. Sigortacı müşteriye rizikonun tayinine, himayenin kapsamına, sigorta edimine, süresine ve diğer önemli hususlara ilişkin sorular içeren yazılı bir icap formu verir. Sigorta ettirmek isteyen kimse bu formu doldurarak sigortacıya verir; böylece icap genellikle sigorta ettirmek isteyen kimseden gelir (istisnası otomat sigortalarıdır). Kanun icabın bağlayıcı olduğu süreyi, Borçlar Kanunundan farklı olarak 1. maddenin 1. fıkrasında 14 gün olarak düzenlemiştir. Hayat sigortasında eğer bir sağlık incelemesi gerekli ise 4 haftadır.

İcabı yapan kimse, sigortacıya daha kısa bir süre verebilir. Sigortacının icabı kabul etmesi ile akit kurulur. Sözleşmenin tamam olması için icap ve kabulün birbirine uygun olması gerekir. Kabul eğer icabın bağlayıcı olduğu süre sonuna kadar gelmezse, sözleşme kurulmaz; icabı yapan serbest kalır. Kabul için herhangi bir geçerlilik şartı yoktur: sözlü, telefon ile vs. olabilir. Sigortacı, icaba karşılık poliçeyi düzenleyip verirse, bu aynı zamanda kabul unsurunu teşkil eder. Normal olarak poliçe sözleşmenin sıhhat şartı değildir. Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasına göre, sigortacı poliçeyi düzenleyip verdiği halde önceden bir sigorta sözleşmesinin yapılmış olduğu anlaşılır. Ancak poliçe sigortacı tarafından kabul beyanı yerine verilebileceği gibi, icap yerinede verilebilir. Sigortacının sessiz kalması sözleşme yapmayı reddettiğini gösterir.

3. Almanya'da:

Alman Hukukunda sigorta sözleşmesi, genel hükümlere göre icap ve kabul ile yapılmaktadır. Sigortacılıkta müteamel olan, soru formunun doldurulması ile sigorta ettirenin icapta bulunmasıdır. Sigorta şirketi bunu kabul eder. Ancak sigortacı kabul ederken değişiklik yaparsa, bu yeni bir icap

17 **MAURER**, (dn. 2), s. 167, 194, 197

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

teşkil eder; ancak yapılan değişiklik açıkça sigorta ettirenin lehine ise kabulü aranmaz[18]. Sigortacının kabulü için süre Kanunun 81. maddesine göre yangın sigortasında 2 haftadır. İcabın bağlayıcı olduğu süre için Kanunda ve sözleşmede hüküm yoksa, bu süre genel hükümlere göre tayin edilir[19].

4. Belçika'da:

Belçika hukukunda 1992 tarihli "Kara Sigortası Sözleşmesi Kanunu"nun 1. maddesinin A – N bentlerinde sigorta sözleşmesi, sigortalı, lehdar, zarar gören şahıs, prim, sigortacının edimi, zarar sigortası, şahıs sigortası, sigorta teklifnamesi, poliçe gibi temel kavramlar tanımlanmıştır[20]. Kanunun 4. maddesinde, sigorta sözleşmesinin nasıl yapıldığı düzenlenmiştir. "Sigorta teklifnamesi, sigortacı ve sigorta ettiren adayı için bağlayıcı değildir. Sigorta ettirenin verdiği teklifname üzerine sigortacı 30 gün içinde herhangi bir beyanda bulunmazsa, sözleşme yapmaya mecbur kalır; aksi halde tazminat ödemekle yükümlü olur."

Sigorta ettiren tarafından verilecek olan teklifname ise, 1. maddenin L bendinde şöyle tanımlanmıştır: "Sigorta teklifnamesi, sigortacı tarafından düzenlenen sigortacıyı yapılacak sigorta sözleşmesinin niteliği ve rizikonun değerlendirilmesi bakımından aydınlatacak hususlara ait soruları içeren ve sigorta ettiren tarafından doldurulacak bir formdur."

4. maddenin 1. fıkrasında ilk cümle, sigorta teklifnamesinin tarafları bağlamayacağı hükmünü koyduğuna göre sigorta ettiren 30 gün beklemek zorunda değildir. Sigortacı da bu sürede sigorta sözleşmesi yapmak için icapta bulunabilir veya sözleşme yapmayacağını bildirebilir. Hiçbir beyanda bulunmaz ise, sözleşmeyi yapmak zorunda kalacaktır. Bu hüküm Belçika hukukunda çok önemli bir sigorta hukukçusu tarafından çok eleştirilmiş; 30 gün sonra sözleşmenin hangi şartlarla yapılacağı, yapılmaz ise tazminatın nasıl hesaplanacağı, 30 gün geçtikten sonra sözleşmeyi yaparsa ne olacağı gibi çözümü güç sorunların ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir[21]. Uygulamada da bu hükmün uygulanacağı halin hemen hiç ortaya çıkmadığı görülmüştür.

B. Türk Hukukunda

1. Türk Ticaret Kanunu'nda

Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta sözleşmesinin yapılması konusunda herhangi bir hüküm yoktur; hiçbir şekle tabi tutulmamıştır. Sigorta sözleş-

---

18 **MÖLLER**, (dn. 6), s. 62, 63

19 **PRÖLLS - MARTIN**, (dn. 5) s. 39

20 "La Loi du 25 fuin 1992, Le Contrat d'Assurance Terrestre" Kanun 20.8.1992 tarihli Moniteur'de yayımlanmış; madde metinleri buradan fotokopi yoluyla alınmıştır.

21 **FONTAINE**, (dn. 7), s. 113

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mesi Borçlar Kanunu'ndaki esaslara göre icap ve kabul ile in'ikad eder. Uygulamada genellikle sigorta ettiren icapta bulunduğu görülmekte ise de, aksi de söz konusu olabilir; bazı hallerde sigortacı da icapta bulunabilir. Sigorta yaptırmak isteyene çok defa sigorta konusu ve rizikonun tayini için gerekli bilgilerin alınmasını sağlayan teklifnamedeki soruların cevaplanarak verilmesi icap teşkil eder. Sigortacının kabul beyanı gerekir. Sigortacı kabul beyanı yerine poliçeyi düzenleyip verir ve bununla akit tamam olur. Otomat sigortasında sigorta konusunun çok kapsamlı olduğu bazı hallerde icap sigortacıdan gelmekte ve bunun sigorta ettiren tarafından kabulü gerekmektedir. Sigorta sözleşmesinin kurulmasında icap ve kabulün Borçlar Kanunu'ndaki esaslara uygun olması gerekir. Sigorta sözleşmesinin yapılmasında kanundan doğan iki yükümlülük söz konusudur. Birincisi, yapılan sözleşmenin ait olduğu sigorta dalına ait genel şartların sözleşmeye eklenmesidir. İkincisi ise, poliçenin düzenlenmesinde TTK m. 1266 hükmünde belirtilen hususların poliçeye yazılmasıdır. Poliçe normal olarak sigorta sözleşmesinin geçerlilik şartı değildir; ancak sigortacı kabul beyanı yerine poliçe düzenleyip verdiğinde poliçe akdin tamam olmasını sağlar.

2. TTK Tasarısında

TTK Tasarısında sigorta sözleşmesinin yapılması hakkında bazı garip hükümler konmuştur. Şöyle ki: Tasarının ilk şeklinde "sözleşmenin kurulması sırasında susma" başlığını taşıyan 1383. maddenin 1. fıkrası hükmü "Sözleşmenin kurulmasına ilişkin teklifname, teklifname tarihinden itibaren otuz gün içinde reddedilmemişse, sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır." Tasarıda yapılan bazı değişiklikler sonucunda 1383. madde 1405. madde olarak yer almış ve şu şekle getirilmiştir:

"Sigortacı ile sigorta yapmak isteyen kişinin sözleşmenin yapılmasına ilişkin verdiği teklifname tarihinden itibaren 30 gün içinde reddedilmemişse sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır."

Bu madde hükmü, çok isabetsiz ve yanlıştır. İlk şeklinde teklifnamenin kimin tarafından verildiği belli değil iken, değişik metinde bu gösterilmiştir. Ancak bu şekilde bir sözleşmenin kurulması şu bakımlardan doğru değildir. Birincisi, madde metnine göre, teklifname sözleşmenin icap unsurunu, karşı tarafın 30 günün sonuna kadar susması da kabul unsurunu teşkil edecektir. İcap ve kabulün Borçlar Hukuku esaslarına uygun olmadan bir sözleşmenin in'ikadı mümkün olmaz. Böyle olunca otuz günün sonunda sözleşme hangi şartlara göre kurulmuş olacaktır. Teklifnamede sözleşmenin bütün esaslı unsurları var mıdır? İkicisi, bu hükümde teklifnameyi veren (icabı yapan) 30 gün bekleyecektir; icabın bağlayıcı olduğu süre budur. Yani karşı tarafa kabul için 30 günlük süre verilmiş olmaktadır. Bu yanlıştır; sigorta sözleşmesinin mümkün olan en kısa zamanda kurulması sigortacılığın temel kuralıdır. Burada sigortacı 29. gün teklifi reddedebilecektir. Sigorta huku-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kunda susma ile sözleşmenin kurulması hiçbir ülkede yoktur. Bu kadar isabetsiz ve sigorta sözleşmesi hukuku esaslarına aykırı ve yanlış bir hükmün nereden alındığı merak konusudur. 539 sayılı KHK[22] ile değişik Sigorta Murakabe Kanunu'nun 28. maddesinin 6. fıkrasında hayat sigortası için öngörülmüştür. Anılan hükme göre "Hayat sigortalarına ilişkin sözleşmelerin yapılmasına dair teklifnamenin sigorta şirketine ulaştığı tarihten itibaren 30 gün içinde sigorta şirketi tarafından reddedilmemesi halinde sigorta sözleşmesi yapılmış olur." Bu hüküm tarafımdan eleştirilmiş ve yanlışları gösterilmiştir[23]; her şeyden önce, bir sigorta sözleşmesinin kurulmasının sigorta denetim kanununda düzenlenemeyeceği, şekil bakımından da Borçlar Kanunu ve sigortacılığın gereklerine aykırı olduğu ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu yazının hazırlanmasında yapılan çalışmada, söz konusu hükme benzer bir hükmün 1992 tarihli Belçika Kara Sigortası Sözleşmesi Kanunu'nda bulunduğu görülmüştür. TTK Tasarısının 1405. maddesindeki düzenlemede Belçika kanunu örnek alınmış ise, 1992 tarihli Belçika kanunundaki hükmün iyi anlaşılmadan aktarıldığını belirtmek gerekir. Şöyle ki: Yukarıda II.B.4. paragrafta açıklandığı üzere, söz konusu Kanunun 4. maddesi hükmü "Sigorta teklifnamesi, sigortacı ve sigorta ettiren adayı için bağlayıcı değildir. Sigorta ettiren verdiği teklifname üzerine sigortacı 30 gün içinde herhangi bir beyanda bulunmazsa, sözleşme yapmaya mecbur kalır; aksi halde tazminat ödemekle yükümlü olur." şeklindedir. Görüldüğü üzere bu hükümde teklifnamenin bağlayıcı olmadığı açıkça belirtilmiştir. Diğer yandan Belçika hukukunda bu hükmün son derece isabetsiz olduğu ve uygulamada sorunlara sebebiyet vereceği açıklanmıştır[24]. Tasarı hükmü Sigorta Hukuk Dergisi'nin "Türk Ticaret Kanunu Taslağı"na ayrılan özel sayısında (2005) eleştirilmiş ve Taslaktan çıkarılması önerilmiştir: OMAĞ, "teklifnamenin bağlayıcı olduğu 30 günlük sürenin uzun olduğunu, himaye arayan sigorta ettireni fazlaca bir süre korumasız bıraktığını" ifade etmiştir[25]. ÜNAN, "Tasarının 1405. maddesi hükmünün çok hatalı bir tercih içerdiğini, susma yoluyla sözleşme akdedilebilmesinin uygun bir çözüm olmadığını, böyle bir düzenlemeye gerek olmadığını, sürenin başlangıcı olarak teklifname tarihinin esas alınmasının da hatalı olduğunu, sigortacıya teklifin ulaştığı tarihin esas alınması gerektiğini" belirtmiştir[26]. MEMİŞ[27], "Sigorta Mu-

22 RG. 22.6.1994 - 21968

23 **KENDER**, (dn. 11), s. 121

24 **FONTAINE**, (dn. 7), s. 113

25 **OMAĞ** Merih Kemal, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sigorta Hukukuna İlişkin 6. Kitabının Genel Hükümler ile Zarar Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Özet Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuk Dergisi, Yıl 2005, Özel Sayı 1, s. 29 vd., 30.

26 **ÜNAN** Samim, Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın "Sigorta Hukuku" Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuk Dergisi, Yıl 2005, Özel Sayı 1, s. 109 vd., 114, 115.

27 **MEMİŞ** Tekin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sigorta Hukukuna İlişkin 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Özet Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuk Dergisi, Yıl 2005, Özel Sayı 1, s. 88 vd., 92.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rakabe Kanunu'nda sadece hayat sigortaları için getirilmiş olan bu düzenlemenin bazı farklılıklarla genel hüküm haline getirilmesinde 30 günlük bekleme süresi öngörülürken sigorta ettiren kimsenin teklifnamesi ile bağlı kalırken sigortacının bu süre zarfında bekleme ya da susma hakkına sahip olduğunun göz ardı edildiğini, ticari hayatta kısa bir süre olmayan bekleme süresi içinde sigorta ettirenin sigorta himayesi elde edemeden beklemek zorunda bırakıldığını, bu şekilde bir süreden ziyade sorunun çözümünün genel hükümlere bırakılmasının isabetli olduğunu"; METEZADE[28] ise, "bu düzenlemenin isabetli olmadığını, kısa süreli sigortalarda otuz gibi bir süre tanınmasının bu sigortaların mahiyeti ile bağdaşmadığını" belirtmiştir.

Tasarının son şeklinde 1405. madde olarak yer alan düzenlemeye ilişkin değerlendirmemde "teklifname" ile kastedilenin açık olmadığını; ancak, belirli bir sürede reddedilmemesine sözleşmenin kurulmuş sayılacağı sonucu bağlandığına göre, teklifnamenin her sözleşmede bulunması zorunlu olan "icap" şartlarına sahip olmasının zorunlu olduğunu; belirli bir sürenin sonuna kadar reddedilmemesinin de, yine her sözleşmede bulunması zorunlu olan "kabul" iradesi (zımni kabul) olabileceğini; buna göre, icaba 30 günlük bağlayıcı süre tanınmış olduğunu, bunun çok yanlış olduğunu, teklifnamenin (eğer icap ise) verildiği tarihten itibaren 30 gün bekleneceğini, dolayısıyla icabı yapanın bu süre içinde icabı ile bağlı kalacağını, sigorta sözleşmesi teklifinin (icap) kabul edilip edilmediğinin en kısa zamanda açıklığa kavuşması gerektiğini, bu nedenle, 1405. maddenin 1. fıkrası hükmünün kesinlikle taslaktan çıkarılması gerektiğini, uygulamacıların, bugün sigorta sözleşmeleri yapılırken bir teklifname verilmesinin de söz konusu olmadığını beyan ettiklerini, sigorta sözleşmesinin de her sözleşme gibi Borçlar Hukukunun temel esaslarına göre İCAP ve KABUL ile kurulacağını, Taslağın bu hükmünün, sadece Sigorta Hukukunun değil, sözleşme hukukunun temel kavramlarına da aykırı olduğunu" ifade etmiştim[29]. Belirtilen hususlar dışında söz konusu Tasarı hükmü iki önemli sakınca ortaya çıkarmaktadır. Birincisi, maddenin başlığı her ne kadar "sözleşmenin kurulması sırasında susma" ise de, maddede sigorta sözleşmesinin nasıl (susma şeklinde bir kabul ile) kurulacağına ilişkin bir hüküm konmuştur. Bu durum, sigorta sözleşmesinin sadece bu şekilde mi kurulacağı sorusunu akla getirmektedir. Herhalde böyle değildir; bu husus dahi maddenin Tasarıdan çıkarılmasını gerektiren yeterli bir sebeptir.

İkincisi, Tasarının 1405. madde hükmünün, "aydınlatma yükümlülüğü" başlığını taşıyan 1423. maddesi ile nasıl bağdaşacağı da belirsizdir. Bu maddenin metni şöyledir:

---

28 **METEZADE** Zihni, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Altıncı Kitap Birinci Kısım İle İlgili Görüşler (Genel Hükümler), Sigorta Hukuk Dergisi, Yıl 2005, Özel Sayı 1, s. 35 vd., 38.

29 **KENDER** Rayegân, Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuk Dergisi, Yıl 2005, Özel Sayı 1, s. 7 vd., 9, 10.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

"(1) Sigortacı ve acentesi sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, yapılacak sözleşmeye ilişkin tüm önemli bilgileri, sigortalının haklarını, Borçlar Kanununun 107 nci maddesinin uygulanması öngörülmüşse bunu, sigorta ettirene yazılı olarak bildirir; ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince, sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar.

(2) Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin kurulmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla kurulmuş olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir.

(3) Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliği'nin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler."

Bu maddede yazılanların ne zaman söz konusu olacağı açık değildir. Ancak maddedeki noksanlıklar bir tarafa bırakıldığında, sigortacı, aydınlatma yükümlülüğünü yukarda incelenen 1405. maddeye göre sigorta sözleşmesinin kurulmasında ne zaman ve nasıl yerine getirecektir. Bu iki madde hem hatalıdır, hem de birbiri ile uyuşmamaktadır.

Sonuç olarak 1405. maddenin yukarıda açıklanan hatalar ve tutarsızlıklar nedeniyle Tasarıdan çıkarılması zorunludur. Uygulamada bu şekilde sigorta sözleşmesi hiçbir zaman kurulmaz; zira sigortacılık ilke ve ihtiyaçlarına aykırıdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ÖZEL SİGORTA HUKUKUNDA MUAFİYET KLOZLARI

*Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ**

I. Konunun Takdimi: Rizikonun / Teminatın - Himayenin Sınırlandırılması

Muafiyet klozlarının (: Clauses d'Exclusion) konusu, genelde, poliçede belirlenen rizikonun çevresine girdiği halde, rizikoyu ağırlaştıran bazı olayların sigorta teminatı / himayesi dışında bırakılmasıdır. ***(Kender, s. 229, 230)***

Muafiyet klozları birer sigortasızlık hali teşkil eder (: non-assurance). ***(Lambert Faivre, s. 310)*** Diğer bir ifadeyle muafiyet, sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan rizikonun kapsamına / çevresine bir klozla getirilen istisnadır. Muafiyet, önceden belirlenmiş teminatın / himayenin bünyesinde oluşturulmuş bir boşluktur. ***(Fagnart, s.25; Lambert Faivre; s. 303)***

Bir sigorta sözleşmesinde (SPGŞ'da ve/veya özel şartında) muafiyet klozuna, genelde, şu gerekçelerle / sebeplerle başvurulur:

- Rizikoya hakim olmak / denetlemek: Örnek: katastrofik rizikoların, kötü rizikoların himaye dışında bırakılması. Harp / savaş rizikosunun, dağınık olmadığı için temin edilmesi sigorta tekniği açısından zordur. ***(karş. Fontaine; s. 170, 171;*** *ayrıca katastrofik rizikolar için* ***bkz. ve karş. Fontaine; s. 173 vd.)***
- Rizikoya uygun primi güvenle ve isabetle belirlemek: Bu açıdan, muafiyet klozları, primin rizikoya (: rizikonun kapsamına / şiddetine) uygun olması teknik ilkesinin, bir anlamda, hukuki ifadesidir. (: Primle riziko arasındaki temel ilişkinin hukuki ifadesi) ***(Viret (CE), s. 250; Şeker, s.31,32)***
- Sigorta işletmesini zarar etmeden çalıştırmak: ***(Karayalçın, s. 215; karş. Lambert Faivre, s. 302)*** Bu gerekçenin, "rizikoya uygun primi güvenle / isabetle belirlemek" gerekçesi ile birlikte değerlendirilmesi uygun görünmektedir.
- Etik / moral değerleri gözetmek: Örnek: kasdi hasarların teminat dışı

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

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bırakılması. ***(karş. Fontaine; s. 176;*** *rizikonun tesadüfi / yarı –tesadüfi niteliği nazara alındığında kasıt halinde teknik anlamda bir rizikonun oluşmasından bahsetmek zordur*: ***Atabek, s.6)***

Muafiyet klozlarının konusu / hükümleri bakımından, aşağıdaki kurum ve kavramlardan farklı bir müessese olduğuna, doktrinde, özellikle işaret edilmektedir:

- Rizikonun ağırlaşmasından (: aggravation du risque) ***(Omağ (RA), s. 30 vd.; karş. Stiefel s.42 vd.)***

- Teminatın / himayenin şartlarından (: condition de la garantie) Hasarın önlenmesine ilişkin bir tedbire riayetsizliğin mahiyeti tartışmalıdır. Örneğin: hırsızlık sigortasında, mücevherlerin güvenilir bir kasada saklanması. Bu konuda ***Lambert Faivre***'e göre ***(s.309)***, kasada saklama, teminatın şartıysa, yani onsuz sigorta sözleşmesi hiç kurulmayacak idiyse, ortada bir muafiyet vardır. Kasada saklama bir ücretlendirme sorunuysa, bu durumda ortada bir rizikо ağırlaşması vardır. ***(Fagnart, s.26 vd.; karş. Kullmann (CA), s.140 vd.)***

- Tazminat hakkının kısmen / tamamen düşmesiyle müeyyidelendirilmiş akdi bir borçtan / mükellefiyetten ***(Kullmann (CA), s.140, 141; Fontaine, s.165 vd.; ayrıca bkz. ve karş. Dürr, s.111)***

II. Muafiyet Klozlarının Hukuki Dayanakları

1. Kanun: (Türk Ticaret Kanunu)

Türk Ticaret Kanunu'nun, muafiyet haline ilişkin maddelerinden bazıları şunlardır:

- TTK. m. 1278:

"Mukavelede aksine hüküm olmadıkça sigortacı, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin yahut fillerinden hukuken mesul bulundukları kimselerin kusurlarından doğan hasarları tazmin ile mükelleftir. Fakat hiçbir halde sigortacı sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin kasdından veya aksi mukavelede yazılı değilse sigorta edilen malın ayıbından doğan hasarları tazmine mecbur olamaz."

- TTK. m. 1281:

"Sigortacı, harb ve isyandan başka bir sebeple mallara ârız olan telef ve tagayyür gibi bütün hasarlardan mesul olur.

Sigortacının 1 inci fıkra gereğince mesul olduğu rizikolardan biri sigorta poliçesinin hükmünden istisna edilmişse vâki hasarın istisna edilen rizikolardan doğduğunun isbatı sigortacıya aittir."

- TTK. m. 1304/1:

"Sigortacı, sigorta edilen menkul ve gayrimenkul mallara yangın sebebiyle ârız olan bütün hasarları tazmin ile mükelleftir...."

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- TTK. m. 1379:

"Aşağıdaki hükümler veya mukavele ile başka bir esas kabul edilmemiş ise, sigortacı sigortanın devamınca geminin veya yükün maruz bulundukları bütün rizikoları yüklenir.

Sigortacı bilhassa şu rizikoları yüklenir:

1. *Üçüncü bir şahsın kusurundan ileri gelse bile su alma, karaya oturma, parçalanma, yanma, batma, yangın, patlama, yıldırım, zelzele, buz hasarına uğrama ve saire gibi tabii hâdiselerle diğer deniz kazalarından doğabilecek rizikoları;*
2. *Harp ve âmme tasarruflarından doğabilecek rizikoları;*
3. *Sigortalının kusuru olmaksızın üçüncü şahsın talebi üzerine ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbirler konma rizikosu;*
4. *Hırsızlık ile deniz haydutluğu, yağma ve diğer zorbalık rizikoları;*
5. *Yolculuğa devam için sigorta ettirilmiş malları 998-1001 inci maddelerle 1214 üncü madde hükümleri gereğince deniz ödüncüne karşı rehnetmek yahut aynı maksat için mallar üzerinde satmak veya kullanmak suretiyle tasarruf etmek rizikosu;*
6. *Sigorta ettirilmiş şey için bir zarar doğmak şartiyle gemi adamlarından birinin yolsuzluğu veya kusuru rizikosu;*
7. *Çarpışma neticesi sigortalının; doğrudan doğruya veya bir üçüncü şahsa ika edilen zararı tazmine mecbur olmak suretiyle bilvasıta zarar görmüş olması arasında bir fark gözetmeksizin gemilerin çatması rizikosu"*

- TTK. m.1380:

"Sigortacı aşağıda yazılı zararları tazmin etmez:

1. *Gemi adamı ve navlunun sigortası halinde:*

   A) Geminin 974 üncü maddeye muhalif olarak denize elverişli veya yola elverişli bir halde bulunmadan yahut lüzumlu vesikalar olmadan denize çıkarılmasından doğan zararlar;

   B) Çatma hariç olmak üzere, donatanın gemi adamlarından birinin üçüncü şahsa ika ettiği zarardan 947 ve 948 inci maddeler gereğince mesul olmasından doğan zararlar;

2. *Yalnız geminin sigortasında:*

   A) Geminin alelâde kullanılması yüzünden gemi ve teferruatın uğradığı zarar;

   B) Sadece eskime, çürüme veya kurt yeniği sebebiyle gemi ve teferruatın uğradığı zarar;

3. *Yük ve navlunun sigortası halinde: Malların tabii mahiyeti iktizası, hususiyle içten bozulma, kendiliğinden eskime, normal akma ve sızma ve bunlara benzer diğer sebeplerden yahut malların fena amba-*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

laj yapılmış olmasından doğan zararlarla fare veya sıçanlar tarafından mallara yapılan zararlar (bununla beraber sigortacının mesul olduğu bir kaza yüzünden yolculuk mutad olmayan bir şekilde uzarsa sigortacı bu bentte yazılı zararları, yolculuğun uzamasından ileri geldikleri nisbette tazmin etmeğe mecburdur);

4. *Sigortalının kasdı veya ihmali ile sebep olduğu zarar (bununla beraber sigortacı sigortalıya kötü bir hareket tarzı isnat edilmedikçe, sigortalının gemiyi yanlış sevk ve idare etmek suretiyle sebep olduğu zararı ödemeğe mecburdur);*

5. *Yük veya umulan karın sigortası halinde: Yükletenin, gönderilenin yahut yük komisyoncusunun bu sıfatla kasıt veya ihmalleriyle sebep oldukları zarar.*

2. Sözleşme: (Sigorta Sözleşmesi / SPGŞ)

Sigorta sözleşmesinde tarafların (:sigortacı / sigorta ettiren) "sınırlı sözleşme özgürlüğü" (BK. m. 19, 20; TTK. m. 1264) ilkesi çerçevesinde, SPGŞartları / (ve Özel Şartları) ile tesis ettikleri bazı muafiyet klozlarına aşağıdaki örnekler verilebilir:

Örneğin;

Yangın sigortası poliçesinde: Harp, her türlü harp olayları, istilâ, yabancı düşman hareketleri, çarpışma (harp ilan edilmiş olsun olmasın), iç harp, ihtilâl, isyan ayaklanma ve bunların gerektirdiği inzibatî ve askerî hareketler sebebiyle meydana gelen bütün ziya ve hasarlar sigorta himayesi dışında bırakılmıştır (Genel Şartlar m. A.4). (http://www.tsrsb.org.tr/tsrsb/Mevzuat/Genel+Sartlar/YANGIN+SİGORTASI+GENEL+SARTLARI.htm) (31.03.2006)

Ferdi kaza sigortası poliçesinde: Harp ve harp mahiyetinde hareket, ihtilâl, isyan, ayaklanma ve bunlardan doğan iç karışıklıklar, grevlere, lokavt edilmiş işçi hareketlerine, halk hareketlerine, kavgalara iştirak, cürüm ve cinayet işlemek ve bunlara teşebbüs, tehlikede bulunan eşhas ve malları kurtarmak hali müstesna sigortalının kendisini bile bile ağır bir tehlikeye maruz bırakacak hareketler bulunması, zelzele, seylâp, yanardağ indifaı ve heyelân, nükleer rizikolar sigorta himayesi dışında bırakılmıştır. (Genel Şartlar m. 5) (http://www.tsrsb.org.tr/tsrsb/Mevzuat/Genel+Sartlar/FERDI+KAZA+SIGORTASI+GENEL+ŞARTLARI.htm, 31.03.2006)

Hırsızlık Sigortası Genel Şartları m. A-5'e göre teminat dışında kalan haller şunlardır:

"1- Savaş, istilâ, düşman hareketleri, iç savaş, ihtilâl, ayaklanma ve askerî hareketlerden yaralanılarak yapılan hırsızlık, yağma ve bu suçlara teşebbüsten kaynaklanan zararlar,

2- Herhangi bir nükleer yakıttan veya nükleer yakıtının yanması sonucu nükleer artıklardan veya bunlara atfedilen sebeplerden meydana

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

gelen iyonlayıcı radyasyon veya radyo-aktif bulaşma ya da bunların gerektirdiği askerî ve inzibatî tedbirlerden yararlanılarak yapılan hırsızlık, yağma ve tahribat,

3- *Kamu otoritesi tarafından sigortalı şeyler üzerinde yapılacak tasarruflardan yararlanılarak yapılan hırsızlık, yağma veya bu suçlara teşebbüsten kaynaklanan zararlar,*

4- *Sigortalıyla birlikte yaşayan veya birlikte oturan kimseler tarafından yapılan hırsızlık ve tahribat,*

5- *Hırsızların neden olacağı yangın, infilak ve dahili su zararları". (http://www.tsrsb.org.tr/tsrsb/Mevzuat/Genel+Sartlar/HIRSIZLIK+SİGORTASI+GENEL+ŞARTLARI.htm) (31.03.2006)*

III. Muafiyet Klozlarının Konusu:

Kural olarak, rizikoları dört farklı bakımdan sınırlandırmak mümkündür:

- Mahiyet Açısından Sınırlama: Sigortacı ancak belirli olayların, zararlarını temin eder. Bu tür sınırlandırmaya iki ilke hâkimdir:

a) Genellik (:Universalité) İlkesi: Sigorta konusu menfaatin tüm rizikolara karşı teminat altına alınması, "rizikonun genelliği ilkesi" olarak adlandırılır. Buna göre, örneğin, zarar sigortalarında, aktifin azalması / pasifin artmasına sebep olan olayın önemi yoktur. Sigorta ettirenin zararı ispatlaması yeterlidir. ***(Yazıcıoğlu, s.123)*** Sigortacı rizikonun sebebini araştırmaz. Riziko gerçekleşince sigorta bedelini öder. Rizikolar tek tek gösterilmez. Genel ifadeyle belirtilir. Kara sigortası / (mal sigortası) (TTK. m. 1281/f.1) ile deniz sigortaları bakımından, Türk Ticaret Kanunu "genellik ilkesini" benimsemiştir. ***(: Tüm denizcilik rizikoları ile sınırlı genellik ilkesi; Yazıcıoğlu, s.123,124; bkz. TTK. m. 1379)*** Genellik ilkesini tesis eden bu iki yasa hükmü, düzenleyici olup, emredici mahiyette değildir. Aksi mukavele edilebilir. Genellik ilkesinin bir çok kanuni istisnası mevcuttur: Örneğin, TTK. m. 1380. ***(Hirş, s.893; Karayalçın, s. 215, 216; karş. Ünan (S.S.), s.65)*** Tüm hallerde, harp rizikosu, kural olarak, teminat dışıdır.

b) Özellik (: Specialité) İlkesi: Sigortacı, sigorta sözleşmesinde ayrıca belirtilen rizikoları temin eder. Temin edilen rizikolar teker teker belirtilir. Belirtilmeyen rizikolar teminat dışıdır. Örneğin, yangın sigortalarında, sigortacı, SPGŞ'ta yazılı olan, yangın, infilak,yıldırım zararlarını öder. ***(Karayalçın, s.215)***

Yangın, hırsızlık, kaza, sorumluluk sigortalarında, kural olarak, özellik ilkesi geçerlidir. ***(Hirş, s.892, 893; karş. Şeker, s.33, 34)***

- *Konu Açısından Sınırlama:* Sigortacı, rizikoyu, belirli şahıslara / mal-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lara karşı kabul ve temin eder. Örneğin, bir fabrika sahibinin işçilerin tümünü kazaya karşı sigorta ettirmesi; bir çiftlik sahibinin belirli koyun sürüsünü hayvan sigortası ile teminat altına alması. ***(Hirş, s. 892, 893;Lambert Faivre, s. 308)***

- *Yer / Mekân Açısından Sınırlama*: Sigortacı, ancak belirli yerde oluşan sigorta zararlarını temin eder. Rizikonun, bazı faktörlere bağlı olarak, (: coğrafi, siyasi, sağlık, hukuki sistem ve uygulamalar) bazı yerlerde, gerçekleşme ihtimali dünyanın diğer yerlerine nazaran, daha fazladır. Bu da rizikoyu ağırlaştırır. Bu husus, bu yerlerde oluşan zararların, teminat dışında kalmasını gerektirir. ***(Viret (CE), s. 248,249)*** Örneğin; deniz sigortalarında geminin belirli bir bölgede yaptığı seferin sigortası, otomobil kasko sigortalarında Avrupa klozları ...gibi ***(Şeker, s.34)***

- *Zaman Açısından Sınırlama*: Sigortacı, rizikoyu belirli bir süre için temin eder. Bu süre dışında gerçekleşen rizikodan sigortacı, sorumlu değildir. ***(Hirş, s. 892)*** Örnek: deniz sigortalarında, sigortacının üstlendiği rizikolar zaman itibarıyla sınırlandırılmıştır. Yolculuk üzerine tekne sigortasında riziko, yük / safranın alınmasına başlandığı veya geminin kalktığı andan başlar, varma limanında yükün / safranın boşaltılmasının bittiği anda sona erer (TTK. m. 1382). Zaman üzerine tekne sigortalarında ise, sözleşme gün/hafta/ay/sene üzerine yapılmış ise, sigorta mukavelesi yapıldığı gün saat 12:00'de başlar ve müddetin son günü saat 12:00'da biter (TTK. m.1389). ***(Yazıcıoğlu, s.143,144)*** Sağlık sigortalarında ise, önceki hastalıkların kapsam dışı bırakılması amacıyla, sözleşmenin kurulmasından itibaren "Bekleme Süresi" (: örneğin 3 ay gibi) öngörülmektedir. ***(Şeker, s.35)***

- Özel Şartlarda Gerçekleşen Riziko Açısından Sınırlama : Örneğin, kaza sigortalarında, sigortacının, ileri derecede alkollü sigortalının uğradığı kazayı temin etmemesi. ***(Viret (CE), s.251; karş. Kullmann (CA), s. 130; ayrıca bkz. ve karş. Viret (DAP), s.93)***

IV. Muafiyet Klozlarının Türleri

- Kanuni / Akdi Muafiyet:

Muafiyet klozlarında yer alan düzenlemenin normatif kaynağı, kanunsa, kanuni muafiyetten (Örneğin, TTK. m.1278 / c.2), sigorta sözleşmesi ise (örneğin, Hırsızlık SPGŞ m.A.4-A.5), akdi muafiyetten bahsetmek mümkündür. (***Bkz.*** *Muafiyet klozlarının kanuni dayanakları için supra, II. Hukuki Dayanaklar; ayrıca* ***Lambert Faivre, s. 302)***

- Genel Muafiyet / Özel Muafiyet:

Bir muafiyet hali tüm sigorta branşları için geçerliyse (: harp / savaş zararları, kasıt) genel muafiyetten, bazı tür sigorta branşları için geçerliyse

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(:gemi sigortalarında alelade kullanım dolayısıyla gemi / teferruatın zararı) özel muafiyetten bahsedilir. (***Bkz. Hauswirth / Suter s., 60)***

- Doğrudan / Dolaylı Muafiyet:

Doğrudan muafiyette, SPGŞ'da, genelde, "teminat dışı bırakılan haller" başlığı altında, sigorta ile temin edilmeyen rizikoları tek tek sayılır. "Örnek, Yangın SPGŞ, m.A.4:"

"A.4 Teminat Dışında Kalan Haller

Aşağıdaki haller sigorta teminatının dışındadır:

4.1- Savaş, her türlü savaş olayları, istila, yabancı düşman hareketleri, çarpışma (Savaş ilan edilmiş olsun olmasın), iç savaş, ihtilal, isyan, ayaklanma ve bunların gerektirdiği inzibati ve askeri hareketler nedeniyle meydana gelen bütün zararlar.

4.2- Herhangi bir nükleer yakıttan veya nükleer yakıtın yanması sonucu nükleer artıklardan veya bunlara atfedilen sebeplerden meydana gelen iyonlayıcı radyasyonların veya radyo-aktivite bulaşmalarının ve bunların gerektirdiği askeri ve inzibati tedbirlerin sebep olduğu bütün zararlar. (Bu bentte geçen yanma deyimi kendi kendini idame ettiren herhangi bir nükleer ayrışım olayını da kapsayacaktır.)

4.3- Kamu otoritesi tarafından sigortalı şeyler üzerinde yapılacak tasarruflar sebebiyle meydana gelen bütün zararlar.

4.4- Yangın çıkarmaksızın; sigortalı şeylerin kendi ayıplarından, mayalanmalarından, kavrulmalarından veya bünyelerinde meydana gelen bozulmalar ile kavrulmalar nedeniyle uğradıkları zararlar.

4.5- Yangın çıkarmaksızın; sigortalı şeylerin işlenmek için veya başka faydalı bir maksatla ateşe veya sıcaklığa tutulmasından, ocak veya bunun gibi ateş bulunan bir yere düşmesinden veya atılmasından veya elbise, çamaşır ve diğer eşya yanıklığı gibi alev almaksızın kavrulma veya yanmasından veya ısıtma, aydınlatma, ütüleme aletleri ile lamba, mum, sigara ve bunların benzerlerine temasından doğan zararlar.

4.6- Yangın çıkarmaksızın; elektrikle çalışan her türlü motor, elektrik veya elektronik alet, cihaz, tesisat ve kordonlarının elektrik cereyanına bağlı bulundukları sırada bu cereyan yüzünden kısa devre, topraklama, voltaj iniş çıkışları ve bu yüzden ısınma ve endüksiyon cereyanı gibi nedenlerle uğrayacakları zararlar.

4.7- Alçak basınç sebebiyle kapların içeri doğru çökmesi, yırtılması ve sair şekilde deformasyonu, yıpranması ile santrifüj kuvvetler ve mekanik olaylar nedeniyle sigortalı cihaz ve motorlarda meydana gelen bütün zararlar."
(http://www.tsrsb.org.tr/tsrsb/Mevzuat/Genel+Sartlar/YANGIN+SİGORTASI+GENEL+ŞARTLARI.htm) (31.03.2006)

Dolaylı muafiyette, sınırlı riziko kavramına, girmeyen her tehlikeli olay, temin edilmemiş sayılır (: argumentum a contrario). Diğer bir ifadeyle, sadece sınırlandırılmış, riziko kavramına giren tehlikeli olaylar, sigorta ile, himaye altına alınmış sayılır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Örnek: mevsuf hırsızlığa karşı sigortada, sigorta teminatı sigortalının evindeki mobilya / değerli eşyalarla sınırlıdır. Zıt kavramdan hareketle yapılacak çıkarımla, mevsuf nitelikte olmayan bir hırsızlıkta, sigorta sözleşmesinde belirtilen, evin dışındaki kıymetli evrakın / objelerin çalınmasından doğan zararlar kuvertür dışındadır. ***(Viret (CE), s.249, 250; Kullmann (CA), s. 136; Lambert Faivre, s. 305 vd.)***

- Mutlak / Nisbi Muafiyet:

Mutlak muafiyette, taraflar, sigorta sözleşmesine koyacakları bir klozla, muafiyet konusunu sigorta teminatının kapsamı dışında bırakırlar. Örnek: sigorta ettirenin kasdı. Aksi sigorta sözleşmesi ile kararlaştırılamaz.

Nisbi muafiyette ise, taraflar, uygun bir sürprim karşılığında, teminatın kapsamını genişleterek, teminat dışı bırakılan bir rizikoyu himaye kapsamına alabilirler. ***(Exclusion rachetable / extension de garantie: Lambert Faivre, s. 308; karş. Viret (CE), s.250)*** Örnek: Yangın sigortası PGŞ m. A.3 - Ek Sözleşme ile Teminat Kapsamına Dahil Edilebilecek Haller ve Kayıplar: Örneğin, grev, lokavt, terör zararları.) Teminatı genişleten bu tür klozlar, yabancı sigorta literatüründe "**clause d'inclusion**" tabir edilmektedir. ***(bkz. Gougler, s.15 vd.)***

V. Muafiyet KLozlarının Geçerlilik Şartları

1. Esasa İlişkin Şartlar

- Muafiyet Klozları Kesin / (Formelle) Olmalıdır.

Muafiyet klozlarının "kesin" olmalarından amaç, açık, belli olması; iki anlamda olmamasıdır. Muafiyet klozu örtülü olmamalıdır. ***(Maleville, s.53; Rochex / Courtieu, s.95 vd.)***

Bir muafiyet klozunun açık / belli olabilmesi için:

- Metni müphem / çift anlamlı olmamalı, taraf iradelerine aykırı olmamalıdır.

- Belirsizlik / équivoque taşımamalıdır.

- Tarafların niyeti konusunda şüpheye yer vermemelidir.

- Çekişmeye mahal vermemelidir. ***(Maleville, s.95)***

> "Sigorta Hukuku alanında mütehassıs olan, iki ünlü hukukçu farklı sonuca ulaşmışsa, ortada açık anlamlı bir muafiyet klozunun varlığından bahsedilemez." ***(Carron, s. 77, No:222)***
>
> "Alışılmış ve makul her türlü koruma tedbirini alması şartıyla, hırsızlık rizikosuna karşı himaye veren bir sigorta sözleşmesinde, sigorta ettirenin pahalı bir mücevheri / yüzüğü el çantasına koyarak kamuya açık bir caddede / alanda yürürken çaldırması halinde, sigortacı tazmi-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nat ödemelidir. Zira, sigorta ettiren, ağzı kapalı çantadan çalınan yüzük için alışılmış / makul koruma tedbirlerini alıp almadığını değerlendirebilecek bir konumda değildir. Bu ölçü muğlaktır."***(Maleville, s.55)***

- Muafiyet Klozları Sınırlı / (: Limitée) Olmalıdır:

Muafiyet klozlarının sınırlı olmasından kanun koyucunun takip ettiği amaç, sigorta ettirenin hangi hal ve şartlarda sigorta himayesine sahip olmadığını doğru bir şekilde bilebilmesidir. Bunun için de muafiyetin kapsamı şüpheye yer vermeyecek derecede açık olmalıdır. ***(Fransız Yargıtay'ının 8 Ekim 1974 tarihli içtihadı)(L. 113-1 CA) (LFCA Art., s.33) (Maleville, s.53, 56; karş. Kullmann (CA), s. 136-138; Favre Rochex, s. 111, 112)***

- Muafiyet Klozları Sigorta Teminatının İçini Boşaltmamalıdır

Yargıç Hukuku kaynaklı bir niteliktir. (RGAT 1987, 271) Bu nitelikten amaç, doğrudan / dolaylı her muafiyette, sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan teminatın / himayenin tümüyle iptaline müncer olan bir hukuki sonuca varılamamasıdır. ***(Bkz ve karş. Lambert Faivre, s.304-307; Kullmann (CA), s.138; Rochex / Courtieu, s.99,100)***

Türk Ticaret Kanununda yer almamasına rağmen, Türk Hukukunda da, esasa ilişikin şartların varlığı, genelde kabul görmektedir. ***(Bkz. Kender, s.226,227,230)*** Zira, sigorta tekniği, temin edilen rizikonun mümkün olduğu kadar açık bir şekilde tespitini ve sınırlarının tayin olunmasını gerektirir. ***(Kender, s.226)*** Bu sonuç, muafiyet klozlarının ihdas amacına / bünyesine de uygun düşer. Kaldı ki Sigortacının "aydınlatma görevini" usulüne uygun ifa edebilmesi de sınırlamayı gerektirir.

Muafiyet klozlarının yukarıda yer alan geçerlilik niteliklerini taşımamasına iki hukuki sonuç / (müeyyide) bağlanabilir:

- Geçersizlik: Kesin, sınırlı olmayan, sigorta sözleşmesinin / (teminatının) içini boşaltan kloz geçersizdir.Yazılmamış sayılır. Sigorta tazminatı ödenir. ***(Viret (CE), s.253)*** Literatürde, muğlak mahiyetli muafiyet klozlarının sistematik bir şekilde geçersiz sayılmalarının iki sakıncasına işaret edilmiştir: a) Aşırı bir şekilde sigorta ettirenin himayesi, onu, hasarı önlemek konusunda tedbirli olmaktan alıkoymaktadır. b) Bu durum sigorta sözleşmesinin teknik dengesini bozmaktadır. ***(Maleville, s.60)***
- Sigortacı Aleyhine Yorum: Kesin, sınırlı olmayan, sigorta sözleşmesinin içini boşaltan kloz, sigortacı aleyhine, sigorta ettiren lehine / yararına yorumlanır. (***Maleville, s.53,54)*** Sigortacı aleyhine yorum, sigortacının sorumluluğunu tesis eder.

(Muafiyet klozları, birer SPGŞ olmaları itibarıyla, genel işlem şartıdırlar. Dolayısıyla, GİŞ'nın yargısal denetimine tabi olmaları gerekir.)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Şekle İlişkin Şartlar

Muafiyet klozları, birer SPGŞ olmaları itibarıyla, - (özel şartlarla da muafiyet getirilebilir) "... Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca tasdik edilmiş ve zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış ...." olmalıdır. Hukuki sonucu / (müeyyidesi): aksi halde sigorta ettirenin zararına olanlar yerine, kanun hükümleri uygulanır. (TTK m. 1266 / f.2)

VI. Muafiyet Klozlarının Hükümleri:

1. Sigorta Teminatı / Himayesi Açısından

- Hukuken geçerli bir muafiyet klozunun kapsamına giren bir rizikodan sigortacı sorumlu değildir. Sigorta bedelini / tazminatını ödemez. (: exonération de l'assureur) ***(Viret, (CE), s. 253; Lambert Faivre, s. 310)***

- Sigortacı sorumsuzluğunu, sigorta ettirene / sigortalıya / lehdara, ilgili üçüncü kişilere karşı dermeyan edebilir. Doğrudan doğruya dava hakkı sahibi zarar gören üçüncü kişiye de - kural olarak- ileri sürülebilir. ***(Kullman (CA), s. 465; Lambert Faivre, s. 310; Favre Rochex s.114 vd.; Rochex / Courtieu, s. 102; karş. Rode, s.112***)

- Teminat / himaye dışı bırakılan hususlar yeni birer riziko teşkil eder. (***Margeat – Favre Rochex, No: 172, s.141)*** Eğer nisbi muafiyet ise, sürprimle / ek primle teminat altına alınabilir.

- Teminat / himaye dışı bırakılan olayla gerçekleşen riziko - zarar/hasar arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Bu sebep-sonuç ilişkisini kural olarak, "uygun illiyet bağı" kurar. ***(bkz. Gougler,s. 21;karş. Carron, s.77, No: 221)*** Uygun illiyet bağı, doktrinde genelde, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağ olarak tanımlanmaktadır. ***(Eren, s.492;*** *Rizikoya ilişkin zararın, aynı zamanda hem himaye kapsamındaki bir olaydan, hem de, muafiyetten, oluşması varsayımında, sigortacının tazminat ödeme borcunun hukuki akıbeti bakımından* ***bkz. Gougler, s.19 vd.)***

- Teminat / himaye dışı bırakılan olaylar hakkında sigorta ettiren, sigortacı tarafından "aydınlatılmalıdır." ***(MK. 2 / Dürüstlük kuralı; TTK'nun sigorta ettireni koruyucu hükümleri (TTK. m. 1264 / 4); tüketicinin korunması ilkesi)***

- Sigortacı muafiyet klozuna dayanmaktan feragat edebilir. ***(Rochex/Courtier, s.102; karş. Kullmann (CA), s.139;*** *Bir ekspertizde sigortacının sigortalıya yardım etmesi muafiyetten feragat anlamına gelmez.* (**Favre Rochex,** s.115)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. İspat Hukuku Açısından

- TTK çerçevesinde, hasarın istisna edilen bir rizikodan doğduğunun ispatı sigortacıya aittir. (TTK. m.1281/2) Bu hüküm, sigorta ettirenin zararına / aleyhine olarak sigorta sözleşmesi ile değiştirilemez. Bu hüküm deniz sigortaları bakımından da geçerlidir. Zira, deniz sigortaları da. mal sigortalarının bir türüdür. Muafiyet klozlarında ispat yüküne ilişkin olarak TTK. m. 1281/2'deki düzenleme ilke olarak MK. m.6 ve HUMK.m. 236-238'e uygun düşmektedir. ***(Bkz. Karayalçın, s.219)***

- Doğrudan muafiyetin ispatı sigortacıya aittir. ***(Lambert Faivre, s. 303,304)*** Belçika doktrininde, ispat yükünün, bu şekilde yer değiştirmesi eleştirilmektedir. Zira, sigortacının tüm rizikoları himaye etmediğini belirten sigorta sözleşmesi karşısında, gerçekleşen rizikonun temin edilmediğini ispat yükü altında olması anlaşılamaz / izah edilemez. ***(Fagnart, s.26)***

> "Örnek: hayat sigortalarında intihar halinde, hak sahibi ölüm vakasını kanıtlarken, sigortacı, sigortalının akdi bekleme süresi (3 yıl) sona ermeden önceki bir tarihte intihar ettiğini kanıtlayacaktır." ***(Viret (CE), s.253 dn. 32)***

- Dolaylı muafiyette, sigortalı / hak sahibi, gerçekleşen rizikonun teminatın kapsamına girdiğini ispat edecektir.

> "Mevsuf hırsızlık bakımından, örneğin, kırma suretiyle hırsızlıkta, sigorta ettiren / hak sahibi hırsızlığın kırma suretiyle gerçekleştiğini ispatla yükümlü olup, kırmanın gerçekleşmediğini kanıtlamak sigortacıya ait değildir. ***(Viret, (CE), s.253, No:34)***
>
> Fransız Mahkemelerinin, 1980'den beri benimsediği içtihada göre, doğrudan / dolaylı muafiyette, muafiyetin fiili şartlarının gerçekleştiğinin ispatının sigortacıya ait olduğuna işaret edilmektedir. ***(Kullmann (CA), s.139)***"

- Muafiyet hakkında doğrudan bir kanıt getirilemiyorsa, olayın kuvvetle muhtemel olduğunun ispatı yeterlidir. ***(Viret (CE), s.253)***

3. Yorum Tekniği / Hukuku Açısından

1) Özel kanun olan TTK'da özel bir hüküm varsa, o uygulanmalıdır.
2) Yoksa, TTK. m. 1264 / 1 uyarınca, MK ve BK uygulanır. Bu çerçevede tarafların "gerçek / ortak" iradeleri tespit edilir. Edilemiyorsa, muhtemel iradelere göre yorum yapılır. (: Güven İlkesi / Dürüstlük Kuralı, MK. m.2) ***(Bu konudaki İsviçre Mahkeme kararları için bkz. Carron, s. 72, 73 No:212)***
3) "In dubio contra assecuratorem", "muafiyet klozunun mümkün mertebe sigorta ettirenin yararına yorumlanması" ilkesi muafiyet klozunun anlamında şüpheye düşüldüğünde uygulanır. ***(Carron, s.71; ayrıca bkz. Carron, s.73, No: 211)***

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

4) Şayet, sigorta ettiren, sigortacının muafiyet klozunun yorumu konusunda açıkça aydınlatılmışsa, "In dubio contra assecuratorem" ilkesi uygulanmaz. Bu durumda, söz konusu görüşmeler (aydınlatma / bilgi verme), nazara alınarak, sigorta ettirenin dürüstlük kuralına göre, sözleşmeyi nasıl anlayabileceği veya anlaması gerektiğine bakılır. ***(Carron, s. 75, No:216)***

5) Muafiyet klozları istisna teşkil ettiğinden dar yorumlanır, geniş yorumа (:extensive) tabi tutulmaz. ***(Carron, s.76, No:219; Carron, s.80, No:232)***

6) Muafiyet klozunda kullanılan kelimeler, gündelik hayattaki anlamına göre yorumlanır. Aynı kelime farklı şekilde anlamlandırılmışsa, "Contra stipulatorem" yoruma tabi tutulur. ***(Carron, s.76, No:219)***

7) Hırsızlığa karşı sigortada, aynı zamanda, hem hırsızlık, hem de şiddet hareketleri gerçekleşmişse, yani hırsızlık ve şiddet hareketleri yarışıyorsa, hırsızlık sigortası şiddet hareketi neticesinde oluşan hırsızlık zararını da temin eder. ***(Carron, s.77. No: 221)***

8) Muafiyet klozları istisnai nitelikte olduklarından, kural olarak kıyas mümkün değildir. ***(ayrıca bkz. ve karş. Dürr, s.111 vd.; Kullman (CA), s.139 vd. ve 222 vd.;*** *Muafiyet klozlarının hukuki rejimine ilişkin Fransız Mahkeme kararları için ayrıca* ***bkz. Kullman (DJ), s.164 vd.)***

VII. Tasarı

TTK Tasarısı, "sigortanın kapsamı ve muafiyete" ilişkin 1409. maddesinde şu hükümlere yer vermektedir:

> "Sigortacı sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumludur.
>
> Sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin veya bazılarının sigorta kapsamı dışında bırakıldığını ispat yükü sigortacıya aittir."

Tasarının bu hükmü, doktrinde eleştirilmiştir. **Ünan**'a göre, "fıkra 1'in taslağın ilk şeklindeki metninde şu anki metinde mevcut olan "veya bedelden" kelimeleri yer almamaktadır. Taslağın ilk şeklindeki "sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden sonra doğan zarar" ifadesi pek başarılı değil idi. Sadece zarar sigortalarını kapsamaktaydı. Oysa burada meblağ sigortalarını da kapsayan bir ifadeye yer verilmesi gerekiyordu.

Sonradan "veya bedel" kelimelerinin metne eklenmesiyle bu noksan giderilmeye çalışılmıştır. Ancak pek başarılı olunamamıştır. Çünkü, "rizikonun gerçekleşmesinden doğan ... bedel" anlamı olmayan bir ifade tarzıdır. Bunun yerine, "rizikonun gerçekleşmesi halinde ödeneceği öngörülen bedelden" denmesi gerekir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kaldı ki, sigortacı sözleşme kapsamındaki rizikodan doğan "bütün zararları" da temin etmeyebilir. Teminat kapsamının yer, kişi, zaman ve zarar türleri bakımından sınırlanması daima mümkündür. O bakımdan hüküm dar ve yanıltıcıdır.

Sözleşmede öngörülen "rizikodan" herhangi biri acaba teminat dışında nasıl kalabilir? Bir riziko teminat dışında kalmakta ise, esasen o sözleşmede "öngörülmemiş" demektir. Burada asıl kastedilen "kapsam dışı" bırakılan hallerdir. Bunlar, teminat kapsamını sınırlamak üzere istisna hükmü olarak sigorta sözleşmesinde yer verilen ve o istisna hükmü mevcut olmadığı takdirde teminata dahil bulunacak olan hallerden ibarettir. Taslakta, "sözleşmede kapsam dışı bırakılan hallerden birinin söz konusu olduğunu ispat yükü sigortacıya aittir" denmesi daha uygun olurdu." ***(Ünan (TTKT), s.117, 118)***

TTK. Tasarısının Eski Hali'nin 1387. maddesinde ise, muafiyetlerin açık ve kesin olma niteliğine temas edilmemiştir. ***(Omağ (TTKT), s.31)***

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kaynakça

Atabek R., Sigorta Hukuku, İstanbul 1950. Carron B., La Loi Fédérale sur le Contrat d'Assurance Exposé systématique de Jurisprudence, Fribourg 1997. Fagnart J.L., L'éteudue de la Garantie La Loı Du 25 Juın 1992 Sur Le Contrat D'assurance Terrestre, Bruxelles 1995. Dürr C., La Jurisprudence des Tribunaux Suisses en Matière de Contrat d'assurance, Berne 1944. Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003. Fontaine M., Droit des Assurances, Bruxelles 1996. Gougler J. P., De la Relation de Causalité en Matiére d'Assurance, Lausanne 1956. Hirş E., Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1948. Hauswirth J. / Suter H. R., L'assurance de Chose, Zurich 1993. Karayalçın Y., Taşıma Sigortalarında All Risks (Bütün Riskler) Klozu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Ankara 1984. Kender R., Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2000. Kullmann J., Tables De La Doctrine Et De La Jurısprudence, 1980 á 1991, Paris 1992. Kullmann J., Contrat d' Assurance. Lamy Assurance, Paris 1994. Maleville M. H., L'interprétation des Contrats d'Assurance Terrestre, Paris 1996. Omağ M.K., Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, İstanbul 1983. Omağ M.K., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin 6. Kitabının Genel Hükümler ile Zarar Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Özet Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi, S.1, İstanbul 2005. Rochex A.F., Assurance des Risques d'Entreprise, Levallois 1994. Rochex A. F. & Courtieu G., Le Droit du Contrat d' Assurance Terrestre, Paris 1998. Rode H., Le Clause d' Exclusion et de Fante Lourde, La Loı Du 25 Juın 1992 Sur Le Contrat D'assurance Terrestre, Bruxelles 1995. Stiefel E., Restriction, Exclusion et Aggravation du Risque dans L'Assurance Automobile (D'après la Jurisprudance des Hautes Cours de l'Europe Centrale) RGAT, 1934. Şeker Z., Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, İstanbul 2001. Ünan S., İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998. Ünan S., Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın "Sigorta Hukuku" Başlıklı Kitabı Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuku Dergisi, S.1, 2005.Viret B., Les clauses d' Exclusion des Contrats D'assurance En Particulier Dans Les Assurances Automobiles, RSA Bern 62 (1994) 9/10. Viret B., Droit des Assurances privées, Zurich 1985. Y. Lambert Faivre, Droit des Assurance, Paris 2001.Yazıcıoğlu E., Tekne Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 2003.

Kısaltmalar

Bkz.	Bakınız
BK	Borçlar Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
Karş.	Karşılaştırınız
L.	Loi
LFCA	Loi Fédérale Sur le Contrat d'Assurance
MK	Medeni Kanun
m.	madde
s.	sayfa
S.	Sayı
SPGŞ	Sigorta Poliçesi Genel Şartları
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İLK TEHLİKE SİGORTASI

*Doç. Dr. Emine YAZICIOĞLU**

I. GİRİŞ

Aktif zarar sigortalarında sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünü sınırlandıran sigorta bedelinin, sigorta konusu menfaatin değerini ifade eden sigorta değerine eşit olması gerekir[1]. Sigorta bedeli sigorta değerine eşit ise "tam değer sigortası", sigorta bedeli sigorta değerinden yüksekse "aşkın sigorta", düşükse "menfaat değeri altında sigorta" (eksik sigorta) söz konusu olur. Türk hukukunda aşkın sigorta TTK m. 1283 hükmü ile düzenlenmiştir[2]. TTK m. 1283 hükmü uyarınca sigorta bedelinin sigorta değerini aşması (aşkın sigorta) durumunda sigortanın sigorta değerini aşan kısmı batıldır. Bu nedenle sigorta bedeli sigorta değerini aştığı oranda indirileceği gibi, sigorta priminde de aşkın kısmın karşılığı olan miktarda indirim yapılır; prim tahsil edilmişse, primin aşkın kısmın karşılığı olan miktarı iade edilir[3].

---

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Sigortalanan menfaat, aktif zarar sigortalarında, "sigortalı ile sözleşmede öngörülen rizikolara maruz olan maddi veya gayri maddi malvarlığı unsuru arasındaki değer ilişkisi", pasif zarar sigortalarında ise, sigortalı ile onun tüm malvarlığı arasındaki değer ilişkisidir. Sözleşmede öngörülen olay sonucu ortaya çıkacak pasifin miktarı önceden bilinemeyeceğinden sigortalı ile onun malvarlığı arasındaki ilişkinin değerinin önceden belirlenmesi mümkün değildir (Bu konuda bkz. YAZICIOĞLU Emine, Tekne Sigortası Sözleşmesi, Beta - İstanbul 2003, s. 75, 76.). Bu nedenle pasif zarar sigortalarında sigorta bedelinin (sigorta konusu menfaatin değerini ifade eden) sigorta değerine eşit olması kuralı uygulanamaz.

2 Deniz sigortalarına ilişkin TTK m. 1345 hükmünde de "sigorta değerinin sigorta olunan menfaatin tam değeri olduğu, sigorta bedelinin sigorta değerini aşamayacağı" öngörülmüş; ancak sigorta bedelinin sigorta değerini aşmasının sonuçları hakkında düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle aşkın sigortanın sonuçlarına dair TTK m. 1283 hükmü deniz sigortalarına da uygulanır.

3 TTK m. 1283 hükmü getirilen bu düzenleme, "sigortacının aşkın sigortanın tespiti anına kadar, kendisine beyan edilen ve gerçek değerden daha fazla değeri olan bir menfaati sigortalamış ve dolayısıyla daha ağır bir riziko taşımış olduğu, bu nedenle fazla primlerin ancak aşkınlığın tespiti anından sonraki devreye ait kısmının iade edilmesinin doğru olduğu" gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. KENDER Rayegân, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi – Sigorta Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Arıkan – İstanbul 2005, s. 243.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Uygulamada "eksik sigorta", "noksan sigorta" ya da "düşük sigorta" olarak da anılan "menfaat değeri altında sigorta"[4] ise, esas itibariyle TTK m. 1288 hükmü ile düzenlenmiştir. Deniz sigortalarında menfaat değeri altında sigorta hakkında ayrı bir düzenleme getirilmemiş; TTK m. 1288 hükmünün deniz sigortalarına da uygulanacağı öngörülmüştür (TTK m. 1349, 1440).

TTK m. 1288 / I hükmü uyarınca "sigorta bedeli, sigorta değerinden aşağı olduğu takdirde ve sigorta edilmiş menfaatin bir kısmının halele uğraması halinde sigortacı aksine mukavele bulunmadıkça sigorta bedelinin sigorta değerine olan nispeti neden ibaretse zararın o kadarından mes'ul olur." Bu hükmü tekrar eden TTK m. 1299 / III uyarınca da "kısmen telef halinde tazminat miktarı, aksine mukavele yoksa, sigorta bedelinin malın tamamına olan nispetine göre tayin olunur." Sigorta değeri, sigorta konusu menfaatin rizikonun gerçekleştiği andaki değeridir (TTK m. 1299 / II). Buna göre, menfaat değeri altında sigorta durumunda, teminat kapsamındaki rizikonun gerçekleşmesi sonucu sigorta konusu menfaatin ilişkin olduğu şey tam zıyaa uğradığı takdirde, sigortacı, sigorta bedeli kadar sigorta tazminatı öder. Sigorta konusu menfaatin ilişkin olduğu şeyin kısmen veya tamamen hasarlandığı ya da kısmen zıyaa uğradığı hallerde ise, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, sigortacı, meydana gelen zararın sigorta bedelinin sigorta değerine oranı miktarında tazminat ödemekle yükümlüdür[5]. Ödenecek sigorta tazminatı "zarar x sigorta bedeli: sigorta değeri" formülü ile hesaplanır.

Menfaat değeri altında sigortalarda sigortacının ödeyeceği tazminat miktarının sigorta bedelinin sigorta değerine olan oranına göre belirlenmesi esası, sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltmaya yönelik önlemler (koruma önlemleri) alma yükümlülüğü gereği yaptığı masrafların tazmininde

---

4 Menfaat değeri altında sigorta hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK Kemal, Menfaat Değeri Altında Sigorta, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran – Aralık 2000, Cilt IV, Sayı 1 – 2 s. 52 – 89; RISTHAUS Bert, Die Unterversicherung § 56 Versicherungsvertragsgesetz, Karlsruhe VWW 1999.

5 Menfaat değeri altında sigortalarda sigortacının ödeyeceği tazminatın sigorta bedeli ile sigorta değeri arasındaki orana göre belirlenmesine ilişkin TTK m. 1288 / I hükmü ile getirilen ve 1299 / III hükmünde tekrarlanan düzenleme (Yangın Sigortası Genel Şartları (YSGŞ) m. A.5 ve B.6.2; Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları (KTKSGŞ) m. A.6 ve B.3.3.1.3; Hırsızlık Sigortası Genel Şartları (HSGŞ) m. A.6; Makine Kırılması Sigortası Genel Şartları m. 14.e; Montaj Sigortaları Genel Şartları m. 15.5; İnşaat Sigortaları Poliçesi Genel Şartları m. 15.5 gibi) bazı sigorta genel şartlarında da yer almaktadır. Ancak sigorta genel şartlarında TTK m. 1288 / I hükmünü tekrar eden hükme yer verilmiş olmasının önemi yoktur; aksi kararlaştırılmış olmadıkça, sigorta tazminatı TTK m. 1288 / I hükmü uyarınca oran kuralı uygulanarak hesaplanır. Nitekim Yargıtay 11. HD'nin 29.6.1995 tarih ve 1995 / 4545 – 5564 sayılı kararında, "TTK m. 1288 / I hükmünün tekrarı niteliğinde hüküm içeren sigorta genel şartlarının sigorta ettirene verilmemiş olmasına dayanarak kısmî hasar için ödenecek sigorta tazminatının hesabında oran kuralının uygulanamayacağı" iddiasının isabetli olmadığına hükmedilmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

de geçerlidir; TTK m. 1293 hükmü gereğince bu masraflar, sigorta bedeli ile sigorta değeri arasındaki orana göre tazmin edilir[6].

Menfaat değeri altında sigortalarda kısmî zarar halinde zararın sigorta bedeli ile sigorta değeri arasındaki orana göre kısmen tazmin edilmesi, "oran kuralı" (nispet kuralı) olarak adlandırılmaktadır[7]. Oran kuralı, sigortacı tarafından ödenecek tazminatın üst sınırını teşkil eden sigorta bedeli ile bunun belirli bir oranı olarak hesaplanan prim arasında denge kurulmasına yöneliktir[8]. Bu kural vasıtasıyla, menfaat değeri altında sigortalarda sigortalının kısmî zarar halinde, sigorta tam değer üzerinden yapılmış olsa idi ödemesi gereken prim karşılığında elde edebileceği ve kısmî zararının tamamen tazmin edileceği sigorta himayesini, ödenen düşük prim karşılığında elde etmesi önlenmektedir[9]. Sigortacının primle orantılı sigorta tazminatı ödemesini öngören oran kuralı, sigortacılık tekniğine uygun olarak menfaat değeri altında sigortalarda edimler arasında denge kurulmasını sağlamakla birlikte, sigortalının rizikonun gerçekleşmesi yüzünden uğradığı zarara kısmen kendisinin katlanması sonucunu da doğurmaktadır. Menfaat değeri altında sigorta yapılarak düşük sigorta primi ödenmesinin sonucu olan bu durum, kabul edilebilir olduğu gibi, sigortacılık tekniğine de uygundur.

---

6 Bkz. ŞENOCAK, (dn. 4), s. 75 vd. Alman hukukunda da sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma yükümlülüğü gereği yaptığı masraflar ile zararın belirlenmesi için yaptığı masrafların, menfaat değeri altında sigorta durumunda (VVG § 56) sigorta bedelinin sigorta değerine olan oranına göre tazmin edileceği öngörülmüştür (VVG § 63, Abs. 2; § 66, Abs. 3). Bu konuda bkz. VOIT Wolfang – KNAPPMANN Ulrich - PRÖLLS / MARTIN, Versicherungsvertragsgesetz, 27. Auflage, Beck - München 2004, § 63, Anm. 31; § 66, Anm. 3; STANGE Volker, Rettungsobliegenheiten und Rettungskosten im Versicherungsrecht, VVW - Karlsruhe 1995, s. 212 vd.

7 Oran kuralı ve uygulaması hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. ŞENOCAK, (dn. 4) s. 73 vd.; RISTHAUS, (dn. 4), s. 25 vd.;

8 MARTIN Anton, Sachversicherungsrecht, 3., völlig neubearbeitete Auflage, Beck – München 1992, S II, kn. 3; RISTHAUS, (dn. 4), s. 19; ATABEK Reşat, İlk Riziko Sigortası, BATİDER, Cilt I, Sayı 3, s. 320 – 336, s.321.

9 Sigorta primi, sigorta bedelinin (rizikonun gerçekleşme ihtimali, zarar miktarı gibi hususlara ilişkin istatistiksel verilere göre saptanan) belirli bir oranı olarak tespit edilir. Bu nedenle sigorta bedelinin işlevi, sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünü sınırlandırmadan ibaret değildir; bunun yanında, tarafların edimleri (sigorta himayesi – prim) arasında denge kurulmasını sağlama işlevine de sahiptir. Dolayısıyla teminat kapsamındaki rizikonun gerçekleşmesi sonucu sigortalının uğradığı (tam ya da kısmi) zararın sigorta bedeli ile sınırlı olarak tamamen tazmin edilmesini öngören sigorta himayesi ile dengeli sigorta primi, sigorta değerine eşit olan sigorta bedeline göre belirlenen primdir. Tam değer sigortasında sigorta bedeli sigorta değerine eşit olduğundan, sigorta primi ile sigorta himayesi dengelidir. Buna karşılık menfaat değeri altında sigortada, sigorta değerinden düşük olan sigorta bedeline göre belirlenen sigorta primi ile sigorta himayesi arasında denge bozulmaktadır. Menfaat değeri altında sigortalarda kısmi zarar halinde ödenecek sigorta tazminatının oran kuralı uygulanarak belirleneceği kabul edilmese idi, sigortalının ödenmesi gereken primden düşük olan prim karşılığında kısmî zararının tamamen tazmin edilmesini sonucunu doğuran sigorta himayesi elde etmesi mümkün olacaktı.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bununla birlikte oran kuralının mutlak olarak uygulanması, bu kuralı bertaraf eden anlaşmalara imkân verilmemesi sakıncalıdır. Bu nedenle TTK m. 1288 / I hükmünde menfaat değeri altında sigortalarda oran kuralının mutlak olarak uygulanacağı kabul edilmemiş; "... aksine mukavele bulunmadıkça ..." denilerek oran kuralının uygulanmasını bertaraf eden anlaşmalar yapılmasına imkân verilmiştir[10]. Anılan hüküm uyarınca menfaat değeri altında sigortada oran kuralının uygulanması, yangın sigortalarında "ilk ateş sigortası" olarak anılan "ilk tehlike sigortası" yapılarak bertaraf edilebilir. Türk hukukunda sözleşme akdedildikten sonra tek taraflı irade ile oran kuralının uygulanmasının bertaraf edilmesi de mümkündür (TTK m. 1288 / II). Ancak TTK'nda "ilk tehlike sigortası" TTK'nda düzenlenmemiştir. Bu nedenle ilk tehlike sigortası kavramı, amacı, yarar ve sakıncaları, yapılması, kısmî sigortadan farkı ve ilk tehlike sigortasında sigortacının koruma önlemleri giderlerini ödeme yükümlülüğü incelenmek gerekir.

II. İLK TEHLİKE SİGORTASI KAVRAMI, AMACI, YARAR VE SAKINCALARI

İlk tehlike sigortası, teminat kapsamındaki rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana gelecek zararın, oran kuralı uygulanmaksızın sigorta bedeli ile sınırlı olmak kaydıyla, tamamen tazmin edileceğinin kararlaştırılmasıdır[11]. TTK m. 1288 / I hükmünde yer alan "... aksine mukavele bulunmadıkça ..." ifadesinden de anlaşıldığı üzere, menfaat değeri altında sigortada oran kuralının uygulanması hakkındaki düzenleme emredici olmadığından "ilk tehlike sigortası" yapılması mümkün ve geçerlidir.

İlk tehlike sigortasının amacı, menfaat değeri altında sigortalarda kısmî zarar halinde oran kuralının uygulanmasını bertaraf etmektir. Buna göre ilk tehlike sigortasının temel unsuru, menfaat değeri altında sigorta durumunda sigortacı tarafından ödenecek tazminatın belirlenmesinde oran kuralının (mutlak ya da şarta bağlı olarak) uygulanmayacağının kararlaştırılmış olmasıdır[12].

---

10 Menfaat değeri altında sigorta hakkındaki VVG § 56 hükmü emredici olmadığından, Alman hukukunda da oran kuralının uygulanmasını bertaraf eden anlaşmalar yapılması mümkün ve geçerlidir. Bkz. KOLLHOSSER Helmut - PRÖLSS / MARTIN, (dn. 6), § 56, kn. 4, 17 – 19; RISTHAUS, (dn. 4), s. 132 vd.

11 BRUCK - MÖLLER, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Zweiter Band, 8. Auflage, Berlin - New York 1980, VVG § 56, Anm. 58; RISTHAUS, (dn. 4), s. 132, 133; KOLLHOSSER / PRÖLLS – MARTIN, (dn. 6), § 56, Anm. 19; SIEG Karl, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, 3., vollständig überarbeitete Auflage, Wiesbaden 1994, s. 169; MÖLLER Hans, Versicherungsvertragsrecht, 3. Auflage, Wiesbaden 1977, s. 176; KENDER, (dn. 3), s. 242; ATABEK, (dn. 8), s. 323; ULAŞ Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku – Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 3. Bası, Ankara 2002, s. 113.

12 SCHMIDT Günther, Die Versicherung auf erstes Risiko in der Sachversicherung, Weißenburg – Bayern 1953, s. 9.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İlk tehlike sigortası, (örneğin bir deponun hırsızlık rizikosuna karşı sigortalanmasında depodaki tüm malların çalınmasının ya da birden fazla bağımsız binada kurulu bir işletmenin yangına karşı sigortalanmasında bir binada çıkan yangının diğerlerine sirayet etmesinin mümkün olmaması gibi) sigorta değeri kadar zarar meydana gelmeyeceği tahmin öngörülen hallerde ya da sigorta değeri konusunda tereddüt duyulduğu veya sigorta değerinin sigorta süresi içinde artabileceği düşünülen hallerde yapılmaktadır[13]. Türk sigortacılık uygulamasında TTK m. 1288 / II hükmü uyarınca sözleşme akdedildikten sonra menfaat değeri altında sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüştürülmesi de mümkündür[14].

İlk tehlike sigortasında temel sorun, riziko priminin[15] sigorta tekniğine uygun olarak hesaplanmasının son derece güç olmasıdır[16]. Bu tür sigortalarda kısmî zarar gerçekleşme ihtimali, bu ihtimalin toplam sigorta değerine oranı, sigortalanan değerin belirli bir oranını teşkil eden zararın toplam zarar miktarına oranı gibi hususlara ilişkin istatistiksel veriler bulunması ya da yetersiz olması yanında, sigorta değerinin genellikle yaklaşık olarak dahi bilinmemesi, ilk tehlike sigortası priminin sigorta tekniğine uygun olarak hesaplanmasını güçleştirmektedir. Uygulamada yangın sigortalarında ilk tehlike (ilk ateş) sigortası priminin, sigorta tam değer üzerinden yapılmış olsa idi ödenmesi gereken primde indirim yapılmak suretiyle tespit edildiği; indirim miktarının da ilk tehlike sigortasındaki sigorta bedeli ile sigorta değeri arasındaki orana göre değişen oranlarda belirlendiği ifade edilmektedir[17]. Bununla birlikte bu yöntemle ilk tehlike sigortası priminin hesaplanması için, sigorta değerinin en azından yaklaşık olarak bilinmesini gerekmektedir. Ayrıca tam değer sigortası priminde yapılacak indirim oranı da, herhangi bir şekilde değil, ilk tehlike sigortasına ilişkin istatistik-

---

13 Bkz. ATABEK, (dn. 8), s. 324; RISTHAUS, (dn. 4), s. 135 vd.

14 Bkz. Aşağıda III. A.

15 Zarar sigortalarında sigorta priminin esas rizikonun karşılığı teşkil eden kısmı, "safi prim" ya da "riziko primi" olarak adlandırılmaktadır. Riziko primi, sigortalanan rizikonun gerçekleşme ihtimali, gerçekleşen rizikolar sonucu meydana gelen toplam zarar miktarı ile bu miktarın toplam sigorta değerine oranı gibi hususlara ilişkin istatistiksel veriler dikkate alınarak hesaplanmaktadır. Bu konuda bkz. KENDER, (dn. 3), s. 160, 161; TUCHSCHMID Hansjörg, Die Erstrisikoversicherung im System der Deckungsarten, Zürich 1951, s. 79 vd.

16 SCHMIDT, (dn. 12), s. 48 vd.; TUCHSCHMID, (dn. 15), s. 77 vd.; BRUCK – MÖLLER, (dn. 11), § 56, Anm. 62;

17 Bu yöntem, sigorta tam değer üzerinden yapılmış olsa idi ödenmesi gereken primde, (örneğin ilk ateş sigortasındaki sigorta bedeli, sigorta değerinin % 80'nini aşmazsa % 5, sigorta değerinin % 60'nı aşmazsa % 10, sigorta değerinin % 40'ını aşmazsa % 15 gibi) değişen oranlarda indirim yapılmasını öngörmektedir. Verilen örneğe göre, 100.000 YTL değerindeki bir mal tam değer üzerinden sigortalanmış olsa idi ödenecek prim 1.000 YTL olsa ve bu mal 40.000 YTL sigorta bedeli üzerinden ilk tehlike sigortası ile sigortalansa, sigorta bedeli sigorta değerinin % 40'ı aşmadığından 1.000 YTL olan tam değer sigortası priminde % 15 oranında indirim yapılacak ve ilk ateş sigortası primi 850 YTL olarak hesaplanacaktır. Bkz. AKATLI Cengiz, Yangına Karşı Sigorta ve Yangın Reasüransı, İstanbul 1985, s. 111, 112.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sel verilere dayanılarak belirlenebilir. Dolayısıyla söz konusu yöntem ilk tehlike sigortası priminin hesaplanmasını basitleştiren bir yöntem değildir.

Sigorta tekniğine uygun olarak hesaplanması güç olmakla birlikte ilk tehlike sigortası priminin her halde tam değer sigortası priminden düşük olacağı açıktır. Dolayısıyla sigorta ettiren, (özellikle sigorta değeri kadar zarar meydana gelmeyeceği öngörülen hallerde) ilk tehlike sigortası vasıtasıyla primden tasarruf etmek imkânına sahiptir. Ancak sigorta ettiren primden tasarruf ederken sigorta bedelini aşan zararlar için sigorta himayesinden yoksun kalma riski ile karşı karşıyadır. Bu nedenle, ilk tehlike sigortasında sigorta bedelinin zararın en yüksek haddi ya da sigorta değerinin olası artış oranı gibi unsurlar dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla sigorta değeri kadar zarar meydana gelmeyeceği öngörülerek ilk tehlike sigortası yapılacaksa rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana gelebilecek zararın en yüksek haddinin, sigorta süresi içinde sigorta değerinin artma ihtimali dolayısıyla ilk tehlike sigortası yapılacaksa olası artış oranının (primden daha fazla tasarruf etme amacı güdülmeksizin) isabetli bir şekilde takdir ve tahmin edilmesi, sigorta ettiren açısından son derece önemlidir.

III. İLK TEHLİKE SİGORTASININ YAPILMASI

İlk tehlike sigortası, sözleşme ile yapılır. Ancak Türk hukukunda sözleşme ile ilk tehlike sigortası yapılması yanında, menfaat değeri altında sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüştürülmesine de imkân verilmiştir. Bu nedenle ilk tehlike sigortasının yapılmasını "menfaat değeri altında sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüştürülmesi" ve "sözleşme ile ilk tehlike sigortası yapılması" başlıkları altında incelemek gerekir.

A. Menfaat Değeri Altında Sigortanın İlk Tehlike Sigortasına Dönüştürülmesi

Menfaat değeri altında sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüştürülmesi, ("ilk tehlike sigortası" terimi kullanılmaksızın) TTK m. 1288 / II hükmü ile düzenlenmiştir. Anılan hükme göre "Sigortacının sigorta bedelini aşmayan zararın tamamından mes'ul tutulacağı şeklinde sigorta mukavelesinin değiştirilmesini sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesinden önce istemesi halinde, bu isteğin noter protestosu ile sigortacıya bildirildiği günden sonra gelen günden itibaren akit hükümleri, kendiliğinden sigortacının sigorta bedelini aşmayan zararın tamamından mes'ul bulunduğu şeklinde değiştirilmiş olur. Sigortalı, tarifede derpiş edilen prim farkını esas primin ödenmesine ait hükümler uyarınca öder." Görülüyor ki, TTK m. 1288 / II hükmünün birinci cümlesinde "sigorta ettirenin menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştürebileceğinden" söz edilirken, ikinci cümlede "sigortalının prim farkını ödeyeceği" belirtilmiştir. Bu durum karşısında, TTK'nun sigorta sözleşmesine ilişkin hükümlerinde "sigortalı" ve "sigorta ettiren" terimlerinin doğru kullanılmasına özen gösterilmediği, bu terimle-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rinin çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanıldığı dikkate alınarak, TTK m. 1288 / II hükmünün birinci cümlesinde "sigorta ettiren" terimi kullanılmış olması dolayısıyla menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştürme hakkının sadece sigorta ettirene tanınmış bir hak olup olmadığı değerlendirilmek gerekir. Menfaat değeri altında sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüştürülmesi ile sözleşme hükümlerinin değiştirildiği, sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma hakkının da sadece sigorta ettirene ait olduğu, bu nedenle TTK m. 1288 / II hükmü ile menfaat değeri altında sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüştürülmesi hakkının sadece sigorta ettirene tanınmış olduğu ileri sürülebilir. Ancak menfaat değeri altında sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüştürülmesi ile tüm sözleşme hükümlerinde değil, sadece sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün, dolayısıyla sigorta ettirenin (başkası hesabına sigortada sigortalının) sigorta tazminatı talep hakkının kapsamında değişiklik yapılmaktadır. Menfaat değeri altında sigorta ilk tehlike sigortasına dönüştürüldüğü takdirde sigortalı, rizikonun gerçekleşmesi sonucu uğradığı kısmî zararın sigorta bedeli ile sınırlı olarak (oran kuralı uygulanmaksızın) tamamen tazmin edilmesini talep hakkına sahip olmaktadır. Dolayısıyla menfaat değeri altında sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüştürülmesi hakkı, başkası hesabına sigortada sigortalıya ait olan sigorta tazminatı talep hakkının kapsamını değiştiren bir haktır. Bu nedenle TTK m. 1288 / II hükmünün birinci cümlesinde "sigorta ettiren" teriminin kullanılmış olmasına dayanarak, menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştürme hakkının sadece sigorta ettirene tanınmış bir hak olarak görülmesi isabetli değildir[18]. Birinci cümlede yer alan "sigorta ettiren" teriminin sigortalıyı da kapsadığı kabul edilerek, başkası hesabına sigortada sigortalının da menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştürme hakkına sahip olduğu sonucuna varmak gerekir[19]. Nitekim maddenin Adliye Encümeni Mazbatası'nda yer alan gerekçesinde de "... akit yapıldıktan sonra rizikonun gerçekleşmesinden önce *sigortalının* tek taraflı bir beyan ile akdin muhtevasını değiştirebilmesi uygun görülmüş ..." denilmektedir[20]. Bu sonuca bağlı olarak TTK m. 1288 / II

---

18 Yangına Bağlı Kâr Kaybı Sigortası Genel Şartları'nın (YBKSGŞ) A.6 maddesinin 2. fıkrasında da "*sigortalı veya sigorta ettirenin* (ödenecek sigorta tazminatının oran kuralı uygulanarak belirlenmesi hakkındaki A.6 maddesinin 1. fıkrası dikkate alınmaksızın) sigorta bedelini aşmayan zararın tamamının sigortacı tarafından ödeneceği şeklinde değiştirebileceği" öngörülmüştür. Hırsızlık Sigortası Genel Şartları'nın A.6 maddesinin 2 fıkrasında da "sigortalı veya sigorta ettirenin menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştürebileceği" ifade edilmiştir. Buna karşılık Yangın Sigortası Genel Şartları'nın (YSGŞ) A.5. maddesinde, TTK m. 1288 / II hükmü aynen tekrar edilerek sigorta ettirenin menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştürebileceği, sigortalının prim farkını ödeyeceği belirtilmiş; Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.6 maddesinin 2. fıkrasında ise sadece sigorta ettirenden söz edilmiştir.

19 Karş. ATABEK, (dn. 8), s. 332, 333.

20 Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkındaki Adliye Encümeni Mazbatası, TBBM Zabıt Ceridesi, Devre 10, C. XII, S Sayısı 198, s. 110

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hükmünün ikinci cümlesindeki "sigortalı" terimi de, "menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştürme hakkını kullanan" olarak anlaşılmalıdır. Zira prim farkı, ilk tehlike sigortasına dönüştürmenin karşılığı olarak öngörülmüştür. Buna göre menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştürme hakkı sigorta ettiren tarafından kullanılmış ise sigorta ettiren, sigortalı tarafından kullanılmış ise sigortalı, "... esas primin ödenmesine ait hükümler uyarınca ..." ödenmesi gereken prim farkını ödemekle yükümlüdür.

TTK m. 1288 / II hükmünde "... rizikonun gerçekleşmesinden önce ..." denildiğine göre, menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştürme hakkı, rizikonun gerçekleşmesi ile sona erer. Bu hakkın mevcudiyeti, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini öğrenip öğrenmediği değil, rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediği olgusuna bağlanmıştır. Riziko gerçekleştikten sonra sigorta ettiren ve / veya sigortalı, rizikonun gerçekleştiğini bilmeseler bile menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştüremezler.

Menfaat değeri altında sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüştürülmesi için, sigorta ettiren ya da sigortalının istemini noter vasıtasıyla[21] sigortacıya bildirmesi yeterli olup, sigortacının istemi kabul etmesi gerekli değildir. Diğer bir anlatımla sigorta ettiren veya sigortalı, sigortacının kabulüne bağlı olmaksızın, tek taraflı olarak menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştürme hakkına sahiptir. Sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüştürülmesi istemini içeren irade beyanının, noter vasıtasıyla yapılması şarttır[22]. Noter vasıtasıyla yapılmayan bildirim, sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüşmesi sonucunu doğurmaz. Öngörülen şekle uygun bildirimde bulunulduğu günden sonra gelen günden itibaren menfaat değeri altında sigorta kendiliğinden ilk tehlike sigortasına dönüşmüş olur. Bildirimde bulunma günü, bildirimin noter vasıtasıyla gönderildiği tarih değil, sigortacıya ulaştığı tarihtir.

Menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştüren sigorta ettiren ya da sigortalı, "... tarifede derpiş edilen prim farkını esas primin ödenmesine ait hükümler uyarınca ..." ödemekle yükümlüdür. Buna göre prim farkının, TTK m. 1295 / I (ve deniz sigortalarında TTK m. 1371 / I) hükmü uyarınca sigortacı tarafından prim farkına ilişkin zeyilnamenin teslimi karşılığında sigorta ettiren veya sigortalı tarafından ödenmesi gerekir. Menfaat değeri altında sigortanın primi ödenmiş ve sigorta himayesi başlamış ise, bu sigortanın ilk tehlike sigortasına dönüşmesi ile sadece himayenin kapsamında değişiklik meydana geldiğinden, prim farkının ödenmesi-

21 Madde metninde "noter protestosu" denilmişse de, bu ifade "irade beyanın noter vasıtasıyla iletilmesi" şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz. ATABEK, (dn. 8), s. 333.

22 ATABEK, (dn. 8), s. 334.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nin sigorta himayesinin devamına bir etkisi olmayacağı sonucuna varmak gerekir. Prim farkına ilişkin zeyilnamenin teslimi karşılığında prim farkını ödemeyen sigorta ettiren veya sigortalı temerrüde düşer ve sigortacı BK m. 106 hükmü uyarınca sahip olduğu hakları kullanabilir.

TTK m. 1288 / II hükmü sigorta ettiren aleyhine aksi kararlaştırılamayan hükümlerdendir (TTK m. 1264 / IV). TTK m. 1349 hükmü uyarınca TTK m. 1288 hükmü deniz sigortalarına da uygulanır. Bu nedenle kara sigortalarında olduğu gibi deniz sigortalarında da sigorta ettirenin menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştüremeyeceğini ya da bunun sigortacının kabulüne bağlı olduğunu öngören sözleşme şartları geçersizdir.

TTK m. 1288 / II hükmü, "bu hükümle yabancı hukuklarda benzeri bulunmayan bir düzenleme getirildiği[23], söz konusu düzenleme getirilirken sigorta ettireni koruma amacıyla hareket edildiği, ancak sigorta ettirenin kendisini menfaat değeri altında sigortanın sonuçlarından koruyacak çeşitli imkânlara sahip olduğu, bu hususun dikkate alınmadığı, ayrıca riziko – prim dengesinin de göz ardı edildiği, TTK m. 1288/ II hükmünün hiçbir ihtiyacı karşılamadığı" gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir[24]. Gerçekten de bilinçli olarak menfaat değeri altında sigorta akdeden ya da sigorta süresi içinde (sigorta değerinin artması sonucu) sigortanın menfaat değeri altında sigorta haline gelebileceğini öngörerek önlem almayan sigorta ettirenin korunmasında kabul edilebilir bir yarar yoktur. Bu nedenle TTK Tasarısı'nda TTK m. 1288 / II hükmüne yer verilmemesi isabetlidir[25].

B. Sözleşme İle İlk Tehlike Sigortası Yapılması

İlk tehlike sigortası, sözleşme ile ya mutlak ilk tehlike sigortası ya da şarta bağlı ilk tehlike sigortası olarak yapılabilir.

---

23 Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda (Versicherungsvertragsgesetz - VVG), TTK m. 1288 / II hükmü gibi sigorta ettirene tek taraflı olarak menfaat değeri altında sigortayı ilk tehlike sigortasına dönüştürme hakkı tanıyan bir düzenleme mevcut değildir.

24 ATABEK, (dn. 8), s. 336. Ayrıca "... başlangıçta menfaat değeri altında sigorta olarak yapılan sigortanın, sigorta ettirenin tek taraflı iradesi ile sigortacının yükümlülüğünü ağırlaştıran bir hale sokulmasının, güvene dayanan sigorta ilişkisinin ruhuna aykırı olduğu ..." yönündeki eleştiri için bkz. SAYHAN İsmet, Sigorta Sözleşmelerinin Konusu (Aşkın Sigorta – Eksik Sigorta – Sigorta Tazminatının Hesaplanması), Yetkin - Ankara 2001, s. 170.

25 TTK Tasarısı'nın "Menfaat değerinin altında sigorta (eksik sigorta)" başlıklı 1462. maddesinde "Sigorta bedeli, sigorta değerinden az olduğu takdirde, sigorta edilmiş menfaatin bir kısmının zarara uğraması hâlinde sigortacı, aksine sözleşme yoksa, sigorta bedelinin sigorta değerine olan oranına göre tazminat öder." hükmü getirilmiş; TTK m. 1288 / II hükmü "... eksik sigortada sigortacı özellikle sigorta ettiği rizikonun bir kısmının sigorta ettiren üzerinde kalmasını istemiş olabilir. Ayrıca, genel hukuk ilkeleri çerçevesinde, taraflar yapmış oldukları sözleşmeyi ancak karşılıklı iradeleri ile değiştirebilir veya sona erdirebilir. Bu nedenle, devam eden sözleşmenin tek taraflı bir irade beyanı ile değiştirilebilmesi de menfaatler dengesi açısından uygun görülmemiştir." şeklinde ifade edilen gerekçe ile Tasarı'ya alınmamıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Mutlak ilk tehlike sigortasında, sigortacının teminat kapsamındaki bir rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana gelen zararı, sigorta bedeli ile sınırlı olarak her halde ödeyeceği kararlaştırılır ve oran kuralı mutlak şekilde bertaraf edilir[26]. Bu tür ilk tehlike sigortalarında, genellikle sigorta konusu menfaat değeri belirlenmez; sigorta bedeli menfaat değerinden bağımsız olarak tespit edilir ve riziko gerçekleştiği anda sigorta konusu menfaatin değeri ne olursa olsun, sigortacı, sigorta bedeli ile sınırlı olarak meydana gelen zararı tamamen tazmin eder.

Mutlak ilk tehlike sigortasının, bir sözleşme ile teminat altına alınan belirli bir veya birden fazla riziko için ya da sigorta konusu mallardan bazıları için yapılması da mümkündür (Örneğin üretim, depolama ve yönetim birimleri bağımsız binalarda bulunan ve tamamı yangın, kar ağırlığı ve sel veya su baskını rizikolarına karşı sigortalanan bir işletmenin sadece fabrika binası ve içindeki makineler için, sel veya su bakını rizikosuna karşı ilk tehlike sigortası yapılabilir.). Ancak bu durumda ilk tehlike sigortası yapılmayan riziko ve mallar dikkate alınarak menfaat değerinin ve buna göre sigorta bedelinin belirlenmesi gerekir.

Şarta bağlı ilk tehlike sigortasında ise, zarar miktarının "ilk tehlike tazminat limiti" (yangın sigortalarında "ilk ateş tazminat limiti") olarak adlandırılan ve sözleşme ile belirlenmiş bir miktarı aşmaması ya da sigorta değeri ile sigorta bedeli arasındaki farkın sigorta bedelinin belirli bir oranından yüksek olmaması koşuluyla, oran kuralının uygulamayacağı kararlaştırılır[27]. Zarar miktarının ilk tehlike (ilk ateş) tazminat limitini aşmaması koşuluyla oran kuralının uygulanmayacağı kararlaştırılmışsa, sigortacı bu limitin altında kalan zararı, oran kuralını uygulamaksızın tazmin eder. Ancak meydana gelen zarar miktarı ilk ateş tazminat limitini aşıyorsa, oran kuralı uygulanır ve ödenecek sigorta tazminatı, rizikonun gerçekleştiği andaki sigorta değerinin sigorta bedeline oranına göre belirlenir. Buna göre, örneğin 5.000.000 YTL değerinde bir fabrika, bu miktar sigorta bedeli üzerinden yangın rizikosuna karşı sigortalanmış ve ilk ateş tazminat limiti 500.000 YTL olarak belirlenmiş ise, yangın sonucu meydana gelen zarar miktarı 500.000 YTL'ndan az olduğu takdirde, sigortacı, yangının gerçekleştiği andaki sigorta değerini ve menfaat değeri altında sigorta bulunup bu-

---

26 Bu tür ilk tehlike sigortası, ATABEK tarafından "nispiyet kaidesini mutlak olarak bertaraf eden poliçe" olarak ifade edilmiştir (ATABEK, (dn. 8), s. 325). Alman hukukunda ise "şarta bağlı olmayan" ya da "gerçek" ilk tehlike sigortası (unbedingte - echte - Versicherung auf erstes Risiko) terimi kullanılmaktadır. Bkz. SCHMIDT, (dn. 11), s.13; RISTHAUS, (dn. 4), s. 134.

27 Alman hukukunda bu tür ilk tehlike sigortaları için, "şarta bağlı" ya da "gerçek olmayan" ilk tehlike sigortası (bedingte - unechte - Versicherung auf erstes Risiko) terimi kullanılmaktadır. Bkz. SCHMIDT, (dn. 11), s. 12, 13; BRUCK - MÖLLER, (dn. 11), § 56, Anm. 60; RISTHAUS, (dn. 4), s. 134. Karş. ATABEK, (dn. 8), s. 325 - 327.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lunmadığını dikkate almaksızın, zararı tamamen tazmin eder; ancak zarar miktarı 500.000 YTL'ndan fazla ise, rizikonun gerçekleştiği tarihteki sigorta değerinin sigorta bedelinden yüksek olduğu, yani menfaat değeri altında sigorta bulunduğu tespit edildiği takdirde, ödenecek sigorta tazminatı oran kuralı uygulanarak hesaplanır.

Rizikonun gerçekleştiği andaki sigorta değeri ile sigorta bedeli arasındaki farkın sigorta bedelinin belirli bir oranını aşmaması koşuluna bağlı ilk tehlike sigortasında ise, rizikonun gerçekleştiği andaki sigorta değeri, sigorta bedelinin sözleşme ile tespit edilen (% 10 veya % 15 gibi) bir oranını aşmıyorsa, oran kuralı uygulanmaz; sigortacı meydana gelen zararın tamamını tazmin eder. Sigorta değeri ile sigorta bedeli arasındaki fark tespit edilen orandan fazla ise, sigortacının ödeyeceği tazminat, oran kuralı uygulanarak belirlenir. Buna göre, örneğin 5.000.000 YTL değerinde bir fabrika bu miktar sigorta bedeli üzerinden yangına karşı sigortalanmış ve sigorta değeri ile sigorta bedeli arasındaki farkın sigorta bedelinin % 10'unu aşmaması koşuluna bağlı ilk tehlike sigortası yapılmış ise, önce yangının gerçekleştiği tarihteki sigorta değeri belirlenir. Bu değerin 6.000.000 YTL olduğu, dolayısıyla menfaat değeri altında sigorta bulunduğu tespit edildiği takdirde, sigorta değeri ile sigorta bedeli arasındaki fark (1.000.000 YTL), sigorta bedelinin % 10'unu teşkil eden 500.000 YTL'ndan fazla olduğu için ödenecek sigorta tazminatı oran kuralı uygulanarak belirlenir. Rizikonun gerçekleştiği tarihteki sigorta değerinin 5.400.000 YTL olduğu tespit edilirse, sigorta değeri ile sigorta bedeli arasındaki fark 500.000 YTL'ndan az olduğu için ilk tehlike sigortası geçerli olacak ve oran kuralı uygulanmaksızın meydana gelen kısmî zarar tamamen tazmin edilecektir. Şu halde, şarta bağlı ilk tehlike sigortalarında, oran kuralının uygulanması mutlak olarak bertaraf edilmemekte, zararın poliçede belirtilen ilk tehlike (ya da ilk ateş) tazminat limitini aşması ya da sigorta değeri ile sigorta bedeli arasındaki farkın sigorta bedelinin belirli bir oranından yüksek olması koşuluyla oran kuralı uygulanmaktadır.

Şarta bağlı ilk tehlike sigortası, genellikle sigorta değeri konusunda tereddüt duyulan ya da sigorta değerinin sigorta süresi içinde artabileceği düşünülen hallerde, sigorta konusu menfaatin tam değeri üzerinden sigortalandığı sigorta sözleşmesine eklenen bir şart ile kararlaştırılmaktadır. Bu tür ilk tehlike sigortasında, sigorta değeri ve bu değer miktarında sigorta bedeli ile birlikte, ilk ateş tazminat limiti ya da sigorta değeri ile sigorta bedeli arasındaki farkın sigorta bedelinin ne oranında aşabileceği belirlenir ve poliçeye yazılır; sigorta primi de, poliçede yazılı (sigorta konusu menfaatin tam değerine eşit) sigorta bedeli üzerinden hesaplanır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

IV. KISMÎ SİGORTADAN FARKI

Kısmî sigorta, bir menfaatin kısmen sigortalanmasıdır[28]. İlk tehlike sigortası gibi kısmî sigorta da genellikle menfaat değeri kadar zarar meydana gelmeyeceği öngörülen hallerde yapılır. Ancak poliçedeki kayıtlardan menfaatin kısmen sigortalandığı anlaşılmalıdır; aksi halde sigortanın menfaat değeri altında sigorta olduğu kabul edilir. Poliçede sigortanın "kısmî sigorta" olduğu kaydı bulunmasa bile, örneğin "sigorta konusu fabrikanın % 50'sinin "x" bedelle sigortalandığına" dair bir kayıt varsa ya da sigorta bedeli poliçede yazılı sigorta değerinin bir kısmı olarak belirlenmiş ise, kısmî sigorta bulunduğu kabul edilmek gerekir.

Kısmî sigortada sigortacı, meydana gelen zararı sigorta bedeli ile sınırlı olarak tamamen tazmin etmeyi taahhüt eder. Bu bakımdan kısmî sigorta ilk tehlike sigortasına benzer. Ancak, kısmî sigortada sigortacının meydana gelen zararı sigorta bedeli ile sınırlı olarak tamamen tazmin etmekle yükümlü olması için, sigortalanan kısım itibariyle menfaat değeri altında sigorta söz konusu olmamalıdır. Dolayısıyla, riziko gerçekleştiği anda sigortalanan kısmın değeri sigorta bedeline eşit ise, sigortacı meydana gelen zararı sigorta bedeli ile sınırlı olarak tamamen tazmin eder; sigorta bedeli, sigortalanan kısmın değerinden düşük ise menfaat değeri altında sigorta söz konusu olur ve sigortacı tarafından ödenecek sigorta tazminatı oran kuralı uygulanarak hesaplanır[29]. Örneğin 6.000.000 YTL değerinde bir fabrikanın % 50 oranındaki kısmı, 3.000.000 YTL sigorta bedeli üzerinden yangına karşı sigortalanmış ve yangın sonucu 4.000.000 YTL zarar meydana gelmiş ise, rizikonun gerçekleştiği anda fabrikanın değeri 6.000.000 YTL olduğu takdirde, sigortacı menfaat değeri altında sigorta bulunduğunu ileri süremeyecek; meydana gelen zararın tamamını sigorta bedeli ile sınırlı olarak tazmin etmekle yükümlü olduğundan, 3.000.000 YTL tazminat ödeyecektir. Buna karşılık riziko gerçekleştiği anda fabrikanın değerinin 8.000.000 YTL olduğu tespit edildiği takdirde, sigorta bedeli (3.000.000 YTL) sigorta değerinden

---

28 TTK m. 1287 hükmünde "Sigorta olunan menfaatin değerinin tamamı önceki mukavele ile temin edilmemişse bu menfaat geri kalan değerine kadar, bir veya birkaç defa daha sigorta ettirilebilir." denilerek bir menfaatin kısmen sigortalanmasının mümkün olduğu, kısmen sigortalanan menfaatin sigortalanmayan kısmının daha sonra tamamen veya kısmen sigorta ettirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan hükümde kısmen sigortalanan menfaatin sigortalanmayan kısmının daha sonra sigortalanmasından söz edildiğine göre, ilk kısmî sigorta ile sonraki kısmî sigorta veya sigortalar aynı rizikoya karşı yapılmış olmalıdır. TTK m. 1287 gereğince kısmen sigortalanan menfaatin sigortalanmayan kısmı daha sonra sigortalandığı takdirde, "... o menfaati sonradan sigorta eden sigortacılar değer bakiyesinden dolayı mukavelelerinin tarihleri sırasıyla mes'ul olurlar. Aynı günde yapılmış olan mukaveleler aynı anda yapılmış sayılır." Buna göre, kısmen sigortalanmış menfaatin sigortalanmamış kısmının tamamı tek bir sigortacı tarafından sigortalandığı takdirde, "... değer bakiyesinden dolayı mukavelelerinin tarihleri sırasıyla ..." sorumlu olma durumu söz konusu olmayacaktır.

29 SCHMIDT, (dn. 11), s. 9 vd.; BRUCK – MÖLLER, (dn. 11), § 56, Anm. 64; RISTHAUS, (dn. 4), s. 153 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(fabrikanın tam değerinin % 50'sini teşkil eden 4.000.000 YTL) düşük olduğundan, ödenecek sigorta tazminatı, oran kuralı uygulanarak (zarar x sigorta bedeli / sigorta değeri = sigorta tazminatı) belirlenecek ve sigortacının (3.000.000 x 3.000.000 / 4.000.000) 2.250.000 YTL tazminat ödemekle yükümlü olduğu sonucu sonucuna varılacaktır. Şu halde kısmî sigortayı ilk tehlike sigortasından ayıran unsur, kısmî sigortada oran kuralının bertaraf edilmemesidir. Bu nedenle, kısmî sigortada sigorta bedelinin, menfaatin sigortalanan kısmının değerine eşit olması gerekir. Bununla birlikte kısmî sigortanın ilk tehlike sigortası olarak yapılması da mümkündür. Bu durumda menfaatin sigortalanan kısmının riziko gerçekleştiği andaki değerinin sigorta bedeline eşit olup olmadığı dikkate alınmaz; sigortacı meydana gelen zararı tamamen, fakat her halde sigorta bedeli ile sınırlı olarak tazmin eder.

V. SİGORTACININ KORUMA ÖNLEMLERİ MASRAFLARINI ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İlk tehlike sigortasında sigortacı, teminat kapsamsındaki rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana gelen zararı, oran kuralı uygulanmaksızın sigorta bedeli ile sınırlı olarak tamamen tazmin etmekle yükümlüdür. Bundan başka sigortacı, TTK m. 1293 hükmü uyarınca sigorta ettirenin koruma önlemleri alma yükümlülüğünün ifası kapsamında yaptığı masrafları da ödemekle yükümlüdür. Ancak koruma önlemleri masrafları, zarar miktarı ile birlikte sigorta bedelini aşabilir. Tam değer sigortalarında da ortaya çıkabilecek bu durumda sorun, sigortacının zarar miktarı ile birlikte sigorta bedelini aşan koruma önlemleri masraflarını ödemekle yükümlü olup olmadığıdır.

TTK'nun "koruma tedbirleri" başlıklı 1293. maddesinin 1. fıkrasında "sigorta ettirenin, koruma önlemleri ("... zararı önlemeye, azaltmaya ve hafifletmeye yarayacak tedbirleri ...") almakla yükümlü olduğu; alınan tedbirler doğan masrafların, bu tedbirler faydasız kalmış olsa bile sigortacı tarafından ödenmesi gerektiği; menfaat değeri söz konusu ise, koruma önlemleri masraflarının sigorta bedelinin menfaat değerinin tamamına olan nispetine göre ödeneceği" öngörülmüştür[30]. Bu hükme göre sigortacının, sigorta ettirenin koruma önlemleri alma yükümlülüğünün ifası kapsamında yaptığı masrafların (menfaat değeri altında sigorta durumu hariç) tamamını, alınan tedbirler faydasız kalmış olsa bile ödeyeceği açıktır. Ancak anılan hüküm, rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana gelen zarar miktarı ile koruma önlemleri masrafları toplamının sigorta bedelini aşması halinde de sigortacının, bu giderleri ödemekle yükümlü olup olmadığı hususuna açıklık getirmemektedir.

---

30 Koruma önlemleri alma yükümlüğünün ihlâli halinde TTK'nun 1292. maddesinin son fıkrası uygulanır (TTK m. 1293 / II). Zarar sigortalarında söz konusu olan koruma önlemleri alma yükümlülüğü, deniz sigortalarında TTK m. 1378 hükmü ile düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. YAZICIOĞLU, (dn. 1), s. 239 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sigorta tekniği gereği sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan sorumluluğunun sınırlandırılması zorunludur. Sigortacı tarafından üstlenilen sorumluluğun sınırlandırılmış olması, bu sorumluluğun reasüre edilebilmesi bakımından da önemlidir. TTK m. 1299 / II hükmünde de sigorta konusu menfaatin değeri sigorta bedelini aşarsa, "... sigorta olunan mal tamamen telef olduğu takdirde sigorta bedelinin ödenmesi ..." gerektiği öngörülerek sigortacının sigorta sözleşmesi gereğince yapacağı ödemelerin toplamının sigorta bedelini aşamayacağı hüküm altına alınmıştır. Sigorta konusu menfaatin ilişkin olduğu şeyin tam zıyaa uğraması halinde sigorta bedeli kadar zarar meydana geleceği, bu durumda koruma önlemleri giderlerinin sigorta bedelini aşacağı açık olmasına rağmen, TTK m. 1293 / I hükmünde koruma önlemleri masraflarının sigorta bedelini aşsa bile ödeneceği öngörülmemiştir. Bu durum karşısında, TTK m. 1299 / II hükmü uyarınca sigorta sözleşmesinden doğan sorumluluğu sigorta bedeli ile sınırlı olan sigortacının, (zarar miktarı ile birlikte) sigorta bedelini aşan koruma önlemleri masraflarını gidermekle yükümlü olmadığı sonucuna varmak gerekir[31].

TTK m. 1293 hükmünde sigortacının koruma önlemleri konusunda sigorta ettirene talimat verebileceği belirtilmemiştir. Bununla birlikte bazı sigorta genel şartlarında[32] sigorta ettirenin sigortacının koruma önlemlerine ilişkin talimatlarına uymakla yükümlü olduğu öngörülmüştür. Sigortacı, sigorta ettirene koruma önlemine ilişkin talimat vermiş ve sigorta ettiren de bu talimatı yerine getirmek için masraf yapmış ise, bu durumda koruma önlemi masrafı sigortacının talimatına uyulmasının sonucudur. Sigortacı, belirli bir koruma önlemi alınması talimatını verirken bu önlem dolayısıyla sigorta ettirenin yapacağı masrafın (zararla birlikte) sigorta bedelini aşıp aşmayacağını öngörebilir. Zararla birlikte sigorta bedelini aşacak masraf yapılmasını gerektiren önlem alınması talimatı veren sigortacı, bunun sonuçlarına katlanmalı ve sigorta bedelini aşan koruma önlemi giderini ödemelidir[33].

Sigortacının koruma önlemleri masraflarını ödeme yükümlüğü deniz sigortalarında kara sigortalarından farklı düzenlenmiştir. Deniz sigortalarında da sigortacının "... zarardan sigorta bedeli tutarınca ..." sorumlu olduğu öngörülmüş (TTK m. 1399 / I) ise de, "... ödenecek tazminatın tamamı sigor-

---

31 ŞENOCAK, (dn. 4), s. 76 – 78.

32 Örneğin Makine Kırılması Sigortası Genel Şartları m. 11, b; Montaj Sigortaları Genel Şartları m. 12, b; İnşaat Sigortaları Poliçesi Genel Şartları m. 12, b.

33 Alman hukukunda sigorta ettirenin sigortacının talimatı ile aldığı koruma önlemleri dolayısıyla yaptığı giderlerin, bu giderler sigorta tazminatı ile birlikte sigorta bedelini aşsa bile, sigortacı tarafından ödeneceği öngörülmüştür (VVG § 63 Abs. 1). Ancak koruma önlemi sigortacının talimatı ile alınmamış ise, bu durumda "sigortacının sorumluluğunun sigorta bedeli ile sınırlı olduğunu" öngören VVG § 50 hükmü uyarınca sigortacı, sigorta bedelini aşan koruma önlemi masrafını ödemek zorunda değildir. Bu konuda bkz. STANGE, (dn. 6), s. 170 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ta bedelini geçse bile 1393 üncü maddenin 3. ve 4. bentlerinde yazılı olan masrafların hepsini ..." ödemek zorunda olduğu (TTK m. 1399 / II) hüküm altına alınmıştır. TTK m. 1393, bent 3 (HGB § 834, b. 3) hükmünde yazılı masraflar, "alınan tedbirler neticesiz kalmış olsa bile 1378 inci madde gereğince kurtarma ve daha büyük mahzurlardan koruma için zarurî ve maksada uygun olarak yapılan" masraflardır. Buna göre deniz sigortalarında sigortacı, sigorta ettirenin koruma önlemleri alma yükümlülüğünü ifa kapsamında yaptığı masrafları, önlem sigortacının talimatı ile alınmış olsun olmasın, bu masraflar sigorta bedelini aşsa da ödemek zorundadır.

Şu halde kara sigortalarında sigortacının koruma önlemleri masraflarını ödeme yükümlülüğü, (sigortacının talimatı ile alınan önlemlerin masrafları hariç) sigorta bedeli ile sınırlıdır; zararla birlikte sigorta bedelini aşan masraflara sigorta ettiren katlanır. Buna karşılık deniz sigortalarında sigortacının koruma önlemleri masraflarını ödeme yükümlülüğü sigorta bedeli ile sınırlı değildir; sigortacı koruma önlemleri masraflarını sigorta bedelini aşsa da öder. Tam değer sigortalarında sigortacının koruma önlemi masrafları ödeme yükümlülüğüne ilişkin bu sonuçlar, ilk tehlike sigortasında da geçerlidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ROMA VE TÜRK HUKUKUNDA MALDAKİ MADDİ AYIPLARDAN DOLAYI SATICININ SORUMLULUĞU

*Ar. Gör. Güzide Burcu DOĞAN**

I. GENEL OLARAK

Her alım satım akdinde alıcı için önemli olan, satın aldığı şeyin iyi olması, yani bozuk, kusurlu, ayıplı olmamasıdır. Ancak alıcı malda bulunabilecek ayıplar nedeniyle değeri düşük olan mallar satın almak tehlikesi altındadır. Hâlbuki alım satım akdine alıcı istediği maksat için kullanabileceği, faydalı bir şey almak için taraf olmaktadır.

Satın alınan malda ayıplar varsa, mal alıcının istediği gibi çıkmamışsa, malda bulunması gerekli vasıflar yoksa veya noksansa veya satıcının varlığını vaad ettiği nitelikler malda mevcut değilse, satıcı hangi hallerde bundan sorumlu olur? Alıcı hangi koşullarda satıcıya karşı maldaki ayıplar nedeniyle bazı haklar ileri sürebilir? Örneğin; satın alınan çalar saatin alarmının çalışmaması, koşu atının hastalıklı çıkması, ceviz ağacından olduğu zikredilerek satılan kütüphanenin kayın ağacından yapıldığının anlaşılması halinde, alıcı satıyı sorumlu tutabilir mi?

Bu ihtimaller çeşitli alım satım akitlerinin her birinde mevcut olabilir. Beşeri ilişkilerde son derece önemli olan alım satım akdinde malın ayıplı çıkması nedeniyle satıcının sorumluluğu meselesinin ve bu hususla ilgili hükümlerin incelenmesinde fayda vardır.

Satılan maldaki ayıplar meselesi Türk Borçlar Kanununda alıcı lehine çözülmüştür. Kanunumuzun hükümleri daha ziyade alıcı menfaatinedir. Nitekim bu meseleyi düzenleyen maddelerin birincisi olan ve "satılanın ayıptan salim olmasını tekeffül" başlığını taşıyan 194. maddeye göre:

"Satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vaadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan men-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

faatini izale veya ehemmiyetli suretle tenkis eden ayıplardan salim olmasını da mütekeffildir".

Hatta maddenin son cümlesi şu şekildedir:

"Satıcı bu ayıpların mevcudiyetini bilmese bile onlardan mes'uldür."

Bu hükümden anlıyoruz ki, satıcı, hiçbir kusuru olmasa, maldaki ayıplardan haberdar bulunmasa bile, bunların mevcudiyetinden sorumlu tutulmaktadır. Kanunumuz bu durumda müşteriye iki davadan birini seçmek imkânı verilmiştir: Borçlar Kanunumuzun

202. maddesine göre:

"Satıcı dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla akdin feshedilmesini, dilerse satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder". Hatta 205.maddenin son fıkrasına göre:

"Satıcı kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe alıcının diğer her türlü zararını tazmin etmeye borçludur".

Fıkranın içeriğini olumlu şekilde ifade edersek; ayrıca alıcının her türlü zararlarını da tazmin ile yükümlüdür. Yani alıcıya zararını tazmin ettirme hususunda da imkân tanınmıştır.

Bu hükümler satıcıyı ancak belli bazı sorumlu tutan Cermen Hukuku prensiplerine göre, günümüzde alıcının çok daha elverişli duruma konması demektir. Gerçekten Eski İsviçre Hukukunda da geçerli olan "Gözünü aç, satış kesindir, gözünü açmayan kesesini açsın" şeklindeki Cermen özdeyişlerinden anlaşıldığına göre, satıcının satılandaki ayıplara karşı teminatı hususunda alıcı aleyhindeki eğilimi sezmek mümkündür[1].

Nitekim Eski Şark ve Mezopotamya Hukukları da ayıplara tekeffül esasını tanımadıkları gibi satıcının alıcıya karşı korunması mecburiyetini ancak köle alım satımlarında uygulamışlardır. Örneğin Hammurabi Kanununda alıcıya, satın aldığı şeyi ayıp dolayısıyla iade ve akdi feshetmek imkânı ancak alım satım akdinin konusunun köle olması ve hastalıklı çıkması ihtimaline hasredilmiştir[2].

Evvelki hukukumuz Mecelle'ye göre de satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu kabul edilmekle birlikte alıcıya tanınan imkânlar günümüze göre daha sınırlı durumdadır[3]. Borçlar Kanunumuzda da Roma Hukukunun ağır sorumluluğu 198. maddede ifadesini bulan "alıcının muayene ve ihbar yükümlülükleri" ile hafifletilmiştir.

---

1 ZIMMERMANN, Reinhard, The Law of Obligations Roman Foundationsof the Civilian Tradition, Oxford 1996, s.307; TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003, s.172.

2 EDİS, Seyfullah, Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s.2.

3 YAVUZ, Cevdet, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s.8.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Borçlar Kanunumuzun bazı maddelerine yer vererek çok kısaca özetlediğimiz bu esaslar Roma Hukukundan gelmektedir. Bu konu, modern hukuklarda, Roma Hukukunun tesiri altında en fazla kalmış olan konulardan biridir. Nitekim Roma Hukukundan gelen bu prensiplerin kaynağı Romada *aedilis curulis*[4] denilen magistraların beyannameleri yani *edictum*[5]'larıdır. Hatta bu sebepledir ki Borçlar Kanunumuzun 202.maddesinin alıcının ihtiyarına bıraktığı iki davaya da, genellikle hukuk dilinde, *aedilis* davaları denilmektedir[6].

Bu sebeple, öncelikle Roma Hukukunda "maldaki ayıplardan dolayı satıcının sorumluluğu" hususunun incelenmesi, Türk Borçlar Hukukunda satıcının sorumluluğuna ilişkin prensiplerin gereğince anlaşılabilmesi için son derece önemlidir.

II. ROMA HUKUKUNDA MALDAKİ AYIPLARDAN DOLAYI SATICININ MESULİYETİ

Roma Hukukunda maldaki ayıpların tekeffülü hususunun gelişimi son aşamaya kadar üç safhada olmuştur[7].

A. *Ius Civile* Devri:

Romanın ilk devirlerinde satıcı esas itibariyle ve kanunen maldaki ayıplardan sorumlu değildi. Satıcının ayıplara karşı tekeffül borcunun mahiyeti akdi nitelikte idi. Çünkü ayıplardan dolayı satıcıyı sorumlu tutmak için özel bir teminatın verilmiş olması gerekirdi. Bu teminat çeşitli şekillerde verilebilirdi.

---

4 Cumhuriyet devrinde her yıl seçilen ve sayısı iki olan, imperium yetkisi bulunmayan bu magistralar, çarşı, pazarda hukuku düzeninin sağlanması, alım satımların gözetimi ve Roma için erzak temini ile görevliydiler. BERGER, Adolf, Encyclopedıc Dıctıonary of Roman Law, Philadelphia 1953, s.353; TAHİROĞLU, Bülent, ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s.9; UMUR, Ziya, Roma Hukuk Lügatı, İstanbul 1983, s.20; UMUR, Ziya, Roma Hukuku Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, İstanbul 1984, s.42; VENTURA, Mişon, Roma Hukuku, İstanbul 1934, C.1, s.61.

5 Bazı yüksek *magistralar* halka ya mecliste sözlü bir şekilde veya ilanlar sayesinde beyanda bulunmaya yetkiliydiler. Böylece işlerin yürütülmesinde takip etmek niyetinde oldukları ilkeleri görev sürelerinin başında bildirerek halkı bilgilendirirlerdi. Bu beyannameler genellikle beyaz boyalı levhalar üzerine siyah yazılarla yazılırdı. Bu sebepledir ki beyannamelere aynı zamanda "beyaz" anlamına gelen *"album"* da deniyordu. SCHWARZ, A.B., Roma Hukuku Dersleri (çev: RADO, T.), İstanbul 1965, s.93.

6 RADO, Türkan, "Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti", İstanbul 1945, s.605, HONIG, Rıchard, Roma Hukuku,(çev. TALİP, Şemsettin) İstanbul 1938, s.262.

7 UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s.364; RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1997, s.130; TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s.171; DI MARZO, Salvatore, Çev. UMUR, Ziya, İstanbul 1954, s.392; HONIG, s.262; KOSCHAKER, Paul, Çev. AYİTER, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları, İzmir 1993, s.232.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Her hukuk sisteminde olduğu gibi Roma Hukukunda da mallar çeşitli yönlerden ayrımlara tabi tutulmuştur. Ancak Roma devletinin ilk devirlerinde kullanılan ayrım *res mancipi-res nec mancipi* ayrımıdır. Üretim ve tarım hayatı için en mühim mallar dikkate alınarak yapılan bu mal ayrımına göre; İtalya arazisi (üzerindeki binalar dahil), bu arazi üzerinde tesis edilen arzi irtifaklar, köleler, fil ve deve hariç yük ve çeki hayvanları *res mancipi* mallar olarak kabul edilmiştir. Bu mallar dışında kalan mallar ise *res nec mancipi*'dir.

Romalılar kendileri için önemli kabul ettikleri *res mancipi* malları diğerlerine göre farklı mülkiyeti devir kurallarına tabi tutmuşlardır. Bu muamelelerin biri de *mancipatio*'dur. Romanın en eski, geleneklerini yansıtan, sekiz kişinin katıldığı, sözlü, merasimli bir muameledir[8].

XII Levha Kanunundan itibaren *mancipatio suretiyle* yapılan alım satımlarda, *mancipatio* esnasında, söylenen sözlere çeşitli amaçlarla ilave beyanlarda bulunulması mümkündü[9]. Dolayısıyla satıcı, *nuncupatio*[10] suretiyle muamelenin diğer şartları arasında malda ayıp olmadığını veya malda belirli niteliklerin varlığını vaad ederek teminat verebilirdi. Örneğin, kölenin belirli işleri yapmasını bildiği (örneğin, hekim veya marangoz olduğu) konularında teminat vermiş buna rağmen ancak mal ayıplı çıkmışsa hileli hareketinin neticesi olarak sorumlu tutuluyordu[11].

Satıcının *res mancipi* bir malı konu alan alımsatım akdinden doğan borcunu ifa edebilmesi için gerekli olan *mancipatio*, ıus civileye bağlı sıkı şekilci bir tasarruf muamelesi idi. Bu nedenle sadece Roma vatandaşları arasında geçerli olarak yapılabilirdi. *Res nec mancipi* malları konu alan alımsatımlarda ve Roma vatandaşı olmayanların taraf oldukları alımsatımlarda, *nuncupatio* ile satılan malda ayıp bulunmadığına veya belirli vasıfların bulunduğuna dair teminat verilmesi mümkün değildi. Bu nedenle bu şekilde teminat alamayan alıcılar, maldaki maddi ayıplar nedeniyle zarara uğrayabilmekteydiler. Alıcının korunmasına yönelik bu boşluk, satıcının alıcıyı *stipulatio*[12] yoluyla malda

---

8 KARADENİZ, Özcan, Roma Eşya Hukuku, Ankara 2005, s.169; ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2000, s.59, UMUR, Ziya, Eşya Hukuku, Ayni Haklar, İstanbul 1985, s. 68.

9 BUCKLAND,W.W., The Main Institutiones of Roman Private Law, Cambridge 1931, s.281.

10 Mancipatio veya nexum esnasında malı devredenin söylediği şekle tabi sözler. UMUR, Lügat, s.143; BERGER, s.602.

11 BUCKLAND,W.W., A Manual of Roman Private Law, Aalen 1981, s.284; KOSCHAKER, AYİTER, s.233; RADO, "Maldaki ayıplar", s.610; TAHİROĞLU, s.171; UMUR, Ders Notları, s.365.

12 Belli kelimelerin soruda ve hemen soruyu takip etmesi gereken cevapta kullanılması ile yapılan sözlü akittir. Bu özelliği dolayısıyla ancak hazırlar arasında ve muameleye ara verilmeden yapılması gerekir. Vaatlerin, teminatların, tecditin, müteselsil borçların ve daha başka anlaşmaların muteber hale gelerek dava hakkı doğurabilmeleri için stipulatio şekline sokulmaları lazımdı. İki taraflı bir hukuki muamele, tek taraflı akittir. UMUR, Lügat, s.202; BERGER, s.716; TAHİROĞLU, Bülent, ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2003,s.201; HONIG, TALİP, s.235; DI MARZO, UMUR, Ders Notları, s.349.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ayıp olmadığını veya belirli vasıfların bulunduğunu temin etmesi ile doldurulmuştur. Satıcı alıcının maruz kalacağı zararı ödemeyi taahhüt ederdi. Satıcının *stipulatio* ile bu hususta teminat vermiş olmasına rağmen malda ayıp çıkarsa, alıcı satıcının vermiş olduğu garantiye ayanarak, *actio ex stipulatu*[13]'yu açar ve bu dava ile uğramış olduğu zararın tazminini talep ederdi[14].

Stipulatio yoluyla maddi ayıplara karşı garanti vermek daha çok satıcı lehineydi. Çünkü satıcı ayıbın ortaya çıkması halinde *mancipatio*'da olduğu gibi doğan zararın iki katını ödemeye mahkûm edilmiyordu[15]. *Actio ex stipulatu*, alıcının ancak uğramış olduğu zararı tazmin ettirebileceği bir davaydı.

Alım satım akdinin rızai bir akit olarak kabul edildiği tarihlerden itibaren, *ius civile*[16] hükümlerine göre satıcıyı sorumlu tutmak için diğer bir yol daha vardı. Artık alımsatım akdinde ayıplar meselesi de tarafların akdin ifası sırasında uymakla yükümlü oldukları iyiniyet esaslarıyla çözülüyordu. Sattığı malda ayıp bulunmadığını veya belirli vasıfların mevcut olduğunu taahhüt eden veya malda ayıplar olduğunu bildiği halde bunları söylemeyen, satıcı iyiniyet kurallarına aykırı hareketten dolayı, alıcıyı aldatmış olması sebebiyle sorumlu tutuluyordu. Satıcının sorumlu tutulması alım satım akdinin bir iyiniyet akdi olması neticesidir. Alıcı bu gibi hallerde alım satım akdinin davası olan *actio empti*[16] davasıyla maruz kaldığı zararların tazminini talep ederdi. Satıcı alıcının maldaki ayıplar yüzünden maruz kaldığı zararla beraber ayıplı malın tahsis edildiği gayeye yaramamasından doğan zararları da öderdi[17].

Actio empti ile akdin feshini ve malın iadesini istemeye imkân yoktu.

---

13 Stipulatio davası. Bir şeyin verilmesi (dare), yapılması (facere) veya yapılmaması (non facere) borcu altına sokan gayrımuayyen mevzulu stipulatio'lardan doğan alacağı talep etmeye yarayan dar hukuk davası. UMUR, Lügat, s.7.

14 RADO, Borçlar, s.95; UMUR, Ders Notları, s.364; KOSCHAKER, AYİTER, s.232; DI MARZO, UMUR, s.392.

15 ZIMMERMANN, s.308; SARAN, Birol, Yayınlanmamış Doktora Tezi, "Roma Hukukunda Alımsatım Akdinde Maldaki Maddi Ayıplardan Dolayı Satıcının Sorumluluğu", İstanbul 1992, s.10; RADO, "Maldaki Ayıplar ", s.610.

16 Roma Hukuku uygulama bakımından "*Ius Civile*" ve "*Ius Gentium*" olarak ikiye ayrılır. *Ius Civile*; Roma vatandaşlarına ait özel hukuka verilen isim olup, Roma vatandaşlarına *cives* ya da *quirites* denmesinden ötürü bu hukuka vatandaşlar hukuku anlamında "*Ius Civile*" denir. Yabancılarla ilişkilerin yarattığı gereksinimler nedeniyle doğan, Roma vatandaşları ve yabancılar arasında geçerli olan ve özellikle ticari hayatın gerektirdiği hukuki ilişkileri düzenleyen kuralları kapsayan hukuka ise "*Ius Gentium*" adı verilmiştir. DI MARZO,S., Roma Hukuku (çev. UMUR, Z.), İstanbul 1959, s.25-26; KARADENİZ/ÇELEBİCAN, Ö., Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar- Şahsın Hukuku Hakların Korunması, 6.Bası, Ankara 1997 (Roma Hukuku), s.92-93.

17 Alımsatım akdinden mebiin rahat zilyetliğini temin edemeyen ve alım satımdan doğan borçlarını yerine getirmeyen satıcıya karşı, alıcının ikame etiği dava. Alıcının davası. Hüsnüniyet davası olduğundan alımsatıma bağlı anlaşmaların ve *Iustinianus Hukuku*'nda, zaptın doğurduğu mükellefiyetler de bu dava ile istenebilmekteydi.UMUR, Lügat, s.6.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Çünkü bu dava, alıcının açabileceği ve akdin ifasını talebe yarayan bir davadır. Alıcı burada satıcının dürüst hareket etmemesinden, akdin ifasında iyiniyet gereği kendisine yüklenen borçları yerine getirmemiş olmasından dolayı uğradığı zararları tazmin ettirecektir. Bu nedenle, eğer satıcı iyiniyetle hareket etmişse, yani malın ayıplı olduğunu kendisi de bilmiyorsa, satıcıya hiçbir sorumluluk yüklenemeyecektir. Yani Roma Hukukunda *ius civile*'ye göre, satıcı maldaki gizli ayıplardan sorumlu değildir[18].

B. *Ius Honorarium* Devri:

Aedilis'lerin ıslahatına kadar ve onların düzenledikleri sahalar haricinde Roma Hukukundaki gelişmeler bu şekilde idi. İyiniyet sahibi satıcıyı sorumlu tutmak mümkün değildi. Satıcının sorumlu olması için malda ayıp olmadığını veya belirli vasıfların varlığını özel bir şekilde taahhüt etmesi lazımdı. Bütün bu hallerde açılan davalarla ne akdin feshi, ne de semenin tenzili istenebilirdi. Alıcı ancak dürüst davranmamış olan satıcıdan uğradığı zararların tazminini isteyebilirdi. Ancak malda ayıpların bulunması ve alıcının sahip olduğu imkânlar meselesinin günün koşulları nedeniyle *magistralar* tarafından tekrar düzenlendiğini görüyoruz.

Aedilis curulis denilen *magistralar* cumhuriyet devrinin ortalarından itibaren şehrin zabıta vazifesini ifa ediyorlar ve bu arada çarşı ve pazarların kontrolü ile meşgul oluyorlardı. Özellikle Kartacalılarla yapılan birinci Pön savaşından (M.Ö. 264–241) başarı ile çıkması üzerine, sınırları da genişleyen Roma'nın ekonomisi gelişmeye başlamıştı. Ekonomideki bu canlanma ile birlikte Roma aynı zamanda politik bir kent haline gelmişti. Bu gelişme içinde önceden gelirlerini arazi kiralarının oluşturduğu yüksek sınıflar savaşlardan sonra *Latifundum* denilen büyük çiftliklerden, ticaretten ve endüstriden kazanmaya başlamışlardır. Toprakların yeni sahipleri tahıl tarımından, bağ, zeytinlik, sebze ve meyve tarımına geçince, işgücüne olan ihtiyaç artmıştı. Savaşlardan önce küçük çiftçi tarımına dayanan Roma ekonomisinin rolü az olan kölelik ve koşum hayvanları, yeni tarım tarzında gerekli emeğin temininde en önemli kaynak haline gelmişti. Bu gelişmelerin sonucu olarak Cumhuriyet devrinin ortalarından itibaren, romanın köle ve hayvan pazarlarında büyük miktarda alımsatımlar yapılmaya başlanır.[19]

Köleler genellikle *Peregrinus*[20] olan, farklı kültüre sahip ve sadece kendi kazançlarını ön planda tutan satıcılar tarafından alımsatıma sunulmak-

---

18 BUCKLAND, Manual, s.284; RADO, Borçlar, s.130; KOSCHAKER-AYİTER, s.232; SARAN, s.11; RADO, "Maldaki Ayıplar ", s.611; TAHİROĞLU, s.171.

19 ERDOĞMUŞ, Belgin, Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana İnRem, İstanbul 1984, s.3-4.

20 Yabancı kimse. En eski devirlerde hostis ismi ile anılan yabancı, Roma ile siyasi ilişkisi bulunmayan başka bir topluma dahil olan kişi idi. Roma dahilinde hukuki himaye görmezdi. Daha sonra peregrinus, Roma ile dostluk anlaşması yapmış ve yabancı topluluğa dahil, Roma dışında yaşayan kimse idi. UMUR, Lügat, s.155.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

taydı. Düşük ahlaklı kimseler tarafından yapılan köle alımsatımlarında, satıcılar alıcıları gafil avlamak, aldatmak için çeşitli hileli davranışlarda bulunuyorlardı[21].

Bu *magistralar* Romanın başarılı savaşlarından sonra büyük önem kazanmış olan köle pazarlarıyla hayvan pazarlarını denetliyor, genellikle yabancılardan ve şüpheli ahlaklı kimselerden teşekkül eden köle satıcılarının hilelerine engel olmak üzere tedbirler alıyorlardı[22].

Aedilis'ler, Roma vatandaşlarını köle ve hayvan tüccarlarının[23] hilelerine karşı korumak için aldıkları tedbirlerini, *magistra* sıfatıyla neşretmek yetkisini haiz bulundukları beyannamelerinde ilan etmişlerdir. Bunların metnini *Ulpianus*, *aedilis curulis*'lerin beyannamesine dair şerhinde naklet-miştir. Bunları *Digesta*'nın 21 inci kitabının 1 inci faslında buluyoruz[24]. Bu beyannamenin metnini aşağı yukarı şu şekilde izah ve tercüme edebiliriz[25]:

D.21.1.1.1:

"Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quis morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, pala.n recte pronuncianto. Quad si mancipium adversus ea venisset sive adversus quod dıctum promissumve fuerit cum veniret fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet in sex mensibus, quibus primum de ea re experiundi potestas fuerit, indicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur....."

D.21.1.1.1:

"Köle satanlar köledeki hastalık ve sakatlıkları *(morbi vitiive)*, kölenin *fugutivus* (yani efendisinin evinden kaçmak itiyadında) ve *erro* (yani bir müddet gezdikten sonra tekrar eve dönmek itiyadında) olduğunu ve *actio noxalis*'i mucip bir suç işlemişse müşteriye bildirmek mecburiyetindedir.

---

21 SARAN, s.12-13.

22 KOSCHAKER-AYİTER, s.234.

23 Bazen tek başına fakat genellikle şirket akti ile birbirine bağlı ortaklık halinde hareket eden köle satıcıları, Roma vatandaşı iseler, *aedilis curulis*'lerin reformlarından önce, ya *mancipatio*'ya bağlı olarak fer'i bir beyan sebebi ile ya da özel garanti kayıtları ihtiva eden *stipulatio* veya kötü niyetleri sebebiyle sorumlu tutmak mümkündü. Bu tür şirketlerde, ortak bütün mallarını değil, fakat şirket gayesinin gerektirdiği miktar ve nitelikte bir katılım payını bir araya getirmeyi taahhüt ederlerdi. Romalılar ile diğer kavimler arasındaki ticaretin gelişmesi ile ortaya çıkan *societas aliciuius negatiationis* isimli şirket türü geniş bir uygulama alanı bulmuştur. GÖNENÇ, Fulya İlçin, Roma Hukukunda Şirket Akti, İstanbul 2004, s.49.

24 DI MARZO, Roma Hukuku, s.392.

25 Tam metin için bkz: RADO, "Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti", s.612.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bütün bu hususlar köle satılırken alenen ve doğru olarak ilan edilmelidir. Eğer köle, bunlar yapılmadan (yani ayıplar bildirilmeden) ve yahut söylenilen sözlere ve yapılan taahhütlere (*dicta* ve *promissa*) muhalif olarak satılmış ise, (yani muayyen vasıflar vaadedilmiş veya ayıp mevcut olmadığı söylenmiş ise) alıcıya ve alıcının haleflerine, 6 ay içinde, kölenin iadesi maksadıyla bir *actio*[26] vereceğiz.

Bundan sonra beyannamede alıcının davayı ne gibi şartlar altında açacağı ve iadenin nelere şamil olacağı söylendikten sonra satıcının hilesine karşı da bir hüküm sevkediliyor ve "bütün bunları bildiği halde hile ile, yani *dolus* ile köleyi satana karşı da öncelikle *actio* vereceğiz" deniliyor.

Bu metinden anlıyoruz ki, *aedilis*'lerin köle satışlarına dair getirdikleri esaslara göre, metinde söz edilen bedeni veya fikri ayıplardan biri varsa, köle suç işlemiş ve henüz *actio noxalis*[27] açılmamış ise veya satıcı gerçeğe aykırı olarak malda ayıp bulunmadığını veya muayyen vasıfların bulunduğunu taahhüt etmiş ise, alıcı altı ay içinde köleyi iade, yani alım satım akdini fesih için dava açabilir.

Beyannamenin sonunda satıcının hilesi halinde bu davanın öncelikle açılacağına işaret edilmiş olması da satıcının, bu ayıplardan haberdar olmasa dahi, yani bunlar, bugünkü tabirle gizli ayıplar olsa dahi, sorumlu tutulduğunu göstermektedir.

---

26 Bir kimsenin kendisine ait olan bir malı, bir hakkı veya alacağını adli makamlar önünde talep edebilmesi hakkı; dava hakkı; dava. *Legis Actiones* zamanında, tarafların belirli şekillere uyarak iddialarını ileri sürebilmeleri; klasik devirde, belirli hukuki durumların nasıl müeyyidelendirileceğini gösteren *formula*'lara dayanan bir hukuk usulü şeklinde ortaya çıkmakta idi. Postklasik devirde ise, bir şahsın kendisine ait malı veya kendisine ait borçlu olan şahıstaki alacağını adalet huzurunda talep edebilmesi hakkı idi. UMUR, Z., (Lügat), s.2.; BERGER, A., Encyclopedıc Dıctıonary Of Roman Law, Philadelphia 1953, s.341. Cumhuriyet dönemi hukukçularından *Celsus*, *actio*'yu hukuken ifa edilmesi gereken edimin, mahkemeler önünde takip hakkı olarak tanımlamıştı:

D.44.7.51 (*Celsus libro tertio digestorum*): *"Nihil aluid est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi."*

D.44.7.51: "Dava, hakkın sahibi tarafından, mahkemeler önünde ileri sürülmesinden başka bir şey değildir." Aynı tanım daha sonra *Iustinianus* 'un *Institutiones*'inde de yer almıştır:

Ius. Ins. 4.6. pr: "*Superest, ut de actionibusloquamur. Actio autem nihil aluid est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur.*"

Ius. Ins. 4.6. pr: "Nihayet, davalardan sözetmek gerekiyor. Dava, borçlu olunan şeyi, mahkeme önünde talep etmek hakkından başka bir şey değildir."

27 Aile evlatlarının ve kölelerin işledikleri suç veya haksız filler nedeniyle aile reisi ve kölenin sahibine karşı açılabilen davadır. Prensip olarak bu fiilleri işleyen sorumlu olmakla beraber, bazı hallerde zarar görenleri tatmin edebilmek için praetorlar ilk defa XII Levha Kanunu tarafından tanınmış,olan bir ius civile himaye vasıtasının uygulama alanını genişleterek,üçüncü bir şahsı sorumluluk altına sokmuşlardır. RADO, Roma Borçlar Hukuku, s.214; TAHİROĞLU, Roma Borçlar Hukuku, s.259.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Iurisdictio[28] yetkisine sahip bulunan *Aedilis*'lerin eski hukuka nazaran ortaya koydukları en önemli yenilik de bu hükümdür: Yani satıcıyı gizli ayıplardan, kendinin de bilmediği ayıplardan sorumlu tutmak esasıdır. Artık eskiden olduğu gibi satıcının sorumlu olması için malda ayıp olmadığına dair teminat vermesine lüzum yoktur. *Aedilis*'ler satıcının sattığı malı bilmesi lazım geldiği esasından hareket ederek, satıcı iyiniyet sahibi de olsa, onu malın ayıplı çıkmasından sorumlu saymışlardır[29].

Aedilis'lerin köle satışlarına dair beyannamelerinin yanında taşıt ve binek hayvanları satışlarını düzenleyen ikinci bir beyannameleri de vardır[30]:

D.21,1,38 pr.:

"Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendundi causa fuerint, ita emptoribus tradantur, si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit ut redhiberi debeat, indicium, dabimus, quo utrumque redhibeatur."

D.21,1,38 pr.:

"iumentum yani binek ve taşıt hayvanları satanların, onlardaki hastalık ve ayıpları alenen bildirmeleri lazımdır. Hayvanları satmak için onlara iyi koşumlar takmışlarsa bunları da müşteriye teslim edeceklerdir. Bunlar yapılmamış ise, koşumların verilmesi veya koşumlar yüzünden hayvanların iadesi için altmış gün içinde, hastalık ve ayıp halinde de akdin feshi için altı ay zarfında ve yahut da satış bedelinin tenzili için bir sene içinde dava vereceğiz. Eğer bir çift hayvan satılmış ve birinde iadeyi mucip sebeplerden biri varsa her ikisinin de iadesi için dava tanıyacağız."

Hayvanlara dair beyannamenin köleler hakkındaki beyannameden ayrıldığı en önemli nokta ise; Alıcıya iki dava tanınmış olmasıdır. Her iki beyannamede de kölede veya hayvanda ayıp bulan müşteri altı ay içinde ak-

---

28 *Iurisdictio*'nun kelime anlamı "hukuku söylemek" (ius dicere)'dir. Bununla Romalılar bir ihtilafı karar bağlayarak halleden yargıcın işlevini kastetmezlerdi. *Iurisdictio, magistra*'nın muhakemeyi başlatarak ihtilafın kendisinin tayin ettiği hakim önünde görüşülmesini sağlayan faaliyetini ifade ederdi. Krallık devrinde krala, Cumhuriyet devrinden önce *consul*'lere ait olan *iurisdictio* işlevi M.Ö. 367 yılında çıkarılan kanunla hiyerarşik bakımdan *consul*'lerin altında bulunan praetor'lara tevdi edilmişti. Başka bir deyişle *iurisdictio*, Cumhuriyet döneminin ortalarından *Principatus* denilen rejimin ilk asırlarına kadar esas itibariyle *praetor*'luk makamının işlevidir. TAMER GÜVEN,Roma Hukukunda Hak Ve Dava İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s.27; TAHİROĞLU,B./ERDOĞMUŞ, B., (Roma Hukuku), s.53.

29 ERDOĞMUŞ, (Borçlar), s.79; RADO, Borçlar, s.95.

30 Tam metin için bkz: RADO, "Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti", s.614.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

din feshi*(actio redhibitoria)* davasıyla köleyi ve hayvanı iade eder. Fakat hayvanlara dair beyannamede alıcı isterse bir sene içinde maldaki ayıp oranında semenin tenzilini *(actio quanti minoris)* dava ve malı muhafaza eder. Kölelere ilişkin beyannamede bu husus yer almamaktadır.

Aedilis'ler tarafından getirilen, satıcı aleyhine alıcıyı korumak amacını güden bu esaslar yalnız köle ve hayvan alım satımları için konmuştu[31].

Özetlemek istersek, bu devirde satıcılar sattıkları malların ayıplarından halkı haberdar etmeye mecbur idi. Etmemişlerse, *Aedilis*'ler satıcıları bilmedikleri gizli ayıplardan dahi sorumlu tutuyorlardı. Bu hallerde alıcının satıcıya karşı iki davadan birini seçme hakkı vardı:

1) *Actio Redhibitoria*:

Günümüzde akdin feshini karşılayan bu dava ile, alıcı dilerse altı ay içinde alım satım akdini bozarak, malı geri verir ve semeni isterdi.

2) *Actio Quanti Minoris* Veya *Aestimatoria*:

Alıcı, eğer malı muhafaza etmek istiyorsa bu takdirde bir sene içinde semenin tenzili davasını açar, malda ayıp dolayısıyla mevcut olan kıymet noksanını isterdi. Günümüzde semenin tenzili istenmesi halinde, hâkim burada tamamıyla subjektif açıdan kıymet takdir eder. Alıcının o şeye verdiği para ile onun ayıbını bilmiş olsaydı, vereceği fiyat arasındaki farkın ödemesini karar altına alır.

Alıcı bu iki davayı, satıcı malda ayıp olduğunu bilse de bilmese de açar. Yani gizli ayıplar halinde de bunlar kullanılır[32].

C. *Iustinianus Devri*:

Aedilis'ler tarafından getirilen, satıcı aleyhine alıcıyı korumak gayesini güden bu iki dava, konusu ne olursa olsun, bütün alım satımları kapsadı.

Artık alıcının elinde artık bir başka imkân daha vardır; Eğer satıcının hilesi, varsa, alıcı hiçbir müddete bağlı olmaksızın bütün zararlarının tazmini için alım satım akdinin davası olan *actio empti*'yi ikame edebilirdi[33].

Roma Hukukunda alıcı ayıplı malın misli mal olması halinde, günümüz Hukukundan farklı olarak, ayıbı olmayan mal ile değiştirilmesini talep edemeyeceği gibi ayıbın ortadan kaldırılmasını da talep etme yetkisine sahip değildir, çünkü Roma Hukuku için önemli olan ayıplı mal olmasından ziyade alıcının aldatılmış olduğudur[34].

---

31 UMUR, s.364; RADO, Roma Borçlar Hukuku, s.128; TAHİROĞLU, Roma Borçlar Hukuku, s.172; KOSCHAKER-AYİTER, s.233.

32 RADO, Türkan, Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti, s.616; ERDOĞMUŞ, (Borçlar), s.80.

33 RADO, Roma Borçlar Hukuku, s.128; UMUR, s.364.

34 ERDOĞMUŞ, (Borçlar), s.82.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

III. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Roma hukukunda gördüğümüz bütün bu imkânlar bugünkü hukukumuzda da mevcuttur. Ana prensiplerini, Roma-Cermen Hukuk sisteminin özellikle Borçlar Hukukundaki etkin tesiri nedeniyle, Roma Hukukunda bulan "maddi ayıba karşı tekeffül" konusunun Türk Borçlar Hukukundaki düzenlemesine geçmek istiyorum.

A. Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı Ve Hukuki Niteliği

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, Borçlar Kanununda "Satılanın ayıptan salim olmasını tefekkül" başlığı altında madde 194-207 hükümleriyle düzenlenmiş bulunmaktadır.

Ayıba karşı tekeffül; "Satılan şeyin satıcının zikrettiği vasıfları taşımamasından veya bu şeyin değerini akit gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksiklikler bulunmasından satıcının sorumlu olmasıdır."[35] şeklinde tanımlanır.

Yani satıcı, daha önce alıcıya mala ilişkin olarak belirttiği ve söz verdiği niteliklerin malda bulunmamasından sorumlu olduğu kadar; böyle bir söz vermemiş olsa bile, niteliği gereği malda bulunması gereken ve bulunmadığı zaman maldan yararlanma olanağını kaldıran ya da kısıtlayan ayıptan da sorumludur[36].

Ayıba karşı tekeffül borcu, zapta karşı tekeffül borcu gibi satıcının mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır. Satıcı, şeyin değerini veya faydasını azaltan noksanların bulunmadığını ayrıca taahhüt etmese dahi; bu borç kanunen mevcuttur. BK. m. 196'nın karşıt kavramından anlaşıldığı gibi ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler emredici nitelikte değildir. Satım sözleşmesinde taraflar, ayıba karşı tekeffül borcunu "iskat veya tahdit eden" bir anlaşmayı geçerli olarak yapabilirler. Ayıba karşı tekeffül borcu, satım sözleşmesinin satıcıya yüklediği ikinci sırada ve yan borçlardandır[37].

TKHK. m. 4, "tüketicinin korunması ve aydınlatılması" başlıklı bölümde, "ayıplı mal ve hizmetler" sebebiyle olan tüketici haklarını düzenlemiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulamasında, "ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan veya satıcı tarafın-

---

35 YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, yenilenmiş 6.baskı, İstanbul 2003, s.92; ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004,s.115; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1, Ankara 1988, s.163; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1 Ankara 2002, s.150.

36 ZEVKLİLER, s.90,TANDOĞAN, s.164.

37 EDİS, Seyfullah, Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s.19;YAVUZ, s.93.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dan vaadedilen veya standardında tespit edilen nitelik ve / veya niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mal veya hizmetler, ayıplı hizmet olarak kabul edilir." (m.4/ f.1). Bu maddede ayıplı malın ve hizmetin tanımının yapıldığını görüyoruz. Bu çerçevede m. 4 hükmü, tüm tüketici işlemleri hakkında uygulama alanı bulacaktır.

Yine, TKHK. m.30'a göre "Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır"; böylece TKHK.'nın düzenlemediği hususlar bakımından BK.'nın özel ve genel hükümlerinin de uygulanması sözkonusu olacaktır.

B. Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcundan Sorumlu Olmasının Şartları

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan sorumlu olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Şöyle ki:

1. Satıcının Ayıba Karşı Kanuni Tekeffül Borcunun Şartları

Satılanın satımdan beklenen amacı sağlayacak vasıfları taşıması ticari doğruluk gereğidir. O halde satıcı, satılanda satım sözleşmesinde kastedilen tahsis ve kullanma yönü bakımından onun değerini ve elverişliliğini kaldıran ya da azaltan bir eksikliğin bulunmamasını sağlama borcu altındadır[38]. Burada satıcının bir tekeffül borcu sözkonusudur. Kanuni tekeffül borcunun doğması için aranan şartlar şunlardır:

a. Ayıbın Sözleşmede Yarar Ve Hasarın Alıcıya Geçmesi Anında Satılanda Var Olması

Maddi ayıp, bir eşyanın aynı cinsten normal parçalarla karşılaştırıldığında, kendi değerini veya elverişliliğini kaldıran ya da azaltan her türlü kötü niteliklerdir[39]. Hasarın alıcıya geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıplar, evvelce mevcut sebeplerden ileri gelmedikçe, satıcıyı sorumlu kılmaz. Mesela; hayvan daha önce hasta ise ve bu hastalık sonucu sakat kalırsa, satıcı bundan sorumlu olur, buna karşılık, satım konusu meyvalar, hasarın geçmesinden sonra normal olarak çürürse tekeffül sözkonusu olmaz. Yani; satılandaki ayıbın engeç sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi anında mevcut olması gerekmektedir[40].

---

38 TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s.117; YAVUZ, s.93; ZEVKLİLER, s.89, s.164; KARAHASAN, s.150.

39 ZEVKLİLER, s.90.

40 YAVUZ, Cevdet, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s.92.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b. Satılandaki Ayıbın Önemli Olması

Bu şartın gerçekleşmiş sayılması için ayıp sonucunda şeyin değerinin veya elverişliliğinin önemli surette azalması veya tamamen ortadan kalkması gerekir[41]. Bu da satılanın ne maksatla kullanılacağının tespiti suretiyle anlaşılabilecektir.

Örneğin önlenmesi mümkün olmayan küçük ölçüdeki kalite eksiklikleri (çok miktarda satılan doğal ürünlerin satışı halinde ya da bir makinanın bazı vidalarının eksik olması halinde, kolaylıkla giderilebilen ayıplar halinde, satıcının tekeffül borcu sözkonusu olmaz. Çünkü ayıbın önemsiz olması ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil eder.

c. Satılandaki Ayıbın Gizli Olması

B.K. m. 197'ye göre "Satıcı alıcının satım zamanında malumu olan ayıptan mes'ul olmadığı gibi satılanı kâfi derecede muayene etmekle farketmiş olacağı ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise, mes'ul olur."

Bu madde gereğince alıcı, sözleşmenin kurulması anında ayıpları biliyorsa, bunları kabul etmiş sayılır ve satıcı sorumlu olmaz[42].

Türk- İsviçre Medeni Kanunlarında, açıkça "gizli ayıp- görünür ayıp" ayrımı yapılmasa da, satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümler, dikkate alındığında zımnen de olsa bu ayrımın yapıldığı anlaşılmaktadır[43].

Gizli ayıplar, sözleşmenin kurulduğu anda, alıcının bilmediği ve satılan mal üzerinde yeterli dikkati sarfetse ile bilemeyeceği nitelik noksanlarının bulunmasıdır.

Görünür ayıplar ise, gizli ayıp teşkil eden hallerin dışında kalan derin, etraflı bir incelemeye gerek kalmadan farkedilebilen, bilinebilen nitelik noksanlarıdır.

Alıcının, satılana yeterli dikkati sarfetmekle farkına varabileceği ayıplardan satıcı kural olarak sorumlu değildir. Ancak bu ihtimalin gerçekleşebilmesi için alıcının sözleşmeden önce satılanı muayene edebilme imkânına sahip olması gerekir.

Yine TKHK. m. 4 düzenlemesi içinde de bu hususun paralel şekilde düzenlendiğini görüyoruz; "ayıplı olduğu bilinerek satın alınan mal ve hizmetler hakkında ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşmeyecektir"(f. 6). Aynı şekilde, satışa sunulacak kullanılmış, tamir edilmiş ve ayıplı mal üze-

41 ZEVKLİLER, s.90;YAVUZ, s.96; TANDOĞAN, s.173; EDİS,s.73.

42 TANDOĞAN, s.174; ZEVKLİLER, s.90; TUNÇOMAĞ, s.125.

43 EDİS, s.60.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rine veya ambalajına imalatçı veya satıcı tarafından alıcının kolaylıkla okuyabileceği şekilde "özürlüdür" ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Bu durum, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış bedeli üzerinde de gösterilir(f.4, f.7); bu hüküm "yalnızca ayıplı mal satan veya işyerinin bir kat ya da reyon gibi bir bölümünü sürekli olarak ayıplı mal satışına tahsis etmiş olan satıcılara" uygulanmayacaktır (m 4, f.son). Diğer taraftan satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır.

d. Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Sözleşme İle Kaldırılmamış Olması

BK. m.196'nın "Satıcı, satılanın ayıbını alıcıdan hile ile gizlemiş ise satımda tekeffül hükmünü iskat veya tahdit eden her şart batıldır." şeklindeki hükmüne göre, satım sözleşmesi taraflarının satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu kaldıran veya sınırlayan bir anlaşma yapabilmeleri imkanı vardır. Ancak böyle bir anlaşmanın muteber olabilmesi için satıcının, satılanda mevcut olduğunu bildiği bir ayıbı hile ile alıcıdan gizlememiş bulunması gerekir[44].

Ayıba karşı tekeffülden sorumlu olmamaya ilişkin anlaşma, yalnızca, her iki tarafça bilinmeyen ve bilinmemesi haklı görülebilecek ayıplar için yapılabilmektedir. Çünkü satıcının bu sorumluluğunun doğması için satılandaki ayıbın, gizli olması yani alıcının bilmemesi ve bu bilmemenin haklı olması gerekir. Buna karşılık satıcı da, satılan alın ayıbını biliyor ve buna rağmen ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu kaldıran bir anlaşma yapıyorsa; bu duruma da B.K.m. 196 hükmü engel olmaktadır.

Satıcının tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan kayıtların, alıcının anlayabileceği açıklıkla kaleme alınmış olması gerekir. Sorumluluğunu kaldırmak ya da sınırlamak isteyen satıcının, dürüstlük kuralına uygun olarak bu iradesini açıklıkla ifade etmesi gerekir. Ne anlama geldiği anlaşılamayan belirsiz sözcükler ile satıcının sorumluluğunun kaldırıldığı veya sınırlandığı şeklindeki bir iddiaya geçerli hukuki dayanak yapılamaz[45].

e. Alıcının Tekeffül Hükümlerinden Yararlanabilmek İçin Kanunun Kendisine Yüklediği Külfetleri Yerine Getirmiş Olması

Alıcının tekeffül hükümlerinden yararlanabilmek için kanunun kendisine yüklediği külfetler, satılanı muayene ve varlığı iddia olunan ayıpları satıcıya ihbar külfetleridir. Alıcı, bu külfetleri yerine getirmediği takdirde kural olarak ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerden yararlanamaz.

---

44 ZEVKLİLER, s.92,TANDOĞAN, s.175; KARAHASAN, s.156.

45 YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.99.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

aa. Muayene Külfeti

BK. m. 198'e göre "Alıcı kabzettiği satılanın halini örf ve adete göre imkanı hâsıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükelleftir". Alıcının muayene külfetini yerine getirmesi için satılanda fiilen ve doğrudan doğruya tasarruf edebilecek duruma girmiş olması lazımdır[46]. Muayene süresi, kural olarak kesin bir şekilde tespit edilmiş olmayıp; muayenenin, "imkan hâsıl olur olmaz" yapılması gerektiği belirlenmiştir.

Muayene, aksine sözleşme yoksa, kural olarak malın alıcı tarafından teslim alındığı yerde yapılır. Bu da çok defa satılan malın ifa yeri ile aynıdır. Muayene yerini tespitinde malın niteliği, muayenenin tarzı ve satımın çeşidi de rol oynayabilir. Örneğin mesafe satımlarında, muayene, ifa yerinde değil fakat teslim yerinde yapılır. Çünkü, muayenenin alıcının malda tasarruf etme hususunda fiili imkan sahibi olduğu yerde yapılması uygundur.

Gizli ayıplar (adi muayene ile anlaşılmayan ayıplar), tecrübeli ve dikkatli bir kişiden beklenebilecek muayeneden daha uzun bir muayene ile ortaya çıkabilecek olan veya meydana çıkmaları özel bir inceleme veya muayeneyi gerektiren ayıplardır. Ancak iki halde bu süreler kesin olarak tespit edilmiştir:

(i) Hayvan satışında ayıpların muayenesinin yapılması için teslimden veya alıcının teslim almada temerrüdünden itibaren 9 gün içinde muayene merciine müracaat edilmiş olmalıdır.

(ii) Tacirler arasındaki ticari satımlarda satılanın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli değilse, alıcı, teslimden itibaren 8 gün içinde satılanı muayene ettirmekle yükümlüdür.(TK.m.25 b.3)

bb. İhbar Külfeti

BK.m. 198'e göre, ayıp görülür görülmez zaman geçirmeden işin ve halin gerektirdiği normal bir sürede durumun satıcıya bildirilmesi düzenlenmektedir. Yani alıcının satılan maldaki ayıplardan dolayı satıcıyı sorumlu tutabilmesi için, bu ayıpların varlığını satıcıya bildirmesi gerekir[47]. Hayvan satımında ve ticari satımlarda yukarıda belirlediğimiz süreler içinde ihbar külfetinin de yerine getirilmiş olması gerekir.

---

46 FEYZİOĞLU, F. Necmettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1980, s.277; KARAHASAN, s.160.

47 Alıcının satılan maldaki ayıpları bildirmek üzere yapacağı ayıp ihbarının kapsamı ve konusu, onun satılanı niçin ifa olarak kabul etmediğini gösterecek şekilde olmalıdır. Satıcı, bu bildirimden, ayıp nedeninin ve içeriğini öğrenebilmelidir. YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.117.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Muayene ve ihbar zamanında yapılmamış olursa alıcı şeyi kabul etmiş sayılır (BK.m.198 f.2 ve f. 3). İhbar külfetinin zamanında yerine getirilmemiş olması, satıcının sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır[48]. Yalnız satıcının hilesi varsa, o, ayıbın kendisine zamanında ihbar edilmemiş olduğunu ileri sürerek ayıba karşı tekeffül borcundan kurtulamaz (BK.m.200).

TKHK. m. 4 f.2'ye göre, "satılan malın ayıplı olduğunun anlaşılması halinde; tüketici, malı teslim aldığı tarihten itibaren 15 gün içerisinde bu malları, satıcı firmaya geri vererek değiştirilmesini veya ödediği bedelin iadesini veya ayıbın neden olduğu değer kaybının bedelden indirimi yada ücretsiz olarak tamirini talep edebilir."(c.1).Yine "malın ayıbı gizli nitelikte ise veya ayıp tüketiciden hile ile gizlenmişse, satıcı 15 gün içerisinde kendisine başvurulmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz."(f.3).

2. Satıcının Zikir Ve Vaad Ettiği Vasıflardan Dolayı Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Şartları

a. Satıcının Satılanla İlgili Bazı Vasıfları Zikir Ve Vaad Etmesi

Bu şartı bir örnek ile açıklayacak olursak, satıcının sattığı kolyenin tümüyle pırlanta olduğunu önceden alıcıya belirtmesi durumunda yasanın deyimi ile vasıfların zikir ve vaadedilmesi söz konusudur[49]. Buna karşılık, satıcının sattığı arabanın fren aygıtının eksik olması durumunda lüzumlu vasıflarda ayıp sözkonusudur. Çünkü fren aygıtı olmayan bir otomobilden yararlanma imkânı yoktur. Satıcının zikrettiği vasıflar maddi, ekonomik veya hukuki olabilir. Satılanın lekeli olması maddi ayıba, hukuka aykırı marka taşıması hukuki ayıba örnektir.

b.Vasıfların Zikir Ve Vaadinin Ciddi (Sözleşmenin Yapılmasını Etkileyici) Olması

Satıcının malını satmak için teamülden olan ve genel bir nitelik taşıyan güzel gösterme çabaları gözönünde tutulamaz. Sırf reklâm mahiyetindeki beyanlar tekeffül borcunu doğurmaz[50]. Ancak, satıcının satılan malda belli vasıfların zikir ve vaadi olmasa idi alıcı o alımsatım akdine hiç taraf olmayacak idiyse, o zaman, sözleşmenin yapılması etkilenmiştir denebilir.

c. Alıcının Tekeffül Hükümlerinden Yararlanabilmek İçin Kanunun Kendisine Yüklediği Külfetleri Yerine Getirmiş Olması

Yukarıda muayene ve ihbar külfeti hakkında açıkladığımız hususlar aynen burada da geçerlidir.

---

48 YAVUZ, s.99; ZEVKLİLER, s.94,TANDOĞAN, s.181;KARAHASAN, s.164.

49 Satıcı tarafından yapılan bu vaadin zımni olması da mümkündür. YAVUZ, s.101.

50 TKHK. m. 15,"ticari reklamlar ve ilanlar" başlığı altında bu hususu düzenlemektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

C. Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcundan Sorumluluğunun Kapsamı

Yukarıda belirlenen satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartları gerçekleştiğinde ve alıcı da, satıcıyı, ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutabilmek için kanunla öngörülen külfetlerini yerine getirdiğinde, alıcı, BK. m. 202 vd. hükümler çerçevesinde kendisine tanınan haklarını satıcıya karşı kullanabilecektir.

Gerçekten Borçlar Kanununun bu düzenlemesi, yakından incelendiğinde görülecektir ki alıcı, bu hükümler çerçevesinde bir seçimlik hakka sahip olmaktadır[51]. Böylece alıcı, satım sözleşmesini, BK. m.202'nin ifadesiyle, "feshedebileceği"gibi (satımın feshini dava etme), satım parasının indirilmesini de talep edebilecektir (semenin tenzil olunmasını dava etme). Ayrıca alıcı, BK. m. 203'e göre; Satılanın miktarı "muayyen misli şeylerden olduğu" durumda, "satılanın ayıptan ari misliyle değiştirilmesini dava etme" hakkını da kullanma imkanına sahiptir.

Ancak Borçlar Kanununun satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu düzenlemesi içinde, alıcıya, satıcıdan ayıplı satılanın ayıplarını gidermesini isteme (satılanın onarılmasını "tamir edilmesini" isteme) hakkının tanınmadığı görülmektedir. Hâlbuki örneğin istisna sözleşmesinde BK.m.360 f.2 gereğince iş sahibinin, "yapılan şeyin ayıplı olması" durumunda, "onarım (tamir) isteme hakkı" da bulunmaktadır. Satım sözleşmesinde de alıcının, satılanın tamir edilmesini isteme hakkının bulunduğu savunulabilir. Böylece alıcının satılanın tamir edilmesini isteme hakkının da, onun seçimlik haklarından biri olarak incelenmesi gereği vardır[52].

Burada belirtilen seçimlik haklardan ayrı olarak veya bu seçimlik hakların yanında kullanılmak üzere, alıcının, kendisine ayıplı satılan teslim edilmesinden dolayı uğradığı zararların tazmin edilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır.

1. Alıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluk Şartları Gerçekleşen Satıcıya Karşı Sahip Olduğu Seçim Hakkının Hukuki Niteliği

BK. m. 202 hükmüne göre, alıcının seçim hakkı bulunmaktadır. Gerçekten madde metninde bu seçim hakkı şu şekilde ifade edilmiştir. "Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı muhayyerdir". Buna göre; alıcı, seçim hakkını, ne satıcının muvafakatine ne de mahkeme kararına gerek olmadan, tek taraflı yöneltilmesi ve varması gerekli irade açıklamasıyla kullanabilmelidir. Böylece alıcının seçim hakkını kullanmasıyla, seçilen yo-

---

51 ZEVKLİLER, s.97; TANDOĞAN, s.186; KARAHASAN, s.166.

52 Zaten TKHK. m. 4 f.2'de, tüketicinin sahip olduğu haklar, "ayıplı malın ayıpsız olanıyla değiştirilmesi", ödediği bedelin iadesi", "ayıbın neden olduğu değer kaybının indirimi" ve "ücretsiz olarak tamiri talep" olarak belirlenmiştir. YAVUZ, s.104.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lun muhtevasına göre meydana gelecek hukuki değişiklik, satıcının muvafakatini ve mahkemenin edim ya da yenilik doğuran hakkını kullanması üzerine, kendiliğinden gerçekleşecektir. Eğer seçim hakkı dava yoluyla kullanılmışsa, mahkemenin faaliyeti, sadece açıklama ve tespit niteliğinde olacak, yoksa inşai bir nitelik taşımayacaktır. Eğer satıcı, alıcının seçim hakkını kanun hükümlerine uygun olarak kullanmadığı iddiasında ise, ihtilafı, duruma göre bir edim ya da tespit davası çerçevesinde hâkim önüne götürebilecektir. Alıcının sahip olduğu seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran; satım parasının indirilmesi, mümkün olduğu takdirde satılanın onarılması, uğranılan zararın giderilmesini isteme hakları, değiştirici yenilik doğuran; ayıplı satılanın değiştirilerek ayıplı bir mislinin verilmesi hakkı da onun aynen ifada ısrar ettiğini gösteren yenilik doğuran hak niteliğindedir[53].

2. Alıcının Seçim Hakkını Kullanması Ve Seçim Hakkının Sona Ermesi

Alıcının seçim hakkı, yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Bu sebeple alıcının seçim hakkını kullanması da, yenilik doğuran bir hukuki muameleyi oluşturacaktır. Böylece alıcı, seçim hakkını, kural olarak bir şarta bağlı tutmadan kullanma durumunda olacaktır; alıcı, bir seçim hakkını geçerli bir şekilde kullanmışsa, seçim hakkı da sona erecektir[54]. Çünkü hakkını kullanması ile alıcı, amacına ulaşmış olmaktadır.

Bundan sonra yeni bir seçim yapma imkânı yoktur. Seçim hakkı kullanıp sonuç meydana geldikten sonra, alıcı, bundan geri dönemeyecektir. Ancak taraflar isterlerse sözleşme serbestîsi sınırları içinde, seçim hakkının kullanılmasının sonuçlarını ortadan kaldıran veya değiştiren bir başka sözleşme yapabilirler.

3. Alıcının Seçim Hakkını Kullanmasının Tabi Olduğu Sınırlamalar Ve Hukuki Sonuçları

Alıcı, kural olarak, seçim hakkını tamamen kendi takdirine göre kullanacaktır; yani onun (alıcının) seçim hakkını kullanmasında bir serbestîye sahip olması sözkonusudur. Ancak pratik düşünceler ve hakkaniyet mülahazası, alıcının bu seçim hakkını kullanmasının bazı sınırlamalara tabi kılınmasını gerektirmiştir.

a. Hakimin Sözleşmeden Dönen Alıcının Satım Parasının İndirilmesi Hakkını Kullanmasına Karar Vermesi

BK. m. 202 f. 2'ye göre "Hakim, alıcının satılanı ret davası üzerine hal icabı satımın feshini muhik göstermiyorsa semenin tenzili ile iktifa edebi-

---

53 EDİS, s.98; YAVUZ, s.109.

54 ZEVKLİLER, s.95; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu) s.141; TANDOĞAN, s. 187.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lir." Böylece bu hükme göre, hakim, alıcının satım sözleşmesinden dönme yolunu seçmesine rağmen, satım parasının indirilmesine karar vermesi imkanına sahip olmaktadır. Örneğin, deri imalatçısının aldığı deriler sözleşmede belirtilen kaliteye uygun değilse, ancak derileri alan alıcı, böyle ikinci neviden malları da işliyorsa, satım parasının indirilmesi yolunun seçilmesi, alıcının hukuki durumunu korumak bakımından yeterli olacaktır.

Bu gibi durumlarda alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması, hakim tarafından haklı görülmeyebilir. Böylece alıcının, teslim edilen satılanın, ayıplı olmasına rağmen bu satılanla sözleşme ile güttüğü amacı gerçekleştirme imkanına sahip bulunduğu durumlarda, onun sözleşmeden dönme hakkının kullanması imkanı; BK. m. 202 f. 2 hükmü ile kaldırılmış olmaktadır.

Özellikle ayıplı satılanı ayıba rağmen bir başkasına satma imkanına sahip olan alıcı ve satılanın ayıplı olduğunu bilseydi yine o şeyi satın alacak durumda olan alıcı, satım parasının indirilmesi hakkını seçme durumundadır[55].

b. Satım Parasından İndirilecek Miktarın Satım Parasına Eşit Olması Durumunda Alıcının Satım Parasının İndirilmesi Seçimlik Hakkını Kullanamaması

BK. m. 202 f. son'a göre "kıymetinin noksanı satılanın değerini müsavi ise alıcı ancak satımın feshini talep edebilir." Böylece alıcı, satım parasından indirilecek miktarın satım parasına eşit olduğu durumlarda, satım parasının indirilmesi şeklindeki seçimlik hakkını kullanamayacaktır. BK. m. 202 f.son, alıcıya sadece sözleşmeden dönme imkanını vermektedir. Ancak bu hüküm doktrin tarafından eleştirilmektedir. Çünkü hüküm, bu şekliyle isabetli bir çözüm getirmemektedir. Özellikle çeşit satımında alıcı, bizatihi BK. m. 203'e göre satılanın değiştirilmesini isteme hakkına da sahip bulunmaktadır Bu durumda, BK. m. 202 f. son, lafız olarak BK. m. 203 hükmüyle çatışmaktadır[56].

Böylece BK. m.202 f. son hükmünün "istenilen indirimin satım parasına eşit olduğu durumda, alıcı, satım parasının indirilmesini talep edemeyecektir" şeklinde anlaşılması gerekir; yani alıcı, satım parasının indirilmesi tarzındaki seçimlik hakkını kullanamayacak, diğer seçimlik haklarından dilediğini seçebilecektir.

---

55 Bu konuda daha genel olarak şöyle bir kural koyulabilir: Sözleşmeden dönmenin satıcı aleyhine doğuracağı sakıncanın alıcı lehine doğuracağı fayda ile kıyaslanmayacak derecede fazla olduğu durumlarda, alıcıdan, satım parasının indirilmesi talebinde bulunması beklenebilecektir. KARAHASAN, s.166.

56 FEYZİOĞLU, s.296; YAVUZ, s.113.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

c. Satıcının Satılanı Değiştirme Hakkını Kullanmak Suretiyle Alıcının Seçim Hakkını Kullanmasını Engellemesi

BK. m. 203 f. son'a göre; satılan bir başka yerden gönderilmiyorsa satıcının da alıcıya derhal ayıptan ari mislini teslim ve alıcının uğradığı zararı tamamen tazmin ederek aleyhine açılabilecek davadan kurtulmaya yetkisi vardır.

Böylece bu hükümle, anılan metinde yer alan "...da" sözcüğü ile BK. m.203 f.1'e yapılan atıf dolayısıyla çeşit satımlarında, satıcıya, satılanın başka bir yerden gönderilmediği durumlarda, alıcıya derhal ayıplı satılan yerine ayıptan ari benzerini teslim ederek, alıcının başkaca seçimlik haklarını kullanmasını engelleme imkanı tanınmış olmaktadır[57]. Başka yere gönderilmek suretiyle satılan şeylerde satıcıya bu hak tanınmamıştır.

Burada satıcının, alıcının satılanın ayıplı olduğunu bildirmesinden hemen sonra, kısa bir süre içinde satılanı değiştirme hakkını kullanması, yani alıcıya ayıpsız bir satılan benzeri teslim etmesi lazımdır. Ancak alıcının böyle bir ifayı kabul zorunluluğunun doğması için, satıcının, alıcının ayıplı satılanı muayenesi ve değiştirilmesi masrafları, değiştirmenin yol açtığı gecikmeden doğan zararın giderilmesi gibi tüm zararlarını tamamen ödemek suretiyle ayıpsız satılanı ifa olarak teklif etmesi lazımdır. Aksi durumda satıcı, alıcının ayıp sebebiyle sahip olduğu seçim hakkını kullanmasını engelleyemez.

d. Kendi Fiili İle Satılanın Geri Verilmesini İmkansızlaştıran Alıcının Satım Parasının İndirilmesi Seçimlik Hakkını Kullanma Zorunda Olması

BK. m. 204 f.2'ye göre "satılan alıcının taksiri yüzünden telef olmuş yahut alıcı onu başkasına temlik veya şeklini tağyir etmiş ise ancak kıymet noksanına mukabil semenin tenzilini dava edebilir." Bu hükme göre; alıcı, kendi fiili sonucu satılanın telef olması dolayısıyla satılanı geri vermeyi ve satımdan dönme hakkını kullanmayı imkansızlaştırmış olmaktadır.

Alıcının satılanı bir başkasına temlik etmesi hali ise, BK. m. 204 f. sonda "alıcı onu (satılanı) başkasına temlik ... etmiş ise" şeklinde ifade edilmiştir. Burada "temlik" kavramı geniş anlamıyla alınmalı ve yalnız mülkiyetin geçirilmesi değil, satılan üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis edilmesi de (rehin, irtifak gibi) sözleşmeden dönmeye engel sayılmalıdır.

Diğer taraftan satılanın ayıbı bilinerek bir başkasına temlik edilmesi

---

57 Ayıplı satılanla değiştirilmek üzere teslim olunan mal da ayıplı ise; satıcı, bundan böyle artık satılanı değiştirme hakkına sahip değildir ve böylece bu son durumda, alıcı, satıcının yeni bir değiştirme teklifini kabul etmekle yükümlü tutulamayacaktır, ayıptan doğan seçimlik hakkını takdirine göre kullanabilecektir. YAVUZ, s.114; ZEVKLİLER,s.102.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

durumunda, alıcının, satımdan dönme hakkından feragat ettiği anlamı çıkarılabilecektir[58].

Yine BK. m. 204 f. sonda, "alıcı ... (satılanın)şeklini tağyir etmiş ise" ibaresiyle, alıcının satılanın şeklini değiştirmiş olması (tağyir) ifade edilmektedir. Buradaki anlamıyla satılanın "şeklinin tağyir edilmesi", işleme, birleştirme ya da karıştırma suretiyle gerçekleşebilir. Satılanın ayıplı olup olmadığının anlaşılmasını sağlamak üzere yapılan muayene sonucunda değişikliğe uğraması durumunda, alıcının seçim hakkında her hangi bir sınırlama sözkonusu değildir.

4. Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi Ve Hükümleri

a. Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Sözleşmeden Dönme Hakkı Ve Kapsamı

BK. m. 202'nin kenar başlığında "tekeffüle müstenit dava", "satımın feshi" ve birinci fıkrasının ikinci cümlesinde de "satımın fesh edilmesini ... dava eder" denilmesine rağmen, burada bir sözleşmeden dönme durumu sözkonusudur ve taraflar sözleşmeden dönme hususunda anlaşmamış olsalar bile, alıcının dönme şeklindeki irade açıklaması, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasını teşkil eden bir irade açıklaması olarak, satıcıya vardığı anda hükümlerini doğurur ve sözleşmeyi ex tunc ortadan kaldırır[59]. Sözleşmeden dönme hakkı, doğrudan doğruya dava açmak suretiyle de kullanılabilir. Dönme ister dava dışındaki bir irade açıklamasıyla ister dava yoluyla kullanılmış olsun sonuç aynıdır; Sözleşme, geriye etkili olarak ortadan kalkar.

O halde Borçlar Kanununda bu konuyla ilgili olarak "fesih" ten sözedilmesi isabetli olmamıştır. Çünkü fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak değil fakat ileriye etkili olarak (ex nunc) sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran hak yada muameledir. Halbuki dönme durumunda, sözleşme ilişkisi geçmişe etkili (ex tunc) sona ermektedir.

b. Satılanın Alıcının Fiili Dışındaki Bir Sebeple Yok Olması Durumunda Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılması

BK. m. 204 f.1'e göre "Satılanın ayıbı sebebiyle yahut kazaen telef ve ziyaa veya hasara uğraması, ayıptan dolayı feshi davaya mani olmaz. Bu takdirde alıcının red ile mükellef olduğu şey satılandan elinde kalandır." BK. m. 204 f.1'de açıkça satılanın kendi ayıpları sebebiyle yada bir kaza sonucu

---

58 Böylece satılanın ayıplı olduğunu bilmeden başkasına temlik eden alıcının ayıptan doğan seçim hakkında herhangi bir sınırlama sözkonusu olmayacaktır. YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.147; FEYZİOĞLU, s.300.

59 YAVUZ, s.131; ZEVKLİLER, s.97,TANDOĞAN,s.190;KARAHASAN,s.168.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yok olması durumlarında, alıcının sözleşmeden dönme hakkını, satılanı geri vermenin imkansızlaşmasına rağmen, kullanabilmesi imkanı kabul edilmiş olmaktadır. Böylece alıcı, elinde satılandan ne kalmışsa onu geri vererek, satıcıdan ödediği satım parasının geri ödenmesini isteyebilecek ya da henüz ödenmemişse satım parasını ödeme borcundan kurtulabilecektir[60].

Bu kural, satılanın yarar ve hasarının sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçtiği yolundaki prensibin bir istisnası niteliğindedir.

c. Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanmasının Hükümleri

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesinden önce bu borçlardan kurtarıcı, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesinden sonra da bu ifa konusu edimlerin geri verilmesini sağlayıcı etkisi bulunur.

Daha yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri, hakkın sona erdiği (sukut ettiği, düştüğü) itirazı ile kendiliğinden sona ermiş sayılacaktır. Ancak alıcı, "satım feshedilince, satılan ile beraber ondan istihsal ettiği menfaatleri iade etmekle mükelleftir (BK. m. 205 f. 1). Yerine getirilmiş sözleşme edimleri bakımından ise, sözleşmeye dayanan (akdi) bir geri verme talebi ile geri verilmesinin sağlanması sözkonusu olacaktır.

aa. Alıcının Satımdan Dönmesinin Satıcıya Getirdiği Yükümlülükler Ve Açıklanması

Alıcının satım parasını ödeme borcunu yerine getirmesinden sonra dönme hakkını kullanması halinde; satıcının, almış olduğu satım parasının faiziyle birlikte geri verme, alıcının satılana ilişkin olarak yaptığı masrafları ve yargılama masraflarını ödeme ve alıcının uğradığı doğrudan zararı tazmin etme borcu vardır.(BK. m. 205). Bu hüküm, sadece sözleşmede menfi zararın tazmin edilmesini öngörmektedir; yine, alıcının maruz kaldığı işlerindeki kazanç kaybı, doğrudan zarar olarak nitelendirilebileceği bir durumda bile, göz önünde tutulmayacaktır ve satıcının doğrudan zarardan sorumlu olmasının kusura dayanmaması sözkonusudur[61]. Yani alıcının bu zararını kusuru olmasa da ödeyecektir.

BK. m. 205.f. son'a göre "satıcı, kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer her türlü zararlarını tazmin etmeye mecburdur." Böylece satıcı, alıcının uğradığı "diğer her türlü zararını", yani "müspet zararını" kusursuz olduğunu ispatlayamadıkça tazmin etme yükümlülüğünde olmaktadır. Buradaki kusur, bir *culpa in contrahendo* olmayıp sözleşmenin kötü ifasına ilişkin bir kusurdur.[62]

---

60 FEYZİOĞLU, s. 299; TANDOĞAN, s.188; ZEVKLİLER, s.126.

61 YAVUZ, s.138

62 ZEVKLİLER, s.125; YAVUZ,s.139.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bb. Alıcının Satımdan Dönmesi Durumuna İlişkin Yükümlülükleri

BK. m. 205 f. 1' göre; "satım feshedilince alıcı satıcıya satılan ile beraber ondan istihsal ettiği menfaatleri iade etmekle mükelleftir."Bu hüküm gereğince, satımdan dönen alıcı, kendisi için hiçbir yarar sağlayamayacağına göre, satıcıdan teslim aldığı ayıplı satılanı satıcıya geri verme yükümlülüğü altındadır. Alıcı, satılanı elde ettiği menfaatlere birlikte geri vermekle yükümlüdür[63]. Elde olunan menfaatler, koyunun sütü, yünü, kuzusu gibi, tarlanın mahsulü gibi tabii veya evin kirası gibi hukuki olabilir.

BK. m. 205 f. 1 gereği alıcının geri vermek zorunda olduğu menfaatler, malın teslim alınması ile geri verilmesi anı arasında gerçekleşen menfaatlerin toplamıdır[64].

cc. Satımdan Dönülmesi Durumunda Alıcının Ve Satıcının Karşılıklı Geri Verme Borçlarını Yerine Getirme Tarzı Ve Sırası

Satımın, ayıp sebebiyle dönme ile sona erdirilmesi sonucunda doğan karşılıklı geri verme borçlarının nasıl ifa edileceği ve taraflardan her birinin diğerindeki alacağı bakımından sahip olduğu hakların neler olduğu sorunu, Borçlar Kanununun ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerinde düzenlenmemiştir ve düzenlenmesine de gerek bulunmamaktadır.

Burada sözleşmeden dönmeye ilişkin genel hükümler çerçevesinde kabul edilen çözüm şeklinin aynen benimsenmesi uygun olacaktır. Bu sebeple bu geri verme borçlarının aynı anda ifa edilmesi gereği vardır. Aksi halde kendi geri verme borcunu ifa etmeden ifa talebinde bulunan tarafa karşı, diğer tarafın ödemezlik defi savunmasında bulunarak ifadan kaçınabilme imkanı vardır.

5. Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Satım Parasının İndirilmesi Seçimlik Hakkını Kullanması Ve Hükümleri

BK. m. 202 f.1'e göre "Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı muhayyerdir.(...), dilerse satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder." Alıcı eğer, satılan malı kendisinde tutmak niyetinde ise bu hakkı kullanmalıdır. Diğer seçimlik haklarda olduğu gibi, alıcı, satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını da, yönetilmesi ve varması gerekli bir irade açıklamasıyla kullanır.

Alıcının satım parasının indirilmesi yolunu seçtikten sonra, tarafların aralarında anlaşarak, satım parasından indirilecek tutarı tespit edebilmele-

---

63 YAVUZ, s.141; ZEVKLİLER, s.98,TANDOĞAN, s.190;KARAHASAN,s.170

64 Alıcının geri verme borcu, sadece satılana ve ondan elde edilen tabii ve hukuki semerelere ilişkin olmayıp, satılanı kullandığı durumlarda bu şekilde elde ettiği faydayı da tazmin etme yükümlülüğü vardır. YAVUZ, s.140; KARAHASAN, s.171.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ri imkanı vardır; ancak bu konuda anlaşma olmaması halinde, bu tutarın tespiti, mahkeme kararıyla olacaktır. Bu tutarın belirlenmesine ilişkin olarak açılacak dava, bir edim ya da tespit davası niteliğindedir[65].

Alıcının sahip olduğu bu hakkın sınırları yukarıda anlatıldığı için tekrar değinmeyeceğim.

6. Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Değiştirilerek Ayıpsız Bir Mislinin Teslim Edilmesi Seçimlik Hakkını Kullanması Ve Hükümleri

BK. m. 203,'e göre "satılan miktarı muayyen misli şeylerden ise alıcı dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiçbirini talep etmeyip satılanın ayıptan ari misliyle değiştirilmesini dava edebilir." Böylece bu hükümle çeşit satımında ayıplı ifa halinde, alıcıya, diğer seçimlik haklardan ayrı olarak satılanın ayıpsız bir misliyle değiştirilmesi seçimlik hakkı da tanınmış olmaktadır. Örneğin, on çuval böcekli pirinç yerine aynı miktar böceksizin verilmesi istenebilir[66].

Alıcı tarafından bu seçimlik hakkın kullanıldığı durumlarda, BK.m.204 ve 205 hükümlerinin uygulanması imkanı vardır. Bu yüzden satılan mal, alıcının kusuru ile telef olmuş veya onun tarafından tağyir veya temlik edilmişse, değiştirme talebinde bulunmasına imkan yoktur. Yine bu seçimlik hakkını kullanan alıcı, BK.m 205 f.2 c.son ve f.son hükmünün kıyasen uygulanması yolu ile satıcıdan kusura dayanmayan ve kusurlu sorumluluk hükümlerine göre tazminat isteyebilir.

7. Alıcının Satılandaki Ayıpların Giderilmesi(Onarım) Talebinde Bulunması Ve Hükümleri

Alıcının sahip olduğu bu imkan Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiştir. Ancak TKHK m.4 f.2'de tüketicinin sahip olduğu haklar arasında açıkça sayılmaktadır. Bu seçenek tüketici niteliğini sahip, yani bir malı özel amaçla, kişisel kullanım ve tüketimi için nihai olarak satın alan kişilerle yapılan satım sözleşmelerinde geçerlidir. Bu yola, maldaki ayıbın onarım yolu ile giderilebileceği ve malın, alıcının, ondan beklediği yararı sağlayabileceği duruma getirilmesinin olanak dahilinde olduğu hallerde gidilmesi uygun olur[67].

Satılanda ortaya çıkan bir ayıbın, alıcıya onarım hakkını verebilmesi için, bu ayıbın satıcının garanti taahhüdünün kapsamına girmesi gerekir. Ayrıca diğer seçimlik hakların kullanılmasında olduğu gibi, alıcının, satılanda tespit ettiği ayıpları satıcıya ayıp ortaya çıkar çıkmaz "derhal" bildirmesi lazımdır.

---

65 YAVUZ, s.143; FEYZİOĞLU, s.295.

66 ZEVKLİLER, s.101.

67 Eğer malın onarılması imkansız veya aşırı masrafı gerektiriyorsa veya onarım sonucu kullanılabilecek duruma gelmekle beraber değeri önemli ölçüde azalmışsa,alıcı diğer imkanlara yönelmelidir.ZEVKLİLER,s.102.; YAVUZ, s.155.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ancak burada satıcının belirli bir süreyi kapsayacak şekilde garanti taahhüdü altına girmesi sözkonusu olduğuna göre, bu süre zarfında her zaman alıcının onarım talebinde bulunabilmesi imkanının varlığı da kabul edilebilecektir.

8. Alıcının Seçim Hakkını Kullanmasının Tabi Olduğu Süre Ve Hükümleri

a. Alıcının Seçim Hakkını Kullanmasının Tabi Olduğu Kanuni Süreler Ve Hükümleri

BK. m. 207 f.1'e göre "satıcı daha uzun müddet için kefalet etmemiş ise satılanı ayıba karşı tekeffülden mütevellit her türlü dava, satılandaki ayıp daha sonra meydana çıksa bile, alıcıya teslim vukuundan itibaren bir sene geçmekle sakıt olur".Bu süre ticari satımlar için altı ay (TK. m. 25 b.4); taşınmazlarda ise, binalara ilişkin ayıplar sebebiyle tekeffülde beş yıldır (BK.m 215 f. son). TKHK. m. 4 f.'e göre, "satıcı daha uzun bir süre için garanti vermemişse, ayıplı maldan ve ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı açılacak davalar, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren 2 yıllık zaman aşımına tabidir. Ancak satıcı, malın ayıbını tüketiciden hile ile gizlemiş ise, 2 yıllık zaman aşımı süresinden yaralanamaz." denilmiştir.

Bu hükümlerden BK. m. 207 f.1'de ve BK. m. 215 f. son'da "sakıt olma" sözleri kullanılmış olmasına rağmen, bu sürelerin zaman aşımı süreleri olduğu hususu herkesçe kabul edilmektedir[68]. Zaten TK. m. 25 b.4'de açıkça bir zaman aşımı süresinin sözkonusu olduğu belirlenmiştir. O halde zaman aşımının kesilmesini ve durmasını düzenleyen kanun hükümleri (BK. m. 132-136), burada da uygulama alanı bulacaktır. Zaman aşımı uğramış bir borç da, tabii borç haline dönüşecektir. Hâkim bu sürenin geçtiğini kendiliğinden (re'sen) gözönünde tutamayacaktır.

BK. m.207 f.1'de öngörülen zaman aşımı süresinin, satılanın alıcıya ifa olarak teslim edilmesi tarihinden itibaren; BK. m.215 f. son'da öngörülen zaman aşımı süresinin de taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesinden başlayarak işlemesinin sözkonusu olacağı düzenlenmiş bulunmaktadır[69]. TK. m.

---

68 YAVUZ, s.121; ZEVKLİLER, s.105;TANDOĞAN, s.201.

69 Alışveriş hayatında sık olarak, garanti süresinin kanuni zaman aşımı süresinden daha uzun kararlaştırılması durumuna rastlanır. Bu ihtimalde, BK. m. 207 f.1 hükmünün bir gereği olarak, seçim hakkının, garanti süresinin sonuna kadar kullanılabileceği kabul edilmektedir. Sözleşme taraflarının, sözleşmede kanuni zaman aşımı süresinden daha kısa bir garanti süresi kabul etmeleri durumunda, kural olarak kanuni zaman aşımı süresini değiştirmedikleri kabul edilmektedir. Şüphe halinde de, alıcının, kanuni zaman aşımı süresi içinde seçim hakkını kullanabileceği sonucuna varılmalıdır. Bir yıldan kısa bir garanti süresi, çok defa zaman aşımının kısaltılmasına değil, satılanda ortaya çıkacak ayıpların bu akdi süre içinde satıcı tarafından giderilmesine (onarımına) ilişkin olarak karalaştırılmaktadır. Böylece akdi garanti süresinin geçmesiyle, alıcı, artık satıcıya karşı onarım talebini kullanamayacak fakat diğer kanuni seçim haklarını kanuni zaman aşımı süresi içinde ileri sürebilecektir. YAVUZ, s.126-127; KARAHASAN, s.149.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

25 b.4'de öngörülen süre için bir başlangıç tarihi belirtilmiş değildir; bu durumda da, bu başlangıç tarihinin BK. m. 207 f.1'e göre tesbit olunacağı hususu herkesçe kabul edilmektedir. O halde zaman aşımı süresinin işlemeğe başlaması açısından, alıcının satılanın ayıplarını öğrenmesi tarihinin hiçbir önemi bulunmamaktadır. Alıcının, satılanın niteliklerini gözden geçirebilecek şekilde satılan üzerinde fiili yetki kazanmış olması lazımdır.

b. Satıcının Hilesinin Özel Kanuni Zaman Aşımı Süresine Etkisi

BK. m. 207 f. son'a göre; "Satıcı alıcıya iğfal etmiş ise bir senelik müruruzamandan istifade edemez. Zaten TKHK. m. 4 f.4 c. sonda, bu sonuç açıklıkla ifade edilmiştir. Şöyle ki: "Ancak satıcı, satılan malın ayıbını tüketiciden hile ile gizlemiş ise, 2 yıllık zaman aşımı süresinden yararlanamaz.

O halde, BK. m. 207 f. son hükmüyle, daha uzun bir zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği ve başka bir hüküm bulunmadığına göre BK. m. 125'de öngörülen on yıllık zamanaşımının sözkonusu edildiği kabul edilmelidir.

c. Alıcının Seçimlik Haklarını Süresinde Kullanmamasının Hükmü

Alıcının seçim hakkını yukarıda belirtilen süreler içinde kullanmaması durumunda, satıcı, zamanaşımı savunmasında bulunarak, onun (alıcının) ayıp dolayısıyla sahip olduğu seçimlik hakları kullanmasını engelleyebilecektir. Ancak satıcı, zararın tespiti için hesaplaşmayı kabul ederek alıcıda bunu tazmin edeceğine dair güven uyandırmış ve onu böylece oyalayarak bir yıllık süreyi haklarını kullanmaksızın geçirtmişse; satıcının zamanaşımı defi, dürüstlük kuralına aykırı sayılarak dinlenmemelidir[70].

Diğer taraftan BK. m. 207 f.2'ye göre "fakat alıcının, satıcı tarafından aleyhine ikame edilen davaya karşı satılanın tesliminden itibaren bir sene geçmeksizin ihbar ettiği ayıptan dolayı defi hakkı bir sene geçmekle sakıt olmayıp devam eder". Böylece bu hükümle, satılanın tesliminden itibaren bir yıl içinde (ticari satımlarda altı ay, taşınmaz satımında binalara ilişkin ayıplar sebebiyle beş yıl, TKHK. m. 4 f.4'deki iki yıl, satıcının hilesi durumunda on yıl içinde) satılanın ayıplarını ihbar etmiş (satıcıya bildirmiş olan) alıcı, satıcının taleplerine karşı bir savunma aracı olarak defi hakkı sahibi kılınmaktadır; yoksa zamanaşımı süresi geçtikten sonra alıcının, satıcıya karşı herhangi bir talep yada dava ileri sürebilme imkanı bulunmamaktadır[71].

IV. SONUÇ

Türk Borçlar Kanununun "Maldaki maddi ayıba karşı tekeffül" konusundaki ilgili hükümleri incelendiğinde ortaya çıkmaktadır ki, bu hususa

---

70 ZEVKLİLER, s.107.

71 ZEVKLİLER, s.107; TANDOĞAN, s.202.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ilişkin esaslar Roma Hukuku ile son derece benzerlik içindedir. Roma hukukunda gördüğümüz bütün imkanlar bugünkü hukukumuzda da mevcuttur

Roma hukukunda olduğu gibi bugünkü hukukumuzda da satıcı gizli ayıplardan dahi, yani kendisinin bilmediği ayıplardan dahi sorumludur. Borçlar Kanununun 194 üncü maddesinin son fıkrasında bu husus düzenlenmektedir. Yine bugün de satıcı Roma'da olduğu gibi malın ayıplarından sorumlu olmakla beraber malın zikir ve vadettiği vasıflarının da bulunmaması durumunda sorumludur.

Borçlar Kanunumuzun müşteriye tanıdığı davalar da Roma hukukundakiler gibidir. Alıcının elinde iki imkân vardır. İsterse akdin feshini dava eder ki bu, Roma'daki *actio redhibitoria*'dır; isterse malı alıkoyup kıymetinin noksanı karşılığında semenin tenzilini dava eder. Bu dava da Roma'da gördüğümüz *actio Quanti minoris* veya *actio aestimatoria*'dır. Hatta bu davaların ikamesi için Roma'da kabul edilen kısa süreler esasında bugünkü hukukumuza kadar gelmiştir. Ancak Borçlar Kanunumuzun her iki dava için aynı süreyi yani bir senelik müddeti kabul etmiştir. Bu bir senelik müddet Roma'da semenin tenzili davası halinde kabul edilmiştir.

Bugünkü hukukumuzdaki ana prensipler Roma hukukundan geldiği gibi, daha özel hükümlerinde yine aynı kaynaktan geldiğini görüyoruz. Nitekim Borçlar Kanunumuzda akdin feshi halinde geçerli olan esasları tespit eden maddeler de Roma hukukunun hükümlerini nakletmektedir.

Borçlar Kanununun 205 inci maddesine göre akit feshedilince alıcı satıcıya satılan mal ile beraber ondan sağladığı menfaatleri iade etmekle yükümlüdür. Aynı esas *aedilis*'lerin köle satışlarına dair beyannamelerinde mevcuttur. Müşteri satın aldığı köle dolayısıyla iktisap ettiği menfaatleri, semereleri vermekle mükelleftir. Mesela kadın kölenin doğurduğu çocuğu satıcıya vermekle mükelleftir *(D. 21,1,1,1 Ulp.)*. Yine satıcının semenle birlikte faizleri de ödeyeceği esasını da Roma Hukukunda görüyoruz. Bundan başka Borçlar Kanununun 204 üncü maddesine göre satılan malın ayıp veya beklenmedik hadise dolayısıyla zıyaı halinde fesih davasının açılabileceği kabul edilmiştir. Bu hükümler Roma Hukukunda da vardı. Paulus'un verdiği malumata göre *(D. 21, 1, 47, 1)*: "Kölenin ölümünden sonra da aedilis davaları bakidir."

Bununla beraber, unutulmamalıdır ki, Borçlar Kanunumuz, Roma hukukuna nazaran, önemli değişiklikler de ihtiva etmektedir. Bu farklı hükümler, satıcı lehindedir ve müşterinin durumunu güçleştirmektedir. Bir kere kanunumuzun ayıplar hakkında içerdiği genel hükümler hayvan alım satımlarına tatbik edilmemektedir. Borçlar Kanununun 195. ve 199. maddeleri hayvan satışlarında satıcının sorumluluğunu çok sınırlandırmıştır. Bu sorumluluk ancak yazılı teminat ve hile hallerinde geçerlidir.

Borçlar Kanununun 198 maddesinde ifade bulan, alıcının malı muaye-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ne ve ayıbı derhal ihbar mükellefiyetidir. Eğer alıcı bunu ihmal etmişse malı kabul etmiş sayılır. Böylece satıcının mümkün olduğu kadar şüphede, muallâkta kalması önlenmiş oluyor.

Bugünkü hukukumuzda, Roma hukukunun prensipleri, son bahsedilen hükümlerle satıcı lehine hafifletilmiş olmakla beraber, satılan maldaki ayıptan dolayı satıcının sorumluluğunu düzenleyen prensipler yine Roma hukukunun prensipleridir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KAYNAKÇA

BERGER, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953.

BUCKLAND,W.W.: The Main Institutiones of Roman Private Law, Cambridge 1931.

BUCKLAND,W.W.: A Manual of Roman Private Law, Aalen 1981.

DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku, (Çev.UMUR, Ziya), İstanbul 1954.

EDİS, Seyfullah: Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.

ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Eşya Hukuku, İstanbul 1997, (Eşya).

ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, (Borçlar).

ERDOĞMUŞ, Belgin: Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana İn Rem, İstanbul 1984, s.3-4, (Actio Publiciana İn Rem).

FEYZİOĞLU, F. Necmettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1980.

GÖNENÇ, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Şirket Akti, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2004.

HONIG, Rıchard: Roma Hukuku, (çev. TALİP, Şemsettin), İstanbul 1938.

KARADENİZ, Özcan: Roma Eşya Hukuku,Ankara 2000.

KARADENİZ/ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar- Şahsın Hukuku Hakların Korunması, 6.Bası, Ankara 1997.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002.

KOSCHAKER, Paul / **AYİTER**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları, İzmir1993.

RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1997.

RADO, Türkan: "Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti", Hukuk Fakültesi Mecmuası'ndan ayrı bası, İstanbul 1945.

SARAN, Birol: Yayınlanmamış Doktora Tezi, " Roma Hukukunda Alımsatım Akdinde Maldaki Maddi Ayıplardan Dolayı Satıcının Sorumluluğu", İstanbul 1992.

SCHWARZ, A.B.: Roma Hukuku Dersleri (çev: RADO, T.), İstanbul 1965.

TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000.

TAHİROĞLU, Bülent / **ERDOĞMUŞ,** Belgin: Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2003.

TAHİROĞLU, Bülent / **ERDOĞMUŞ,** Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-GenelKavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2005.

TAMER GÜVEN, Diler: Roma Hukukunda Hak Ve Dava İlişkisi, İstanbul Üniversi-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1988.

TUNÇOMAĞ, Kenan,: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, 3.bası, İstanbul 1999.

UMUR, Ziya: Roma Hukuk Lügatı, İstanbul 1983.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, İstanbul 1984.

VENTURA, Mişon: Roma Hukuku, İstanbul 1934.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2003.

YAVUZ, Cevdet: Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989. (Satıcının Sorumluluğu)

ZEVKLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004.

ZIMMERMANN, Reınhard: The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TİCARET ORTAKLIKLARININ BİRLEŞME VE NEV'İ DEĞİŞTİRMELERİNİN FERDİ VE TOPLU İŞ HUKUKU BAKIMINDAN TEMEL SONUÇLARI

*Ar. Gör. Hanife DOĞRUSÖZ**

§ I. GİRİŞ

Türk hukukunda işveren değişikliğine yol açan gerek özel hukuktan gerekse kamu hukukundan kaynaklanan pek çok neden bulunmaktadır. Ticaret ortaklıklarının birleşmesi ve nevi değiştirmesi ise, son yıllarda yaşanan gelişmelerle birlikte, işveren değişikliğine yol açan diğer nedenler arasında daha da önemli bir rol oynamaktadır.

Özellikle 90'lı yıllardan bu yana tüm dünyada yaşanan ekonomik krizler ve rekabetin küreselleşmesi gerek küçük gerekse büyük ölçekli şirketleri, bir başka şirketle birleşmeye zorlamakta ve hatta çok uluslu şirketlerin tercih ettikleri bir hayatta kalma stratejisine dönüşmektedir. Günümüzde ise, "şirket evlikleri" adı ile anılan şirket birleşmeleri, özellikle bankacılık sektöründe ve tüm dünyada hızla yayılan bir akım haline gelmiştir.

Önce ABD'de başlayan şirket evlilikleri, yüzyılın sonuna doğru Fransa, Almanya ve Japonya ile tırmanışa geçmiştir. Dünya çapında yankı uyandıran şirket birleşmelerine örnek olarak, ABD petrol devlerinden Chevron ve Gulf birleşmesi 13 Milyar, MCI World – Sprint birleşmesi ise 115 Milyar Dolarlık bir değer yaratmıştır. 2000 yılında ise, America On Line, Time Warner'ı satın alarak 342 Milyar dolar ile yeni bin yılın en büyük birleşmesini gerçekleştirmiştir.[1]

Ernst & Young'ın "Birleşme ve Satın Alma İşlemleri 2003 Raporu"na göre, Türkiye'de 2003 yılında toplam değeri 1,4 Milyar Dolar olan 79 adet şirket birleşme ve satın alma işlemleri gerçekleştirilmiştir. 2003'teki bu işlem hacminin 831.3 Milyar dolarlık kısmını ise, özelleştirme işlemleri oluşturmaktadır.[2]

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 http://www.ntvmsnbc.com/news/254636.asp?cp1=1 (22.03.2004).

2 http://www.ntvmsnbc.com/news/254636.asp?cp1=1 (22.03.2004).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Şirket birleşmelerinin stratejik büyüme, yeni pazar olanaklarının sağlanması, risk yayma isteği, vergi tasarrufu sağlama, pazardaki rekabet ortamını şirket lehine değiştirme ... vs. gibi pek çok amacı olmakla birlikte, şirket birleşmelerindeki esas neden, işletmelerin farklı parçalarının bir araya gelmesi ile ortaya çıkacak sinerjiden yararlanmak istemeleridir.[3] Şirket birleşmeleri ve devralmaları ise uzun bir süreç gerektiren ve zorlu görüşmelerin sonucunda gerçekleşmektedir.[4]

Şirket birleşmelerini takiben pek çok hukuki sorun[5] ortaya çıkmakla birlikte, iş hukuku açısından mevcut iş sözleşmelerinin devam edip etmeyeceği, kıdem tazminatlarının nasıl hesaplanacağı ve kollektif iş hukuku bakımından doğuracağı belirsizlikler en önemli sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Hukukunda işyerinin veya bir bölümünün devrinin mevcut iş sözleşmelerine etkisi ve hukuki sonuçlarına ilişkin bir düzenleme 1475 Sayılı İş K.'da bulunmamaktaydı. 4857 Sayılı İş K.'nun m.6 hükmü işyerinin veya bir bölümünün devri durumunu açıkça düzenleyerek uygulamada ortaya çıkan sorunları gidermiş bulunmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle, uygulamada birbirine sıklıkla karıştırılan iki kavram: "işletme" ve "işyeri" kavramları üzerinde durulacaktır. Bu iki kavram arasındaki ilişki ve farklılıklar kısaca ele alınacaktır.

Daha sonra, Ticaret Hukuku anlamında şirket birleşme ve nevi değiştirme kavramları, kısaca açıklanacaktır. Çalışmamızın temel noktasını teşkil eden, şirket birleşme ve nevi değiştirmelerinin iş hukukundaki temel hükümleri bir sonraki bölümde incelenecektir. Bu bağlamda, birleşme ve nev'i değiştirmenin mevcut iş sözleşmeleri,yıllık ücretli izin alacakları, kıdem tazminatı, toplu iş sözleşmeleri ve sigorta primleri üzerindeki etkileri incelenecektir. İncelememizde aynı zamanda, AB'nin konuya yaklaşımına ilişkin olarak, 2001/23 sayılı AB Direktifi ile Türk hukuku karşılaştırmalı olarak ele alınmaya çalışılacaktır.

---

3 http://www.insankaynaklari.com/cn/ContentBody.asp?BodyID=2305 (22.03.2004); Şirket birleşmelerinin iktisadi açıdan diğer sebepleri hakkında daha fazla ayrıntı için bkz. ***Sarıkamış C.***, s.8-25.

4 Genelde birleşmenin şu bölümlerden oluştuğu görülmektedir: Birleşme ve devralma stratejisinin geliştirilmesi, birleşme ve devralma sonucunda umulan amaçların tanımlanması ve seçilmesi, temel sorunların belirlenmesi, birleşme ve devralma faaliyetinin yapılanması, şirket değerlemesi işlemlerinin başlatılması, işlem müzakerelerinin başlatılması, özellikle birleşme maliyetini de içine alan finansal sorunların tartışılması, muhtemel risklerin belirlenmesi, işlemin sonuçlandırılması ve birleşmenin projelendirilmesi ve uygulanması. Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. ***Rezaee Z.***, s. 93.

5 Birleşmeyi gerçekleştirecek şirketlerin, görüşmeler aşamasında ortaya çıkabilecek olası sorunları önlemeleri bakımından birleşmeyi gerçekleştirecek şirketlerin işçilerini, ortaklarını ve medyayı ikna etmek amacıyla görüşmeler yapması tavsiye edilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. ***Johnson H.***, s. 29.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

§ II. TERMİNOLOJİ SORUNU

1. Genel Olarak

İşçilerin iş güvencelerini riske sokan en önemli işlemlerden biri de işyerlerinin veya işletmelerin bir başka işverene devir, nakil, özelleştirme,birleşme, nevi değiştirme gibi usullerle bir başka işverene devredilmesidir. Bu nedenle işçilerin iş güvencelerini hukuki himaye altına alabilmek amacıyla işyerlerinin ve işletmelerin devri veya birleşmelerinin hukuki niteliğinin ve sonuçlarının benzer hukuki işlemlerden ayırt edilebilmesi ve işyeri ve işletme kavramlarının içeriğinin iyi saptanması gerekmektedir.[6] İşletme ve işyeri kavramları ise çoğu zaman birbiriyle karıştırılan kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

İş Hukuku bakımından, işletme kavramı çok kullanılmayan bir kavramdır. Yabancı hukuk sistemlerinde, bazen işletme bazen işyeri bazen de her iki kavramın bir arada kullanıldığını görmekteyiz. Örneğin, İsviçre ve Belçika hukuklarında "enterprise" terimi, Alman hukukunda "Betrieb" 2001/23 sayılı AB Yönergesinde[7] ise, "undertaking" teriminin kullanıldığını görmekteyiz.[8]

Türk hukukunda ise, BK. m.179 ve 180'de sırasıyla "işletmenin devrolunması" ve "işletmenin birleşmesi" deyimleri kullanılmaktadır. İş K. m.6'da ise, "işyerinin devri" tabiri tercih edilmektedir. Bu bağlamda, işletme ve işyeri kavramlar üzerinde kısaca durulacaktır.

2. İşletme

Dar ve teknik anlamda yani ticaret hukuku anlamında işletme; bir girişimci tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız bir şekilde bir araya gelmesi olarak tanımlanmaktadır[9]. Bu bağlamda, işletmenin temel unsurları gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık, bağımsızlık,esnaf faaliyeti sınırlarını aşma ve organizasyon olarak belirlenebilir.[10]

İş hukukunda işletme ise şu şekilde tanımlanabilir: "İşletme, iktisadi veya ideal bir amacın gerçekleşmesi için aynı işverene ait bir ya da birkaç organize bir şekilde birleşmiş işyerlerinin bağlı olduğu örgütlendirilmiş bir bütündür".[11]

---

6 ***Aydınlı İ.,*** s.110

7 www.europa.eu.int/celex/htm/celex-en.htm (13.03.2004).

8 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.60.

9 ***Arkan S.,*** s. 18; ***Poroy R. / Yasaman H.,*** s.25; ***Karayalçın Y.,*** s.151.

10 ***Arkan S.,*** s. 19 ve 20; ***Aslan Y. / Şengöz D. / Ergün M.,*** s.4, 5 ve 6; ***Poroy R. / Yasaman H.***, s.34 ve 35; ***Karayalçın Y.,*** s.158, 159 ve 160; ***Erem T.,*** s.50.

11 ***Esener T.,*** s.87; ***Çelik N. (İş Hukuku),*** s.60 ve 61.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu bağlamada iş hukukunda işletmenin unsurları şu şekilde sıralanabilir[12]:

a. Ücretle çalışan personel / Emek: İşletmede öncelikle iş sözleşmesine göre işe alınmış ve iş mevzuatına tabi işçiler bulunmalıdır[13]. Ticaret hukukunda ekonomik yarar sağlamak amacıyla ticari ve sınai faaliyetin başlaması ile işletme kurulduğu halde, iş hukukunda amaç işçilerin korunması olduğuna göre işçilerin çalışmaya başlaması ile işletme önem kazanır.

b. İşletme şefi / İşveren: İşletmenin mevcut olabilmesi için idare yetki ve sorumlulukları ile donatılmış bir üst organın bulunması şarttır. Bu işletmeci ya bizzat işveren veya iş sözleşmesi ilişkilerine dayanarak işi ve işletmeyi idare eden işveren vekilidir.[14]

c. İşletmenin konusu olan belirli bir faaliyet: İşletmenin konusu çoğunlukla ekonomik bir faaliyettir. Ticaret hukuku anlamında, işletmenin mevcut olabilmesi için faaliyetin devamlılığı şarttır. Sürekliliğin iş hukuku bakımından önemi, işçilere iş ilişkilerinin devamlığının sağlanmasıdır. Bu bakımdan işletmenin devrinde, ortaklıların birleşme ya da nevi değiştirme hallerinde iş sözleşmeleri yeni malike kendiliğinden devrolunur. Ticaret hukukunda iktisadi yarar sağlamak amacıyla yapılan faaliyetin bağımsız olarak yapılması gerekmektedir. Bağımsız olmayan bir örgüt işletme değil, işyeri sayılır. İş hukuku bakımından yapılan faaliyetin kar sağlama amacı taşıması önemli değildir.[15]

d. Organizasyon: Bir işletmenin varlığı için, emek unsuru yanında diğer maddi olan ve olmayan araçlarında bir araya getirilip belli bir amaca yönelik olarak teşkilatlanmış olması gerekir.[16]

3. İşletme – İşyeri İlişkisi

İşyeri, 4857 Sayılı İş K. m. 2 / I'de kanun koyucu, işyerini "işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim" olarak tanımlamaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında "işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı olan yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi sair eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır" şeklinde düzenleme getirerek işyerinin kapsamını genişletmektedir.[17] Ayrıca, AB'ne üye ülkelerde izlenen kavramsal ge-

---

12 ***Esener T.,*** s.84, 85 ve 86.

13 ***Aydınlı İ.,*** s.66.

14 ***Aydınlı İ.,*** s.67.

15 ***Aydınlı İ.,*** s.68.

16 ***Aydınlı İ.,*** s.67

17 ***Aydınlı İ.,*** s.40; ***Çelik N. (İş Hukuku),*** s.51.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lişmeler dikkate alınarak, bu tanıma, "işyeri, işyerine bağlı yerle, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü eklenmiştir.[18] (İş K. m.2 / III) Öğretide, genelde işyeri kanuni tanımda gözönüne alınarak, "işveren tarafından belli bir amacın gerçekleşmesi için, işçilerin çalıştığı yerlerle işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerler, o işyerinin eklentileri ve araçlarını da içine alan bir bütündür" diye tanımlanmaktadır.[19]

Bu bağlamda, işyerinin üç temel unsurdan oluştuğu söylenebilir:

a. Maddi ve Manevi Araçlar: Maddi araçlar eşyalar, personel, makineler...; manevi araçlar ise talep hakları, marka ve patent hakları... olarak sıralanabilir.[20]

b. Organizasyon: Maddi ve manevi araçların biraraya getirilmesi için aynı amaca yönelmiş az çok devamlı bir faaliyetin yürütülmesi için bir örgütlenme olmalıdır.[21]

c. Teknik Amaç: Belirli bir şekilde örgütlenen işyerinin belirli bir amaca ulaşmak için, güdülen en yakın gayesi o işyerinin teknik (üretime yönelik) bir amacı olmalıdır. Buradaki gaye, kar elde etmenin üzerindedir.[22] Özellikle, bu nokta işyerinin, kar sağlama amacı güden işletmeden ayrılmasına neden olmaktadır. İş hukukunda işletmenin kar sağlama amacı her zaman şart değildir. Örneğin bir sendika ya da dernek işçi çalıştırıyorsa, bunun iş hukuku bakımından işletme sayılması mümkündür.[23]

Bu bağlamda, işyeri ve işletme kavramları bakımından şu sonuca ulaşmak mümkündür: işletme, işyeri kavramından çok daha geniş ve iktisadi; işyeri ise dar ve teknik bir kavramdır. İşletme bir tek işyerinden oluşabileceği gibi, birden çok işyerini de kapsayabilir.[24] İşletme eğer tek bir işyerinden oluşmakta ise, her iki kavram çakışmaktadır. Ancak, işletme içinde birden fazla işyeri de olabilir. Bu durumda, işletme içindeki işyerlerinin hepsi, tek bir hukuki ve ekonomik merkeze bağlanabiliyorsa, tek bir işletmeden bahsedilir.[25] Örneğin, bir işverenin tek bir fabrikasının olması halinde, fab-

---

18 Özellikle bu son fıkra gereğince, işyerinin sınırlarının genişletildiği, bunun da, toplu iş sözleşmesinin yetkisi bakımından prosedüründe sendikalara bazı zorluklar çıkarabileceği görüşü için, bkz. ***Eyrenci Ö. (Yeni Düzenlemeler),*** s.20.

19 ***Aydınlı İ.,*** s.41.

20 ***Aydınlı İ.,*** s.9; ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.80.

21 ***Aydınlı İ.,*** s.9; ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.80.

22 ***Aydınlı İ.,*** s.10; ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.80.

23 ***Narmanlıoğlu Ü. (Ferdi İş İlişkileri),*** s.123.

24 ***Narmanlıoğlu Ü. (Ferdi İş İlişkileri),*** s.122; ***Centel T.,*** s.74.

25 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.66; ***Centel T.,*** s.74.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rika hem işyeri hem de işletme durumundadır. Bir banka ise tek başına işletmeyi, şubeleri de bankanın işyerlerini oluşturmaktadır.[26]

§ III. İŞLETMENİN EL DEĞİŞTİRME ŞEKİLLERİ / İŞVEREN DEĞİŞİKLİĞİNE YOL AÇAN NEDENLER

1. Özel Hukuk Bakımından

A. Borçlar Kanunu

Borçlar Kanunu bakımından, işveren değişikliğine yol açan en önemli sebeplerin başında, BK. m.179'da düzenlenmekte olan, bir mamelekin veya işletmenin devri[27] durumudur. Bu durumda kişi, mamelekinin veya işletmenin tamamını bir bütün olarak, alacak ve borçları ile birlikte devretmektedir.[28] İşletmenin bir bütün olarak veya kısmen devri halinde, işletmenin borçları da yeni devralana geçmektedir. Bu durumda devreden, devralanla birlikte iki yıl süre ile işletmenin borçlarından müteselsilen sorumlu olacaktır. BK. m.179'da borcun naklinin geçerliliği için gerekli olan alacaklının onayı aranmamakta ve alacaklının onay veya reddi, devir için önem göstermemektedir.[29]

BK. m.179'un uygulanabilmesi için gerekli ilk koşul, işyerinin aktif ve pasifleriyle devri borcunu doğurmak amacını taşıyan bir devir sözleşmesinin bulunmasıdır. Türk Hukukunda işyerinin devri bir cüz'i intikal olayı olarak düzenlendiğinden, aktiflerin devralana geçebilmesi için, ayrıca her aktif öğenin niteliğine uygun tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.[30]

BK. m.179 anlamında işletmenin devri halinde, eski işveren işverenlik sıfatını yitirir ve devralan işverenlik sıfatını kazanır.[31] BK. m.179 hükmü

---

26 ***Çelik N. (İş Hukuku),*** s.60.

27 BK. m.179'de yer alan "işletme" kavramına ticari işletmeler dışında esnaf işletmelerinin de dahil olup olmayacağı tartışmalıdır. Ancak, hakim görüş, maddeye sadece ticari işletmelerin dahil edilmesi yönündedir. Bu konudaki tartışmalar hakkında daha fazla bilgi için, bkz. ***Acemoğlu K.,*** s.16.

28 ***Acemoğlu K.,*** s.25; Yargıtay 01.10.1991 tarih, 1991/9554E., 1991/12803K. sayılı kararında, işyerinin devrinde işyerini devralan işverenin, devir sonrasında işveren sıfatını kazanmaması ve özellikle işyerinin tüm hak ve vecibeleri ile devralınmaması halinde ortada bir işyerinin devri halinin bulunmadığını belirtmektedir, Karar için bkz. ***Kamu-İş (Çalışma Hayatı ile Yargıtay Kararları),*** s.77 ve 78.

29 Bu bakımdan borçların devralana geçmesi için, devrin, alacaklılara bildirilmiş olması veya ilanın yapılmış olması yeterlidir. İşletmenin bu etkisinden dolayı ***Acemoğlu*** maddenin borçların geçişi bakımından bir tür külli halefiyet olduğunu, cüz'i halefiyetin sadece aktiflerin geçişi için geçerli olduğunu belirtmektedir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. ***Poroy R. / Yasaman H.,*** s.42 ve ***Acemoğlu K.,*** s.132.

30 ***Acemoğlu K.,*** s.73; ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.26.

31 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.26

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

çalışmamız bakımından şu anlamda önem arz etmektedir. 1475 sayılı İş K. işyerinin devri konusunda bir düzenleme getirmemekteydi. Ancak, uygulama, sorunu öğretideki görüşlere ve BK. m.179 uygulamasına[32] paralel olarak çözümlemiş bulunmaktaydı.[33] Ancak 4857 Sayılı İş K.'nun 6. maddesinde işyerinin tamamının ya da bir kısmının devri hali düzenlenerek sorun giderilmiştir.

BK. m.180 ise, bir işletmenin diğeriyle birleşmesi durumunu düzenlemektedir. Bu madde hükmü, TTK. anlamında birleşme sayılmayan ve kanundaki şartlara uymayan birleşmelere tatbik edilir.[34] Ancak, TTK'nda ticaret şirketlerine ilişkin özel hükümler içermesi, nedeniyle maddenin pratik değerini azalmıştır.[35]

Bu düzenlemeler dışında işyerinin bağışlama, trampa, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin edimi olarak BK. 179 uyarınca devredilmesi de olanaklıdır.[36]

2. Türk Ticaret Kanunu

TTK bakımından işveren değişikliğine neden olan temel sebeplerden biri de ticaret ortaklıklarının birleşmesi ve nev'i değiştirmesidir. Bu iki durumda, kural olarak külli halefiyet esasına göre, bir işveren değişikliği gerçekleşmektedir.[37] Çalışmamızda daha sonraki bölümlerde konu ayrıntıları ile inceleneceğinden, bu noktada ayrıntıya girmemeyi uygun bulmaktayız.

2. Kamu Hukuku Bakımından

Kamu Hukuku bakımından, işveren değişiklikleri bazen yasama bazen yürütme organının bir tasarrufu, bazen de yargı organının bir kararı ile ortaya çıkabilir. Kısaca bu sebeplere değinecek olursak, yasama organı tarafından çıkarılan bir kanuna dayanılarak işyerinin kamulaşması hali bir işveren değişikliği sebebidir. Bunun gibi, işyerine idare tarafından el konulması, örneğin imtiyaz sözleşmesinin imtiyazı vermiş idare tarafından tek taraflı olarak kaldırılması ya da başka birine verilmesi, işyerinin cebri icra

---

32 Esasen BK.m.179 bir cüz'i intikal hali olduğundan, iş sözleşmelerinin tüm alacak ve borçlarıyla yeni işverene devrini kendiliğinden gerçekleştirmemektedir. Bu durum ise İş hukukunun genel ilkeleri, iş ilişkisinin sürekliliği ilkesine aykırılık oluşturmaktaydı. Yargıtay önce sorunu BK.m.179 anlamında ele almış (Örn. Yarg. 9.H.D., 22.11.1977 tarih, 16314/17851) fakat sonra devir halinde iş sözleşmelerinin kendiliğinden devam edeceğini isabetli olarak hükme bağlamıştır. (Örn. Yarg. 9. H.D. 02.02.1990 tarih, 11580/955).

33 ***Çelik O.,*** s.55; ***Tunçomağ K. (Genel Kavramlar),*** s.121-122; ***Çenberci M.,*** s.130; ***Süzek,*** s.187.

34 ***Poroy R. / Yasaman H.,*** s.43.

35 ***Zeytinoğlu E.,*** s.175

36 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.28.

37 ***Şahlanan F.,*** s.15.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yoluyla el değiştirmesi ve işverenin iflası durumları kamu hukukundan kaynaklanan işveren değişikliği sebepleri olarak özetlenebilir.[38] Nitekim İş Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrasında, tacirin iflası dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucunda işyerinin veya bir bölümünün başkasına devredilmesi durumunda, madde hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmektedir.

§ IV. TİCARET ORTAKLIKLARININ BİRLEŞMESİ VE NEVİ DEĞİŞTİRMESİ

1. Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi

A. Birleşme Kavramı

Birleşme kavramıyla ilgili doktrinde pek çok tanıma rastlamak mümkündür. Bu tanımlardan birine göre birleşme, bir yada daha fazla şirketin, ortak malvarlıklarının bir araya gelmesi sonucunda devralınacak şirkete belli bir meblağın ödenmesi ya da şirketlerin yeni bir ad altında bütünleşmesi anlamına gelmektedir[39]. Birleşme sonucunda, devredilen şirketin tüm malvarlığı ve sorumlulukları devralan şirkete geçer[40].

TTK.'da ise, birleşme iki temel hükümde düzenlenmektedir. TTK. m.146'da birleşmeye yönelik genel bir düzenleme, TTK. m.451 vd.'da ise, anonim şirketlerin birleşmeleri düzenlenmektedir[41]. TTK. m. 146 / I hükmü, "Şirketlerin Birleşmesi" başlığı altında birleşme kavramına ilişkin ayrıntılı bir tanım getirmemekle birlikte, birleşmenin türlerini belirlemektedir. Söz konusu madde metni şu şekildedir: "Birleşme, iki ya da daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir."

Türk doktrininde de birleşme kavramına ilişkin pek çok tanım bulunmaktadır. TEKİNALP'e göre birleşme şu şekilde tanımlanmaktadır; "teknik – hukuki anlamda birleşme bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah

---

38 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.31-35.

39 ***Johnson H.,*** s. 19.

40 ***Gaughan P.,*** s.7.

41 Bu hükümlerin dışında bir anonim şirketin, paylı komandit şirket tarafından devralınmasına ilişkin, m.453,; devletleştirilmesine yönelik m.454 hükümleri de bulunmaktadır. Diğer kanunlarda da birleşmeye ilişkin hükümler bulunmaktadır. Örneğin halka açık anonim ortaklıkların birleşmesinde SPK'nın I/13 sayılı tebliği, bankaların birleşmesinde de Bankaların Birleşme ve Devirleri Hakkında Yönetmelik (27.06.2001 tarih ve 24445 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır) Bu konular hakkında daha fazla bilgi için bkz., ***Tekinalp Ü., (Poroy R./ Çamoğlu E.)*** s.112.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan değiş - tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır.[42]"

TÜRK'e göre ise birleşme şu şekilde tanımlanmaktadır; "iki ya da daha çok ticaret ortaklığının tüzel kişiliklerini sona erdirip aktif ve pasiflerini birleştirerek yeni bir ticaret ortaklığı meydana getirmesi veyahut bir veya daha çok ticaret ortaklığının aktif ve pasiflerini başka bir ticaret ortaklığının aktif ve pasifleriyle birleştirerek o ortaklığa katılmasıdır.[43]"

Söz konusu tanımlardan da açıkça anlaşıldığı üzere, birleşme kavramının esas unsuru, malvarlıklarının birleşmesidir. Ancak diğer bir önemli unsur da, birleşme sonucunda infisah eden ortaklığın pay sahiplerinin, birleşme ile devralan ya da yeni kurulan ortakta pay sahibi olmalarıdır. Bu nokta, birleşme kavramını özellikle BK. m.179 anlamında işletmenin yada malvarlığının devri kavramlarından ayırmaktadır. Kısmi bir devralma halinde de birleşme yoktur. Hukuki varlıklarını koruyarak bir araya gelen ortaklılar arasında da birleşmeden söz edilemez. Oy anlaşmaları, yönetimin devri, konsorsiyumlar da malvarlığının birleşmesi olduğu halde birleşme kavramının dışındadır.[44]

B. Birleşme Kavramının Unsurları ve Esasları

a. Malvarlıklarının Birleşmesi

Ticaret ortaklıkları arasında birleşmenin varlığından söz edilebilmesi için, bu ticaret ortaklıklarının malvarlıklarının birleştirilmiş olması gerekmektedir.[45] Bir teşebbüsün malvarlığı, para ile ifade edilebilen aktif ve pasifinin tümüdür.[46] Malvarlıklarının birleşmesi, birleşmenin farklı türlerine göre farklı sonuçlar doğurmaktadır.

Malvarlıklarının birleşmesi, bazen birleşmeye katılan tüm ticaret ortaklıklarının infisahları sonucunu doğurur *(Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme)*. Bazen de bünyesinde birleşilen ortaklık varlığını sürdürür, sadece onun bünyesi içine girenler infisah ederler *(Devralma Yoluyla Birleşme)* Malvarlıkları birleşirken, katılan ortaklığın malvarlığı kendiliğinden, bir bütün olarak ve külli halefiyet yolu ile devralan ortaklığa geçer.[47] TTK. m.151'e göre, birleşmeye itiraz süresi içinde itiraz yapılmamışsa, birleşme muamelesi

---

42 ***Tekinalp Ü., (Poroy R./ Çamoğlu E.)*** s. 108; bkz. ve krş. ***Türk H.S. (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi),*** s., 37; ***Yasaman H.,*** s.5.

43 ***Türk H.S. (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi),*** s.24.

44 ***Yasaman H.,*** s.5.

45 ***Tekinalp Ü., (Poroy R./ Çamoğlu E.),*** s. 108.

46 ***Yılmaz,*** s.147; ***Acemoğlu*** ise şu tanımı vermektedir: "malvarlığı, bir hukuk sujesinin sahip bulunduğu iktisadi gücün tamamını ifade eder.", s.9.

47 ***Tekinalp Ü., (Poroy R./ Çamoğlu E.),*** s. 108 ve 109; ***Erdem E.,*** s.43; ***Pulaşlı H.,*** s.84.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kesinleşir ve devralan ya da yeni kurulan şirket, ortadan kalkan şirketlerin yerine geçer.[48]

İşletmenin devrini düzenleyen BK. m.179 hükmü sadece malvarlıkları devredilmesini düzenlemektedir. Buna karşılık, ticaret ortaklıklarının birleşmesinde, malvarlıkları birleştiği gibi, devreden ve devralan ortaklıklar, yeni kuruluş yoluyla birleşmedi birleşmeye katılan tüm ortaklıklar bir bütün olarak birleşirler.[49]

b. Üyeliğin / Pay Sahipliğinin Devamlılığı İlkesi

Katılan ortaklığın ortakları, malvarlığının karşılığı olarak, devralan ortaklıkta, hesaplama sonunda belirlenen bir değiş – tokuş ölçüsüne göre kendiğinden (*ipso iure)* ortaklık payı kazanarak, kabul eden ortaklığın ortağı olurlar; böylelikle ortaklıkları sona ermeyip, kabul eden veya yeni kurulan ortaklıkta sürer. Buna "*üyeliğin (ortaklığın) devam etme*" ilkesi denir.[50]

Ancak TTK. m.454'te bu ilkenin istisnası öngörülmektedir. Söz konusu maddeye göre, bir anonim ortaklığın malvarlığı, tasfiye yapılmaksızın, devlet, vilayet, belediye gibi bir kamu tüzel kişisi tarafından devir alınacak olursa, infisah eden anonim ortaklığın paysahipleri, devrolunan malvarlığı karşısında para veya diğer değerleri alırlar, fakat üyelikleri devam etmez.

c. Birleşme Bilançosu

TTK. m. 149, birleşen ortaklıkların, bilançolarını tespit ettikleri örneğe göre çıkarmaları gerekliliğini düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, birleşecek olan ortaklıklar birleşmeye esas teşkil edecek bir bilanço çıkarırlar. Buna "birleşme bilançosu" denir. Birleşme bilançosunun tarihi aynı zamanda birleşme tarihidir. Dolayısıyla birleşme, birleşme bilançosunun tarihi itibarıyla gerçekleşir. Uygulamada, birleşme bilançosu mahkemeye başvurulduğu tarihten önceki aysonu itibarıyla çıkarılmaktadır.[51] Buna göre birleşen şirketlerin her biri, kendi aralarında tespit ettikleri bir örneğe göre düzenledikleri bilançolarını ilan etmeye mecburdur. Birleşme sebebiyle varlıkları sona eren şirketler ayrıca kendilerine ait borçların ne şekilde ödeneceğine tanzim edecekleri beyannameyi bilanço ile birlikte ilan etmelidir.[52]

C. Birleşmede Aranan Şartlar

a. Birleşen Ortaklıkların Nevilerinin Aynı Olması

TTK. m.147'ye göre birleşme ancak aynı neviden olan şirketler arasında gerçekleşebilmektedir. TTK'nun birleşme yeterlilikleri bakımından, içle-

---

48 ***Yılmaz Y.,*** s.147.

49 ***Yasaman H.,*** s.12.

50 ***Tekinalp Ü., (Poroy R./ Çamoğlu E.)*** s. 109; ***Yılmaz L.,*** s.148; ***Erdem E.,*** s.44.

51 ***Tekinalp Ü., (Poroy R./ Çamoğlu E.)*** s. 110.

52 ***Domaniç H.,*** s.1167.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rinden bazılarını "aynı neviden" saymasından dolayı ticaret şirketlerini şu dört grupta toplamak mümkündür:

a. Kollektif ve Adi Komandit Şirketler
b. Anonim ve Paylı Komandit Şirketler
c. Limited Şirketler
d. Kooperatifler

Her şirketin birleşme yeterliliği, içinde bulunduğu grup ile sınırlıdır. Birleşecek şirketler eşlerini kendi kümelerinden seçmek zorundadırlar.[53] Buna göre, bir anonim ortaklık ile limited ortaklık veya kollektif ortaklıkla birleşemez.[54] Ayrıca aynı türde iki şirketin (anonim şirket ile anonim şirketin; limited şirket ile limited şirket gibi) birleşmelerinde bir sakınca yoktur.[55] Birleşen ortaklıların aynı neviden olması gerektiği şartı, ticaret ortaklarının nevi değiştirmelerini düzenleyen TTK.m.147'de aranmamaktadır. Her iki kurumda da, tasfiyesiz infisah ve külli halefiyetin geçerli olduğu düşünüldüğünde, TTK.147 hükmünün, birleşmenin uygulama alanını daraltığı söylenebilir.[56]

b. En Az İki Ticaret Ortaklığının Varlığı

Birleşme kavramını tanımlayan TTK m.146'da açıkça belirtildiği üzere, birleşme en az iki ticaret ortaklığı arasında gerçekleşebilir. Birleşme sonucunda da, bu ortaklıklarda en az birisinin infisah etmesi şarttır.[57] Birleşmeye katılacak ortaklıkların için bir tavan sayı belirlememiştir. Ancak çok fazla ortaklığın birleşmesi uygulamada güçlüklere neden olabilmektedir.

c. Birleşme Kararının Alınması

TTK m.148 uyarınca "Birleşme için ilgili şirketlerin, mukavelelerinin değişmesi hakkındaki usul ve şartlar dairesinde, ayrı ayrı karar vermeleri ve bu kararın tescil ve ilan olunması gerekir." Buna göre, karar koşulunun temel ilkesi birleşme kararının tescil ve ilan olunmasıdır. Bu hükmün esas amacı ortakların menfaatlerini korumaktır.[58]

TTK. m.452 / 2'e göre birleşme sözleşmesinin birleşen şirketlerin herbirinin genel kurulu tarafından tasdik olunması gerekmektedir. Anonim ortaklıkların birleşmeleri halinde, devralan anonim ortaklıkların onay kararının tescili ve ilanı ile devralınan şirketin malvarlığı külli halefiyet ilkesi

---

53 ***Türk H.S., (Ticaret Ortaklıklarında Nevilerin Aynı Olması Koşulu),*** s.275; ***Çelik O. (Şirket Değerlemesi),*** s.130; ***Domaniç H.,*** s.1165.

54 ***Yasaman H.,*** s.33; ***Tür H.S.k,*** s.43; ***Çevik O.N.,,*** s.209.

55 ***Erdem E.,*** s.43.

56 ***Yasaman H.,*** s.33.

57 ***Yasaman H.,*** s.34; ***Türk H.S., (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi),*** s.45.

58 ***Çelik O. (Şirket Değerlemesi),*** s.131; ***Domaniç H.,*** s.1166.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

uyarınca devralan veya yeni kurulan şirkete geçer. Geçiş anı, tescil anıdır.[59] Anonim ortaklıkların dışındaki ticaret şirketlerinde yetkili organının birleşmeyi kabul kararının tescili hukuki bir etkiye sahip değildir. Sadece tescilin ilanı birleşmenin hüküm iade edebilmesi için gerekli olan üç aylık sürenin başlangıcının belirlenmesi rolünü oynamaktadır.[60] (TTK. m.150 ve 151)

D. Birleşme Türleri[61]

a. Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme

Yeni kuruluş yoluyla birleşmede, birden çok ticaret ortaklığı, birleşerek yeni bir ticaret ortaklığı oluşturur. Birleşen ortaklıklar infisah eder ancak tasfiye edilmezler; malvarlıkları bir bütün halinde, yeni kurulan ortaklığa devredilir.[62]

Bazı yazarlar, bu tür birleşmelerin esasında bir "konsolidasyon" olarak adlandırılması gerektiğini ve birleşmeden farklı bir durum olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, konsolidasyonda, birleşen şirketler artık varlıklarını sürdürmez ve pay sahipleri artık yeni kurulan şirkettin pay sahipleri haline gelir ve etkileri birleşmeye nazaran daha geniştir. Konsolidasyona örnek olarak, birer bilgisayar şirketi olan Burroughs ve Sperry şirketlerinin UNISYS adı altında 1986 tarihinde birleşmeleri gösterilebilir.[63]

b. Devralma Yoluyla Birleşme

Birleşmenin bir türü olan devralmada genelde büyük olan şirket diğer bir küçük şirketi devralmakta ve her iki şirket tek bir tüzel kişilik içinde birleşmektedir[64]. Devralma yoluyla birleşmede, devir alan ve devir edilen ortaklık olmak üzere iki ortaklık bulunmaktadır. Devir alan ortaklık (katılınan ortaklık) bünyesinde birleşmenin gerçekleşeceği ortaklıktır. Devir edilen ortaklık ise, katılan olan ortaklıktır. Devir alan ortaklık varlığını sürdürür, iltihak eden ortak ya da ortaklıklar ise malvarlıklarını bir bütün halinde devrederek, devir alan ortaklığın bünyesine girerler ve devir işlemi tamamlandığında tüzel kişiliklerini yitirirler. Devir eden ortaklıklar infisah ederler ancak tasfiye olmazlar.[65]

---

59 ***Çelik O. (Şirket Değerlemesi),*** s.132; ***Tekinalp Ü., (Poroy R./ Çamoğlu E.),*** s. 120.

60 ***Çelik O. (Şirket Değerlemesi),*** s.132; ***Tekinalp Ü., (Poroy R.,/ Çamoğlu E.),*** s. 120.

61 Bu ayırım TTK göz önünde bulundurularak yapılmaktadır. Bunun dışında, birleşme Rekabet Hukuku anlamında genelde üç bölümde, yatay (horizontal), dikey (vertical) ve topluluk / karma birleşmeler (conglomerate) olarak incelenmektedir. Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. ***Gaughan P.,*** s.7.

62 ***Tekinalp Ü., (Poroy R./ Çamoğlu E.),*** s. 113; ***Türk H.S., (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi),*** s.23; ***Pulaşlı H.,*** s.87.

63 ***Gaughan P.,*** s. 7.

64 ***Johnson H.,*** s.45.

65 ***Tekinalp, (Poroy,/ Çamoğlu),*** s. 113; ***Türk H.S., (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi),*** s.22; ***Pulaşlı,*** s.87.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

E. Birleşmenin Hükümleri

a. Tasfiyesiz İnfisah

Şirketler Hukukuna göre, dağılan bir şirket kural olarak tasfiye durumuna girer. Ama ticaret şirketlerinin birleşmesinde, birleşme faaliyeti en az bir şirketin "dağılmasıyla" sonuçlandığı halde tasfiye söz konusu olmaz. Tasfiye şirketin kesin olarak hukuki varlığını sona erdirmek için yapılan işlemleri içermesine rağmen birleşmede, şirketler kendi varlıklarını ortadan kaldırmak istemezler, faaliyetlerini birleşen ya da yeni kurulan şirketle birlikte sürdürmek durumundadırlar.[66] Birleşmede tasfiyenin bulunmaması, arzu ettikleri ekonomik devamlılıklarını devam ettirebilmenin tek koşuludur.[67]

b. Külli Halefiyet

TTK m.151 / I'de, ticari işletmelerde dağılan ve fakat tasfiye edilmeyen malvarlıkları veya işletmeler, külli halefiyet ilkesi uyarınca aktif ve pasifleriyle ekonomik ve hukuksal bir bütün olarak devralan veya yeni kurulan şirkete geçer. Geçiş tek bir işlemle gerçekleşir. Bunun için birleşen anonim şirket ve paylı komandit şirketle ile kooperatiflerde devreden şirketin dağılmasının, yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede ise birleşen şirketlerin başka yeni şirketin ticaret siciline tescili gerekir.[68] (TTK. m.148, 451/c.1, b.7, m. 452/I, II,3) Böylelikle birleşmede iş sözleşmeleri, bayilik sözleşmeleri gibi tüm sözleşmeler, gayrimenkuller ve müşteri çevresi devralan ya da yeni kurulan ortaklığa geçmektedir.[69]

Birleşmede, dağılan şirketlerin yerine külli halefiyet yoluyla devralan veya yeni kurulan şirketin geçmesiyle alacaklıların onayını almaya gerek kalmaksızın kendiliğinden gerçekleşen bir borçlu değişmesini de birlikte getirmektedir.(TTK.m.151) Alacaklılar yararına alınacak tedbirler, onların durumunun tasfiye yapılmaması nedeniyle kötüleşmesini önleyici ya da onları borçlu değişmesinin olumsuz sonuçlarına karşı koruyucu nitelikte olmalıdır. TTK bu konuda kollektif, komandit ve limited şirketlerin birleşmelerinde, birleşen şirketlerin alacaklılarına birleşmeye itiraz hakkı tanımasına karşın (TTK. m.150, m.146/II); anonim ve paylı komandit şirketlerle kooperatiflerin birleşmelerinde uygulanan, dağılan şirket malvarlıklarının bu şirketin alacaklıları yararına belirli bir süre ayrı yönetilmesini zorunlu kılarak (TTK.m.451, m.452/I, m.453/II; KK. m.84), alacaklıları koruma yoluna gitmiştir.[70]

---

66 ***Türk H.S., (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi),*** s.133 ve 134; ***Yasaman H.,*** s.20; ***Çelik O. (Şirket Değerlemesi),*** s.134; ***Çevik O.N.***, s.208; ***Erdem E.***, s.44; ***Bahtiyar M.,*** s.6.

67 ***Yasaman H.,*** s.20.

68 ***Türk H.S., (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi),*** s.149; ***Çelik O. (Şirket Değerlemesi),*** s.134; ***Bahtiyar M.,*** s.6; ***Domaniç H.,*** s.1169.

69 ***Krallinger J.,*** s. 245.

70 ***Çelik O. (Şirket Değerlemesi),*** s.135.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Ticaret Ortaklıklarının Nev'i Değiştirmesi

A. Nev'i Değiştirme Kavramı

En geniş anlamı ile ticaret ortaklığının nev'i değiştirmesi, bir işletmenin bir hukuki biçimden diğer bir hukuki biçime çevrilmesi, yani hukuki ve ekonomik ayniyet ve devamlılığını sürdürerek başka tipte bir ticaret ortaklığı olarak uygun statü ve ünvanla ortaya çıkması demektir.[71] Örneğin, kollektif bir şirketin anonim şirkete ya da limited şirketin anonim şirkete veya komandit şirkete dönüşmesi gibi. Dolayısıyla, Ticaret hukuku anlamında tip değiştirmeden söz edebilmek için, eski tipin tasfiye edilmemesi, malvarlığının bütünlüğünü koruması, ekonomik ayniyet ve devamlılığın sürdürülmesi şarttır.[72] (TTK. m.152, m.553/I)

B. Nev'i Değiştirme Türleri

a. Biçim Değiştirici Nev'i Değiştirme Sistemi

Biçim değiştirici nev'i değiştirme sisteminde, eski tip bazı işlemler sonucunda yeni tip haline gelir ve aynı tüzel kişilik biçimini değiştirmiş olur. Ortada tek bir tüzel kişilik bulunmaktadır. Biçim değiştirici tip değiştirme sisteminin temel özellikleri şunlardır:

Hukuki kişilik tektir. Malvarlığının devredilmesi söz konusu değildir. Çünkü devir için en az iki hukuk sujesi gerekmektedir. Bu bağlamda külli halefiyet de söz konusu değildir. Eski tip tasfiye edilmediği gibi fesih de edilmez.[73]

b. Devredici Nev'i Değiştirme Sistemi

Devredici nev'i değiştirmede, eski tip ortaklık, tasfiye edilmeksizin, bütün malvarlığı ile yeni kurulan tip ortaklığa devredilir. Devir işlemi tamamlanınca eski tipin feshi tescil edilir ve unvanı ticaret sicilinden silinir.[74] Dolayısıyla devredici tip değiştirmede eski tür ortaklık ve dönüşülen türdeki ortaklık olmak üzere iki tüzel kişilik vardır ve eski tipteki ticaret ortaklığının malvarlığı tasfiye yapılmaksızın yeni tipe devredilir. Malvarlığının devri söz konusu olduğu için, külli halefiyet ilkesi geçerliliğini korumaktadır.

C. TTK'nun Nev'i Değiştirme Bakımından Benimsediği Esas

TTK. m.152'de ticaret ortaklıklarının tip değiştirmesine ilişkin genel bir düzenleme getirmektedir. Söz konusu maddeye göre, "Bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketi nev'ine çevrilmesi kanunda aksine hüküm olma-

---

71 ***Tekinalp Ü.,*** s.192.

72 ***Tekinalp Ü., (Poroy R.,/ Çamoğlu E.),*** s.126 ve 127; ***Domaniç H.,*** s.1124.

73 ***Tekinalp Ü., (Poroy R./ Çamoğlu E.)*** s.127 ve 128; ***Tekinalp Ü.,*** s.193.

74 ***Tekinalp Ü., (Poroy R.,/ Çamoğlu E.)*** s. 127; ***Tekinalp Ü.,*** s.194.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dıkça yeni nev'e ait kuruluş merasimine tabidir; böylece yeni nev'e çevrilen şirket eskisinin devamıdır."

Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere TTK. kural olarak "biçim değiştirici tip değiştirme sistemini" kabul etmektedir. Tip seçmede ise, her tipten her tipe geçebilme serbestisi ilkesi hakimdir. Dolayısıyla bir anonim şirket, limited şirkete ya da kollektif şirket anonim şirkete dönüşebilmektedir.[75] Oysa, ticaret ortaklıklarının birleşmesinde, birleşen ortakların aynı nev'iden olması şartı aranmaktadır. Biçim değiştirici tip değiştirme sisteminde, hukuk sujesi tek olduğundan, bir malvarlığının intikali de söz konusu olmayacaktır. Böylelikle, bu tür tip değiştirme sisteminde halefiyet de söz konusu değildir.[76]

TTK. m.152'de öngörülen biçim değiştirici tip değişikliği sistemine TTK. m.553 ve devamında istisna getirilmiş ve bir anonim şirketin limited şirkete çevrilmesinde "*devredici tip değiştirmenin*" bir türü olan "*yeni kuruluşlu nev'i değiştirme*" kabul edilmiştir.[77] Bir anonim ortaklığın "tasfiye edilmeksizin" limited ortaklığa çevrilmesi halinde, anonim ortaklık infisah eder (TTK.m.554/I) ve sürecin sonunda da ticaret sicilinden silinir. (TTK. m.555/son) Dikkat edilecek olursa, bu sistemde iki hukuk sujesi bulunmaktadır. Malvarlığının intikali söz konusu olduğu için de külli halefiyet ilkesi burada uygulama alanı bulacaktır.[78] Ancak bir limited ortaklığın anonim ortaklığa çevrilmesinde yine genel hüküm TTK. m.152 uygulanır.

TTK'da düzenlenmiş olan bir diğer özel hüküm de TTK. m. 268'dir. Söz konusu maddeye göre, kollektif ortaklığın, komandit ortaklığa dönüştürülmesi düzenlemekte ve esasen "*biçim değiştirici nev'i değiştirme sistemi*" kabul edilmektedir. Ancak ortakların sorumlulukları açısından özel bir düzenleme getirilmektedir. Buna göre, eskiden kollektif ortak olup dönüşme sebebi ile komanditer ortak sıfatını kazanan ortaklar üçüncü kişilere karşı komanditer ortak sıfatıyla ancak tescil ve ilan tarihinden sonra yapılan işler dolayısıyla ileri sürülebilir.[79] Böylelikle TTK. m. 268'in esas itibarıyla biçim değiştirici tip değişikliğini amaçladığını, ancak özel bir hüküm getirildiği söylenebilir.[80]

Kısaca, TTK sistemine göre, anonim şirketin limited şirkete dönüşmesi ve kollektif ve komandit ortaklıkların birbirine dönüşmesi durumları dışında, tüm şirket tür değiştirmeleri "biçim değiştirici" sistemde yapılmaktadır.[81]

---

75 ***Tekinalp Ü., (Poroy R.,/ Çamoğlu E.)*** s. 128; ***Tekinalp Ü.,*** s.193; ***Çevik O.N.,*** s.522.

76 ***Domaniç H.***, s.1125.

77 ***Tekinalp Ü., (Poroy R./ Çamoğlu E.)*** s. 129; ***Tekinalp Ü.,*** s.194; ***Çevik O.N.***, s.522.

78 ***Domaniç H.,*** s.1128.

79 ***Tekinalp Ü., (Poroy R./ Çamoğlu E.)*** s. 129; ***Tekinalp Ü.,*** s.195; ***Çevik O.N.,*** s.522; Söz konusu madde, limited şirketin anonim şirkete dönüşmesi durumunu düzenlememektedir. Bu durumda, genel nitelikte olan TTK. m.152 uygulanmaktadır.

80 ***Zeytinoğlu E.***, s.181; ***Tekinalp Ü.,*** s.195; ***Domaniç H.,*** s.1128.

81 ***Zeytinoğlu E.,*** s.181; ***Tekinalp Ü.,*** s.196.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

§ V. TİCARET ORTAKLIKLARININ BİRLEŞME VE NEV'İ DEĞİŞTİRMELERİNİN FERDİ VE TOPLU İŞ HUKUKU BAKIMINDAN TEMEL HÜKÜMLERİ

1. Genel Olarak

Daha önce de belirttiğimiz üzere, işyerinin veya bir bölümünün devrinin mevcut iş sözleşmelerine etkisi ve hukuki sonuçlarına ilişkin bir düzenleme 1475 Sayılı İş K.'da bulunmamaktaydı.

Buna karşılık, Deniz İş K. m.19'da "geminin mülkiyetinin kısmen veya tamamen bir başkasına geçmesinin hizmet akdinin feshine yol açmayacağı" açıkça belirtilmiştir. Buna benzer olarak, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt K. m.8'de "işveren değişmesinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği", 1475 Sayılı İş K. m.14/2'de "işyerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi işçinin kıdeminin, işyeri ve işyerlerindeki iş sözleşmelerinin toplamı üzerinden hesaplanacağı" ve m.53'te "işyerinin el değiştirmesi veya başkasına geçmesi durumunda işçinin izin haklarının ortadan kalkmasına neden olmayacağı" belirtilmektedir.

1475 Sayılı İş K.'da açık bir hüküm bulunmasa da, bu maddelerin yorumlanmasıyla ve BK. m. 179 ve 180 hükümleri gözönünde bulundurularak, işyerinin devrinin iş sözleşmelerini etkilemeyeceği sonucuna varılabilirdi. Nitekim, Yargıtay kararları işyerinin veya bir bölümünün devri halinde BK. m.179 ve 180'in uygulanması suretiyle iş sözleşmelerinin kural olarak devam edeceğine yönelik bir çözüm yoluna ulaşmış bulunmaktaydı.[82] Doktrinde de, hakim görüş, iş hukukunda sözleşmelerin temelde "işyeri" kavramına dayandığı ve işyerinin başka bir işverene geçmesi durumunda da mevcut sözleşmelerin yeni işverenle devam edeceği yönündedir.[83] İşyerinin devri bireysel iş sözleşmelerini etkilemediği gibi, toplu iş sözleşmelerinin varlığını da olumsuz yönde etkilemez.[84]

4857 Sayılı İş K.'nun m.6 hükmü işyerinin veya bir bölümünün devri durumunu artık açıkça düzenlemektedir. Sözü edilen madde kapsamında,

---

82 Örneğin, Yargıtay 9. H.D.'nin 5.6.1989 tarih ve 1989/2529 E., 1989/5182 K. sayılı kararında "...Davacının çalıştığı işyeri 1.01.1982 tarih itibarıyla işletici olan ... tarafından diğer davalılara devir edilmiştir. Devirle birlikte davacının yeni işverenler nezdinde çalışmasını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Devir halinde işçi ile işyerini devreden işveren arasındaki hizmet akdi sona ermiş olmaz..." şeklinde karar verilmiş ve devir halinde iş sözleşmesinin yeni işverenle devam edeceğini açıkça belirtmiştir. ***Günay İ.C. (Toplu İş Sözleşmesi),*** s.283; Yargıtay'ın nisbeten daha eski kararlarında ise, işveren değişikliği halinde iş sözleşmesinin sona ereceği kabul edilmekteydi. Örneğin, 9. HD. 28.12.1984 tarih ve 1984 / 10452E., 1984/12182K. sayılı kararı için bkz. ***Özdemir B.,*** s.248.

83 ***Güzel A., İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri)*** s. 35; ***Şahlanan R.,*** s.18; ***Reisoğlu S.,*** s.1285;

84 ***Zeytinoğlu E.,*** s.184

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

her nekadar "hukuki bir işleme dayalı olarak" yapılan işyeri veya işyerinin belli bir bölümünün devrinden söz edilmekteyse de, madde gerekçesinde, isabetli olarak, hukuki bir işleme dayalı olarak yapılan devrin kapsamına gerçek kişi işverenin ölümüyle, işyerinin mirasçılara geçmesi dışındaki bütün hallerin gireceği, ancak işlemin özelliğine göre, sonuçlardaki farklılıkların ve istisnaların maddede gösterilmiş olduğu belirtilmektedir.[85] Bu bağlamda, madde kapsamına ticari ortaklıkların nev'i değiştirme ve birleşme halleri de bazı özel farklılıklarla dahil olmaktadır.

2. İş Sözleşmeleri Bakımından

A. Devir Suretiyle İş Sözleşmesinin Feshinin Yasaklanması / "İş Sözleşmesinin Yeni İşverenle Devamlılığı" İlkesi

a. Birleşme Durumunda

Daha önce de belirttiğimiz üzere TTK bakımından iki tür birleşme sistemi benimsenmiş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, iki yada daha fazla ortaklığın tüzel kişiliklerin yitirerek, yeni bir tüzel kişilik kazanması durumudur *(Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme).* İkinci tür birleşme sistemi ise, katılan ortaklığın tüzel kişiliğini yitirerek, başka bir tüzel kişiliğe dahil olması halidir *(Devir Yoluyla Birleşme).* Her iki birleşme sisteminde de, iş hukuku bakımından bir işveren değişikliği olduğu açıktır.

Her iki birleşme sisteminin en önemli sonucu ise, sona eren yada katılan ortaklıkların aktif ve pasiflerinin bir bütün olarak devralan ortaklığa geçmesidir. *(Külli Halefiyet İlkesi)* Hakların yeni kurulan ya da birleşilen ortaklığa intikal etmesi için ise, ayrı bir tasarruf muamelesine ihtiyaç yoktur[86].

Külli halefiyet ilkesi, İş hukuku bakımından en önemli etkisini mevcut iş sözleşmelerinde göstermektedir. Her iki birleşme sisteminde de birleşmenin gerçekleştiği anda yürürlükte olan iş sözleşmeleri gibi tüm sözleşmeler yeni kurulan ya da devralan ortaklığa kendiliğinden (ipso iure) olarak geçer *(İş Sözleşmesinin Yeni İşverenle Devamlılığı İlkesi).* Böyle bir sonuç, iş ilişkisine sürekliliğin ve işçi yönünden iş güvencesinin sağlanması bakımından doğru olacaktır.[87] Bunun sonucu olarak, yeni kurulan ya da birleşilen ortaklık, birleşme nedenine dayanarak hizmet akitlerini feshedemez.[88] *(Devir*

---

[85] ***Çelik N. (İş Hukuku),*** s.56; ***Eyrenci Ö./ Taşkent S. / Ulucan D.,*** s.83.

[86] ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.160.

[87] ***Ekonomi M. (Kısmi Devir),*** s.325; ***Reisoğlu S.,*** s.1286; ***Ekonomi M. / Eyrenci Ö.,*** s.1200; ***Tunçomağ K. / Centel T.,*** s.63; ***Güzel A. (Konsantrasyon),*** s.651.

[88] ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.163; ***Süzek S.,*** s.20; ***Ekonomi M./ Eyrenc Ö.i,*** s.1201; ***Tunçomağ K. / Centel T.,*** s.63.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Suretiyle İş Sözleşmesinin Feshinin Yasaklanması) Bu durum, işçiler açısından da, sözleşmeyi fesih için haklı bir neden oluşturmaz.

Doktrinde birleşme durumunda, iş sözleşmelerinin devamlılığı ilkesinin, "kişilik öğesinin" (Intuitus personae) ağır bastığı iş sözleşmeler açısından durumu tartışılmış, ancak tüzel kişinin tarafı olduğu sözleşmelerde "kişilik öğesinin", gerçek kişilerle yapılan akitlere oranla daha zayıf görüldüğünden aynı sonucun bu tür sözleşmelerde de kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[89]

Söz konusu ilkeler, 4857 sayılı İş K. m.6 / I "işyerinin veya belli bir bölümünün devri" başlığı altında, açıkça belirtilmektedir. Böylelikle, bu husus, gerek AB Müktesebatına gerekse yargı kararları ve doktrin görüşleri ile uyumlu hale getirilmiştir.[90] Söz konusu fıkrada "işyeri veya işyerinin belli bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana geçer" hükmüne yer verilerek, "*İş Sözleşmesinin Yeni İşverenle Devamlılığı İlkesi*"nin benimsendiğini görmekteyiz. Kanuna getirilen ve eski uygulamadan farklı bir sonuç doğuran hükmün devamında, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden işveren, devralanla birlikte, devir tarihinden itibaren iki yıl müteselsilen sorumlu olacaklarını düzenlemektedir.[91]

Yine m.6 / V hükmünde, işyeri devrinin gerek işçi gerek işveren bakımından, iş sözleşmesinin feshi için haklı bir sebep oluşturmayacağı da hükme bağlanmaktadır. *(Devir Suretiyle İş Sözleşmesinin Feshinin Yasaklanması)* Ancak bu durum İş K. m.24 ve 25 hükümlerine göre haklı bir nedenin ortaya çıkması halinde, tarafların haklı nedenle iş sözleşmesini feshetme haklarını ortadan kaldırmaz.[92]

Diğer taraftan, ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı, fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır. (m.6 / VI) Ancak fıkrada belirtilen bu kavramlar, açık olmayan ve rahatlıkla kötüye kullanılabilecek niteliktedir. Doktrinde, bu tür suistimallerin önlenmesi bakımından, anılan kavramların objektif kıstaslarla sınırlandırılmasının uygun olacağı haklı olarak ileri sürülmektedir.[93]

---

89 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.163 ve 164.

90 ***Günay İ. C. (2003),*** s.297.

91 ***Çelik N. (İş Hukuku),*** s.57.

92 ***Eyrenci Ö./ Taşkent S. / Ulucan D.,*** s.83.

93 ***Zeytinoğlu E.,*** s.188.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Söz konusu madde hükmü, ticaret ortaklıklarının birleşme durumlarını da bazı farklılıklarla kapsamaktadır. Dolayısıyla, birleşme tarihinde mevcut tüm iş sözleşmelerinin kendiliğinden, yeni kurulan ya da birleşilen ortaklığa geçecek ancak, burada bir külli halefiyet durumu söz konusu olduğundan, müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanmayacaktır. (m.6 / IV) İşyerinde çalışmakta olan işçi için durumda bir değişiklik olmayacak birleşme ile veya katılma ve türün değişmesi ile oluşan tüzel kişi işçinin baştan beri işvereni sayılacaktır.[94]

b. Nev'i Değiştirme Durumunda

Tüzel kişiliğin devamlılığı sadece, genel hüküm olan biçim değiştirici tip değiştirme sisteminde (TTK. m.152) gerçekleşmektedir. Bu sistem, sadece bir ortaklık sözleşmesi değişikliğini öngörmektedir. Tip değiştiren ortaklık, ekonomik ya da teknik anlamdaki faaliyetlerin sürdüğünden ekonomik özdeşlik ve devamlılığını korumaktadır[95]. Ayrıca burada, yeni tipe dönüştürülen ortaklık eskisinin devamı olduğundan, bir başka şirkete devir ve halefiyette söz konusu değildir.[96]

TTK. m.268 ise, tip değiştirme bakımından esasında, TTK.m. 152'ye bir yenilik getirmemektedir. Özellikle madde metninde yer alan "tasfiye edilmeksizin" ibaresi, devredici tip değiştirme sisteminin benimsendiği izlenimini bıraksa da, ekonomik ve hukuki özdeşlik ve devamlılık ilkelerinin burada da hakim olduğu "biçim değiştirici tip değiştirme" sisteminin geçerli olduğu kabul edilmektedir.[97]

Biçim değiştirici tip değiştirme sisteminde, tip değişikliğine rağmen, aynı tüzel kişi varlığını korumaktadır. Tek bir hukuk sujesi bulunmaktadır. İkinci bir hukuk sujesi bulunmadığından, işyerinin devri ya da işveren değişikliği söz konusu değildir. İş hukuku anlamında bir işveren değişikliği söz konusu olmadığı için, tip değiştiren ortaklıkla yapılmış ve yürürlükte olan iş sözleşmeleri de devamlılıklarını sürdürecektir[98].

TTK. m.533'de öngörülmüş olan, bir anonim ortaklığın tasfiye edilmeksizin limited ortaklığa dönüştürülmesi durumunda ise, devredici tip değiştirme hali söz konusudur. Bu sistemde, tip değiştiren ortaklık ve yeni tipteki ortaklık olmak üzere birbirinden tamamen ayrı iki hukuki kişiliği bulunmakta ve malvarlığı bir ortaklıktan diğerine intikal etmektedir. Malvarlığının devrinin önemli sonucu, "külli halefiyet" olarak kendini göstermekte, li-

---

94 ***Eyrenci Ö./ Taşkent S. / UlucanD.***, s.83.

95 ***Güzel A.(İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.167

96 ***Domaniç H.,*** s.1163.

97 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.168; ***Güzel A. (Konsantrasyon),*** s.635; ***Domaniç H.,*** s.1128 ve 1129.

98 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.169

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mited ortaklık, anonim ortaklığın kanunen halefi olmaktadır. Külli halefiyet ilkesinin benimsendiği tüm hukuk sistemlerinde olduğu gibi, hukuki kişiliği ortadan kalkan hak sujesinin yerine geçen kimsenin yürürlükteki tüm sözleşmelere taraf olacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, limited ortaklığa dönüşen anonim ortaklıkla yapılan hizmet sözleşmeleri, yeni işveren sıfatını kazanan limited şirketle devam edecektir.[99]

Dolayısıyla, İş K. m.6/I'de belirtilmiş olan ilkeler, "*İş Sözleşmesinin Yeni İşverenle Devamlılığı İlkesi*" ve "*Devir Suretiyle İş Sözleşmesinin Feshinin Yasaklanması*" ilkeleri bu durumda da geçerli olacaktır.

Ancak daha önce birleşme konusunda vardığımız paralel olarak, nevi değiştirme tarihinde mevcut tüm iş sözleşmelerinin kendiliğinden, tip değiştiren ortaklığa geçecektir ancak burada bir külli halefiyet durumu söz konusu olduğundan, işyerinin devri halinde uygulanan müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanmayacaktır. (m.6/IV)

c. 2001/23 EC Sayılı AB Direktifi Bakımından

AB normları bakımından konuya kısaca değinecek olursak, 2001/23 EC sayılı, "İşletme, İşyeri ve İşyerinin Kısmen Devirlerinde İşçi Haklarının Korunması Hakkında Üye Ülkelerin Mevzuatların Uyumlaştırılması Direktifi[100]", işletmenin, işyerinin veya işyerinin belli bir kısmının bir sözleşme veya birleşme yoluyla intikalinde uygulanmaktadır (Direktif m.1/I).

Direktifin uygulanması için, ekonomik bütünlüğü olan işletmenin, işyeri veya işyerinin belli bir kısmının devirden sonra kendi karakterini (ayniyetini) devam ettirmesi, faaliyetlerini sürdürmesi gerekmektedir[101].

Direktifin 3. maddesinde, "*İş Sözleşmelerinin Devamlılığı İlkesi*" açıkça belirtilmektedir. Söz konusu maddeye göre, devredenin, devir anındaki iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükler, devirle birlikte devralana geçmektedir. Ancak, Direktifte Türk Hukukunda olduğu gibi, devredilen işletmenin çalışanlarına açıkça bir itiraz hakkı tanımamaktadır.[102]

Direktifin 4/I. maddesinde "*Devir Suretiyle İş Sözleşmesinin Feshinin Ya-*

---

99 ***GüzelA. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri)***, s.172 ve 173; ***Güzel A. (Konsantrasyon)***, s.654.

100 Council Directive 2001/23/EC Of 12 March 2001 On The Approximation Of The Laws Of The Member States Relating To The Safeguarding Of Employees' Rights In The Event Of Transfers Of Undertakings, Businesses Or Parts Of Undertakings Or Businesses

101 ***Heper A.***, s.201.

102 Devir halinde işçilere itiraz hakkının tanınmaması özellikle Alman hukukunda eleştirilmiş, bu durum "eski Roma'da iki efendinin anlaşmasıyla bir kölenin sahip değiştirmesine" benzetilmiştir. Ancak, ABAD'nın yeni kararlarında, işçinin itiraz hakkına sahip olduğundan bahsedilmektedir. Daha fazla ayrıntı için bkz. ***Heper A.***, s.209.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

saklanması" ilkesi de açıkça belirtilmektedir. Söz konusu maddeye göre, işyerinin devri, sadece devir nedeniyle devreden ve devralan için bir fesih sebebi sayılmaz. Direktifin bu hükmü, Türk Hukukunda olduğu gibi, ekonomik, teknik veya organizasyon nedenleriyle istihdam alanında değişiklikler olması sonucu fesihlere engel değildir. Buna benzer olarak, işveren iş sözleşmesinde veya iş ilişkisinde esaslı değişiklikler yapmama yükümlüğü altındadır (Yönerge m.4 / II). Devir nedeniyle fesih yasağı, Direktifin emredici bir hükmü olup, değiştirilmesi tarafların iradesi dışında tutulmuştur.[103]

B. Devir Anında Çalışma Şartlarının Korunması

Birleşme ve nevi değiştirme halinde, yeni işveren iş sözleşmelerine taraf olması yanında, iş ilişkisinin de tarafı olmaktadır. Dolayısıyla, iş ilişkisi kapsamındaki tüm hak ve borçlar, kısaca çalışma şartları yeni işverene devredilmektedir. Bunlar her şeyden önce, iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlardır. Bu kapsama, iş sözleşmesinin hükmü, personel yönetmeliği, iç yönetmelik veya başka ad ile düzenlenmiş çalışma şartları ile, "işyeri uygulaması" da dahildir. İşverence yürürlüğe konulan talimatlar da geçerliliklerini korur.[104]

İşveren değişikliği durumunda iş sözleşmeleri kendiliğinden yeni işverene intikal edeceğinden, yeni işverenin ücret ve eklerini ödeme yükümlülüğü de bulunmaktadır.[105] Bununla birlikte, birleşme ve tip değiştirme durumunda, yeni işverenin işçiyi koruma, eşit işlem yapma, iş verme ve işçinin işyerindeki kıdemine bağlanan hakları (kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin alacağı... vs.) da sağlama borcu altına girmektedir.[106]

3. Yıllık İzin Ücretini Ödeme Borcu Bakımından

İşveren değişikliğinin yeni işveren bakımından doğurduğu bir başka sonuç, yeni işverenin yıllık ücretli izin alacaklarından sorumlu olmasıdır. Yıllık ücretli izin, işçilere her çalışma yılı itibarıyla dinlenme olanağı sağlayan bir haktır. Böylece, işçi yılda bir kez sağlığının koruması, ruhsal ve bedensel güç kazanması amacıyla, iş görme borcundan kurtulmakta fakat kendisine ücret ödenmesine devam edilmektedir.[107]

---

103 ***Heper A.,*** s.210.

104 ***Ekonomi M. (Kısmi Devir),*** s.331.

105 İşveren tarafından ödenmesi gereken "ücret" kavramı geniş anlaşılmalıdır. Ücretin hesaplanmasında temel ücret ve yan menfaatler (prim ve ikramiye) de dikkate alınmalıdır. Hatta, eski işveren tarafından "lütuf ve ihsan" duygularından kaynaklanan ve bağış niteliğinde ortaya çıkan ikramiyenin de, ücretin tamamlayıcısı olarak yeni işverence ödenmesi gerekmektedir. Daha fazla ayrıntı için bkz. ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri), s.348, 349 ve 350.***

106 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.343.

107 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),***s.357.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yıllık ücretli izin hakkı 4857 sayılı İş K. 53. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, yıllık ücretli izin alacağının doğması için, işçinin işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süreleri de buna dahil olmak üzere, en az 1 yıl çalışmış olması gerekmektedir. Bu hakkın birleşme ve tip değiştirme durumunda devam edip etmeyeceği konumuz açısından önem arz etmektedir. Eski İş Kanunu m.53/I'te konu "işyerinin el değiştirmesi ya da başkasına geçmesi bu işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin haklarını ortadan kalkmasına sebep olmaz" hükmü ile düzenlenmekteydi.

Ancak yeni İş Kanununda, işyerinin el değiştirmesi halinde, yıllık ücretli izin alacaklarının ne olacağına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, işyerinin devri halinde, işçinin devirden önceki çalışma süresi ile ilgili olarak da, eski 53. maddeye (İş K. m.6 / II) dayanmak suretiyle aynı sonuca ulaşmak mümkündür.[108]

Elbette iş sözleşmesinin devamlılığı ilkesinin bir gereği olarak, birleşme veya tip değiştirme durumunda, iş sözleşmeleri kendiliğinden yeni işverenle devam edecek ve işçi de çalışmasını sürdürecektir. Dolayısıyla, yıllık ücretli izne hak kazanmada dikkate alınacak çalışma süresinin kesilmesi veya yeniden başlaması söz konusu olmayacaktır[109].

4. Kıdem Tazminatı Bakımından

A. Kavram

4857 Sayılı İş K.'da kıdem tazminatına yönelik yeni bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak söz konusu kanunun 120. maddesinde 1475 sayılı İş K.'nun 14. maddesi dışındaki hükümlerin yürürlükten kalktığını belirtmiştir. Dolayısıyla kıdem tazminatını düzenleyen 14. madde, kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar, eski kanunun bir parçası olarak halen yürürlüktedir.

Kıdem tazminatı, m.14'te belirtilen asgari çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin kanunda sayılan nedenlerden biriyle son bulması halinde, işverence işçiye ya da mirasçılarına yapılan bir ödemedir[110]. Kıdem tazminatının hukuki niteliği konusunda pek çok görüş olmakla birlikte[111], genellikle kıdem tazminatı kendine özgü bir kurum olarak kabul edilmektedir[112].

---

108 ***Çelik N. (İş Hukuku),*** s.311.

109 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.358; ***Tunçomağ K. (Genel Kavramlar),*** s.222.

110 ***Çelik N. (İş Hukuku),*** s.251.

111 Kıdem tazminatının hukuki niteliğine ilişkin olarak ortaya atılan diğer görüşleri şu şekilde sıralamak mümkündür: ileride ödenecek ücret, tazminat, ikramiye, işsizlik tazminatı, iş güvencesi önlemi. Kıdem tazminatının hukuki niteliği hakkında daha geniş bilgi için bkz. ***Narmanlıoğlu Ü. (Kıdem Tazminatı),*** s.324-336.

112 ***Çelik N. (İş Hukuku),*** s.251.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Çalışmamızda, kıdem tazminatının ödenme koşullarına kısaca değinilecek ve konumuz bakımından temel teşkil eden şirket birleşme ve tip değiştirmelerinin kıdem tazminatı bakımından neden olduğu sonuçlara değinilecektir.

B. Kıdem Tazminatının Ödenmesi Koşulları

İşçinin kıdem tazminatı isteyebilmesinin üç temel koşulu vardır:

a. İş yasalarına bağlı olarak çalışma

b. İş sözleşmesinin belli nedenlerle sona ermesi veya işçinin ölümü

c. En az bir yıllık çalışma

Konumuzu oluşturan şirketlerin birleşme ve tip değiştirme durumlarında, yeni işverenin kıdem tazminatından sorumlu olabilmesi için, hem işyerinin hem de işçinin birleşme veya tip değiştirmeden sonra da çalışmaya devam etmesi gerekmektedir. Buna ek olarak, söz konusu iş sözleşmesinin birleşme veya tip değiştirme tarihinden sonra, kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona erdirilmesi gerekmektedir[113].

C. Şirket Birleşme ve Tip Değiştirme Durumlarında Kıdem Tazminatından Doğan Sorumluluk

Şirket birleşme ve tip değiştirme durumlarında, ortaya yeni bir ticaret şirketi ortaya çıkmakta ve eski şirket tüzel kişiliğini yitirmektedir. Birleşme veya tip değiştirme tarihindeki mevcut tüm iş sözleşmeleri, "külli halefiyet" ilkesinin bir sonucu olarak, yeni işverene geçmektedir. Gerek devirden önce gerek devirden sonra doğmuş ve doğacak tüm hakların muhatabı yeni işverendir. İşyerinin devri halinde işyerinde yürütülen işin değiştirilmiş olmasının kıdem tazminatı bakımından bir anlamı bulunmamaktadır.[114] Daha önce de belirttiğimiz üzere, salt işveren değişikliği işçi için bir haklı fesih sebebi değildir. Buna bağlı olarak da kural olarak, işçi kıdem tazminatı isteyemez.[115]

Devir aldığı iş sözleşmelerinden, birleşmeden sonra kıdem tazminatını gerektirecek biçimde sona erenler olursa, bu şirket tüm çalışma süresi için kıdem tazminatı ödemek zorundadır[116]. Yeni işveren, işçinin kıdem tazminatının hesabında sadece devirden sonraki değil, devirden önce işçinin çalıştığı süreleri de hesaba katacaktır.[117] Yargıtay, işyerinin devri ile ilgili bir

---

[113] ***Şahlanan F.,*** s.19; ***Narmanlıoğlu Ü. (Kıdem Tazminatı),*** s.301.

[114] ***Tunçomağ K. (Genel Kavramlar),*** s.415.

[115] ***Özdemir B.,*** s.257; ***Tunçomağ K. / Centel T.,*** s.226.

[116] ***Okur A. R.,*** s.69.

[117] ***Eyrenci Ö./ Ulucan S. / Taşkent D.,*** s.83; ***Tunçomağ K. (Genel Kavramlar),*** s.415 ve 416.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kararında[118], devir halinde eski işverenin kıdem tazminatından sorumluluğunu, işçiyi çalıştırdığı süre ve devir sırasında işçinin aldığı ücret seviyesi ile sınırlı olduğunu belirtmektedir. Bu bakımdan, eski işverenin yeni işverenle birlikte kıdem tazminatının tamamından sorumlu tutulmasının mümkün olmadığını vurgulamıştır.[119] Dolayısıyla, devreden işveren çalıştırdığı süre ve devir anındaki ücretle, devralan ise, işçinin tüm çalışma süresi ve son ücreti ile sorumludur. Ancak, devralan tüm kıdem tazminatını ödedikten sonra, devir anındaki çalışma süresi ve ücretle sınırlı olarak, devredene rücu edebilir.[120]

5. Toplu İş Sözleşmeleri Bakımından

Kolektif İş Hukuku bakımından şirket birleşme ve tip değiştirme sonucunda ortaya çıkabilecek en önemli sorun, el değiştiren işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin yürürlükte kalıp kalmayacağıdır. 2822 Sayılı Toplu İş sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun m.8'de "... toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez" hükmüne yer vererek, sorunu açık bir şekilde çözmektedir. Dolayısıyla, birleşme ve tip değiştirme durumlarında, yeni işveren mevcut toplu iş sözleşmesini uygulamak zorundadır.[121] Toplu iş sözleşmesi, ücret ve çalışma şartları bakımından aynen devam edecektir. Yeni işveren sadece sözleşmenin normatif kuralları ile bağlı kalacaktır.[122] Bazı yazarlar ise, sözleşmenin sadece normatif kısımlarının değil, borç doğurucu hükümlerinin de uygulanmasına devam edilmesi gerektiği kanaatinde-

---

118 04.04.1990 T., 1990/1102E., 1990/4424K.; ***Kamu-İş (Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları),*** s.39.

119 Yargıtay bir başka kararında, eski işverenin kıdem tazminatından sorumluluğunun işçinin kendi nezdinde çalıştığı süre ve şirketleşme tarihinde aldığı ücretle sınırlı olduğunu vurgulamıştır. (Yarg. 9. H.D., 9.6.1999T, 1999/9604K., 1999/10073K.) Kararın ayrıntısı için bkz.***Ekonomi M. (Emsal Kararlar),*** s.34.

120 ***Tunçomağ K. / Centel T.***, s.226.

121 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.344; ***Tunçomağ K. / Centel T.,*** s.226; Söz konusu düzenleme, tek bir iş sözleşmesinin kapsamındaki tek bir işyerinin ya da grup toplu iş sözleşmesine tabi işyerlerinden birinin devri açısından sorun oluşturmamakla birlikte, işletme toplu iş sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde işletmeye bağlı işyerlerinden birinin devrinde ve daha da önemlisi işyerinin bir bölümünün devrinde sorun teşkil etmektedir. Konumuz açısından bu tartışmalara yer verilmeyecektir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. ***Şahlanan R.,*** s.20.

122 ***Günay İ.C. (Toplu İş Sözleşmesi),*** s.280; ***Ekonomi M. (Kısmi Devir),*** s.332; ***Tunçomağ K.(Sendikalar, Toplu İş Sözleşmesi...)***, s.348; Diğer taraftan bazı yazarlar, iki işyerinin birleşmesi halinde birleştirilen işyerlerinin sadece birinde toplu iş sözleşmesinin bulunması durumunda, bu sözleşmenin yeni işyerini tüm olarak kapsayacağı, ancak birleşen her iki işyerinde toplu iş sözleşmelerinin bulunması durumunda yeni işyerinde iki sözleşmenin uygulanmasının mümkün olmayacağını belirtmektedir, bkz ve krş, ***Narmanlıoğlu Ü. (Toplu İş İlişkileri),*** s.474 ve 568.dn.'daki yazar.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dir.[123] Yargıtay da kararlarında işveren değişmesinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceğini belirtmektedir.[124]

Şirket birleşme ve tip değiştirmelerinin kollektif iş hukuku bakımından doğurduğu bir diğer sorun ise, birleşme veya tip değiştirme tarihinde görevde bulunan, sendika temsilcisinin bu tarihten sonra da görevinin devam edip etmeyeceği konusudur. İşyeri sendika temsilciliği, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu m.34'te düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, yetkisi kesinleşen sendika, işyerinde çalışan işçi sayısına göre değişen oranlarda olmak üzere, sendika temsilcisi atayabilmektedir. Sendika temsilcisi de, birleşen ya da tip değiştiren şirkette çalışan işçi durumundadır. Bu durumda, birleşme ve tip değiştirme sonrasında, sendika temsilcisinin iş sözleşmesi de devam edecektir *(İş Sözleşmelerinin Devamlılığı İlkesi).* Buna benzer olarak, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun m.8'e göre, bu tarihte mevcut toplu iş sözleşmeleri de devam edecektir. Bu iki düzenlemenin doğal sonucu olarak, sendika ile yeni işverene arasındaki değişiklik temsilcilerin görevini etkilemeyecektir. Ancak birleşme ve devirden sonra, işyerindeki işçi sayısının artması söz konusu ise, yeni temsilci ataması; eğer işçi sayısında azalma ortaya çıkmışsa, temsilcilerin azaltılması gerekecektir[125].

2001/23 EC sayılı "İşletme, İşyeri ve İşyerinin Kısmen Devirlerinde İşçi Haklarının Korunması Hakkında Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Direktifi" bakımından "toplu iş sözleşmelerin devamlılığı ilkesi" m.3/III'de açıkça belirtilmiştir. Söz konusu maddeye göre, devralan işveren, toplu iş sözleşmesindeki iş koşullarıyla, toplu iş sözleşmesinin süresi bitene kadar,feshedilene, diğer toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girene veya uygulanana kadar, devreden işverenin sorumlu olması gerektiği ölçüde bağlanmaktadır. Ancak üye devletler, toplu sözleşmelerde, iş koşullarının geçerlilik süresini zaman bakımından kısıtlayabilirler. Bu süre ise, bir yıldan daha az olamaz. (Yönerge m.3/III/ bent 2)

Söz konusu Direktifte, Türk hukukunda daha önce "4773 Sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlara Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"[126] ile getirilmiş olan bir kavrama, "işçi temsilci-

---

123 ***Çelik N. (İş Hukuku)***, s.531 ve 7.dn.'daki yazar.

124 Yarg. 9. H.D., 24.09.1987; 1987/7687E.; 1987/8467K.'da belirtildiği üzere, "...devirden önce, Avcılar Belediyesi'nde çalışan işçinin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi 2822 sayılı kanuna göre, devirden sonra da geçerliliğini korumaktadır. Hatta, davacı işçi Toplu İş Sözleşmesine taraf olan işçi sendikasına üye olmadığı halde, devirden sonra aidat ödemek suretiyle yararlanıyorsa, sözleşmesinin normatif hükümlerinden yaralanmaya devam eder. Bu durumda davacının yeni işverenin başka sendikalarla yaptığı Toplu İş Sözleşmelerine taraf olamaz..." denilmektedir. ***Günay İ.C. (Toplu İş Sözleşmesi),*** s.284.

125 ***Güzel A. (İşveren Değişmesi – İşyerinin Devri),*** s.415 ve 416

126 RG. Tarihi 15.08.2002, Kabul tarihi: 09.08.2002.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

si[127]" kavramına da yer verilmektedir. Ancak 4773 Sayılı Kanun, mülga 1475 sayılı İş Kanunu ile ilgili değişiklik getirdiğinden, söz konusu kanunun da artık yürürlükte değildir. Mülga 4773 Sayılı Kanunu'nun Geçici m.13'ne göre, işyerinde sendika bulunmadığı durumlarda işçi temsilcisi, o işyerinde çalışan işçiler tarafından yine 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 34. maddesine göre seçilmektedir. Bu iki düzenleme dışında, 4857 Sayılı İş K.'nun Bilim Komisyonu Metninin m.31'de yine işçi temsilcisine yer verilmekle birlikte, kanunlaşma aşamasında bu kavram metinden çıkarılmıştır.

Her iki hukuk sisteminde yer alan "işçi temsilcisi" kavramı esas olarak benzer olmakla birlikte, Direktif işçi temsilcisine Türk Hukukundaki düzenlemelere oranla çok daha geniş yetkiler vermektedir. Öncelikle, Direktifin 6. maddesinde, işyerinin devrinden sonra, işçi temsilcisinin görevinin devam edeceği açıkça belirtilmektedir. Söz konusu hükme göre, işyeri bağımsızlığını koruduğu takdirde, işyerinin devrinden sonra, devirden etkilenen işçi temsilcilerinin hukuki statüsü ve görevleri devam etmektedir. İşçi temsilcilerinin temsilcilik yetkisi, temsil ettikleri işçilerin devirden etkilenmeleri sona erse dahi, üye ülkelerin uygulamadan, idari ve hukuki mevzuattan doğan koruyucu hükümlerden yaralanarak devam etmektedir. (m.6/II)

Bu düzenlemelerin dışında Direktif, işçi temsilcisine işyerinin el değiştirmesi durumunda, değişikliğin işçi temsilcisi ile tartışılmasına ve işçi temsilcisine bilgi verilmesine yönelik düzenlemelere yer vermektedir. Direktifin 7. maddesine göre, devreden ve devralan, devirden etkilenen işçilerin temsilcilerine, devir tarihi, devrin nedeni, devrin hukuki, ekonomik ve sosyal neticeleri ve işçilerle ilgili yapılması düşünülen herhangi bir önlemi bildirmek zorundadır. Devreden, bu bilgileri mümkün olduğu kadar en iyi zamanda, en geç devir işlemi tamamlanmadan vermek zorundadır. Devralan da, bilgileri, işçilerin devir nedeniyle yeni çalışma ve istihdam koşullarından doğrudan etkilenmelerinden önce işçi temsilcilerine aktarmalıdır.

Direktif ile, işçi temsilcilerine tanınan bir diğer hak ise, işçi temsilcilerine danışılma hakkıdır. Buna göre, devralan ve devreden, devirden etkilenen işçiler hakkında tedbir almayı düşünürlerse, bu tedbirler konusunda uzlaşmanın sağlanması için işçi temsilcilerine danışmak zorundadırlar. (Direktif m.7/II) İşçi temsilcisine tanınan bir diğer hak ise, işçiler bakımından alınacak tedbirler hakkında hakeme başvurma hakkıdır (Direktif m.7/III).

Sonuç olarak Türk Hukuk sisteminde işçi temsilcisi kavramına ve işyerinin değişikliği halinde bu durumun temsilciye bildirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Yeni İş Kanunu, işveren değişikliği halinde sendika temsilcisine danışma ve bilgi verme yükümlülüğüne yer vermemektedir. Sade-

---

127 İşçi temsilcisi, bazı üye ülkelerde şirketin idare, yönetim ve denetim organlarına girmiş (seçilmiş) üyeleri dışında, üye ülke mevzuatına ve uygulamalarına göre işçi temsilcisi olan kişilerdir. Kavram için bkz. ***Heper A.,*** s.200

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ce, 29. maddede toplu işten çıkarma halinde, durumun ve sebeplerin sendika temsilcisine bildirilmesine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bağlamda, yeni İş Kanunun, AB normları ile tamamen uyum sağlayamadığını söyleyebiliriz.

6. Sigorta Primleri Bakımından

Birleşme ve tip değiştirme sonucunda gerçekleşen işveren değişikliğinin, kollektif iş hukuku bakımından neden olduğu diğer bir önemli sonuç, yeni işverenin prim borçlarına halef olmasıdır.

Bu konu, SSK m.8/V'de "işyerini bildirme" başlığı altında ve 82. maddede "prim borçların halef olma" başlığı altında düzenlenmektedir. SSK. m.8/V'e göre, sigortalı çalıştırılan bir işin veya işyerinin başka bir işverene devrolunması veya intikal etmesi halinde de, yeni işveren bildirge vermekle yükümlüdür. Aynı zamanda bu işlerde çalışan sigortalıların sigorta hak ve yükümlülükleri devam etmektedir. SSK. m.82/I'de ise, sigortalıların çalıştırıldığı işyerinin devredilmesi veya intikal etmesi durumunda, eski işverenin kuruma olan sigorta primi ile gecikme zammı ve faiz borçlarından, aynı zamanda yeni işverenin müteselsilen sorumlu olacaklarını düzenlemektedir. Maddenin II. fıkrasında Kanunun bu düzenlemesinin emredici bir hüküm olduğu vurgulanmakta ve bu hükme aykırı sözleşmelerin muteber olmadığı belirtilmektedir. SSK m.82, BK. m.179'dan iki noktada farklılık göstermektedir. Öncelikle, m.82, BK. m.179'daki sorumluluğun iki yılla sınırlı kalmasını kaldırmıştır. İkinci olarak prim sorumluluğunun yapılacak bir sözleşmeyle tamamen devir alan yeni işverene geçmesini önlemiştir.[128]

Şirket birleşmeleri veya nevi değiştirmeleri durumunda, bir külli halefiyet durumu söz konusu olduğundan, yeni işveren SSK. m.8/V ve m.82 hükümlerine göre, birleşme ve nevi değiştirme anında mevcut olan sigorta prim borçlarından sorumlu olacaktır. Ancak, bu durumda kanaatimizce müteselsil sorumluluk[129] hükümleri uygulanmayacaktır.

---

128 ***Çakmak İ,*** s.2223.

129 Yargıtay pek çok kararında müteselsil sorumluluk ilkesini vurgulamaktadır. Örneğin Yargıtay, bir fabrikanın işletilmesinin adi ortaklığa devredilmesi halinde, prim borçlarından eski ve yeni ortakların şahsen ve müteselsilen sorumlu olduklarını, belirtmektedir.(Yarg.12.HD., 10.12.1973T., 10419E., 11118K.); kararın ayrıntısı için, bkz. ***Çakmak İ.,*** s.2224. Bir başka kararında, devredilen limited şirketin devirden sonra da mevcudiyetini korumasının, devralan anonim şirketin prim borçlarından dolayı, devralanla birlikte müteselsilen sorumluluğunu kaldırmayacağını belirtmektedir; (Yarg.12.HD., 15.01.1970 T., 262E., 204K.); kararın ayrıntısı için, bkz. ***Yelekçi,*** s.117 ve118. Yine Yargıtay bir kararında, devirden sonra işyerinde aynı hizmetlerin aynı sigortalılar tarafından yürütüldüğünü belirtmekte ve bunun m.82'nin uygulanması için yeterli görmektedir. (Yarg.HGK., 2.5.1997 T., 1997/21-111E., 1997/1378K.); kararın ayrıntısı için, bkz. ***Meydan / Yapal,*** s.484 ve 485; Yargıtay eski tarihli bir kararında, eski işverenin SSK'a olan borcundan yeni işverenin sorumlu olması için devrin rızaen yapılması gerektiğine karar vermiştir, bu kararın ayrıntısı için bkz. ***Yarg.KD.,*** s.812.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

§ VI. SONUÇ

Ticaret ortaklıklarının birleşmesi ve nevi değiştirmesi, son yıllarda hız kazanan ve giderek yaygınlaşan ve şirketlerin ayakta kalmaları bakımından bir strateji haline gelmiştir. Ticaret ortaklıklarının birleşme ve nevi değiştirmeleri sonrasında ise, özellikle İş Hukukunu ilgilendiren pek çok hukuki sorun ortaya çıkmaktadır.

Türk hukukunda, işyerinin veya bir bölümünün devrinin mevcut iş sözleşmelerine etkisi ve hukuki sonuçlarına ilişkin bir düzenleme 1475 Sayılı İş K.'da bulunmamaktaydı. 4857 Sayılı İş K.'nun m.6 hükmü ile işyerinin veya bir bölümünün devrinin mevcut iş sözleşmelerine ilişkin sonuçları açıkça düzenlenerek uygulamada ortaya çıkan sorunları gidermiş bulunmaktadır. Ayrıca bu düzenleme ile, AB'ne uyum sürecinde, önemli bir hukuki boşluğun giderildiği de söylenebilir.

Ancak, özellikle bazı noktalarda tam olarak uyumun sağlandığını söylemek mümkün değildir. Özellikle, İş K. m.6/VI'a göre, işyerinin devri gerek işçi gerekse işveren açısından iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceği belirtilmekle birlikte, devreden ve devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerle yahut iş organizasyonu değişikliğinin haklı kıldığı fesih hakları saklı kılınmıştır. Ancak "ekonomik ve teknolojik sebepler ile iş organizasyonu değişikliği" kavramlarının nasıl belirleneceği bakımından kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu bakımdan,kanaatimizce söz konusu madde hükmü, kanunun kötüye kullanılmasına sebebiyet verebilecektir.

Diğer taraftan, 2001/23 sayılı AB Direktifi Türk hukukunda daha önce Mülga 4773 sayılı Kanunda yer verilen ancak 4857 Sayılı İş K.'da mevcut olmayan bir kavrama "işçi temsilcisi" kavramına yer vermektedir. AB Direktifine göre, işçi temsilcisi, işyerinin devri durumunda son derece geniş yetkilerle donatılmıştır. Direktif, işçi temsilcisine işyerinin el değiştirmesi durumunda, değişikliğin işçi temsilcisi ile tartışılmasına ve işçi temsilcisine bilgi verilmesine yönelik düzenlemelere yer vermektedir. Direktifin 7. maddesine göre, devreden ve devralan, devirden etkilenen işçilerin temsilcilerine, devri tarihi, devrin nedeni, devrin hukuki, ekonomik ve sosyal neticeleri ve işçilerle ilgili yapılması düşünülen herhangi bir önlemi bildirmek zorundadır. Türk hukukunda ise, İş K. 29. maddede toplu işten çıkarma halinde, durumun ve sebeplerin sendika temsilcisine bildirilmesine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak Kanun, işçi temsilcisine ve buna bağlı olarak işçi temsilcisini bilgilendirme yükümlüğüne yer vermemektedir. Bu bağlamda, yeni İş Kanunun, AB normları ile tamamen uyum sağlayamadığını söyleyebiliriz.

Ancak yine de, 4857 Sayılı İş K.'nun m.6 hükmünün konuya açık bir hukuki düzenleme getirerek, uygulamada çıkan sorunları büyük ölçüde gidererek önemli bir gelişme sağladığını söylemek mümkündür.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ROMA HUKUKUNDA MÜCERRET BORÇ İKRARI VE MODERN KANUNLARA YANSIMASI

*Prof. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ**

BK 17: "Borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı muteberdir". Mücerret borç ikrarı tarih içinde çeşitli çıkış, inişlerle kanunlara girmiştir. Bu yazıda bu gelişmeyi kısaca göstermek istiyoruz.

§1- Iustinianus'tan Önceki Durum

Sebebi gösterilmeden borç ikrarı klasik devirde *stipulatio ile* yapılırdı.Borç ikrarı tek taraflı bir hukuki muamele olmayıp bir sözleşmedir[1]. "Romalılar hayatın ihtiyaçlarını takdir ve bu ihtiyaçları karşılayacak hukuki çareleri bulmaktaki pratik kaabiliyetleriyle, sebebi gösterilmeden borç akti yapmak imkanını veren *stipulatio*'yu ortaya koymuşlardı"[2]

> Gai 4,116a.....*si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est. dare enim te opertet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.....*

Gai 4,116a....sana karz olarak ödemiş olmam gereken, fakat sana ödemediğim parayı *stipulatio* ile tahhüt ettirmişsem, bu parayı şüphesiz senden istiyebilirim. Bu parayı stipulatio ile sorumluluk altına girdiğin için vermek zorunda kalırsın, ancak seni bu nedenle mahkum etmek adil olmayacağından, hile defi ile korunman uygundur[3].

---

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 ***Oğuzman M.K. / Öz, T.***, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2000, s.153.

2 ***Sungurbey İ.***, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957,s.29.

3 D.44,4,2,3 Ulpianus ....*si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus,deinde ex ea stipulatione experiatur,exceptio utique doli mali ei nocebit., bir kimse sebep gösterilmeden kendisine bir şey taahhüt ettirmişse,stipulatio'dan davayı açarsa hile def-exceptio doli mali ile karşılaşır.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Görüldüğü gibi mücerret borç ikrarı Romalıların tipe bağlılık prensibini aşmak için kullandıkları, Roma Hukukunun her sahasında uygulama alanı bulan *stipulatio*'nun uygulanması yoluyla olmaktadır[4], yani modern hukuklarda olduğu gibi iki taraflı hukuki işlem,bir sözleşmedir. Bazen ödünç para sözleşmesi olan *mutuum* yerine para ödenir ve iadesi için *stipulatio yapılırdı*[5]. *Stipulatio* yapıldığı halde para ödenmezse, o zaman yukarıda anlattığı gibi açılan davaya bir defi ileri sürmek mümkündü. Parayı alamayan *stipulatio borçlusu* alacaklıya karşi *querela non numeratae pecuniae* açarak borçlu olmadığına ilişkin hüküm aldırabilirdi[6].

Yüz vermeği taahhüt ediyor musun (C dare spondes) sorusuna borçlunun olumlu cevap vermesiyle oluşan mücerret stipulatio'ya dayarak dava açan alacaklı *stipulatio*'nun yapıldığını kanıtlamakla yetinirdi, alacağın sebebini kanıtlamak zorunda olmazdı. Davalı borçlu yukarıda(Gaİ.4,116) belirtildiği gibi bir *exceptio generalis*[7] ile sebebin geçersizliğini öne sürebilir,ispat edebilirse mahkum olmaktan kurtulabilirdi. *Stipulatio* ile daha önceden ödeneceği kabul edilen ödünç verilmediği halde mücerret olan bu stipulatio'ya dayanılarak talep edildiğinde davalı geniş anlamda iyiniyet definin(*exceptio doli generalis)* alt türü olarak görülmesi gereken e*ceptio non numeratae pecuniae (ödenmemiş para defi)* dermeyan edebilirdi[8]. Bu defi imparator emirnamesine dayanmaktadır[9], ancak bir yıl içinde, Diocletianus'tan itiba-

---

4 *Stipulatio* sebebe bağlı olarak, yani borçlanmanın sebebinin sözleşmeden anlaşılacağı şekilde de yapılabilirdi. Bu durumda sebebe bağlı(illi) *stipulatio* söz konusu olur. S*tipulati'dan* doğn borcun alım satımdan, bağışlamadan kaynaklandığı belirtilmişse, stipulatio sebebe bağlıdır. Bu sebeb geçerli değilse, borç doğmaz, *stipulatio ipso iure* batıldır, hakim bunu görevi gereği*(ex officio)* dikkate alırdı. ***Honsell H.-Mayer Maly Theo-Selb W.***, Römisches Recht, Berlin 1987, s.296. Bu konuda bkz. D.45,1,35,1 Paulus.

5 ***Honsell-Mayer Maly-Selb***, s.295.

6 ***Sungurbey***, s.29.

7 D.44,4,23'te Ulpianus'a göre sebebi olmadan *stipulatio* ile bir şeyi taahhüt etirmiş olanın buna dayanarak dava açması durumunda bir *exceptio doli mali* ile karşılaşabileceğini, *stipulatio*'nun oluştuğu sırada hile olmamasına rağmen davanını tesbiti (*litis contestatio)* ile hilekar bir dvrnıiş içine girdiği, *stipulatio* yapıldığı srada yeterli hukuki sebebin bulunduğu, fakat dava açıldığı sırada yeterli bir sebebin olmadığı fikrini öne sürmektedir. Ulpianus aynı metnin devamında *stipulatio ile* tahhüt ettirmiş olduğui, ancak fiilen ödemediği ödünç parayı davayla isteyen kimseye exceptio *ileri sürülebileceğini, stipulatio*'nun hukuki sebebinin tayin edilmiş olduğu halde, sonradan gerçekleşmemiş veya ortadan kalkmış olduğunu ifade etmektedir.

8 Semenin *stipulatio* ile taahhüt edilmesine rağmen stılan mal teslim edilmemişse, *stipulatio*'dan doğan dava açılırsa, davalı *exceptio non mercis traditae* öne srebilirdi. Bu defi ile alıcı mal kendisine teslim edilinceye kadar semni ödemeyebilirdi..Gai..4,126a açık arttırmada sattığı malı teslim etmeden parayı isteyen bankere karşı bu definin ileri sürülebileceğini, eğer para ödenmeden malın teslim olunmayacağı kararlaştırılmışsa, bankere karşı defi öne sürebileceğini belirtmektedir

9 C.4,30,7: *"Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata* non *est, per condicionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeraratae pecuniae sdversus agentem uti potestis"* C.4,30,7: Size hiç ödenmemiş pra ödüncünden dolayı karşı tarafa *stipulatio* ile geri ödemeyi tahhüt etmişseniz, *alacaklı bir şey talep etmemek zorunda olduğu halde dava açmışsa ödenmemiş para defi kullanılabilir.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ren beş yıl içinde ileri sürülebilirdi[10]. Bu defi klasik dönemin sonlarına doğru uygulamaya girmiştir[11]. *Exceptio doli'nin* ileri sürülemediği hallerde bir exceptio *in factum olan exceptio no numeratae pecuniae* kullanılmaya başlanmıştı[12]. I.3,13,2'de Iustinianus lehine yapılan stipulatio'ya dayanarak ödünç parayı vermeyen dava açtığında ileri sürülebilecek olan verilmemiş para definin bir emirnameyle süresinin kısaltıldığını belirtmektedir.

§2-Iustinianus Dönemindeki Durum

Iustinianus hukukunda Doğu'daki gelişmelerin sonucu olarak *stipulatio*'nun mahiyetinde bazı önemli değişiklikler oldu. Klasik devrin sonuna kadar belli kelimelerin soru ve cevapta kullanılmasıyla oluşan *stipulatio* yazılı bir belgeye dönüştü. Klasik hukuka uygunluğu sağlamak *için* tarafların iksinin de belgenin hazırlandığı günde aynı yerde bulunduğunun ispatı yeterli olmuştu.

İmparatorluk döneminin son zamanlarından itibaren *stipulatio* mücerret niteliğini kaybetmeğe başlamıştı. Iustinianus mücerret stipulatio'nun sağladığı faydaları ortadan kaldıracak şekilde stipulatio alacaklısının dava açtığında, borçlunun sebebi de kanıtlamak zorunluluğunu getirmişti[13]. Tabiatıyla davalı savunma ileri sürmez ise, stipulatio alacaklısının sebebi ispat yükümlülüğü yoktu. Bu şekilde mücerret borçlandırıcı işlemin faydaları ortadan kalkmış oldu[14]. Klasik devirde ve öncesinde belli kelimelerin soru ve cevapta kullanılmasıyla oluşan *stipulatio* bir belgeye dönüşmüştü. Ancak *stipulatio*'nun sadece hazırlar arasında oluşabileceği esasından vazgeçmemek için borçlunun imzasını taşıması gereken belgenin düzenlenmesi sırasında tarafların aynı gün ve yerde bulunması aranıyordu[15].

Bunun dışında yine bu dönemin sonlarına doğru düzenlenmiş bir belge ile karzın ispatlanabileceği, ama bu karzın verilmediğinin de ispat edilebi-

---

10 ***Kaser M.***Das Römische Privatrecht,I.Abschnittt,München 1971, s.542.

11 ***Zimmermann R.***,The Law of Obligations, Oxford 1996, s.93; ***Buckland W.W.***,A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian,s.438 vd., *exceptio non numeratae pecuniae'nin* getirilmesinin M.S. 215'ten sonra olmadığını,bir yıl olan ileri sürme süresinin Diocletianus zamanında beş yıla çıkarıldığını belirtmektedir.

12 ***Zimmermann***,s.94;D.D.44.4.4.16.

13 ***Tahiroğlu B.***,Roma Borçlar Hukuku,İstanbul 2003,s.124.

14 **Umur Z.** Roma Hukuku,İstanbul 1987,s.353.

15 I.3,19,12: "*Item verborum obligatio inter absentes cocepta inutilis est.sede cum hoc materiam litium contentionis hominibus prasstabat,forte post tempus tales allegationes oppenentibus et non praesentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus:ideo nostra constitutio propter celeritatem dimendarum litium itraducto est,quam ad Caesariensen advocatos scripsimus,per quam dispossuimus tales scripturas,quae presto esse partes indicant,omnimodo esse credendas,nisi ipse, qui talbuus utitur improbis allegationibus,manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis esse.*"

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

leceği kabul edilmekteydi[16]. Bunun için bir menfi tespit davası(*querela non numeratae pecuniae)*açılabileceğine yukarıda değinilmişti[17].

Iustinianus hukukunda borçlu senedi *cautio discreta* yahut *cautio indiscreta* şeklinde düzenlebilirdi. Birinci halde sebepli bir belge vardır, bu sebebin geçersizliğini borçlu kanıtlamak durumundaydı. Şayet belgede sebep gösterilmemişse, alacaklı borcun varlık sebebini kanıtlamak zorunda kalıyordu[18].

§3-Iustinianus'tan Sonraki Durum

Iustinianus'un getirdiği düzenleme esas itibarıyla sadece *Corpus Iuris Civilis* üzerinde çalışan sonraki akımları da etkilemiş, 19. yüzyıla kadar mücerret borç ikrarı uygulamaya girememiştir ve *exceptio non numeratae pecunae'yi uygun görmeyen görüşler ileri sürülmüştü*[19]. Müşterek Hukuk mücerret borç vaadini tanımaz[20] Ancak 19.yüzyılda hukuki sebepten soyutlanmış taraf iradesinin bir borç ilişkisi kurulabileceği görüşü kendisini kabul ettirebilmişti[21].

Code civil m.1132 "La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée"

BGB 780 mücerret borç ikrarını,ikrarın bağımsız olarak borç altına sokacak şekilde taahhüt edilmesine yönelik bir sözleşme olarak tanımlamaktadır[22].

---

*I..3,19,12:*Hazırlar arasında olmayan sözlü akit geçersizdir. Ancak bu durum kavgacı insanların dava açmasına yol açıyordu. Bu insanlar bir müddet sonra itiraz ederek kendilerinin veya davadaki muhataplarının sözleşme sırasında orada olmadıkları iddiasını öne sürüyordu. Bu yüzden davaların çabuk karara bağlanması için Caesarea'nın avukatlarına emirname çıkardım. Bu emirnamede şunu düzenledim: Tarafları hazır bulunmadıklarını kanıtllayan belgelerin tamamen inandırıcı olduğunu, fakat bu iddiaları ileri sürenler ya yazı yahut güvenilir tanıklarla, kendisinin veya diğer tarafın belgenin tanzim edildiği günde başka bir yerde bulunduğunu kanıtlamak zorundadır.

16 **Weiss E**, Institutionen des Römischen Privatrechts,2.Auflage,Stuttgart 1949,s.343.

17 **Umur**, s.353,bu durumda bir sebepsiz iktisap davası olan *condictio sine causa*'nın açılacığını belirtmektedir. Buckland bu haksız iktisap davasının alacaklının defi süresini geçirmek için oyalanması hali için öne sürmektedir.

18 **Sungurbey**, s.3;.**Kaser M.**,Das Römische Privatrecht II,München 1959,s.277.

19 **Windscheidt-Kipp**, Pandekten, Band 2, Aaalen 1984,s.581,dipnotu 15 "Vicdansız bir alacaklı alınmamış paranın geri ödenmesi için borçluyu zorlayabileceğinden, getilmiş olan bu korunma vasıtası vicdansız borçluya gerçekten alınmış karzı geri vermemeği mümkün kılmaktaydı".

20 **Siber H.**, Römisches Privatrecht, Darmstadt 1968,s.178.

21 **Kreller H.**, Römisches Recht II., Grundlehren des Gemeinen Rechts, Wien 1950,s.332-333.Bu konuda O. Baehr'in Anerkennung(1855) adlı eserinin etkili olduğu kabul edilmektedir.

22 Avusturya Medeni Kanunu(ABGB) mücerret borç vaadini düzenlememiştir, **Honsell H.-Vogt N.P.-Wiiegand W.**,Kommentar zum schweizerische Privatrecht, Obligationenrecht I,Band I,3.Auflage, Basel 2003,s.142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İsviçre Hukukunda da borç ikrarının tek taraflı bir sözleşme olduğu,özel bir şekilde yapılmasının şart olmadığı, sözlü, hatta istidlal ettirici vakıalarla da oluşabileceği savunulmaktadır[23]. Sözlü olduğu zaman klasik devrin mücerret *stipulatio*'su akla gelmektedir

[23] **Honsell H.Vogt N.P-Wiegand W**.,s.140.v.**Tuhr-Peter**Allgeminer Teil des schweizerischen Obligationenrechts,Band I,Zürich 1979,s..270,madde 17'de yazılı olmanın istenmediğini,ancak öngörülmüş olduğu fkrini açıklamaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ALMAN HUKUKU'NDA ÖDEME GÜÇLÜĞÜ İÇİNDEKİ ŞİRKETLERİN YAPILANDIRILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

*Ar. Gör. H. Özden Özkaya-FERENDECİ**

Giriş

Alman Hukuku'nda 1999 yılına kadar 1877 tarihli Alman İflas Kanunu olan Konkursordnung (KO) yürürlükte kalmıştır.

Ancak imtiyazlı alacaklılara münferit takip yapma konusunda önemli ayrıcalıklar tanıyan KO'nun hedefleri bakımından da alacaklının menfaatini ön planda tutması ve borçlunun haklarını geri plana itmesi, yerini sosyal eşitliğin sağlanması amaçlarıyla Insolvenzordnung'a (InsO), yani 1999 tarihinde yürürlüğe giren yeni Alman İflas Kanunu'na bırakılmasına neden olmuştur.

Çalışmamızda Alman İflas Kanunu'nun borçlu şirketlerin iflası ve yapılandırılması ile ilgili düzenlemeler incelenirken, Konkursordnung'un (eski Alman İflas Kanunu) ilgili düzenlemelerine yer verilecektir. Zira 1877'den 1999'a kadar yaklaşık 120 yıl yürürlükte kalan bu kanunun etkileri de hala devam etmektedir.

A. Eski Alman İflas Kanunu (Konkursordnung)

I. Genel Olarak

Almanya'da 01.01.1999'a kadar, 1877 tarihli eski Alman İflas Kanunu olan Konkursordnung (KO) yürürlükte kalmıştır. Bu Kanunun temeli Code de Commerce ve Prusya İflas Kanunu idi[1].

Eski İflas Kanunu'nun temel amaçları, alacaklının menfaatlerini korumak ve borçlunun elindeki mal varlığını değerlendirerek alacaklının talep-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

1 ***Jauernig***, s. 167.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lerini karşılamaktı[2]. Bu hedefle borçlunun mal varlığının tamamen tasfiye edilmesi ile sağlanıyordu[3].

Ancak bu uygulama, alacaklılar arasında eşitsizlik oluşmasıyla yetersiz kaldı. Bu durum özellikle imtiyazlı alacaklılar açısından söz konusuydu[4]. İmtiyazlı alacaklılara örnek olarak, elinde ayni bir hak bulunduran bir alacaklı gösterilebilir. Taleplerini bu şekilde teminat altına almış olan alacaklılar, iflasın açılışını dikkate almadan hareket edebildikleri için, diğer alacaklıların haklarını fazlasıyla kısıtlamış oluyorlardı[5].

II. Şirketlerin İflasındaki Prosedür

Şirketlerin iflasındaki prosedür

Şirketlerin iflası § 207 KO'a göre açılırdı.

İflas kararı vermekte görevli mahkeme sulh mahkemesiydi (§ 71 KO). İflasın açılmasına talep üzerine karar verilmekteydi. Mahkemenin bu kararı resen vermesi mümkün değildi[6].

İflasın açılması hem borçlu hem de alacaklı tarafından talep edilebilmekteydi[7].

İflasın açılması için gerekli olan şartlardan biri de şirketin ödeme güçlüğü içinde, yani aciz halinde olmasıydı (§ 209 KO). Aciz hali, şirketin mal varlığının kendisine yöneltilen vadesi gelmiş talepleri karşılayamadığı veya eksik kaldığı hallerde mevcuttu[8].

Ödeme güçlüğü içindeki şirketin yetkili organları bu durumun tespiti ile iflasın açılmasını talep etme yükümlülüğü altına girmekteydiler[9]. Bu uygulamanın temel amacı, alacaklıların daha fazla zarar görmesini ve şirketin mal varlığının daha fazla eksilmemesi için iflasın açılmasını sağlamaktı[10]. Hatta şirketin yetkili organlarının yeni yapılandırma girişimleri dahi bu kanunun öngördüğü üç haftalık süreyi uzatamamaktaydı[11].

Yükümlülüklerini yerine getirmeyen şirketin yetkili organları kusurlu hareket etmiş olurlardı (§ 93 Aktiengesetz, Alman Hisse Senetleri Kanunu; AktG) ve tazminat ödeme gibi yaptırımlara maruz kalabilirlerdi.

---

2 ***Jauernig***, s. 164.
3 ***Baur/Stürner/Schönke***, s. 378, Rn. 950.
4 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1650.
5 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1650.
6 ***Baur/Stürner/Schönke***, s. 386, Rn. 965.
7 ***Baur/Stürner/Schönke***, s. 387, Rn. 966.
8 ***Kuhn/Uhlenbruck*** zu § 207, Rn. 7.
9 ***Uhlenbruck***, ZIP 1980, s. 73.
10 ***Uhlenbruck***, ZIP 1980, s. 73.
11 ***Kuhn/Uhlenbruck***, zu § 207, Rn. 9a.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Şirketin ödeme güçlüğü içinde bulunması ise yıllık ve / veya ara bilançonun değerlendirilmesi ile tespit edilirdi (§ 92 AktG).

İflasın açılmasına iflas mahkemesi karar vermekte ve iflas yöneticisini[12] tayin etmekteydi[13].

Bu kararın açıklanması ile birlikte, borçlunun mevcut mal varlığına el konulmaktaydı (§ 1 KO). Borçlu bunun neticesinde tasarruf yetkisini kaybetmekte ve bu yetki tümüyle iflas yöneticisine geçmekteydi (§ 6 KO). Ayrıca borçluya karşı münferit takipler yapılamamaktaydı[14].

İflasın açılmasıyla birlikte ödeme güçlüğü içindeki şirketin aynı şekilde devam ettirilebilmesi sadece satılması ve başkasına devri ile mümkün olabilmekteydi[15]. Yani eski kanunda şirketin yeniden yapılandırılması ve mevcut şekli ile devam ettirilmesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktaydı.

Ancak normal bir iflas tasfiyesinde alacaklıların talepleri genellikle tam olarak karşılanamamaktaydı. Bundan dolayı, alacaklılar taleplerinden kısmen vazgeçerek veya vadesini ileri bir tarihe atarak, borçlu şirketin mal varlığı durumunun borçlarını karşılayacak duruma gelmesini ümit etmekteydiler. Bu yol izlendiğinde ödeme güçlüğü içindeki şirket mevcut şeklini koruyarak devam etmekte ve buna yapılandırılma adı verilmekteydi[16]. Ancak bu yapılandırılma olarak adlandırılan yöntem, ödeme güçlüğü içindeki şirketin sürekli bir şekilde devam ettirilmesini değil, alacaklıların menfaatleri daha iyi temin edileceği noktaya kadar yaşatılmasını hedeflerdi[17]. Bu hedeflenen nokta genelde bir konkordato olmaktaydı.

Konkordato iflasın açılmasını engellemek için yapılıyorsa, bu erteleyici konkordato diye adlandırılmaktaydı[18].

Konkordato yoluna gidilmesi sadece borçlu tarafından önerilebilmekteydi (§ 173 KO) ve sadece imtiyazlı alacaklılar dışındaki alacaklılar için geçerli olmaktaydı. Bu konkordatoda alacaklılara eşit şekilde muamele edilmesi prensibi mevcuttu[19].

Borçlu tarafından önerilen konkordato hakkında bir toplantı düzenlenmekte ve kabul edilip edilmeyeceği karara bağlanmaktaydı (§ 179, § 180 KO). Bu toplantı iflas mahkemesinin kontrolünde gerçekleşmekteydi. İflas

---

12 ***Sakız***, s. 152.

13 ***Baur/Stürner/Schönke***, s. 393, Rn. 978.

14 ***Baur/Stürner/Schönke***, s. 396, Rn. 980.

15 ***Schmidt*** FS, s. 261, 262.

16 ***Jauernig***, s. 233.

17 ***Jauernig***, s. 234.

18 ***Baur/Stürner/Schönke***, s. 494, Rn. 1166.

19 ***Jauernig***, s. 234.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yöneticisi, ödeme güçlüğü içindeki şirketin yöneticileri ve imtiyazlı alacaklılar dışındaki adi alacaklılar bu toplantıya katılmaktaydı. Alacaklıların çoğunluğu sunulan konkordatoyu kabul ederse, iflas mahkemesinin de onayı ile geçerlilik kazanmakta[20] ve kabul edilmesi ile iflas kapanmaktaydı[21].

B. Yeni Alman İflas Kanunu (Insolvenzordnung)

I. Genel Olarak

Almanya'nın yeni İflas Kanunu olan Insolvenzordnung (InsO) 05.10.1994'te kabul edilip, 01.01.1999'da yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanun 335 madde ve on bir kısımdan oluşmaktadır.

1877'de ilk hali ile yürürlüğe giren eski Alman İflas Kanunu'ndaki (Konkursordung) düzenlemeler günümüzdeki iflas prosedürleri için yetersiz kalmanın yanında, artık sadece imtiyazlı alacaklıların haklarını korumaya yönelik bir uygulama şeklini aldığından, köklü bir reform gerekliliği ortaya çıkmıştır[22].

Eski kanundaki düzenlemelerin temel amaçları alacaklıyı korumak ve sübjektif haklarının yerine gelmesini sağlamaktı. Bu hedeflere ulaşmak için de borçlu sadece elinde kalan mal varlığı itibarıyla önem kazanmakta ve iflas prosedürü sürecinde onun menfaatlerinden ziyade alacaklının menfaatleri gözetilmekteydi[23].

Ancak yeni kanunun üç ana hedefe hizmet etmesi amaçlanmıştır. Eski kanunda da mevcut olan alacaklının menfaatini gözetmek ve sulh sağlanması amaçlarının yanı sıra yeni kanun borçlunun ekonomik açıdan kurtarılması prensibini de (§ 1 InsO) benimsemiştir[24]. Yani alacaklının tatmin edilmesi hedefine ulaşmak için artık sadece borçlu üzerinde iflasının açılması yolu değil, borçlunun yeniden yapılandırılması imkanına da yer verilmiştir[25].

Alacaklının tatmin edilmesi için hangi yola başvurulacağı konusundaki seçim hakkı ise kural olarak alacaklılar topluluğuna verilmiştir[26], böylece yeni kanun alacaklı hakimiyetine (Gläubigerautonomie) yer vermektedir[27]. Alacaklıların tatmin edilmesi için gerçekleştirilecek planın öncelikle alacak-

---

20 ***Jauernig***, s. 235.

21 ***Baur/Stürner/Schönke,*** s. 498, Rn 1173.

22 ***HeiKo / Flessner*** Einleitung, Rn. 5; ***Wellensiek***, WM 1999, s. 405.

23 ***Windel***, Jura 1999, s. 1.

24 ***Windel***, Jura 1999, s. 1.

25 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1649.

26 ***Baumfalk***, s. 222; ***Wellensiek***, WM 1999, s. 410.

27 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1649.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lılar topluluğu ile borçlu arasında bir anlaşma yolu ile sağlanması amaçlanmıştır[28]. Bu süreç içerisinde alacaklılar topluluğu ile borçlu arasında üçüncü kişi olarak sadece geçici iflas yöneticisi (Insolvenzverwalter) bulunur ve bir karara varılana kadar borçlunun mal varlığını idare eder[29]. İflas yöneticisi bu süreçte, iflas mahkemesinin yanı sıra, kural olarak alacaklılar topluluğunun direktiflerine de bağlıdır[30]. Eğer alacaklılar topluluğu kendi içinde veya borçlu ile, alacaklıların tatmin edilmesi konusunda bir mutabakata varamazsa, iflas açılır ve ancak bu noktadan sonra hakimiyet tam anlamıyla iflas yöneticisine ve / veya iflas mahkemesine geçer[31]. Görüldüğü gibi yeni Alman İflas Kanunu külli takibin, taraflar arasında, *devletin cebir organları katılmaksızın*, özel hukuka ilişkin bir anlaşma ile gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır. Yaptırım olarak da iflas mahkemelerinin iflasın açılmasıyla birlikte tasfiyeye hakim olması tehdidini göstermektedir.

İmtiyazlı alacaklılar açısından da yeni kanun değişik bir uygulama getirmiştir. Eski kanundaki düzenlemelere göre, imtiyazlı alacaklılar, iflas açılmış olsa dahi, imtiyazlı haklarından doğan taleplerini iflas tasfiyesinden bağımsız bir şekilde, diğer alacaklılar topluluğuna girmeden, istedikleri zaman elde edebiliyorlardı. Böylece, zaten iflas etmiş bir borçlunun mal varlığı daha da azalıyor ve diğer alacaklıların paylarına düşen miktar da küçülüyordu. Yeni kanun uyarınca artık imtiyazlı alacaklıların zamansız bir şekilde borçlunun mal varlığına el koymaları (böylece bütünlüğü bozmaları) önlenmiş ve iflas prosedüründen doğan masraflara da dahil edilmeleri sağlanmıştır[32].

Amaç iflas prosedürünün giriş kısmında borçlunun mal varlığının bütünlüğünü korumak olduğundan, imtiyazlı alacaklılar bu aşamada borçlunun mal varlığına el koyamamaları sağlanmıştır. İmtiyazlı alacaklıların maddi açıdan hakları kısıtlanmıyor, ancak haklarını elde etmeleri yeni kanunun düzenlemeleri ile erteleniyor[33]; bu ertelemeyi ise iflas yöneticisi gerçekleştiriyor. Kural olarak bu bekleme süreci sonunda imtiyazlı alacaklılar haklarını eksiksiz elde ediyorlar. İmtiyazlı alacaklıların hakları sadece tasfiye planında alacaklılar topluluğun oy birliği ile kısıtlanması mümkündür[34]. Bekleme süresi fazla uzadığı zaman imtiyazlı alacaklılar bu planı kabul etmeleri ihtimali de yükseliyor.

---

28 ***Windel***, Jura 1999, s. 2.

29 ***HeiKo / Kirchhof*** zu § 22, Rn. 4 v.d..

30 ***HeiKo / Flessner*** zu § 157, Rn. 5, 6.

31 ***HeiKo / Eickmann*** zu § 58, Rn. 1, 2.

32 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1650.

33 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1653.

34 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1652, s. 1653.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. Şirketlerin İflasındaki Prosedür

1. İflasın Açılmasının Şartları ve Hükümleri (Normal Prosedür)

İflasın açılmasının şartları eski kanundaki düzenlemelere benzemektedir.

Görevli mahkeme § 2 InsO'ya göre gene sulh mahkemesidir (Amtsgericht).

İflasın açılması ise borçlu ve / veya alacaklı tarafından talep edilebilmektedir (§ 15 InsO).

Genel olarak iflasın açılma sebebi de yine aciz halidir. § 17 II InsO'ya göre aciz hali, borçlunun vadesi gelmiş ödeme yükümlülüklerini yerine getirememesidir. Bunun geniş yorumlanması gerekir. Yani aciz halinin mevcut olması, borçlunun uzun zamandır vadesi gelmiş borçlarını ödeyememesi anlamına gelmeyip, nakit (likidite) eksiliğin olması halidir[35]. Ekonomik açıdan durumunun düzelmesi ihtimali de aciz halini ortadan kaldırmaz, bu sadece yapılacak olan planda şirketin faaliyetlerinin devam ettirilmesi yönünden önem kazanmaktadır[36].

Bunun yanında iflasın açılmasını sağlayacak yeni bir neden olarak, § 18 InsO'ya göre "beklenen aciz hali" de artık iflasın açılmasına sebebiyet vermektedir. Ancak bu madde uyarınca iflasın açılması sadece borçlunun kendisi tarafından talep edilirse mümkündür. Böylece borçlu, iflasın açılması talebinin tehdidi ile, alacaklılar topluluğunu bir ödeme planı yapılması veya şirketin devam ettirilmesi yönünde bir anlaşmaya varılması için zorlayabilir[37].

Beklenen aciz halinde şirketin yetkili organları iflasın açılmasını talep etmekle yükümlü değildirler, halbuki aciz halinde borçlu, iflasın açılmasını üç haftalık süre zarfında talep etmek zorundadır[38].

Yeni kanunda öngörülen başka bir yenilik de yargılama giderleriyle ilgilidir. İflasın açılması için, mahkeme masraflarının, iflas yöneticisi ve alacaklılar topluluğu yetkililerine yapılacak ödemelerin borçlunun mal varlığından karşılanabilir olması yeterlidir (§ 26 InsO). Eski kanuna göre iflasın açılması için, öncelikle sözleşmeden doğan ödeme yükümlülüklerinin (kira, işçi maaşları v.s. gibi) yerine getirilmesi sonra ise mahkeme masraflarının ödenmesi gerekirdi. Yeni kanun bu hususta sıralamayı değiştirmiş, önceliği mahkeme masraflarına vermiştir ve onların ödenebilir olabilmesini de iflasın açılması için yeterli görmüştür[39].

---

35 ***Baumfalk***, s. 224.

36 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1651.

37 ***Windel***, Jura 1999, s. 3.

38 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1651.

39 ***Windel***, Jura 1999, s. 3.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İflasın açılmasına iflas mahkemesi karar verir ve iflasın açılmasına kadarki süre zarfında, borçlunun mal varlığını teminat altına almak amacıyla, geçici yönetici de tayin edebilir (§ 21, § 22 InsO).

İflasın açılma şartları mevcut ise, iflas mahkemesi iflasın açılmasına karar verir (§ 27 InsO). Bu kararda iflas mahkemesi aynı zamanda iflas yöneticisini belirler ve alacaklılar topluluğunun toplanma günlerini tespit eder[40].

Bu kararın neticesinde borçlu, iflasa tabi mal varlığı üzerinde tasarruf yetkisini kaybeder, bu yetki iflas yöneticisine geçer (§ 80 InsO). Bu süre içerisinde borçlunun edindiği yeni mallar da iflas masasına dahil olurlar[41].

Alacaklılar da artık sadece iflasa katılarak alacaklılarını temin edebilirler[42].

İflasın açılmasıyla iflas prosedürünün giriş kısmı başlamıştır. Giriş bölümü mahkemece tespit edilen alacaklılar toplantısı ile biter[43].

Alacaklılar toplantısında iflas yöneticisi borçlunun mal varlığı ve şirketin durumu hakkında bilgi verir. Alacaklılar topluluğu buna göre hangi yolu seçeceğine karar verir[44]. Anlaşma sağlanırsa prosedür alacaklılar topluluğun önerdiği plana göre, anlaşma sağlanamazsa iflas mahkemesinin belirleyeceği normal usule göre devam eder.

2. Tasfiye Planına Göre Prosedür (Verfahren Mit Insolvenzplan)

Yeni kanuna göre, iflas mahkemesinin kontrolü altındaki normal iflas prosedürün yanı sıra, mahkemeye tasfiye planı sunmak imkanı da mevcuttur. Öncelik bakımından iki seçenek arasında fark yoktur. Tasfiye planında alacaklılar topluluğunun prosedür üzerindeki etkisi daha fazladır (alacaklı hakimiyeti)[45]. Bu seçeneğin hedefi hem alacaklıları tatmin etmek hem de borçluyu kurtarmaktır[46].

Bu prosedüre girebilmek için iflasın açılmış, giriş bölümünün bitmiş olması ve bunun iflas açılırken talep edilmiş olması gerekir. Talep edecek kişiler borçlunun kendisi ve (geçici) iflas yöneticisidir[47]. Alacaklılar topluluğu bu aşamada talepte bulunamaz, ancak planı onaylamaları gerektiği için, ta-

---

40 ***Baumfalk***, s. 224.

41 ***Baumfalk***, s. 225.

42 ***Baumfalk***, s. 225.

43 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1653.

44 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1653.

45 ***Baumfalk***, s. 236.

46 ***Baumfalk***, s. 236.

47 ***HeiKo / Flessner*** zu § 218, Rn. 7, 8.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lep aşamasında kendilerine danışılır ve önerileri dikkate alınır[48]. Alacaklılar toplantısında kabul gören planın geçerliliği için iflas mahkemesinin onayı gerekmektedir, ancak bu şekli bir onaydır, çünkü prosedürdeki hakimiyet alacaklılar grubunda bulunmaktadır[49]. İflas mahkemesi sunulan planı, sadece gerçekleştirilmesi açıkça olanaksız gözüktüğünde reddedebilmektedir[50]. İflas mahkemesi planı onayladığında, açılmış normal iflas prosedürü sona erer ve iflas planı geçerlilik kazanır. Tasfiye planı aslında borçlu ile alacaklı topluluğu arasında özel hukuka dayanan bir sözleşme niteliğinde olduğu için[51], normal iflas prosedürünün kapanması ile kural olarak borçlu gene tasarruf yetkisini elde eder[52].

Yeni kanun ile kabul gören tasfiye planı ile eski kanunun öngördüğü konkordato ilk bakışta etkileri ve nitelikleri itibariyle benzerlik gösterseler de, amaçları açısından farklılık bulunmaktadır. Konkordato iyi niyetli borçlu için geliştirilen bir sistem iken, tasfiye planı borçlunun ekonomik açıdan mevcudiyetinin devam ettirilmesini amaçlayan bir uygulamadır[53]. Böylece hem alacaklıların menfaatini hem de borçlunun çıkarlarını dengeli bir şekilde korumayı amaçlamaktadır.

Söz konusu tasfiye planı, şekli ve maddi bölüm (§ 219 InsO) olarak iki kısma ayrılmaktadır[54].

Şekli bölümde, tasfiye planın dayanağı ve etkileri, yani bu yol seçilirken hangi kriterlerin dikkate alındığı ve ne şekilde değerlendirildiği belirtilir[55].

Maddi bölümde ise tasfiye planının gerçekleştirilmesi ile tarafların hukuki konumunun ne şekilde değişeceği ve mal varlığının nasıl değerlendirileceği, yani planın içeriği yer almaktadır[56].

Alacaklılar topluluğunun şirketin devam ettirilme kararı vermesi halinde, ödeme güçlüğü içindeki şirketin devredilmesi (§ 162, § 163 InsO; übertragende Sanierung) veya yapılandırılması (§ 217, § 218; Insolvenzplan als Sanierungsinstrument) şeklinde iki seçenek ortaya çıkmaktadır.

---

48 ***Baumfalk***, s. 237.

49 ***Baumfalk***, s. 239.

50 ***Baumfalk***, s. 239.

51 ***Windel***, Jura 1999, s. 7.

52 ***Baumfalk***, s. 239.

53 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1654.

54 ***Windel***, Jura 1999, s. 6.

55 ***Baumfalk***, s. 239.

56 ***Windel***, Jura 1999, s. 6.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a. Borçlu Şirketin Tüm Mal Varlığı İle Devri (§ 162, § 163; übertragende Sanierung)

Alacaklılar topluluğu şirketin devam ettirilmesine karar verirse, ilk seçebilecekleri yol § 162, § 163 InsO uyarınca şirketin devredilmesidir. Uygulamada büyük önem taşıyan bu sistemde şirketin kendisi veya büyük ekonomik birimlerinin üçüncü bir kişiye, örneğin yeni kurulan bir ortaklık grubuna (Auffanggesellschaft) satılır[57]. Ortaklık grubundan kast edilen her türlü adi ortaklıklar, şahıs ve sermaye şirketleridir. Bu satış ancak iflas yöneticisinin ve alacaklılar topluluğunun onayı ile gerçekleşebilir[58]. Böylece şirketin ortakların yakınlarına devri engellenmiş olur[59].

Bu imkan, ödeme güçlüğü içindeki şirketin çalışanlarının azaltılması yoluyla bir yenilenmeye gitme imkanı mevcutsa gündeme gelir[60]. İşçilerin işten çıkartılmasında ise iş güvencesinin getirdiği kurallar göz önünde tutulmak zorundadır. Yeni iflas kanunu bu yönde bazı esneklikler ve kolaylıklar getirmişse de, işten çıkartılma nedeni şirket faaliyetlerinin yürütülmesi açısından gerekli ise ve sosyal kriterler göz önünde tutuluyorsa mümkündür. Böylece iş güvencesi düzenlemelerine aykırı davranılması engellenmiş olunur[61].

Eski İflas Kanunu'na göre iflasın açılmasından sonra süren hizmet akitlerinden doğan talepler imtiyazlı alacaklı sayılırdı[62]. İflasın açılması ile işten çıkartılan işçilerin ise tazminat hakları mevcuttur[63]. Bu tazminat hakları tasfiye edilen mal varlığından ödenirdi, yani imtiyazlı bir alacak teşkil etmezdi[64].

b. Yapılandırılma Planı (§ 217, § 218; Insolvenzplan als Sanierungsinstrument)

Alacaklılar topluluğu şirketin devredilmesinin yanı sıra ödeme güçlüğü içindeki şirketin § 217, § 218 InsO'ya göre yapılandırılmasına da karar verebilir. Bu imkanın amacı ise, ödeme güçlüğü içindeki şirketin aynen devam etmesi ve elde ettiği kazançların alacaklılar topluluğuna teslim edilmesidir[65].

---

57 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1653.

58 ***HeiKo / Flessner*** zu § 162, Rn. 1.

59 ***HeiKo / Flessner*** zu § 162, Rn. 2.

60 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1653.

61 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1653.

62 ***Schaub***, s. 604, s. 607.

63 ***Schaub***, s. 610.

64 ***Schaub***, s. 610.

65 ***HeiKo / Flessner*** zu § 217, Rn. 4.; ***Landfermann***, BB 1995, s. 1654.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Alacaklılar topluluğunun taleplerinin bir kısmından vazgeçmesi ve diğer kısmını da tecil etmesi yapılandırılma planının tipik içeriğini oluşturmaktadır[66]. Böylece şirketin mali krizi atlatması ümit edilir. Aslında bu planın eski kanundaki konkordato ile büyük bir farkı bulunmamaktadır[67]. Ancak imtiyazlı alacaklıların haklarının bu plan ile kısıtlanması, temel bir yenilik teşkil etmektedir[68]. Planda çeşitli alacaklı toplulukları oluşturulur ve her topluluğun haklarının ne şekilde kısıtlandığı veya tecil edildiği belirtilir[69]; bu husus da, planın yukarıda sözünü ettiğimiz maddi bölümde yer almaktadır[70]. Planın gerçekleşebilmesi için oluşturulan her alacaklılar topluluğunun bu planı kabul etmesi gerekir[71]. Kabul etmeyen bir grup olursa, plan uygulanamaz. Yeni iflas kanununda bunun istisnası çok dar tutulmuştur, şöyle ki: kabul etmeyen grubun menfaatleri göz önünde bulundurulur ve bunların kısıtlanmaması şartıyla, grubun menfi kararına rağmen plan geçerlilik kazanabilir[72]. Bu kuralın sonucu olarak da alacaklılar topluluğun tasfiye planına mutlak oy birliği ile katılmaları gerektiği anlaşılıyor.

Bunun yanı sıra borçlunun da bu planı kabul etmesi zorunlu bir unsurdur[73].

Nihayet, yapılandırılma planın iflas mahkemesi tarafından onaylanması gerekmektedir[74].

Sonuç

Yeni Alman İflas Kanunu (Insolvenzordnung) yapılırken, eski iflas kanununun (Konkursordnung) eksiklikleri göz önünde bulundurulmuş ve genellikle borçlu – alacaklı dengesi sağlamaya yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Ayrıca yeni iflas kanunu, liberal anlayışların ve Amerikan Birleşik Devletleri'ndeki sistemin etkilerini taşımaktadır[75].

Bunun neticesi olarak şirketlerin iflası hususunda da devletin cebir organlarının etkisini azaltmaya gitmeden özel hukuk anlaşmaları yoluyla şirketlerin yapılandırılmasını sağlamaya yönelik düzenlemeler getirilmiştir.

---

66 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1654.

67 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1654.

68 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1654.

69 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1654; ***Wellensiek***, WM 1999, s. 410.

70 ***Baumfalk***, s. 239.

71 ***HeiKo / Flessner*** zu § 217, Rn. 9.

72 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1655.

73 ***Baumfalk***, s. 239.

74 ***Landfermann***, BB 1995, s. 1655.

75 ***Wellensiek***, WM 1999, s. 410.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KISALTMALAR

AktG	:	*Aktiengesetz (Alman Hisse Senetleri Kanunu)*
BB	:	*Betriebs-Berater*
FS	:	*Festschrift*
InsO	:	*Insolvenzordnung (yeni Alman İflas Kanunu)*
KO	:	*Konkursordnung (eski Alman İflas Kanunu)*
Rn.	:	*Randnummer (kenar notu)*
s.	:	*sayfa*
v.d.	:	*ve devamı*
WM	:	*Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*
ZIP	:	*Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BİBLİYOGRAFYA

Baumfalk, Walter ZPO Erkenntnisverfahren, Vollstreckungsverfahren Grundzüge des Insolvenzverfahrens 12. Auflage, Münster 2002 (kısaltma: Baumfalk)

Baur, Fritz / Stürner, Rolf / Schönke, Adolf Zwangsvollstreckungs-Konkurs- und Vergleichsrecht 11. Auflage, Heidelberg 1983 (kısaltma: Baur/Stürner/Schönke)

Heidelberger Kommentar Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung Heidelberg 1999 (kısaltma: HeiKo)

Jauernig, Othmar Zwangsvollstreckungs-und Konkursrecht 19. völlig neubearbeitete Auflage München 1990 (kısaltma: Jauernig)

Kuhn, Georg/ Kommentar zur Konkursordnung 10. Auflage,

Uhlenbruck, Wilhelm München (kısaltma: Kuhn/Uhlenbruck)

Landfermann, Hans-Georg Der Ablauf eines künftigen Betriebs-Berater 1995,

Insolvenzverfahrens s. 1650 (kısaltma: Landfermann, BB 1995)

Sakız, Deniz Güç Durumdaki Firmaların Kurtarılması İstanbul

Ticaret Odası Yayın No: 1997-24 İstanbul, 1997 (kısaltma: Sakız)

Schaub, Günter Arbeitsrechtshandbuch 6., überarbeitete Auflage München 1987 (kısaltma: Schaub)

Schmidt, Karsten Unternehmenskonkurs – Unternehmensträgerkonkurs - Gesellschaftskonkurs Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977 Festschrift, s. 247 Köln Berlin Bonn München 1977 (kısaltma: Schmidt FS)

Uhlenbruck, Wilhelm Gesetzliche Konkursantragspflichten und Sanierungsbemühungen Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis 1980, s. 73 (kısaltma: Uhlenbruck, ZIP 1980)

Wellensiek, Jobst Sanieren oder liquidieren? - Unternehmensfortführung und –sanierung im Rahmen der neuen Insolvenzordnung - Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 1999, s. 405

(kısaltma: Wellensiek, WM 1999)

Windel, A. Peter von Die Insolvenzordnung: Reform im Banner

Unternehmenssanierung Massenanreicherung, und Schuldbefreiung

Jura, 1999, s. 1 (kısaltma: Windel, Jura 1999)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNİN ULUSLARARASI NİTELİĞİ VE MÖHUK'A GÖRE YABANCILIK UNSURU BULUNAN TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANMASI GEREKEN HUKUK

*Dr. Muharrem GENÇTÜRK**

I- GİRİŞ

Taşıma sözleşmeleri tarafların milliyeti, takip edilen güzergâh, dava konusu ihtilafın doğduğu olayın gerçekleştiği yer, taşımanın başladığı yer, taşımanın sona erdiği yer, taşıma senedinin düzenlendiği yer veya taşıma sözleşmesinin kurulduğu yer gibi birçok bakımdan farklı hukuk sistemleriyle irtibatlı olabilir. Ancak uluslararası taşıma sözleşmesi kavramı doktrinde ve uygulamada doğrudan ele alınmamıştır. Genellikle taşımanın başladığı yer ile bittiği yerin iki ayrı devlet ülkesinde bulunduğu taşımalar şeklinde tanımlanan, uluslararası taşıma kavramından[1] hareketle kavramın açıklandığı görülmektedir. Uluslararası taşıma sözleşmelerinin, genel olarak irade serbestliği ve taraf eşitliği esasına dayalı olan hukuki rejime tabi olmalarından dolayı, uluslararası nitelikteki özel hukuk sözleşmelerinin alt grubunu oluşturduğu söylenebilir. Şu halde, konusu taşıma taahhüdü olan uluslararası nitelikteki özel hukuk sözleşmelerinin uluslararası taşıma sözleşmeleri olduğu sonucuna varılabilir.

Bu çalışmada önce, özel hukuk sözleşmelerinin uluslararası niteliğini belirlemek için kullanılan kıstaslar ve MÖHUK'da yabancılık unsuru taşıyan sözleşme kavramının bu kıstaslardan hangisine yakın olduğu incelenecektir. Daha sonra ise, özel hukuk sözleşmelerinin uluslararası niteliğini belirlemek amacıyla ileri sürülen söz konusu kıstasların, taşıma sözleşmelerinin uluslararası niteliğinin belirlenmesi bakımından uygunluğu ve bu konudaki gelişmeler, taşıma hukukuna ilişkin konvansiyonlarda uluslararası niteliğin belirlenmesi yöntemlerinden örnekler verilerek açıklanmaya çalışılacaktır.

---

* Konya Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Araştırma Görevlisi.

1 Bkz. Arkan, Sabih, **Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982, s.2; Hüseyin Ülgen, **Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları,** İstanbul, İstanbul Ticaret Odası, 1988, s.1.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II- ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİNİN ULUSLARARASI NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİNDE KULLANILAN KISTASLAR VE MÖHUK SİSTEMİ

1- Uluslararası Niteliğin Belirlenmesinde Kullanılan Kıstaslar

Uluslararası özel hukuk sözleşmelerinin tanımı konusunda doktrinde ve konuya ilişkin uluslararası düzenlemelerde birlik yoktur. Başka bir ifadeyle uluslararası özel hukuk sözleşmelerinin belirlenmesinde esas alınan kıstaslar her hukuk sisteminde farklılık gösterdiği gibi[2], sözleşmelere uygulanacak hukuku birleştirme gayesiyle hazırlanan uluslararası konvansiyonlarda da farklı kriterlere yer verilmiştir[3].

Uluslararası özel hukuk sözleşmelerinin belirlenmesinde uygulanacak kıstasların belirlenmesi, kanun koyucuları[4] ve doktrini de hayli meşgul etmiştir. Bir görüşe göre, birden çok hukuk sistemi ile irtibatı olan sözleşmeleri uluslararası sözleşme olarak nitelemek gerekir[5]. Bir başka görüşe göre ise bir sözleşmenin uluslararası niteliğinin tespitinde, onun şahsi ve coğrafi unsurlarına bakmak gerekir. Buna göre sözleşmenin tarafları; vatandaşlık, ikametgâh veya mutat mesken bakımından farklı bir devletle irtibatlı ise ya da sözleşmenin konusu olan edimlerden biri, bir kaçı veya hepsinin ifası, ülke sınırlarını aşmakta ise söz konusu sözleşme uluslararası niteliktedir[6]. Bu konuda yeni anlayış ve çağdaş uygulama ise, sözleşmenin maddi ve ekonomik karakterinden hareket edilerek uluslararası niteliğinin belir-

---

2 Bkz. Bilgin Tiryakioğlu, "Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk", **A.Ü. SBE,** Doktora Tezi, Ankara, 1991, s.1-2 ve dn 3; Feyiz Erdoğan, **Uluslararası Hukuk ve Tahkim,** Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s.88-89.

3 Örneğin, Avrupa Topluluğuna üye ülkeler arasında kanunlar ihtilafı kurallarını birleştirmeyi hedefleyen Roma Konvansiyonunun uygulama alanı, Konvansiyon hükümlerinin farklı devletlerin hukuk sistemleriyle bağlantılı sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacağı şeklinde belirlenmiştir (m.1/1). Bununla birlikte bu irtibatın, hangi kıstaslar dikkate alınarak belirleneceği Konvansiyonda çözümlenmemiştir (bkz. Nuray Ekşi, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", **MHB,** Yıl:12, S.1-2, 1992, (MHB) s.2).

1955 tarihli Milletlerarası Satışlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonunun uygulama alanı ise uluslararası satışlar şeklinde belirlemiştir (m.1/1). Ancak "*uluslararası satış*" kavramı tanımlanmamıştır. Sadece hakem atanmasının, hukuk veya mahkeme seçiminin, satışa uluslararası karakter kazandırmayacağı ifade edilmiştir.

1980 tarihli Viyana Konvansiyonu da uluslararası nitelikli satış sözleşmelerine uygulanacaktır (m.1). Bu Konvansiyona göre milletlerarası satım sözleşmesi, farklı devletlerde işyerine sahip bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmesidir (1/1).

4 Örneğin, Roma Konvansiyonunun ön tasarısında yer alan uluslararası sözleşme kavramı üzerinde uzun süren tartışmaların yapıldığı, fakat bir görüş birliğine varılamadığı için, farklı devletlerin hukuku ile bağlantılı sözleşme kavramına yer verildiği ifade edilmektedir (bkz. Ekşi, **MHB**, s.6).

5 Roma Konvansiyonu bu sistemi benimsemiştir (bkz. m.1/1).

6 Emine Yazıcıoğlu, "Uluslararası Deniz Taşımalarında Uygulanacak Kural Sorunu", **Deniz Hukuku Dergisi,** Yıl:5, S.1-4, Ocak-Aralık 2002, Gündüz Aybay'ın Anısına, (**Deniz Hukuku**) s.46; Tiryakioğlu, **a.g.e.,** s.3.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lenmesi yönündedir. Buna göre bir sözleşme, objektif unsurları bakımından uluslararası nitelik taşımasa bile, ekonomik ve ticari açıdan uluslararası ticareti ilgilendiriyorsa, uluslararası nitelikte kabul edilmelidir[7].

2- MÖHUK Sistemi

Türk Hukuk Mevzuatına göre sözleşmelerin uluslararası niteliklerinin tespiti için, öncelikle bu konuyu özel olarak düzenleyen 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna bakılmalıdır. Bu Kanunun uygulama alanını belirleyen birinci maddesinde "uluslararası sözleşme" veya aynı anlama gelen "milletlerarası sözleşme" kavramlarına yer verilmemiştir. Bunun yerine, "*Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler...*" den söz etmiştir (MÖHUK m.1). Ancak hangi hallerde hukuki ilişkinin yabancılık unsuru taşıyacağına ilişkin bir düzenleme de kanunda yer almamış ve bu meselenin tespiti, doktrin ve mahkeme içtihatlarına bırakılmıştır[8].

Doktrinde, uluslararası sözleşme kavramı ile yabancılık unsuru taşıyan sözleşme kavramı ayırımına girmeyen yazarlar[9] olduğu gibi, yabancılık unsuru taşıyan sözleşme kavramının uluslararası sözleşme kavramına göre daha geniş bir anlam taşıdığı görüşünde olanlar da[10] vardır. Bu görüşe göre, bir sözleşmenin uluslararası niteliği, taraflarının vatandaşlığı veya ikametgâhı ya da sözleşmenin ifa yerinin yabancı bir ülkede olması gibi objektif kıstaslara göre belirlenir. Objektif kıstaslara göre uluslararası niteliğe sahip olan sözleşmeler, bütün ülkeler bakımından uluslararası nitelik taşırlar. Buna karşılık sözleşmelerin yabancılık unsuru, sadece objektif kıstaslara göre değil; aynı zamanda sübjektif kıstaslara göre de belirlenebilir. Bunun sonucu olarak, bir devlete göre yabancılık unsuru taşıyan sözleşme, diğer devlete göre taşımayabilir. Örneğin, tamamen iç hukuku tabi bir sözleşmeden doğan ihtilafın yabancı bir mahkemede görülmesi halinde, mahkemenin bağlı olduğu devlet bakımından sözleşme yabancılık unsuru taşımaktadır. Oysa aynı ihtilaf, kanunlarına tabi olduğu devletin mahkemelerinde görüldüğünde, yabancılık unsuru taşımayacaktır[11]. Kısaca, her uluslarara-

---

7 Uluslararası sözleşme kavramı ile ilgili görüş ve uygulamalar konusunda daha geniş bilgi için bkz. Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku, 1986, (Esasa Uygulanacak Hukuk) s.29-31; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları,** Birinci Basım, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, Ekim 1996, (Çözüm Yolları), s.25-26; Cemal Şanlı/Nuray Ekşi, **Uluslararası Ticaret Hukuku,** 1. Bası, İstanbul, Beta, Ekim 2000, s.5 vd.; Ekşi, **MHB,** s.2-6; Tiryakioğlu, **a.g.e.,** s.1-5; Erdoğan, **a.g.e.,** s.87-89.

8 Şanlı/Ekşi, **a.g.e.,** s.5, dn.4.

9 Ergin Nomer/Cemal Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku,** 12. Bası, İstanbul, Beta, 2003, s.5.

10 Örneğin, Şanlı/Ekşi, **a.g.e.,** s.8; Ekşi, **MHB,** s.5; Erdoğan, **a.g.e.,** s.89.

11 Şanlı/Ekşi, **a.g.e.,** s.8.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sı sözleşme, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmedir; ancak her yabancılık unsuru taşıyan sözleşme, uluslararası sözleşme değildir[12].

Kanaatimize göre, MÖHUK'da *"yabancılık unsuru taşıyan sözleşme"* şeklinde formüle edilen sistemde, aslında doktrinde ileri sürülen görüş veya kıstaslardan hiç birinin benimsenmediği ve duruma göre herhangi birinin uygulanmasına imkân veren, kapsamı oldukça geniş bir düzenleme öngörüldüğü söylenebilir. Zira, hangi unsurların sözleşmelere yabancılık unsuru vereceği kanunda açıklanmamıştır. Sözleşmenin uluslararası niteliğinin belirlenmesinde, kişi ve yer unsurları birinci planda dikkate alınsa dahi, somut olayın özellikleri bunlardan birine ağırlık verilmesini veya birinin ya da ikisinin birden göz ardı edilmesini ve değişik bir unsurdan hareketle sözleşmeye uluslararası nitelik verilmesini gerektirebilir[13]. Şu halde; taşıma sözleşmelerinin uluslararası niteliğinin belirlenmesinde kullanılan en uygun kıstasın tespiti için, taşıma hukukuna ilişkin doktrin ve düzenlemelere bakmak gereklidir.

3-Taşıma Sözleşmeleri İçin Uygun Olan Kıstas

Taşıma sözleşmelerinin uluslararası niteliğinin belirlenmesinde hangi kıstastan hareket edilmesi gerektiği, doktrinde doğrudan ele alınmamıştır. Genellikle başladığı ülkeden başka bir devlete ait ülkede sona eren taşımaların uluslararası nitelikte olduğundan söz edilerek, uluslararası taşıma sözleşmesi kavramı dolaylı yoldan açıklanmaktadır[14]. Konuya ilişkin özel düzenlemeler içeren ulusal[15] ve uluslararası mevzuat da kendi uygulama alanlarını belirlemek için çoğunlukla aynı yöntemi kullanmışlardır (CMR m.1§1; VK m.1§2; HK m.2§1; BMK m.2§1). Buna karşılık, Eşyanın demiryoluyla uluslararası taşınmasına ilişkin Konvansiyonda (CIM) ise, uluslararası taşıma kavramı *"...en az iki devletin topraklarından geçen..."* taşımalar şeklinde tanımlanmıştır (CIM m.1§1). Ayrıca CMR, taşıma sözleşmesinin uluslararası niteliğinin belirlenmesinde herhangi bir duraksamaya yer ver-

---

12 Ekşi, **MHB,** s.5; Şanlı/Ekşi, **a.g.e.,** s.8.

13 Sözleşmelerin uluslararası niteliğinin tayininde, dikkate alınması gereken irtibat noktasının her somut olay bakımından farklı olabileceğine ilişkin görüş ve uygulamalar için bkz. Tiryakioğlu, **a.g.e.,** s.3-4 ve dn.7-10.

14 Bkz. Arkan, **a.g.e.,** s.2; Ülgen, **Uluslararası Taşıma,** s.1.

15 Bazı iç hukuk metinlerinde, bu düzenlemelerin uygulama alanını belirlemek gayesiyle uluslararası taşıma kavramı tanımlanmıştır. Bunlardan biri olan Karayolu ile Uluslararası Yolcu ve Eşya Taşımaları Hakkında Yönetmelikte uluslararası taşımalar;

Türkiye'den diğer ülkelere yapılan karayolu taşımaları,

Diğer ülkelerden Türkiye'ye yapılan karayolu taşımaları,

Türkiye üzerinden transit olarak yapılan karayolu taşımaları,

Türkiye'ye denizyolu, demiryolu veya havayoluyla gelip karayoluyla üçüncü ülkelere yapılan taşımalar, olarak tanımlanmıştır (KUTHY m.3/II).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

memek için, taraflarının ikametgâhı ve milliyeti gibi bağlama noktalarının dikkate alınmayacağını açıkça hükme bağlamıştır (CMR m.1/1). Bu sonuç, aynı hükme açıkça yer vermeyen VK ve HK bakımından da kabul edilmektedir[16]. Kanaatimizce CIM ve BMK bakımından da aynı sonucun kabul edilmesi gerekir. Zira uygulama şartları içinde tarafların milliyeti veya ikametgâhı gibi unsurlara yer verilmemiştir[17].

Doktrin ve yasal düzenlemeler dikkate alındığında, taşıma sözleşmelerinin uluslararası niteliğinin belirlenmesinde en çok kullanılan kıstasın, coğrafi unsur olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, Türk Hukukunda, yabancılık unsuru taşıyan sözleşme kavramına dayalı olarak formüle edilen sistemin genişliği karşısında, yabancılık unsurunun belirlenmesi bakımından benimsenen görüşe göre, başka unsurlardan hareketle de taşıma sözleşmeleri bağlama kurallarının kapsamında görülebilir. Nitekim uluslararası Konvansiyonlardaki müteakip taşıyıcı (successive carrier) ve fiili taşıyıcı (actual carrier) gibi kavramların, yeni ve modern yaklaşıma uygun oldukları görülmektedir[18]. Zira söz konusu hallerde uluslararası nitelikte bir taşımanın parçası olan kısmi mesafe taşımaları, tek bir ülke sınırları içinde kalsa dahi uluslararası nitelikte kabul edilmekte ve ilgili Konvansiyona hükümlerine tabi tutulmaktadır. Bunları aşağıdaki gibi örneklendirmek mümkündür.

İlki, VK'nın 1§3 ile 30. maddelerinde düzenlenen müteakip (mütevali/zincirleme/ardıl) taşımadır[19]. Buna göre *"Birbiri ardınca birkaç hava taşıyıcısı tarafından yapılacak taşıma ister bir tek anlaşma ister bir anlaşmalar dizisi şeklinde kararlaştırılmış olsun, eğer taraflarca tek bir iş olarak kabul edilmişse;"* VK bakımından uluslararası taşıma olarak nitelenecektir (VK m.1§3). Buna göre, birden fazla taşıyıcı tarafından gerçekleştirilen (müteakip) taşımalardan biri; taşıma mesafesinin zaman ve mekân bakımından birbirinden ayrı olan kısmi mesafelere bölünmesi, bu kısmi mesafelerin tamamından oluşan taşıma işi taraflarca tek bir iş olarak kabul edilmesi ve taşıma işinin birden çok müteakip taşıyıcı tarafından gerçekleştirileceğinin

---

16 Ülgen, **Hava Taşıma,** s.19; Emine Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu Lahey/Visby Kuralları İle Karşılaştırmalı Olarak,** İstanbul, Beta, 2000 (Hamburg Kuralları), s.57; Doğan Demirsoy, "Uluslararası Karma Taşımalarda Taşıyıcının Sorumluluğu", **İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü,** Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1996, s.23.

17 CMR, CIM VK, HK ve BMK'nın uygulanma şartları ve bu Konvansiyonlar kapsamındaki taşıma sözleşmelerinin uluslararası niteliği için bkz. Muharrem Gençtürk, "Uluslararası Konvansiyonlara Göre Taşıyıcının Eşya Taşımalarında Gecikmeden Doğan Sorumluluğu", **İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Doktora Tezi, 2005, s.50 vd..

18 Müteakip taşıyıcı ve fiili taşıyıcı kavramları burada konumuzla olan ilgisi nisbetinde kısaca ele alınacaktır. Daha fazla bilgi ve benzer kavramlarla mukayese için bkz. bkz. Gençtürk, **a.g.e.,** s.31 vd..

19 TSHK m.129'da da müteakip taşıyıcıya ilişkin hükümler getirilmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kararlaştırılmış olması halinde, tek bir ülke sınırları içinde gerçekleştirilse dahi, uluslararası nitelikte kabul edilecektir (VK m.1§3)[20].

İkincisi, CMR'nin 34. maddesi ve CIM'in 35. maddesinde düzenlenen müteakip taşımadır[21]. Buna göre eşya ile birlikte taşıma belgesini kabul eden sonraki (müteakip) taşıyıcı, taşıma belgesinde yazan koşullara göre gönderenle yapılan sözleşmenin tarafı haline gelir (CMR m.34; CIM m.35). Dolayısıyla, CMR veya CIM'e tabi bir taşımanın kısmi mesafede ifası amacıyla taşıma belgesiyle birlikte eşyayı taşımaya kabul eden müteakip taşıyıcılar, taşıma belgesinde yazan koşullara göre taşımanın tamamından asıl taşıyıcıyla birlikte müteselsil sorumludur. Buna göre müteakip taşıyıcılar, kendi kısmi mesafelerinde gerçekleştirdikleri taşımanın ulusal sınırlar içinde kaldığı gerekçesiyle, sorumluluklarının Konvansiyonlara göre tayin edilmesini engelleyemezler[22].

Üçüncüsü, fiili taşıyıcı kavramıdır[23]. Gudalajara Konvansiyonu ile HK'da yer almasına rağmen, iki tanımlama arasında biraz farklılık vardır. Guadalajara Protokolüne göre fiili taşıyıcı, akdi taşıyıcıdan aldığı yetkiye dayanarak VK'ya tabi bir taşımayı, güzergâhın bir kısmında veya tamamında ifa eden ve taşıma yaptığı kısım bakımından VK anlamında müteakip taşıyıcı olmayan, akdi taşıyıcıdan başka bir kişiyi ifade eder. Aksi ispat edilinceye kadar böyle bir yetkinin var olduğu kabul edilir (GK m.1-c). HK'ya göre fiili taşıyıcı ise, taşıyıcı tarafından taşımanın ifası kısmen veya tamamen kendisine bırakılan her şahıs ile böyle bir ifa kendisine tevdi edilen diğer

---

20 David A. Glass/Chris Cashmore, **Introduction to The Law of Carriage of Goods**, Londra, Sweet&Maxwell, t.y., No.6.18; İnci Deniz Kaner, "Birden Fazla Taşıyıcı Tarafından Yapılan Hava Taşımaları (Zincirleme Taşımalar)", **Batider,** C.XVI, S.3, Haziran 1992, s.4-12; Bülent Sözer, "Taşıyanın Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlere İlişkin Bazı Meseleler ve Görüşler: Karayolu, Denizyolu ve Havayolu İle Yapılan Taşımalar Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme", **Batider,** C.XIV, S.2, Aralık 1987, s.131; Gençtürk, **a.g.e.,** s.33; Ahmet Kırman, **Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s.37; Arzu Arslan, **"Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Yükün Ziya ve Hasarından Doğan Sorumluluğu",** Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997, s.36.

21 CMR ile CIM kapsamındaki taşıma sözleşmelerinde müteakip taşıyıcıdan söz edebilmek için de taşımaya ortam değişikliği yapılmadan devam edilmesi gerekir. Ancak Varşova Konvansiyonundan farklı olarak, gönderenle yapılan sözleşme sırasında taşımanın müteakip taşıyıcılar tarafından gerçekleştirileceğinin kararlaştırılmış olması zorunlu değildir (Gençtürk, **a.g.e.,** s.32).

22 Clarke, Malkolm A., **International Carriage Of Goods By Road CMR,** Third Edition, London, Sweet & Maxwel, 1997, No.51, s.202-203.

23 Fiili taşıyıcı kavramı ilk olarak hava taşımalarına ilişkin 1961 tarihli Guadalajara Protokolünde kullanılmış, sonra denizyoluyla yolcu taşımacılığına ilişkin 1974 tarihli Atina Konvansiyonunda, daha sonra da denizyoluyla eşya taşımacılığına ilişkin HK'da yer almıştır (Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları,** s.41). Türk Hukuk Doktrininde "aktüel taşıyan" olarak da ifade edilmiştir (Fahiman Tekil, "Hamburg Kuralları ve Türk Deniz Taşıma Hukuku", **Hukuk Araştırmaları,** C.10, S.1-3, 1996, s.407-423, s.420).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bütün kişileri ifade eder (HK m.1§2). Görüldüğü gibi, HK tarafından verilen tanımlama daha geniştir. Zira *ilk olarak,* fiili taşıyıcı olarak nitelenebilmek için taşıma işini bırakanın mutlaka akdi taşıyıcı olması aranmamıştır. *İkinci olarak,* taşımayı fiilen icra etmesi yerine kendisine böyle bir taşımanın bırakılması yeterli görülmüştür[24]. Guadalajara Protokolündeki düzenlemeyle, fiili taşıyıcı taşımanın sadece kendisi tarafından ifa edilen kısmıyla sınırlı olarak, VK'nın öngördüğü sorumluluk bakımından taraf durumuna getirilmiştir. HK'da da benzer bir hüküm getirilmiş ve taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin bütün hükümlerin, fiili taşıyıcı tarafından icra edilen taşıma bakımından da geçerli olduğu düzenlenmiştir (HK m.10§2). Ayrıca akdi taşıyıcı, fiili taşıyıcıya bıraktığı kısım da dahil olmak üzere, taşımanın tamamından Konvansiyon hükümleri gereğince sorumludur[25]. Taşımanın fiili taşıyıcı tarafından ifa edilen kısmında, akdi taşıyıcı ile fiili taşıyıcı arasındaki sorumluluk ilişkisi müteselsildir (HK m.10§1; GK m.3)[26].

Görülüyor ki, müteakip taşıyıcı ve fiili taşıyıcı söz konusu olduğunda, kısmi bir mesafede ayrı bir taşıyıcı tarafından ifa edilen taşıma, tek bir ülke sınırları içinde kalsa dahi, uluslararası nitelikte kabul edilecektir. Bu durumun sözleşmelerin uluslararası niteliğinin belirlenmesinde uluslararası ticareti ilgilendirip ilgilendirmemesini kıstas kabul eden görüşe çok yakın, hatta onun taşıma sözleşmelerine uyarlanması niteliğinde olduğu ortadır. Ancak ulusal mahkemelerin sözleşmelerinin maddi ve ekonomik karakterinden hareketle uluslararası niteliği belirlemeden kaçındıkları aşikârdır. Hele taşıma sözleşmeleri söz konusu olunca, müteakip taşıyıcıya ve fiili taşıyıcıya ilişkin olanlar gibi açık bir hüküm olmadan, böyle bir nitelendirmenin yapılması zor görünmektedir. Ancak HK'da olduğu gibi, uluslararası konvansiyonlarda uluslararası bir taşımanın kısmi mesafede ifasını, neredeyse hiçbir koşul aramadan Konvansiyon hükümlerine tabi kılmaya yönelik hükümler getirilmesi, böyle bir nitelendirmeye duyulan ihtiyacın göstergesidir. Bu görüşün uygulanmasına yönelik diğer bir ihtiyaç da CMR kapsamındaki taşımalar bakımından ortaya çıkmıştır. Buna göre taşımaya sonradan katılan taşıyıcılar, genellikle eşya ile birlikte taşımanın tümünü kapsayan sevk mektubunu kabul etmekten kaçınmakta ve ayrı bir sevk mektubu düzenlenmesini istemektedirler. Böylece CMR'nin müteakip taşımaya ilişkin ağır sorumluluk hükümlerinin (CMR m.34) kendi kısmi mesafelerinde-

---

24 Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları,** s.44. Guadalajara Protokolüne göre fiili taşıyıcı için bkz. Ülgen, **Hava Taşıma,** s.63 vd.; Kırman, **a.g.e.,** s.34-36; Lord McNair, **The Law Of The Air,** Üçüncü Baskıyı Hazırlayanlar: Michael R. E. Kerr/Anthony H. M. Evans, London, Stevens & Sons, 1964, s.229; Arslan, **a.g.e.,** s.32 vd..

25 William Tetley, "The Hamburg Rules – A Commentary, **LIMCLQ,** 1979, s.6; Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları,** s.43.

26 Ülgen, **Hava Taşıma,** s.64; Kırman, **a.g.e.,** s.35. Fiili taşıyıcıya ilişkin söz konusu düzenlemeler sayesinde zarar gören (davacı), akdi taşıyıcı ile taşıma işini devralan taşıyıcı arasındaki karmaşık sözleşmesel ilişkileri ortaya koyma zorunluluğundan kurtulmuştur (Tetley, **a.g.e.,** s.6).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ki taşımalara uygulanmasını büyük ölçüde önleyebilmektedirler[27]. Oysa ulusal mahkemeler, uluslararası ticareti ilgilendirme kıstasına göre taşıma sözleşmelerinin uluslararası niteliğini belirlemiş olsalar, CMR'nin söz konusu hükümlerinin bu şekilde dolanılması önlenebilir. Örneğin, Almanya'dan Ankara'ya karayoluyla geçekleştirilen bir taşımanın İstanbul - Ankara arasındaki taşıma, sevk mektubu kabul edilmeden gerçekleşse dahi, uluslararası kabul edilecek ve bağlama kuralları gereği -Konvansiyonun uygulanma şartları değil- CMR uygulanabilecektir.

4-MÖHUK'a Göre Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Uluslararası nitelikteki özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk, kural olarak davaya bakan mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre *(lex fori)* belirlenir. Kanunlar ihtilafı kuralları, ait oldukları devletin iç hukuku kapsamına dahil oldukları için nitelikleri gereği her ülkeye göre değişiklik gösterirler. Türk mahkemeleri, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlar veya ikili antlaşmalar kapsamında olmayan taşıma sözleşmelerine (MÖHUK m.1/II) ve söz konusu uluslararası düzenlemelerin kapsamında yer almakla beraber, içeriğinde somut olaya uygulanacak hüküm (maddi veya kanunlar ihtilafı niteliğinde) bulunmayan hususlardan doğan ihtilaflara, MÖHUK m.24'te yer alan bağlama kurallarına göre yetkili olan hukuku uygulayacaktır[28]. Zira Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası konvansiyon hükümleri, MÖHUK'un uygulama alanının dışında kalmakta ve öncelikle uygulanması gerekmektedir (AY m.90; MÖHUK m.1/II'e)[29],[30].

Bağlama kurallarının uygulanması söz konusu olduğunda, diğer uluslararası nitelikteki özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi *öncelikle* tarafların iradesi dikkate alınmalıdır. *"Devletler özel hukukunda irade serbestisi"*

---

27 Ecehan Yeşilova, **Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Sorumluluğu: CMR Madde 3, 34 vd.,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s.126 ve dn.19.

28 Cemal Şanlı, "Uluslararası Kara ve Demiryolu Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", **MHB,** Yıl:9, 1989, S.1, (MHB) s.48, 50-51, 52; Yazıcıoğlu, **Deniz Hukuku,** s.47; Yeşilova, **a.g.e.,** s.34-35.

29 Bkz. Kerim Atamer, "Parça Başı Sınırlı Sorumluluk ve 1924 Brüksel Sözleşmesi", **Deniz Hukuku Dergisi,** Yıl:5, S.1-4, Ocak–Aralık 2000, Gündüz Aybay'ın Anısına, s.76-77; Hakan Karan, "Yargıtay'ın Konişmentolu Taşımalar Hakkındaki 1924 Tarihli La Haye Kaideleri'ni Uygulaması Gereği", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu,** Bildiriler-Tartışmalar, XVII, 9-10 Haziran 2000, s.235; Abuzer Kendigelen, **Hukuki Mütalâalar: Mahkeme Kararları İle Birlikte**, C.I (Taşıma ve Sigorta Hukuku), İstanbul, Beta, 2001, s.256, 260, 268; Yazıcıoğlu, **Deniz Hukuku,** s.46, 48; Yeşilova, **a.g.e.,** s.34.

30 Uluslararası alanda özel hukuk ilişkilerini düzenleyen konvansiyonlar genellikle uygulama alanlarını belirleyen hükümler de içerirler. Bu hükümlere *"tek taraflı bağlama kaidesi (unilateral choice of law rule)"*denilmektedir. Zira bu kurallar kanunlar ihtilafı kurallarından farklı olarak uygulanacak hukuku değil, bizzat ilişkilendirildikleri uluslararası konvansiyonun uygulanmasını düzenlerler (Karan, **a.g.e.,** s.235).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olarak ifade edilen bu kural, tarafların hukuk seçimini açık olarak yapmaları koşuluna bağlanmıştır (MÖHUK m.24/I)[31]. Ayrıca hukuk seçimine konu olan ilişkinin sadece bu sebeple yabancılık unsuru kazanıp kazanmayacağı da tartışılmalıdır[32]. Diğer taraftan irade serbestliği ilkesi, ancak Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı uluslararası düzenlemelerde hüküm bulunmayan konularda veya söz konusu düzenlemelerde izin verilen hususlarda, sınırlı olarak uygulama alanı bulunabilir (CMR m.41; VK m.32)[33]. Buna karşılık, Türkiye'nin henüz taraf olmadığı Konvansiyonlar kapsamındaki taşıma sözleşmeleri bakımından irade serbestliği ilkesi geçerlidir. Örneğin, HK veya uluslararası alanda henüz yürürlüğe girmemiş olan multimodal taşımalara ilişkin 1980 Tarihli Konvansiyonun (BMK) uygulanması gereken taşıma sözleşmelerinde, doğrudan uluslararası Konvansiyonun kendisine veya böyle bir Konvansiyona taraf olan bir devletin hukukuna açıkça atıf yapılabilir. Bu halde taşıma sözleşmesi, atfa konu olan Konvansiyona tabi olacaktır (MÖHUK m.24/I)[34]. Ayrıca herhangi bir devletin hukukuna da atıf yapılabilir.

Hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde ise; "*...borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde olduğu yer hukuku uygulanır.*"

---

31 Güleren Tekinalp, "Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk", **MHB,** Yıl:2, 1982, S.2, (MHB) s.41; Ziya Akıncı, **Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR,** Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s.22; Yazıcıoğlu, **Deniz Hukuku**, s.7; Akıncı, **a.g.e.,** s.22.

32 Çoğunluk görüşüne göre tamamen iç hukuka tabi bir sözleşme, hukuk seçimi yoluyla yabancılık unsuru kazanmaz. Bu durumda, seçilen yabancı hukukun kuralları iç hukukun emredici kurallarını bertaraf edemez. Ancak yedek hukuk kuralları yerine uygulama alanı bulunabilir (bkz. Erdoğan Göğer, "Navlun Mukavelelerinde Kanunlar İhtilafı" **Adalet Dergisi,** Yıl: 51, S.11-12, Kasım–Aralık 1960, s.1030; Turhan Esener, "Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi", **AÜHFD,** C.XI, 1954, S.1-2, s.482). Azınlıkta kalan görüşe göre, sözleşmenin ifa yerinin taraflarca yabancı bir ülke olarak kararlaştırılması halinde, taraf iradesi ile sözleşmeye yabancılık unsuru vermek mümkün olduğuna göre yabancı bir hukukun öngörülmesi halinde de mümkün olması gerekir (bkz. Ekşi, **MHB,** s.7). Her iki yöndeki görüşler için bkz. Yalçın Çakalır, "Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü", **Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hâtırasına Armağan,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s.476-477.

33 Şanlı, **MHB,** s.52.

34 Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları,** s.62. Doğrusu, Türkiye'nin taraf olduğu bir Konvansiyonun uygulama alanına giren bir taşıma sözleşmesinde taraf olmadığı diğer bir Konvansiyona yapılan atıf, ancak boşluk doldurucu veya aksinin kararlaştırılmasına izin verilen hükümler bakımından uygulanabilir. Örneğin, LK kapsamındaki bir taşıma sözleşmesinde, HK'ya; VK kapsamındaki bir taşıma sözleşmesinde, Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalar İçin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında 1999 Tarihli Montreal Konvansiyonuna yapılan atfın, Türkiye tarafından iç hukuk kuralı haline getirilmiş olan LK'nın ve VK'nın emrediciliği karşısında, ancak bu Konvansiyonlarda izin verilen oranda uygulanabilirliği söz konusu olabilir (VK bakımından emredicilik ve istisnaları için bkz. Gençtürk, **a.g.e.,** s.111).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

(MÖHUK m.24/II). Görüldüğü gibi, tarafların hukuk seçimi yapmadığı veya yapılan hukuk seçiminin geçersiz olduğu hallerde taşıma sözleşmelerine sözleşmenin ağırlıklı ediminin, yani taşıma işinin ifa yeri hukuku uygulanacaktır. Şu halde Türk Milletlerarası Özel Hukukuna göre taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuk, "*eşyanın teslim yeri*" veya yolcu taşımalarında "*varma yeri*" hukukudur. Bu hüküm gereğince tespit edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının, uygulanacak yetkili yabancı hukuk olarak bir başka yabancı hukuku tayin etmesi halinde, bu hukukun maddi hukuk kuralları uygulanacaktır (MÖHUK m.2/III)[35].

MÖHUK'un söz konusu bağlama kuralı, AT Ülkeleri arasında uygulanmak üzere 19 Haziran 1980 tarihinde Roma'da imzaya açılan "*Sözleşmelerden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon*[36]" da benimsenmiş olan bağlama kuralı ile örtüşmemektedir. Zira söz konusu Konvansiyonda uluslararası nitelikteki sözleşmeler için temel bağlama kuralı; karakteristik edim borçlusunun mutat mesken veya tüzel kişi ise idare merkezinin bulunduğu yer hukuku olarak belirlenmiştir (m.4§1 ve 2)[37]. Ancak menkul malların taşınması bu hükme tabi değildir. Bu sözleşmelerde, taşıyıcının esas iş merkezinin bulunduğu yer, aynı zamanda yükleme ve boşaltma yeri ise bu yerin; veya taşıyıcının esas iş merkezinin bulunduğu yer, aynı zamanda gönderenin esas iş yeri ise bu yerin, sözleşmenin en yakın irtibata sahip olduğu yer farz edileceği (m.4§4) ve bu yer hukukunun uygulanacağına hükmedilmiştir (m.4§1)[38].

MÖHUK 24/II. maddesi, gerek Roma Konvansiyonuna uymaması gerekse taraflarının hiçbiriyle doğrudan doğruya ilgisi olmayan tesadüfî bir hukukun taşıma sözleşmelerine uygulanması sonucunu doğurabileceği endişesiyle, haklı olarak eleştirilmektedir. Örneğin, iki Türk vatandaşı arasında Türkiye'den Almanya'ya yapılması planlanan bir taşıma için kurulan sözleşmeye, Alman Hukukunun uygulanması söz konusu olabilecektir[39]. Ay-

---

35 Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları,** s.62-63; Akıncı, **a.g.e.,** s.23-24; Yazıcıoğlu, **Deniz Hukuku** s.48.

36 Konvansiyon, yedinci ülke olarak İngiltere'nin 1990 yılında katılımından sonra, 29. maddesindeki yürürlük şartı gereği 1991 yılında yürürlüğe girmiştir.

37 Akıncı, **a.g.e.,** s.22. Ayrıca, karakteristik edim borçlusunun hukuku (Lex Portitoris), sözleşmelere ilişkin bir bağlama kuralı olarak, söz konusu Konvansiyondan başka birçok ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarında yer almaktadır. Bu gelişmenin günün ihtiyaçlarına daha uygun olduğu yönündeki görüş ve örnekler için bkz. Şanlı, **MHB,** s.52; Güleren Tekinalp "Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve "En Yakın İrtibatlı Hukuk" Uygulaması", **Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hâtırasına Armağan,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, (Hirsch Armağanı) s.444-445 ve dn.7.

38 Söz konusu Konvansiyonun Türkçe tercümesi için bkz. Nuray Ekşi, "Sözleşmelerden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon", **MHB: Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan,** Yıl:17-18, S.1-2, 1997-1998, (Altuğ Armağanı) s.163-182.

39 Şanlı, **MHB,** s.53; Akıncı, **a.g.e.,** s.24; Alihan Aydın, **CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu,** 1. Bası, İstanbul, Beta, Kasım 2002, s.28.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rıca Türkiye'nin Avrupa Birliği ile müzakere sürecine girmesi sebebiyle, mevzuatımızın her alanda Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumlu hale getirilmesi ihtiyacı, bugün daha fazla hissedilmektedir. Bu sebeple, MÖHUK m.24/II'nin Roma Konvansiyonuna uyumlu hale getirilmesi zorunludur.

III- SONUÇ

Taşıma sözleşmeleri, birçok bakımdan farklı hukuk sistemleriyle irtibatlı olabilir. Bu irtibat noktalarından hangisine üstünlük tanınarak Uluslararası taşıma sözleşmelerinin belirlenmesi gerektiği, doktrinde ve uygulamada doğrudan incelenmemiştir. Ancak taşıma sözleşmelerinin de özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olması sebebiyle, uluslararası özel hukuk sözleşmelerinin belirlenmesinde kullanılan kıstaslardan taşıma sözleşmeleri bakımından da yararlanılabilir.

Uluslararası taşıma sözleşmeleri, genellikle bir devletin sınırlarını aşan taşımalara ilişkin sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Buna göre taşıma sözleşmelerinin uluslararası niteliğinin belirlenmesinde coğrafi unsur öne çıkmaktadır. Ancak özel hukuk sözleşmelerinin uluslararası niteliğinin belirlenmesi bakımından yeni ve modern anlayış, sözleşmenin uluslararası ticareti ilgilendirmesini dikkate almaktadır. Uluslararası taşımaları düzenleyen konvansiyonlarda bu görüşün izlerine de rastlanmaktadır. Müteakip taşıyıcı ve fiili taşıyıcı kavramları bunun en güzel örnekleridir. Zira uluslararası bir taşımanın bir devletin sınırları içinde kalan kısmi ifasını üstlenen (müteakip/fiili) taşıyıcı, kendi taşıma sözleşmesinin ulusal sınırlar içinde taşımaya ilişkin olduğunu ileri süremez.

Türk Hukukuna göre taşıma sözleşmelerine, karakteristik edim borcunun ifa yeri hukuku olan varma yeri hukuku uygulanır. Bu bağlama kuralı tarafların hiçbirisiyle ilgisi olmayan tesadüfü bir hukukun uygulanmasına sebebiyet vermesi ve Roma Konvansiyonuna uymaması bakımından yerinde değildir. Ayrıca, Avrupa Birliği mevzuatına uyum bakımından da taşıma sözleşmelerine uygulanmak üzere, Roma Konvansiyonuna uygun ayrı bir bağlama kuralı getirilmelidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
AT	: Avrupa Topluluğu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz/bkz.	: Bakınız
BMK	: 1980 Tarihli, Eşyanın Multimodal Olarak Uluslararası Taşınması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu
C.	: Cilt
CMR	: Convention On The Contract for The International Carriage Of Goods By Road
CIM (COTIF/CIM)	: Appendice B á la Convention relative aux transport internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980 Règles unifomes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises (CIM)
dn.	: dipnot
GK	: Guadalajara Protokolü
HK	: Hamburg Kuralları
İ.Ü.	: İstanbul Üniversitesi
KUTHY	: Karayolu ile Uluslararası Yolcu ve Eşya Taşımaları Hakkında Yönetmelik
LK	: Lahey Kuralları
m.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
M.Ü.	: Marmara Üniversitesi
N/No/no	: Numara
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
TSHK	: Türk Sivil Havacılık Kanunu
t.y.	: tarih yok
vd.	: ve devamı
VK	: Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by air

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KAYNAKLAR

Akıncı, Ziya: **Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR,** Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999.

Arkan, Sabih: **Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982.

Arslan, Arzu**: "Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Yükün Ziya ve Hasarından Doğan Sorumluluğu",** Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997.**

Atamer, Kerim: "Parça Başı Sınırlı Sorumluluk ve 1924 Brüksel Sözleşmesi", **Deniz Hukuku Dergisi,** Yıl:5, S.1-4, Ocak–Aralık 2000, Gündüz Aybay'ın Anısına, s.58-94.

Aydın, Alihan**:** CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, **1. Bası, İstanbul, Beta, Kasım 2002.**

Clarke, Malkolm A.: **International Carriage Of Goods By Road CMR,** Third Edition, London, Sweet & Maxwel, 1997.

Çakalır, Yalçın: "Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü", **Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hâtırasına Armağan,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s.451-500.

Demirsoy, Doğan: "Uluslararası Karma Taşımalarda Taşıyıcının Sorumluluğu", **İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü,** Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1996.

Ekşi, Nuray: "Sözleşmelerden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon", **MHB: Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan,** Yıl:17-18, S.1-2, 1997-1998, s.163-182 (Altuğ Armağanı).

Ekşi, Nuray: "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", **MHB,** Yıl:12, S.1-2, 1992, s.1-10 (MHB).

Erdoğan, Feyiz: **Uluslararası Hukuk ve Tahkim,** Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004.

Esener, Turhan: "Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi", **AÜHFD,** C.XI, 1954, S.1-2, s.476-513.

Gençtürk, Muharrem: "Uluslararası Konvansiyonlara Göre Taşıyıcının Eşya Taşımalarında Gecikmeden Doğan Sorumluluğu", **İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsi**, Doktora Tezi, 2005.

Glass, David A. / Cashmore, Chris: **"Introduction to The Law of Carriage of Goods"**, Londra, Sweet & Maxwell, t.y.,.

Göğer, Erdoğan: "Navlun Mukavelelerinde Kanunlar İhtilafı" **Adalet Dergisi,** Yıl: 51, S.11-12, Kasım – Aralık 1960, s.1029-1043.

Kaner, İnci Deniz: "Birden Fazla Taşıyıcı Tarafından Yapılan Hava Taşımaları (Zincirleme Taşımalar)", **Batider,** C.XVI, S.3, Haziran 1992, s.1-24.

Karan, Hakan: "Yargıtay'ın Konişmentolu Taşımalar Hakkındaki 1924 Tarihli La

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Haye Kaideleri'ni Uygulaması Gereği", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu,** Bildiriler - Tartışmalar, XVII, 9-10 Haziran 2000, s.219-270.

Kendigelen, Abuzer: **Hukuki Mütalâalar: Mahkeme Kararları İle Birlikte**, C.I (Taşıma ve Sigorta Hukuku), İstanbul, Beta, 2001.

Kırman, Ahmet,: **Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.

McNair, Lord: The Law Of The Air, **Üçüncü Baskıyı Hazırlayanlar: Mıchael R.E. Kerr/Anthony H. M. Evans, London, Stevens & Sons, 1964.**

Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal: **Devletler Hususi Hukuku,** 12. Bası, İstanbul, Beta, 2003.

Sözer, Bülent: Taşıyanın Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlere İlişkin Bazı Meseleler ve Görüşler: Karayolu, Denizyolu ve Havayolu İle Yapılan Taşımalar Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme, **Batider,** C.XIV, S.2, Aralık 1987, s.85-163.

Şanlı, Cemal: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku, 1986 (Esasa Uygulanacak Hukuk).

Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları,** Birinci Basım, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, Ekim 1996, (Çözüm Yolları).

Şanlı, Cemal / Ekşi, Nuray: **Uluslararası Ticaret Hukuku,** 1. Bası, İstanbul, Beta, Ekim 2000.

Şanlı, Cemal: **"Uluslararası Kara ve Demiryolu Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk",** MHB, **Yıl:9, 1989, S.1, s.47-53 (MHB).**

Tekil, Fahiman: "Hamburg Kuralları ve Türk Deniz Taşıma Hukuku", **Hukuk Araştırmaları,** C.10, S.1-3, 1996, s.407-423.

Tekinalp, Güleren: "Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk", **MHB,** Yıl:2, 1982, S.2, s.35-41 (MHB).

Tekinalp, Güleren: "Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve "En Yakın İrtibatlı Hukuk" Uygulaması", **Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hâtırasına Armağan,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s.439-450 (Hirsch Armağanı).

Tetley, William: "The Hamburg Rules – A Commentary, **LIMCLQ,** 1979.

Tiryakioğlu, Bilgin: "Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk", **A.Ü. SBE,** Doktora Tezi, Ankara, 1991.

Ülgen, Hüseyin: **Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları,** İstanbul, İstanbul Ticaret Odası, 1988.

Yazıcıoğlu, Emine: "Uluslararası Deniz Taşımalarında Uygulanacak Kural Sorunu",

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Deniz Hukuku Dergisi, Yıl:5, S.1-4, Ocak-Aralık 2002, Gündüz Aybay'ın Anısına, s.46-56 (Deniz Hukuku).

Yazıcıoğlu, Emine: Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu: Lahey/Visby Kuralları İle Karşılaştırmalı Olarak, **İstanbul, Beta, 2000 (Hamburg Kuralları).**

Yeşilova, Ecehan: Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Sorumluluğu: CMR Madde 3, 34 vd., **Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KİŞİLİK HAKKINA HUKUKA AYKIRI SALDIRI HÂLİNDE AÇILABİLECEK DAVALARDA YETKİLİ MAHKEME

*Prof. Dr. Serap HELVACI**

I. Genel Olarak

4.5.1988 tarihinde 3444 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe kadar, kişilik hakkını koruyan davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen herhangi bir hüküm yoktu. Yetkili mahkeme genel hükümler çerçevesinde belirleniyordu (HUMK md. 9 vd.). 3444 sayılı Kanun'la eski Medenî Kanun'a getirilen 24/a maddesinde düzenlenen yetki hükümleri ile başlayan tartışmalar, Türk Medenî Kanunu'nun,

"Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir"

hükmünü getiren 25. maddesi ile de sonlanmamış; günümüzde de kişilik hakkına yapılan hukuka aykırı saldırı durumunda yetkili mahkemenin neresi olduğu konusunda öğretide fikir birliğine varılamamıştır.

II. Eski Medenî Kanun'daki Düzenleme

Eski Medenî Kanun'un 24/a maddesinde yetkili mahkeme konusunda iki fıkraya yer verilmişti. Maddenin IV. fıkrasında, koruyucu davalar olarak adlandırdığımız[1] saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davalarında yetkili mahkeme düzenlenmekte; tazminat davaları ve kazancın geri verilmesi davası ile koruyucu davaların birlikte açıldığı durumlarda yetkili mahkeme ise V. fıkrada yer almakta idi. Şimdi bu iki düzenlemeye kısaca göz atalım.

1. Koruyucu davalarda yetkili mahkeme

Eski Medenî Kanun'un 24/a maddesinin IV. fıkrası,

---

* **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi**

1 HELVACI Serap;Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, (MK md. 24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

"Davacı şahsiyet haklarının himayesi için kendi ikametgâhı veya davalının ikametgâhı mahkemesinde de dava açabilir"

şeklinde idi.

Hüküm, davacıya yetkili mahkemeyi seçme açısından iki imkân sunmakta idi. Davacı, isterse, davayı davalının yerleşim yerinde isterse de kendi yerleşim yerinde açabiliyordu[2].

Medeni Usul Hukuku kurallarını göz önüne alacak olursak, davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olması açısından eski Medeni Kanun'un 24/a maddesinin IV. fıkrası özel bir düzenleme getirmemekte idi. Davalının yerleşim yeri zaten Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9. maddesi'nin I. fıkrası gereği genel yetkili mahkemedir. Her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, açıldığı tarihte davalının Türk Medenî Kanunu gereğince yerleşim yeri sayılan yer mahkemesinde görülür.

Fıkranın getirdiği yenilik koruyucu davaların davacının yerleşim yeri mahkemesinde açılabilmesi idi.Öğretide bir görüş, hükmün, davalıyı, belki de hiç işlemediği bir haksız fiilden dolayı davacının yerleşim yerine gidip kendisini orada savunmaya mecbur bırakmasını Usul Hukuku'nun temel prensiplerine aykırı görerek, kişiliğe saldırıdan doğan tüm davaların davacının yerleşim yeri mahkemesinde açılabilmesinin sakıncasına dikkat çekiyordu[3].

Eski Medenî Kanun'un 24/a maddesinin IV. fıkrasının başlattığı tartışmalar asıl bu hükmün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan yetkili mahkemeleri bertaraf edip etmediği konusunda yoğunlaşmakta idi. Bir görüşe göre[4] eski Medenî Kanun madde 24/a IV Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre yetkili mahkemeleri bertaraf eden kesin

---

2 Özel düzenlemelerde de benzer hükümler yer almaktadır. Örneğin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 66. maddesine, 07.06.1995 yılında 4110 sayılı Kanun'la eklenen son fıkraya göre de *"Eser sahibi, ikamet ettiği yerde de tecavüzün ref'i ve men davası açabilir"*.

3 TEKİNAY Selahattin Sulhi; Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, sh. 63; TEKİNAY Selahattin Sulhi; Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992, sh. 279. Avrupa Adalet Divanı da davacının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili mahkeme olarak kabul edilmesini Konvansiyonun amacına aykırı bulmaktadır. Bu konuda bakınız: ÖZEL Sibel, Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Tesisinde Ele Alınan Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum: Fiona Shevill and Others v.Press Alliance SA Davası, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr.Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 263 vd..

4 OĞUZMAN Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 6. Baskı, İstanbul 1999, sh. 157; TEKİNAY; Genel Esaslar, sh. 279-280; SERDAR İlknur; Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlâli ve Kişiliğin Korunması, Ankara 1999, sh.384; KONURALP Halûk/ TERCAN Erdal; Türk Medenî Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-I, Eskişehir 9-10 Kasım 2002, Yeni Türk Medenî Kanunu'nun Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Eskişehir 2003, sh. 7; ÖZEL; s. 278.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yetki kuralı koymamakta, sadece ilâve olarak yetkili başka mahkeme öngörmekte idi. Hattâ hükümde yer alan "mahkemesinde de" kelimesindeki son "de" eki[5], türkçe bakımından eleştirilmekle birlikte[6], bu "de" eki dayanak yapılmak suretiyle, fıkranın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan yetkili mahkemeleri bertaraf etmediği kabul edilmekte idi. Dolayısı ile, bu görüşe göre, davacı, isterse davayı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, isterse de eski Medenî Kanun'un 24/a maddesinde düzenlenmiş olan yetkili mahkemelerden birisinde açabilirdi.

Diğer görüşe göre, eski Medenî Kanun'un 24/a maddesinin IV. fıkrası, tıpkı kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nda olduğu gibi özel bir düzenleme getirmek suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeleri koruyucu davalar açısından uygulanamaz hale getirmişti. Dolayısı ile koruyucu davalarda yetkili mahkeme davalı veya davacının yerleşim yeri mahkemesi idi[7].

2. Tazminat ve kazancın geri verilmesi davalarında yetkili mahkeme

Tazminat davalarında ve kazancın geri verilmesi davasında ise yetkili mahkeme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre tayin edilmekteydi. Bu konuda Medenî Kanun'da özel bir düzenleme yoktu. Bu nedenle tazminat davalarında yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri mahkemesi (HUMK md. 9/I) ile haksız fiilin işlendiği veya haksız fiilin sonuçlarının meydana geldiği yer mahkemesi idi. (HUMK md. 21) [8].

---

5 Hükümetin teklif ettiği metinde "de" eki yer almamaktaydı. Metin "*Davacı şahsiyet haklarının himayesi için kendi ikametgâhı veya davalının ikametgâhı mahkemesinde dava açabilir*" şeklinde idi. Adalet Komisyonu metni kabul ederken fıkra metnine "de" ekini eklemiştir. Bu eklemenin gerekçesi 10.03.1988 tarihli Adalet Komisyonu Raporunda

"*...dört ve beşinci fıkralarda sözü edilen davaları, davacının davalının ikametgâhı mahkemesinde olduğu gibi kendi ikametgâhı mahkemesinde de açabileceğinin vurgulanması amacı ile fıkralardaki "mahkemesinde" kelimelerinden sonra "de" eki ilave edilmiştir*" şeklinde açıklanmaktadır.TBMM (S Sayısı) Dönem 18, Yasama Yılı 1, sh. 8.

6 TEKİNAY; Genel Esaslar, sh. 279-280; TEKİNAY; Eleştiriler, sh. 63-64.

7 HELVACI; Koruyucu Davalar, sh.166; DOĞAN Murat; Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası, A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1-4, sh. 408.

8 "HUMK'nun 9. maddesi uyarınca her dava; "*yasada açık hüküm bulunmadıkça, açıldığı tarihte davalının TMK. gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde*" görülecektir. *Davanın haksız eylemden kaynaklanması halinde ise, HUMK'nun 21. maddesi uyarınca haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde de dava açılabilecektir. Somut olayda davacı, dava açarken tercih hakkını kullanmış ve yetkisiz mahkemede (davacının ikametgâhı) dava açmıştır....*" Yarg. 4. HD 1.3.2001 tarih E.2000/ 1333 K. 2207 (UYAR Talih; Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli-İçtihatlı) Kişiler Hukuku (MK. 8-117), Cilt: II, Ankara, sh. 1345). Ancak Yargıtay'ın yanlış olarak tazminat davalarını MK md. 24/a IV'ün kapsamında kabul ettiği kararları da vardır. Örneğin Yarg. 4. HD 14.5.2001 tarih E. 4233 K. 4977 (UYAR; sh. 1344-1345); Yarg. 4.HD 17. 01. 2000 tarih E. 1999/ 11171, K. 2000/ 78 (YKD C. 26 S. 5, Mayıs 2000, sh. 689-690). Bu kararın eleştirisi için bkz. HELVACI Serap; Tazminat Davalarında Yetkili Mahkeme (Karar İncelemesi), Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2001, sh. 905 vd..

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ancak tazminat davaları ile koruyucu davaların birlikte açıldığı durumlarda[9] Medenî Kanun'un 24/a maddesinin V. fıkrasında yer alan:

"Davacı aynı zamanda maddi ve manevi tazminat ile vekâletsiz işgörme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmiş ise, bu davaları da kendi ikametgâhı mahkemesinde de açabilir"

hükmü uyarınca davacının yerleşim yeri mahkemesi de yetkili mahkeme idi[10].

Medenî Kanun'un 24/ a maddesinin V. fıkrasının uygulanabilmesi için iki şartın varlığı aranıyordu. İlk olarak tazminat davası veya kazancın geri verilmesi davası ile koruyucu davanın bağlantılı olması gerekli idi[11]. Koruyucu davanın davacının ikametgâhı mahkemesinde açılmış olması yeterli olup, ayrıca kabul edilmiş olması şart değildi. Hâkim örneğin açılmış olan saldırının durdurulması davası sırasında saldırı sona ermişse esas hakkında karar verilmesine mahal olmadığı gerekçesi ile koruyucu davayı sonlandıracak, buna rağmen şartları oluşmuşsa tazminata karar verebilecekti.

İkinci şart, koruyucu dava ile tazminat davasının "aynı anda" ileri sürülmesi idi. Eğer iki dava aynı anda ileri sürülmemişse veya sürülebilecek durumda değilse davacı tazminat davalarını veya kazancın geri verilmesi davasını artık kendi yerleşim yeri mahkemesinde açamayacak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeye göre yetkili mahkemede açmak zorunda kalacaktı.

Ayrıca, sırf Medenî Kanun'un 24/a maddesinin V. fıkrasının tanıdığı imtiyazdan yararlanmak için koruyucu davayı kendi ikametgâhında açan davacıya karşı hakkın kötüye kullanıldığı savunması ileri sürmek mümkündü[12].

---

9 MK md. 24/a / V hükmü maddî tazminat, manevî tazminat ve kazancın geri verilmesi davalarının birlikte açılması halinde davacının yerleşim yeri mahkemesi de yetkili olur yorumuna açıksa da, İsviçre Medenî Kanunu'nun 28b/II. maddesi, madde gerekçelerinin yer aldığı "Message" daki açıklamalar ve İsviçre öğretisi göz önüne alındığında, maddî tazminat, manevî tazminat ve kazancın geri verilmesi davalarından birinin veya birkaçının koruyucu davalarla birlikte açılması ihtimalinin MK md. 24/a / V hükmünde öngörüldüğü anlaşılır. Bu konuda bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY; sh. 156; DURAL Mustafa; Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, 4. Bası, İstanbul 1995, sh. 162; OĞUZMAN M. Kemal; İsviçre ve Türkiye'de Medenî Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevî Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, sh. 31.

10 TERCIER davalının tecavüz ettiği kişinin ikametgâhında kendini savunmak zorunda kalmasını davalının özgürlüğüne getirilen esaslı bir sınırlama olarak kabul etmemekte, İsviçre Medeni Kanunu'nun 28b maddesinin II. fıkrasının (MK md. 24/a /V) aynı kanunun 28b maddesinin I. fıkrasının (MK md. 24/a /IV) mantıklı bir sonucu olduğunu kabul etmekte idi. TERCIER Pierre; Le nouveau Droit de la Personnalité, Zurich 1984, sh. 239.

11 TERCIER; sh.239-240; HELVACI; Koruyucu Davalar, sh. 183-184.

12 TERCIER; sh. 240; HELVACI; Koruyucu Davalar, sh.184.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

III. Türk Medenî Kanunu'ndaki Düzenleme

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 numaralı Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrası:

"Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir"

şeklinde tek hüküm halinde yetkili mahkemeyi düzenlemiştir.

Kanunun madde gerekçesinde bu konu ile ilgili herhangi bir açıklama olmamakla birlikte, eski düzenlemeden ve kaynak Kanun'un yürürlükten kalkan 28b maddesinden[13] farklı olarak, kanun koyucu madde metninde "I. fıkrada yer alan davalar" ibaresini yer vermediğine göre, hüküm, koruyucu davalar, tazminat davaları ve kazancın geri verilmesi davasını kapsamaktadır[14]. Tazminat davaları ve kazancın geri verilmesi davasının koruyucu davalarla birlikte açılması şartı kaldırılmıştır. Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinde sayılan tüm davalar tek tek de açılacak olsa davacının yerleşim yeri mahkemesi artık bu davalarda yetkili mahkemedir.

Eski Medenî Kanunu'nun 24/a maddesini karşılayan Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasında, eski Medenî Kanun'un 24/a maddesinin IV. fıkrasında yer alan "de" eki kaldırılarak, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'na uygun hale getirilmiştir. Böylece "de" ekini dayanak göstererek davanın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gereğince haksız fiilin işlendiği yerde de açılabileceğini savunma imkânı ortadan kalkmıştır. Artık, İsviçre'de 28b maddesi kaldırılmadan önce kabul edildiği gibi, kişiliğe hukuka aykırı saldırı hâlinde açılacak davalarda yetkili mahkeme ya davalının ya da davacının yerleşim yeri mahkemesidir[15].

Ancak, öğretide bazı yazarlar[16], Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasının kesin yetki kuralı getirmediğini, dava haksız fiilden

---

13 Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasının karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 28b maddesi, 1.1.2001'de yürürlüğe giren 24.3.2000 tarihli Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matiere (Loi sur les fors, Lfors) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

14 Aynı yönde DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan; Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, sh. 152.

15 Aynı yönde bkz. DOĞAN; sh. 408; KONURALP/ TERCAN; sh. 7. Ancak yazarlar bugünkü düzenlemenin bu şekilde uygulanmasının isabetli olacağını belirttikten sonra hükmün amacının HUMK md. 21 ile yetkili kılınan haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisini kaldırmaktan ziyade, davacıya kendi yerleşim yerinde de dava açma hakkı vererek ona kolaylık sağlamak olduğunu ifade ederek, 25. maddenin son fıkrasının "Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabilir" şeklinde düzenlenmesinin uygun olacağını söylemektedirler. Hükmün amacının bu şekilde yorumlanmasına katılmak mümkün değildir; çünkü kanaatimizce, kanun koyucunun eski düzenlemedeki "de" ekini çıkarmasının sebebi bu hükümle kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı halinde açılacak davalar açısından kesin yetki kuralı getirmektir.

16 DURAL/ ÖĞÜZ; sh. 152; ÖZEL; s.278.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kaynaklanıyorsa, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde de açılabileceğini savunmaktadırlar.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin; "*...Medenî Kanunun 25. maddesinde kişilik hakları saldırıya uğrayan kimsenin kendi oturduğu yerde de dava açabileceği hükme bağlanmıştır. Böylece anılan madde ile, HUMK.nun 9. maddesindeki genel kurala ve yine haksız eylemden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri ile ilgili bulunan aynı Yasanın 21. maddesindeki düzenlemeye bir ayrıcalık getirilmiş bulunmaktadır.*

Şu durumda, kişilik haklarının saldırıya uğraması sonucu zarar gören, davayı kendisinin veya davalının oturduğu yer mahkemesinde veya haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde açabilir..." şeklinde verdiği karardan[17] Yargıtay'ın da bu görüşte olduğunu söylenebilir.

Kanaatimizce bu görüşe katılmak pek mümkün değildir; çünkü haksız fiilin işlendiği yerin davacı veya davalının yerleşim yeri olduğu varsayımları bir kenara bırakılacak olursa, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nda haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi yetki dışı bırakılmıştır. Yetki dışı bırakılmasındaki gerekçe, eğer haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi yetkili kılınırsa, dava saldırının meydana geldiği ya da sonuçlarını meydana getirdiği yer mahkemesinde açılabilir.

Bu kuralın kitle iletişim araçlarına uygulandığı durumda, davanın ülkenin herhangi bir yerinde açılabilmesi mümkün gözükmektedir. Bu da tıpkı hakemlik müessesesinde olduğu gibi, davacının istediği mahkemeyi yetkili olarak seçme hakkının doğması riskine yol açar[18].

Bu riskten kurtulmak için İsviçre Medenî Kanunu Ön Tasarısının, 28c maddesinin II. fıkrasında, kitle iletişim araçlarına karşı açılacak davalarda yetkili mahkemenin davacı veya davalının yerleşim yeri mahkemesi olması önerilmiştir.

Ancak Federal Konsey, davacı veya davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili mahkeme olması fikrini benimsemekle birlikte, bunu sadece kitle iletişim araçlarına karşı açılacak davalar ile sınırlı bırakmak istememiş; tasarının bu hükmünü kişilik hakkını koruyan davalarda genel hüküm olarak benimseme yoluna giderek, kapsamını genişletmiştir[19].

---

17 Yarg. 4. HD 18.3.2004 tarih E. 2004/1426 K. 2004/3411 (YKD C. 30 S. 7, Temmuz 2004, sh.1043).

18 Message Concernant La révision du Code Civil Suisse (Protection de la Personnalité: art. 28 CC et 49 CO), 1982, sh. 688/28; ENGEL Pierre; La Protection de la Personnalité, Lausanne 1985, sh. 14.

19 Message, sh. 688/28. Ayrıca bkz. TERCIER; sh. 141.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

IV. Sonuç

Türk Medenî Kanunu'nun Genel Gerekçesine baktığımızda "...madde metinleri kaynak İsviçre Medenî Kanununa uydurulmak...suretiyle" bu Kanun'un hazırlanmış olduğunu görüyoruz. Bu durum madde gerekçelerinde de ifade edilmiştir. Dolayısıyla, İsviçre Medeni Kanunu'nun madde gerekçeleri bizim için özel bir önem arz etmektedir. Bu nedenle gerek kaynak Kanun'un madde gerekçeleri, gerek 25. maddenin son fıkrasında kullanılan emredici ifade ve gerek Türk kanun koyucusunun madde metnindeki "de" ekini kaldırarak İsviçre Medenî Kanunu'ndaki ifadeyi benimsemesi ile ortaya koyduğu iradesi dikkate alındığında, artık Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yetki hükümlerinin bertaraf edilmediğini söylemek bize pek mümkün gözükmemektedir. Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrası ile sadece davalı veya davacının yerleşim yeri mahkemeleri kişilik hakkına hukuka aykırı olarak saldırılması hâlinde açılacak davalarda yetkili kılınmıştır. Bunların dışında bir yerde davanın açılması durumunda artık yetki itirazının değerlendirilmesi gerekir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ



MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KÜLTÜR VARLIĞI KOLEKSİYONCULARI LEHİNE GETİRİLEN YÖNETMELİK DEĞİŞİKLİĞİNİN DANIŞTAY KARARI EŞLİĞİNDE İRDELENMESİ

*Doç. Dr. Sibel ÖZEL**

I. Genel Olarak

Sanatsal, tarihi, bilimsel arkeolojik ya da kültürel açıdan taşıdıkları önem dolayısıyla diğer nesnelerden ayrı bir kategori oluşturan kültür varlıkları, gelecek kuşaklar adına korunmalıdır. Bu durum kültür varlığının fiziksel olarak muhafaza edilmesi yanında, ait olduğu mekanda korunması kavramını da gündeme getirmektedir. Bu açıdan bakıldığında kavram, sözkonusu korumanın içereği konusundaki tartışmaları beraberinde getirmekte ve kültür varlığı açısından zengin fakat ekonomik açıdan yoksul ülkelerle, kültür varlığı açısından fakir fakat ekonomik açıdan zengin ülkeleri karşı karşıya getirmektedir. Bu durumda kültür varlığının serbest ticaretini savunan evrensellik görüşü ile kültür varlıklarının ait olduğu yerde kalmasını hedefleyen milliyetçi görüş çatışma halindedir[1].

Koruma kavramı kültür varlığının kimin elinde daha iyi korunacağı dolayısıyla mülkiyetin kime ait olacağı meselesi ile de yakından ilişkilidir[2]. Pekçok medeniyetin beşiği olan ve bu nedenle de kültür varlğı yönünden çok zengin bulunan Türkiye bu alanda prensip olarak devlet mülkiyetini tercih etmiş bir ülkedir. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu[3] m.5

"Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tâbi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir" de-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998, s. 29 vd.

2 Kültür varlığı üzerindeki mülkiyet hakkınının niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, (dn.1) s. 51 vd.

3 RG. 22.7.1983- 18113.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mektedir. Hernekadar madde "devlet malı" terimi yerine "devlet malı niteliğindedir" terimini kullanmışsa da bu durum anlamı değiştirmemekte ve yeni bulunan bütün kültür varlıklarının kanun gereği ipso iure devlete ait olduğunu ifade etmektedir[4]. Bununla birlikte 2863 sayılı kanun özel mülkiyete ait olan kültür varlıkları için de düzenlemeler yapmıştır. Dolayısıyla Türkiye'de bulunan kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti yanında özel mülkiyet de kurulabilmektedir. Zira üzerinde hukuka uygun olarak özel mülkiyet kurulmuş olan menkul kültür varlıkları bir anda devlet mülkiyetine dahil edilemez. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve hukuk sistemi menkullerin karşılığı ödenmek suretiyle dahi kamulaştırılmasına izin vermemektedir[5]. Bu durumda sanat eserleri (tablolar, heykeller gibi) ya da etnografik eserler (halılar, kilimler, kitaplar, giysiler gibi) veya 1906'dan önce Türkiye sınırlarında bulunmuş olan kültür varlıkları veya Türkiye kaynaklı olmayan ve üzerinde kanunen özel mülkiyet kurulma imkanı olan arkeolojik objeler gibi kültür varlıkları özel mülkiyete tâbi olabilmektedir. Gerçek veya tüzel kişilerin ya da özel müzelerin veya koleksiyoncuların elinde bulunan bu kültür varlıkları satın alma, bağış ya da miras yoluyla halihazır sahiplerinin elinde bulunmaktadır. Devletin de bu nitelikteki kültür varlıklarına sahip olması ancak satın alma ya da bağış yoluyla mümkün olmaktadır.

Mülkiyet hakkı açısından baktığımızda Türkiye'de iki çeşit kültür varlığı görmekteyiz: (1) başka hiçbir şeye gerek kalmaksızın ipso iure kanun gereği devlet mülkiyetinde olan yeni bulunmuş kültür varlıkları ve (2) kanunlara uygun olarak tesis edilmiş özel mülkiyete tâbi kültür varlıkları.

2863 sayılı kanun her iki kategori kültür varlığının bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tâbi tutulacağını belirtmiştir (m. 25). Maalesef kanun iki farklı kategorideki kültür varlıklarının tasnifi ve tescilini aynı madde içinde düzenlemiş ve birbirinden tümüyle farklı esaslara tâbi tutulması gereken kültür varlıkları ile ilgili terimlerde de karışıklığa düşerek, özel mülkiyete tâbi olan kültür varlıkları için kullanması gereken "satın alma" terimini devlet mülkiyetine tâbi kültür varlıkları için de kullanmıştır[6].

---

4 Şemsiye kanun olarak nitelenen geniş kapsamlı devlet kanunlarıyla tesis edilen bu mülkiyet anlayışı bazı eleştirileri beraberinde getirse de genel olarak kabul edilmekte ve yabancı mahkemelerde de tanınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL (dn.1) s. 276 vd.; Ayrıca bkz. ÖZEL, Sibel: "The Basel Decisions: Recognition of the Blanket Legislation Vesting State Ownership Over the Cultural Property Found Within the Country of Origin" 9 International Journal of Cultural Property, 315 (2000) s. 323.

5 AY m. 46 sadece gayrimenkullerin karşılığı ödenmek suretiyle kamulaştırılmasına imkan tanımaktadır. Bu durumda ancak özel mülkiyette bulunan gayrimenkul kültür varlıklarının kamulaştırılması sözkonusu olabilecek ancak menkul kültür varlıkları kamulaştırma yoluyla devlet mülkiyetine geçirilemeyecektir.

6 Aynı şekilde Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik (RG. 13.8.1984-18488) de iki farklı kategori kültür varlığının tasnifi, tescili ve müzelere alınmasını düzenlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL (dn.1) s. 79 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yeni bulunan ve kanun gereği devlet mülkiyetinde olan kültür varlıkları için Kanun haber verme yükümlülüğü getirmiştir. Madde 4'e göre

"Taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını bulanlar, malik oldukları veya kullandıkları arazinin içinde kültür ve tabiat varlığının bulunduğunu bilenler veya yeni yeni haberdar olan malik ve zilyetler, bunu en geç üç gün içinde en yakın müze müdürlüğüne veya köyde muhtara veya diğer yerlerde mülki idare amirlerine bildirmeye mecburdurlar". Haber verme yükümlülüğünü yerine getirenlere aynı Kanunun 64. Maddesine göre ikramiye verilir, aykırı hareket edenler ise para ve hapis cezasına çarptırılırlar.

Yeni bulunan ve ilgililere haber verilen kültür varlıkları tasnif ve tescile tâbi tutulup, devlet müzelerine alınırlar (m. 25). Dolayısıyla Türkiye'de bulunan ve kanun gereği devlete ait olan kültür varlıkları (arkeolojik objeler) devlet müzesinde bulunmaktadır. Bununla birlikte bugün Türkiye'de özel müzeler ve koleksiyoncular elinde de arkeolojik objeler bulunmaktadır. Bu nasıl mümkün olabilmektedir?

Aslında bu durum uygulamanın geliştirdiği ve 2863 sayılı kanunda dayanağı olmayan bir durumdur. Uygulama şöyle gelişmektedir: Kendi arazisinde veya başkasının arazisinde kültür varlığı bulan kişi bunu müze yetkililerine bildirmek yerine özel koleksiyoncuya götürmeyi tercih etmektedir. Bu durumda özel koleksiyoncu kendisine getirilen parçayı beğenirse, bulan kişiye bir miktar para ödeyerek, buluntuyu almaktadır. Elbette bu bir satın alma işlemi değildir. Zira buluntu kanun gereği devlete aittir ve zilyet sahip olmadığı mülkiyet hakkını bir başkasına devredemez. Birbaşka deyişle sözkonusu buluntu devlet mülkiyetinde olduğu için satım konusu olamaz (res extra commercium). Koleksiyoncu tarafından bulana verilen para 2863 sayılı kanunun 64. Madddesi uyarınca bulana verilecek olan ikramiye olarak işlev görmektedir. Bu durumda müzeye buluntuyu üç gün içinde haber verme yükümlülüğü özel koleksiyoncuya geçmiştir ve koleksiyoncunun ihbarıyla tasnif ve tescil prosedürü başlatılmıştır. Buluntunun kanun kapsamında korunması gerekli kültür varlığı olduğu tespit edilince müzenin envanter defterine kaydedilmekte ve belge karşılığında koleksiyoncuya bırakılmaktadır. Böylelikle buluntu müze envanter defterine kaydedilmekte ancak koleksiyoncunun zilyetliğinde kalmakta ve koleksiyoncuya da bir ikramiye ödenmemektedir. Bu bağlamda kültür varlığının mülkiyeti devlete ait olmakla beraber zilyetlik hakkı özel koleksiyoncuda kalmaktadır. Sözkonusu bu uygulama 2863 sayılı kanunda düzenlenmediği gibi kanunda devlete ait kültür varlıklarının özel koleksiyoncunun elinde bırakılabileceğine dair en ufak bir imada dahi bulunulmamaktadır. Ancak kanuna dayanmayan bu uygulamanın yasal bir zemine uydurulması amacıyla, özel koleksiyoncuların baskısıyla bir yönetmelik değişikliğine gidilmiştir. 2863 sayılı kanun gibi özelliği olan bir kanunu özel koleksiyoncular lehine değiştirmek güç olacağı için, koleksiyoncularla ilgili yönetmeliğin değişikliği yoluna gidilmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkındaki Yönetmelikte Yapılan Değişiklik

Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik[7] hem taşınır kültür varlığına sahip olanlar hem de koleksiyoncuların uyması gereken esasları düzenlemektedir ve 2863 sayılı kanunun 24,26,30 ve 33. Maddeleri ile Geçici 2. Maddesi gereğince hazırlanmıştır. Kanunun sözkonusu maddeleri özel mülkiyete tâbi kültür varlıkları (m. 24) ile kamu kurum ve kuruluşlarının özel malları arasında bulunan kültür varlıklarının satışıyla (m. 30) ve özel müze ve koleksiyonculukla (m. 26) ilgilidir. Dolayısıyla toprak altından yeni çıkarılan ve Kanunun 4. Maddesi kapsamında müzelere bildirilmesi gereken arkeolojik objeler sözkonusu yönetmelik kapsamında değildir. Zaten bu tür buluntular kanun gereği devlet mülkiyetinde olduğu için Yönetmelik kapsamında olması da düşünülemez.

İlkin 1998 yılında bir değişiklik yapılarak[8] Yönetmeliğin 14. maddesi[9] şu şekilde düzenlenmiştir:

"2863 sayılı kanunun 4. Maddesine göre bakanlığa bildirilen taşınır kültür ve tabiat varlıkları ile kanunun değişik 23. Maddesinde belirlenen korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları, Kanunun 25. Maddesine istinaden Bakanlıkça bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tâbi tutulurlar. Bunlardan Devlet müzelerinde korunması gerekli görülenler 13/8/1984 tarihli ve 18488 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik" hükümlerine göre müzelere alınırlar.

Müzelerce tasnif ve tescil dışı bırakılanlar ile tescile tâbi olup da müze-

---

7 RG. 15.3.1984-18342.

8 Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik RG. 18.5.1998-23346.

9 Yönetmeliğin orjinal 14. Maddesi şöyledir:

"2863 sayılı kanunun 24. Maddesinin a,c ve d fıkralarında sözkonusu edilen varlıklardan Bakanlık veya Atatürk Kültür ve Dil ve Tarih Yüksek Kurumunca satın alınmayıp sahiplerinin mülkiyet ve tasarruflarında bırakılanlar Bakanlığın tescil ve kontrolüne tâbidirler.

Malikler eserlerini adı, cinsi, ölçüsü ve fotoğraflarını içeren bir liste ile en yakın müzeye başvurarak tescil ettirirler. Müze idaresi eserlerin envanter listesini usulüne uygun olarak düzenler, bir nüshasını ilgiliye verir. Tescil edilen kültür varlıklarının eldeğiştirmesi ilgili müzenin izni ile yapılır".

Görüldüğü üzere maddenin orjinalinde sadece özel mülkiyete tâbi olan ve kanunun 24. Maddesi kapsamında yer alan kültür varlıklarının müzelere tescili işlemi düzenlenmiştir. Devlet mülkiyetinde olup da Kanunun 4. Maddesine göre müzelere bildirilen kültür varlıklarının tescili başka bir yönetmelik kapsamında olduğu için burada yer almamaktadır. Yönetmelik bizatihi özel mülkiyete tâbi kültür varlıklarını düzenlediği için m. 4 kapsamındaki kültür varlıklarını düzenlemesi zaten düşünülemezdi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lere alınması gerekli görülmeyen taşınır kültür varlıkları, örneği EK-1 ve EK-2'de yer alan belgelerin düzenlenmesini müteakip sahiplerine iade edilirler. Bu iş ve işlemlerle ilgili masraflar sahibine aittir. Bu tür kültür varlıklarından tescile tâbi olanlar Bakanlıkça kontrol edilir ve müzelerin izni olmadan el değişikliği yapılamaz".

Böylelikle Yönetmelik kapsamına m. 1 ve 3'e aykırı olarak, 2863 sayılı kanunun 4. Maddesine göre yeni bulunmuş arkeolojik objeler de dahil edilmiştir.

1999'da Yönetmeliğin 14. Maddesi bir kez daha değiştirilmiştir[10]. Buna göre

"2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun; 4. Maddesine göre taşınır kültür ve tabiat varlıklarını bulanlar, malik oldukları veya kullandıkları arazinin içinde kültür ve tabiat varlığı bulunduğunu bilen veya yeni haberdar olan malik ve zilyetler tarafından veya 26. Maddesine göre özel müzeler veya koleksiyoncular tarafından Bakanlığa bildirilen taşınır kültür ve tabiat varlıkları ile değişik 23. Maddesinde belirlenen korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları, Kanunun 25. Maddesine istinaden Bakanlıkça bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tâbi tutulurlar.

Bunlardan Devlet müzelerinde bulunması gerekli görülenler 13/8/1984 tarihli ve 18488 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları hakkında Yönetmelik" hükümlerine göre müzelere alınırlar.

Özel müze ve koleksiyoncular tarafından bildirilenler envanter defterine kaydedilerek; diğer kişilerce resmi müzelere bildirilenlerden tasnif ve tescil dışı bırakılanlar ile tescile tâbi olup da müzelere alınması gerekli görülmeyen taşınır kültür varlıkları, örneği 18/5/1998 tarihli ve 23346 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle eklenen EK-1 ve EK-2'de yer alan belgelerin düzenlenmesini müteakip sahiplerine iade edilirler. Bu iş ve işlemlerle ilgili masraflar sahibine aittir.

Bu tür kültür varlıklarından tescile tâbi olanlar Bakanlıkça kontrol edilir ve müzelerin izni olmadan eldeğişikliği yapılamaz".

Bu yeni değişiklik madde kapsamına Kanunun 4. Maddesine göre müzelere bildirilen yeni bulunmuş kültür varlıklarını dahil etmekle kalmamış, bunlardan özel koleksiyoncu ve müzelerce bildirilenlerin envanter defterine kaydedildikten sonra müzelere alınmayıp bu kişilere iade edileceğini de

---

10 Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik RG. 29.4.1999-23680. Değişiklikle ilgili bkz. ÖZEL, Sibel: "Eski Eser Koleksiyonculuğu ile İlgili Yönetmelik Değişikliği Üzerine Görüşler" İDOL, Arkeoloji ve Arkeologlar Derneği Dergisi, Ağustos-Eylül-Ekim 1999, S. 2, s. 10 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hükme bağlamıştır. Kanunda hiçbir dayanağı olmayan tam tersine açıkça Kanuna aykırı olan bu değişiklikle özel koleksiyoncular ve müzeler tarafından bildirilen kültür varlıkları-ki özel bir ayrım yapılmadığı için m. 4 kapsamında yeni bulunan arkeolojik objeler de buna dahil olacaktır- devlet müzelerine alınmayacak; sadece tasnif ve tescile tâbi tutulacak ve ardından iade edilecektir. En vahim olanı ise Yönetmeliğin bu durumda "sahiplerine iade edilirler" ifadesini kullanmasıdır. Kanunun 4. Maddesi kapsamında bildirilen kültür varlıkları ipso iure kanun gereği devlete ait olduğu için bunlar üzerinde özel mülkiyet kurulması mümkün değildir ve bunları müzelere bildiren kişiler de sahipleri değildir. Zaten devlete ait olan eserlerin "sahiplerine" iadesi sözkonusu olamaz.

Özel müzeler ve koleksiyoncular lehine, karışık ifadelerle bir ayrıcalık yaratmak isteyen Yönetmelik değişikliği yeni bulunan kültür varlıkları için ikili bir ayrıma gitmektedir: (1) özel müze ve koleksiyoncular tarafından Bakanlığa bildirilenler sadece envanter defterine kaydedilecek ve iade edilecektir. (2) diğer kişilerce bildirilenler ise tasnif ve tescil dışı bırakılırsa ve tescile tâbi olup da müzelere alınmasına gerek olmazsa iade edilecektir. Arkeolojik objeler için diğer kişilerce bildirilenler devlet müzesine alınacak ancak özel müze veya koleksiyoncu tarafından bildirilenler ise sadece kaydedilecek ve özel müze veya koleksiyoncuya bırakılacaktır.

Sözkonusu değişiklik arkeoloji dünyasında büyük bir tepki yaratmış ve eski eserlerin özelleştirilmesi olarak yorumlanmıştır. Bu değişiklikle kaçak kazıların ve kaçakçılığın teşvik edileceği ileri sürülmüştür[11]. Bu nedenle Arkeoloji ve Arkeologlar Derneği Yönetmelik değişikliğinin iptali için Danıştay'da dava açmıştır. Davaya Kültür Varlıkları Koleksiyoncuları Derneği de davalı İdare yanında müdahil olarak katılmıştır.

III.Danıştay 6. Dairesinin 19.12.2000 tarih ve E. 1998/3696, K. 2000/6484 sayılı Kararı[12]

Davacı Arkeoloji ve Arkeologlar Derneğinin Kültür Bakanlığı aleyhine açtığı ve Kültür Varlıkları Koleksiyoncuları Derneğinin de davalı İdare yanında davaya katıldığı sözkonusu davada, ilgili Yönetmelik değişikliğinin taşınır kültür ve tabiat varlıklarına Devletten önce özel müze ve koleksiyoncuların malik olmasına izin verdiği, eserleri ilk bulanların Devlete haber verme zorunluluğunun ortadan kaldırılarak özel müze ve koleksiyonculara satma kolaylığı getirildiği, bu durumun kaçak kazıların artmasına dolayısıyla bir bütün oluşturan ve bu sayede bilimsel bir değer taşıyan arkeolojik buluntuların farklı ellere geçmesine ve birbirinden ayrılmasına olanak tanındığı, bu tür varlıkların yerleri bilinemeyeceğinden ve bilimsel çalışma

11 CUMHURİYET, 25.5.1999.

12 Karar yayımlanmamıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yapılamayacağından büyük bilgi ve belge kaybına yolaçılacağı öne sürülerek iptali istenmiştir.

Davalı İdare ise sözkonusu Yönetmelik değişikliğinin 2863 sayılı kanunun amacına uygun olduğunu ve Kanunla bütünlük sağladığını öne sürmüştür.

Müdahil taraf ise herhangi bir nedenle resmi müzelere başvurmamayı tercih edenlerin ellerindeki eserlerin özel müze ve koleksiyoncular tarafından devlet müzelerine haber verilmesiyle bu eserlerin Devlet tarafından hiç öğrenilmemesi veya yurt dışına kaçırılması tehlikesinin önleneceğini, özel müze ve koleksiyonculara yapılacak bildirimlerin ilgili Bakanlığa bildirim ve envantere kayıt zorunluluğu nedeniyle sonuçta resmi müzelere yapılan bildirimlerle aynı fonksiyona sahip bulunduğu dava konusu değişikliğin 2863 sayılı kanunun amacına aykırı olmadığını öne sürerek davanın reddi gereğini savunmuştur.

Tetkik hakimi Özlem Şimşek verdiği mütalaada sözkonusu Yönetmelik değişikliğinin özel müze ve koleksiyoncuların elindeki "yeni bulunan" eserlerin devlete bildirilmesi zorunluluğunu getirmekle birlikte madde devamında anılan kişiler tarafından bildirilenlerin müzelerce tasnif ve tescil dışı bırakılma ya da tescile tâbi olup da müzelere alınması gerekli görülmeme şartına bağlı kalmaksızın doğrudan envanter defterine kaydedilerek iade edileceğinin öngörüldüğünü; dolayısıyla Kanunun 4. Maddesinde düzenlenen haber verme zorunluluğunun "Devlete teslim etme" amacına yönelik iken burada haber vermenin amacının "iade edilmek üzere tescil" haline getirildiğini; 2863 sayılı Kanunda özel müzelerin eski eserlerin edinilmesi hususunda Devlet müzelerine eşdeğer herhangi bir yöntem içermediğinin çok açık olduğunu; özel müze ve koleksiyoncular tarafından Devlete haber verilen bütün eserlerin iade edilmesi yolunu açan Yönetmelik değişikliğinde hukuka uygunluk görülmediğini beyan etmiştir.

Aynı şekilde Savcı Habibe Ünal da verdiği mütalaada Yönetmelik değişikliğinin bundan önceki değişikliklerden farklı olarak 2863 sayılı kanunun 4. Maddesinde düzenlenen kültür ve tabiat varlıklarını haber vermekle yükümlü kişilere özel müzeler ve koleksiyoncuları da ekleyerek Kanunun 25. Maddesi uyarınca yapılan tasnif ve tescil işlemine özel müze ve koleksiyoncular tarafından Bakanlığa bildirilen kültür varlıklarını da kattığını; ancak Yönetmeliğin önceki biçiminde adları sayılanlar korunması gerekli kültür varlığını Devlete teslim etmek üzere haber vermekle yükümlü iken, özel müze ve koleksiyoncuların bu amaçla değil, tescil ettirmek amacıyla haber vermelerinin sözkonusu olduğunu; bu eserleri ilk bulanların Devlete haber verme zorunluluğunu kaldırıp özel müze ve koleksiyonculara satma kolaylığı getirildiğini; Devlet müzelerinin devre dışı bırakılması anlamına gelen bu uygulama ile Devlet müzelerinin nitelikli eser sahibi olmaları yerine koleksiyoncuların sahip olmalarına olanak tanındığını; dava konusu Yönetmelik

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

değişikliğinin AY m. 63 ve 2863 sayılı Kanunun 4,5 ve 25. Maddelerine aykırı düştüğünden iptaline karar verilmesini beyan etmiştir.

Danıştay 6. Dairesi ise 2863 sayılı kanunun 4,5,25 ve 26. Maddelerine değindikten sonra Korunması Gerekli Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmeliğin 14. Maddesinde yapılan 1998 ve 1999 değişikliklerini anlatmış ve uyuşmazlık konusu Yönetmelik değişikliğiyle Kanunun 25. Maddesi uyarınca Bakanlık tarafından bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tâbi tutulacak korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları arasına özel müzeler ve koleksiyoncular tarafından Bakanlığa bildirilen taşınır kültür ve tabiat varlıklarının da katıldığını, böylelikle bunların ellerinde bulundurdukları kültür ve tabiat varlıklarını Devlete haber verme zorunluluğu getirildiğini bu yolla Devletin özel müze ve koleksiyonlarda bulunan eserler hakkında da her türlü bilgiye sahip olması suretiyle eserlerin resmi kayıtlara geçmesinde belli bir disiplin sağlamak istediğini; özel müze ve koleksiyonculara getirilmiş bulunan taşınır kültür ve tabiat varlıklarının Kanunun 4. Maddesinde öngörülen sürede özel müze ve koleksiyoncular tarafından ilgili yerlere bildirme yükümlülüğünün devam ettiğini; Yönetmeliğin 14. Maddesi 3. Fıkrasında yer alan özel müze ve koleksiyoncular tarafından ilgili yerlere bildirilen kültür varlıklarının envanter defterine kaydedilerek iade edileceği yolundaki hükmün; maddenin bütünü Kanunun 24. Maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde özel müze ve koleksiyoncular tarafından bildirilenlerden tasnif ve tescil dışı bırakılanlar ile tescile tâbi olup da Devlet müzelerine alınmaları gerekli görülmeyen taşınır kültür ve tabiat varlıklarının iade edilmesini öngördüğü sonucuna ulaşıldığından, bu düzenlemenin Kanunun 25. Maddesine aykırı olduğundan sözedilemeyeceğini hükme bağlayarak dava konusu Yönetmelik değişikliğinin iptali isteminin reddine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere Mahkeme tetkik hakimi ve savcının mütalaalarının aksine sözkonusu Yönetmelik değişikliğinin kanuna aykırı olmadığı sonucuna varmış ancak bunu yaparken tetkik hakimi ve savcının dayandığı hukuki gerekçelere değinmemiştir. Mahkemenin bakış açısına göre 2863 sayılı kanunun 25. Maddesine göre Bakanlık tarafından bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tâbi tutulacak korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının arasına özel müze ve koleksiyoncular tarafından Bakanlığa bildirilen kültür ve tabiat varlıkları da dahil edilmiş ve böylelikle özel müze ve koleksiyoncuların ellerinde bulundurdukları kültür ve tabiat varlıklarını Devlete haber verme zorunluluğu getirilmiş ve bu yolla Devletin özel müzelerde ve koleksiyonculardaki bulunan eserler hakkında bilgi sahibi olması hedeflenmiştir.

Mahkemenin anlayışına göre bu Yönetmelik değişikliğinden önce özel müze ve koleksiyoncuların elindeki kültür varlıkları bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tâbi tutulmuyordu, ilk kez bu değişiklikle 2863 sayılı kanu-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nun 25. Maddesine göre artık bilimsel tasnif ve tescile tâbi olacaktır. Bu anlayış doğru değildir. Kanunun 25. Maddesine göre yapılan tasnif ve tescil işlemine yeni bulunan kültür varlıkları yanında özel mülkiyete tâbi olan kültür varlıkları da girmektedir ve bu maddenin uygulanmasıyla ilgili olarak özel bir Yönetmelik vardır: Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik[13]. Bu Yönetmelik hem yeni bulunan arkeolojik objeler için hem de özel kişilerin elinde bulunan kültür varlıkları için tasnif, tescil, müzelere alınma ve değer takdiri yapacak komisyonların çalışma esaslarını düzenlemektedir. Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Hakkında Yönetmelik[14] de etnografik nitelikteki kültür varlıklarının tescili ile ilgili hükümleri ihtiva etmektedir. Özel Müzeler ve Denetimleri Hakkındaki Yönetmelik[15] de bizatihi özel müzelerle ilgili hükümler getirmekte ve müzelerle ilgili envanter kayıtlarını düzenlemektedir.

Dolayısıyla Kanunun 25. Maddesi uyarınca yapılacak tasnif ve tescil işlemi zaten diğer yönetmeliklerle düzenlenmiştir ve Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkındaki Yönetmelikde bu anlamda tasnif ve tescil işleminin düzenlenmesine gerek yoktur. Tam tersine sözkonusu Yönetmelik 2863 sayılı kanunun 24,26,30 ve 33. Maddeleri ile Geçici 2. Maddesi gereğince hazırlandığı için Kanunun 25. Maddesine göre yapılacak olan bir düzenleme zaten kapsam dışıdır. Yönetmelik değişikliği, Yönetmeliğin kapsama alanının dışında kalan (başka Yönetmeliklerin konusu olan) tasnif ve tescil işlemini Kanuna ve Yönetmeliğin gayesine aykırı olarak Özel Koleksiyoncularla ilgili yönetmeliğe dahil etmiştir. Üstelik yeni bulunan ve Kanunun 4. Maddesine göre ilgililere bildirilmesi zorunlu olan kültür varlıkları da özel müze ve koleksiyoncular tarafından bildirilmek suretiyle Yönetmelik değişikliğinde yer almıştır. Bu durum da Yönetmeliğin kapsamı dışında kalan bir husustur. Yönetmelik Kanunun 4. Maddesine göre ihbar edilen kültür varlıklarıyla ilgilenmez, ilgilenemez; zira bu buluntular kanun gereği Devlete aittir. Ancak Mahkeme bu noktaya da hiç değinmemiş ve yeni bulunan kültür varlıklarını Kanunun 4. Maddesi uyarınca haber verme zorunluluğunun özel müze ve koleksiyoncular için devam ettiğini belirtmiştir. Oysa Kanunun 4. Maddesine göre ihbar yükümlülüğü kültür varlığını bulanlar, malik olduğu veya kullandığı arazinin içinde kültür varlığı olduğunu bilenler veya yeni haberdar olan kişiler için getirilmiştir. Bu durumda özel müze ve koleksiyoncular, kültür varlığını bulan kişi değildir; kültür varlığı bulan tarafından kendisine getirilen ve yukarıda da belirttiğimiz uygulamaya göre bulana bir miktar para vererek onu alan kişidir. Kültür varlığını bulan kişiden bunu para

---

13 RG. 13.8.1984-18488.

14 RG. 3.5.1988- 19803.

15 RG. 22.1.1984-18289.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

karşılığı alan[16] koleksiyoncu, bunu kendi bulmuş gibi müzeye götürmektedir. Oysa Kanunun 4. Maddesine göre ihbar yükümlülüğü aslen onu bulana ait iken, Kanunda yazılı olmayan bir şekilde ihbar yükümlülüğü koleksiyoncuya geçmektedir ve müzeler de eserin aslen kimin tarafından bulunduğunu sormamaktadır. Koleksiyoncunun getirdiği eser için ikramiye de ödenmemektedir. Oysa kültür varlığını müzelere haber verenlere ikramiye ödenmektedir[17].

Mahkeme Yönetmelik değişikliğinin tasnif ve tescilden sonra özel müze ve koleksiyonculara iade edilecek kültür varlıkları ile ilgili kısmı da tetkik hakimi ve savcıdan farklı şekilde yorumlamaktadır. Mahkemeye göre özel müze ve koleksiyoncular tarafından bildirilenlerden tasnif ve tescil dışı bırakılanlar ile tescile tâbi olup da Devlet müzelerine alınmaları gerekli görülmeyen taşınır kültür varlıkları özel müze ve koleksiyonculara iade edilmektedir. Mahkemenin yaptığı bu yorum Yönetmeliğin değişik 14. Maddesinin lafzı ile bağdaşmamaktadır. Zira madde metni açık bir şekilde özel müze ve koleksiyoncular tarafından bildirilenler ile diğer kişiler tarafından bildirilenleri ayrı ayrı düzenlemiştir. Özel müze ve koleksiyoncular tarafından bildirilenler envanter defterine kaydedilerek EK-1 ve EK-2'deki belgelerin düzenlenmesini müteakip iade edilirler. Oysa diğer kişilerce resmi müzelere bildirilenlerden ancak tasnif ve tescil dışı bırakılanlar ile tescile tâbi olup da müzelere alınmaları gerekli görülmeyenler iade edilirler. Görüldüğü üzere madde metni yeterli açıklıkta durumu düzenlemiştir. Ancak Mahkeme maddenin bütününü Kanunun 24. Maddesi ile birlikte değerlendirdiğinde farklı sonuca varmış ve bunun Kanunun 25. Maddesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme Yönetmelik değişikliğini Kanuna aykırı bulmak yerine, zorlama bir yorumla değişiklik metnini Kanunun 24. Maddesiyle birlikte yorumlayarak, Kanunun 25. Maddesine aykırılık görmemiştir. Bu gerekçeye katılmak mümkün değildir.

Burada Mahkeme bir çelişki içine düşmüştür. Zira Yönetmelik değişikliği Kanunun 25. Maddesini hukuka aykırı bir şekilde Yönetmeliğe dahil etmiştir. Oysa sözkonusu Yönetmeliğin kanuni dayanakları içinde 2863 sayılı kanunun 25. Maddesi yoktur. Bu madde hem hukuka aykırı şekilde Yönetmeliğe dahil edilmiş hem de kanundaki düzenlemeden farklı şekilde ele alınmıştır. Buna rağmen Mahkeme 2863 sayılı kanunun 25. Maddesinin bu Yönetmelikte düzenlenmesini hukuka aykırı görmediği gibi, farklı esaslar getiren Yönetmelik değişikliğini de Yönetmelik kapsamı dışında kalan 2863 sayılı Kanunun 25. Maddesine aykırı bulmamıştır.

---

16 Bu eserler üzerinde devlet mülkiyeti kurulduğu için koleksiyoncu bunları satın alamaz. Dolayısıyla bu işlem satım olarak nitelendirilemez.

17 İkramiye ile ilgili düzenleme için bkz. Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarını Bulanlara, Haber Verenlere ve Yakalayan Kamu Görevlilerine Verilecek İkramiye ile İlgili Yönetmelik (RG. 11.8.1984-18486).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yeni bulunan arkeolojik objelerle koleksiyoncuların arasındaki ilişkiye de hiç değinmeyen Mahkeme, özel müze ve koleksiyoncuların bu eserleri bildirme yükümlülüğünü kanuna uygunluk açısından yeterli görmüştür[18]. Oysa mülkiyeti devlete ait olan bu eserlerin özel koleksiyoncuda veya müzede kalması ancak 2863 sayılı kanunda bu yönde bir açıklık bulunması halinde mümkündür. Özel Koleksiyoncuların Denetimi ile ilgili Yönetmeliğe konan bir hükümle böyle önemli bir konunun düzenlenmesi mümkün değildir.

IV. Değerlendirme

Dava konusu Yönetmelik değişikliği hiç şüphesiz kanunda düzenlenmeyen bir durumun Yönetmelikle düzenlenmesi girişimi nedeniyle kanuna aykırı ve ayrıca sözkonusu Yönetmelik kapsamında yer almayan bir konuyu Yönetmeliğe dahil etme açısından da bizatihi Yönetmeliğin çıkarılış amacına aykırıdır.

Bu satırların yazarı özel müze ve koleksiyonculuğa karşı değildir. Tam tersine maddi imkanı yeterli kişilerin bu yöne eğilmeleri ulusal kültür mirasının korunması açısından son derece önemlidir. Sanat eserlerinin ya da etnografik nitelikli kültür varlıklarının koleksiyonculuğu özellikle desteklenmeli ve teşvik edilmelidir. Ancak arkeolojik objeler farklı bakış açısıyla ele alınması gereken kültür varlıklarıdır. Arkeolojik objeler maddi değerleri ya da estetik görünüşleri için değil, ait olduğu medeniyete ilişkin bilgi vermeleri açısından önemlidir. Dolayısıyla ihtiva ettiği bilgi değeri arkeolojik objenin ayrılmaz parçasıdır ve bu bilgi olmadan meydana getirilen koleksiyonlar bir anlam ifade etmez. Bu nedenle arkeolojik objelerin devlet elinde kalması ve her türlü araştırma imkanına açık olması gerekir. Yeni bulunan arkeolojik objelerin özel koleksiyoncuların elinde kalmasına izin vermek demek eserler devlet müzelerinin envanter defterine kaydedilse bile, kültür varlıkları üzerinde araştırma yapma imkanını baltalamak anlamına gelmektedir. Zira arkeolojik objeler üzerinde araştırma yapmak farklı dönemlere ait eserlerin kıyaslamalı olarak çalışılmasını gerektirmektedir.

Bize göre Yönetmelik değişikliğinin en büyük zararı arkeolojik objeler konusunda özel mülkiyete izin verildiği yolunda bir izlenime sebep olmasıdır. Böyle bir şüphe yurt dışında Türk mevzuatının incelendiği bir davada Türkiye aleyhine kullanılabilecektir. Zira kaçak olarak yurt dışına götürülen ve orada üçüncü kişilerin elinde ortaya çıkan kültür varlıklarının iadesi için dava açıldığında, davacının yani TC devletinin mülkiyet hakkını is-

18 Davaya müdahil olarak katılan Kültür Varlığı Koleksiyoncuları Derneğinin yaptığı savunma bu açıdan ilginçtir. Dernek "herhangi bir nedenle resmi müzelere başvurmamayı tercih edenlerin ellerindeki eserlerin özel müzeler ve koleksiyoncular tarafından Devlet müzelerine haber verilmesinden" bahsetmektedir. 2863 sayılı kanun kültür varlığını bulanlara hangi nedenle olursa olsun devlet müzelerine başvurmama konusunda bir tercih hakkı tanımamaktadır. Kanunun 4. Maddesi çok açık ve nettir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

pat etmesi gerekmektedir. Bu nitelikteki bir davada, davacının başarılı olabilmesi için davacı devletin açık ve tereddütsüz bir biçimde ülke topraklarında bulunan bir kültür varlığının devlete ait olduğunu bir kanunla belirtmesi gerekir. Sözkonusu kanun çeviri bir metinle yabancı bir hakim tarafından yorumlanacağı için, devlet mülkiyeti tesisinin açık ve net olması, davanın kazanılması için zorunludur. Bu amaçla Elmalı hazinesi davasında Türk mevzuatı Amerikan hakimi tarafından incelenmiştir[19]. İsviçre mahkemeleri de Basel davasında Türk kanunlarını incelemiş ve maalesef Amerikan hakiminden farklı bir sonuca ulaşarak, Türkiye'deki mevzuatın TC devletine mülkiyet hakkı tanımadığı(!) sonucuna ulaşmıştır[20].

Bu Yönetmelik değişikliği 1906 yılından beri izlenen sistemi ve devletin ülkesinde bulunan arkeolojik objeler üzerindeki mülkiyet hakkını hiçbir şekilde etkilememekte, ancak özel müze ve koleksiyoncuların zilyet olmalarına izin vermektedir. Sözkonusu prosedür devletin mülkiyet hakkı ile ilgili olmamasına rağmen yabancı mahkemeler tarafından özel müze ve koleksiyoncular tarafından bildirilen arkeolojik objeler üzerinde gerçek anlamda devlet mülkiyeti kurulmadığı, özel mülkiyete yakın bir mülkiyet hakkının mevcut olduğu yönünde bir yorum yapılabileceği endişesi taşımaktayız. Umulur ki bir Yönetmelik değişikliğiyle gerçekleşmesi mümkün olmayan ve kanunla dahi arkeolojik objeler üzerinde özel mülkiyet tesisini kabul etmeyen bir sistemde sorun olmayan bu husus, İsviçre mahkemeleri gibi yabancı mahkemelerde Türkiye aleyhine bir bahane olarak kullanılmaz.

19 Bkz. ÖZEL (dn.1) s. 60 vd.

20 Bkz. ÖZEL (dn. 1) s. 368 vd. ÖZEL (dn. 4) s. 316 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TÜRK HUKUKUNDA AVUKATLARIN TABİ OLDUĞU REKLAM YASAĞI*

*Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK***

Aslında avukatların tabi olduğu, daha doğrusu tabi kılındığı reklam yasağı konusunda söylenecek pek fazla şey bulunmamaktadır. Çünkü Türkiye Barolar Birliği 21/11/2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış Reklam Yasağı Yönetmeliği ile konuyu büyük ölçüde çözümlemiş durumdadır. Ancak, her şeye rağmen, bu Yönetmeliğin bazı maddelerinin açıklanması ve bazı noktalarda da eleştirel gözlemlerde bulunulması gerekmektedir ki, işte bu hususlar incelememizin konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca, hemen belirtmek gerekir ki, Avukatlık Kanununun 55.maddesi ile Avukatlık Meslek Kurallarının 7. ve 8.maddelerinde de reklam yasağına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Ticari ilişkilerin henüz bugünkü yoğunlukta karşımıza çıkmadığı dönemlerde avukatların ekonomik yönden önemli sayılabilecek kaygıları da bulunmamakta idi. Sosyal durumu avukata müşterileri karşısında gerçek ve faydalı bir bağımsızlık sağlıyordu. Bu bağımsızlık avukatın müşteri aramasını ve dolayısıyla, reklam gibi, amacı müşteri arayışı olan çarelere başvurmasını gerektirmiyordu. Ancak, ticari ilişkilerde sınırların yavaş yavaş ortadan kalkmaya başlaması ve özellikle avukat sayısının artması, avukatları reklam yapılmasını gerektiren müşteri arayışı taktikleri geliştirmeye sevketmiştir. Bu durum çeşitli baroları ve kanun koyucuları avukatların tabi olduğu reklam yasağını bir nebze gevşetmek mecburiyetinde bırakmıştır. Örneğin Fransa'da 27 Kasım 1991 tarihli Décret'nin 161 ve 162.maddeleri reklam yasağı konusunda biraz daha liberal bir rejim getirmiştir. Fakat belirtmek gerekir ki, bu rejim Fransız barolarının büyük kısmında sınırlı bir uygulama alanı bulmuştur.

Reklam yasağının temelindeki düşünce, avukatların hak sahiplerinin bu mesleğe duyabilecekleri güveni sağlayan vakar ve dürüstlük içinde hare-

---

* İstanbul Barosunun 127.Kuruluş Yılı ve Avukatlar Kutlama Günü Etkinlikleri çerçevesinde 7/4/2005 günü sunulan tebliğ.

** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ket etmeleri düşüncesidir[1]. Bütün meslekler saygıdeğer olmakla birlikte avukatlık mesleğinin belirli özellikleri vardır ve bu özellikler avukatlık mesleğini icra edenlerin daha özenli bir davranış içinde olmalarını gerektirir. Nitekim, avukat, hukukun hizmetinde olan ve kamu hizmeti gören bir kişidir; yargı faaliyetine katıldığı ve bu faaliyetin adeta ortağı olduğuna göre, diğer meslek gruplarından farklı olarak bazı sınırlamalara katlanmak zorundadır. İşte, reklam yasağı bu çerçevede düşünülmüş bir tedbir, bir sınırlama olup, avukatın mesleğini salt kazanç sağlama amacıyla yürütmediği konusunda hak arayanlarda güven yaratan bir unsurdur. Sınırsız bir reklam özgürlüğü avukatlık mesleğini ticarileştirir; oysa, mesleğin ticarileşmesinin mutlaka önüne geçmek gerekmektedir ve bunu sağlayan önlemlerden biri de reklam yasağıdır[2]. Eğer avukatlara sınırsız bir reklam özgürlüğü tanınırsa, bu özgürlük mesleğin ticarileşmesine yol açabilecektir ki, avukatlık mesleğinin kamusal yönü ve niteliği dikkate alındığında bundan en fazla kamu menfaati zarar görür. Hiç kuşkusuz avukatlar kazanç sağlama amacıyla çalışırlar ve mali menfaatlerini de tamamen ihmal edemezler; bu açıdan bakıldığında, avukatlık mesleğinin bir serbest meslek yönü de vardır[3]. Ancak, diğer serbest meslek mensuplarından farklı olarak, avukatlar bakımından önemli olan; kar amacı gütmemeleridir. Demek ki, avukatlar arasındaki rekabet kişisel yetenekleri fazla olanın üstün gelmesi şeklinde olmalıdır. Diğer bir deyişle, yetenek ve bilgi en iyi reklam biçimidir ve avukatlar arasındaki rekabetin yetenekleri ve bilgisi fazla olanın üstün gelmesi şeklinde biçimlenmesi lazımdır[4]. Sonra, serbest ve yoğun reklama izin verildiği takdirde avukatlık hizmetinin maliyeti artar ve avukatlık ücretleri bundan etkilenir. Kaldı ki, bir avukat kendi kişisel yetenek ve bilgisi ile değil de, reklam vasıtasıyla iş sağladığı takdirde iş sahiplerine bağımlılığı artar[5]. Avukatların tabi olduğu reklam yasağının temelinde yer alan bütün bu düşüncelerin ne ölçüde doğru olduğuna arkadaşım Sayın Memiş daha sonra değinecektir.

İşte, TBB Yönetmeliği, bu gerekçelerden esinlenerek, daha 1.maddesinde, Yönetmeliğin amacının avukatların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmalarının önlenmesi olduğu belirt-

---

1 Bkz.***Prof.Dr.Yüksel Ersoy***, "Avukatlıkta Reklam Yasağı", Hukuk Kurultayı 2004, sh.203 vd.; ***Meral Sungurtekin Özkan***, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2.Baskı, İzmir 1999, sh.450 vd.; ***Nejat Aday***, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994, sh.77 vd.

2 ***Meral Sungurtekin Özkan***, age., sh.465.

3 Nitekim Avrupa Adalet Divanı da 21/6/1974 tarihli Reyners kararında avukatlık faaliyetlerinin bir kısmında kamu gücünün kullanılmasının avukatlık mesleğinin bütünüyle kamu hizmeti sayılmasına yol açamayacağı, avukatların da üye devletlerde serbest yerleşim ve meslek icrası hakkından yararlanacağını kabul etmiştir.

4 ***Meral Sungurtekin Özkan***, age., sh.465.

5 ***Meral Sungurtekin Özkan***, age., sh.466.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mekte ve bunun nedeninin de, avukatların mesleklerini özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmelerinin, avukatlık sıfatının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır şekilde hareket etmelerinin, yargılama faaliyetindeki yerlerini ve işlevlerini olumsuzlaştıracak davranışlardan kaçınmalarının sağlanması olduğunu ifade etmektedir. Görüldüğü üzere, Yönetmelik, reklam ile mesleğin onuru arasında doğrudan bir ilgi görmektedir. Böyle bir ilginin kurulması doğru mudur, doğru ise neden, doğru değilse nereye kadar gibi soruların cevaplandırılmasını arkadaşım Sayın Memiş'e bırakıyorum.

14/11/2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış olan Reklam Yasağı Yönetmeliği, reklam yasağının çerçevesinin ne olduğunu 2.maddesinde açıklamakta idi. Yeni Yönetmelik bu hususu 11.maddesinde "Yükümlülükler" başlığı altında ele almıştır. Buna göre, avukat, salt ün kazanmaya yönelik her türlü girişim ve eylemden kaçınmak, iş elde etmek için reklam sayılabilecek girişimlerde bulunmamak, üçüncü kişilerin kendileri için reklam sayılabilecek bu tür eylem ve davranışlarına izin vermemek veya onların bu tür davranışlarına engel olmak için gerekli önlemleri almak zorundadır; aksi takdirde, avukatın girişim, eylem ve davranışları reklam yasağı kapsamında değerlendirilecektir.

"Reklam" ile genel olarak ne kastedilmektedir? Reklam, kamunun tümünün veya bir kısmının ilgisini çekerek yarar sağlamak amacıyla herhangi bir şekilde yapılan tanıtma faaliyeti olarak tanımlanır[6]. Bu kavramı belirleyen unsurlar; "yarar sağlama amacı" ile "ilgi çekici tanıtım"dır. Bu unsurları avukatlık mesleğine uygularsak, "yarar sağlama amacı"nı "iş verilmesini teşvik amacı" olarak, "ilgi çekici tanıtım" unsurunu da "iş sahiplerinin dikkatlerini çekici tanıtım" olarak ifade edebiliriz. Demek ki, avukatlık mesleğinde reklam kavramına, iş verilmesini teşvik amacıyla iş sahiplerinin dikkatini çekici tanıtma fiilleri girecektir[7]. Bu tanım bize hemen bir kriter sağlamaktadır ki, o da, iş verilmesini teşvik amacını gütmeyen davranışların reklam olarak kabul edilmeyeceğidir. Diğer bir deyişle, salt "tanıtma", "bilgi verme" mümkün ve caizdir. Nitekim, "tanıtma"nın, "bilgi verme"nin iş verilmesini teşvik anlamına geldiğini söylersek, avukatın kartvizit bastırması, bürosunun camına veya kapısına tabelasını asması dahi reklam sayılarak yasaklanmak gerekir.

1) Yönetmeliğin 5.maddesine göre, avukatların tabelasında, avukatlık unvanı ile avukatın adı ve soyadı, varsa akademik unvanı, büronun bulunduğu kat ve büro/daire numarası, telefon numarası ile internet adresi ve eposta adresi yer alabilir. Tabelada bunların dışında unvan, deyim, şekil, amblem ile Türkçe dışındaki dillerde ifade ve sair şekiller, işaret resim, fo-

---

6 ***Prof.Dr.Yüksel Ersoy***, "Avukatlıkta Reklam Yasağı ve Uzmanlık", Avukatlık Mesleği (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri), İstanbul 2000, sh.178 vd., özellikle 182.

7 ***Prof.Dr.Yüksel Ersoy***, agm., sh.184.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

toğraf ve benzerlerine yer verilemez. Hatta TTB'nin 5/9/1983 tarihli İlke Kararına göre, avukat, tabelasında ve basılı kağıtlarında, Türkçe "avukat" kelimesi dışında yabancı dilde eş anlamlı olsa dahi başka kelime kullanamayacaktır. Bu ilke kararının bugün sadece tabelalar için geçerli olduğunu düşünüyorum[8]. Zira Yönetmeliğin basılı evraka ilişkin 7.maddesinde bir avukatın basılı kağıtlarının yabancı dilde olmasını yasaklayan bir ibare bulunmamaktadır. Aksi takdirde avukatların, avukat olduklarını yabancılara verecekleri kartvizitlere dahi yabancı dilde yazamamaları gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır ki, böyle bir sonucun günümüz şartlarında düşünülmesi bile mümkün olmamak gerekir.

Birden çok avukat aynı büroda birlikte çalışıyorsa, avukatlardan birinin veya birkaçının adı ve soyadının veya sadece soyadının yanında "avukatlık bürosu" ibaresi tabelada bulunmalıdır. Örneğin "Av.Ali Üzgün Avukatlık Bürosu" veya "Av.Ali Üzgün-Av.Yaşar Sevinçli Avukatlık Bürosu" ya da "Üzgün Avukatlık Bürosu" veyahut "Üzgün-Sevinç Avukatlık Bürosu" gibi. Şu halde avukat tek başına çalışıyorsa, "Avukatlık Bürosu" ibaresini kullanamayacaktır. Ayrıca, avukatlık bürosuna isim ve soyadı dışında bir isim konması da Avukatlık Kanununun 44.maddesine aykırıdır. Birden çok avukat aynı büroda birlikte çalışıyorsa, kullanılabilecek ibare sadece "Avukatlık Bürosu" ibaresi midir, yoksa "Hukuk Bürosu" ibaresi de kullanılabilir mi? Danıştay aynı büroda birlikte çalışan birden çok avukatın tabelada ve basılı evrakta sadece "avukatlık bürosu" ibaresini kullanabileceğine karar vermiştir; çünkü Danıştay'a göre, "hukuk bürosu" nitelemesi müvekkillerin bir nevi şirket ile karşı karşıya bulunduklarını düşünmelerine neden olabilir. Ancak, TBB Disiplin Kurulu, Meslek Kurallarının 7/ç maddesinde "hukuk bürosu" ibaresinin kullanılmış olmasından hareketle, birlikte çalışan birden çok avukatın tabelalarında ve kartvizitlerinde "hukuk bürosu" tabirini de kullanılabilmesini kabul etmiştir[9]. Avukatlık ortaklığı halinde ise ortaklığın ortaklık sözleşmesinde belirtilen adı ve unvanının yanında "Avukatlık Ortaklığı" ibaresi yer almalıdır.

Eski Yönetmelik, tabelada avukatın telefon numarasının yer almasına izin vermemekte idi; yeni Yönetmelik bunu mümkün kılmıştır. Yönetmeliğin 5.maddesinden anlaşılacağı üzere, tabelaya adaleti sembolize eden terazi-kılıç gibi şekiller konulmasına dahi izin verilmemiştir. Bunlar uygulamada çok sık rastlanan aykırılıklar olduğu için burada belirtmeyi uygun gördüm.

Keza, 5.maddeye göre, bina cephelerine, büronun balkon ve pencerelerine birden fazla tabela asılamaz; tabela yerine ışıklı pano kullanılamaz, tabela ışık verici donanımla süslenemez. En önemlisi, tabelalarda ancak iki

---

8 Aksi görüş: ***Prof.Dr.Yüksel Ersoy***, "Avukatlıkta Reklam Yasağı", Hukuk Kurultayı 2004, sh.216.

9 13/9/1997 tarih ve 1997/97 E., 1997/81 K.sayılı karar.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

renk kullanılabilir. Tabelanın boyutları da Yönetmelikte tespit edilmiştir: 70 cm x 100 cm.; ancak, birden fazla avukata ya da avukatlık ortaklığına ait tabelalar ile yüksek katlarda kullanılan tabelalarda bu boyutun 100 cm x 150 cm'ye kadar arttırılmasına izin verilmiştir. Örneğin TBB Disiplin Kurulu 14/9/1996 tarih ve 1996/85 E., 1996/111 K.sayılı kararında, büro levhalarının reklam niteliği taşıyabilecek aşırılıkta olamayacağına, büronun bütün ön cephesini kaplayacak büyüklükteki bir levhanın aşırı olduğuna ve reklam niteliği taşıdığına karar vermiştir. Artık tabelaların boyutları belirlendiğine göre, durum önceden bilinen objektif bir kritere bağlanmış olmaktadır.

Yönetmeliğin 5.maddesi tabelaların nereye asılabileceğini de belirlemiştir. Buna göre, büronun bina cephesine veya pencere ya da balkonuna bir tabela asılabileceği gibi, büronun bulunduğu binanın giriş kapısının yanına, giriş holü veya koridoruna ve büronun giriş kapısının yanına da birer tabela asılabilir. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, ülkemizde uygulanan şekliyle, özellikle büronun bulunduğu binanın cephesine veya büronun pencere ya da balkonuna tabela asma yöntemi birçok Batı ülkesinde reklam yasağı kapsamına girmektedir. Bu açıdan bakıldığında, ülkemizin oldukça liberal bir uygulama içinde olduğu söylenebilir.

2) Yönetmeliğin 6.maddesi "basılı evrak"a ilişkindir. Bu konudaki genel kural; başlıklı kağıtlar, kartvizitler ve diğer basılı evrakın reklam niteliği taşıyacak aşırılıkta ve içerikte olamayacağıdır. Bu genel kural çerçevesinde, başlıklı kağıtlarda, kartvizitlerde ve diğer basılı evrakta sadece avukatlık unvanı, varsa akademik unvan, avukatın adı ve soyadı, adresi, telefon ve faks numaraları ile internet ve e-posta adresleri bulunabilir; bütün bunlara avukatın baro sicil numarası, TBB sicil numarası, vergi dairesi ve vergi sicil numarası da eklenebilir. Birlikte çalışma halinde "Avukatlık Bürosu" ibaresinin, avukatlık ortaklığı halinde ise "Avukatlık Ortaklığı" ibaresinin ve ortaklıkta yer alan avukatların ad ve soyadlarının basılı kağıtlarda bulunması zorunludur. Her iki durumda da, büro ya da ortaklığın adının yanında avukatın kendi ad ve soyadının bulunması gerekmektedir.

Basılı evrakta, avukatın kayıtlı bulunduğu baronun veya TBB'nin amblemine yer verilmesi Yönetmelikte kabul edilmiştir. Ancak tabelalarda bu mümkün değildir. Ayrıca, Yönetmeliğin 6.maddesinin son fıkrasında avukatlık hizmetinin hiçbir unvan altında marka tesciline konu olamayacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda Danıştay, sınai ve ticari faaliyette bulunanların yararlanmasına sunulmuş bir imkan olan markanın, hukuk alanında hizmet veren avukatların yararlanmasına açık tutulamayacağına karar vermiştir[10]. Yönetmeliğin bu hükmü ve Danıştay'ın anılan kararı tartışmaya çok açıktır. Çünkü, hem Nice Anlaşmasında ve hem de Türk Patent Ens-

[10] Danıştay 8.Dairesinin 22/1/2003 tarih ve 2002/180 E., 2003/289 K.sayılı kararı.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

titüsünün 2002/3 Sayılı Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğinde hukuki hizmetler marka tesciline konu olabilecek bir hizmet sınıfı olarak kabul edilmiştir[11]. Nitekim, Nice Anlaşmasında "hukuki hizmetler"e 42. sınıfta yer verilmiştir; ayrıca, 35. ve 36.sınıfların bazı alt grupları da hukukçuların ve avukatların sundukları bir kısım hizmetler içermektedir. Böyle olunca, Yönetmeliğin 6.maddesinin son fıkrasındaki yasağın Avukatlık Kanununun 55.maddesindeki reklam yasağının kapsamını ve amacını aşan bir niteliğe bürünmüş olduğu söylenebilir. Öte yandan, vakıfların ve derneklerin, yani tacir olmayanların bile marka tescil ettirebilmelerine izin veren bir hukuki düzende bu imkanın avukatlardan neden esirgendiğini de tam olarak anlayabilmek mümkün değildir. Bütün bu nedenlerle Yönetmeliğin 6.maddesinin son fıkrasının tartışmaya yeniden açılmasında fayda bulunmaktadır.

Yine Yönetmeliğin 6.maddesindeki yasak kapsamında, avukatın ya da avukatlık bürosunun veya avukatlık ortaklığının adının oto camı yapıştırıcılarına, tişörtlere konulması, avukatlık bürosu adına çakmak ya da sair promosyon malzemelerinin dağıtılması, avukatlık bürosunun sportif faaliyetlere sponsorluk yapması, büronun isminin tekne yelkenlerine veya yarış otomobillerine ya da motosiklet kasklarına konulması mümkün değildir.

Avukatların müvekkillerine ya da üçüncü kişilere haftalık ya da aylık bilgilendirme mektupları göndererek onlara hukuk alandaki doktriner, yargısal ve yasal gelişmeleri duyurabilmeleri mümkün müdür? Bu yönteme kuşkuyla yaklaşılabilir. Bu kuşku, bir kere, bilgilendirme mektubunun içeriği bakımındandır; bilgilendirmenin iyi ve ciddi şekilde yapılması lazımdır. İkincisi, bu yöntemin kesinlikle müvekkil arayışı haline dönüşmemesi gerekir. Bilgilendirme ile müvekkil arayışı arasında çok ince bir sınır vardır ve bu sınır kolaylıkla aşılabilir. Bu nedenle, bu tür mevzuat ve içtihat bilgilendirmesi faaliyetlerinde bulunabilmek için yeterli kadroya sahip olan avukatlık bürolarını diğer avukatlar karşısında üstün duruma getiren bu yöntemin kabul edilebilirliği çok şüphelidir.

Türk hukukunda uzman avukatlık adında bir kurum bulunmamaktadır. Onun için avukatın basılı evrakında onun hangi alanda çalışmak durumunda olduğuna ilişkin bir husus yer alamaz. Şu halde, Türk hukukunda avukatın, örneğin vergi hukuku, ceza hukuku gibi spesifik bir konudaki uzmanlığına işaret eden ibarelerin kullanılması mümkün değildir. Oysa örneğin Fransa'da bu mümkündür, ama unutmamak gerekir ki, Fransa'da ihtisaslaşmaya imkan veren bir süreç ve sınav vardır, ülkemizde ise böyle bir durum mevcut değildir. Bu nedenle ülkemizde, Devletin özel olarak uzmanlık için açtığı bir sınav sonucunda o alanda uzman olunduğu izleniminin ya-

11 Konu hakkında etraflı bilgi için bkz.***Av.Gülay Karan***, "Marka Sahibi Olmak Sadece Tacir ve Esnaflara Hasredilmiş Bir Hak mıdır? Avukatlar Marka sahibi Olamaz mı?",Türk Hukuk Kurumu, Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı, Ankara 2005, sh.301 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ratılması istenmemiştir. Bu konuda çeşitli örnekler bulunmaktadır. Örneğin, çeşitli ülkelerin avukatlarını içeren kitapta yer alan Türk avukatlık bürosunun, "Türkiye'deki en büyük hukuk bürosu olduğu"nu, "menkul kıymetler ve finansman alanında lider olduğu"nu beyan ettiği bir olayda İstanbul Barosu Disiplin Kurulu, avukatın kamuya sunduğu bilgilerde bilgi verme hakkını kullandığının hangi şartlar [doğru ve gerçek bilgi sunulması; bilginin, verilmesi gerekli olanlarla sınırlı olması (ölçülülük); gerek biçim (sade biçimler tercih edilmelidir) ve gerekse içerik (abartılı bir üslup kullanılmamalıdır) yönünden objektif sınırlar içinde verilmesi; diğer meslek ilkelerini ihlal etmemesi (bilgi vermenin hiçbir biçimi iş veya müvekkil temini gibi diğer meslek ilkelerini ihlal etmemelidir)] altında kabul edilebileceğini inceledikten sonra, bu ilandan ancak şikayet üzerine haberdar olduğunu ileri süren avukatlık bürosunun bu savunmasına, büronun adının yayından çıkartılması ya da yayında yer verilen ifadelerin değiştirilmesi için ne tür işlemler yapıldığını açıklayamaması karşısında itibar etmeyerek reklam yasağına aykırı davrandığına karar vermiştir[12]. Bir başka olayda ise, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu, kendilerini her türlü ticari sözleşmelerde, şirket birleşme ve iktisaplarında, uluslararası ihtilaflarda, özelleştirme, finans ve bankacılık işlemlerinde uzman olarak tanıtan ve web sitesinde de "en köklü hukuk bürosu", "eski ve saygın hukuk bürosu" gibi terimler kullanan dört avukatın reklam yasağını ihlal ettiğine karar vermiştir[13]. Aynı şekilde, internette web sayfası açarak bürosunda yurt içi hukuk hizmetlerinin yanı sıra Avrupa Birliği ülkelerinin en önde gelen hukuk firmaları ile birlikte yurt dışı yatırımlarda yatırım hukuku, Avrupa Birliğinde bankacılık sistemi hukuku, şirketler hukuku alanlarında yüksek nitelikli hukuki mütalaalar sunduğunu, uzmanlık alanları olarak da icra ve iflas hukuku, ticaret hukuku, uluslararası ticaret hukuku, banka hukuku, şirketler hukuku, sermaye piyasaları, yatırım danışmanlığı, emlak hukuku, şirket yapılandırma ve reorganizasyonu gibi alanlarda faaliyet gösterdiğini, ayrıca uluslararası baroya ve İstanbul Barosuna kayıtlı avukatlar ile hizmet verdiğini bildiren bir avukatlık bürosu hakkında Türkiye Barolar Birliği, her avukatın müvekkiline en iyi hizmeti vermek zorunda olduğu, diğer meslektaşlara üstünlük sağlamak amacına yönelik olan "yüksek nitelikli hukuki hizmet sunmak", "en iyi hukuki hizmeti sunmak", "Uluslararası Baroya kayıtlı avukatlar ile hizmet sunmak" gibi ifadeler kullanılmasının bilgi verme amacından çok reklam niteliğinde olduğu, kişi ve kuruluşları etkileyerek iş edinmeye yönelik bulunduğu gerekçesiyle reklam yasağına aykırı davrandığına karar vererek İstanbul Barosunun kararını onamıştır[14].

Türk hukuku, uzmanlık ifade eden ibarelerin basılı kağıtlarda kullanıl-

---

12 9/7/2002 tarih ve 2002/D.82 E., 2002/162 K. sayılı karar.

13 18/2/2003 tarih ve 2002/98E., 2003/23 K. sayılı karar.

14 13/12/2002 tarih ve 2002/144 E., 2002/372 K. sayılı karar

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

maması konusunda son derece hassastır. Nitekim, başlıklı kağıtlarda, kartvizitlerde ve diğer basılı evrakta, avukat unvanı ve akademik unvan dışında, çeşitli hukuk mesleklerinde edinilmiş olan tecrübeye ilişkin unvanlar kullanılarak dikkat çekilmesi yasaktır. Bu bağlamda bir avukat, başlıklı kağıtlarında, kartvizitlerinde ve diğer basılı evrakta, örneğin, "emekli hakim", "emekli savcı", "Yargıtay onursal üyesi", "emekli ceza hakimi", "emekli asliye ticaret mahkemesi başkanı", "emekli noter", "hukuk uzmanı", "sigorta uzmanı", "bilirkişi", "eski bakan", "milletvekili", "eski belediye başkanı" ve benzeri sıfatları kullanamaz, kamu kurum ve kuruluşları ile özel kurum ve kuruluşlardaki, siyasi partilerdeki geçmiş veya mevcut görevlerini belirtemez. Ama hukuk alanında bir akademik unvana sahip olan avukat, bu akademik unvanını "avukat" sıfatı ile birlikte kullanabilir. Fakat, örneğin bir medeni hukuk profesörü akademik unvanını basılı evrakında kullanabilecek ise de, uzmanlık alanı olan anabilim dalını belirtemeyecektir. Bu bağlamda akademik unvanlar "doktor", "yardımcı doçent", "doçent" ve "profesör unvanlarıdır; "bilim uzmanlığı" adında bir akademik unvan bulunmadığı için bir avukatın tabelasında "avukat" unvanı ile birlikte "bilim uzmanı" sıfatını kullanması mümkün değildir[15]. Keza bir avukatın, avukat unvanının yanında "marka ve patent vekili" sıfatını kullanabilmesi de TBB'ye göre mümkün değildir. Nitekim bir olayda TBB Disiplin Kurulu "...patent ve marka vekilliği işinin avukatlıkla birlikte yürütülebilmesinin mümkün olması, bir avukata bu sıfatı basılı kağıtlarında bir unvan ve uzmanlık statüsü şeklinde belirtmek ve reklam aracı olarak kullanmak hakkını veremez. Çünkü avukatların, tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları, Avukatlık Yasasının 55.maddesi kapsamındadır. Ayrıca Avukatlık Yasasında uzman avukatlık gibi bir statüyü yer verilmediğinden, diğer avukatlardan farklı olarak belirli bir konuda uzman olma mesajını da taşıyan bir sıfatın kullanılması, yasaya, meslek düzen ve geleneklerine bu yönden de ters düşmektedir" şeklinde beyanda bulunmuştur[16].

Uzmanlaşmanın basılı evrakta belirtilememesi çok eleştirilen bir yasaktır. Nitekim, uygulamada zaman zaman kişi ve kuruluşların şu veya bu hukuk alanında çalışan avukatların kimler olduğu konusunda hatta barolara sorular sordukları görülmektedir. Ayrıca, özellikle büyük şehirlerde, artık, hak sahiplerine her türlü uyuşmazlıkta yardımcı olan ve hukuk hizmeti veren "pratisyen" avukatların yerini "belli alanlarda uzmanlaşmış" avukatların aldığı gözlemlenmektedir. Bu açıdan bakıldığında, avukatların uzmanlık alanlarını değil de, ilgi duydukları faaliyet alanlarını ifade edebilmelerine olanak sağlanmasının mümkün olması gerektiği düşünülebilir. "Uzmanlık alanı" ile "faaliyet alanı" birbirine karıştırılmamalıdır[17]. Zira bir

---

15 TBB Disiplin Kurulunun 14/11/1998 tarih ve 1998/111 E., 1998/141 K.sayılı kararı.

16 18/7/1998 tarih ve 1998/60 E., 1998/94 K.sayılı kararı.

17 Etraflı bilgi için bkz.***Prof.Dr.Yüksel Ersoy***, agm., sh.187.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kimsenin hukukun belli bir alanını faaliyet alanı olarak belirtmesi, onun mutlaka o alanda uzman olduğunu beyan ettiği anlamına gelmez. Eğer bir avukat faaliyet alanının örneğin ceza hukuku olduğunu belirtiyorsa, üçüncü kişilerin bu beyandan hareketle onun ceza hukuku alanında uzman olduğunu düşünmeleri kural olarak avukatın yaptığı bir reklam olarak yorumlanamaz. Avukat böyle bir belirlemede bulunmakla, ceza hukuku dışındaki konularla uğraşmadığını, kendisine sadece bu konularda başvurulmasını söylemiş olmaktadır[18].

3) Yönetmeliğin 7.maddesine göre, avukat, telefon rehberinin "meslekler" kısmına büro adresini, telefon ve faks numaralarını, internet adresini ve e-posta adresini yazdırabilir. Ama yazımın alfabetik sırada olması ve diğer avukatlardan ayırt edici herhangi bir ifade, sembol, işaret vs. kullanılmaması gerekir. Örneğin avukat telefon rehberindeki kaydını ayrı bir baskı ile çerçeve içine alamaz veya diğer bir biçimde vurgulayamaz[19].

4) 8.madde hükmü bizi avukatın medya ile olan ilişkilerini incelemeye götürmektedir ki, buna ilişkin hüküm Yönetmeliğin 8.maddesindedir[20]. Bu maddeye göre, avukat gazete veya sair yazılı basın yoluyla duyuruları ancak istisnai hallerde yapabilir. Bu haller; avukatın adresini değiştirmesi, büro açması, altı ayı aşan bir ara vermeden sonra yeniden mesleğe dönmesi, bir avukatlık ortaklığına katılması veya ortaklıktan çıkışı, avukatlık ortaklığının açılışı ya da sona ermesidir. Duyurunun reklam niteliğini taşımayacak şekilde yapılması lazımdır. Şu halde, örneğin büro açılışına veya bir avukatlık ortaklığına girişe ilişkin gazete ilanı tam sayfa olarak verilemeyecektir, zira bu takdirde ilan aşırı ölçüde dikkat çekici olacak ve reklam niteliğini taşıyacaktır. Oysa 7.madde duyurunun reklam niteliğini taşımayacak şekilde yapılmasını özel olarak şart koşmaktadır. Yapılmasına izin verilen ilanlara avukatın resmi konamaz. Bir olayda TBB Disiplin Kurulu, gazeteye ilan vererek mevcut adresinden yeni bir adrese taşındığını ve ayrıca Yargıtay Dairesi Başkanlığından kendi isteğiyle ayrılarak avukatlığa başladığını belirten avukatın bu ilanının, sadece adres değişikliğinin duyurulmasına yönelik bir ilan niteliğinde görülemeyeceğine ve reklam yasağına aykırı olduğuna karar vermiştir[21]. Keza, Danıştay'a göre, iş elde etmek için broşür yazıp dağıtan avukatın tutumu reklam niteliğinde olduğundan meslek kurallarına aykırıdır[22]. Bir başka olayda İstanbul Barosu Disiplin Kurulu, bir avukatın bir bankanın işçilerine mektup göndererek emeklilik geliri hesabı adı altında yapılan uygulamaya karşı dava açabileceğini, az miktardaki

---

18 ***Prof.Dr.Yüksel Ersoy***, agm., sh.187.

19 ***Meral Sungurtekin Özkan***, age., sh.458.

20 Avukatların kitle iletişim araçlarından faydalanmaları konusunda ortaya çıkabilecek çeşitli ihtimaller için bkz.***Meral Sungurtekin Özkan***, age., sh.458 vd.

21 27/9/1975 tarih ve 1975/36 E., 1975/22 K.sayılı karar.

22 Danıştay 8.Dairesinin 17/5/1071 tarih ve 1436-1315 K.sayılı kararı.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ödemeleri arttırabileceğini, sadece masrafları alıp peşin avukatlık ücreti almayacağını, gerekirse masrafların da dava bittikten sonra alınacak paradan tahsil edilebileceğini belirterek adres ve telefon bildirip vekalet istemesini reklam yasağına aykırılık olarak görmüştür[23]. TBB Disiplin Kurulu, bir trafik kazasında eşi ve kızı ölmüş olan bir kişiye mektup yazarak tazminat davasını üstlenmek istediklerini ifade eden avukatların iş elde etmek için reklam sayılabilecek harekette bulunmuş olduklarını kabul etmiştir[24]. Yine TBB Disiplin Kurulu, bir başka olayda, görev sırasında şehit olan bir erin ailesine mektup yazarak emekli hakim albay olduklarını ve ortak çalıştıklarını belirterek mektup ekinde doldurulmak üzere bilgi formu gönderen ve mektupta da tazminat davasını üstlenmek istediklerini belirten iki avukatın reklam yasağına aykırı davrandıklarına karar vermiştir[25]. Aynı şekilde, yollardaki panolara afiş asılması da yasaktır.

Bazı hizmet arzı çağrılarında, avukatlardan çalışmış oldukları müvekkillerin kimliklerini ifşa etmeleri istenmektedir; böylece, iş sağlayacak olan ve hizmet arzı çağrısında bulunan kurum, tecrübeli avukat bürolarıyla çalışma imkanını elde etmeyi hedeflemektedir. Bir avukatın, vekaletini üstlendiği müvekkillerinin kimliğini açıklaması meslek sırrına aykırı olur. Lyon İstinaf Mahkemesi bu konuda şöyle beyanda bulunmuştur: Bir avukatın müvekkillerinin kimliğini ifşa etmesi, halk için gerekli bir bilgi değildir, diğer bir deyişle halkın bu bilgi olmadan avukatını seçemeyeceği bir veri oluşturmaz; sonra, bu bilgiler halkı yanıltabilir de, zira tanınmışlık mutlaka kalite anlamına gelmediği gibi, müvekkil karşılaştığı uyuşmazlık türlerine göre değişik uzmanlık alanlarına sahip avukatlara başvurabilir, örneğin bir taşıma şirketinin avukatı o şirkete sadece iş hukuku alanında hizmet verdiği halde sanki taşıma hukukunda uzmanmış gibi bir izlenim doğabilir. Öte yandan bir avukatın müvekkilinin kimliği hakkında bilgi verebilmesi onun onayını gerektirir, bu ise avukatın müvekkili karşısındaki bağımsızlığını zayıflatır. Bir kısım ülkelerde avukatın müvekkilinin kimliği hakkında bilgi verebilmesinin ancak onun yabancı ülkelerdeki hizmet arzı çağrılarında, bu ülkelerin mevzuatı imkan verdiği takdirde ve ölçüde söz konusu olabileceği; bunun dışında bu yöntemin reklam yasağı kapsamına girdiği kabul edilmektedir. İstanbul Barosu Disiplin Kurulu, web sitesinde danışmanlık ve avukatlık hizmeti verdiği şirket ve holdinglerin ismini yayınlayan bir avukatlık bürosunun böylece yeni bir kamusal alan olan internet ortamında tanıtım boyutunu (ölçülülük) aşıp muhtemel müvekkilleri etkileyerek iş sağlama amacına yöneldiği ve meslektaşları ile haksız rekabete yol açtığı, dolayısıyla reklam yasağına aykırı davrandığı sonucuna varmıştır[26].

---

23 18/1/2003 tarih ve 2002/252 E., 2003/153 K. sayılı karar.

24 4/7/1992 tarih ve 1992/41 E., 1992/51 K.sayılı karar.

25 4/7/1992 tarih ve 1992/44 E., 1992/50 K. sayılı karar.

26 25/6/2002 tarih ve 2002/D. 61 E., 2002/143 K. sayılı karar.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yine İstanbul Barosu Disiplin Kurulu, bir başka olayda, tanıtma broşüründe referans olarak çeşitli şirketlerin gösterilmesi halinde "kamuya bilgi verme hakkı"nın sınırlarının aşıldığı sonucuna varmıştır[27].

Avukatlar yaşamları, kazançları, mesleki faaliyetleri hakkında reklam niteliğinde yayınlarda bulunamazlar. Keza devam eden veya eskiden ilgilendikleri bir dava hakkında tarafların sözcüsü gibi demeç ve bilgi veremezler, radyo ve televizyonda konuşamazlar, bilgi veremezler, görüntü veremezler, demeç veremezler, duruşma haricinde sözlü veya yazılı açıklamalarda bulunamazlar, gördükleri dava hakkında polemiğe giremezler; yazılı basın, internet, televizyon ve radyolarda kendilerini veya üzerinde çalışmakta oldukları hukuki işi reklam olabilecek nitelikte ön plana çıkaramazlar. Yapabilecekleri tek şey zorunlu hallerde, ve o da davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla, açıklama yapabilmekten ibarettir. Kısacası, bir avukatın yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına yaptığı açıklamalarla kendisine ün kazandırmaya çalışması kesinlikle yasaktır. Eğer bir basın açıklaması yapılması gerekiyorsa, avukatın bunu kural olarak ad belirtmeksizin yapması gerekir. Örneğin TBB Disiplin Kurulu, bir avukatın hangi amaçla yapılırsa yapılsın basın organlarında sık sık resminin çıkmasının ve beyanlarının yer almasının reklam yasağına aykırı olduğuna karar vermiştir[28]. Keza, TBB Disiplin Kurulu, bir avukatlık bürosunun 1999-2000 Yılı Faaliyet Raporu başlıklı broşürü ile, bir dergide yayınlanan röportajda büronun çalışma düzenini, uzmanlık alanlarını ve başarılarını abartılı bir üslupla anlatmasının, İstanbul'da en fazla vergi ödeyen avukatlar listesinde ikinci sırada olduğunu açıklamasının, dergide özgeçmişine ve büronun resimlerine yer verilmesine müsaade etmesinin, iş elde etmeye ve reklama yönelik olduğuna karar vererek İstanbul Barosunun kararını onamıştır[29]. Aynı şekilde, bir avukatın resminin Very İmportant Person isimli dergide kapak yapılması, derginin içinde bu avukatlık bürosunun açık adresi yazılarak 35 kişilik kadro ile 2 kat ve 500 m2'lik büroda hizmet verildiğinin, büronun uzmanlık alanlarının ticaret hukuku, sermaye piyasası hukuku, banka hukuku, uluslararası tahkim gibi hukuk alanları olduğunun, İstanbul'un her adliyesinde bulunan çalışanlarıyla süratli hizmet verildiğinin ifade edilmesini, avukatlık bürosunun sağlam ve emin adımlarla yoluna devam ettiğinin belirtilmesini ve büronun kadrosundaki elemanların isim ve resimlerine yer verilmesini TBB Disiplin Kurulu, İstanbul Barosunu takiben reklam yasağına aykırı bulmuştur[30]. Hatta TBB'ne göre, bir avukatlık bürosunun sadece nesnel büyüklüğünü ifade eden bilgilerin yayınlanması dahi reklam yasağı kapsamına girer[31]. Bir diğer

---

27 29/1/2002 tarih ve 2001/219 E., 2002/20 K. sayılı karar.

28 27/1/1990 tarih ve 1989/101 E., 1990/2 K.sayılı karar.

29 1/11/2003 tarih ve 2003/224 E., 2003/349 K. sayılı karar.

30 22/1/2004 tarih ve 2003/359 E., 2004/22 K. sayılı karar.

31 6/6/2003 tarih ve 2003/62 E., 2003/167 K.sayılı karar.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olayda TBB Disiplin Kurulu, bir dergide yer alan yazıda, avukatın ünlü kişilerin avukatı olduğundan ve genç yaşında elde ettiği başarılardan söz edilmesini, bu yazının avukatın beyanları esas alınarak hazırlanmasını ve magazin haberi şeklinde yayınlanmasını da dikkate alarak reklam yasağına aykırılık olarak nitelendirmiştir[32].

Eğer basın organı avukatın adını veya resmini ona sormadan yayınlamışsa ne olacaktır? Avukat, adının özellikle devam eden veya eskiden takip ettiği bir dava ile ilgili olarak basın organlarında belirtilmesinden kaçınmak zorunda ise de, onu, tamamen kendi dışında hazırlanan bir haberin yayınlanmasında bu haberin içeriğini kontrol etme ve adının haberde geçmesini önleme yükümlülüğü altına sokmak da kural olarak mümkün değildir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında, içeriği salt genel hukuki sorunlara yönelik bilgilendirme olan bir mülakatın yayınlanmasında, yazının düzenlenmesi ve şekli yönlerinden gazeteci ile önceden kararlaştırılan çerçeveye uyulup uyulmadığını kontrol etmenin avukata yükümlülük olarak yükletilebilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir[33]. Halbuki bu tür yazılar bakımından daha önce eğilim, avukatın yazının yayına (baskıya) hazır halini görüp onay vermesi gerektiği yolunda idi.

Öte yandan, avukatlar gazete dergi, radyo, televizyon ve internette röportaj, sohbet, konuşma, tartışma ve benzeri programlara katılabilirler ise de, bu programlarda reklam sayılabilecek her türlü davranıştan ve avukatlık mesleğini zedeleyecek her türlü açıklamadan kaçınmak zorundadırlar. Avukatın basın ve yayın organlarında mesleki konularla ilgili yazıları genellikle reklam yasağının kapsamına sokulmamaktadır. Avukat günlük gazetelerde hukuki konularda tavsiyelerde bulunabilir mi? Yönetmeliğin 7.maddesi, bir avukatın, avukat unvanını kullanarak yazılı, işitsel, görsel iletişim araçlarında yönetmen, düzenleyici, danışman ve sair sıfatlar ile dizi, sürekli yayın, süreli ya da süresiz programlar hazırlamasını, sunmasını, yönetmesini yasaklamıştır. Onun için bir avukatın günlük gazetelerde sürekli olarak hukuki tavsiyelerde bulunması ancak avukat unvanının kullanılmaması şartıyla mümkün görülebilir. Fakat bu sonucun dahi tartışmaya açık olduğunu belirtmek gerekir.

Yönetmeliğin internet teknolojisinin kullanımı konusunda getirdiği sınırlamaları arkadaşım sayın Memiş izah edecektir, onun için bu konuya burada değinilmeyecektir.

5) Son olarak, Yönetmeliğin "İşbirliği" başlıklı 10.maddesine değinmek istiyorum. Bu maddeye göre, avukatlar ülke içinde veya dışında işbirliği yaptıkları başka kentlerdeki avukatları "irtibat bürosu" ve benzeri tanımlamalarla, işbirliğini genelleştirecek ve süreklilik kazandıracak biçimde açık-

---

32 13/4/2002 tarih ve 2001/294 E., 2002/107 K.sayılı karar.

33 ***Meral Sungurtekin Özkan***, age., sh.459 dipnot 652.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

layamazlar, duyuramazlar. Önceki Yönetmelik bu yasağı sadece "ülke içi işbirliği" bakımından öngörmekte idi; böyle olunca, ülke dışındaki hukuk büroları için "irtibat bürosu" ya da benzeri bir adlandırmanın kullanılabilmesi imkan dahiline girmekte idi. Bu olanak yeni Yönetmelikle kaldırılmıştır.

Reklam konusundaki sınırlamaların hiç kuşkusuz olumsuz bazı etkileri vardır. Nitekim bu sınırlamalar şeffaflığı ortadan kaldırmakta, genç avukatlara zarar verebilmekte ve avukatları derneklerde ve değişik çevrelerde aktif şekilde çalışmaya sevketmek suretiyle dolaylı reklama yöneltmektedir[34]. Fakat, her şeye rağmen, yasağın muhafaza edilmesini gerektiren nedenler daha ağır basmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, Türk hukukundaki durumun genel kabul görmüş esaslara uygun olduğu söylenebilir. Fakat, yine de Yönetmeliğin bazı hükümlerinin özellikle Avrupa Birliği mevzuatı ve bu Birliğe üye devletlerdeki son gelişmelerin ışığı altında tekrar tartışılması faydalı olacaktır ve hatta gereklidir. Böylece, Yönetmeliğin fazla liberal görünen bazı hükümlerinin törpülenmesi, fazla katı görünen diğer bazı hükümlerinin ise bir nebze yumuşatılması imkan dahiline girecektir.

34 Bkz.***Meral Sungurtekin Özkan***, age., sh.467-468; aynı yazar, "Reklam Yasağı", Avukatlık Mesleği (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri), İstanbul 2000, sh.196 vd., özellikle 204-205.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

HAKSIZ ETKİ

*Yrd. Doç. Dr. İpek SAĞLAM**

I. GENEL OLARAK

Anglo-Amerikan hukukunun çok tipik bir kurumu olan "haksız etki[1]" hukuk sistemimizdeki "irade sakatlıkları" ile ilginç paralellikler göstermektedir. Bu çalışmada "haksız etki" kurumunun ait olduğu hukuk ikliminde anlaşıldığı biçimde tanıtılması ve "irade sakatlıkları" ile mevcut paralelliklerin ve farklılıkların altının çizilmesi amaçlanmıştır.

Haksız etki öğretisi teorik temellerini hakkaniyet (equity) hukukunda bulur. Haksız etki kavramı, "bir kimsenin diğeri üzerindeki nüfuzunun, bu nüfuzun etkisinde kalan kişinin özgür (serbest) iradesi olmadan hukukî işlem yapmasına yol açması" olarak tanımlanabilir. Bu tanımlama çerçevesinde haksız etkinin bu etkiye maruz kalan açısından bir irade sakatlığı anlamına geldiği söylenebilir. Nüfuz sahibi kişilerin, bu nüfuzun yarattığı etkiyi kullanarak yaptırdığı sözleşmeler, bu etkiye maruz kalanlar için bağlayıcı olmayacaktır. Haksız etkiye maruz kalarak sözleşme yapanlar, sırf bu nedenle yaptıkları sözleşmenin kendileri için bağlayıcı olmadığını iddia edebilecektir[2]. Gerçekten de haksız etki yoluyla bir kişi, normal şartlar altında, özgür iradeye sahip olsaydı kurmayacağı bir sözleşme ilişkisini, iradesi rayından çıkarıldığı, etki altında bırakıldığı için kurmuş bulunmaktadır. "Sözleşme serbestisi" ilkesi özgür ve özerk iradeleri sözleşme ilişkilerinin temeli olarak kabul ettiğine göre, bu temele sahip olmayan bir sözleşme ilişkisinin "bağlayıcı" olduğu söylenemez.

Haksız etki, İngiliz Mahkemeleri tarafından önceleri irade sakatlıklarından birisini teşkil eden "hile"nin kavramsal çerçevesine oturtularak ince-

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

1 Haksız etki tanımlaması, "Undue Influence" kavramının tarafımızca Türkçeleştirilmiş şeklidir. Undue influence kavramını başka biçimlerde de Türkçeleştirmiş yazarlar bulunmaktadır. Örneğin Prof. Dr. İsmet Sungurbey, bu kavramı "haksız nüfuz ve etki" olarak kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. SUNGURBEY, İ., Medeni Hukuk Sorunları, Altıncı Cilt, İstanbul 1994, s. 12.

2 CALAMARI, John D. – PERILLO, Joseph M., The Law of Contracts, Third Edition, Hornbook Series, St. Paul, Minn., 1987, s. 351.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lenmiştir[3]. Ancak daha sonraları bu anlayıştan vazgeçilmiş, haksız etkinin sözleşme kurma iradesi üzerinde yarattığı baskının, hileye nazaran daha dolaylı ve düşük ölçekte olduğu kabul edilmiştir[4]. Haksız etkide bulunan tarafın aynı zamanda kurulan sözleşmede taraf olması ve bu sözleşme aracılığıyla kendisine bir çıkar sağlaması olasılığında[5] "hile" ile olan paralellik artmaktadır.

II. HAKSIZ ETKİNİN UNSURLARI VE TÜRLERİ

1. GENEL BAKIŞ

Haksız etki olgusu temelde iki görünüm biçimine sahiptir. İlkinde bir kişi, psikolojik etkide bulunmaya olanak veren nüfuzunu (gücünü) hakkaniyete uygun olmayan bir biçimde kullanarak, bir başka kişiyi aslında razı olmayacağı bir sözleşmeyi kurmaya yöneltmektedir (bu sözleşmeyi yapmaya ikna etmektedir)[6]. İkincisinde ise, bir kişi, nüfuzunu kullanmak yerine, bir başkası için güven ve bağlılık kaynağı olan pozisyonunu haksız biçimde kullanarak o kimseye bir sözleşme yaptırmaktadır. İngiliz Hukuku çerçevesinde ilk olasılık için "gerçek haksız etki[7]"; ikinci olasılık içinse, "haksız etki karinesi[8]" nitelemesi kullanılmaktadır.

Birinci durumda iradesi etkilenerek sözleşme yapmak durumunda kalmış kişinin, sözleşmeyle bağlı olmadığını iddia etmesi "haksız etkiyi" ispat etmesine bağlıdır. Bir başka deyişle kendi üzerinde psikolojik etkide bulunmaya imkan veren nüfuz sahibi birinin varlığını ve bu nüfuzlu durumun hakkaniyete aykırı olarak kullanılması sonucunda sözleşme yaptığını ispatlamalıdır. İkinci durumda ise, aşağıda açıklayacağımız belirli koşullara bağlı olarak, aksi ispatlanamadıkça "haksız etki" karine olarak var sayılır. Sözleşme taraflarından biri, diğeri karşısında güven ve bağlılık kaynağı olan bir duruma sahipse ve sözleşme böyle bir duruma sahip olan taraf için bir açık bir menfaat sağlıyorsa, aksi ispatlanmadıkça "haksız etki"nin varlığı kabul edilecektir. Belirtmek gerekir ki; haksız etkinin iki görünümü arasındaki fark bulanıktır. Esas sorun "haksız etki" kavramının tanımlanması aşamasında ortaya çıkar. Haksız etkinin en başta gelen göstergesi, bir kişi-

---

3 BEATSON J., Anson's Law of Contract, 28th. Edition, Oxford University Press, 2002, s. 285.

4 GUEST, A.G., Anson's Law of Contract, Twenty-sixth Edition, Clarendon Press Oxford, 1984, s. 244.

5 RICHARDS, Paul, Law of Contract, Second Edition, Pitman Publishing, 1995, s. 213.

6 CALAMARI – PERILLO, s. 352.

7 Gerçek haksız etki "Actual Influence" kavramının Türkçeleştirilmiş halidir. Bu kavram için bkz: FURMSTON, M.P, Law of Contract, Thirteenth Edition, London-Edinburgh-Dublin-Butterworths, 1996, s. 325.

8 Haksız etki karinesi "Presumed Influence" kavramının Türkçeleştirilmiş halidir. Varsayılan haksız etki olarak da kullanılabilirdi ancak biz haksız etki karinesi çevirisinin daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nin güven ve bağlılık hislerini elde etmiş birisinin, bu kişiyle alışılmadık hukuki ilişkiler kurarak kendisine menfaat sağlamasıdır[9].

Haksız etki vakalarının çoğunluğu, bu bahsedilen etkiye maruz kaldığı iddia edilen kişilerin ölümlerinden sonra meydana gelmektedir. Örneğin, mirasbırakanın arkasında hayal kırıklığı içinde bırakmış olduğu akrabaları, mirasbırakanın sağlığında gerçekleştirdiği sağlararası malvarlığı devirlerinin bu yolla iptal edilmesini sağlamaya çalışmaktadırlar.

2. GERÇEK HAKSIZ ETKİ

Bir kimse, bir başkası üzerindeki nüfuzunu, o kimsenin iradesini ortadan kaldıracak şekilde kullanmış ve bu kimsenin sözleşme yapmasına yol açmış ise, bu sözleşme "haksız etki" altında yapılmıştır. Sözleşmeyi kendi özgür iradasiyle yaptığı söylenemeyecek olan kişi, bu sözleşmeyle "bağlı" olmadığını söyleyebilecektir.

Gerçek haksız etkide etkide bulunanla etkiye maruz kalan arasında özel bir ilişki mevcut olabileceği gibi olmayabilir de[10]. Yani bir özel ilişkinin varlığı şart değildir. Bir kimsenin diğeri üzerinde psikolojik etkide bulunma olanağı veren nüfuzunu kullanmış olması gerçeği "haksız etki"nin varlığını kabul etmek için yeterlidir. Ayrıca nüfuzun kötüye kullanıldığının ispatlanmasına da gerek yoktur.

Bu yapıyı taşıyan bir dava olarak Morley v. Loughnan davasını[11] görmekteyiz. Bu davada mirasçılar, murisin birkaç yıl boyunca evinde kaldığı ve dini açıdan bağlı bulunduğu "Exclusive Brethren (Özel Kardeşlik Grubu)" üyelerinden birine bağışlamış bulunduğu 140.000 Pound'un iadesini talep etmişlerdir. Davacı durumundaki mirasçıların taleplerini inceleyen hakim, müteveffa ile davalı arasında herhangi bir özel ilişkinin var olup olmadığının araştırılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Karara göre, davalı, müteveffanın hayatının tamamını eline geçirmiştir[12] ve bu sebeple yapılan bağışlamalar kesinlikle müteveffanın serbest iradesinin doğrultusunda gerçekleştirilmiş değildir, çünkü davalı müteveffa üzerindeki nüfuz ve hakimiyetini kullanarak bu sözleşmeyi yaptırmıştır.

Gerçek haksız etki hukuki gerekçesine dayanarak akdettiği sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen taraf, bu tip bir etkinin mevcut olduğunu ve bu etkinin altında kalarak sözleşmeyi kurduğunu ispatlamalıdır[13]. Bu tip da-

---

9 KEENAN, Denis, Smith & Keenan's English Law, Eleventh Edition, London, s. 237.

10 BEATSON, s. 286.

11 McGARVIE, R.E – PANNAM, C.L. – HOCKER, P.J, Cases and Materials On Contract, Third Edition, Sydney – Melbourne – Brisbane, 1975, s. 460.

12 Davalının müteveffa üzerindeki nüfuzu o dereceye gelmiştir ki, müteveffa, davalının haberi olmadan hiçbir şey yapmamakta, her hareketini ona danışarak yönlendirmektedir.

13 TREITEL, Sir Guenter, The Law of Contract, Eleventh Edition, 2003, s. 409.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

valarda, hukuki işlemin, bu işlemle bağlı kalmak istemeyen taraf için açıkça dezavantaj taşıdığının ya da bu kişiye bazı açıklamaların yapılmamış olduğunun ispatlanmasına gerek bulunmamaktadır. Bu konuya verilebilecek örnekler içerisinde ruhani danışmanların öbür dünyaya ilişkin uzmanlık ve bilgilerini kullanarak belirli bir kişi üzerinde nüfuz elde ettiklerini ve bu nüfuzlarından yararlanarak bu kişiyi sözleşme yapmaya yönelttiklerini sıklıkla görmekteyiz.

Bir başka örnek davada da[14] yine taraflar arasında hiçbir hukuki ilişkinin önceden mevcut olmadığını görüyoruz. Bahsolunan davada bir okul öğretmeni, homoseksüel davranışları yüzünden önce tutuklanmış ancak daha sonra tahliye edilmiştir. 40 Saatlik uykusuzluğunu müteakip ve güvenceyle tahliye edilmesinden hemen sonra, öğretmeni, okul yetkilileri ziyaret etmiş ve ihtiyarıyla istifa etmesinin onun menfaatine olacağı belirtilerek onu ikna etmeye gayret etmişlerdir. Mahkeme, verilen istifayı geçersiz saymıştır. Karara göre; "*Hukuki olarak birini ikna etmek ile yapılan baskının aşırı nitelikte olması arasındaki fark, ikna edildiği söylenen kişinin kendi iş hayatında gösterdiği makul davranış standardına göre belirlenir.*"

Yine bu Mahkeme, ayırımı yaparken dikkate alınması gereken kriterleri şu şekilde sıralamaktadır:

"*Aşağıdaki kriterlerde ikna etmenin sınırları aşılıp aşırı baskıya yol açılmış olacaktır: (1) sözleşme veya hukuki işlem alışılmadık ve uygunsuz bir saatte tartışılmaktaysa, (2) sözleşme veya işlem uygunsuz bir yerde ifa edilmekteyse, (3) işlemin bir an önce tamamlanması için durmaksızın ısrar edilmekteyse, (4) gecikme halinde ortaya çıkacak nahoş sonuçlara ilişkin gereğinden fazla vurgu yapılmaktaysa, (5) dominant taraf, birden fazla ikna edici kişiyi karşısındaki yalnız ve çaresiz tarafa yönelik kullanmaktaysa, (6) güçsüz taraf 3. kişi konumunda olan danışmanların verdiği hizmetten yoksun durumdaysa, (7) mali danışmanlara ya da hukukçulara danışacak vaktin olmadığına ilişkin açıklamalar yapıldıysa. Eğer yukarıda sayılan unsurların birkaç tanesi birarada bulunuyorsa, somut olayda yer alan ikna gayreti, aşırı boyutlu olarak kabul edilebilecek ve yapılan hukukî işlem bu sebeple bağlayıcı olmayacaktır*".

İncelediğimiz kaynaklarda haksız etkinin haksız fiil olarak nitelendirildiği hiç bir davayla karşılaşmadık. Haksız etkinin bulunduğu davalarda yaptırım, her zaman, hukuki ilişkinin ortadan kaldırılması ve eski hale iadenin sağlanması biçiminde olmuştur. Haksız etki altında kurulmuş işlemlerin ifası istemine karşı haksız etkinin bir defi olarak ileri sürülmesi de mümkündür[15].

14 CALAMARI – PERILLO, s. 354.

15 CALAMARI – PERILLO, s. 355.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yukarıda tanıtıldığı şekilde bir haksız etkinin varlığı hukuk sistemimiz içinde "gabin (aşırı yararlanma)" kurumunun yardımıyla belirli bir ölçüde çözüme ulaştırılabilecektir. Ancak "gerçek haksız etki" ile "gabin" arasında "ayniyet" bulunmadığı, bu iki kurumun birbirinin yerine geçebileceği de söylenemeyecektir. Gabinin sübjektif unsurunun gerçekleştiğini kabul etmek için "hiffet (hafiflik)" alabildiğine geniş yorumlanabilir. Bir kimsenin sözleşme ilişkisine girmek istediği kişinin üzerinde nüfuzlu bir duruma sahip olması ve bu nüfuzu sayesinde bu kişinin irdasini adeta "felç" ederek ona bir sözleşmeyi adeta dikte etmesi, "karşı tarafın hiffetinden yararlanarak onu sözleşme yapmaya ikna etme olarak" değerlendirilebilir. Böylelikle gabinin sübjektif unsurunun gerçekleştiği ileri sürülebilir. Ancak iradesi felç edilen kişinin gabine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilmesi için sözleşmenin karşı taraf açısından "aşırı menfaat sağlaması" (sözleşmedeki edimler arasında aşırı nispetsizlik olması) gerekecektir. Oysa Anglo-Amerikan hukukunda gerçek haksız etkiye maruz kalan kişinin sözleşmeyi iptal edebilmesi için sözleşmenin diğer tarafının "aşırı menfaat" elde etmesinin gerekmediğini tespit etmiştik. Diğer taraftan gabine dayanmak için, gabne maruz kalanın hiffetinden istifade ederek ona bir sözleşme yaptıran kişinin sözleşmenin karşı tarafı olması gerekir. Oysa gerçek haksız etkide, bu etkinin sözleşmenin karşı tarafından kaynaklanması gerekmemektedir.

3. HAKSIZ ETKİ KARİNESİ

A. GENEL BAKIŞ

Haksız etkinin görünüm biçimlerinden bir diğeri; taraflar arasındaki ilişkinin, "haksız etki karinesi"ne yol açtığı durumlarda karşımıza çıkar[16]. Taraflar arasında özel bir çeşit güven ilişkisi mevcutsa ve bu özel güven kötüye kullanıldıysa, güveni kötüye kullanılan kişi haksız etki karinesine dayanarak kurduğu sözleşme ile bağlı olmadığını söyleyebilecektir. Yani haksız etki karinesinin ortaya çıkması için sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen tarafça iki temel unsurun ileri sürülmesi gerekir. Bunlardan birincisi, özel bir güvene dayanan bir ilişkinin mevcut olmasıdır. Aşağıda bu güveni sağlamaya elverişli ilişkiler ayrıca belirtilecektir. İkinci unsur ise, güven yaratan özel bir ilişki içinde bulunan bir kişinin bu güveni yüzünden sorgulamaksızın kendisi için dezavantajlı bir sözleşme yapmış olmasıdır[17].

Doktrindeki bir görüş uyarınca, sözleşme müzakerelerine giren taraflar arasında özel bir güven bağı mevcutsa ve bu güven dolayısıyla bir taraf kendi menfaatinin korunup korunmadığını sorgulayıp, araştırmaksızın sözleşme yapmaya razı olduysa, kamu yararı ilkesinden hareketle, sözleşmenin iptal edilmesi mümkün olacaktır[18].

---

16 TREITEL, s. 409.

17 TREITEL, s. 410.

18 BEATSON, s. 287.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Oysa hakim görüşe göre, iptal edilebilirliğin gerekçesi, "muğlak bir kamu yararı" kavramı olamaz. Özel bir güven ilişkisi içinde bulunan kişinin kendi menfaatini sorgulamaksızın karşı taraf için "aşırı menfaat" içeren bir sözleşme yapmış olması gerekir ki, "haksız etki karinesinin bulunduğundan" söz edilebilsin. Özel bir güven taşıyan kişinin, bu güvene dayanarak kendi menfaatini hiç sorgulamaksızın yaptığı sözleşme kendisi için "dezavantajlı" bir durum yaratmıyorsa haksız etki karinesinden söz etmek mümkün olmayacaktır.[19].

Kimi ilişkilerin özel bir güven bağının kurulmasına yol açtığı bazen yasa tarafından açıkça belirlenir. Kimi durumlarda ise kişiler arasındaki ilişkilerin özel bir güven bağının doğmasına yol açacağı işin doğası gereği kabul edilmek gerekir.

Yasa tarafından özel bir güven bağını kurduğu belirtilen ilişkilerde, sadece bu ilişkilerin varlığının ispatlanması yeterli olup, bu ilişkilerden kaynaklanan bir güvenin varlığını ispat etmek gerekli değildir.Belirtilen ilişkinin bu ilişkinin tarafları arasında bir güven zemini oluşturduğunu bizzat "yasa" söylemektedir[20]. Yasanın belirttiği böyle bir ilişki içerisinde bulunan kişi, bu ilişki çerçevesinde kendisi için dezavantajlı bir sözle yapmışsa haksız etki karinesinin bulunduğu söylenebilecektir. Sözleşmeyi yapan kişinin içinde bulunduğu ilişkinin içinde yarattığı özen güven duygusu nedeniyle kendi menfaatini sorgulamaksızın bu sözleşmeyi yaptığının ayrıca ispatı gerekmeyecektir.

Diğer durumlarda ise bir ilişkinin mevcut olduğu, bu ilişkinin doğası gereği bir güven zemini kurduğu, ilişkinin sağladığı güveni içinde duyan birisinin kendi menfaatini sorgulamaksızın bir sözleşme kurduğu ve bu sözleşmenin kendisi için dezavantajlı bir durum yarattığı (sözleşmenin karşı tarafının aşırı menfaat elde ettiği) hususları tek tek ispat edilmelidir ki "haksız etki karinesi" kabul edilebilsin[21].

Şimdi sırasıyla haksız etki karinesinin bu iki görünümünü ele alalım:

B. HAKSIZ ETKİ KARİNESİNİN YASADAN KAYNAKLANDIĞI DURUMLAR

Bir iş görme ilişkisinin ve bu ilişkiye dayalı bir güven zemininin bulunması, mutlaka haksız bir etkinin gerçekleşebileceğinin göstergesi olamaz. Ancak yerleşik yargı uygulaması veya bazı pozitif kurallar, bazı ilişkilerde ortaya çıkan yoğun güven bağının haksız bir etkinin kullanılmasına son derece elverişli bir zemin oluşturduğunu kabul etmiştir. Yerleşik yargı uygulaması ve bazı yasal metinlerde gösterilen ve haksız bir etkinin kullanılma ih-

19 KEENAN, s. 238.

20 BEATSON, s. 287.

21 TREITEL, s. 411.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

timalini yoğunlaştıran ilişki biçimleri sınırlı sayıda değildir. Bu ilişkilerin tüketici bir listesi verilmek istenmemiştir. Yasada belirtilen ve yoğun bir güven bağı kurması sebebiyle haksız bir etkinin kullanılmasına elverişli sayılan ilişkilere örnek olarak, ebeveynler ile çocukları arasındaki ilişkiler, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkiler, doktor ve hastası arasındaki ilişkiler, vakıf yöneticisi ile vakıf lehdarı arasındaki ilişkiler, ruhani danışman ile ondan danışmanlık alan kişi arasındaki ilişkiler, vasi ve vesayet altındaki kişi arasındaki ilişkiler ve istisnaî olarak da nişanlı çiftler arasındaki ilişkiler sayılabilir[22]. Yerleşik yargı uygulaması karı koca arasındaki ilişkilere bu gözle bakmamaktadır. Zira eşler arasında büyük malvarlığı devirlerinin gerçekleştirilmesinde veya maddi çıkarlar sağlanmasında, sevgi ve fedakarlık hisleri dışında başka sebeplere pek rastlanılmamaktadır[23]. Daha doğrusu karı-koca arasındaki ilişkilerde sevgi ve fedakarlık dışında bir motivasyon olabileceğini karine olarak kabul etmek amaca uygun görülmemektedir. İngiliz hukukçuları, büyük bir ihtimalle aile huzurunun korunması amacıyla karı koca arasındaki ilişkilerin yarattığı güven bağının haksız bir etkinin kullanılmasına yol açacacağını veri olarak kabul etmemişlerdir[24].

Karı koca arasındaki ilişkide haksız etki vardır diyebilmek için özel durumlar ortaya çıkmalıdır. Örneğin taraflardan birinin ehliyetsiz olması[25] ve bu sebeple diğerinin nüfuzu altında kalarak ona kazandırmalarda bulunması gibi[26]. Ebeveyn ile çocuğu arasındaki ilişki, çocuğun ergin olması veya evlenmesi gibi sebeplerle kendiliğinden, haksız etki karinesi gölgesinden kurtulacaktır.

Karine bazen, karineye yol açan ilişki sona erdikten sonrası için bile uygulanabilir. Bunun mümkün olması için, ilişki ortadan kalkmasına rağmen, taraflar arasındaki nüfuzun devam ediyor olması şarttır. Örnek olarak avukat ve eski müvekkili arasındaki ilişki veya ebeveyn ile çocuk arasında, çocuğun ergin olmasından hemen sonra ancak halen onların kontrolü altında kalmaya devam ettiği kısa dönem içindeki ilişkileri gösterebiliriz[27].

---

22 KEENAN, s. 237.

23 MC. GARVIE – PANNAM – HOCKER, s. 460.

24 Aynı kanaatte olan yazar için bkz: KALKAN, Burcu, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, Ocak 2004, s. 43.

25 Türk hukuku bakımından böyle bir olasılıkta irade sakatlığına dayanmak gereği ve hatta olanağı yoktur. Eşlerden birisinin ayırd etme gücünden yoksun olması nedeniyle tam ehliyetsiz olduğu olasılıklarda haksız etki karinesinin uygulanması yoluyla işlemin bağlayıcılığının ortadan kaldırılmasına gerek duyulmayacaktır. Eşlerden birinin sınırlı ehliyetsiz olup diğerinin vesayeti altında bulunması olasılığında da eşler arasındaki sözleşmelerde, sınırlı ehliyetsiz olan eş için kayyım tayin edilecektir.

26 KEENAN, s. 238.

27 CALAMARI – PERILLO, s. 355.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

C. YASA TARAFINDAN DÜZENLENMEYEN ANCAK GERÇEK GÜVEN YARATAN İLİŞKİLER

Bu tip ilişkilerin sayısı sınırlı değildir. Somut olayda karşılaşılan ilişki özel bir güven bağı ortaya çıkardıysa ve bu güvenden yararlanan taraf lehine, bu tarafın aşırı yarar sağladığı bir sözleşme kurulmuş ise "haksız etki karinesi"nin bulunduğu kabul edilebilecektir. Haksız etki karinesinin bu görünümünde, özel bir ilişki içerisinde bulunan taraflar karşılıklı olarak birbirlerine güven duyuyorlarsa ve bu güvenin neticesinde taraflardan biri diğeri üzerinde nüfuz sahibi olduysa, üstelik bu nüfuz, ona sahip olanca şahsi çıkarlarına hizmet edecek bir avantaj yaratmaya alet edildiyse, bu ilişkiler haksız etki karinesi yaptırımı ile karşılaşırlar. Taraflar arasında bu tip gerçek güven yaratan bir ilişkinin mevcut olup olmadığını tespit ederken olay ile ilgili tüm hususlar bir arada değerlendirilmelidir.

Karine, güven ilişkisinin bulunduğu, bu güvenin yaratıldığı, kötüye kullanıldığı ve karşı tarafta yaratılan güvene ihanet edilen tüm durumlarda karşımıza çıkabilecektir. Tate v. Williamson davasında[28]:

23 yaşında ve Oxford Üniversitesi öğrencisi olan T., miktarı yaklaşık olarak 1.000 Pound'a varan okul harçlarını ödeyebilme baskısı altındaydı. Babasıyla aralarında problemler olduğundan T., harç borcu konusunda büyük amcasından kendisine yol göstermesini talep etmişti. Büyük amca sağlık problemleri yüzünden şahsen yardımcı olamamıştı ancak bu hususta davalı konumunda olan yeğenini kendisini temsil konusunda yetkili kılmıştı. T ve davalı arasında görüşmeler yapılmıştı ve bu görüşmelerde T., kendisine ait olan bir taşınmazın bir kısmını satma arzusunda olduğunu açıklamıştı. Davalı bu taşınmaz için 7.000 Pound ödemeye hazır olduğunu bildirmişti. Satışın tamamlanmasından önce, davalı taşınmaza ilişkin detaylı bir inceleme raporu edinmişti ve bu raporda taşınmazın değerinin 20.000 Pound olduğu belirtilmekteydi. Davalı bu gerçeği T'ye ifşa etmemiş ve satış sözleşmesinin ifasına devam etmiştir. T, bir yıl sonra fazla alkol tüketiminden ölmüştür.

Yukarıdaki sözleşmenin iptal edilmesi son derece olağandır. Kendisinden bir tavsiyede bulunması beklenen davalı, T ile özel bir ilişki kurmuştur, onda güven yaratmıştır ve bu satışın gerçekleştirilmesi ile birlikte davacı aleyhine kendi lehine bir avantaj yaratmıştır. Bu sebeple de kendisi hiçbir şeyden haberi olmayan, taşınmazın değerine ilişkin çeşitli dokümanları okumamış herhangi bir alıcı ile bir tutulamayacaktır. Davalı, bu olayda, satış sözleşmesinin, haksız etki karinesi sebebiyle iptal edilmesine katlanmak zorunda kalmıştır. Bu olay Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde "hile" yapıldığı iddiası ile aynı sonuca ulaşılması mümkün olabilecektir. Çün-

---

28 GUEST, s. 246.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kü sözleşme taraflarından biri güven ilkesi (MK 2/I) uyarınca karşı tarafa açıklama yükümü altında olduğu bilgileri açıklamayarak, karşı tarafta hatalı bir saik (taşınmazın piyasa fiyatına nispeten uygun olarak satıldığı düşüncesi) oluşmasına yol açmıştır. Sözleşme taraflarından birinin hukuka aykırı ve kasıtlı olarak diğerini düşürmüş olduğu saik hatası ile kurulan sözleşme ilişkisi arasında "nedensellik" bağı bulunduğundan sözleşmenin hile ile sakatlanmış olduğu söylenebilir. Sözleşme müzakereleri sırasında susma, sessiz kalma kural olarak "hukuka aykırı" kabul edilmese bile, açıklama yükümlülüğünün bulunduğu bir hususta "susma" hukuka aykırı bir davranış olarak kabul edilir ve hileye vücut verir.

Bir başka dava olan Tufton v. Sperni'de de[29], taraflar arasında özel bir güven ilişkisi kurulmuştur. Davacı ile davalı, Londra'da bir Müslüman Kültür Merkezi kurulması amacıyla bir araya gelmiş bir komitenin üyesi konumundadırlar. Davadan anlaşıldığı üzere, davacı bu merkezin kurulması için gereken fonu tedarik etmekle yükümlüydü. Olayda davalı, davacıyı kendi evini piyasa fiyatının çok daha üzerinde bir fiyattan satın almaya ikna etmiş (yönlendirmiş)tir. Burada Yüksek mahkeme, sözleşmenin iptal edilmesine karar vermiştir. Dava konusu olaydaki ilişki haksız etki karinesinin ilk görünümüne, yani kanunda düzenlenmiş olan ilişkilere dayanan haksız etki karinesinin kapsamına girmemektedir. Her ne kadar burada yaratılan güvenin kötüye kullanılmış olduğu gerçeği çok net bir biçimde mahkeme tarafından anlaşılmış olmasa da, davada hakim olan M.R Evershed:

"Eğer birden fazla kişi, bazı yardım amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmişse, bu amacı gerçekleştirmeye ilişkin tüm konularda, grup üyelerinden her birinin diğeri üzerinde özel bir güven yarattığı ve bu sebeple de tüm bireylerde doğal güven ortamından kaynaklanan "haksız etki"nin bulunabileceği sonucuna varılmalıdır[30]" demek suretiyle duruma bir açıklık getirmiştir.

Haksız etki karinesinin mevcut olduğu bir kez ortaya çıktığında, bu etki yüzünden sözleşmenin iptal edilmesini isteyen davacı karşısında, davalı taraf ancak, "davacının iradesini her türlü kontrol mekanizmasından bağımsız olarak tamamen özgür ve katışıksız biçimde kullanabileceği bir pozisyonda bulunduğu"nu ispatlayarak bu karineyi çürütülebilir[31]. Böyle bir ispatın yapılabilmesi için başvurulabilecek en pratik yol, davacının hukuki danışmanlık aldığını göstermek olacaktır[32]. Gerçekten de sözleşme yapılmadan önce sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının neler olacağı hususunda

---

29 BEATSON, s. 290.

30 GUEST, s. 247.

31 CALAMARI – PERILLO, s. 353.

32 Mc GARVIE – PANNAM – HOCKER., s. 457.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bağımsız[33] ve konusunda uzman bir hukukçu, haksız etki karinesini ileri süren davacıya danışmanlık hizmeti vermiş ise, yani haksız etki iddiası ile dava açan taraf, ne yaptığı konusunda tam olarak aydınlatılmış ise, iradesini serbest olarak kullanamadığını ve haksız etkiye maruz bırakıldığını ileri süremez.

Karineyi çürütmeye yarayan tek yol bu değildir. Önemli olan hukuki işlemin, "bağımsız iradenin özgürce kullanılması sonucunda yapıldığının" ortaya konulmasıdır. Bu başarılırsa, bağımsız bir danışmanlığın verilmiş olmamasına rağmen, hukuki işlem geçerli kalmaya devam edecektir. Diğer taraftan, sadece bu tip bir danışmanlığın verilmiş olması karineyi mutlaka çürütmeyebilir. Mahkeme önüne gelen davada somut olayı çevreleyen tüm koşullar bir arada değerlendirilmelidir. Örneğin hukuki danışman her şeyi değil de bazı şeyleri açıklayıp bazılarını saklarsa haksız etki karinesi yine canlanacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar göstermiştir ki, "haksız etki karinesi"nin mevcut olduğu kabul edilen durumlar, Türk Hukuku çerçevesinde "irade sakatlıkları" içerisinde değerlendirilmeye, "gerçek haksız etki" oluşturan durumlardan çok daha elverişlidir. Haksız etki karinesi oluşturan durumlarda haksız etki taşıdığı kabul edilen davranış biçimi, kurulan sözleşmenin karşı tarafından gelmektedir. Bu taraf kendisine duyulan güven dolayısıyla karşı tarafa açıklaması gereken bazı hususları açıklamamakta ve karşı tarafta uyandırdığı hatalı saik aracılığı ile bir sözleşme kurulmasını sağlamaktadır. Bu olasılıklarda "susma", "açıklama yapmaktan kaçınma" gibi davranışlar güven ilkesi çerçevesinde hukuka aykırı olarak kabul edilebilecek ve sözleşme "karşı tarafın hilesi" nedeniyle iptal edilebilecektir. Öte yandan güven duyan ve kendi menfaatlerini sorgulamaksızın karşı tarafın önerdiği sözleşmeyi olduğu gibi kabul eden tarafın "hiffet" veya "tecrübesizlik" içerisinde bulunduğu kabul edilebilecek (bu yapılırken hafiflik ve tecrübesizlik kavramlarına somut olaydaki çıkar dengesinin gerekli kıldığı alışılmışın dışında bir içeriğin verileceği kuşkusuzdur) ve böylelikle gabinin sübjektif unsurunun gerçekleştiği söylenebilecektir. Diğer yandan haksız etki karinesinin varlığını kabul edebilmek için sözleşmenin haksız etkiden yararlanan taraf için aşırı menfaat sağlaması (diğer taraf için dezavantajlı olması) arandığından, edimler arasında aşırı nispetsizlik nedeniyle gabinin objektif unsuru da gerçekleşecektir. Böylelikle haksız etkiye maruz kalan açısından, hile veya gabine dayanarak (yarışan olanaklar) sözleşmeyi iptal edebilme olanağı açık olacaktır.

---

33 Bağımsız danışmanlık hizmeti veren bir hukukçunun mutlaka "Bunu yapmanı tavsiye ediyorum" ya da "Senin yerinde olsaydım şöyle yapardım" ya da "Senin yerinde olsaydım böyle yapmazdım" şeklinde açıklamalar getirmesi şart değildir. Bağımsız danışmanlık için gerekli olan tek şey, hukuki işlem ile yakından uzaktan ilgisi bulunmayan, ve hukuki ilişkiye ilişkin herhangi bir menfaati bulunmayan bağımsız, uzman bir kişinin, karşısındaki kişiye, bu hukuki işleme girmesinin onun üzerinde ne gibi etki ve sonuçlar doğuracağı hususunda bilgi vermesidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

D. HAKSIZ ETKİ KARİNESİNİN MEVCUT OLDUĞU BAŞKA DURUM ÖRNEKLERİ

Yukarıda belirttiğimiz üzere haksız etki karinesinin görüldüğü durumlar İngiliz Hukuk Sistemi tarafından tüketici bir şekilde sayılmış değildir. Aşağıda haksız etki ile sıklıkla (ancak her zaman değil) karşılaşılabilecek durumlara yeni örnekler verilmiştir.

D.A. Ahlaka Aykırı Pazarlıklar ve Pazarlık Gücünün Eşitsizliği

Haksız etki karinesi kapsamına giren bir diğer örnek de, bir pazarlıktan yararlanan tarafın bu pazarlığın adil olduğunu ispatlama yükümlülüğünü taşıması halidir. Gerçekten de İngiliz Mahkemeleri, sözleşmenin aynen ifası, taraflardan birini diğerine nazaran çok büyük sıkıntılar içerisine sokacaksa, karşı taraf bir hakimiyet veya özel güven ilişkisini kötüye kullanmış olmasa dahi sözleşmenin feshedilebilmesi yönünde karar vermektedirler. Bu tip davalarda taraflardan birine yönelik fahiş oranda faiz uygulaması bulunmaktadır veya taraflardan birine düşüncesizliğinden yola çıkılarak şantaj uygulanmıştır veya taraflardan birinin düşüncesizliğinden (hiffetinden) karşı taraf kendi menfaatine uygun olacak şekilde yararlanmıştır.

Haksız etki karinesinin bu görünüm alanında, fakir ve dikkatsiz kişilerin bağımsız danışmanlıklar alamamaları halinde bile hukuken korunabilmeleri hedeflenmiştir. Gerçekten de bu yolla, kişilerin kendilerinden iyi ve daha yüksek konumda olan kişilerce sömürülmeleri engellenebilmektedir[34].

Genelde pazarlığa girişen taraflardan her birinin kendi çıkarını gözetmesi beklenir ve bu normaldir. Bu tip durumlarda taraflardan hiçbirinin diğerinin üzerinden adil olmayan bir avantaj yakaladığı düşünülmez. Ancak muhtemel bir mirastan beklentileri olan kişilerle ya da eğitimsiz ve sabit fikirli kişilerle yapılan sözleşmelerde, sözleşmenin adil olduğunun (haksız etkiden beri olduğunun) ispat yükü, iş bu sözleşmeden lehine menfaat sağlanan kişinin üzerindedir[35]. Bu konuda Hakim Lord Denning M.R:

"Kitaplarımızda yer alan bazı örneklerde mahkemeler sözleşmeleri iptal edecek veya bir malvarlığının devrini geçersiz sayacaklardır. Örneğin: sözleşme taraflarının ekonomik açıdan denk olmamaları, yani taraflardan birinin pazarlık gücünün çok yüksek olması ve buna karşılık diğerinin çok zor durumda bulunması gibi örneklerde buna rastlıyoruz. Gerçekten de bu örneklerde sözleşme taraflarının pazarlık güçleri arasında o derece fark bulunmaktadır ki, mahkemenin müdahalesi zorunlu hale gelmiştir[36]" diyerek konuya ışık tutmuştur.

---

34 BURROWS, Andrew, The Law of Restitution, London – Dublin- Edinburgh – Butterworths, 1993, s. 193.

35 Bkz. KALKAN, s. 42-43.

36 GUEST, s. 249.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

D.B. Kredi Sözleşmeleri

Haksız etki karinesini bünyesinde barındırabilecek sözleşmelere örnek olarak kredi sözleşmeleri sayılabilir. Bir kredi sözleşmesinin içinde haksız etkinin bulunduğunu söyleyebilmek için borçlunun ifada bulunduğu tutarın karşı tarafa nazaran çok yüksek olması ve bunun arkasındaki sebebin, borçlunun yaşı (çok genç veya çok yaşlı olması gibi), deneyimsizliği, iş kapasitesinin ve sağlık durumunun uygun olmaması veya hukuki işlemin yapıldığı anda finansal açıdan zorda bulunması gibi unsurların birarada bulunması gerekir. Bu tip bir kredi sözleşmesi "adil uzlaşma (anlaşma)[37]" ilkesini ağır biçimde ihlal ettiği için, haksız etki karinesi sebebiyle iptal edilebilecektir.

III. HAKSIZ ETKİNİN SONUÇLARI

Haksız etki uyarınca sözleşmelerin iptali ve sözleşme uyarınca verilenlerin iadesi, diğer irade sakatlıklarının sonuçlarına büyük ölçüde benzemektedir. İçinde haksız etki bulunan sözleşmeler, iptal kabiliyeti olan sözleşmelerdir ve batıl değilirler. Haksız etkiye maruz kalan kişi, açıkça veya süresi içinde sözleşmeyi iptal etmemek yoluya zımni olarak sözleşmeye onay verebilir. Haksız etkiye maruz kalan tarafın verdiği onay, mutlaka ki etkinin ya da haksız etki karinesine yol açan ilişkinin sona ermesinden sonraki bir zamanda verilmiş olmalıdır[38]. Haksız etkiye maruz kalanın sözleşmenin ifası için alacaklıya aktardığı değerler üzerinde üçüncü kişilerin kazandığı haklar saklı kalcaktır..

Allcard v. Skinner davasında[39]:

Davacı, ruhani danışmanı tarafından "Fakir İnsanların Kızkardeşleri" adlı topluluğun başkanı konumunda olan davalı ile tanıştırılmıştır. Davacı kısa bir sürede bu topluluğun üyelerinden olmuştur ve topluluğun ilkeleri olan "fakirlik, cinsel masumiyet ve tabiyet" prensiplerine uygun yaşamaya başlamıştır. Fakirlik ilkesi doğrultusunda, davacı tüm dünyevi malvarlığından vazgeçmiştir. Tabiyet ilkesi uyarınca da, izinsiz olarak topluluk dışında hiçbir kimseden bağımsız danışmanlık hizmeti almamıştır. Davacı 1872'de bazı hisse senetlerine malik olmuştur ve bunları topluluğun en üst düzey kişisi konumunda olan davalıya devretmiştir. Ayrıca davalının lehine bir vasiyetname düzenlemiştir. Davacı, 1879'da kızkardeşler topluluğundan ayrılmıştır. Davacı, vasiyetnamesini derhal iptal etmiştir ancak davalıya devrettiği malvarlığını ancak bir altı yıl geçtikten sonra geri almaya yönelik hukuki yollara başvurmuştur.

Gerçekten de davalının ruhani etkisinden kurtulmasından sonraki ses-

---

37 "Fair Dealing" Principle.

38 TREITEL, s. 423.

39 BEATSON, s. 294.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sizliği ve hareketsizliği yüzünden davacının, daha önceden gerçekleştirdiği bağışlamalara onay verdiği kabul edilmiştir ve bu onayla iptal hakkından feragat ettiği ve yapılan işlemlerin kendisi açısından bağlayıcı hale geldiği kanaatine varılmıştır.

Haksız etki kurbanı olan kişi, sözleşmenin iptal edilmesini, etkinin ortadan kalktığı tarihten itibaren makul bir süre içinde (yani olanak doğar doğmaz) gerçekleştirmelidir. Eğer sahip olduğu hukuki imkanlardan haberdar ise veya haberdar olması gerekiyorsa, buna rağmen sözleşmenin iptaline ilişkin hiçbir girişimde bulunmaması, sözleşmenin geçerli olarak kalmasına yönelik zımni onayı anlamına gelecektir.

Bir kişi bir hukuki işleme haksız etki sebebiyle taraf olduysa, sözleşmenin iptali imkanını sadece bu baskıyı veya etkiyi kendine uygulayan kişiye karşı değil, aynı zamanda bu baskı veya etkinin uygulandığını bilen diğer kişilere karşı da kullanabilecektir.

Sözleşme iptal edildiğinde sözleşme öncesi durumun gerçekleştirilmesi gerekir. Tarafların her ikisi de sözleşme uyarınca elde ettiklerini karşılıklı olarak iade etmelidir.

Mahkemeler, önlerine gelen haksız etki vakalarında karar verirken çok geniş bir takdir yetkisi ile donatılmış haldedirler. Gerekli gördüklerinde sadece sözleşmenin iptal edilmesine ve eski hale iadeye değil, aynı zamanda haksız etki mağduruna tazminat ödenmesine de karar verebilirler.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

4054 SAYILI RKHK MADDE 58/2: ÜÇ KAT TAZMİNAT

Ar. Gör. Selin SERT[1]

GİRİŞ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunumuz; rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sebebiyle ortaya çıkabilecek zararları önleyebilmek için daha önce sorumluluk hukukunda yer almayan ve ilk kez ABD Antitröst Hukukunda esasını bulan üç kat tazminat sistemini kabul etmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 58. maddesi hükmünün 2. fıkrasında düzenlenen üç kat tazminat, Clayton Kanunun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Tazminat hukukunun genel amacının, uğranılan zararın giderimi olduğunun bilinmesine rağmen; kanun koyucu üç kat tazminatla, ilk kez uğranılan zararın üç katı oranında bir tazminata hükmetme yetkisini hakime vermektedir.

Üç kat tazminat hususunda en çok tartışılan; bu tazminatın miktarı ve hukuki niteliği olmuştur. Çalışmamızda, bu tartışılan hususlara değinmeye çalıştıktan sonra, ayrıca Türk ve Amerikan hukuklarındaki üç kat tazminatın düzenleniş şekli, üç kat tazminatın unsurları, bu tazminatı talep edebilecek kişilere de değinilmeye çalışılacaktır. Bu çalışmanın temel amacı daha önce sorumluluk hukukunda yer almayan bu tazminin nedenlerini incelemektir. Çalışmamızda ilk olarak, Türk ve ABD Hukuk sistemlerinde üç kat tazminatın ne şekilde düzenlendiği anlatılmaya çalışılacaktır. Üç kat tazminatın hukuki niteliği ve tazminat miktarı doktrindeki tartışmalara da değinilerek incelenmeye çalışılacaktır. Üç kat tazminat sisteminin kabul edilmesinin amacı, zarara sebep olan teşebbüsleri caydırmak ve zarara maruz kalan teşebbüsler ve kimseleri ise kanun yollarına başvurmaya teşvik etmektir Üç kat tazminat daha önce sorumluluk hukukunda düzenlenmemiş bir müessese olmasına rağmen; bir tazminat olması sebebiyle sorumluluk hukukuna egemen olan ilkelerle açıklanmaya çalışılacaktır.

---

1 *Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

§ I- HUKUK SİSTEMLERİNDE ÜÇ KAT TAZMİNAT

A- TÜRK HUKUKUNDA ÜÇ KAT TAZMİNAT

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 58. maddesi hükmünün 2. fıkrasına göre "rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu ortaya çıkan zarar; tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedilebilir."

Türk hukukunda üç kat tazminat teşebbüslerin ya da tarafların anlaşmaları, kararı veya ağır ihmalleri sebebiyle, rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanması sonucu ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerini önlemek ve ortaya çıkan zararları gidermek amacını taşır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunla böyle bir düzenleme yapılmasının amacı, büyük yükümlülükler ve mali sorumluluklar taşıyan şirketleri rekabet ihlallerine karşı korumaktır. Üç kat tazminat sistemi, zarar gören teşebbüsleri ve kimseleri rekabet ihlallerine karşı korurken, zarar veren teşebbüslerin de rekabet ihlali davranışlarından kaçınmalarına yardımcı olur. Bu yeni düzenleme ile ilgili olarak doktrinde; zarar gören teşebbüsleri ve tüketicileri rekabet ihlallerine karşı korumak; diğer taraftan rekabet ihlallerine sebep olan teşebbüsleri cezalandırmak olduğu yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür[2]. Doktrinde sadece üç kat tazminatın kanunda yer almasının amacı değil; tazminatın hukuki niteliği de tartışma konusu yapılmıştır[3].

B- ABD HUKUKUNDA ÜÇ KAT TAZMİNAT

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda yer alan düzenlemeler genel olarak AB Rekabet Hukukuyla paralellik gösterirken, üç kat tazminat sistemi hukuk sistemimize ABD Rekabet Hukuku sisteminden alınmıştır. Ancak üç kat tazminat sistemi ile ilgili ilk düzenlemeye 1623 tarihli İngiliz Monopol Yasasında rastlıyoruz[4].

Amerikan Antitröst Hukukunda üç kat tazminat sistemi Clayton Kanununda düzenlenmiştir. ABD Antitröst Hukukunda üç kat tazminat treble damages action[5] olarak nitelendirilmektedir. Clayton Kanununun 4. maddesi hükmüne göre "rekabet hukuku kurallarının ihlalleri sonucu bundan zarar görenler, zararlarının üç katını tazminat olarak talep edebilirler." AB Rekabet

---

2 ***TOPÇUOĞLU, M:****Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, 2001, s.306

3 ***bkz.*** *Bölüm* § IV

4 ***ARI, Z.:****Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, 2004 s. 226

5 ***POSNER, R.****: Antitrust Law*,An Economic Perspective, Chicago,1976, s.226-227

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hukukunda ise daha farklı bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, birliğe üye olan devletler uğradıkları zararlardan dolayı sadece uğradıkları tazminat miktarı kadar tazminat talep edebileceklerdir. AB Rekabet Hukukunda sadece rekabet ihlali neticesinde uğranılan zarar giderilmiş olacaktır.

Amerikan Hukuku sisteminde de üç kat tazminat sisteminin bir benzeri daha yoktur. ABD Hukukunda üç kat tazmin ilkesine sadece rekabet hukuku düzenlemelerinde yer verildiği görülür. Amerikan Rekabet Hukuku sistemine böyle bir düzenleme getirilmesinin amacı; rekabet kurallarına uyulmayı bir zorlama haline getirmektir[6]. Amerikan Hukuk sisteminde yer alan tazminatların amacı da, uğranılan zararları karşılama ve önleme amacı taşır.

Amerikan Hukuku sisteminde tazminatlar; nominal tazminat ve cezalandırma amaçlı tazminat olmak üzere iki çeşittir. Nominal tazminata, haksız fiilin zarar unsuru hariç diğer unsurlarının gerçekleştiği durumlarda hükmedilir ve bu tazminata hükmedilebilmesi için belirli bir hakkın ihlal edildiğinin mahkeme tarafından tespit edilmesi gerekir. Cezalandırma amaçlı tazminata ise; failin hukuken kınanan, zalimane bir eylemini tekrar etmemesini sağlamaya çalışmak için hükmedilir[7].

Türk Hukuku düzenlemesinde ise tazminat,kişinin maddi ve manevi malvarlığında (malvarlığında ve kişi varlığında) meydana getirilmiş olan eksilmenin doldurulabilmesi için yüklenilen edimdir. Türk Hukuku sisteminde zarar, maddi zarar ve manevi zarar olmak üzere iki çeşittir. Maddi tazminde kişinin maddi olarak uğradığı zararlar telafi edilmeye çalışılırken; manevi tazminde kişinin duygusal çöküntüsü ve uğradığı bedeni zararların telafisi yoluna gidilmektedir.

Amerikan Hukuk sisteminde tazminat ilkesi düzenlenirken, istenebilecek tazminat miktarı, uğranılan zararla sınırlandırılmıştır. Yani; Türk Hukuku sistemimizdeki tazminatla zenginleşme yasağına paralel bir düzenleme mevcuttur.

Clayton Kanunu ile böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin amacı cezalandırmaktan çok üçüncü kişilerin zararlarını gidermek, bu kişilerin hukuka aykırı fiilerinden kaçınmalarını sağlamak ve zarar görenleri davacı olmaya teşvik etmek olarak belirtilmiştir[8].

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunumuz da ABD Rekabet Hukuku sistemine paralel bir düzenlemeye yer verilmesinin amacı, öncelikle uğranılan zararları gidermektir. Doktrinde ise üç kat tazminatın kanunda yer almasının nedeni zarara neden olan teşebbüsleri cezalandırmak veya zarar gören teşebbüsleri kanun yoluna başvurmaya teşvik etmek olarak savu-

---

6 ***POSNER,R.:*** s.230

7 ***AKINCI, A:*** *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Ankara, 2001, s.385

8 ***WHISH,R.:*** *Competition Law*, London, 1986, s.16

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nan iki farklı görüş mevcuttur. İlk görüşe; yani üç kat tazminatın asıl amacının cezalandırmak olduğunu savunan görüşe göre; üç katı oranında tazminat ödemek zorunda kalacak olan teşebbüsler rekabeti ihlal edecek davranışlardan sakınacaklardır ve zararın üç katı oranında bir tazminat ödeyerek aynı davranışı tekrarlamayacaklardır. Üç kat tazminatın kanuna konuluş amacı ilk bakışta cezalandırmak gibi görünmektedir. Ancak üç kat tazminatın teşvik edici özelliği kanımızca daha ağır basmaktadır.Rekabetin kısıtlandığının, engellendiğinin veya bozulduğunun tespiti güç olgulardır. Bir de zarar görenler olarak nitelendirdiğimiz kimseler ve teşebbüslerin kanun yoluna ve zararın tazmini isteyememeleri durumunu düşündüğümüzde verilecek olan tazminatın cezalandırma amacından söz etmek gittikçe zorlaşacaktır. Üç kat tazminata hükmedilebilmesi için talep edilmesi şarttır. Zarar görenler ispat koşullarının ağır olması ve çoğu zaman rekabetin engellendiğinin, bozulduğunun ve kısıtlandığının ispatlanamaması sebebiyle tazminata istemine başvurmamaktadırlar. Üç kat tazminat ispat zorluğunu düşünen teşebbüsleri ve tüketicileri kanun yoluna başvurmaya teşvik edecektir.

Rekabetin kısıtlanması, engellenmesi ya da bozulmasına neden olan haller anlaşmalar,uyumlu eylemler,teşebbüs birliği kararları,birleşmeler ve devralmalar ve son olarak hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Kanun ispat yükümlülüğünü kolaylaştırabilmek için uyumlu eylem karinesini kabul etmiştir. Ayrıca yukarıda saydığımız rekabet ihlallerine yol açan rekabet ihlali davranışlarının görünen etkilerinin yanında daha sonra ortaya çıkabilecek etkileri de olabilir. İleride doğabilecek bir zararın ispatı ise doğmuş zararların bile ispatlanamadığı bir sistemde daha da zor olacaktır. Kanaatimizce üç kat tazminat sisteminin 4054 sayılı yasaya getiriliş amacı zarar görenleri kanun yoluna başvurmaya teşvik etmektir.

§ II- ÜÇ KAT TAZMİNATIN UNSURLARI

Sorumluluk hukuku anlamında bir tazminattan bahsedebilmemiz için hareket, zarar, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve kusur unsurlarının bir arada bulunması gerekir. Üç kat tazminat, sorumluluk hukuku içerisinde düzenlenmemiş olmasına rağmen; "tazminat" olması sebebiyle, tazminatın unsurlarını taşıyıp taşımadığını incelemeye çalışacağız. Rekabet Hukuku anlamında hareket kavramına; rekabeti ihlal eden anlaşmaların varlığı, teşebbüs birliklerinin kararları,uyumlu eylemler,hakim durumun kötüye kullanılması ve teşebbüslerin birleşmesi ve devralınması halleri girecektir.

A- ZARAR

Zarar; kişinin rızası dışında malvarlığında meydana gelen azalmadır[9]. Zarar; zarara uğrayan kimsenin mevcut mameleki ile zarar veren olay mey-

---

9 ***EREN, F:*** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1999, C.1, s.489- ***OĞUZMAN,K./ÖZT***: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1998, s..495

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dana gelmeseydi bulunacak olan mameleki değeri arasındaki farkı ifade eder.[10]

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun madde 58/2 "ortaya çıkan zarar" ifadesiyle başlamaktadır. Yani üç kat tazminatın talep edilebilmesi için de, bir zarar olmalıdır. Bu madde hükmünde ifadesini bulan zarar Sorumluluk Hukukundaki zarardan farklı değildir. Ancak burada zarar rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması neticesinde meydana gelmektedir. Teşebbüsler veya zarar gören kimselerin rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması neticesinde ellerinde kalan mameleki değerleriyle; rekabetin engellenmediği, kısıtlanmadığı veya bozulmadığı zaman ellerinde bulanan mameleki değerleri arasındaki fark zararı oluşturur. Zararın ortaya çıkabilmesi için; rekabetin ya bozulmuş, engellenmiş veya kısıtlanmış ve etkilerinin doğmuş ya da fiilin icra edilmiş olmasına rağmen; rekabet ihlali fiilin sonuçlarının doğmamış ancak doğacağına ilişkin emarelerin bulunması gerekir.

B- KUSUR

Kusur; Borçlar Kanununda tanımlanmamıştır. Doktrinde ise kusur kavramının farklı tanımları vardır. Bir görüşe göre kusur; hukuk düzeninin kınadığı hoş görmediği davranış biçimidir[11]. Bir diğer görüşe göre ise kusur; hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeteri kadar kullanmamaktır[12].

Kusur kast ve ihmal olmak üzere iki çeşittir:

1) KAST

Kast; kusurun en ağır derecesidir. Failin hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu bilmesi ve bu fiili zararlı sonucunu bilmesine rağmen isteyerek işlemesidir[13]. Kastın iki unsuru vardır: Bilmek ve istemek

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 58. maddesinin 2. fıkrasında "tarafların anlaşması veya kararından" bahsedilmiştir. Yani, üç kat tazminatı talep edebilmek için ya taraflar anlaşmalı ya da karara varmalıdırlar. Anlaşma; hukuken geçerli, bağlayıcı olan anlaşmalarla birlikte, bu nitelikten yoksun her türlü karşılıklı bilgi açıklamalarını, fiili davranışları da kapsar[14]. Kararla ifade edilmek istenen, teşebbüs birliklerinin aldıkları kararlardır. Teşebbüs birliği kararları; teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluş-

---

10 ***TUHR VON, A***: *Borçlar Hukuku* I-II, Ankara, 1983, s.77

11 ***EREN, F***: C.I, s. 551, ***TEKİNAY/BURCUOĞLU/ AKMAN/ ALTOP***: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993, s. 492

12 ***OĞUZMAN K./ ÖZ T***: s. 508

13 ***OĞUZMAN.K/ ÖZ T***:s. 509,***EREN, F***: C.I, s.557- ***VON TUHR, A***: s. 427

14 ***WHISH, R***: s.191

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

turduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik tarafından rekabet düzeninin ihlaline yönelik olarak aldıkları her türlü kararlardır. RKHK m.58/2 hükmünde anlaşmalardan, kararlardan bahsedilmiş olmasına rağmen RKHK m.4 hükmünde düzenlenmiş olan uyumlu eylemlere hiç değinilmemiştir. Uyumlu eylem; iki veya daha fazla işletmenin ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan, fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları olarak ifade edilebilir[15]. Uyumlu eylemle teşebbüsler rekabeti sınırlamak ve rekabet düzenini ihlal etmek için ortak bir eylem gerçekleştirmektedirler. Rekabeti ihlallerine sebep olan bu davranışın da ağır ihmalle işlenmiş olması halinde üç kat tazminatın talep edilebilmesi gerekir.

RKHK m.58/2'de tarafların anlaşması ve kararıyla ifade edilmek istenen; anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemlerin yanında tarafların meydana gelebilecek zararı bilmeleri ve bu zararlı sonucun doğmasını istemeleridir. Teşebbüslerin ve tüketicilerin, anlaştıkları ve karara vardıkları zararlı sonucun doğmasına sebep olabilecek rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması fiilleridir. Kastta fail, zararlı sonucun doğacağını bilir ve bu zararlı sonucun doğmasını ister. 4054 sayılı yasada ifadesini bulan tarafların anlaşması veya ifadesiyle kasdedilen, tarafların zararlı sonucu bilmeleri ve istemeleridir. Yani; üç kat tazminatın talep edilebilmesi için tarafların kasden böyle bir davranış (rekabeti kısıtlamak ve tüketiciyi sömürmek)[16] içinde bulunmaları gerekir.

2) İHMAL

İhmal; zararlı sonucun doğmasını engellemek için hukuk düzeninin yüklediği yükümlülüklere aykırı hareket edip; gerekli tedbirleri almamaktır[17]. İhmal; hukuka aykırı sonucun istenmemesine karşın, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini kullanmamak halin ve şartların gerektirdiği dikkati ve özeni göstermeme hali olarak da tanımlanabilir[18].

İhmal; derecesine göre, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılır:

A) AĞIR İHMAL

Hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiilin işlenirken böyle bir fiili işleyebilecek olan herkesin gösterebileceği dikkatin ve özenin gösterilmemiş olması hali ağır ihmal olarak tanımlanmıştır[19].

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun; rekabeti ihlal

---

15 ***ARSLAN, Y***: s.53-54

16 ***TOPÇUOĞLU, M:*** s.306

17 ***EREN, F.:*** C.I,:s. 559

18 ***OĞUZMAN K./ ÖZ T***: s.510- ***TUHR VON, A***: s. 428

19 ***OĞUZMAN K./ÖZ T***: s.510

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

eden davranış sonucunda üç kat tazminata hükmedilebilmesi için, rekabet ihlali fiilinin ağır ihmalle işlenmesi şartını aramaktadır. Bununla birlikte ağır ihmal sayılabilecek olan haller kanunda belirtilmemiştir. Ağır ihmal halinin tespitinde borçlar hukukunun genel prensiplerinden yararlanmamız gerekir. Kanaatimizce, kanun koyucu ağır ihmal sayılabilecek olan rekabeti bozucu davranışları örnek mukabilinde saymalıydı ya da RKHK m.4'te sayılan hususların varlığı halinde ağır ihmalin gerçekleştiğine dair bir karine kabul edebilirdi[20].

B) HAFİF İHMAL

Hafif ihmal, hukuka aykırı bir fiil işlenirken herkesin gösterebileceği özenin değil, sadece dikkatli ve tedbirli bir kimseden beklenebilecek olan özenin gösterilmemiş olması halidir[21].

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunumuz üç kat tazminatın sadece ağır ihmalle işlenen bir rekabet ihlali fiili neticesinde istenebileceğini düzenlediği için, hafif ihmalle işlenen bir rekabet ihlali fiili neticesinde üç kat tazminat talebinde bulunulamaması gerekir. Hukuka aykırı olarak işlenen bir fiilin hangi şartlar altında hafif ihmal sonucu işlenmiş sayılacağı veya hangi hallerde ağır ihmalle işlenmiş sayılacağının tespitinin nasıl yapılacağı ise belirtilmemiştir. Teşebbüslerin veya zarar veren kimselerin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerini ne şekilde (ağır ihmalle mi?, hafif ihmalle mi?) icra ettiklerinin tespiti oldukça güç olacaktır.

C- UYGUN İLLİYET BAĞI

Hayat tecrübelerine göre, bir davranışın olayların normal akışıyla meydana getirebileceği zararla olan mantıki bağa, uygun illiyet bağı denir[22].Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucun olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşmesi ihtimalini objektif olarak arttıran zorunlu şartla sonuç arasındaki bağ olarak doktrinde de tanımlanmıştır[23].

RKHK madde 58/2 hükmüne göre rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasının nedeni; teşebbüslerin ağır ihmali, kasdı veya tarafların anlaşması ile kararı ise sebep ile sonuç arasındaki mantıksal bağ kurulmuştur ve uygun illiyet bağının varlığının kabul edilmesi gerekir.

---

20 ***İKİZLER, M***: *"Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Uyumlu Eylemler"*, Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul, 2001, s.274

21 ***EREN,F***: C.I, s. 562-***OĞUZMAN K./ ÖZ T***: s. 510

22 ***OĞUZMAN K./ÖZ T***: s. 500, ***TUHR VON, A:*** s.97

23 ***EREN,F***: C.I, s. 509

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

D- HUKUKA AYKIRILIK

Bir tazminattan söz edebilmek için, hukuka aykırılık unsurunun da bulunması gerekir. Hukuka aykırılık; kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya koruyan emredici bir hareket tarzı kuralına aykırılık halinde ortaya çıkar.[24]

RKHK'un üç kat tazminatı düzenleyen 58/2 maddesi hükmüne göre de; rekabet ihlali fiili hukuka aykırı bir fiil olmalıdır. Bu fiil neticesinde de rekabet düzeni ihlal edilmeli, yani, engellenmeli, kısıtlanmalı veya bozulmalıdır.

§ III- ÜÇ KAT TAZMİNAT TALEBİNDE BULUNABİLECEK KİŞİLER

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 58.maddesi hükmünün 2.fıkrasında üç kat tazminat talebinde bulunabilecek kişiler "zarar görenler" olarak ifade edilmiştir. Zarar görenler ifadesi çok anlaşılmaz ve sınırları belli olmayan bir kavramdır.

Zarar görenler kavramına kimler dahil edilmelidir? Doktrinde bu husus tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre; zarar görenler ile ifade edilmek istenen, rekabet ihlalleri neticesinde zarar gören herkestir. Herkes kavramına; rakip teşebbüsler, tüketiciler, ana teşebbüsler, zarara maruz kalan teşebbüs alacaklıları, pay sahipleri ve milli ekonomi dahil edilmelidir. Bu görüş kendi içinde zarar gören kimseleri sınırlandırma eğilimine gitmiş ve bu sebeple de zarar görenleri; rekabet ihlallerinin hedef aldığı teşebbüs veya kişilerle sınırlandırmıştır[25]. Doktrindeki diğer görüşe göre ise; zarar görenler ile ne ifade edilmek istendiğinin anlaşılabilmesi için Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 58. maddelerinin 1. ve 2. fıkra hükümleri birlikte değerlendirilmelidir. 4054 sayılı Kanunun 1. fıkrası hükmüne göre rekabet ihlalleri neticesinde teşebbüsler ve tüketiciler olmak üzere iki grup zarara uğramaktadır. RKHK'nun 58/1. maddesi hükmünde yoksun kalınan kâr sadece rakip teşebbüsler tarafından ele alınırken, 58/2.madde hükmünde zarar görenler bakımından ele alınmıştır. Bu nedenlerden dolayı; zarar görenler kavramıyla ifade edilmek istenen hem zarar gören tüketiciler hem de teşebbüslerdir[26].

Kanaatimizce "zarar görenler" ile ifade edilmek istenen; rekabet ihlalleri neticesinde zarara maruz kalan teşebbüsler ve tüketicilerdir. Zarar görenler kavramının herkesi kapsayacak şekilde değerlendirilmemesi gerekir.Üç kat tazminatın 4054 sayılı Kanuna konulmasının amacı; rekabet ihlalleri davranışlarıyla zarar gören teşebbüsleri ve tüketicileri kanun yoluna

---

24 ***TUNÇOMAĞ,K***: *Borçlar Hukuku*, İstanbul,1968, s. 254

25 ***TOPÇUOĞLU, M.***: s.308

26 ***ARI,Z.***: s.228-229

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

başvurmaya teşvik etmektir. Bu tazminat ta; sorumluluk hukuku kapsamında yer alan diğer tazminatlar gibi tazminatla zenginleşme yasağına tabi olmalıdır. Tazminatla zenginleşme yasağı ile ifade edilmek istenen; bir kimsenin uğradığı zarar neticesinde, en çok uğradığı zarar miktarı kadar tazminata hükmedilmesi gerekir. Zarar görenler kavramı dar yorumlanmalı ve bu kavram içine gerçekten zarara maruz kalan teşebbüsler ve tüketiciler dahil edilmelidir. Zararın ispatı güç hatta bazen imkansız olmasına karşın; kötü niyetli olarak bu tazminatla zenginleşebilecek teşebbüsler ve tüketiciler de düşünülmeli ve zarar görenler kavramı daraltılmalıdır.

§ IV- ÜÇ KAT TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A- CEZAİ ŞART

Cezai şart; borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaad ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik bir değer de ifade eden edim olarak tanımlanabilir[27]. Cezai şart, sözleşmede ödenmesi kararlaştırılan borcun ifasını sağlamaya yöneliktir. Cezai şartın miktarı sözleşmede öngörülen borç miktarından daha fazla olduğu için, borçlu, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek için çaba sarf edecektir. Cezai şartın amacı; asıl alacağı kuvvetlendirmektir. Cezai şart, asıl borca kaynaklık eden bir sözleşmeyle veya bağımsız bir sözleşmeyle kabul edilmiş olabilir.

Cezai şart; her türlü borç için kararlaştırılabilir, cezai şartı içeren sözleşmede her türlü edim ceza olarak belirlenebilir, sözleşmeye bağlı feri bir borçtur[28]. Cezai şart, sadece sağlar arası hukuki işlemlerde ve sonuçlarını hayatta doğuran sözleşmelerde kararlaştırılabilir.

Cezai şartın kanunla düzenlenmesi mümkün değildir. Bunun sebebi, cezai şartın taraf iradelerine dayanmasıdır[29].

Doktrinde, üç kat tazminat cezai şart olarak nitelendirilmiştir. Üç kat tazminatın cezalandırma niteliği taşıdığı, zarara maruz kalan kimseleri kanun yoluna başvurmaya teşvik ettiği ve teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere girişmelerini önleme bakımından, bir tür kanundan doğan cezai şart olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmuştur.[30]

Cezai şart, Borçlar Kanunu sistemi içinde düzenlenmiştir. Cezai şart ya ana sözleşmeden ayrı yeni bir sözleşmeyle ya da ana sözleşmeye bağlı olarak sadece taraf iradeleriyle sözleşmede yer alabilir. Amaç; borçlunun mükellefiyetini arttırıp sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi-

---

27 ***EREN, F.***: C.II, s.1069, ***OĞUZMAN, K./ÖZ T.***: s.868, ***TUHR VON, A.***: s. 763

28 ***OĞUZMAN, K./-ÖZ T.***: s. 869 -872

29 ***EREN, F.***: C.II, s.1170

30 ***TOPÇUOĞLU, M.***: s.306

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ni sağlamaktır. Kanundan doğan cezai şart yoktur. Üç kat tazminat sisteminin 4054 sayılı yasaya zarar gören teşebbüsleri ve tüketicileri kanun yoluna başvurmaya teşvik etmek amacıyla getirildiğini düşünüyoruz. Yani; üç kat tazminatta bir cezalandırma söz konusu değildir. Üç kat tazminat sistemi cezai şart olarak nitelendirilmemelidir.

B- CEZAİ TAZMİNAT

Doktrinde üç kat tazminatın bir çeşit cezai tazminat olarak nitelendiren görüşler de vardır[31]. Bu görüşü savunan yazarlara göre; üç kat tazminat sisteminin 4054 sayılı yasaya konuluş amacı, rekabet ihlallerine yol açan teşebbüsleri cezalandırmak, uğranılan zararın üç katı oranında bir tazminata hükmederek işledikleri fiilerle rekabet düzenini bozan teşebbüsleri ve kimseleri bu fiilerinden caydırmaktır. Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetleriyle rekabet düzenini bozan veya düzenin bozulmasına yol açanlar için bir tür cezai tazminat olan üç kat tazminat sistemi uygulamaktır.

Bu yazarlar üç kat tazminatı bir çeşit cezai tazminat olarak nitelendirmelerine karşın cezai tazminat ile ne ifade edilmek istendiğini tam olarak belirtmemişlerdir. Kanımızca; daha önce de ifade etmeye çalıştığımız gibi üç kat tazminat sisteminin kabul edilmesinin sebebi, zarar gören teşebbüsleri ve tüketicileri kanun yoluna başvurmaya teşvik etmektir. Üç kat tazminat, teşvik edici özelliği nedeniyle cezai tazminat olarak nitelendirilemez[32]. Cezai tazminat ifadesinin kabul edilmesi ile iki tür tazminat ortaya çıkaracaktır: Cezai Tazminat ve Medeni Tazminat. Bu şekilde bir ayrım ise sadece kavram kargaşası yaratacaktır. Tazminatın amacı; zararlı sonuç meydana gelmeden önceki duruma geri dönmektir. Yani; zararı tazmin etmek ve zarar meydana gelmeseydi nasıl bir hal içinde olunacaksa, o halde bulunmayı sağlamaktır. Zarar miktarının uğranılan zarardan fazla olması bir çeşit cezalandırma olabilir. Ancak, cezalandırma amacı taşıyan bir husus tazminat olarak nitelendirilemez. Bir "ceza" olur. Her ne kadar uğranılan zarar tazmin edilecek de olsa zarar miktarının üstünde kalan miktar bir çeşit cezadır. Ama ceza artık tazminat değildir. Yani tazminat ve ceza aynı kavram içinde kullanılmamalıdır.

C- MEDENİ CEZA

Bir diğer görüş üç kat tazminatı bir çeşit medeni ceza olarak nitelendirmiştir[33]. Bu görüşe göre; kanun koyucu daha önce sorumluluk hukukunda

---

31 ***ARSLAN,Y.***: *Rekabet Hukuku*, Bursa, 2001, s. 390, ***BADUR, E.***:*Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*, Ankara, s. 163

32 Aynı Görüş İçin Bakınız: ***AKINCI, A.***: s. 385(dipnot 6)

33 ***ERDEM,E.***: *"Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi"* Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul,2002, s. 392, ***GÜL, İ.***: http://www.rekabet.gov.tr/word/ibrahimgul/7_metin.doc, s.27

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

düzenlenmemiş olan üç kat tazminat sistemini, medeni bir ceza olarak, 4054 sayılı Kanunun kapsamına almıştır. Piyasalarda rekabetin sağlanabilmesi için idari mahkemeler değil; adli mahkemeler seçilmeli ve adli mahkemelere başvurunun teşvik edilebilmesi için de üç kat tazminat, bir çeşit medeni ceza olarak kabul edilmelidir.

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Rekabet Kurulunun aldığı kararlara karşı başvurulacak makam olarak Danıştay gösterilmiştir. (RKHK md.55 hükmü) Yine; 4054 sayılı kanunda rekabet ihlalleri sebebiyle istenebilecek para cezası "idari para" cezası olarak belirtilmiştir (RKHK md.16-19 hükümleri). Rekabet ihlalleri nedeniyle teşebbüsler veya rekabeti ihlal eden kimseler idari bir ceza ödemeye mahkum edileceklerdir. Rekabet Kurumu bağımsız idari otorite olarak nitelendirilmektedir[34]. Yani; Rekabet Kurumu aldığı ya da alacağı kararlar açısından hiçbir makam, merci, kurum ve kuruluşa tabi değildir. Diğer taraftan idari bir kurum olması sebebiyle de aldığı veya alacağı kararlar aleyhine Danıştay'a başvurulabilmektedir. Sorumluluk hukuku anlamındaki tazminatlar aleyhine ise, başvurulacak merci adli mahkemeler ve üst merci de Yargıtay'dır. Üç kat tazminatın kanunda yer almasının amacı, diğer tazminatlar gibi uğranılan zararı tazmin etmektir. Tazminatın talep edilebilmesi içinse başvurulacak mercinin adli merciler veya Danıştay olup olmamasının pek bir önemi yoktur. Üç kat tazminatta önemli olan zararın giderilmesi ve zarardan önceki duruma gelinmesidir. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun sebebiyle meydana gelebilecek veya meydana gelmiş tazminat taleplerinde Danıştay'ın yetkili merci olarak gösterilip, üç kat tazminat için başka bir mercinin yetkili kılınmış olması pek mantıklı görünmemektedir. Kanun koyucu böyle bir merci ayrımına gitmek isteseydi bunu ayrıca belirtirdi. Üç kat tazminatın bir tür ceza niteliği taşıdığı ve kişi hürriyetinin kısıtlanması gibi bir ceza hukuku yaptırımına sahip olmaması nedeniyle "medeni" bir ceza olduğu ileri sürülseydi belki daha mantıklı olabilirdi. Ancak adli mercilere başvurulmasının teşviki amacı taşıdığı düşüncesi hukuki dayanaktan yoksun soyut bir iddia olmaktan ileri gidemeyecektir.

D- ETKİSİ KUVVETLENDİRİLMİŞ HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Doktrindeki bir başka görüş, üç kat tazminatı etkisi kuvvetlendirilmiş haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirmiştir[35]. Zarar veya menfaatin üç katı tutarındaki tazminat hükmüyle rekabet hukukunun farklı bir boyutta yaygın ve etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması amaçlanmaktadır.

---

34 ***ULUSOY, A***: *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara, 2003, s.133

35 ***SANLI, K.C.***: *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Ankara, 2001, s.387

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Üç kat tazminatla; rekabet yasaklarına aykırı davranan teşebbüslerin cezai sorumluluğunun yanında hukuki sorumlulukları da söz konusu olacak ve bu şekilde uğranılan zararların telafi edilebilmesi için de yeni bir yol açılmış olacaktır. Etkisi kuvvetlendirilmiş haksız fiil sorumluluğu tüketiciler ve rakip teşebbüsler için teşvik edici olacak ve rekabet hukuku mahkemelerde daha etkin olarak uygulanma imkanı bulabilecektir.

Üç kat tazminatın hukuki niteliği hakkındaki en kabul edilebilir görüş etkisi kuvvetlendirilmiş haksız fiil sorumluluğu görüşüdür. "Etkisi kuvvetlendirilmiş" ifadesiyle açıkça ne ifade edilmek istendiğinin belirtilmemiş olması, bu hukuki nitelemenin tek eksik tarafıdır. Uğranılan zarar miktarı kadar tazminata hükmedilmeyip, uğranılan zararın üç katı oranında bir tazminata hükmedilmesi mi etkiyi kuvvetlendirmektedir? Yoksa tarafların anlaşması,kararı ya da ağır ihmali halinin tazminatın talep edilebilmesi şartı olarak belirlenmesi mi etkiyi kuvvetlendirmektedir? Bu hususun açıkça belirtilmemiş olması, etkisi kuvvetlendirilmiş haksız fiil sorumluluğu görüşünün tek eksik ve anlaşılamayan noktasıdır.

E- ŞARTLARI VE SONUCU AĞIRLAŞTIRILMIŞ HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Üç kat tazminatı düzenleyen RKHK madde 58/2 hükmü bu tazminatın istenebilmesi içi zararın "tarafların anlaşması, kararı veya ağır ihmali" neticesinde doğması gerektiğini belirtmiştir. Tarafların anlaşması veya kararıyla teşebbüslerin veya kimselerin rekabet düzenini ihlal edici fiillerini bilerek ve isteyerek ifa etmiş olmaları hali kasdedilmiştir. Ayrıca; anlaşmayla, teşebbüslerin akdettikleri anlaşmalar; teşebbüslerin uyumlu eylemleri ve kararlarla da teşebbüs birlikleri tarafından alınan kararlar ifade edilmek istenmiştir. Ağır ihmal halinde ise, aynı durumda bulunan makul ve dürüst bir kimseden veya teşebbüsten beklenemeyecek bir rekabet ihlali davranışının gerçekleştirilmesi ifade edilmeye çalışılmıştır. Yani; üç kat tazminatın talep edilebilmesi için rekabet ihlali fiilinin kasden veya ağır ihmal hallerinde işlenmesi gerekir. Bu durum,tazminatın talep edilebilme şartlarını ağırlaştırmaktadır.

Kanun koyucu üç kat tazminata hükmedilebilmesi için, talep edilmesi gerektiği şartını getirmiştir. Taraflar anlaşsalar, rekabet düzeninin ihlali konusunda karar verseler veya ağır ihmal neticesinde rekabet düzenini ihlal etseler dahi zarar görenlerin talebi olmadan üç kat tazminat söz konusu olmayacak ve re'sen bir inceleme yapılmayacaktır.

Rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması neticesinde tespit edilen zararın üç katı oranında tazminata hükmedilecektir. Sadece,uğranılan zarar giderilmiş olmayacak, bunun yanında uğranılan zararın üç katı oranında bir giderim söz konusu olacaktır. Bu husus, rekabet ihlali davranışının sonucunu ağırlaştırmaktadır.

Üç kat tazminat, haksız fiil sorumluluğunun unsurlarını taşımakla beraber kast ve ağır ihmal hallerinin, tazminatın talebi için gerekli olması,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tazminatın istenebilmesi için talep edilmesinin gerekmesi ve son olarak uğranılan zararın üç katı oranında bir tazminata hükmedilmesi nedenlerinden dolayı, üç kat tazminatın şartları ve sonucu ağırlaştırılmış haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmesinin daha uygun olacağını düşünüyoruz.

§ V-TAZMİNATIN MİKTARI

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 58/2.maddesi hükmünde "...uğranılan maddi zarar ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında..." ifadesi talep edilebilecek tazminat miktarını belirlememize yardımcı olacaktır.

"Maddi zarar" ibaresi, sadece maddi olarak uğranılan zararların talep edilebileceğini, manevi olarak uğranılan zararların talep edilemeyeceğini belirtmektedir[36]. Zarar görenlerin Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri anlamında bir manevi tazminat isteyip,isteyemeyecekleri hususu ise belli değildir. Manevi zarar; şahsiyet haklarına yönelmiş olan bir tecavüz sebebiyle bir kişinin duyduğu cismani veya manevi acıyı, ızdırabı, elemi ve yaşama zevkindeki azalmayı ifade eder[37]. Rekabet ihlalleri neticesinde zarar gören teşebbüslerin veya kimselerin çalışma güçleri azalacak, girişim özgürlükleri kısıtlanmış olacaktır. Manevi zararlarının giderilmesiyle piyasalara giriş engelleri ile karşılaşan teşebbüsler ve kimseler kaybettikleri cesaretlerini kazanacaklardır. Üç kat tazminatı talep eden zarar görenler ayrıca genel hükümlere dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabilmelidirler[38].

Uğranılan maddi zarar tazmini; elde edilmiş veya elde edilmesi muhtemel olan kârlar üç kat tazminatla tazmin edilebileceklerdir. Buradan çıkan sonuç kârların fiilien elde edilmiş olmasına gerek yoktur. Umulan kârlar hesaplanırken RKHK madde 58/1 hükmü de düşünülürse umulan kârların geçmiş yıllardaki bilançolarının da dikkate alınması ve hesapların ona göre yapılması gerekir.

Doktrinde, üç kat tazminat hususunda en çok tazminat miktarı ile ilgili olarak "...üç katı oranında tazminata hükmedilebilir..." ifadesi tartışılmıştır. Bir görüşe göre; hakim tarafların anlaşması, kararı veya ağır ihmalinin zarara sebep olduğuna inanıyorsa "üç kata kadar" tazminata hükmetmelidir. Tazminatın miktarı uğranılan zararın en çok üç katı olabilir. Ödenecek tazminatın miktarının uğranılan zarar miktarının kaç katı olacağı hususu ise somut olayın şartlarına göre tespit edilecektir[39]. İkinci görüşe

---

36 ***AKINCI, A.***: s.386

37 ***OĞUZMAN, K./ ÖZ, T.***: s. 327, ***EREN, F.***: C. I, s. 49/50

38 ***SERT, S.***, "Türk ve AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birliği Kararları", Türk Hukuk Dergisi, Mart 2005

39 ***ÖZ AŞÇIOĞLU, G.:*** *AT ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Ankara, 2000,s. 197, ***ARI,Z.***: s. 228

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

göre; zarar tarafların anlaşması,kararı ya da ağır ihmalinden kaynaklanmaktaysa hakim üç kat tazminata hükmetmek zorunda değildir. Bu husus hakimin takdirine bırakılmıştır. Üç kat tazminatla, hakime takdir hakkını kullanırken bir üst sınır (limit) getirilmek istenmiştir. Üç katın altında bir miktar da tazminat miktarı olarak belirlenebilir[40]. Son olarak; Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 58/2 maddesi hükmü ile hakime bir takdir yetkisinin tanınmasının söz konusu olmadığı, uğranılan zararın üç katı tutarında bir tazminat miktarının ödenmesi gerektiği belirtilmiştir[41].

Üç kat tazminatın Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 58/2. maddesi hükmüyle düzenlenmesinin amacı; zarar gören teşebbüsleri veya kimseleri kanun yoluna başvurmaya teşvik etmektir. RKHK madde 58/2 hükmündeki "...hükmedilebilir..." ifadesiyle kasdedilen hakime verilen bir takdir yetkisi değildir. Taraflar anlaşarak, ortak bir karar vererek veya ağır ihmalleriyle rekabet düzenini ihlal ederlerse uğranılan maddi zararın, elde edilmiş veya elde edilmesi muhtemel olan kârların üç katı tutarında bir tazminata hükmedilmelidir. Sorumluluk hukukundan farklı olarak, üç kat tazminatla yalnızca uğranılan zarar giderilmemekte, aynı zamanda ek bir tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmektedir. Hakim; uğranılan zararı hesaplattıracak, ancak, bu zararın üç katı tutarında bir tazminata hükmedecektir.

SONUÇ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunla getirilen üç kat tazminat müessesesi, daha önce sorumluluk hukukunda yer almayan, farklı bir tazmin şeklidir. Kanun koyucunun uğranılan zararın giderimi dışında, uğranılan zararın üç katı tutarında bir tazminata hükmedilmesini öngörmesi değişik açılardan değerlendirilmelere tabi tutulamaya çalışılmıştır. Üç kat tazminatın; tarafların anlaşması, kararı ya da ağır ihmali neticesinde ortaya çıkması sebebiyle zarar veren teşebbüsleri ya da kimseleri cezalandırmak amacıyla böyle bir düzenlemeye yer verildiği görüşü savunulmuştur. Bu görüş yanında üç kat tazminatın zarar gören teşebbüsleri koruyucu ve onları kanun yoluna başvurmaya teşvik etmek amacıyla RKHK da yer verildiği de savunulmuştur. Üç kat tazminat, zarar görenlerin kanun yoluna başvurmasını teşvik etmek amacı taşımaktadır. Zararın istenebilmesi için; tarafların anlaşmasının, kararının veya ağır ihmal hali içinde bulunduklarının ispatlanabilmesi gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalarla, rekabetin ihlal edilmesi veya rekabet ihlali fiilinin gerçekleştirilmiş olmakla beraber rekabet ihlalinin doğmamış olması yani etkilerinin görülmemiş olması halleri ispatlanması güç olgulardır. Bu durumda, zarar gören teşebbüsler veya tüke-

---

40 ***GÜVEN, P.***: *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, Ankara, 2002,s. 373, ***İKİZLER,M.***: s.274

41 ***ARSLAN,Y.***: s. 390, ***TOPÇUOĞLU, M.:*** s.306-308

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ticiler kanun yoluna başvurmaya çekineceklerdir. Üç kat tazminatın amacı; zarar gören teşebbüsleri ve kimseleri kanun yoluna başvurmaya teşvik etmektir.

Üç kat tazminat talebinde bulunabilecek kişiler açısından; sadece zarar gören teşebbüslerin ve tüketicilerin değil milli ekonominin de zarar gördüğü ve doğrudan zarara maruz kalanların değil; zarardan etkilenen veya etkilenebilecek herkesin üç kat tazminat talebinde bulunabileceği belirtilmiştir. Üç kat tazminat, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna zarar görenleri kanun yoluna başvurulmaya teşvik etmek amacıyla getirilmiş olsa da, tazminat talebinde bulunacak kişilerin sayıca sınırlandırılması gerekir. Uğranılan zararın üç katı oranında bir tazminata hükmedilecek olması, bazı teşebbüslerin ve kimselerin bu zarardan fazladan bir yarar sağlaması anlamına da gelebileceğinden; tazminat talebinde bulunabilecek olanları zarar gören teşebbüsler ve tüketicilerle sınırlandırılması gerekir.

Üç kat tazminatın hukuki niteliği hakkında doktrinde ileri sürülen görüşlere ve görüşlerimize yer verdikten sonra, üç kat tazminatı şartları ve sonucu ağırlaştırılmış haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirmeyi uygun bulduk. Tarafların anlaşması, kararı ya da ağır ihmali hallerinde üç kat tazminatın ortaya çıkması ve tazminata ancak talep edilmesi halinde hükmedilecek olması; anlaşma,karar ya da ağır ihmal hallerinin varlığının ispatlanması güçlüğü, tazminatın talep edilebilme şartlarını ağırlaştırırken, uğranılan zararın üç katı oranında bir tazminata hükmedilebilecek olması da üç kat tazminatın sonucunu ağırlaştırmaktadır. Üç kat tazminat; zarar, kusur,rekabet ihlali fiilinin varlığı, hukuka aykırılık ve uygun illiyet bağı gibi haksız fiilin unsurlarını da içerdiği için sebebiyle haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmesi gerekir.

Üç kat tazminat hususunda en son olarak; tazminatın miktarı konusundaki tartışmalara yer verdik. "Üç kat tazminata hükmedilebilir" ifadesinin; uğranılan zarar miktarının üç katı tutarında tazminata hükmedilmesi gerektiği şeklinde yorumlanması gerekir. Hakime üç kat tazminatın miktarını belirleme konusunda takdir yetkisi verilmemiştir. Hakimin uğranılan zararı tespit ettirdikten sonra, bu zararın üç katı tutarında bir tazminata hükmetmelidir. Üç kat tazminat talebinden ayrı olarak, zarar görenlerin genel hükümlere dayanarak manevi tazminat talebinde bulunması halinde manevi tazminat talebinin şartları oluşmuşsa ayrıca manevi tazminata da hükmedilmesi gerekir.

Üç kat tazminat hususunda Türk Rekabet Hukuku uygulamasında bir karar verilmemiş olması, uygulamada üç kat tazminatın nasıl değerlendirileceği konusunda kafamızda bir sorun olarak kalsa da; bu sorunun da Rekabet Hukuku uygulamalarının artması neticesinde bir düzene konulacağını ve üç kat tazminatın bu şekilde daha kolay anlaşılabileceğini umuyoruz.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KAYNAKÇA

AKINCI, A. Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara,2001

ARI, Z. Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı Ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2004

ARSLAN, Y. Rekabet Hukuku, Bursa, 2001

BADUR, E. Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Ankara, 2001

ERDEM, E. Prof. Dr. Ercüment Erdem'e 55. Yaş Günü Armağanı,"Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi", Cilt I, İstanbul, 2002

EREN, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1999

GÜL, İ.http:// www.rekabet.gov.tr/word/ibrahimgul/7_metin.doc

GÜVEN, P. Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara, 2002

İKİZLER, M. "Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Uyumlu Eylemler", Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, İstanbul, 2001

OĞUZMAN K / ÖZ T. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1998

ÖZ AŞÇIOĞLU, G. AT ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması,Ankara,2000

POSNER, R. Antitrust Law, An Economic Perspective, Chicago,1976

SANLI, K. C. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, 2000

SERT, S., "Türk ve AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birliği Kararları", Türk Hukuk Dergisi, Mart 2005

TEKİNAY / BURCUOĞLU / AKMAN / ALTOP Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993

TUHR, VON T. Borçlar Hukuku I-II, Ankara,1983 (Cevat Edege Çevirisi)

TUNÇOMAĞ, K. Borçlar Hukuku, İstanbul, 1968

ULUSOY, A. Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara,2003

WHISH, R. Competition Law, London, 1986

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ROMA HUKUKUNDA VERGİ TOPLAMA ŞİRKETLERİ (*SOCIETAS PUBLICANORUM* veya *SOCIETAS VECTIGALIS*)

Doç. Dr. Pervin SOMER[*]

Yrd. Doç. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ[**]

1. Giriş

Roma hukukunda şirket akti (*societas*), rızai bir akit olması ve ortakların ilişkilerini arzularına göre biçimlendirmelerine olanak sağlayan esnek yapısı sayesinde, karşımıza çeşitli görünümlerde ve yapılanma modellerinde çıkmaktadır. Öyle ki *societas*[1] olarak isimlendirilmekle birlikte, klasik roma şirketinden tamamen ayrılan *societas publicanorum*, bir roma kurumunun farklı nitelikteki gereksinimleri karşılamaya uygun yapısıyla, gösterdiği gelişim ve değişimin çarpıcı bir örneğidir. Kendine has yapısı ile *societas publicanorum* kazanç gayesi güden, tüzel kişiliğe sahip bir ortaklık olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu tür ortaklıkların ne zamandan beri ve hangi koşullar sonucunda ortaya çıkmış olduğu tarihçiler ve ekonomistler için her zaman merak ve inceleme konusu olmakla birlikte, araştırmalar bize bu tür girişimlerin ve girişimcilerin varlığını en erken 17. yüzyıl olarak işaret etmektedir[2]. Oysa *societas vectigalis* bize, modern ortaklıklardan çok daha eski bir tarihte, neredeyse ikibin yıl öncesinde, tüzel kişiliğe sahip, hisselerin devredilebildiği ve ortakların sınırlı sorumluluğunun olduğu bir ortaklık yapısını apaçık göstermektedir.

---

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

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

1 *Societas* tabiri, Roma hukuku kaynaklarında tarafların rızalarının uyuşması ile meydana gelen şirket akti kavramını ifade ettiği gibi, bu akit ile ortakları birbirine bağlayan hukuki varlığı da ifade eder. Çalışmamızda, şirket akti ile ortaklar arasında meydana gelen ilişkiyi ifade etmek için "*societas*" tabiriyle birlikte, yerine göre "şirket" veya "ortaklık" tabiri de kullanılmıştır.

2 ***POROY, R. / TEKİNALP, Ü. / ÇAMOĞLU, E.***: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 8. bası, İstanbul 2000, s. 4 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Tipik roma şirketi *societas*'tan farklı olarak başta tüzel kişiliğe sahip olması ve diğer özellikleriyle *societas publicanorum*'un varlığı, bir yandan varolduğu dönemin ekonomik yapısına ışık tutarak yeni kapılar açmakta, diğer yandan roma şirket aktinin yeni bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Bu bakış açısı günümüz ortaklıklar hukukunda roma şirketinin etkilerinin bize sunulandan daha büyük boyutlarda olduğunu apacık ortaya koyacaktır.

2. *Societas Publicanorum – Societas Vectigalis*

Roma'da, genellikle şövalye sınıfından (*equites*) olup, ortaklıklar halinde biraraya gelen ve vergi toplama işlerini üzerlerinde bulunduran kişilere *publicani*[3] adı verilmektedir. Oluşturdukları ortaklıkların (*societas publicanorum*) varlığı ve faaliyet gösterebilmesi, devlet ile bir sözleşme yapılmasına bağlıdır[4]. Cumhuriyet döneminde, Roma devletinin vergi gelirlerinin kendisi ile sözleşme yapan bu şirketler aracılığıyla toplandığını söylemek mümkündür.

Günümüzde, kamu giderlerinin finansmanında başvurulan kaynakların en önemlisi olan vergi, tarihi ve sosyal bir olgu olarak, kökeni itibariyle insanlık tarihi kadar eskidir. Romanın vergilendirme sistemi siyasi dönemlere göre farklılıklar göstermektedir. Siyasi yapıdaki değişimler, her konuda olduğu gibi, vergi konusunda da etkisini göstermiştir[5]. Verginin birinci ve

---

3 *Publicani*, devlete ait olan herşeyi ve devletin her türlü gelirini ifade etmek için kullanılan "*publicum*"dan gelir ve genellikle "*vectigal*" ile eş anlamlı olarak kullanılır. *Vectigal*, devlete ait olup, istifadesi veya kullanılması bir ferde tahsis olunan arazi için ödenen yıllık ücreti belirtmekle birlikte devlete ödenen her türlü ücret için de kullanılmaktaydı. D.50.16.16' da Gaius, Roma halkının devlete vermesi gereken ücretleri (*vectigal*) toplayanlara *publicani* dendiğini, zira "*publicus*" (kamuya ilişkin) kavramıyla, Roma halkı (*populus romanus*) arasında bir bağ olduğunu belirtmektedir.

4 Aslında *Publicanus*'ların faaliyet alanı sadece vergi toplama ile sınırlı değildir. Aynı şekilde kurdukları şirketler ile kamu sözleşmeleri yaparak kamuya mal ve hizmet tedariki sağlayan, kamu arazilerini işletme yetkisine sahip olan şirketlerin varlığı bilinmektedir. Yunanlı tarihçi Halikarnaslı Dionysius (M.Ö. 1.yy.) bu nitelikteki bir şirket tarafından, *censor* ile yapılan bir sözleşme ile tanrılar için tapınak inşa edilmesi işininin yüklenildiğini belirtmektedir. Yine kaynaklarda, sirk hayvanlarına ve düşman kuvvetlerinin gelişini sesleri ile haber verdiklerine inanılarak beslenen beyaz kazlara (Livy 5.47.4) yiyecek sağlama işini yüklenen şirketlerden sözedilmektedir. ***TEMIN***'in söz ettiği, *societas vectigalis* ile benzer özellikler taşıyan bir şirket türü de, deniz taşımacılığı yapan kişiler tarafından (*naviculari*) oluşturulan, devlet ile yapılan beş yıllık sözleşme ile bağlı olan ve ortakların ölümü ile sona ermeyen nakliye şirketleridir. Bkz., ***TEMIN, P***: "A Market Economy in the Early Roman Empire", JRS, Volume XCI, 2001, s. 176 vd. Bu tür şirketler içinde en önemlisi vergi toplama şirketleri olduğundan, muhtemelen zaman içinde gerek *publicani*, gerek ise *societas publicanorum* sadece vergi toplayıcıları ve vergi toplama şirketlerini ifade eder hale gelmiştir.

5 Bu konuda bkz. ***SOMER, P.***, Roma Hukukunda Vergilendirme, Prof.Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 697 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

önemli işlevinin kamusal gereksinimlerin gerektirdiği giderleri karşılmak olduğu düşünülse de, vergi politikasının mali olmayan amaçlar için kullanılması da sözkonusu olmuştur. Roma'da da vergilendirme ile nüfus politikasına ilişkin amaçların takip edildiği bilinmektedir. Zaman içinde devletin en önemli gelir kaynağı olan verginin türleri artmış, vergi gelirlerinin devlet adına tahsili yetkisi belirli şartlarla "vergi toplayıcılara" verilmeye başlanmıştır.

Vergilerin tahsiline ilişkin tarihi nitelikteki yöntemlerden biri olan iltizam usulünde, vergilerin tahsil hakkının, devlet tarafından anlaşma ile "mültezim" denilen üçüncü bir şahsa (genellikle şirketlere) verilerek karşılığında bir belirli bir bedel alındığı bilinmektedir[6]. Günümüzde hiçbir modern devlette rastlanmayan bu uygulamanın Roma'da *societas vectigalis* aracılığıyla uygulanması sözkonusu olmuştur. Bu şirketlere sadece roma vatandaşları ortak olabildiği halde, vergi toplama işi bizzat şirket ortakları tarafından yapılmaz; alt sınıftan olduğu kabul edilen ve *familia publicanorum* olarak adlandırılan kişilerce yapılırdı. Bu kişiler arasında azatlılar, köleler ve roma vatandaşı olmayanlar da yer alırdı[7]. Ancak bu kişilerin fiillerinden dolayı *publicanus*'un sorumluluğu sözkonusu olurdu[8].

Bu dönemde devlet, bir bölgenin vergisini belirledikten sonra, vergilerin iltizama verilmesi bir tür açık arttırma ile gerçekleşmekteydi. Tahsil edeceği vergi karşılığında devlete en fazla ödemeyi yapmayı taahhüt eden kişi veya şirket, devlet adına vergi toplama hakkına sahip olurdu. Her nekadar, bu açık arttırmaya bireysel olarak katılmak mümkün olabilse de, belirlenen vergi miktarı ve fazlasının devlete ödenmesi gerekliliği karşısında, ne kadar varlıklı olursa olsun, tek bir kişinin bunu karşılaması olanaksızdı. Bu nedenle, birden fazla kişi bir araya gelerek şirket kurma yoluna gidiyorlardı.Vergi toplanması işini kendi üzerine almak suretiyle bir tür müteahhit fonksiyonu ifa eden *publicani*'nin devlete ödediği bedel ile tahsil ettiği tutar arasındaki farktan, tahsil masrafları çıktıktan sonra kalan miktar, kendi kazancını oluşturmaktaydı. Bu durumun doğal sonucu olarak devlete ödemeyi yapan kişi veya şirket için temel amaç, elde ettiği vergi toplama hakkı çerçevesinde, ödediğinden çok daha fazlasını toplamaktı.

---

6 ***TURHAN, S.***, Vergi Teorisi ve Politikası, İstanbul 1987, s. 89.

7 ***SCHMITZ, L.*** , "Publicani" www.ukans.edu/history/index/europe/ancient_rome/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/home*.html , (01.10.2005) (Publicani).

8 Ulpianus, *publicanus*'un köleyi *noxa* vererek sorumluluktan kurtulamayacağını, zira bu iş için iyi köleler seçilmesi gerektiğini belirtmektedir; D. 39.4.3 pr. (Ulpianus libro 55 ad edictum) *si exhubuissent, noxali iudico convenirentur, idcirco autem tam dura condicio eorum effecta est, quia debent bonos servos ad hoc ministerium eligere.* Bkz. ***TAMER GÜVEN, D.***: Roma Hukukunda Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk (*Culpa In Eligendo*), İstanbul 2001, s. 88 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Devlet tarafından eyaletlerden alınan vergiler çeşitlilik gösterdiğinden, farklı türdeki vergilerin farklı şirketler tarafından toplanması sözkonusu olmakla birlikte, bir şirket tarafından birden fazla verginin toplanabilmesi de mümkündü[9].

Bu yapı "devlete ait vergi gelirlerinin toplanmasının belirli bir süre ile kiralanması" olarak da ifade edilmektedir. Böylelikle devlet, bir yandan verginin tahsil giderlerinden, diğer yandan hem vergi toplamanın güçlüklerinden kurtulmuş olur, hem de hazineye tutarı önceden belirlenmiş bir gelir sağlamayı garanti ederdi. Bu açık arttırma *Censor*'lar tarafından genellikle temmuz ayında ve beş yıllığına yapılırdı. Sözkonusu uygulamanın avantajları yanında, zaman içinde sakıncaları açıkca ortaya çıkmıştır. Uygulamada devletin siyasi ve idari gücündeki küçük bir zayıflamadan *publicanus*'ların faydalanmaya çalıştıkları ve çoğu kez bunda başarılı olarak devletin kudret ve itibarına zarar verdikleri görülmüştür. Diğer yandan vergi toplayıcıların mümkün olduğu kadar fazla vergi almak amacıyla yükümlüler üzerinde baskı kurmaları kaçınılmaz olmuştur. Sahip oldukları yetkiye dayanarak vatandaşların mallarına elkoyma yetkisini (*pignoris capio*) kullanmaları halinde bu durum bir haksız fiil olarak nitelendirilmez, kendilerine karşı malların gasbından doğan dava açılamazdı[10]. Görüldüğü gibi bu tür şirketlerin görevleri istismara ve kötüye kullanılmaya açıktı. Bu nedenle, D.39.4.1.2'de cumhuriyet döneminin sonlarında, imparatorluk dönemi başında bir *praetor* beyannamesi (*edictum*) yayınlanmak zorunda kalındığından sözedilmektedir[11].

Romanın başarı ile çıktığı savaşlar, ekonomik, sosyal ve politik yapısını derinden etkilemişti. Romanın hızlı yayılımı ve genişlemesi sonucunda,

---

9 ***JOLOWICZ, H.F.***, Historical Introduction to the Study of Roman Law, Cambridge 1932, s. 307

10 D.47.8.2.20 (Ulpianus lib. 56 ad Edictum) *Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum: Quamvis erraverit, agi tamen cum eo vi bonorum raptorum non posse labeo ait: Sane dolo caret: Si tamen ideo inclusit, ne pascatur et ut fame periret, etiam utili lege aquilia. ;* "Eğer *publicanus* benim sürü hayvanımı, benim tarafımdan vergi yasalarına aykırı bir eylem yapıldığını düşünerek alıp götürmüşse: Yanılmış olsa da malların gasbından doğan dava (*actio vi bonorum raptorum*) yine de açılamaz. Labeo, kötüniyetin bunun dışında olduğunu söyler: Bununla birlikte, otlamalarını engellemek ve ölmeleri için (bir yere) kapatmışsa *lex Aquilia*'dan doğan *utilis* dava verilir." Bkz. ***İPEK, N.***, Roma Hukukunda Gasp (*Rapina*), İstanbul 2001, s. 57.

11 D.39.4.1.2 (Ulpianus lib. 55 ad Edictum*) Dixerit aliquis: quid utique hoc edictum propositum est? quasi non et alibi praetor providerit furtis damnis vi raptis sed e re putavit et specialiter adversus publicanos edictum proponere;* "Birisi demiştir ki; bu *edictum* özellikle neye yönelik olarak konulmuştur? Praetor hırsızlık için, mala verilen zararlar için, malların gasbı için benzer başka bir şekilde öngörmemiştir, ama özellikle de *publicanus*'lara karşı bir *edictum* koymayı devletin yararı için düşünmüştür."

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

eski *civitas* idaresinin bu geniş alanda işlemesi artık olanaksızdı[12]. *Equites* sınıfı, Pön Savaşlarından sonra büyük zenginlik kazanmaya başlamış ve nüfuz elde etmişti. Prestijli ve kârlı bir girişim olarak görülen vergi toplayıcılığı, güçlü ortaklıklar hatta yeni bir "sınıf" yarattı. *Lex Claudia*[13] ile senatörlerin, devlete ait vergilerin toplanması da dahil, her tür spekulatif girişimlerde yer almasının yasaklanması ile, MÖ. 218'den itibaren zaten büyük şirketler halinde örgütlenmiş olan *equites* (şövalye) sınıfı ve onların oluşturdukları şirketler hakim hale geldi. Devlet yönetimini elinde bulunduran *senatus nobilitas*'ını, maddi açıdan bağımsız ve o sıralarda ortaya çıkan sermaye ekonomisinin baskısından uzak "büyük çiftçiler sınıfı" olarak korumayı amaçlayan bu kanun ile devleti yönetenlerin ellerini "kirli para işlerinden" uzak tutması sağlanmak istenmiştir[14]. Aynı şekilde *magistra*'ların ve eyaletlerde valilerin bu tür şirketlerde pay sahibi olmasına izin verilmezdi. Bu kural özellikle eyaletlerde (*provincia*) yaşayanları korumaya yönelikti. Diğer yandan halk tarafından, vergi toplayıcılarının "hırsız" olarak nitelendirildiği bir ortamda, devlet idaresinde söz sahibi olan ve saygın görevlerde bulunan kişilerin itibarının korunması zorunluluğu da gözardı edilemezdi[15].

Cumhuriyet döneminde politik ve ekonomik olarak gücünün doruğunda olan *equites* sınıfı, bir yandan halkın diğer yandan devletin aleyhine işleyen bir zulüm mekanizmasını elinde bulunduruyordu. Cumhuriyet döneminin çöküşe geçmesiyle birlikte, şövalye sınıfı ve pek çoğu bu sınıfa mensup olan *publicani* eski gücünü yitirmeye başladı. Bu durumu, devlete ait vergi ve diğer gelirlerin toplanmasında *publicanus*'ların yetkilerini daraltan yasal düzenlemeler izledi. *Publicanus*'un vatandaşların mallarına el koyabilme, eşyasını ve üzerini arayabilme yetkileri ortadan kalktı. Getirilen kısıtlamalar sonucunda vergi toplama işi eskisi kadar cazip ve kârlı bir iş olmaktan çıkmıştı. Zaten devlet desteği olmaksızın daha fazla ayakta kalmaları da mümkün değildi.

İmparatorluk devrinden itibaren, daha önce *societas vectigalis* tarafından toplanan vergilerin büyük bir kısmı imparator tarafından atanan, devlet hizmetinde görevli özel memurlar tarafından toplanmaya başlan-

---

12 ***UMUR, Z.***, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987 (Ders Notları), s. 35; ***KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Ö.***, Roma Hukuku, Tarihi Giriş - Kaynaklar - Genel Kavramlar - Şahsın Hukuku - Hakların Korunması, 6. Bası, Ankara 1997, s. 24.

13 *Lex Claudia*; Senatus üyelerinin ve çocuklarınının, kendi mallarını taşıtmak haricinde gemi sahibi olmalarını, deniz ticareti yapmalarını ve devletin ticaret işlerine iştirak etmelerini yasaklayan kanun (M.Ö. 218 veya 219). ***UMUR, Z.***, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1985 (Lügat), s. 116.

14 ***İPLİKÇİOĞLU, B.*** , Ephesus Yazıtları Işığında İmparator Diocletianus'a Kadar Roma Şövalye Sınıfı ve Asia Eyaletindeki Resmi Görevlileri, Ankara 1993, s. 1. dn. 2.

15 ***GRANT, M.***, Roma'dan Bizans'a, İstanbul 2000 (çev. İlkgelen, Z.), s. 39.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dı[16]. Böylece imparatorluk devrinden itibaren önemlerini kaybeden bu tür şirketler, M.S. V. yüzyıldan itiberen tamamen ortadan kalkmışlardır[17].

3. Roma Hukuku Kaynaklarında *Societas Publicanorum*

Corpus Iuris Civilis'[18]te *publicani* ve *societas vectigalis*'e ilişkin metinler yer almakla birlikte, derleme yapıldığı sırada, kamu gelirlerinin toplanmasının özel şirketlere bırakılması çoktan ortadan kalkmış olan bir uygulama olduğundan, vergi toplayıcıları ve onlara ait ortaklıklara ilişkin sınırlı ve genel bir bilgi verilmektedir.

Hukuk tarihi bakımından henüz yeterince değerlendirilmeyen bir kaynak olan Efes Anıtı bize bu konuda ışık tutabilecek bilgiler içermesi bakımından önem taşır[19]. 1976'da keşfedilen bu anıtta yer alan *lex portorii Asia* (MÖ.62), dönemin ekonomik, ticari yapısına, vergi sistemine ve özellikle *societas vectigalis*'e ilişkin önemli bilgilere ulaşmamızı sağlamıştır[20]. Sözkonusu kanun Asya'da *censor* tarafından temsil edilen devlet ve özel girişimci (*publicanus*) arasında, vergi toplama hakkının kiralanması konusunda yapılan bir *lex censoria*[21] örneğidir. Kanunda *publicani* ve roma devletini temsilen *censor* arasında

---

16 ***SCHMITZ***, Publicani; ***TAHİROĞLU, B / ERDOĞMUŞ, B.,*** Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuku-Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2005, "Devletin aldığı arazi vergisi en çok fakirleri etkiliyordu, çünkü vergide esas alınan oran herkes için aynıydı. Bu nedenle yaşamlarını zaten zor sürdüren, politik hayatta bir etkisi olmayan bu halk kitlesi diğer sınıflara nazaran vergilerden olumsuz etkileniyordu. Ancak devletin aracıları kaldırarak vergiyi toplaması halkın rahatlamasına sebep olmuştu.", s. 27 dn. 55.

17 ***MALMENDIER***, Roman Shares, http://faculty-gsb.stanford.edu/malmendier/personal_page/Papers/Roman-Shares_published_090605.pdf (01.10.2005) (Roman Shares); ***UMUR***, Lügat, s. 174.

18 *Corpus Iuris Civilis*: M.S. 528-534 tarihleri arasında Iustinianus'un hazırlatmış olduğu hukuk eserlerinin bütününe, rönesans devrinden itibaren verilen isim.*Corpus Iuris Civilis*'in, Iustinianus'un uygulamak istediği hukukla beraber, XII Levha Kanunundan, VI. yüzyıla kadar, Roma hukukunun oluşumu ve gelişimini içinde taşımaktadır. Yorumu son derece güç olan bu eserin bir özelliği, içinde bir taraftan Iustinianus zamanında yürürlükte bulunan hukukun bulunması, diğer taraftan artık yürürlükte olmayan fakat tarihi bir değer taşıdığı için korunan sayısız kuralların varlığıdır.

19 İzmir ili Selçuk İlçesi sınırları içindeki antik Efes kenti'nin ilk kuruluşu M.Ö. 6000 yıllarına, Neolitik Döneme (Cilalı Taş Devri) kadar inmektedir. Hellenistik ve Roma çağlarında en görkemli dönemlerini yaşayan Efes, Roma İmparatoru Augustus zamanında, Asya Eyaleti'nin başkenti olmuş ve nüfusu o dönem (M.Ö. 1.-2. yüzyıl) 200.000 kişiyi aşmıştır. Bu dönemde her yer mermerden yapılmış anıtsal yapılarla donatılır. *Lex portorii Asia,* daha önce Efes'de Selçuk Kalesi'nin güney eteğinde bulunan St. John Kilisesi'nin ilk minberi, daha sonra girişte basamak olarak kullanılan mermerin arka yüzünde bulunan yunanca yazıttır.

20 ***İPLİKÇİOĞLU*** ; "M.Ö.129 yılında *consul* M. Aquilius tarafından eyalet (=*provincia*) olarak düzenlenen Asia ise, çok geçmeden, Roma Cumhuriyetinin diğer tüm eyaletlerinin akıbetine uğramıştır; eyalet, İtalyalı tüccarların (*conventus civium Romanarum qui in Asia negotiantur*) ve vergi mültezimlerinin (*societas publicanorum*) büyük ilgisini çekmiş; bu insanlar çok zengin olan ülkeyi sistematik bir biçimde talan etmeye başlamışlardır". s.19.

21 *Lex censoria*: devlete ait malların açık arttırma ile satış şartlarını veya vergi almakla görevlendirilenlerin hak ve yükümlülüklerini tesbit etmek gibi sorunları çözümlemek için censorlar tarafından çıkartılmış nizamname. ***UMUR***, Lügat, s. 115.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yapılan sözleşmeye ilişkin olan temel konulardan söz edilmektedir. İlk olarak kiralamanın konusu ele alınmıştır; sözleşmeye konu olan verginin türü açıkca belirtilmiş (*portoria*[22]), verginin toplanacağı yer detayları (paragraf 2) ve vergi muafiyetlerine (paragraf 31) yer verilmiştir. İkinci önemli konu, ödeme planına ilişkindir (paragraf 42). Verilen bilgiler, belirlenen bedelin vergi toplama işini üzerine alan şirketler tarafından, sözleşme süresi içinde taksitler halinde ödenmesinin genel bir uygulama olduğuna işaret etmektedir. *Lex portorii Asia*'da *publicanus*'un üzerine aldığı görev nedeniyle, Roma halkına ayni ve şahsi teminat sağlaması gerekliliğinden söz edilmektedir (paragraf 43)[23].

Livy, (*ab urbe condita* 23.48.10-49) ve Polybius (VI.17.1-6), M.Ö.II. ve III. yüzyıllara ilişkin olarak *publicani* ve *societas publicanorum* hakkında geniş bilgiler vermektedir. Livy'nin metinlerinde, İkinci Pön Savaşları sırasında devlete bu tür şirketler tarafından verilen ödünçlerden ve Roma ordusuna erzak temin etme işini üstlenen şirketlerden, tarihlerinin tesbit edilmesini sağlayacak ölçüde, ayrıntılı olarak söz edilmiştir; Livy, 23.48.10 (M.Ö.215), 24.18.11 (M.Ö.210)[24].

Livy, metinlerinde *publicanus*'ların deneyimli iş adamları olduğunu belirtmekte, devlet ile yaptıkları sözleşmelerde iyi müzakereci olduklarını ifade etmektedir. Livy, hazinede yeterli kaynağın bulunmaması halinde, dini yapıların onarılması, orduya, sirk hayvanlarına erzak sağlanması, devlet gelirlerinin toplanması gibi işlerin yapılmasının bu şirketler tarafından üstlenildiğini belirmektedir (24.18.10)[25]. Kaynaklarda *publicani* ve *societeas publicanorum*, daha geniş olarak bu tür sözleşmeleri yapanları ve bu sözleşmelere bağlı olarak faaliyet gösteren şirketleri ifade etmekle birlikte, *societas vectigalis* sadece vergi toplama şiketlerini ifade eder biçimde kullanılmaktadır.

4. Roma Şirket Akti (*Societas*) ve *Societas Publicanorum*

Roma hukukunda şirket akti (*societas*) iki veya daha fazla kişinin ortak ve meşru bir amaca ulaşmak için mal ve/veya emeklerinin bir araya getir-

---

22 *Portoria*, genellikle gümrük resmi olarak kullanılmakla birlikte köprü, nehir ve yollardan geçildiği zaman alınan geçiş resminin yanısıra, devlet veya mahalli idareler menfaatine bazı şehirlerde alınan oktruva resmini de kapsamaktadr. ***SOMER***, s. 701.

23 ***MALMENDIER,*** Roman Shares.

24 Bu konuda bkz. ***NICOLET, C.***, "Polybius VI, 17, 4 and the Composition of the *Societas Publicanorum*", Irish Jurist, 1971, s. 163 vd.

25 Livy, 14.18.10; *Cum censores ob inopiam aerariise iam locationibus abstinerint aedium sacrarum tuendarum curuliumque equorum praebendorumac similium his rerum, convenire ad eos frequentes qui hastae huius generis adsueverant, hortarique censores ut omnia perinde agerent locarent ac si pecunia in aerario esset: neminem nisi bello confecto pecuniam ab aerario petiturum esse.*

26 Şirket Akti konusunda bkz. ***GÖNENÇ, F.İ***, Roma Hukukunda Şirket Akti (*Societas*), İstanbul 2004.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

meyi taahhüt ettikleri rızai bir akit olarak tanımlanmıştır[26]. Rızai bir akit olmasından dolayı, ne belirli bir şekle uyulmasına ne de bir şeyin (*res*) verilmesine gerek vardır(D.17.2.4.pr.)[27]. Tanımda yer alan unsurlar (katılma payı, ortak ve meşru amaç ve *affectio societatis*[28]) *societas vectigalis* için de geçerlidir ve M.Ö.3 yy. başlarından itibaren *publicanus* ortaklıkları *societas* olarak nitelendirilmiş ve imparatorluk devrinin sonlarına dek bu girişim *societas*'ın bir türü olarak kalmıştır[29].

Rızai bir akit yoluyla meydana gelen en eski şirketler, malbirliğinin teşkili amacıyla kurulmakla birlikte, kısa bir zamanda gerçekleşecek ve organizasyon gerektirmeyen ortak iktisadi amaçlar için de elverişli bir yapıya sahipti. Bu esneklik, ortakların tüm malvarlıklarını birleştirmesi suretiyle meydana gelen şirketlerin yanısıra, belirli bir iş için gerekli sermaye ve emeğin bir araya getirildiği, sınırlı amaçlara yönelik bir şirket aktinin kurulması da mümkün kıldı:

D.17.2.5 pr. (Ulpianus lib. 31 ad Edictum)

Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius.

"Şirket bütün malvarlığının biraraya getirilmesi ile, bazı muamelelerin yapılması için veya vergi toplamak için yada tek bir iş için kurulabilir."

Belirli kişiler arasında güven ilişkisi anlamına gelen *societas*'ta, onu oluşturan kişiler arasındaki bir değişiklik, örneğin ortaklardan birinin ölümü, şirketin derhal sona ermesine neden olur[30]. Mevcut bir ortaklığın, mirasçı ile devam etmesi sözkonusu olmadığı gibi, üçüncü kişilerin de ortaklığa dahil edil-

---

27 D.17.2.4 pr. (Modestinus lib. 3 Regularum) *Societatem coire et re, et verbis, et per nuntium posse nos, dubium non est ;* "Şirketi hem bir şeyle, hem sözlerle, hem de bir haberci (*nuntius)* ile kurabileceğimizden şüphe yoktur."

28 Roma hukuku metinlerinde ortak olmak niyet ve iradesi "*animus contrahendae societatis*" veya "*affectio societatis*" olarak ifade edilmiştir· *Societas*'ın meydana gelebilmesi için aranan "tarafların ortak olma niyet ve iradeleri" unsuru, rızaî bir akit olan *societas*'ta tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşmasından (*consensus*) öteye bir anlam taşımaktadır. Ortakların, şirketin gayesinin gerçekleşmesine yönelik faaliyetlere katılmayı, bu yolda diğer ortaklarla işbirliği yaparak, onlarla birlikte çaba sarfetmeyi üstlenmiş olmaları da gerekir. Her bir ortak, şu veya bu şekilde, amacın gerçekleşmesine katkıda bulunmak, aynı zamanda bu amaca aykırı eylem ve işlemler yapmaktan kaçınmak durumundadır. Roma hukukunda, "*affectio societatis*" şirket aktinde varlığı her zaman kabul edilen "*ius fraternitas*" ile beraber, günümüz ortaklıklarının bir unsuru olarak kendisine yüklenen anlamların büyük bir çoğunluğunu kapsayan bir nitelik taşımakla birlikte, kaynaklarda tamamen ayrı bir unsur olarak olarak yer almamış, genellikle şirket kurma niyetini belirtmek üzere kullanılmıştır. Bkz. ***GÖNENÇ,*** s. 28 vd.

29 ***MALMENDIER,*** Roman Shares.

30 ***PRICHARD, A. M.,*** Leage's Roman Private Law founded On The Institutes Of Gaius And Iustinian, London 1964, s. 366; ***WATSON, A.,*** The Law Of Obligations In The Later Roman Republic, Oxford 1965, s. 133 dn. 3.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mesi mümkün değildir. Ortakların hepsinin muvafakati ile mirasçının veya üçüncü bir kişinin ortaklığa dahil olması isteniyorsa, bütün taraflarca yeni bir şirket sözleşmesinin aktedilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, bu şekilde yeni bir şirket meydana getirilmiş olacaktır[31]. Aynı şekilde, bir ortağın mevcut bir şirkete, üçüncü bir kişiyi, ortak olarak dahil etmesi de mümkün değildir:

D.17.2.19 (Ulpianus lib. 30 ad Sabinum).

Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit. Et recte: Cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui. Quid ergo si socius meus eum admisit? Eei soli socius est.

"Şirkete kabul edilen bir kişi, sadece onu kabul edenin ortağıdır, bu şu nedenledir: Zira ortaklık rızaların uyuşmasıyla meydana geldiğinden, benim istemediğim hiçbir ortak, benim ortağım olamaz. Bu nedenle, benim ortağım onu kabul etmişse, sadece onun ortağı olur."

Bu durumda ortak, üçüncü bir kişiyi ortaklıktaki kendi payına iştirak ettirdiği takdirde, bu kişi mevcut şirket akti bakımından, ortaklık sıfatını kazanamaz. Aralarındaki hukukî ilişki onunla, onu kabul eden ortak arasında kalır ve şirketi ilgilendirmez. Romalılar, bu durumu çok açık olarak ifade etmişlerdir[32].

Societas vectigalis kendine has nitelikleri ile tipik roma şirketi *societas*'tan bu noktada da çok farklı bir yapıya sahiptir. Öncelikle, ortakların değişimi, ölümü, ortaklıktan çıkması gibi *societas*'ı sona erdiren nedenlerden bağımsız olarak varlığını sürdürebilmektedir. Sözkonusu gelişimin tam olarak ve nasıl ortaya çıktığı belirsiz olmakla birlikte, Cumhuriyet devrinin başlarından itibaren geçerli olduğu bilinmektedir.

Ortaklardan birinin ölümü *societas*'ı sona erdirirken, vergi toplama şirketleri açısından bu durum geçerli değildir:

D.17.2.59 pr. (Pomponius 12 ad Sabinum)

Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait: In societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat: Quod ipsum ex causa aestimandum est. quid enim, si is mortuus sit, propter cuius operam maxime societas coita sit aut sine quo societas administrari non possit?

"Bir ortağın ölümüyle şirket tamamen sona erdiğinden, ölenin yerine

---

31 ***ŞENER, O.H.***, "Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri" Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt 1, İstanbul 2002. s. 747 dn. 190.

32 D.17.2.20 (Ulpianus lib. 31 ad Edictum) *Nam socii mei socius, meus socius non est.*; "Benim ortağımın ortağı, benim ortağım değildir."

33 Burada devletle yapılan sözleşme ile meydana çıkan şirketlerin aksine kişiler arasında vücud bulan, resmi nitelik taşımayan şirketler kastedilmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mirasçısının ortak olacağını kararlaştıramazlar. Bu özel şirketler (*privatis societatibus*[33]) için getirilen kuraldır: *Societas vectigalis*'te ortağın ölümünden sonra da şirket devam eder, yeter ki ölenin payı o kişinin mirasçısına tahsis edilsin, böylece ortaklık ona geçer: Bir kimse durumun gereklerine göre karar vermeli, ölen kişi şirketin faaliyetinde en etkili kişi ise veya o olmaksızın şirket devam edemezse?"

Yukarıdaki metin ve diğer bazı metinler (örneğin D.17.2.63.8), *societas vectigalis*'in ortağın ölümü ile sona ermediğini açıkca ortaya koymaktadır. Ulpianus'a ait metinde, ortağın ölümünün şirketi sona erdirmeyeceği vurgulanmış ancak bu durumda ölen ortağın şirket içindeki konumunun kuralın uygulanması bakımından dikkate alınması gerektiğini ifade edilmiştir. O halde ölen ortağın; devlet ile yapılan sözleşmenin tarafı olması, şirket işlerinin yöneten idareci ortak (*magister societatis*: şirket reisi), başka bir ifade ile *manceps* olması durumu ayrıca değerlendirilmelidir[34]. *Manceps*, açık arttırmaya katılarak pey süren ve devlet ile yapılan sözleşmenin tarafı olan kişidir[35]. Şirket ortakları arasında en saygın ve itibarlı olan ortak olduğuna hiç şüphe olmayan m*anceps*, "eşitler arasında en önde gelen" olarak görülmektedir[36]. Böyle bir durumda onun yokluğunun şirketi sona erdirebilmesi anlaşılır bir durumdur. Herhalukarda, tipik roma *societas*'ında ortaklardan birinin şirket adına sözleşme yapması düşünülemez, muhtemelen ilk başlarda devlet ile yapılan sözleşmelerde sözleşmeyi yapan kişi, başka bir ifade ile *manceps* sözleşmenin tarafı olarak bizzat kendisi alacaklı ve borçlu sıfatlarına sahip olmaktadır. Zaman içinde *manceps*'in şirketi temsilen sözleşme yapabilmesi sözkonusu olsa da bu aşamalı olarak gerçekleşmiştir. Öncelikle, *manceps*'in yerini doldurabilecek nitelikte bir ortağın bulunması halinde, ortaklar ve devlet arasındaki sözleşmenin devam edebileceği kabul edilmiştir.

Lex portorii Asia'da ölen *manceps*'in yerini, başka bir ortağın geçici olarak *manceps* olarak almasından sözedilmektedir. Ölen ortak sözleşmenin tarafı olan kişi olmasına rağmen, *censor*'lar artık hayatta olmayan *manceps* ile devlet arasında yapılan sözleşmenin devamına olanak sağlamışlardır. Bu durum zaman içinde ortaklığın şirket ortaklarınca temsilinin yolunu açmış, *manceps* yapılan sözleşmelerde şirketi temsil eden ortak olarak kabul görmüştür. Son aşamada, ortaklık tayin edilen ortaklar ya da yetki verilen şirket çalışanlarınca temsil edilebilmektedir.

---

34 ***BUCKLAND***, W.W. A Text-Book Of Roman Law From August To Iustinian, Cambridge 1932, s. 513; ***GÖNENÇ***, s. 53.

35 ***GUARINO A***, Diritto Privato Romano, 12. Bası, Jovene, Napoli 2001, s. 923-924.

36 Cic. Pro Planc. 13.2 on Plancius: *princeps inter suos....maximarum societatum auctor... .*

37 D.17.2.74 (Paulus lib. 62 ad Edictum) *Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: Sed societatis iudicio cogitur rem communicare.* ; "Eğer bir kişi şirket sözleşmesi yaparsa, satın aldığı şey kendisinindir, müşterek olmaz: Fakat dava ile paylaşmaya zorlanabilir."

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Societas'ta ortağın yapmış olduğu hukuki işlemlerin etkileri doğrudan doğruya o ortağın şahsında doğmasına rağmen[37], artık *societas vectigalis*'de ortağın şirket hesabına yapmış olduğu hukuki işlemler sonucunda doğrudan doğruya şirket borç altına girer veya alacaklı olur[38].

Diğer önemli bir farklılık da *societas* bakımından, şirket aktinin genel davası niteliğini taşıyan *actio pro socio*'nun şirketin devamı sırasında açılmasının mümkün olmamasıdır; davanın açılması şirketin sona ermesine neden olur[39]. Şirketin kökeninde yer alan "kardeşlik vasfı (*ius fraternitas*)"nın *societes*'ta her zaman yaşadığı düşünüldüğünde, *actio pro socio*'nun gündeme gelmesi, bir anlamda ortaklık ruhunun dağıldığını göstermektedir. Böyle bir durumda, *actio pro socio*'nun açılmasıyla, tipik roma şirketi *societas*'ın sona ereceğini kabul etmemek için hiçbir neden yok görünmektedir[40]. D.17.2.63.10'da Ulpianus, şirketi sona erdiren nedenleri sayarken, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde *ex actione* (dava dolayısıyla) şirketin sona ereceğini belirtmektedir[41].

Ancak Digesta'da yer alan Paulus'a ait metin, şirketin devamı sırasında (*manente societate*) dava açılması ihtimali üzerinde durmaktadır.

D.17.2.65.15 (Paulus 32 ad Edictum)

Nonnumquam necessarium est et manente societate agi pro socio: veluti cum societas vectigalium causa coita est propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit.

---

38 ***TALAMANCA M***, Istituzioni Di Diritto Romano, Giuffrè, Milano 1990, s. 597; ***SERRAO F.***, Impresa E Responsabilità A Roma Nell' Età Commerciale, Pisa, s. 67.

39 ***PRICHARD,*** s. 367; ***MUIRHEAD, J.S,*** An Outline Of Roman Law (second edition), London 1947, s. 165; ***KOSCHAKER, P. / AYİTER, K.***: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 239; ***DAUBE, D.***, "Societas as a Consensual Contract", CLJ (1936-38) 6, s. 383.

40 Bkz. ***THOMAS, J.A.C.***, "«*Solutio societatis ex actione*» and «*dissensus sociorum*»", Tulane Law Review 48, 1974, s. 1105 vd.

41 D.17.2.63.10 (Ulpianus lib. 31 ad Edictum) *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte. Res vero, cum aut nullae relinquantur aut condicionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est neque eius quae consecrata publicatave sit. Voluntate distrahitur societas renuntiatione.;* "Şirket kişiler dolayısıyla, mallar dolayısıyla, irade dolayısıyla ve dava dolayısıyla sona erer. Böylece, kişiler veya mallar veya irade ortadan kaybolursa ya da dava açılırsa, şirketi ilişkisinin çözüldüğü düşünülür. Kişilerin ortadan kaybolması, *capitis deminutio maxima* veya *media* ya da ölümle olur. Malın ortadan kalkması demek, ondan geriye hiçbir şey kalmaması veya yapısındaki değişikliktir, artık mevcut olmayan, kutsal eşya haline gelen ya da müsadere edilmiş mal sebebiyle şirket sözkonusu olmaz. Şirket irade ile *renuntiatio* ile sona erer."

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

"Kimi zaman şirket halen devam ederken, *actio pro socio*'ya girişmek gereklidir: farklı akitlerin varlığında tıpkı *societas vectigalis* örneğindeki gibi, hem şirketten çekilen ortak için hem de ortaklardan birine gelenin müşterek malvarlığına getirilmemesinde uygundur."

Sözkonusu metnin *interpolatio*[42]'lu olduğu ileri sürüldüğü gibi[43], bazı hukukçulara göre şirket devam ederken dava açılabilmesi, sadece daha sonraki devirlerde sözkonusu olabilen bir uygulamayı yansıtmaktadır[44] Her iki görüş de, Digesta'da yer alan pek çok metin bakımından büyük oranda doğruluk payı içerse de, kanaatimizce sözkonusu metin bakımından *interpolatio* veya anakronizm ihtimalinin en azından *societas vectigalis* için geçerli olmadığı açıktır. Şirketin devamı sırasında, *actio pro socio* ile ortaklık ilişkisinden kaynaklanan münferit taleplerin ileri sürülebilmesi, ortakların şirketi sona erdirmeksizin, şirkete karşı olan yükümlülüklerinin yerine getirilmesini veya şirkete karşı sorumlu tutulabilmelerini sağlaması bakımından büyük önem taşır. Bu durum hiç şüphesiz, vergi toplama şirketlerinin statüsünü güçlendirerek, bu tür şirketlere olan ilgiyi de arttırmış olmalıdır.

Roma şirketi *societas* ile *societas vectigalis* arasındaki en önemli farklılıklardan bir diğeri de, ortaklık payları ve pay sahipliği bakımındandır.

Cicero'ya ait pek çok metinde, *partes* (paylar) ifadesi yer alır. Bazı metinlerde, şirket ortakları için, tipik roma şirketi *societas* ortağı *socius*'a göre farklı nitelikler taşıyan ancak tam olarak bugün dahi netlik kazanmayan *participes* veya a*dfines* ifadeleri, kullanılmaktadır. Daha ilgi çekici olan, Cicero'ya ait bir metinde (pro rab.post. 2.4) yer alan *magne partes* (büyük pay) ve Maximus'a ait bir metinde (6,9,7) yer alan *particula (*küçük pay) ifadeleridir[45]. Farklı şirketlerin paylarının farklı nominal değerlere sahip olma ihtimalini düşündüren bu durum Cicero'nun bir başka metni gözönüne alındığında çok da imkansız görünmemektedir. Cicero, P. Vat.12,29' da "belli bir zamanda en yüksek fiyata erişen paylar" (p*artes illo tempore carrissimae*) dan sözetmektedir. Bu durum, şirket paylarının değerlerinin şirketin faali-

---

42 *Interpolatio*: Yazılı bir metin üzerinde, anlamını veya kapsamını değiştirmek, bazen kısaltmak veya basitleştirmek için yapılan değişiklik (UMUR, Lügat, s. 95). Digesta'ya alınması öngörülen klasik hukukçulara ait eserler, kanunun yapıldığı tarihten 4-5 yüzyıl kadar önce meydana getirilmişlerdi. Bu kadar uzun zaman içinde sosyo-ekonomik, siyasi, dini ve kültürel nedenlerle hukuk da değişmişti. Bu yüzden metinlerde zamanın hukukuna uygun değişiklikler yapıldığını Iustinianus bizzat söylemiştir. *Interpolatio*'ların yapılmasında rol oynayan çeşitli sebepler vardır. Romanist bilimde *interpolatio* adı verilen bu değişiklikler sadece Digesta'da değil, Codex'te de bulunmaktadır. *Corpus Iuris Civilis*'i hazırlayanlar genellikle klasik hukukçular arasındaki görüş ayrılıklarını ortadan kaldırmak için bu yola başvurmuşlardır. Ayrıca, eskidiği kabul edilen kavram ve teknik terimler yerine yürülükteki hukukta geçerli olanlar konulmuştur (***TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ***, s. 83 dn. 84).

43 ***THOMAS***, s. 1101, dn. 10.

44 ***BUCKLAND,*** s. 512 dn. 2.

45 ***MALMANDIER,*** Roman Shares.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yetlerine ve ekonomik dalgalanmalara paralel olarak değişebildiğine işaret etmektedir. Roma'da bir hisse senedi piyasası yani borsa'nın varlığından sözetmek yeni araştırmalar da gözönüne alındığında mümkün görünmektedir[46].

Societas publicanorum'a ilişkin en ilgi çekici metin belki de Polybius'un M.Ö. 3. yy. sonu ve 2. yy. da *publicanus*'ların oluşturduğu şirketlere ilişkin bilgiler verdiği metindir. Metin üzerinde yapılan pek çok araştımanın temel nedeni (VI, 17,3-4) burada "neredeyse her roma vatandaşının" bu tür bir şirket oluşumunda dört farklı kategoriden biri içinde yer aldığını belirtmesidir. Polybius bu tür şirketlere katılımı dört gruba ayırmaktadır; ilk grupta *censor*'lar ile sözleşmeyi yapanlar yani devlet ile yapılan sözleşmenin tarafı olanlar, ikinci grupta, sözleşmeyi yapanların ortakları, üçüncü grupta teminat sağlayanlar, dördüncü grupta ise yatırımcılar yer almaktadır. İlk iki grup sahip olduğumuz bilgilerle açıklanabilir ve anlaşılır olmakla birlikte Polybius'un son iki kategori, özellikle "yatırımcı" ifadesi ile tam olarak kimleri kastetmek istediği açık değildir. Kaynaklarda, devlet ile sözleşme yapmak isteyenlerden teminat istendiği yer almaktadır ve buradan yola çıkarak teminat sağlayan kişilerin şirkete katılımlarını da çeşitli görüşlerle açıklamak mümkün olmakla birlikte, son kategori hala belirsizliğini korumaktadır[47].

5- Sonuç

Şirket akti, Roma hukukunda, ekonomik yaşam ve ticari ilişkilerin bir gereği olarak, uygulama alanı açısından çok farklı nitelikteki gereksinimleri karşılamaya elverişli yapısıyla tipik *societas* özelliklerinin yarattığı her türlü dezavantajı aşmayı başararak, kendisine has özellikleri olan ve en son noktada tüzel kişiliğe kavuşan türlerini de yaratmıştır.

Roma hukukunda tüzel kişilik kavramına ilişkin günümüze kadar gelen temel bilgi; Roma hukukunun sadece bazı tüzel kişi tiplerini ayrı ayrı isimler altında düzenlemekle yetinmiş olduğu, tüzel kişilik kavramının Roma'da çok geç doğduğu ve bir sistem haline getirilemediğidir[48]. Kaynaklarda kendilerine tüzel kişilik tanınmış, bir takım insan ve mal topluluklarından sözedilmektedir; başta Roma Devleti (*Populus Romanus*) olmak üzere, esnaf

---

46 Bkz.***TEMIN***, s. 169 vd.; ***ZIMMERMANN,*** şirket dışından kimselerin, finans piyasasında dolaşımda olan hisse senetlerini satın alarak şirkete yatırım yapmalarının dahi mümkün olduğunu belirtmekle birlikte (***ZIMMERMANN R.***, The Law Of Obligations - Roman Foundations Of The Civilian Tradition, Oxford 1966, s. 468) bu konuda herhangi bir açıklama yapmamakta ve sözkonusu ifadeye ilişkin olarak atıfta da bulunmmaktadır.

47 Bu konudaki tartışmalar ve görüşler için bkz. ***NICOLET***, s. 163 vd.

48 Roma hukuk biliminde, ancak ortaçağdan itibaren, roma hukukuna ilişkin metinlere dayanılarak, "tüzel kişilik" kavramı ve tüzel kişiliğe ilişkin kuramlar oluşturulmuş ve belli bir sisteme dayanan çeşitli tüzel kişi sınıflandırmaları yapılmıştır; bkz. ***KARADENİZ-ÇELEBİCAN***, s. 180 vd.; ***UMUR***, Ders Notları, s. 179.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve zanaatçıların kurdukları cemiyetler (*collegium*), dini dernekler *(sodalitas)* ve Roma devlet hazinesine (*fiscus*) hukuki bakımdan kişilik tanınmış olduğu anlaşılmaktadır[49]. Burada, *societas* ve herhangi bir türünden ise sözedilmemektedir.

Bu noktada, onu oluşturan kişilerden ayrı olarak hak ve borç sahibi olan, geniş ölçekli ve uzun süreli faaliyet gösteren, kazanç gayesi güden *societas vectigalis*'in karmaşık hukuki yapısını açıklayabilmek pek de kolay görünmemektedir. Yine, *societas vectigalis*'i, sadece *societas*'ın bir türü olarak ve ona bağlı kalarak açıklamaya çalışmak - ikisi arasında hukuken gözardı edilemez yapısal farklar ortaya çıktıkca- yetersiz bir çabadan öteye geçemeyecektir.

Roma tarihine ilişkin çok sayıda kaynağın mevcudiyetine rağmen, Roma'nın ekonomik organizasyonuna ilişkin bilgilerimiz oldukça yetersizdir. Yeni araştırmalar Roma'da gelişmiş bir pazar ekonomisinin varlığını açıkca göstermektedir. Kesin olan durum, Romalıların gelişen ekonominin ve yeni gereksinimlerin gerektirdiği uygun çözüm yollarını herzaman bulabilmiş olmalarıdır. Romalılar henüz o dönemde kendileri bilmeseler dahi, günümüz terminolojisi ile tüzel kişiliğe sahip bir ticari şirketi, *societas vectigalis*'i yaratmışlardır. Roma şirket aktinde (*societas*), *societas vectigalis* ile ulaşılan nokta, daha önce de belirttiğimiz gibi, roma hukukunda başta tüzel kişilik kavramı olmak üzere şirket kavramının yeni bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

---

49 Roma'da tiyatro oyuncularının oyun sırasında taktıkları maskelere *persona* adı verilirdi. Kişi teriminin karşılığı olarak hukukî yaşamda rolü olan kimse anlamında da bu ifade kullanılırdı. Romalılar, *persona* ile hak sahibini değil, insan'ı kastetmektedir. Romalıların bütün hukukun insanlar için oluşturulduğu (D.1.5.2: *hominum causa omne ius constitum*) fikrinden hareketle, ancak insanların hak sahibi olacabileceğini kabul ettikleri ileri sürülebilir. Ancak, Roma'da da insan gücünün ve yaşam süresinin yetersiz kalacağı bir takım amaçlara ulaşabilmek için grup halinde insanların faaliyetlerine başvurma zorunluluğu duyulmuştur. Bazı durumlarda bir mal topluluğunun belli bir amaca hizmet edecek biçimde tahsis edilmesi ve bu mal topluluğunun, onu belli bir amaca tahsis eden kişi veya kişilerin faaliyetinden daha geniş kapsamlı ve uzun süre etkin olması toplumun yararına görülmüştür. Gaius (Gai. I. 1.9-11) köleleri de *persona* başlığı altında inceler, esas itibariyle hakkın konusu olarak kabul edilen kölelerin insan olma vasfı gözardı edilmeyerek, hukukî yaşamda faaliyet gösterebilecekleri kabul edilmiştir. Şu halde Roma hukuk dilindeki *persona* (insan), bugünkü hukuktaki "kişi" kavramından bir bakıma (hak ehliyeti olmayan köleleri de içine aldığından) daha geniş, bir bakıma (tüzel kişileri dışarıda bıraktığından) daha dar bir ifade tarzına sahipti. ***UMUR***, Ders Notları, s. 154; ***TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ***, s. 141; ***SCHWARZ, A.***, Roma Hukuku Dersleri (çev. RADO, T.), İstanbul 1965, s. 210.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TANZİMAT'TAN SONRA YABANCILARIN GAYRİMENKUL EDİNMELERİ İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER VE VERGİ EMANETİNİN BİR TAMİMİ

*Doç. Dr. Mustafa ŞENTOP**

Giriş

Yabancıların bir ülkede çalışması ve hukuki işlemler yapması, özellikle gayrimenkul satın almaları her zaman çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bütün hukuk sistemleri bu konularda düzenlemeler yapmışlardır. Osmanlı Devletinde de yabancıların ticari faaliyetleri ve özellikle gayrimenkul satın almaları konusunda belli sınırlamalar söz konusudur. Bu çalışmada, bu konu bir genelge çerçevesinde kısaca ele alınacaktır.

I. Yabancıların Gayrimenkul İktisaplarıyla İlgili Hukuki Durum

A. İslam Hukukunda Yabancıların Gayrimenkul İktisabı

1. İslam Hukukunda "Yabancı" Kavramı

İslam hukukunda "yabancı" kavramı bugünkü hukuk sistemlerinde kabul edilen şeklinden biraz farklıdır. Bugün, bir ülkede bulunan ve o ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kişi yabancı kabul edilirken[1], İslam hukukunda, sadece, bu tanıma uyan gayrimüslimler yabancı kabul edilmektedir. Bir İslam ülkesinde bulunan, o ülke vatandaşı olmayan müslümanlar yabancı statüsünde değildir[2].

Bu farklılık, İslam hukukunda ülke kavramı ve vatandaşlığın esası hususlarındaki değişik telakkilerden kaynaklanmaktadır. İslam hukukuna göre dünya daru'l-İslam ve daru'l-harb olarak ikiye ayrılmaktadır[3]. Daru'l-İs-

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Öğretim Üyesi.

1 Yılmaz Altuğ, *Yabancıların Hukuki Durumu*, İstanbul, 1971, sh.8; Aysel Çelikel, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul, 1990, sh.17.

2 Ahmed Özel, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, İstanbul, 1984, sh.193; Muhammed Hamidullah, *İslamda Devlet İdaresi*, trc. Kemal Kuşçu, İstanbul, 1963, sh.102-103; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.3, İstanbul, 1987, sh.368.

3 Özel, sh.76-83.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lam, farklı devletlerden meydana gelebilir[4]; ancak farklı devletlerde bulunsalar da Müslümanlar "daru'l-İslam ehli" sayılırlar[5]. Bunun sebebi, vatandaşlığın tespitinde esas olarak İslam dinine mensubiyetin kabul edilmesidir[6]. Devletler hukukunda vatandaşlığın doğumla kazanılmasında benimsenen iki esas vardır: kan bağı ve doğum yeri[7]. İslam hukukunda ise İslam inancı vatandaşlığın temelini teşkil etmektedir; bu sebeple, bir müslümanın vatandaşlıktan çıkartılması söz konusu değildir[8]. Vatandaşlık ancak dinden çıkma (irtidad) ile kaybedilir[9].

İslam ülkesinin vatandaşları sadece müslümanlardan ibaret değildir; zimmiler de İslam ülkesinde vatandaş olarak kabul edilmektedir[10]. Zimmiler gayrimüslim olduğuna göre, İslam ülkesinde vatandaşlıklarının din bağıyla alakası bulunmamaktadır. İslam hukukçuları onlar açısından vatandaşlığın esasını "zimmet akdi" olarak isimlendirilen bir akde dayandırırlar[11].

Darü'l-İslam ehli olmayanların, bu tarifler çerçevesinde, İslam ülkesi vatandaşı olamayan gayrimüslimler olduğu ortaya çıkmaktadır. Bunlardan bir izinle (eman) İslam ülkesine gelenlere müste'men denilmektedir[12]. Bugünkü anlamıyla "yabancı" olarak nitelendirebileceğimiz kişiler bunlardır[13].

2. Yabancıların Faaliyeti ve Gayrimenkul İktisapları

Bir ülkede yabancılara tanınacak hukuki statünün kapsamı iki doktrin çerçevesinde ele alınmıştır[14]. Bunlardan tarih bakımından da ilki, yabancı ile vatandaşın eşitliği prensibidir. Olağan durumlarda iyi işleyen bu prensip, vatandaşlarının hakları bakımından kısıtlayıcı uygulamalar bulunan

4 Hamidullah, sh.69-72.

5 Özel, sh.193.

6 Abdülkerim Zeydan, *Ahkamü'z-Zimmiyyin ve'l-Müste'menin fi Dari'l-İslam*, Bağdat, 1402 / 1982, sh.61.

7 Nihal Uluocak, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, 1984, sh.18.

8 Özel, sh.193.

9 Aynı yer.

10 Aynı yer. Müellif "darü'l-İslam ehli" tabirinin zimmiler için de kullanıldığını kalsik İslam hukuku eserlerine dayanarak ifade etmektedir. Bkz.:sh.194.

11 Özel, sh.194. Zimmet akdi ile ilgili olarak bkz.: M. Macit Kenanoğlu, *Osmanlı Millet Sistemi*, İstanbul, 2004, sh.10-16.

12 Darü'l-harb'e izin (eman)la giden müslümanlara da müste'men denilmektedir. Bkz. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara, 2002, sh.89.

13 Hamidullah, sh.103-107. İslam ülkesi dışında yaşayan gayrimüslimlerin, "düşman" bir devlet vatandaşı olması ile "darü'l-ahd", yani barış anlaşması yapılmış bir devlet vatandaşı olması arasında fark olduğuna dair görüşler de vardır.

14 Ergin Nomer, *Teb'a ile Yabancının Müsavatı*, İstanbul, 1962, sh.16-17; Çelikel, sh.30.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

veya olağanüstü yönetim hallerinde yabancılar bakımından zararlı sonuçlar ortaya çıkarttığından daha geçerli ve etkili bir prensibe yönelmek gerekmiştir. Adaletin milletlerarası standardı olarak adlandırılan bu prensibe göre, yabancılara yapılan muamelenin o ülke vatandaşlarının tabi olduğu bir muamele olması önem taşımamaktadır; bu muamele milletlerarası hukuk prensiplerine göre asgari hakları ihlal etmeyecek bir çerçevede olmalıdır. Bu ikinci prensip XIX. yüzyıldan itibaren ortaya çıkmış ve gelişmiştir.

İslam tarihinin ilk dönemlerinde yabancılar için, genel olarak, ülke vatandaşlarının tabi olduğu kuralların uygulandığı görülmektedir[15]. Hukukçular da, müste'menlere, İslam ülkesi vatandaşı gayrimüslimler (zimmiler) in sahip olduğu statünün tanınacağını kabul ederler[16]. Bu çerçevede, ceza hukuku bakımından lehlerine olan bazı istisnai durumlar dışında, İslam ülkesinde mahkemelerde yargılanırlar, hukuk davalarında davalı ve hatta davacı olabilirler, çeşitli ticari faaliyetlerde bulunabilirler[17].

Yabancıların gayrimenkul iktisap etmesi konusu ise tarihin bütün dönemlerinde tartışmalı bir konu olmuştur[18]. Bir ülkede yabancıların gayrimenkul edinmelerinin ekonomik bakımdan faydaları vardır. Gayrimenkul önemli bir miktar mali değeri ifade ettiği için, bu değerin ülkeye gelmesi ve ülke içinde kalması bu sayede temin edilebilmektedir. Öte yandan, casusluk faaliyetleri ve ülke topraklarının bir kısmında yabancılara ait koloniler oluşması gibi güvenlik ve egemenlikle ilgili bazı endişeler yabancıların gayrimenkul edinmeleri aleyhinde ileri sürülebilecek mülahazalardır. Bu sebeple konu her zaman tartışmalı halini ve güncelliğini korumaktadır.

İslam tarihinin ilk dönemlerinde, yabancıların mülkiyet hakkından da yararlandığı ifade edilmektedir[19]. Hanefi hukukçu Muhammed'in, haklar bakımından müste'menleri zimmilere eşit kabul ettiğine dair görüşü dikkate alınırsa, gayrimenkul iktisabı bakımından bir sınırlama olmadığı da anlaşılmaktadır[20]. Ancak müste'menlerin gayrimenkul edinmeleri halinde vergi mükellefiyeti altına gireceği[21] ve zimmi statüsüne geçeceği belirtil-

---

15 Hamidullah, sh.104.

16 Hamidullah, sh.105. Hanefi hukukçu İmam Muhammed bunu açık bir şekilde ifade etmektedir.

17 Hicretin ilk yüzyılında bir müste'menin Mekke'de doktorluk yaptığı kaydedilmektedir. Bkz.: Hasan Serhat Yeter, *İslam Hukukunda Müste'men (Yabancılar) Hukuku (Dört Halife Dönemi)*, İstanbul, 2002, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, sh.109. Yine, Medine'ye gelen bir müste'menden Hz. Peygamber'in bizzat bir keçi satın aldığı belirtilmektedir. Bkz.: Hamidullah, sh.104.

18 Yılmaz Altuğ, *Yabancıların Arazi İktisabı Meselesi*, İstanbul, 1976, 14-22.

19 Yeter, sh.109.

20 Özel, sh.190. "İslam hukukunda bir esas kaidedir ki, Müslümanların hükümdarı müsaade ile gelen gayrimüslimleri bizim toprağımızda bulunduğu müddetçe himaye etmek ve onlara adaletle muamele etmek mecburiyetindedir. Bu tıpkı kendi gayrimüslim tebası hakkındaki mecburiyetin bir aynıdır". Bkz.: Hamidullah, sh.105.

21 Muammer Raşit Seviğ, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, 1947, sh.175.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mektedir[22]. İlk dönemlerden itibaren kabul gören bir kaideye göre, müste'menler İslam ülkesinde en çok bir sene bulunabilmekte, daha uzun süre kalma halinde bu ikamet niyeti taşıyacağı için zimmi statüsü geçerli olmaktadır[23]. Gayrimenkul iktisabıyla ilgili olarak da aynı kabulün geçerli olduğu, yerleşme niyetinin var sayıldığı düşünülebilir.

Müste'menlere tanınan hakların kaynağının uluslararası anlaşmalar değil, iç hukuk olan İslam hukuku olduğunu belirtmek gerekir[24]. Her ne kadar, anlaşmalar yoluyla bu hakların arttırılması mümkünse de, esas olarak hakların kaynağı İslam hukukudur. Dolayısıyla, diğer devletler Müslümanlara tanımasa bile, İslam devleti o devletlerin vatandaşlarına bu hakları tanımak durumundadır.

B. Osmanlı Devletinde Yabancıların Gayrimenkul İktisabı

1. Tanzimat'tan Önceki Dönem

Osmanlı Devletinde İslam hukuku esaslarının geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Bu çerçevede müste'menlerle ilgili genel hükümlerin uygulandığını düşünebiliriz. Ancak gayrimenkul iktisabı bakımından farklı bir muamele olduğu, yabancıların gayrimenkul sahibi olmalarına imkan verilmediği ifade edilmektedir[25]. Bu hususun sadece Osmanlı Devletinin tutumundan kaynaklanmadığı, yabancı devletlerin de vatandaşlarının başka ülkede gayrimenkul edinmelerine müsaade etmedikleri ileri sürülmektedir[26].

Osmanlı Devletinde yabancıların statüsüyle ilgili ikinci bir hukuki kaynak kapitülasyonlardır. Bir andlaşma mahiyetinde olan bu hukuki belgelerde, taraf olan devletin vatandaşı olan yabancılara bazı haklar tanınmaktadır. Bu şekilde, andlaşmalarla yabancılara bazı hakların tanınabileceğini İslam hukukçuları da kabul etmektedir[27]. Ancak Osmanlı Devletinde kapitülasyonlarla da yabancılara gayrimenkul edinme hakkı tanınmadığı bilinmektedir. Her ne kadar, kapitülasyonlarda bu hususta bir yasaklama bulunmadığı için böyle bir hakkın, en azından Fransız vatandaşları için, mevcut olduğunu ile-

---

22 Zimmi statüsüne geçme meselesi Yörük ve Altuğ tarafından ileri sürülmektedir. Bkz.: Abdülhak Kemal Yörük, *Devletler Hususi Hukuku Kitap I*, Ankara, 1938, sh.118; Yılmaz Altuğ, *Yabancıların Hukuki Durumu*, sh.39. İkinci müellif, İslam hukukunda, müste'menlerin "toprak iktisabına mezun" olmadıklarını ifade etmekte, "(h)arbiler şer'an Darülislamda gayri menkule sahip olamazlar" demektedir. (sh.18).

23 Hamidullah, sh.266.

24 Özel, sh.190.

25 Seviğ, sh.191.

26 Muammer Raşit Seviğ, "Ecnebilerin Emlak Sahibi Olmalarından Doğan Kanunlar İhtilafı", *Ebul'ula Mardin'e Armağan*, İstanbul, 1944, sh.606. Orta Çağ Avrupa'sında kişiler toprağa bağlı olduğundan, başka yerde arazi edinme bağlı olduğu topraktan ayrılma anlamına gelmekte, toprak sistemini korumak için başka ülkelerde arazi edinmek yasaklanmaktadır.

27 Özel, sh.191.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ri sürenler[28] varsa da, Islahat Fermanı'ndaki ifadeler ve Batılı devletlerin hakkın tanınması yönündeki baskıları Tanzimat'tan sonraki yıllarda bile henüz yabancıların gayrimenkul iktisap edemediğini göstermektedir. Hatta, devamlı surette Osmanlı ülkesinde ikamet edecek yabancılara bu hakkın tanınması yönünde Avrupa ülkelerinden gelen taleplere, "kapitülasyon devam ettikçe Memalik-i Mahruse'de hakk-ı tasarruf ve temellük bahş etmek mümkün olmadığı" şeklinde cevap verilmiştir[29]. Bu ifadeler dikkate alınırsa, Altuğ'un izahını[30] teyit eder mahiyette, kapitülasyonların yasaklamaları değil sadece izin verilen hakları gösterdiği, bir hak olarak zikredilmeyen konuların serbestliğe dahil olmadığını söyleyebiliriz. Burada ilgi çekici husus, imtiyaz kabilinden olan kapitülasyonların yabancılar için bir engel olarak yorumlanmasıdır. Hukuken gayrimenkul iktisap edemeyen yabancılar, muvazaa yoluyla, özellikle zimmiler üzerinden bu sonuca ulaşmaya çalışmışlardır[31].

2. Tanzimat'tan Sonraki Dönem

Tanzimat Fermanı'ndan sonra başlayan yeni dönemde de yabancıların gayrimenkul iktisabı konusunda yasağın devam ettiği, bu hususta Batılı devletlerin taleplerinden anlaşılmaktadır. Ancak uluslararası ilişkilerin artması, ticaretin canlanması ve özellikle Batılı ülkelerin baskısı sonucunda yabancılara bu hakkın tanınması yoluna gidilmiştir. İlk olarak Islahat Fermanı'nda bu yönde bir taahhüdün verildiği görülmektedir. Ferman'da bu husus şu şekilde ifade edilmiştir[32]: "ve çünkü bey' ve furuht ve tasarruf-ı emlak ve akar maddeleri hakkında olan kavanin-i devlet-i âliyyeme ve nizamat-ı zabıta-i belediyeye ittiba ve imtisal eylemek ve asıl yerli ahalinin verdikleri tekalifi vermek üzere saltanat-ı seniyyem ile düvel-i ecnebiye beyninde yapılacak suret-i tanzimiyyeden sonra ecnebiyyeye dahi tasarruf-ı emlak müsaadesinin îta olunması".

Bu taahhüt 1272 / 1856 tarihinde verildiği halde, bir süre, gerekli hukuki düzenlemeler yapılmamıştır. Nitekim İngiltere, Fransa, Rusya, Avusturya ve Prusya, 1278 / 1862'de, birlikte bir nota vererek, yabancıların hukuki durumuyla ilgili belirsizliklerin düzeltilmesi için müzakerede bulunmayı talep etmişlerdir[33]. Osmanlı Devleti tarafından verilen cevapta, yuka-

28 Gavillot'un bu görüşü için bkz.: Altuğ, Arazi İktisabı, sh.56.

29 Fraşerli Mehdi, *İmtiyazat-ı Ecnebiyyenin Tatbikat-ı Hazırası*, Samsun, 1325, sh.242. (Fraşer, Arnavutluk'ta, Yanya Vilayetinde bir nahiyedir. Bkz.: Şemseddin Sami, *Kamusu'l - A'lam*, C.5, İstanbul, 1314, sh.3352-3353.)

30 Altuğ, Arazi İktisabı, sh.56.

31 Ahmed Cevdet Paşa, *Ma'ruzat*, hzr. Yusuf Halaçoğlu, İstanbul, 1980, sh.194. Bu hususta ayrıca bkz.: Nédjib H. Chiha, "Osmanlı Devletinde Gayrimenkul Mülkiyeti Bakımından Yabancıların Hukuki Durumu", trc. Halil Cin, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.24, sy.1-4, (1967), sh.247; Seviğ, Devletler Hususi Hukuku, sh.191.

32 *Düstur*, Birinci Tertip, C.I, sh.12.

33 Mehdi, sh.242; Altuğ, sh.60.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rıda zikrettiğimiz, kapitülasyonlardaki mevcut durumun buna imkan vermediği ifade edilmekte, ancak bir çözüm bulunmaya çalışıldığı belirtilmektedir[34].

Nihayet 7 Safer 1284 / 10 Haziran 1867[35] tarihinde çıkartılan "Teb'a-i Ecnebiyyenin Emlak İstimlakına Dair Nizamname" ile yabancılara gayrimenkul edinmeleri hakkı tanınmıştır[36]. Düstur'un fihristinde "Nizamname" olarak isimlendirilen bu hukuki metinden içerideki başlıkta "mevadd-ı kanuniye" ve 5. maddesinde "işbu kanunname" olarak söz edilmektedir.

Hukuki düzenlemenin sebebini de açıklayan bu başlık oldukça uzundur[37]: "Memalik-i Devlet-i Aliyyede tevsi-i servet ve mamuriyete medar olmak ve teb'a-i ecnebiyyenin emlaka mutasarrıf olmaları maddesinden dolayı hasıl olan müşkilat ve süiistimalat ve her türlü şübehat bertaraf olarak bu madde-i mutenabihanın dahi bir hüsn-i zabıta ve nizam altına alınmasıyla emniyet-i maliye ve mülkiye kaziyye-i mültezimesi ikmal olunmak üzere bu defa ba-irade-i seniyye karargir olan mevadd-ı kanuniyedir ki bervech-i ati zikrolunur." Buna göre, öncelikle, yabancıların gayrimenkul edinmelerinin Osmanlı Devleti için mali bakımdan bazı faydalar getireceği ümit edilmektedir. Bu yöndeki görüşleri Cevdet Paşa da nakletmektedir. Yabancıların muvazaalı işlemlerle gayrimenkul edinmelerinin artması ve pek çok emlakin ellerine geçmesi üzerine bir toplantıda konu müzakere edilmiş, bazıları, "*tasarruf-ı emlak için ecnebilere ruhsat verülse emlakin kıymeti artar ve ecnebilerin memleketimizde kazanupda altun olarak kendü memleketlerine gönderdikleri altunlar burada kalur*" şeklinde bir görüş savunmuşlardır[38]. Nizamname başlığında açık olarak belirtilmese de, "süistimalat" ibaresiyle yabancıların muvazaalı işlemlerle gayrimenkul edindiklerine işaret

---

34 Aynı yerler.

35 Altuğ, Hicri tarihin karşılığı olarak 8 Haziran 1868'i tespit etmektedir (Arazi İktisabı sh.61) ki bu yanlıştır. 1868 senesi, 1284 Hicri senesinin Ramazan ayının 6. günü, yani 7 Safer 1284'ten yaklaşık yedi ay sonra başlamaktadır. Bkz. Faik Reşit Unat, *Hicri Tarihleri Miladi Tarihlere Çevirme Kılavuzu*, Ankara, 1994, sh.86-87. Nitekim, bu "Nizamname"ye ekli protokol ilk olarak Fransa tarafından 9 Haziran 1868'de imzalanmıştır. Bu imzanın "Nizamname"den, (Altuğ'a göre Nizamname'nin ısdar tarihi 8 Haziran 1868 olduğundan) bir gün sonra değil, bir sene sonra atıldığı ifade edilmektedir. Bkz.: Mehdi, sh.243. Bir gün sonra protokolün imzalanması da o tarihlerde makul karşılanmamalıdır. Nitekim bir başka yerde Altuğ, 9 Haziran 1868 tarihinin karşılığı olarak 17 Safer 1285'i (Arazi iktisabı sh.80), 7 Safer 1284'ün karşılığı olarak da 18 Haziran 1867'yi (Arazi iktisabı, sh.169) vermektedir.

36 *Düstur*, Birinci Tertip, C.I, sh.230-231.

37 Düstur, sh.230.

38 Cevdet Paşa, sh.194. Cevdet Paşa, bu konuda izin veren bir düzenleme yapılmasına karşı çıktığını, gayrimenkullerle ilgili işlemlerin yeterli derecede düzgün ve sağlam yapılmadığını, teşkilatın buna müsait olmadığını, gayrimenkul ihtilaflarıyla ilgili olarak mahkeme teşkilatında da sorunlar yaşanacağını ifade ettiğini kaydetmektedir. Bu itirazlar sebebiyle konuyla ilgili düzenleme ertelenmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

edilmektedir. Ayrıca, "müşkilat" ibaresi, Batılı ülkelerin taleplerinde dile getirdiği en önemli husus olduğundan, düzenlemede bu ülkeleri memnun etme niyetini de ortaya koymaktadır.

Nizamname'nin 5. maddesinde "(h)er bir ecnebi istimlak hakkında icrasıyçün taraf-ı Devlet-i Aliyye'den teklif olunan suret-i tanzimiyyeye mensub olduğu devlet tarafından muvafakat olunduğu gibi işbu kanunname ahkamı fevaidinden istifade eyleyecektir" denilmektedir. Maddede zikredilen "suret-i tanzimiyye" bir protokol olarak hazırlanmıştır. Bu protokolde, yabancıların gayrimenkul, özellikle de mesken edinmeleri halinde, "konut dokunulmazlığı" ile ilgili doğabilecek sorunlara çözüm getirilmeye çalışılmıştır[39]. Kapitülasyonlarla yabancılara tanınan, konsoloslukların soruşturma ve yargılama sırasında bulunmaları imkanına bazı kısıtlamalar getirilmiştir[40]. Bir yabancının Osmanlı ülkesinde gayrimenkul iktisap edebilmesi için, vatandaşı olduğu devletin bu protokolü imzalaması gerekmektedir. Nizamname'nin çıkartılmasından yaklaşık bir sene sonra ilk imzalayan devlet Fransa olmuştur[41]. Daha sonra pek çok devlet imzalamıştır[42].

Nizamname'nin 1. maddesi yabancıların Osmanlı ülkesinde, Hicaz arazisi hariç olmak üzere, vatandaşlarla aynı şartlara tabi olarak gayrimenkul edinebileceğini kabul etmektedir. Bu haktan, daha önce Osmanlı vatandaşı iken tabiiyet değiştirenler yararlanamayacaktır; bu kişilerin hukuki durumu yapılacak özel bir kanun düzenlemesine havale edilmiştir. 26 Rebiülahir 1300 tarihli bu kanun[43], izinle Osmanlı vatandaşlığından ayrılanları bu istisnadan ayırmıştır. Maddede, "dahil ve haric-i müdün ve kasabatda" denildiği dikkate alınırsa, köylerde mevcut arazilerin de kapsam dışı bırakıldığı düşünülebilir. 2. maddede, yabancıların gayrimenkul alırken ve satarken, kullanırken Osmanlı vatandaşlarının tabi olduğu usul ve şartlara uymak zorunda bulunduklarını, aynı vergi ve diğer mükellefiyetlere tabi olduklarını, gayrimenkulle ilgili her türlü davanın Osmanlı mahkemelerinde görüleceğini belirtmektedir. 3. maddede, yabancıların iflası halinde sahip oldukları emlakin borçlarına karşılık olarak satılması düzenlenmektedir. 4. madde, vasiyet ile intikaline ve hibe edilmesine izin verilen gayrimenkullerin vasiyet ve hibe edilmemesi halinde emlak-i metruke ahkamına tabi olacağını belirtmektedir. 5. maddeden ise yukarıda söz etmiştik.

Altuğ'a göre, gayrimenkulün bulunduğu yer kanununun esas alınması ve yabancının vatandaşa eşit kılınması bu kanunun getirdiği yeniliklerden-

---

39 Protokol metni için bkz.: Mehdi, sh.247-249; Altuğ, Arazi İktisabı, sh.80-82.

40 Bu hususlaki değerlendirmeler için bkz.: Chiha, sh.273-274.

41 Mehdi, sh.243.

42 Bkz.: Altuğ, Arazi İktisabı, sh.61.

43 *Düstur,* Birinci Tertip, Zeyl 3, sh.96.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dir[44]. Müellif, gayrimenkulün tanımının yapılmamış olmasını ise büyük bir eksiklik olarak değerlendirmektedir[45]. Gerçekten de, farklı mahkemelerin bulunduğu Osmanlı Devletinin bu döneminde, konsolosluk mahkemelerinin vasıf ihtilafları sebebiyle gayrimenkul davalarına, kanunun 2. maddesinde aksi belirtildiği halde, bakmaları mümkün olabilmiştir[46]. Bu hususun sadece kanundaki bir eksiklikten kaynaklandığı söylenemez. Konsolosluklar, her zaman daha önceki mevcut yetkilerini kullanmak, hatta aşmak konusunda gayretli görünmüşlerdir. Kanunun 2. maddesindeki düzenleme, aslında açık bir şekilde gayrimenkullerle alakalı bütün davaların Osmanlı mahkemelerinde görüleceğini belirtirken, konsolosluk mahkemelerinin bu konudaki yetkilerini de kaldırmıştır[47]. Konsoloslukların bu davalarda kendilerini yetkili saymaya çalışmaları, kanundaki eksiklikten ziyade, Fransızca metinle Türkçe metin arasındaki bazı farklılıkların suiistimalinden doğmuştur. Hatta, bazı Fransız hukukçuları bu suiistimali, yabancıların Osmanlı ülkesinde gayrimenkul edinmelerine dair düzenlemenin bir uluslararası hukuk düzenlemesi olduğunu ileri sürme noktasına kadar götürebilmişlerdir[48]. Halbuki, Osmanlı Devleti bir iç hukuk düzenlemesiyle bu hakkı yabancılara tanımıştır; haktan istifade edebilmek için kanuna ekli protokolün imzalanması kapitülasyonlardan doğan bazı sorunlara çözüm getirme hedefine yöneliktir. Ekli protokol, kanunu bir uluslararası hukuk metni haline getirmemiştir[49].

Yabancıların alım satım suretiyle gayrimenkullere sahip olmaları mümkün görülürken, mirasçılık yoluyla temellükleri tartışılmıştır. Bir Osmanlı vatandaşından veraset suretiyle bir yabancının gayrimenkul iktisabı, çeşitli zorlamalara rağmen kabul edilmemiştir[50]. Diğer şekillerde intikaller, yani, aynı tabiiyetteki yabancılar, farklı tabiiyetteki yabancılar ve yabancıdan Osmanlı vatandaşına intikaller ise caiz görülmüştür[51]. Vasiyet yoluyla temlikler hakkında kanunda ayrı bir hüküm bulunmakla beraber, bu sadece vasiyet edilemeyen veya edilmemiş olan gayrimenkullerin akıbetini düzenlemektedir; bu hususta yabancıların zimmilerle aynı imkanlara sahip olduğu söylenmektedir[52]. Sahipsiz arazinin ihyası suretiyle iktisap edilmesi de uygulamada mümkün görülmemiştir[53].

---

44 Altuğ, Arazi İktisabı, sh.64.

45 Aynı yer.

46 Aynı yer.

47 Chiha, sh.256-259.

48 Chiha, sh.260-261.

49 Bkz.: Aynı yer.

50 Son olarak 1324 tarihli bir irade-i seniyyede bu husus açıkça ifade edilmiştir. "İhtilaf-ı Darın Tevarüs ve İntikalde Derece-i Tesiratı Hakkında İrade-i Seniyye", Serkiz Karakoç, *Tahşiyeli Kavanin*, C.I, sh.290.

51 Bu hususlardaki tartışmalar için bkz.: Altuğ, Arazi İktisabı, sh.65-75; Chiha, sh.253-255.

52 Altuğ, Arazi İktisabı, sh.78.

53 Karakoç, sh.270.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Gerçek kişilerle ilgili bu düzenleme yabancı tüzel kişilerin gayrimenkul iktisabı konusunda bir hüküm getirmemektedir. Başka hukuki düzenlemelerde de buna izin veren bir hüküm görülmemektedir. 1325 / 1910 tarihli Cemiyetler Kanunundaki mevcut bir hüküm, yabancı cemiyetler bakımından da gayrimenkul iktisabına imkan verecek şekilde yorumlanabilmektedir[54]. Tüzel kişilerin gayrimenkul iktisabı ile ilgili esas düzenleme ise, 16 Şubat 1328 / 1913 tarihli "Eşhas-ı Hükmiyyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarruflarına Mahsus Kanun-ı Muvakkat" ile yapılmıştır[55]. Bu kanunda da yabancı tüzel kişilerin iktisabına imkan veren bir hüküm bulunmamaktadır. Yabancı devletler tarafından yaptırılan okul ve diğer müesseselerin gayrimenkuller üzerinde tasarrufta bulundukları bilinmekle beraber, bunun gerçek kişiler üzerinden mi yapıldığı, yoksa özel imtiyazlarla mı temin edildiği bilinmemektedir. 1913 tarihinde Fransa ile yapılan bir protokolde, Fransa tabiiyeti veya himayesinde bulunan "mekatib"ten söz edilmekle beraber gayrimenkuller üzerindeki tasarruflarının ne surette cereyan ettiği anlaşılamamaktadır[56].

C. Yabancıların Gayrimenkul İktisabıyla İlgili Vergi Emanetinin Bir Tamimi

Ekte sunduğumuz Vergi Emanetinin bir tamiminde, yabancıların çeşitli sebeplerle, gayrimenkul iktisabı için Anadolunun muhtelif yerlerinde dolaştığını, bu konuda çok talepkar olduklarını göstermektedir. Öte yandan devletin de konuyu yakından takip ettiği ve takip edilmesi konusunda ısrarlı olduğu anlaşılmaktadır.

Tamimde konu edilen olayın bir çok benzerlerinin bulunduğu tahmin olunabilir; hatta benzer tamimler ve yazışmalar da temin edilebilir. Burada, özellikle yabancılara gayrimenkul satışının kolaylaştırıldığı ve çoğaldığı bugünlerde, sadece bir örnek olması düşüncesiyle sunmayı gerekli görmekteyiz.

Cebel-i Bereket, Adana Vilayetini oluşturan dört sancaktan biridir. O tarihlerde, Yarpuz, Islahiye, Hâssa, Bulanık, Osmaniye ve Payas kazalarından oluşmaktadır. Bunun haricinde 6 nahiye ve toplam 238 köy mevcuttur. Şemseddin Sami'nin verdiği bilgilere göre, XIX. Yüzyılın sonlarında, nüfusu 51.500 olup, sadece 5.000 kadarı Hristiyan, kalanı Müslümandır[57].

Hâssa kazasına tabi Ekbaz nahiyesinde İtalyan Cizvitlerin önemli miktarda arazi satın aldıkları ve bu araziler üzerine büyük binalar inşa ettikle-

---

54 Karakoç, sh.419.

55 *Düstur*, II. Tertip, C.5, sh.114-115.

56 Hıfzı Timur, "Türkiye'de Bulunan Yabancıların Okuma ve Okutma Hürriyetleri Bakımından Durumu", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.XI, sy.1-2, sh.277-278.

57 Bkz.: Şemseddin Sami, *Kamusu'l - A'lam*, C.3, İstanbul, 1308, sh.1767.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ri belgede ifade edilmektedir. Bu tür faaliyetlerin hukuka uygun olmayabileceği, hukuka uygun olsa bile siyasi bakımdan mahzurları bulunduğu ifade edilmektedir. Eğer arazi miri arazi ise, üzerinde izinsiz inşaat yapılamayacaktır[58]. Mülk arazilerin de önemli miktarlarda yabancılara satılmasının doğru olmadığına belgede dikkat çekilmektedir. Bu hususta Dahiliye Nezareti'nde de bir çalışma yapıldığı belirtilmektedir.

Sonuç

Osmanlı Devletinin geniş ve her bakımdan vasıflı arazisinin eskiden beri yabancıların ilgisini çektiği, çeşitli bahanelerle en ücra bölgelere kadar gidip arazi satın almaya çalıştıkları, bunda ticari maksatların yanında siyasi ve stratejik mülahazaların da rol oynadığı belirtilmelidir. Yabancıların gayrimenkul iktisapları sadece ekonomik bir mesele değildir, tarihin hiçbir döneminde de bundan ibaret kalmamıştır. Bu sebeple, her devlet, yabancıların gayrimenkul iktisaplarına şüphe ile yaklaşmış, bunu tebarüz ettiren hukuki düzenlemeler yapmıştır. Osmanlı Devletinde de uzun bir süre boyunca yabancıların gayrimenkul iktisabına izin verilmemiştir. Tanzimat'tan sonra ise, özellikle dış baskıların yoğunlaşması üzerine buna izin verilmiş, ancak önemli hukuki ve siyasi sıkıntıların yaşanmasından kurtulmak mümkün olmamıştır.

EK: Vergi Emanetinin Tamimi

Cebel-i Bereket sancağında Hâssa Kazasında Ekbaz nahiyesinde bir takım İtalyan Cizvitlerinin zabt eyledikleri arazi üzerine inşasına mübaşeret eyledikleri ebniye-i cesîme hakkında edilecek muamele-i kanuniye Dahiliye Nezaret-i Celilesiyle derdest-i muhabere olup ancak meselenin şayan-ı dikkat en mühim ciheti bu papazların Anadolunun içerilerine kadar giderek ve bir takrib ile bir çok arazi-i cesîmeyi zîr-i tasarruflarına geçirerek kilise ve mektepler ve sair cesîm binalar ihdas etmeleri maddesi olup müstagni-i beyan olduğu üzere senedsiz arazi tasarrufu ve me'zuniyet-i resmiye olmaksızın arzı mîri üzerinde bina inşası kanunen memnu ve bu misillü hilaf-ı nizam ahvalin men-i vukuu memurin-i devletin uhde-i sadakat ve îtinalarına mevdû iken ahkam-ı kanuniyeye mugayir olarak binlerce dönüm arazi öteki berikinin ve hususiyle ecnebi papazların taht-ı tasarruflarına geçtiği halde ekseriya mahalli hükümetlerin ve arazi memurlarının buna vâkıf olmadıkları veyahud ebniye inşa olunduktan sonra haber aldıkları sâlifü'l-beyan Ekbaz nahiyesindeki vukuat ile ve emsali delaletiyle müsbettir. Halbuki nahiye-i mezkurada papazların taht-ı tasarruflarında bulunan üç dört bin dönüm araziyi fuzuli zabt edikleri iş'ârât-ı vakıadan müstedell olmakla beraber hakikat-ı maslahat bu yolda olmayıp da arazi-i mezkureyi şer'an taht-ı tasar-

58 Arazi Kanunnamesi, md.31. bu konuda bkz: Halil Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Konya, 1992, sh.130-132.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ruflarına geçirmiş olsalar bile şu muameleye yani böyle bir arazi-i cesîmenin ecnebi papazların uhde-i tasarrufuna geçmesine âdi bir bey' ve şirâ nazarıyla bakılamayacağı umûr-ı bedîhiyyeden iken vukuat-ı âdiyye misillü muamelesini yürütmek memurun adem-i tekayyüdünden başka bir şeye haml edilemez. Gâyet-i ahval-i meşruha bir tarafdan hasar-ı hazineyi ve diğer tarafdan Cizvitlerin ve misyonerlerin Anadolunun her tarafında bir çok araziyi tasarruf etmek ve bilâ mezuniyet inşâ olunan kilise ve mekteplerden dolayı hükümet-i seniyyeyi mevki-i müşkilde bırakmak gibi mülkî ve siyasî bir takım mehaziri müstelzim olmakla ba'demâ kanun hilafında hâlât vukuuna meydan verilmemesine daima dikkat ve îtina olunmasının ve tekayyüdsüzlüğü cihetiyle bu misillü vukuat-ı gayrimeşruanın tekevvününe sebebiyet verenlerin şedîden mes'ul tutulması suret-i kat'iyyede mukarrer olduğunun ta'mimen defter-i hakani memurlarına iş'âr Meclis-i İdare-i Emanet'ten ifade kılınmış ve ol vechile keyfiyet memurin-i mümaileyhime bildirilmiş olmakla taraf-ı şeriflerinden dahi bir minval muharrer hâlât vukua getirilmemesine ale'd-devam tekayyüd ve ihtimam olunması siyakında. Fi 25 Muharrem sene 300 ve fi 24 Teşrinisani sene 98.[59]

[59] *Ahkam-ı Kavanin ve Nizamat*, t.y., y.y., sh.31-32.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK BORÇLAR VE TİCARET HUKUKUNDA GABİN (AŞIRI YARARLANMA)

*Ar. Gör. Murat TOPUZ**

I. GİRİŞ

Sözleşme yapılırken, bir tarafın, sözleşmenin diğer tarafının içinde bulunduğu maddi veya manevi bir zaafından istifade ederek karşılıklı edimlerin değerleri arasında aşırı bir dengesizlik meydana getirmesi "gabin"i ifade eder. Gabin, modern hukuk sistemlerine Roma hukukundan intikal etmiş, sözleşmenin zayıf tarafını himaye etmeyi amaç edinen hukuki bir kurumdur.

Roma hukukunda son imparatorluk döneminde geçerli olan fahiş gabin (*laesio enormis*) ilkesi, 18. asırdan 19. asra geçiş sırasında yürürlüğe giren kanunlar üzerinde çeşitli şekillerde etkili olmuştur[1].

XIX. yüzyılın liberal zihniyeti içinde daha sonraki bazı kanunlar bu arada bizim borçlar kanunumuz da fahiş gabin (*laesio enormis*) ilkesini terk etmiştir. Bundan doğan anti-sosyal sonuçları önlemek için tedbir olarak Borçlar Kanunumuzun 21. maddesindeki genel hüküm uygulanmaktadır[2].

Sözleşme serbestisinin sınırlarının kaldırıldığı liberalizm zihniyetinde zamanla birtakım tehlikeler ortaya çıkmaya başladı. Bu tehlikelerin bertaraf edilmesi toplumsal zorunluluk haline geldi. Sözleşme serbestisinin yeniden sınırlandırılması gerektiği fikri ortaya çıktı. Bu eğilim bugünkü gabin kurumunu ortaya çıkardı[3]. Modern medeni kanunlarda, Roma hukukundaki fahiş gabin kavramı yerine sadece "gabin" kavramı kullanılmaktadır. Dolayısıyla biz de aynı kavramı kullanacağız. Şimdi gabinin modern medeni kanunlarda ne şekilde düzenlendiğini inceleyelim.

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 SCHWARZ, A.B., Borçlar Hukuku Dersleri, (çev. DAVRAN, B.), İstanbul 1948, s.348.

2 TAHİROĞLU, B., Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, s.165; UMUR, Z., Roma Hukuku Ders Notları, 3. Bası, İstanbul 1999, (Ders Notları)s.359; SCHWARZ, s.348-349.

3 SCHWARZ, s.349.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Çalışmamızda öncelikle modern hukuklarda gabin üzerinde durulacaktır. Zira bu Avrupa Birliği ile müzakere sürecinin başladığı şu günlerde bize, önde gelen Avrupa ülkelerinde gabinin nasıl düzenleme alanı bulduğu ve borçlar hukukumuzda gabinin düzenleniş biçimi ile mukayese imkânı verecektir. Daha sonra yeri geldikçe Borçlar Kanunu Tasarısı ile gabine getirilen yeni hukuki imkân ile Avrupa ülkelerindeki düzenlemeleri mukayese etmeğe çalışacağız.

Özellikle gabini Borçlar Hukuku açısından incelerken genel olarak bazı değerlendirmelerde bulunup Yargıtay'ın görüşlerine dipnotlarda ağırlık vermeye çalışacağız. Ticaret hukukumuzda gabini değerlendirirken deniz ticaret hukuku ve kıymetli evrak hukukuna değerlendirmelerde bulunulmayacaktır. Son olarak Borçlar Kanunu Tasarısı ile gabine getirilen yeni hukuki imkân ve Uluslararası Ticaret Hukukunda gabinle ilgili düzenleme üzerinde durulup bu düzenlemelerin Roma Hukuku bağlamında değerlendirmesini yaparak çalışmamızı bitireceğiz.

II. MODERN HUKUKLARDA GABİN

Fransız Medeni Kanunu (CC.) tamamen ferdiyetçi bir zihniyetten hareket ederek, gabin kurumunu kabul etmekle beraber, gabin sebebiyle fesih imkânını bazı sözleşmelerde ve bazı şahıslar lehine kabul etmiştir[4].

Fransız Medeni Kanunu'nda, gabinin objektif unsurunu teşkil eden karşılıklı edimlerin değerleri arasındaki dengesizliğin tayini, hâkimin takdirine bırakılmamış, bu oran aritmetik bir şekilde tespit edilmiştir [5]. Genel olarak denilebilir ki, Fransız Medeni Kanunu gabinin, gayrimenkul alım satımlarında, şirket akdinde, mirasın taksiminde ve reşit olmayanların yaptığı sözleşmelerde uygulanacağını kabul etmiştir (Code Civil, Art. 887, 1305, 1674, 1681,)[6]. Fransız hukuku gabini, sözleşme yapma serbestisinin, ancak

---

4 ELBİR, H.K., "Fransız Hukukunda Gabin", Samim GÖNENSAY'a Armağan, İstanbul 1955, (Fransız Hukukunda Gabin), s.513; SUNGUR, H.H., Gabin, İstanbul 1953, s.16-17; FEYZİOĞLU, F.N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.1, 2.B., İstanbul 1976, s.250; ARSEBÜK, E., Borçlar Hukuku, 3. Bası, Ankara 1950, s.453; ELBİR, H.K.,Türk Pozitif Hukukunda Gabin,(Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1949, (Gabin), s.68.

5 ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.513; ELBİR, Gabin, s.68; ATAMER, Y.M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s.163 ve dn.122.

6 ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.514; AKYOL, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.I, İstanbul 1995, s.179; ÖZKENT, A.H., "Ücret Mukavelesinde Gabin İddiası, İBD., c.21, S.2, 1947, s.50-51; DALAMANLI, L., Akdin Feshi ve İptali Davaları, Ankara 1971, s.4; BİRSEN, K., Borçlar Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul 1967, s.79; FEYZİOĞLU, s.250; ELBİR, Gabin, s.69,74; ÖZKAYA, E., Gabin Davaları, Ankara 2000, s.16; ARSEBÜK, s.453. Fransız Medeni Kanunu'nun gayrimenkul alım satımında uyguladığı gabinin temeli, Roma hukukunun *laesio enormis* ilkesinden gelir. Gayrimenkul alım satımında gabin sebebiyle sözleşmenin feshedilmesi, Roma hukukunda olduğu gibi Fransız Medeni Kanunu'nda da sadece satıcı lehine tanınmış ve Roma hukukundan farklı olarak edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizlik 7/12 gibi bir oranla belirlenmiştir. ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.515; ELBİR, Gabin, s.71.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bazı hallerde istisnası olarak kabul etmiştir. Fransız Medeni Kanunu'na göre gabin, gayrimenkul alım satımı, mirasın taksimi ve şirket akdinde uygulanır ve lehine gabin sebebi ile fesih davası açma imkânı tanınanlar gayrimenkul satıcısı, mirasçı ve reşit olmayanlardır[7]. Reşit olmayanın gabin dolayısı ile sözleşmeyi feshedebilmesi veya eski hale iade talebinde bulunabilmesi için, bu hukuki muameleden dolayı zarar gördüğünü ispat etmesi gerekir[8]. Gayrimenkul alım satımında gabin uygulanma imkânı mevcut olmasına rağmen bazı durumlarda satım gayrimenkule ilişkin olsa dahi, gabin iddiasında bulunulamaz. Buna göre; 1) Tesadüfî alım satımlar 2) Cebri satışlar 3) Her ne kadar cebri satış niteliğinde olsalar da kamu menfaati sebebi ile yapılan kamulaştırmalar gabin sebebi ile feshedilemez[9].

Gabin sebebi ile fesih talebinde bulunabilmek için uğranılan zararın büyük olması gerekir. Zarar gerçek değerin 7/12'sini geçmelidir[10]. Yani satıcının semen olarak gerçek değerin 5/12'sinden az bir miktar elde etmiş olması gerekir[11]. Alıcı eğer gayrimenkulü muhafaza etmek isterse, satıcıya se-

---

7 ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.517. Fransız Medeni Kanununa göre mirasın taksiminde miras hisselerinde eşitliği temin etmek gayesi ile bazı tedbirler almıştır. Buna göre mirasçılardan biri kendi aleyhine 1/4'ten fazla bir zararın mevcudiyetini ispatlarsa taksimin gabin sebebiyle iptalini isteyebilir. ELBİR, Gabin, s.79; BİRSEN, s.80. Şirketin tasfiyesinden sonra ve şirket mallarının taksiminde de mirasın taksimine ilişkin hükümler uygulanır. ELBİR, Gabin, s.84.

8 Bu durum şu vecize ile ifade edilir: *Minor restituitor non tanquani minor, sed tanquam laesus*: "Fiil ehliyeti olmayan kimsenin (gabinden dolayı), fiil ehliyeti olmaması sıfatı ile değil fakat zarar gören sıfatı ile (yaptığı hukuki muamele) eski hale getirilmelidir. Fransız Medeni Kanunu'nun reşit olmayanlar için koyduğu kural, Roma hukukunun 25 yaşından küçükleri himaye eden hukuki kurumu *in integrum restitutio* (Eski hale iade) ile benzerlik arz eder. Bugün *in integrum restitutio* başlı başına bir müeyyide olmayıp, gabin sebebi ile sözleşmenin feshinin ve butlanının tabii neticesidir. Reşit olmayanların gabin sebebi ile sözleşmeyi feshetme imkânı 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Zamanaşımının başlangıç tarihi rüşte erişme tarihidir. ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.518–519. Fransız Medeni hukukunda bazı özel kanunlar, menkul alım satımında alıcı lehine gabinin uygulanacağını kabul etmektedirler. Fakat bu kanunlar gabin sebebi ile sözleşmenin feshedilebilmesi imkânını alıcıya tanımamaktadır. Sadece semenin tenzilini talep hakkını alıcıya vermektedir. ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.525; ELBİR, Gabin, s.87-88; AYIK, İ.H., "Gabnin Mahiyeti ve Unsurları", AD., Yıl 43, S.2, 1952, s.253.

9 ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.526; ELBİR, Gabin, s.88.

10 ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.526; ELBİR, Gabin, s.88; BUZ, V., "Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması", BATİDER., c.19, S.4, 1998, s.58; KANIK, T., "Gabin", HİD., Yıl 6, S.31, 1951, s.4; SCHWARZ, Borçlar Hukuku, s.348; DALAMANLI, s.4.

11 TAHİROĞLU, s.165; UMUR, Ders Notları, s.359; ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.526. Mesela 120.000 liralık bir mal 50.000 lira veya daha aşağı bir fiyatla satılmış ise gayrimenkul alım satımı iptal edilebilir. UMUR, Ders Notları, s.359. Gabini belirlemek için gayrimenkulün satışı sırasındaki değerini dikkate almak gerekir. Gabin sebebiyle fesih davası alım satımından itibaren iki yıl içerisinde açılmalıdır. Bu süre, hak düşürücü süredir. Fesih talebinin mahkemece kabulü halinde sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkar. Bu kararla alıcı dava tarihinden itibaren elde ettiği semereleri de satıcıya vermelidir. ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.526–528; ELBİR, Gabin, s.88,91.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

menin geri kalan miktarını ödemelidir. Ayrıca, dava tarihine kadar geçen süre boyunca işleyen faizleri de öder. İptalin etkileyeceği üçüncü kişiler de satıcıya semenin geri kalan kısmını vererek sözleşmeyi ayakta tutabilirler[12]. Fransız Medeni Kanunu'nda gabinin bazı düzenlemelerle uygulama alanı genişletilmiştir. Bazı menkul malların satımıyla ilgili gabinin uygulaması kabul edilmiş ve alıcıya semenin tenzili ve zarar ziyanın tazmini hakkı tanınmıştır[13]. Hizmet sözleşmesi gabinin uygulama alanı içine sokulmuştur. Ama edimlerin değerleri arasındaki ihtilaflar özellikle bireysel hizmet sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır[14]. Fransız Medeni Kanununun gayrimenkul alım satımında tatbik edilen kuralların esası, Roma hukukunun *laesio enormis* ilkesinden geldiği açıktır[15].

Alman Medeni Kanunu'nda (BGB.) gabin, genel bir düzenleme olmakla birlikte, sözleşme serbestîsinin istisnasını teşkil etmektedir. Alman hukuku, Roma hukukunun *laesio enormis* ilkesinden etkilenmemiştir. Gabin özel cezai mevzuat ve vurgunculuk ile ilgili kanunların medeni hukuka etkileri sonucu doğmuştur. Hatta BGB.'nin ilk projelerinde bile gabinden bahsedilmemektedir [16]. BGB.'de gabin, ahlâk ve adaba ilişkin hükümde düzenlenmiştir. Bunun sebebini, gabinde yer alan, bir kimsenin özel bir durumunun istismar edilerek fahiş bir menfaat temin etmekte aramak gerekir. Zira bu durum tamamen ahlâk ve adaba aykırı bir durumdur[17].

Alman hukukunda gabinden bahsedebilmek için bazı unsurların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre[18]:

– Objektif unsur, edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizliktir. Burada dengesizliğin takdiri hâkime bırakılmıştır. Bu dengesizlik herhangi ivazlı bir sözleşmede kendini gösterebilir.

– Subjektif unsur, bu dengesizliğin, zarar görenin zor durumda bulunmasından, düşüncesizliğinden veya tecrübesizliğinden istifade edilerek oluşturulmasıdır. Burada aşırı yararlanan taraf, kendi lehine bir menfaat elde edebileceği gibi, üçüncü bir kişi lehine de menfaat elde edebilir. Subjektif unsurun bulunup bulunmadığını hâkim takdir edecektir.

BGB.'de 1976 yılında yapılan bir değişiklikle 138. maddeye bazı eklemeler yapılmıştır. Buna göre; edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizlik taraflardan birinin zor durumundan, tecrübesizliğinden, temyiz kudretinde-

12 ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.527; ELBİR, Gabin, s.92.

13 BİRSEN, s.80; ELBİR, Gabin, s.93–97; ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.528.

14 ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.528.

15 ELBİR, Gabin, s.71.

16 ELBİR, Gabin, s.100–101, 104.

17 SUNGUR, s.17; BUZ, s.58; ELBİR, Gabin, s.105; SCHWARZ, s.349; ÖZKAYA, s.16.

18 ELBİR, Gabin, s.105,108.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ki bir eksiklikten veya önemli bir irade zayıflığından yararlanılarak meydana getirilmiş olmalıdır[19]. Gabinin hukuki neticesi mutlak butlandır. Gabin ahlâk ve adaba aykırı görüldüğü ve buna ilişkin BGB. Art. 138'de düzenlendiğine göre bu tür muamelelerin mutlak butlan ile neticelenmesi normaldir[20].

Alman Medeni Kanunu, İsviçre-Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak gabine bağlanan hukuki müeyyideyi mutlak butlan olarak belirlemiştir [21]. Gabinde edimlerin değerleri arasındaki dengesizliğin, makul hadde getirilerek sözleşmenin ayakta tutulup tutulamayacağı ise tartışmalıdır[22].

Bugün yürürlükte olan modern kodifikasyonlar içinde Roma hukukundaki *laesio enormis* ilkesine en fazla sadık kalan kanun Avusturya Medeni Kanunu'dur (ABGB.)[23]. Bu kanunun 934. maddesine göre karşılıklı bir sözleşmede taraflardan biri, diğer tarafa verdiğinin yarısından azını almışsa, az alan taraf sözleşmeyi sona erdirerek eski halin iadesini talep edebilir[24]. Sözleşmenin bu şekilde sona ermesi yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması üzerine değil, mahkeme kararı ile gerçekleşmektedir. ABGB.'de dikkati çeken bir nokta vardır. Şöyle ki; gabin hükümlerinin uygulanabilmesi için objektif şartın varlığı yeterli olup, ayrıca kendisinden aşırı yararlanılanın subjektif bir durumundan istifade edilmiş olması şartı aranmaz. Taraflardan birinin ediminin değeri, diğerinin ediminin değerinin yarısından az olması, gabinin uygulanması için yeterlidir.

Gabinin şartlarının oluşup oluşmadığının tespitinde sözleşmenin kurulduğu tarih esas alınır[25]. ABGB.'da, Roma hukukunda olduğu gibi aşırı yararlanan taraf, edimlerin değerleri arasındaki dengesizliği gidererek sözleşmenin sona erdirilmesine engel olabilir[26]. Gabin sebebi ile fesih tacir olmayan taraflar için dahi ticari sözleşmelerde cereyan etmez, tesadüfî sözleşme-

---

19 BUZ, s.58.

20 ELBİR, Gabin, s.109.

21 AKYOL, s.179; DALAMANLI, s.4; AYIK, s.251; BUZ, s.58; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.464; ÖZKAYA, s.16; ARSEBÜK, s.455–456.

22 BUZ, s.59. Tartışmalar ile ilgili geniş bilgi için bkz. BECKER, C., Die Lehre von der *Laesio Enormis* in der Sicht Der heutigen Wucherproblematik, Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB., Köln / Berlin / Bonn / München 1993, s.188 vd.

23 BUZ, s.57.

24 ELBİR, Gabin, s.114; BUZ, s.57; SCHWARZ, Borçlar Hukuku, s.348; SUNGUR, s.17.

25 BUZ, s.57.

26 Fakat bu imkân Roma hukukunda sadece alıcı lehine tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TOPUZ, Murat, "Roma Hukukunda Fahiş Gabin *(Laesio Enormis)*", Prof. Dr. Aydın AYBAY'a Armağan, İstanbul 2004, s.303–304. ELBİR, Gabin, s.114; BUZ, s.57. ABGB'deki gabine ilişkin düzenleme; özellikle edimlerin değerleri arasındaki dengesizliğin giderilip ayakta tutulması ve (bir görüşe göre) *laesio enormis*'in uygulanması için subjektif şartın aranmaması, objektif şartın gerçekleşmiş olmasının kabulü için yarı oranının kabul edilmesi ve eski hale iade imkânının tanınması açısından *laesio enormis* ile benzerlik arz etmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ler ve sulh sözleşmesinde gabinin hükümleri uygulanmaz. Ayrıca sözleşmeyi fesih imkânı 3 yıl içinde kullanılması gerekir[27]. Taraflardan birinin, diğer tarafın zor durumda bulunmasından yararlanarak edimlerin değerleri arasında yarıdan fazla bir dengesizlik meydana getirmesi halinde, diğer taraf bir yıl içinde sözleşmenin feshini talep edebilir[28].

İtalyan Medeni Kanunu m.1448'e göre; taraflardan biri diğer tarafın zor durumda bulunmasından faydalanarak edimler arasında yarıdan fazla bir oransızlık meydana getirirse diğer taraf sözleşmeyi iptal edebilir. İptal hakkı 1 yıl içerisinde kullanılmalıdır (Art. 1449). Ancak bu sözleşmede lehine oransızlık bulunan taraf sözleşmenin uyarlanmasını önererek sözleşmenin sona erdirilmesine engel olma hakkı vardır (Art. 1450)[29].

Edimler arasındaki aşırı oransızlık sorunu "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kuralları"nda da düzenlenmiştir (Art. 3.10). Buna göre; sözleşmede bir taraf lehine diğer taraf aleyhine adil olmayan bir biçimde aşırı yarar sağlaması durumunda zarara uğrayan taraf sözleşmeyi iptal hakkına sahiptir. Hâkim sözleşmeyi iptal hakkına sahip olan tarafın talebi üzerine sözleşmeyi veya sözleşmenin ihtiva ettiği bu kaydı makul hadde indirebilir (Art. 3.10.2). Aşırı yarar sağlayan taraf iptal beyanının kendisine ulaşmasını müteakip zarara uğrayan tarafı derhal haberdar etmek sureti ile aşırı oransızlığı makul hadde indirilmesini talep etme hakkına sahiptir (Art.3.10.3). Bu durumda iptal hakkını kullanan tarafın bu iptali etkisiz hale gelecektir. İptal hakkının kullanılabilmesi için aşırı oransızlığın zarara uğrayanın özel bir durumundan yararlanarak meydana getirilmiş olması gerekmektedir. Hükmün birinci fıkrasının a bendinde bu özel durumlar şu şekilde belirtilmiştir: –taraflardan birinin bağımlı olması– ekonomik zaruret hali –acil ihtiyaçlar– öngörü ve bilgi eksikliği –tecrübesizlik– müzakere yeteneğinin tam olmaması[30].

III. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA GABİN

A. Genel Olarak

İsviçre-Türk Borçlar Kanunu, gabini iradeyi sakatlayan bir sebep ola-

---

27 ELBİR, Gabin, s.115.

28 BUZ, s.58; ELBİR, Gabin, s.115. Aşırı yararlanan taraf, sözleşmenin feshedilmesini önlemek için, hakkaniyete uygun gelecek şekilde sözleşmenin değiştirilmesini önerebilir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.466; ELBİR, Gabin, s.116; BUZ, s.58. Gabin, davanın açıldığı tarihe kadar devam etmelidir. Tesadüfî sözleşmelerde gabin sebebi ile fesih imkânı yoktur. ELBİR, Gabin, s.115. Gabin nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesini talep hakkından feragat mümkün değildir. BUZ, s.58.

29 BUZ, s.58.

30 BUZ, s.59 ve dn. 25. Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kuralları'nda aşırı yararlanmaya ilişkin düzenlemelerin Roma hukukundaki *Laesio Enormis* (Fahiş Gabin) ilkesi ile gösterdiği benzerlik dikkat çekicidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rak değil, sözleşmenin zayıf tarafını korumak için[31] sözleşme serbestîsine sınır koyan bir hukuki kurum olarak kabul etmiştir[32]. Sözleşme serbestîsi, tarafların yapacakları sözleşmenin mahiyetini ve muhtevasını diledikleri gibi kararlaştırarak, hukuki ilişkilerini, arzu ettikleri biçimde düzenlemeleridir. Daha geniş bir ifadeyle; sözleşme serbestîsi, tarafların herhangi bir sözleşmeyi yapmak zorunda bulunmamaları, sözleşmenin içeriğini serbestçe kararlaştırabilmeleri, sözleşme yapacakları kimseyi serbestçe seçebilmeleri, sözleşmenin tipini diledikleri gibi belirleyebilmeleri, sözleşmeyi anlaşarak ortadan kaldırabilmeleri ve sözleşmenin muhtevasını değiştirebilmeleri, hususundaki özgürlükleridir[33].

Sözleşme serbestîsi prensibinin genel olarak üç anlamı vardır. Bunlardan birincisi, bir kimsenin kendisine yöneltilen sözleşme yapma teklifini kabul edip etmeme serbestîsidir (inikat serbestîsi). İkincisi, tarafların yapmayı kararlaştırdıkları sözleşmeye diledikleri şekli verebilme serbestîsidir (tip serbestîsi). Üçüncüsü, sözleşmenin muhtevasını serbestçe kararlaştırabilme serbestîsidir (tanzim serbestîsi)[34].

Hukuk düzeninin kişilere, kendi hukuki ilişkilerini yine kendi iradeleri ile kurma, değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlüğünü tanıması çok doğal bir olaydır. Sözleşme serbestisi, hukuk alanında, irade serbestisinin en önemli kategorisini oluşturur[35]. Aynı zamanda Borçlar Hukukuna, bireylerin irade serbestîsi hakimdir. İrade serbestîsi, sözleşmeler dikkate alındığında, sözleşme serbestisi olarak ifade edilir[36]. Fakat irade serbestisi ile sözleşme serbestisi aynı anlama gelmez. Sözleşme serbestisi, kanunlar tarafından kabul edilen bir prensip iken, irade serbestisi, bu prensibi açıklamaya yarar. Sözleşme serbestisi, irade serbestisi prensibinin, Borçlar hukukunda bir neticesi ve uygulanma tarzıdır. İrade serbestisi prensibine göre, borcu meydana getiren, ortadan kaldıran, değiştiren, devreden, insan irade-

---

31 Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.09.1972 tarih ve 1–229 E/765 K. sayılı kararında "...gabin, dar ve zor durumlarda kalmalarından dolayı sözleşme yapmaya sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş hukuki bir kurumdur." diyerek bu yönde karar vermiştir. Karar için bkz. OLGAÇ, S. Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Madde 1-60, c.I, Ankara 1976, s.289 vd.

32 ELBİR, Gabin, s.147; SAYMEN, F.H. / ELBİR. H.K., Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1966. s.230; FEYZİOĞLU, s.248; KARAHASAN, M.R., Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c.I, İstanbul 1992, s.254-255; ARSEBÜK, s.453; AKYOL, s.478; AYBAY, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 11. Bası, İstanbul 1995, s.65; TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c.I, 6. Bası, İstanbul 1976, s.380; SUNGUR, s.15; GÖKTÜRK, H.A., Borçlar Hukuku, Umumi Kısım, Ankara 1951, s.66; İNAN, A.N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s.152; EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2001, s.388. Aksi görüş için bkz. BİRSEN, s.78.

33 TEKİNAY/AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.362.

34 SCHWARZ, s.326–327; FEYZİOĞLU, s.233; OĞUZMAN / ÖZ, s.19.

35 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.363.

36 OĞUZMAN / ÖZ, s.19.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sidir. Bu prensip, liberal ekonomik anlayışla güçlenmiş fakat zamanla sosyal eğilimler ve bireysel iradenin, müşterek menfaatlere uyması gerektiği fikrinden hareketle, zayıflamıştır[37].

Kanun koyucunun gabini düzenleme amacı farklı görüşlerle açıklanmıştır. "Gabin, sözleşme serbestîsi karşısında, ekonomik olarak zayıfı korumak maksadıyla hâkime, sözleşmenin yapılmasından sonra, zayıf tarafın talebi üzerine sözleşmeyi inceleme yetkisi vermektedir. Gabin ahlâkın saf ve doğru bir anlayışı, zayıfları kuvvetlilere karşı koruma eğiliminin bir neticesidir"[38] denmektedir. Ayrıca, "gabindeki edimlerin değerleri arasındaki dengesizlik ve aşırı yarar sağlama amacı, aynı zamanda TBK. md. 20'in uygulanmasını gerektirecek ölçüde, sözleşmenin muhtevasında ahlâka aykırılık oluşturmamaktadır" denmiştir[39].

Gabin iradeyi değil, sözleşmeyi bozan bir sebep olarak düzenlenmiştir[40]. Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki Borçlar Kanunu'ndaki gabinin kaynağını Roma hukukundaki *laesio enormis* ilkesi oluşturur[41].

Bu hükme benzer bir hüküm eski İsviçre Borçlar Kanununda mevcut değildi. Eski Kanun yürürlükte olduğu dönemde BK. m.21 hükmüne benzer

---

37 SAYMEN / ELBİR, s.132 dn. 131; ERMAN, H. "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", İHFM., c.38, S.1-4, 1973, (Akit Serbestisi) s.602-603.

38 SUNGUR, s.17.

39 HATEMİ, H., Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle BK. 65 Kuralı, İstanbul 1976, s.245. Fakat TBK. md.21 ile TBK. md.20'nin şartlarının hiçbir zaman bir arada bulunmayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Gabinin bir sözleşme başka bir niteliği dolayısı ile hukuka ve ahlâka aykırı olabilir. Alman hukuku gabine, ahlaka aykırılıktan söz eden maddede yer verdiği için, aşırı yararlananın belirli bir nitelik kazanan ahlaka aykırı kastına, düşünme biçimine, sâikine değer verilerek gabin durumunda ahlaka aykırılığın bulunduğunu söylemek daha kolaydır. HATEMİ, s.246 ve 246 dn. 149. Gabin hukukumuzda, sosyal amaçlı bağımsız bir hukuki kurum olmasına rağmen, ahlâk ve dürüstlük kuralları da gabinin hukukumuza girmesinde rol oynamıştır. Sözleşmenin bir tarafının, diğer tarafın özel bir durumundan yararlanarak aşırı yarar sağlaması ve onu istismar etmesi hem ahlâka hem de dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır. Esasen hukuk düzeninin koyduğu kurallara uygun düşmeyen tüm sözleşmeler hukuka, çoğu zamanda ahlâka aykırı sayılır. Fakat gabin ile hukuka ve ahlâka aykırılık arasında derece farkı bulunur. Zira gabin sonucunda sözleşme iptal edilir, hukuka ve ahlâka aykırılıkta sözleşme mutlak butlanla batıldır. ÖZKAYA, s.17.

40 ELBİR, Gabin, s.151.

41 RADO, T., "Alım-satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuza Tesiri", Samim GÖNENSAY'a Armağan, İstanbul 1955, s.512. Roma Hukukunda fahiş gabinin ortaya çıkışı, çok kıymetli bir arazisini çok düşük bir fiyata satmak zorunda kalan bir satıcının imparatora soru sorup bu duruma bir çare araması ile olmuştur. Bu hukuki kurumun en çok uygulaması da müzayaka haline düşen kimselerin taşınmazlarını yok pahasına satmaları durumunda söz konusu olmuştur. Yargıtay verdiği bir kararında gabinin genellikle taşınmaz satışlarında satıcıların müracaat ettikleri bir hukuki kurum olduğu sonucuna ulaşmıştır. (Yarg. 1.HD.2699 E., 3106 K., 22.03.1978 T.) (YKD.c.5, s.168, 1979). Gabinin ilk ortaya çıkışı ile Yargıtay'ın kararı arasındaki benzerlik dikkat çekicidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hükümlere kantonal kanunlarda rastlanmakta idi. Bu hükmün 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununa girmesi, kanunlaştırma sürecinde tartışmalara yol açmış ve yaklaşık 20 metin üzerinde tartışıldıktan sonra bugünkü şeklini almıştır[42].

B. Gabinin Tanımı

Gabin, alış verişte satın alınan mala ödenen karşılığın, malın değerinden çok fazla olması, alış verişte hile yapmak anlamına gelir [43]. Fakat gabin hukukta farklı bir durumu ifade eder. Gabine ilişkin birçok tanım verilmiştir[44]. Kanunumuza göre, gabinin varlığının kabul edilebilmesi için, edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizliğin, bir kimsenin zor durumda bulunmasından, düşüncesizliğinden veya tecrübesizliğinden yararlanmak suretiyle yapılmış olduğunun ispatı gerekir[45].

Tam iki taraflı sözleşmelerde, tarafların birbirine sağladığı karşılıklı avantajlar, özel olarak birbirlerine taahhüt ettikleri edimler belirli bir menfaat dengesi içinde olurlar. Sözleşme serbestîsi doğrultusunda taraflar birbirlerine verdikleri ödünlerde ve birbirlerine söz verdikleri edimlerde ölçüyü korurlar. Alıcı satın aldığı orta kalitede malın serbest piyasadaki ortalama bedelini, kiracı kullanılabilir düzgün bir mal için rayiç kirayı, ödünç alan serbest piyasada geçerli faizi öder[46]. Sözleşmenin tarafları arasındaki

---

42 BUZ, s.56.

43 TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük, c.1, 9.Baskı, Ankara 1998, "Gabin", s.807.

44 Bu tanımlardan birkaç tanesi şöyledir: Gabin, edimlerin karşılıklı olduğu bir sözleşmenin kurulması zamanında mevcut ve bir kimsenin zor durumda bulunmasından, düşüncesizliğinden ve tecrübesizliğinden kaynaklanıp, sözleşmenin kurulmasından itibaren bir sene içinde beyan edildiği takdirde sözleşmenin feshine sebep olan aşırı dengesizliktir. ELBİR, Gabin, s.275.; Gabin, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin diğer tarafın zor durumundan, işi hafife alışından veya tecrübesizliğinden yararlanılarak ivazlar arasında aşırı bir dengesizlik yaratması ve böylece ondan aşırı yararlanmış olması halidir. FEYZİOĞLU, s.248. Gabin, bir sözleşmede bir tarafın edimi ile diğer tarafın ediminin değerleri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmasıdır. OĞUZMAN K. / ÖZ T.,Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000. s.109. Edimlerin değerleri arasında aşırı bir dengesizlik bulunduğu ve bu dengesizlik, sözleşen taraflardan birinin diğerinden aşırı yararlanmasını ifade ettiği takdirde gabinden bahsedilir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.458.

45 Yarg. 1. HD. 04.03.1969 T., 391 E. 1133 K.; Yarg. 13. HD. 30.01.1989 T., 1989/105 E., 1989/440 K. (Kararlar için bkz. ÖZKAYA, s.81,153). Gabin durumunda edimler arasında önemli ya da açık bir fark bulunmakta, bu şekilde taraflardan biri diğer tarafı zarara uğratmaktadır. Taraflardan birinin sadece zarara uğramış olması önemli değildir. Çünkü sözleşme dâhilinde herkes dilediği sözleşmeyi yapabilir ve tüm sözleşmelerde taraflardan biri diğerine oranla daha fazla kazanç sağlayabilir. ACAR, F., "Müteselsil Alacaklılıkta Gabinin Etkisi", Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU için Armağan, Ankara 2004, s.379.

46 SEROZAN, R., "Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi", M. Kemal OĞUZMAN'a Armağan, İstanbul 2000, s.1013.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bu denge bir tarafın subjektif durumundan istifade edilerek bozulursa gabinin uygulanması söz konusu olabilir[47].

TBK. md.21 gabini şu şekilde düzenlemiştir: "Bir sözleşmede ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer gabin mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.

Bu müddet akdin inikadından itibaren cereyan eder."

Gabinde dikkat edilecek nokta şudur: Kanun edimlerin değerleri arasında daima tam bir eşitlik sağlama gayesi gütmemiştir. Bu eşitlik bulunmasa bile sözleşmenin hükümsüz olduğunu bildirmemiştir. Gerçekten de tacirler ve esnaflar, edim ile karşı edimin değerleri arasındaki farkı alarak geçimlerini sağlarlar. Buna "kâr" denir. Kanun buna karşı çıkmaz. Ancak bu kârın çok fahiş olmasını, bir tarafın zaafından istifade edilerek diğer tarafın büyük yararlar sağlamasını ahlâka, hüsnüniyete aykırı saymış ve buna engel olmak istemiştir[48].

C. Gabinin Unsurları

1. Objektif Unsur

Gabinden söz edebilmek için tarafların sözleşmede üstlendikleri karşılıklı edimlerin değerleri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmalıdır[49]. Ka-

---

47 Yargıtay bir kararında şu hükme varmıştır: "BK. md. 21'de yer alan gabin, çağımız hukukuna hâkim olan ilkelere ve insan tabiatına çok uygun düşen bir hukuki müessesedir. İnsan yaradılış gereği yaptığı alışverişlerde aldığının verdiğine eşit olmasını ister. Karşılıklı edimleri kapsayan sözleşmelerde, alınan ile verilen arasında hoşgörülük sınırlarını aşmayan ve bir taraftan aşırı yararlanıldığı kanaatini uyandırmayan bir denge olmalıdır. Alışverişler rulet oyunu olmadığına göre, bir koy, iki al havası içinde yürütülemez. İdeal alışverişlerde karşılıklı edimler birbirine eşit sayılan değerlerden oluşur. Normal alışverişlerde göze batmayan ve taraflardan birinin aldatıldığı kaygısını doğurmayan, olağan sayılabilecek bir değer farkı vardır. Anormal alışverişlerde ise herkesin gözüne çarpan bir aşırı yararlanma mevcuttur. Bu gibi hallerde alışveriş terazisinin bir kefesi havada, diğeri yerdedir. Sözleşme serbestîsine rağmen kanun ve ahlâkın hoş karşılamadığı, taraflardan birinin ötekinden aşırı yararlandığı bu gibi olağandışı alışverişlerdir. Yarg. 1. HD., 21.11.1974 gün ve 10284/8745 sayılı karar için bkz. YKD., Y:1975, S.6, s.50-51.

48 SAYMEN / ELBİR, s.231; BUZ, s.55.

49 von TUHR, A.,Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, c. 1-2, (çev. EDEGE, C.), 2. Baskı, Ankara 1983, s.311; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.459; OĞUZMAN / ÖZ, s.109; ELBİR, Gabin, s.174; SAYMEN, F.H., "Gabinde İvazlar Arasındaki Nispetsizlik ", İHFM.,c.11,S.3-4,1945, s.157; SAYMEN / ELBİR, s.232; UYGUR, T., Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, c.I, Madde 1-60, Ankara 1990; OLGAÇ, s.21; EREN, s.288; DALAMANLI, s.7; AYIK, S.245; ATAMER, s.163; ARSEBÜK, s.453; TUNÇOMAĞ, s.383; KARAHASAN, s.257; GÖKTÜRK, s.66; KANIK, T., "Gabin ", HİD. Y.6,S.31,1951, s.3; FUNK, F., Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, (çev. VELİDEDEOĞLU H.V. / SELEK,C.H.), Ankara 1938, s.36; İNAN, s.153; ELBİR, H.K., "Gabinin Unsurları ",İBM.,c.25, S.24,1951, (Gabinin Unsurları) s.208; VELİDEDEOĞLU H.V. / ÖZDEMİR, R., Türk Borç-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nunumuz bu unsuru belli bir ölçüye bağlamamıştır [50]. Roma hukukunda *laesio enormis*'in objektif unsuru, TBK.'nun gabin için öngördüğü ölçütten daha belirgindir. Zira *laesio enormis*'in objektif unsurunda, yarı oranı yani semen ile mal arasındaki değer farkının malın gerçek değerinin "yarısından az" olması ölçütü kabul edilmiştir. Yargıtay bir kararında Roma hukukunun benimsediği ölçüte paralel bir içtihat oluşturmuştur[51]. Yargıtay, edimlerin değerleri arasında % 50 oranındaki değer farkını aşırı dengesizlik olarak görmüştür. Fakat son zamanlarda Yargıtay'da bu konuda bir ölçü vermemeye başlamıştır[52].

Edimlerin değeri ile edimlerin değerleri arasındaki dengesizlik birbirinden farklı kavramlardır. Edimlerin değerlerini tespit etmek tamamen fiili

---

lar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s.57; OSER, H. / SCHÖNENBERGER, W., Borçlar Hukuku, (çev. SEÇKİN, R.), Birinci Kısım, Madde 1-40, Ankara 1947, s.187; BECKER, H., s.116. Yargıtay bir kararında şu sonuca varmıştır: ".....objektif unsurun yokluğu halinde davanın diğer yönlerinin tahkikine lüzum yoktur." Yarg. HGK. 1/229 E., 765 K., 30.09.1972 T.(Karar için bkz. ÖZKAYA, s. 49-50). Bir başka kararında ise şu sonuca varmıştır: ".....gabinin BK.m.21'de bahsedilen objektif ve subjektif unsurlarının kanaat verici şekilde oluştuğunun belirlenmesi durumunda gabin gerçekleşmiş olur. Yarg. HGK.1/263 E., 90 K.,05.02.1969 T. (Karar için bkz. ÖZKAYA,s.58-59); Yarg.HGK.1/557 E.,637 K.,11.12.1991 T.; (Karar için bkz. ÖZKAYA, s. 38-40).

50 FEYZİOĞLU, s.250; ELBİR, Gabin, s.174; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.459. Mesela karzda alacaklı lehine fahiş faiz veya diğer fahiş menfaatler, satışta çok yüksek veya çok az bir bedel, hizmet sözleşmesinde çok yüksek veya çok aşağı bir ücret, sulh sözleşmesinde terk edilen hak ile dengeli olmayan bir tazminat tespit edildiği durumlar. von TUHR, s.311-312.

51 Yarg. 1. HD., 27.12.1976 T., 1976/10791 E., 1976/12751 K. "Aşırı dengesizlik daha çok "soyut" kapsamlı bir terimdir. Yargısal uygulamalarda bu terimin soyutluluğunun kolay bir açıklığa kavuşturulması gerekir. İsviçre Federal Mahkemesine göre "aşırı dengesizlik" karşılıklı ivazlar arasında "göze çarpan" aşırı bir fark olması anlamına gelir. Normal bir insanın hayat bilgi ve görüşüne göre edimlerin değerleri arasında olağanüstü ve aşırı bir farkın bulunması durumunda "aşırı dengesizlik" oluştuğu kabul edilir. Kanunumuzda ivazlar arasında öngörülen fark aşırı dengesizlik yerine "belirli bir rakam ile ifade edilseydi 21. maddeyi uygulamak bu hukuki kurumdan beklenilen ve istenilen amaca ulaşmak olanakları büyük ölçüde kısıtlanmış ve sınırlandırılmış olurdu. Hâkim her hadisede yasada gösterilen ve değişmeyen aritmetik oranı aramak ve uygulamak zorunda olduğu cihetle, örneğin 5/10 üzerinden 500/1000'lik bir farkın gerçekleştiği bir olaydan gabini kabul edecek 501/1000'lik bir farkta ise davayı reddedecektir. İki olay arasında 1/1000 gibi "laşey" sayılabilecek önemsiz bir fark mevcut olmasına rağmen akıl ve adalet ile bağdaşmayan değişik sonuçların ortaya çıkmasına engel olmak imkânı kalmazdı. TBK., bu konuda hakime geniş takdir yetkisi vermiştir... Aşırı dengesizlik unsuruna pratikte, uygulamada tereddüt ve yanılmaları önleyen bir açıklık getirilmesi gerekir. İvazlar arasında hangi orandaki bir farkın "aşırı dengesizlik" sayılacağını tespit ederken bazı nirengi noktaların konulmasını ve değişik yöntemlerden yararlanılması gerekir. Buna göre 1) Dairenin sürekli uygulamasına göre ivazlar arasında 50/100 oranındaki bir fark aşırı dengesizlik sayılır 2) Elde edilen ivazlar karşılaştırılınca rahatlıkla biri az, diğeri çok gibi kesin bir yargıya kolayca varılabilmelidir. Hal böyle olunca olağan koşullar altında açık nispetsizlikten söz edebilmek için ivazlar arasında en az % 25'ten fazla bir fark olması zorunluluğu vardır." (Yarg.1.HD. 10791 E., 12751 K. 27.12.1976) (Karar için bkz. YKD., c.3, S.5, 1977, s.618 vd.). *Laesio Enormis*'in objektif unsuruyla ilgili geniş bilgi için bkz. TOPUZ, s.317-320.

52 ÖZKAYA, s.23 dn. 26.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bir olaydır. Oysa edimlerin değerleri arasındaki dengesizliğin tespiti hukuki bir olaydır. Gabinin objektif unsurunu tespit edecek olan hâkim, edimlerin değerini tespit ederken imkândan faydalanabilir ama edimlerin değerleri arasındaki dengesizliği tamamen kendisi belirlemelidir[53].

Hâkim edimlerin değerleri arasındaki dengesizliği tespit ederken, sözleşmenin kurulduğu sırada edimlerin taşıdığı objektif değerleri dikkate alacaktır. Sözleşmenin kurulmasından sona edimlerin değerinde meydana gelecek değişiklikler dikkate alınmayacağı gibi tarafların edime verdiği subjektif değerde dikkate alınmayacaktır[54]. Fakat edimle birlikte yan borçlar dikkate alınarak değer tespitini yapmak gerekir[55].

Tarafların, sözleşmenin yapıldığı sırada edimlerin değerleri arasındaki

---

53 SAYMEN, s.153.Serbest piyasa ekonomisinde edimin değerinin ve buna bağlı olarak edimler arasında mevcut dengenin olup olmadığının tespiti oldukça güçtür. Bu bağlamda edimin objektif ve adil değerinin bulunması yerine, sözleşme yapanların edime vermiş oldukları subjektif değerlerin esas alınması gerekir. Taraflar karşı tarafın edimi ile kendi edimi arasında denge görüyorsa yapılacak bir şey yoktur. Adil bir mübadele ilişkisi bu şekilde kurulabilir. Burada hukuka düşen subjektif iradelerin sakatlanmasını önlemek, bunu teminat altına almaktır. BUZ, s.54–55.

54 von TUHR, s.312; OĞUZMAN / ÖZ, s.109; SAYMEN / ELBİR, s.234; FEYZİOĞLU, s.251; SAYMEN, s.151; ELBİR, Gabin, s.175; OLGAÇ, s.274; SUNGURBEY, İ., Medeni Hukuk Sorunları, c.6, İstanbul 1994; s.603 vd.Sözleşmenin yapıldığı zamandaki objektif kıymet olgusu sözleşmenin konusuna göre değişir. Karşılıklı ivazlar para ise değerleri bellidir.Para değil de herhangi bir menkul mal ise o şeyin cari ve tayin edilmiş borsa ve piyasa değeri göz önünde tutulur.Karşılıklı ivazlar yabancı para veya altın ise sözleşme tarihindeki rayice göre hesaplama yapılır. İvazların değerlerinin taktirindearz ve talep kanunlarıda göz önünde tutulmalıdır. DALAMANLI, L./ KAZANCI, F./KAZANCI, M., İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, c.1, 1-60, İstanbul 1990, s.251-252.

55 OĞUZMAN / ÖZ, s.109. Gabinde edimlerin değerleri arasındaki dengesizliğin tespitinde sözleşmenin yapıldığı an nazara alındığı için gabinin emprevizyondan (uyarlama) ayırt edilmesi gerekir. Emprevizyon, sinallagmatik sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasından sonra, önceden öngörülmesi mümkün olmayan bir takım yeni hadiselerle, borcun ifasının imkânsız hale gelmesi veya ifanın borçlunun yıkımına sebep olabilecek bir hal almasıdır. Buna göre:

1) Sonradan ortaya çıkmış olan hadise tarafların iradesi dışında oluşacak ve bu durum sözleşme yapılırken taraflarca öngörülmeyecek.

2) Edimlerin değerleri arasında oluşan aşırı dengesizlik ile sonradan olan olay arasına illiyet bağı olacak.

3) Sözleşmede emprevizyon halinin dermeyanından feragat edilmemiş olunacak. Gabinin objektif unsurunun varlığı için edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizliğin sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olması, onu emprevizyondan ayıran en önemli farktır. Ayrıca gabinin varlığı için bu dengesizlik sözleşmenin diğer tarafının zor durumda bulunmasından, düşüncesizliğinden veya tecrübesizliğinden yararlanılarak oluşturulacak ama emprevizyon için böyle bir şartın varlığı aranmaz. SAYMEN / ELBİR, s.875-881; ERMAN, H., İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, (BK.365 / 2), İstanbul 1979., s.35-56,(Beklenilmeyen Haller); THILO, E., "*Laesio Enormis* ve *Clausula Rebus Sic Stantibus* İle Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not", (çev. ESEN, B.), İHFM., c.I, İstanbul 1935, s.445-450; SOMER, P., Roma Hukukundan İstisna Akti *(Locatio Conductio Operis)*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 2001 (İstisna Akti), s.158-159.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dengesizliği bilmeleri zorunluluğu yoktur[56]. Dengesizliğin tespitine imkân verecek husus, sözleşmenin kurulduğu sırada edimin herkesçe kabul ve takdir edilen objektif değeridir[57]. Hâkim dengesizliği belirlerken, bunun objektif ölçülere göre aşikâr, ilk bakışta göze çarpan bir nitelikte bulunup bulunmadığına bakmalı, bilimsel esasları, bu yöndeki belirli ilkeleri, devamlılık arz eden uygulamaları, hak ve nesafet kurallarını göz önünde tutmalıdır[58].

Borçlar Kanunu'muz, gabinde edimlerin değerleri arasında aşırı dengesizlik bulunması ölçütünü benimsemekle, Fransa, Avusturya ve İtalya Medeni Kanunlarından ayrılmıştır. Zira bu ülkelerin medeni kanunları edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizliği belirli aritmetik ölçütlere bağlamıştır. Borçlar Kanunu'muz bu yönü ile Alman Medeni Kanunu ile aynı düzenlemeyi benimsemiştir. Objektif şart dikkate alındığında Almanya ve İsviçre-Türk Medeni Kanunları Roma hukukundan diğer ülkelere oranla daha az etkilenmiştir.

2. Subjektif Unsur

Gabinin subjektif unsurunu, edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizliğin, TBK. md.21'de tahdidi olarak sayılmış hallerden birisinden istifade edilerek oluşturulmasıdır. Kanunumuzda bu haller müzayaka (zor durumda bulunma), hiffet (düşüncesizlik) ve tecrübesizlik olarak belirtilmiştir [59]. Bu sayılanların dışında kalan bir durumdan istifade ederek edimlerin değerleri arasında aşırı bir dengesizlik oluşturulması gabinin uygulanmasını gerektirmez. Zira kanun koyucu sözleşme serbestîsini sınırlayan ve sözleşme serbestîsinin bir istisnası olan gabinin kapsamını fazla genişletmek istememiştir[60].

Aslında taraflar sözleşmede edim ve karşı edimin değerini istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Kanun tarafların birbirine oranla aşırı bir yükümlülük altına girmelerine yasak koymamıştır. Edimler arasında dengede aramamıştır. Tarafların özgür iradeleri ile kararlaştırdıkları fiyat objektif olarak aşırıda olsa adil ve doğru fiyattır. Kanunun yasaklayıp yaptırıma bağladığı husus aşırı oransızlığın meydana getiriliş biçimidir. Aşırı oransızlık

---

56 OLGAÇ, s.274; OĞUZMAN, s.110; FEYZİOĞLU, s.253; ARSEBÜK, s.472.

57 von TUHR, s.312.

58 "Kanunumuzda belli bir miktar üzerinden oran gösterilmemiş olmakla beraber, karşılıklı ivazlar arasında aşırı farkın tayininde ölçü, satılan mal için ödenen paranın normal olarak piyasa değerinin çok altında olması ve açıkça göze çarpacak bir dengesizlik göstermesi, toplumdaki ekonomik değer ölçülerini aşan ve ticari ahlâk kurallarına aykırı düşen fahiş bir dengesizliğin mevcudiyeti aranmalıdır." HGK. 24.01.1973 T., 1973/I-956/5, 1973/1146 K. (Karar için bkz. ÖZKAYA, s.26 ve s.26 dn. 30).

59 von TUHR, s. 312; FEYZİOĞLU, s.254; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.461; OĞUZMAN / ÖZ, s.110; AKYOL, s.183; İNAN, s.155; KARAHASAN, s.261; OSER / SCHÖNENBERGER, s.188; ELBİR, Gabnin Unsurları, s.196–197.

60 ÖZKAYA, s.27.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kanunda belirtilen özel durumlardan istifade ederek meydana getirilirse sözleşme iptal edilebilir. Bu durum irade serbestîsinin sınırlanması değil, garanti altına alınması söz konusudur[61].

Sözleşme yapılırken bir tarafın iktisaden, ruhen, bilgi ve irade itibariyle zayıf bulunması ve diğerinin bunu fırsat bilerek sözleşmeyi meydana getirmiş ve aşırı bir fayda elde etmiş olması gerekir.[62] Bu zayıflık, taraflardan birinde bulunması gerektiğinden buna subjektif şart adı verilmiştir[63].

Gabinin bulunduğu sözleşmede, sözleşme yapma teklifinin kimin tarafından yapıldığının bir önemi yoktur[64]. Subjektif nitelikteki unsurlardan biri, aşırı edim yükümü altında bulunan tarafın zayıf durumda bulunmasıdır. Kanun bu zayıflığı zarar gören tarafın müzayaka durumu, tecrübesizliği ve düşüncesizliği şeklinde ortaya koymuştur[65]. Kanunumuzun, edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizliğin, zarar görenin subjektif bir durumundan istifade edilerek oluşturulması gerektiğini belirtmiştir. Bu subjektif durumlardan pratik değeri en fazla olan, zor durumda bulunma halidir.

Birisinin zor durumda olduğunun kabul edilmesi için istismar edilenin bizzat bu durumda olması gerekmez, bir yakının da zor durumda olması aynı sonucu doğurur. Zor durumda kalmış olmak için mutlaka fakir olmak da gerekmez. Zengin insanlar da zor durumda kalabilirler. Sözleşme yapılırken zor durumda, sıkıntı içinde olmak bu halin varlığını kabul için yeterli olup devamlı olması şartı aranmaz. Kişinin kendi kusuru sonucu zor duruma düşmüş olması da sonucu değiştirmez[66]. Birisi zor durumunda kalınca, da-

---

61 BUZ, s.59-60.

62 Yargıtay bir kararında gabinin unsurlarını şu şekilde belirlemiştir: Gabinden söz edebilmek için objektif unsur olan edimler arasındaki aşırı nispetsizliğin yanında bir tarafın darda kalma, tecrübesizlik ve düşüncesizliğin bulunması ve diğer tarafın ise sömürme kastını taşıması biçiminde iki subjektif unsurun gerçekleşmesi gerekir. (Yarg. 1. HD. 2004/90 E., 2004/3272 K., 23.03.2004 T.) (Karar için bkz.YKD. c. 31, S.7. s.996-999, Temmuz 2005).

63 SAYMEN / ELBİR, s.238; SCHWARZ, s.351.

64 VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s.58.

65 Müzayaka hali ekonomik sebeplerden kaynaklana bileceği gibi, kişisel sebeplerden de kaynaklanabilir. Gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerinde bu duruma düşmesi mümkündür.gabine maruz kalan kimsenin kusurlu olması gabinin hükümlerini doğurmasına engel olmaz.von TUHR,A./PETER,H., Allgemainer Teils des Schweizerischen Obligationenrecht, Erster Band,3.Auflage, Zürich 1979.s.344.

66 ELBİR, Gabin, s.165–167; FEYZİOĞLU, s.254–256; ELBİR, Gabnin Unsurları, s.204. DALAMANLI / KAZANCI / KAZANCI, s.253. Zorda bulunma halinde mümkün ve muhtemel bir zaruret halide dikkate alınacaktır. von TUHR, s.312. Yargıtay bir kararında şu sonuca varmıştır: Yüklenici edimini müzayaka nedeni ile gecikmelide olsa yerine getirme çabası içerisinde iken pay devrinden itibaren edimini o ana kadar hiç yerine getirmeyenmiş sahipleri lehine bir parsel ve 6 bağımsız bölüm devrini öngören ek sözleşmeyi yüklenicinin gabin sonucu tapuda pay devrini temin için yapmak zorunda kaldığının kabulü gerekir. Yapılan işin hacmi yapım süresi içinde ülkede var olan ekonomik sıkıntılar dikkate alındığında yüklenicinin finans darlığına düştüğüne dair iddiası samimidir. Özellikle maruf vakalardan olan enflasyon olgusu da müzayaka halinin varlığının kabulü gerekir.(Yarg.15.HD.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ha kötü bir durumdan kurtulmak, bedeni, ahlâki veya ekonomik bir tehlikeden kendini kurtarmak istediği için gabinin bulunduğu sözleşmeyi yapmayı tercih eder[67].

– Düşüncesizlik genelde temyiz kudretini kaldırmayacak ölçüdeki akıl zayıflığı hallerinde görülür[68]. Fakat düşüncesizliğin o kişinin tabiatında olması şart değildir. Tabiaten bu şekilde olmayan bir kişi bile bazen gabinin olduğu bir sözleşmeyi yapabilmektedir. Önemli olan düşüncesizliğin sözleşme yapılırken bulunmuş olmasıdır[69]. Düşüncesizce hareket eden, sadece o anda elde ettiği menfaatlere ilgi duyar, sonradan ortaya çıkan neticelerle ilgilenmez. Altına girdiği taahhütlerin sonuçlarını ölçmez[70].

Düşüncesizlik, iş konusunda eksik kabiliyetli, ileriyi görememe ve akıl, zekâ yönüyle menfaatlerini koruyabilecek derecede gelişmemiş olan kişilerin muhtemel sonuçları düşünememe halini de ifade eder. Bu durumdaki kimseler temyiz kudretinden yoksun değillerdir, fakat akıl veya zekâ yönünden yeteri kadar gelişmemişlerdir [71].

- Tecrübesizliğin sözleşmenin yapılması sırasında mevcut olması gerekir. Bu kimsenin mutlaka cahil biri olması gerekmez. Yapılan o sözleşme açısından tecrübesiz olması yeterlidir[72].

Düşüncesizlik bir irade zayıflığı olduğu halde tecrübesizlik bilgi zayıflığı veya söz konusu olan muameleye yabancılıktır[73]. Düşüncesizlik daha çok

---

2001/3088 E.,2001/5274 K.,19.11.2001 T.) (Karar için bkz. YKD.c.28, S.8 s.1218-1220, Ağustos 2002). Zorda bulunma hali sadece ekonomik sebeplerden meydana gelmez. Yargıtay verdiği kararlarında yalnızlık, yaşlılık, hastalık gibi durumlarda müzayaka halinin manevi sebeplerden kaynaklandığı sonucuna varmıştır. (Yarg. 1.HD.10165 E., 9251 K.,18.09.1987 T.) (YKD.c.13, s.998, 1987). (Yarg. 1.HD.3824 E., 5938 K., 03.05.1979 T.) (YKD.c.5, s. 1119-1121, 1979). (Yarg. 1.HD. 13268 E., 999 K., 30.01.1979 T.) (YKD.c.5, s.779, 1979).

67 SCHWARZ, Borçlar Hukuku, s.352. Bir kimsenin müzayaka halini bertaraf etmesi ilgili sözleşmeyi yapmadan da mümkünse, alınan karşılık müzayaka halinin bertaraf edilmesi için kullanılmadıysa, müzayaka sebebi çok basitse, hileli iflas durumu söz konusu ise bu durumda müzayaka halinin varlığından bahsedilemez. DALAMANLI / KAZANCI / KAZANCI, s.254.

68 von TUHR, s.312; OĞUZMAN / ÖZ, s.110. Bir kimsenin sözleşmeye konu olan şeye aşırı zaafının bulunması, kişinin hiçbir şeye kıymet vermemesi, yaptığı muamelelerin sonuçlarının nereye varacağını bilmemesi, herkesin sözüne inanması o kimsenin düşüncesiz olarak hareket etmeye müsait olduğunu gösterir. DALAMANLI / KAZANCI / KAZANCI, s.255.

69 SAYMEN / ELBİR, s.240; ELBİR, Gabin, s.170; ELBİR, Gabnin Unsurları, s.205; İNAN, s.156.

70 ELBİR, Gabin, s.171; FUNK, s.36; UYGUR, s.183–184.

71 OLGAÇ, s.276.

72 ELBİR, Gabin, s.172.

73 TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.463.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

şahsın karakteri ile ilgilidir, fakat tecrübesizlik kişinin bilgisine bağlıdır. Bir kimse yaptığı bir muamelede tecrübeli olsaydı, düşüncesizce hareket edenin aksine, o muameleyi yapmayacaktı[74]. Düşüncesizlik ile tecrübesizlik arasındaki fark şu şekilde ifade edilir. "Düşüncesizce hareket eden gerçeği görmek istemez, tecrübesiz ise görmez"[75]. Gabin, düşünce ve irade itibarı ile hafif veya tecrübesiz olanların istismar edilmelerinin önüne geçip, fırsat düşkünlerine karşı koruma sağlamıştır[76].

– Esasen gabinin ahlâk ve dürüstlük prensiplerine aykırı sayılması, sözleşme taraflarından birinin diğerinden aşırı yarar sağlama niyetinden gelmektedir[77]. İstifade; zor durumda bulunma, düşüncesizlik, tecrübesizlik gibi hallerin hepsi ile beraber bulunabileceği gibi sadece bir tanesi ile de bulunabilir[78]. İstismar oldukça muğlâk bir kavramdır ve çoğu zaman hile karıştırılmaktadır[79]. Özellikle bir kimsenin düşüncesizliğinden istifade ederek gabini meydana getirmek, hile ile birleşir[80].

Gabinde istismarın varlığından bahsedebilmek için bir tarafın içinde

---

74 ELBİR, Gabin, s.173.

75 BECKER, H., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu Genel Hükümler, I. Kısım, (çev. OLCAY B. / REİSOĞLU K. / TOZUN O. / ÖZKÖK, S.), Ankara 1967, s.119.

76 SAYMEN / ELBİR, s.240.

77 FEYZİOĞLU, s.259; OLGAÇ, s.277.

78 SCHWARZ, Borçlar Hukuku, s.351; OĞUZMAN / ÖZ, s.110; ELBİR, Gabnin Unsurları, s.198.

79 WACKE,: "*Circumscribere*, gerechter Preis und die Arten der List", SZ., c.94, 1977, s.185-186; KITTELMANN, s.4; SAYMEN / ELBİR, s. 242 dn. 43. Hile, hukuki muamelelerde bir kimsenin zihninde yanlış bir kanaat uyandırmak suretiyle onu aldatmak ve gerçeği bilseydi yapmayacağı bir hukuki muameleye sevk ederek menfaat temin etmektir. Bir kimseyi gafil avlamak, kandırmak, aldatmak için kullanılan her türlü kurnazlık, desise, dalavere ve yolsuzluklardır. Hilede daha iradenin oluşmasında bir sakatlık meydana gelir.UMUR, Z., Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s.60. İrade hatalı olarak oluşmakta, fakat buna hukuki muameleyi yapan kişinin yanılgısı, dikkatsizliği, bilgisizliği değil, başkasının hileli hareketleri sebep olmaktadır. Hileyi yapan kişi muamelenin diğer tarafı olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir. Gabinde sözleşmeyi yaparken, sözleşmenin bir tarafı, diğer tarafın zor durumda bulunmasını, düşüncesizliğini veya tecrübesizliğini bilerek, bundan istifade etmiş olması yeterlidir. Bu istifadenin hileli davranışlarla yapılması gerekmez. Edimlerin değerleri arasında aşırı dengesizlik meydana gelmiş olması, Gabin'in objektif unsuru olduğu halde hilenin böyle bir unsuru yoktur. Edimlerin değerleri arasında dengesizlik olması, hilenin varlığına delil teşkil etmez. Gabinin uygulanması için kendisinden aşırı yarar sağlanan tarafın düşüncesizlik veya tecrübesizliği sebebiyle aldanmış olması yeterli olup sözleşmenin karşı tarafınca aldatılmış olması gerekmez. Hilenin varlığından bahsedebilmek için sadece aktif bazı davranışlar aranmaz. Bazı durumlarda konuşmamak bile hile sayılabilir. Bu durumda karşı tarafın sahip olduğu yanlış bir kanaatin sürdürülmesine seyirci kalınmaktadır. Ancak kişinin susmasının hile sayılabilmesi için, sözleşmenin tarafının karşı tarafa açıklama yapma yükümlülüğünün bulunması gerekir. SCHWARZ, Borçlar Hukuku, s.322.

80 von TUHR, s.312.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bulunduğu durumun, sözleşmenin diğer tarafınca bilinmesi yeterlidir. Burada istismar kastı zorunlu değildir[81]. Zarar görenin kendisinden aşırı istifade edildiğini bilmesinin önemi yoktur. Bunu bilse bile bu durum onun sözleşmeyi iptal edebilmesi imkânını ortadan kaldırmaz. İstifadenin sözleşme yapılırken mevcut olması gerekir[82].

D. Gabinin Hükümleri

Borçlar Kanunu'muzun sistemine göre bir sözleşmede gabin varsa bu sözleşme batıl değildir. Zarar gören taraf sözleşmeyi iptal ettiğini bildirerek verdiğini geri alabilir. Gabinin bulunduğu sözleşme iptal edilebilir bir sözleşmedir[83]. Gabine maruz kalan taraf hakkını tek taraflı ulaşması gereken bir bildirimle yapacaktır. Bu beyan usuli olmaktan ziyade medeni hukuk alanında bozucu yenilik doğuran bir beyan niteliğindedir [84].

Zarar gören taraf isterse sözleşmeyi iptal edebilir, isterse süresi içinde iptal beyanında bulunmayarak sözleşmenin geçerli hale gelmesini sağlayabilir[85]. Zarar gören sözleşme ile bağlı olmama beyanını sözleşmenin kuruluş tarihinden itibaren bir yıl içerisinde yapmalıdır. Bu süre hak düşürücü sü-

---

81 SUNGUR, s.34; SAYMEN / ELBİR, s.242. ELBİR, Gabnin Unsurları, s.198. Aksi görüş için bkz. EREN, s.391. Fakat Yargıtay vermiş olduğu kararlarda istifade kastının varlığını aramaktadır. "Davalı taraf, subjektif unsuru teşkil eden hal ve şartlar içinde bulunan davacı tarafın, bu durumunu bilerek kendisine aşırı yarar sağlamadıkça gabin iddiası gerçekleşmiş sayılmaz." (Yarg. 1. HD., 04.03.1969 T., 391 E. 1133 K.) "Davalı, davacının akrabası olması itibariyle söz konusu edilen durumlardan bilerek ve isteyerek yararlanmak suretiyle aşırı yarar sağlamıştır." (Yarg. 1. HD., 30.01.1999 T., 13268 E., 999 K.) (Kararlar için bkz. KARAHASAN, s.266); "Gabin vardır diyebilmek için ...aşırı dengesizlik gabinin tüm şartlarının oluştuğunu kabul için yeterli değildir. Zira bu objektif şart ile beraber subjektif şartı teşkil eden zor durumda bulunma, düşüncesizlik, tecrübesizlik hallerinden birisinin de bulunması, alıcının bu durumu bilmesi ve ondan faydalanması yani satıcının durumunu istismar etmesi gerekir." (Yarg. HGK., 05.02.1969 T., 966/1-263 E., 90 K.), Kararlar için bkz. RKD. Y.4, S.5, 1969, s.154 vd.; "Gabinden söz edebilmek için öncelikle objektif unsur olan edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizliğin saptanması ve bunun yanı sıra zarar görende darda kalma, tecrübesizlik, düşüncesizlik hallerinin bulunması, diğer tarafın ise, aşırı yararlanma kastını taşıması biçiminde iki subjektif unsurun daha gerçekleşmiş olması gerekir." Yarg. 1 HD., 21.02.2000 T., 2000/1314 E., 2000/1739 K. (Karar için bkz. YKD. c.26, S.10, 2000, s.1507).

82 SUNGUR, s.34.

83 SAYMEN / ELBİR, s.242–243; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.264; OĞUZMAN / ÖZ, s.111.

84 VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s.58.

85 FEYZİOĞLU, s.262. Alman hukukunda gabin mutlak butlan ile müeyyidelendirildiği için hâkim bu durumu re'sen nazara alacak ve herkes bu sözleşmenin butlanını talep edebilecektir. Hâlbuki İsviçre-Türk Borçlar hukukunda sözleşmenin kaderi zarar görenin takdirine kalmıştır. SCHWARZ, Borçlar Hukuku, s.352; von TUHR, s.313.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

redir ve hâkimin re'sen nazara alması gerekir. Bu süre durmaz ve kesilmesi de söz konusu olmaz[86].

Zarar gören süresi içinde iptal hakkını kullandığında TBK. md.21 gereğince verdiklerini geri alır. Fakat sadece sözleşmeyi iptal eden değil, diğer taraf da verdiğini geri alabilir. Çünkü iptal ile sözleşme her iki tarafı da bağlamaz hale gelir. Eğer henüz edimler ifa edilmemiş ise iki taraf da edimleri ifadan kaçınabilirler. Gabin sebebi ile sözleşmenin iptalini isteme hakkı sadece zarar görene aittir [87]. Sözleşmenin gabin sebebi ile iptali herhangi bir şekle tabi değildir [88]. Gabin sebebiyle sözleşmenin iptalinin dava yolu ile ileri sürülmesine lüzum yoktur[89].

Zarar görenin iptal beyanı karşısında, diğer tarafın elinde bir hukuki imkân mevcut değildir. Hâlbuki Roma hukukunda satıcının iptal talebi karşısında, alıcının elinde sözleşmeyi ayakta tutacak seçimlik yetkisi (*facultas alternativa*) vardır. Alıcı eğer sözleşmeyi ayakta tutma istiyorsa (adil ücrete oranla) eksik ödediği kısmı ödemesi gerekiyordu. Kanunda gabine maruz kalana iptal dışında başka bir hukuki imkan sağlanmamış olması büyük eksiklik sayılır. Ayrıca Roma hukukunda iptal talebi ancak dava yoluyla mümkünken, TBK'ya göre tek taraflı bir irade beyanı ile yapılabilmektedir.

---

86 FEYZİOĞLU, s.262; SAYMEN / ELBİR, s.243; OĞUZMAN / ÖZ, s.111; DALAMANLI, s.16-17; ÇAĞA, T., "Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri veya Gabin ile Malül Sözleşmelerde Fesih Beyanı Süresi, DEÜHFD. Yıl 1, S.1, 1981, s.44; Gabin, hile veya tehdit ile birlikte olursa sözleşme ancak TBK.'nun 31. maddesinde belirtilen sürenin geçmesinden sonra muteber hale gelebilir. von TUHR, s.313. Bir senelik hak düşürücü süre sözleşmeyi yapıp gabine maruz kalan kimsenin akıl hastalığına duçar olmuş ise artık 1 senelik hak düşürücü süreye değil adi zamanaşımına tabidir. DALAMANLI / KAZANCI / KAZANCI, s.257. Yargıtay bir kararında şu sonuca varmıştır:.....taşınmaz mallara ilişkin temliki işlemlerde gabin iddiasının tapuda ferağ takririnin alındığı günden başlamak üzere 1 senelik hak düşürücü süre içerisinde ileri sürülmesi zorunludur.(Yarg. 1.HD. 5926 E., 9781 K., 30.09.1987) (Karar için bkz. YKD. c.13, s.844, 1987) Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunun zarar görenin gabinden dolayı sözleşmeyi feshedebilmesi için tanınan 1 yıllık sürenin başlangıç anı olarak sözleşmenin kuruluş tarihini baz alması Borçlar Kanunu Tasarısında da aynen muhafaza edilmiştir.

87 FEYZİOĞLU, s.262–263; OLGAÇ, s.278. Taraflar edimlerini yerine getirmiş ise istihkak davasıyla veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak verdiğini geri alabilir. Ayrıca gabin zarara uğrayan tarafın zarar ve ziyanının talep edilmesine de müsaade eder. von TUHR/ PETER, s.346.

88 SUNGUR, s.37; SAYMEN / ELBİR, s.243 dn. 46; OLGAÇ, s.279; ELBİR, H.K., "Gabnin Müddeti ve Hükümleri, İHFM., c.17, S.1-2, 1951, (Gabnin Hükümleri) s.200.

89 AKİPEK, J., "Hükümsüzlük Nazariyesi Karşısında Türk Medeni Kanunumuzun Sistemi", Ankara 1953, s.209. Gabine uğratılan taraf henüz kendi edimini yerine getirmemiş ise defi yoluyla her zaman edimini yerine getirmekten kaçınabilir ve bir davada gabinin defi yolu ile ileri sürülmesine de engel olmamalıdır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

E. Borçlar Kanunu Tasarısının Getirdiği Yeni Düzenleme

Şu anda yürürlükte bulunan Borçlar Kanunundaki düzenlemeye göre gabine maruz kalanın elinde sözleşmeyi iptal imkânından başka bir olanak bulunmamaktadır. Borçlar Kanunu Tasarısının ilk halinde de gabine ilişkin herhangi bir değişiklik söz konusu değilken, tasarının son halinde yıllardır eksikliği hissedilen ve yazarlarca sıkça eleştirilen bu durum ortadan kaldırılarak kendisinden aşırı yararlanılan kişiye oransızlığın giderilerek sözleşmeyi ayakta tutma imkânı sağlanmıştır[90].

Tasarının 28.maddesine denk gelen gabine ilişkin düzenleme artık aşırı yararlanma başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: "Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa; bu oransızlık, zarar görenin darda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik ve deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak on yıl içinde kullanabilir."

Gabine maruz kalana iptal imkanından başka bir olanak sağlamak çeşitli sakıncaları giderecektir. Gabine maruz kalana iptal imkânından başka bir imkân tanımamak özellikle müzayaka durumunda aşırı edimi kabul etmesi durumunda ona yeterince koruma sağlamaz. Çünkü gabine maruz kalan kişi sözleşmeyi yaparken karşı tarafın edimine muhtaç durumdadır. Sözleşmenin tümden geçersiz olması durumunda ihtiyaç duyduğu bu edimden mahrum kalacağı için eski zor durumuna tekrar düşecektir ya da sözleşmeyi bu haliyle kabul etmek durumunda kalacaktır. İşte bu durumda gabine maruz kalan kişiye bir başka imkânın da tanınması gerekir. Bu da aşırı oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulabilmesi imkânıdır[91]. Bu hukuki imkân tasarıda kabul edilmiştir.

---

90 Doktrinde BUZ, sömürülen kişinin elinde bulunan iptal ve oransızlığın giderilmesi imkânına karşılık sözleşmede aşırı yarar sağlayan tarafa da aşırı oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulması imkânının Borçlar Kanununda da düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. BUZ'a göre edim ve karşı edim miktarının kural olarak taraflarca belirlenmesine izin veren Türk – İsviçre Hukuku bakımından buna bir engel bulunmamaktadır ve bu hukuki imkanın aşırı yarar sağlayana da tanınmasının modern gelişmelere uygundur. Ayrıca bu hukuki imkânın Roma Hukukunda tanındığını aynı hukuki imkanın Portekiz Medeni Kanununda (Art. 283/2), İtalyan Madeni Kanununda (Art. 1450) ve Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Genel Kurallarında (Art. 3.10.3) düzenlendiğini dolayısı ile BK'da da düzenlenebileceğini belirtmektedir. BUZ, s.69–71.

91 ACAR, s.384. İsviçre Federal Mahkemesi son dönemlerde verdiği bir kararında; gabin ile malul bir sözleşme tamamen iptal yerine kısmen geçersiz sayılması zamanın ruhuna uygun düştüğünü, bu durumun kanunun sistematiğine de uygun olduğunu, zira temel hareket

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu düzenlemenin yanında getirilen bir diğer hukuki imkan ise, eğer kendisinden aşırı yararlanılan kimse sözleşme ile bağlı olmak istemiyorsa, mevcut düzenlemeden farklı olarak, beyanını sözleşmenin kurulmasından itibaren 1 yıl içinde değil; düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği ya da zor durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde karşı tarafa bildirmesi gerekir. Bu hak her durumda on yıl içinde kullanılabilecektir.

IV. TÜRK TİCARET HUKUKUNDA GABİN

Roma hukukunda, Ticaret hukuku hiçbir zaman özel hukuktan ayrı bir kısım oluşturmamıştır[92]. Fakat Türk hukukunda, Ticaret Hukuku ayrı bir kısım oluşturur ve Medeni Kanunu'muzun ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısı ile gabin, Borçlar Kanunu'ndaki sözleşme tiplerine uygulandığı gibi Ticaret Hukukuna ilişkin sözleşmelerde de uygulanacaktır.

Gabinin ticari muamelelerde ve tacirler arasında yapılan muamelelerde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda iki farklı fikir mevcuttur.

Birincisi, gabinin Ticaret Hukuku'nda uygulanmamasını savunanlardır:

Bu fikre göre; gabinin objektif ve subjektif unsurlarının ticari muamelelerde ve tacirler arasındaki muamelelerde uygulanmaması gerekir. Tacir, işlerinde tecrübesizce veya düşüncesizce hareket edemeyeceği gibi tacirin zor durumda olmasından da bahsedilemez. Objektif unsur açısından bakıldığında, tacirin işlerine hâkimi müdahale ettirmek, ticari muamelelerde hâkimi tacirden daha yetkili hale getirmek olur. Böylece iyi bir iş yapamadığını düşünen her tacir, gabin iddiasında bulunacak ve sözleşmeyi ortadan kaldırmaya çalışacak, bunun sonucunda da ticari işlerin yürütülmesi imkânsız hale gelecektir.

İkinci fikre göre, gabin ticari muamelelerde ve tacirler arasında uygulanmalıdır. Çünkü uygulanmaz ise insanlar arasında eşitsizlikler ortaya çıkacaktır. Meselenin İsviçre hukuku açısından fazla önemi yoktur[93]. Çünkü İsviçre'de, bizden farklı olarak Borçlar Kanunu ile Ticaret Kanunu birbirinden ayrı değildir. Dolayısı ile İsviçre'de gabin hiçbir ayrım yapılmaksızın tacir olanlara da, olmayanlara da uygulanmaktadır. Fakat tacirler işlerinde daha bilgili ve tecrübeli kimseler olduklarından gabinin subjektif unsurunun tespitinde daha titiz davranılmaktadır[94]. Tıpkı hata, hile, tehdit sonucu yapılan bir söz-

---

noktasının hukuki işlemin sadece bir kısmı hukuken caiz değil ise geçersizlik sadece bu kısım ile sınırlı tutulmalıdır. BK.m.20/2 hükmünün uygulanması halinde kısmi geçersizlik mümkün iken gabinde böyle bir şeyin uygulanmayacağını söylemek mümkün değildir sonucuna vararak kısmi geçersizlik imkânının gabinde de söz konusu olduğu sonucuna varmıştır. (BGE 123 III 292) (karar için bkz. BUZ. S.60 vd.)

92 TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s.257.

93 ELBİR, H.K., "Ticaret Hukukunda Gabin İddiası", İHD., Şubat 1950., (Ticaret Hukukunda Gabin), s.891 vd.; ELBİR, Gabin, s.241-243.

94 ELBİR, Gabin, s.244.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

leşme nasıl kanunen geçerli sayılmıyorsa, hata, hile, tehdide maruz kalan kişi, o sözleşme ister adi ister ticari olsun onunla bağlı olmuyorsa, gabinin olduğu sözleşme açısından da aynı sonuç kabul edilmelidir[95]. Fakat gabinin subjektif unsurunun belirlenmesinde özellikle tecrübesizlik ve düşüncesizliğin tespitinde dikkatli davranılmalıdır.

TTK'ya göre tacir olmaya bağlanan bir takım hüküm ve sonuçlar vardır. Bunlardan biri de tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüdür. TTK. md. 20/1'e göre tacirler, ticaretine ait faaliyetlerde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmeleri gerekir. Bu yükümlülük aslında objektif bir özen ölçüsü gerektirir. Tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerde, kendi yetenek ve imkânlarına göre kendisinden beklenen özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerekir[96]. Bir kimse tacir olmakla subjektif özen ölçüsünde çıkar, objektif özen ölçülerine tabi olur[97].

Tacir özellikle ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli iş adamı gibi davranmak zorundadır[98]. Bu sebeple basiretli iş adamı gibi davranma yüküm-

---

95 ELBİR, H.K., "Gabne Müteallik Umumi Hüküm Muvacehesinde Fahiş Faiz Meselesi", İBM., c. 23, S. 12, 1949 (Fahiş Faiz). s.732 dn. 32; Nasıl hata, hile ve tehdit sonucu yapılan sözleşmeler ticari veya adi iş ayrımı olmaksızın geçersiz hale getirile biliniyorsa gabinli muamelede de durum aynı olmalıdır. ELBİR, Gabin, s.244–245. BK. m.21 ticari sözleşmelerde de uygulanmalıdır. Fakat tacirin ticari işlerinde tecrübesi ve bilgisinin bulunması asıl olduğundan tecrübesizliğinden istifade edildiği iddiası ihtiyatla karşılanmalıdır. Bir tacirin zor durumundan istifade edilmesi ihtimali nispeten daha fazladır. Hakim iflasın eşiğinde bulunan tacirin normal durumda bulunan bir tacire göre daha ağır şartları kabul edebileceklerini düşünmelidir.sermaye ne kadar büyük bir tehlike ile karşı karşıya ise istifadenin de o oranda büyük olması normaldir. BELGESAY,M.R.,Borçlar Kanunu Şerhi, C.1,İstanbul, 1942,s.33.

96 ARKAN, S., Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Ankara 2001, s.130; DOMANİÇ, H., Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1988, s.171; İMREGÜN, O., Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s.40; POROY, R. / YASAMAN, H., Ticari İşletme Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 1998, s.117. Bu hükmün konulmasındaki gaye; bir tacirin, ticari borçlarının ödemesinde göstermesi gereken ihtimam derecesini, tayin keyfiyetidir. Bu kıstasın tatbik edilebilmesi için, tacir için, sözleşmeden ya da kanundan doğan bir borcun mevcudiyeti gerekir. Bu ihtimam tacirin ticari olmayan işlerinde söz konusu olmaz. Basiretli bir iş adamı gibi hareketin icap ettirdiği ihtimam derecesi objektif ölçülere göre tespit ve tayin olunur. Bir tacir üstlendiği bir ticari borcu sözleşme hükümlerine veya işin mahiyetine göre süresi içinde yerine getirip getiremeyeceğini daha önceden tetkik edip yerine getirebileceğinden emin ise, ancak bundan sonra o ticari münasebete girişmelidir. Bir tacir bir sözleşme yapmadan önce o sözleşmenin yerine getirilmesi için lüzumlu sayılabilecek çeşitli tedbirleri almamış ise ya da borcun yerine getirilmesini önleyecek ya da geciktirecek hareketlerden sakınarak gerekli tedbirleri almamış ise o tacir basiretli bir iş adamı gibi hareket etmemiş demektir. Fakat bu kıstas mutlak olmayıp sözleşmenin ya da ticari işin mahiyetine göre değerlendirilir. Taraflar akit serbestîsine göre ihtimam borcunu sözleşme ile önceden daraltabilirler veya daha da genişletebilirler. DOĞANAY, İ., Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Bası, Madde:1-419, İstanbul 2004,s.194-199.

97 DOMANİÇ, s.171.

98 ARKAN, s.130.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lülüğünde olan tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerde "tecrübesizliği" söz konusu olmayacağından, bu nedene dayanarak gabinle ilgili hükümlerden yararlanması da mümkün olmayacaktır. Ancak bu durum tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmayan başka faaliyet alanları için geçerli olmayabilir[99].

Tacirin düşüncesizliğinden bahsederken de tecrübesizlikte olduğu gibi titizlikle hareket edilmesi gerekecektir. Tacirlerde düşüncesizliğin kabul edilmesi güç bir durumdur. Çünkü tacirden ticareti sebebiyle yaptığı muamelelerde daha düşünceli hareket etmesi gerekir. Ayrıca tüzel kişilerde tecrübesizlik[100] ve düşüncesizlikten söz edilemez[101]. Düşüncesizlik daha çok ruhi ve patolojik bir durumdur. Her ne kadar tüzel kişileri oluşturan gerçek kişiler olsa da, kollektif bir düşüncesizlikten bahsedilemez[102].

Tacirin ticari işleriyle ilgili olarak yaptığı muamelelerde, zor durumda (müzayaka) bulunduğu için gabin iddiasında bulunabileceği kabul edilmiştir[103]. Tüzel kişilerde özellikle ekonomik olarak zor durumda olduğundan bahsetmek mümkündür[104]. Özellikle tacirin zor durumda bulunma hali, sermayenin maruz

---

99 ARKAN, s.131.Tacirler arasında tecrübesizlik söz konusu olmaz. DALAMANLI / KAZANCI / KAZANCI, s.256. Gerek adi gerekse ticari işlerde taraflar uygulanacak kapital faiz oranını serbestçe belirleyebilirler. Bu serbestinin sınırları ahlak kuralları ve BK.m. 21 ile çizilmiştir.Kararlaştırılan faiz aşırı ise ve borçlu tacirin ekonomik varlığını tehlikeye düşürüyorsa hakim tarafından indirime tabi tutulabilir. Borçlu bu tür bir sözleşmeyi BK.m.21 hükmüne göre de iptal edebilir. Fakat borçlu tacir konumunda ise ancak zor durumda bulunduğu yani müzayaka haline dayanarak sözleşmenin iptali yoluna başvurabilir. ARKAN, s.69.

100 SUNGUR, S.32; ELBİR, Gabnin Unsurları, s.208.

101 ELBİR, Gabnin Unsurları, s.207.

102 ÖZKAYA, s.30; ELBİR, Gabnin Unsurları, s.207. Yargıtay'da verdiği bir kararında tacirin düşüncesizlik ve tecrübesizliğinden bahsedilemeyeceğini kabul etmiştir. (Yarg. TD., 19.01.1947 T., 1947/3495, 1947/2836 K.) (Karar için bkz. ELBİR, Gabnin Unsurları, s.208 dn. 85).

103 ARKAN, s.131. Yargıtay, bir tacirin ticarethane olarak kullandığı taşınmazının karşılığını sağlamadan satmak istemesini, zor durumda olduğunun kabulü için yeterli görmüştür. Yargıtay bu kararında şu sonuca varmıştır: "....davacının ticarethane olarak kullandığı taşınmazını satış vaadinde bulunması tacirin sıkıntı içinde bulunduğunu gösterir.....hiçbir tacir olağanüstü durumlar hariç ticaret yaptığı işyerini satmak istemez. Aksini kabul etmek ticari hayatın olağan akışına ve koşullarına ters düşer."(Yarg. 14. HD., 08.05.1986 T., 1985 / 7787 E., 1986 / 3066 K.) Karar için bkz. ÖZKAYA, s.92.Yargıtay bir kararında "Davalı-karşı davacı banka cevap ve karşı dava dilekçesinde açıkça ekonomik kriz nedeniyle müzayaka halinde bulunduğunu, taraflar arasındaki sözleşmenin gabin, ahlaka ve hukuka aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülmüş ama bilirkişilerin bankanın müzayaka halinde bulunup bulunmadığına ilişkin inceleme ve değerlendirmenin yapılmadığını ve mahkemenin de bir değerlendirmede bulunmadığını, BK.m.21 uyarınca tahakkuk ettirilen faiz oranlarının aşırı olup olmadığını yani edimler arasında açık bir dengesizlik (objektif Unsur) olup olmadığını, şayet nispetsizlik var ise, bunun bankanın o tarihlerde içinde bulunduğu koşullara göre, müzayaka halinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını hususunda (subjektif unsur) araştırma yapılıp buna göre karar verilmesi gerekirken, verilmediğinden bahisle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. (Yarg. 11.HD. 24.01.2003 T., 2002/7737 E.,2003/622. (Karar için bkz. YKD. c.29, S.10, 2003, s.1545–1547).

104 von TUHR. s. 312 dn. 9; SUNGUR, s.31; ELBİR, Gabin, s.204.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kaldığı tehlikeye göre değerlendirilmelidir[105]. Ekonomik olarak zor durumda olduğundan bahsedebilmek için kendisinden aşırı yararlanılan tacirin ekonomik varlığını tehlikeye sokabilecek bir kredi ihtiyacı olmalıdır[106]. Tacir, ticari işleriyle ilgili olarak yaptığı bir sözleşmede edimlerin değerleri arasında aşırı bir dengesizlik varsa ve bu sözleşmeyi zor durumda olduğu için yapmışsa gabin hükümlerine dayanabilir. Tacir, düşüncesizlik ve tecrübesizlik sebeplerine dayanamaz. Fakat tacir, ticari işleri ile ilgili olmayan herhangi bir sözleşme yapmışsa, bu durumda tecrübesizlik ve düşüncesizliğe dayanarak gabin iddiasında bulunmasına engel olmak, diğer insanlarla tacir arasında adaletsizliğe sebep olacaktır.

Ticaret Kanunu'muzda menfaat ve edimlerin değerleri arasındaki adaletsizlikleri önlemek amacıyla getirilmiş bazı hükümler vardır.

Ortaklığın kâr ve zararlarının, ortaklar arasında paylaşılması konusunda Roma hukuku ile modern hukuk arasında paralellik bulunmaktadır. TBK. md. 522–523 düzenlemesi içinde ortaklığın kâr ve zararının ortaklar arasında paylaşılması konusunda getirilen kurallar ile Roma hukukundaki esaslar arasında tam bir paralellik bulunmaktadır[107]. Sözleşmede kârın ortaklardan yalnız birine veya birkaçına verileceği ya da birinin yahut birkaçının zarara iştirak ettirilmeyeceği hususunda hüküm varsa bu hüküm batıl sayılmıştır. Roma hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da *societas leonina* (aslan payı şirketi) yasak edilmiştir[108]. *Societas leonina,* Roma hukukunda hükümsüz sayılmıştır[109]. Bir kişinin kârın tamamını alırken diğerinin kârdan hiç alamaması, üstelik zarara katlanması şirket olarak kabul edilmez ve ortaklığın en adaletsiz şeklinin bir ortağın zarara katılması ama kâr alamaması olduğu kabul edilirdi[110]. Gerek Roma hukukunda gerekse günümüz hukukunda aslan payı şirketinin gabin hükümleri ile açıklanması mümkün değildir[111].

---

105 SUNGUR, s.30; ELBİR, Ticaret Hukukunda Gabin, s.891.

106 ELBİR, Gabnin Unsurları, s.203.

107 GÖNENÇ, F.İ., Roma Hukukunda Şirket Akdi *(Societas)*, İstanbul 2004 s.170. TBK. md.522: "Şerikler mahiyeti icabınca şirkete ait olan bütün kazançları aralarında taksimle mükelleftirler." TBK. 523: "Hilafına mukavele olmadıkça her şerikin, kâr ve zarardan hissesi, sermayesinin kıymeti ve mahiyeti ne olursa olsun müsavidir. Mukavelede şeriklerin yalnız kâr veya yalnız zarardan hisseleri tayin edilmiş ise bu tayin kâr ve zararın ikisine de şamil sayılır. Şeriklerden biri sermaye olarak yalnız sâyini ortaya koymuş ise, zarara ortak olmayarak yalnız kâra iştirak ettirilmesi şart edilebilir."

108 POROY, R. / TEKİNALP, Ü. / ÇAMOĞLU, E. Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2000, s.33,60; TEKİL, F., Şirketler Hukuku, Genel Bilgiler - Adi Şirket - Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1996, s.64.

109 TAHİROĞLU, Borçlar Hukuku, s.192; UMUR, Ders Notları, s.273.

110 GÖNENÇ, s.78.

111 ARSEBÜK, şirkette kâr ve zararın taksiminde yapılan adaletsizliğe gabinin uygulanabileceğini belirtmektedir. Bkz. s.453–454 dn. 26. ELBİR'e göre: "*Societas leonina*'yı günümüz hukuku açısından TBK. md. 21 ile değil, TBK. 20/2 ile açıklamak gerekir. Kanun *societas leonina*'yı yasak ederek bir adaletsizliğin önüne geçmek istemiştir ama bu, gabin ile açıklanamaz, çünkü gabinde edimlerin değerleri arasında aşırı bir dengesizlik vardır. *Societas leonina*'da karşılıklı edim yoktur, hatta sıfıra karşı bir edim vardır." ELBİR, Gabin, s.247.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TTK'ya göre ortaklar, ortaklık sözleşmesi ile veya sonradan alacakları bir kararla kâr ve zarara iştirak oranının belirlenmesini içlerinden birisine veya üçüncü bir kişiye bırakabilirler (TTK md. 169/2). Bu takdirde, kâr ve zarar paylaştırılması ile yükümlü ortak ya da üçüncü kişi, hakkaniyet kurallarına uygun hareket etmelidir. Verilen kararın adaletsiz olması durumunda ortaklardan her biri bu karara karşı, kararı öğrenmesinde itibaren 3 ay içinde kararın iptali için dava açabilir (TTK md. 169/2)[112]. İptal kararı üzerine TBK. md. 523 uygulanır[113].

TTK'nin düzenlemesi ile TBK. md.21 arasında benzerlik olmasına karşın esaslı farklılıklar vardır. Şöyle ki[114]:

– TTK'deki düzenleme hakkaniyete uygunluk aramakta, TBK. md.21'de ise aşırı dengesizlik aranmaktadır.

– TTK'daki düzenlemede kâr ve zarara iştirak oranındaki adaletsizlik bir karardan doğar. Hâlbuki gabinde böyle bir karar yoktur.

– Gabin sebebi ile sözleşmenin iptal edilmesi için bir mahkeme kararına ihtiyaç yokken, TTK'deki düzenlemede adaletsizliğin giderilmesi bir mahkeme kararı ile olacaktır.

– Gabin sebebiyle sözleşmenin iptali sözleşmenin kurulmasından itibaren 1 yıl içinde mümkün iken, TTK'deki düzenlemede kararın iptali için öngörülen süre 3 aydır.

– Gabin sebebiyle sözleşme iptal edilir ve alınanlar geri verilir. TTK'deki düzenlemede karar iptal edilir ve kâr ile zarara iştirak adilane bir şekilde taksim edilir.

– TTK'deki düzenlemede gabindeki gibi subjektif bir şartın varlığı aranmaz.

Roma hukukunda olduğu gibi, günümüz hukukunda da ortakların kâr ve zarara iştirak oranlarının tespiti üçüncü bir kişinin kararına bırakılması durumunda, üçüncü kişinin açıkça adaletsiz kararı karşısında bunun düzeltilmesi, gabin hükümleri ile açıklanamaz. Sözleşmenin tarafları arasında meydana gelen eşitsizliklerin ortadan kaldırılması gerekir. Fakat bütün eşitsizlikler gabin hükümleriyle kaldırılmalıdır diye genel bir hüküm kabul edilemez. Gabin ancak bütün unsurları oluşunca uygulanabilir.

V. SONUÇ

XIX. yüzyılın liberal anlayışı içinde bazı kanunlar ve hatta Borçlar Kanunu'muz Roma Hukukundan intikal eden *laesio enormis* (Fahiş Gabin) il-

112 POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s.156; İMREGÜN, s.194–195; TEKİL, s.117.

113 TEKİL, s.117.

114 ELBİR, Gabin, s.248.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kesini terk etmiştir. Fakat zamanla bundan doğan anti-sosyal birtakım tehlikelerin bertaraf edilmesi için tekrar modern medeni kanunlarda düzenleme alanı bulmuştur. Fransa, Almanya, Avusturya, İtalya ve İsviçre-Türk Medeni Kanunlarında yerini almıştır. Gabin (Aşırı Yararlanma) bu medeni kanunlarda farklı şekillerde düzenlenmiş olmasına rağmen korunan hukuki menfaat aynıdır: Sözleşmenin zayıf tarafının korunarak, ondan aşırı yarar sağlanmasını önlemek.

İsviçre-Türk Borçlar Kanunu, gabini iradeyi sakatlayan bir sebep olarak değil, sözleşmenin zayıf tarafını korumak için sözleşme serbestîsine sınır koyan bir hukuki kurum olarak kabul etmiştir. Borçlar Kanunumuzda aşırı yararlanmayı ifade eden gabin genel bir düzenlemedir. BK. m.21'e göre, bir sözleşmede edim ile karşı edimin değerleri arasında aşırı bir dengesizlik bulunur ve bu dengesizlik zarar gören tarafın zor durumda bulunmasından veya düşüncesizliğinden yahut tecrübesizliğinden istifade edilerek oluşturulmuş ise zarar gören bir yıl içinde bu sözleşmeyi bozduğunu bildirerek verdiğini geri isteyebilir. Bu süre sözleşmenin kurulduğu andan itibaren başlar.

Aslında taraflar sözleşmede edim ve karşı edimin değerini istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Kanun tarafların birbirine oranla aşırı bir yükümlülük altına girmelerine yasak koymamıştır. Edimler arasında dengede aramamıştır. Tarafların özgür iradeleri ile kararlaştırdıkları fiyat objektif olarak aşırıda olsa adil ve doğru fiyattır. Kanunun yasaklayıp yaptırıma bağladığı husus aşırı oransızlığın meydana getiriliş biçimidir.

Borçlar Kanunu Tasarısında zarar görene sözleşme ile bağlı kalarak edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini talep edebilme imkânının da getirilmiş olması kanunumuzdaki önemli bir eksikliği gidermiştir.

Ticaret Kanunumuz, Medeni Kanunumuzun bir parçası olmasına rağmen gabinin tacirlere uygulanmasında bir farklılık mevcuttur. Tacirin ticari işleriyle ilgili olarak basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla tacir, yaptığı bir sözleşmede gabin iddiasında bulunacaksa düşüncesizliğinden veya tecrübesizliğinden istifade edildiği iddiasına dayanamayacaktır. Tacir ancak zor durumda olduğunu ileri sürebilecektir. Fakat tacirin, ticari işleriyle ilgili olmayan başka muamelelerinde diğer kimselerden bir farkı olmayacaktır. Bu tür durumlarda düşüncesizlik ve tecrübesizliği sebebiyle gabine uğratıldığını iddia edebilecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KAYNAKÇA

ACAR, F.: "Müteselsil Alacaklılıkta Gabinin Etkisi", Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU için Armağan, Ankara 2004.

AKİPEK J.: Hükümsüzlük Nazariyesi Karşısında Türk Medeni Kanunumuzun Sistemi, Ankara 1953.

AKYOL Ş.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. I, İstanbul 1995.

ARKAN S.: Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Ankara 2001.

ARSEBÜK E.: Borçlar Hukuku, 3. Bası, Ankara 1950.

ATAMER Y.M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999.

AYBAY A.: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 11. Bası, İstanbul 1995.

AYIK İ.H.: "Gabnin Mahiyeti ve Unsurları", AD., Yıl 43, S. 2, 1952.

BECKER C.: Die Lehre von der *Laesio Enormis* in der Sicht Der heutigen Wucherproblematik, Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB., Köln / Berlin / Bonn / München 1993.

BECKER H.: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu Genel Hükümler, I. Kısım, (çev. OLCAY B. / REİSOĞLU K. / TOZUN O. / ÖZKÖK, S.), Ankara 1967.

BELGESAY, M.R. : Borçlar kanunu Şerhi, c.1,İstanbul, 1942,s.33.

BİRSEN K.: Borçlar Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul 1967.

BUZ V.: "Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması", BATİDER., c. 19, S. 4, 1998.

ÇAĞA T.: "Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri veya Gabin ile Malul Sözleşmelerde Fesih Beyanı Süresi", DEÜHFD., Yıl 1, S. 1, 1981,

DALAMANLI L.: Akdin Feshi ve İptali Davaları, Ankara 1971.

DOMANİÇ H.: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1988.

EREN F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2001.

ERMAN H.: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, (BK. 365/2), İstanbul 1979(Beklenilmeyen Haller).

ERMAN H.: "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", İHFM., c. 38, S. 1-4, 1973 (Akit Serbestisi).

ELBİR H.K.: Türk Pozitif Hukukunda Gabin, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1949 (Gabin).

ELBİR H.K.: "Gabnin Müddeti ve Hükümleri", İHFM., c. 17, S. 1-2, 1951 (Gabnin Hükümleri).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ELBİR H.K.: "Gabnin Unsurları", İBM., c. 25, S. 24, 1951 (Gabnin Unsurları).

ELBİR H.K.: "Gabne Müteallik Umumi Hüküm Müvacehesinde Fahiş Faiz Meselesi", İBM., c. 23, S. 12, 1949 (Fahiş Faiz).

ELBİR H.K.: "Fransız Hukukunda Gabin", Samim GÖNENSAY'a Armağan, İstanbul 1955 (Fransız Hukukunda Gabin).

ELBİR H.K.: Ticaret Hukukunda Gabin İddiası, İHD., Şubat 1950 (Ticaret Hukukunda Gabin).

FEYZİOĞLU F. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. 1, 2. B., 1976.

FUNK F.: Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, (çev. VELİDEDEOĞLU, H. V. / SELEK, C. H.), Ankara 1938.

GÖKTÜRK H.A.: Borçlar Hukuku, Borçların Umumi Hükümleri, Ankara 1951.

GÖNENÇ F.İ.: Roma Hukukunda Şirket (*Societas*) Akdi, İstanbul 2004.

HATEMİ H.: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle BK. 65 Kuralı, İstanbul 1976.

İMREGÜN O.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1996.

İNAN A.N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.

KANIK T.: "Gabin", HİD., Y. 6, S. 31, 1951.

KARAHASAN M.R.: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. 1, İstanbul 1992.

KITTELMANN H.: *Laesio Enormis*, Zürich 1916.

OĞUZMAN K. / ÖZ T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000.

OLGAÇ S.: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, c. 1, Ankara 1976.

OSER H. / SCHÖNENBERGER W.: Borçlar Hukuku, 1. Kısım, (çev. SEÇKİN, R.), Ankara 1947.

ÖZKAYA E.: Gabin Davaları, Ankara 2000.

ÖZKENT A.H.: "Ücret Mukavelesinde Gabin İddiası", İBM., c. 21, S. 2, 1947.

POROY R. / TEKİNALP Ü. / ÇAMOĞLU E.: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2000.

POROY R. / YASAMAN H.: Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. bası, İstanbul 1998.

RADO T.: "Alım-satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuza Tesiri", Samim GÖNENSAY'a Armağan, İstanbul 1955.

SAYMEN F.H. / ELBİR H.K.: Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1966.

SAYMEN F.H.: "Gabinde İvazlar Arasında Nispetsizlik", İHFM., c. 11, S.3-4, 1945.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

SCHWARZ A.B.: Borçlar Hukuku Dersleri, (çev. DAVRAN, B.), İstanbul 1948.

SEROZAN R.: "Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi", M. Kemal OĞUZMAN'a Armağan, İstanbul 2002.

SOMER P.: Roma Hukukunda İstisna Akdi (*Locatio Conductio Operis*), (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul 2002 (İstisna Akdi).

SUNGURBEY İ.: Medeni Hukuk Sorunları, c. 1, İstanbul 1973.

SUNGURBEY İ.: Medeni Hukuk Sorunları, c.6, İstanbul 1994.

SUNGUR H.H.: Gabin, İstanbul 1953.

TAHİROĞLU B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2001.

TEKİNAY S.S. /AKMAN S. / BURCUOĞLU H. / ALTOP A.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümleri, 7. Bası, İstanbul 1993.

TEKİL F.: Şirketler Hukuku, Genel Bilgiler - Adi Şirket Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1996.

THILO E.: "*Laesio Enormis* ve *Clausula Rebus Sic Stantibus* ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not", (çev. ESEN, B.), İHFM., c. I, İstanbul 1935.

TOPUZ M.: "Roma Hukukunda Fahiş Gabin *(Laesio Enormis)*", Prof. Dr. Aydın AYBAY'a Armağan, İstanbul 2004.

von TUHR A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, c. 1-2, (çev. EDEGE, C.), 2. Baskı, Ankara 1983.

von TUHR, A. / PETER, H.: Allgemainer Teils des Schweizerischen Obligationenrecht, Erster Band, 3. Auflage, Zürich 1979.

TUNÇOMAĞ K.:Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. I, 6. Bası, İstanbul 1976.

TÜRK DİL KURUMU: Türkçe Sözlük, c.1, 9.Baskı, Ankara 1998

UMUR Z.: Roma Hukuku Ders Notları, 3. Bası, İstanbul 1999 (Ders Notları).

UMUR Z.: Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983(Lügat).

UYGUR T.: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, c. I, Ankara 1991.

VELİDEDEOĞLU H. / ÖZDEMİR R.: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.

WACKE A.: "*Circumscribere*, gerechter Preis und die Arten der List", SZ., c. 94, 1977.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

HAKSIZ REKABET KAVRAMI ve BU ALANDAKİ KORUYUCU DAVA ve TEDBİR TÜRLERİ

*Yrd. Doç. Dr. Murat YAVAŞ**

I. GİRİŞ

Fert ve toplum olarak gelişmenin en önemli unsurunu çalışmak ve aynı alanda faaliyet gösteren kişilerle rekabet etmek oluşturmaktadır. Bu açıdan rekabet, daha nitelikli bir ekonomiye ulaşmak için aynı pazar üzerinde çok sayıdaki müteşebbis arasında meydana gelen bir yarışmadır[1]. Yakın ya da aynı ihtiyaçları karşılayan hizmet ya da ürünleri rekabet ortamında sunmak, beraberinde kaliteyi ve ucuzluğu getirmektedir[2].

Bu rekabet bazen öyle bir hal alabilir ki, artık amaç, gelişmek, ilerlemek ya da daha kaliteli, ihtiyacı tatmin eden bir üretim meydana getirmekten çıkıp bir kimsenin kendisiyle aynı pazar üzerinde rekabet eden başka bir kimseyi hukukun cevaz vermediği bir şekilde iktisadi ve ticari olarak yok etme biçimine dönüşebilir. Bu durum rekabetin temel gayesi olan fert ve toplum olarak gelişme ve yükselme amacına gölge düşürür[3].

Müteşebbisler ancak rekabet ortamında faaliyetlerini geliştirebilirler. Bu da ticari alanda zorunlu bir özgürlüğü gerekli kılar. Prensip, rekabet özgürlüğüdür. Bu açıdan rekabet özgürlüğünün hukuki kapsamı çok sayıda anlamı içermektedir[4]. Günümüzün ticari ve iktisadi hayatı neredeyse tamamen liberal ekonomi ve rekabet kuralına dayanmaktadır[5]. Rekabet kuralları, ticari faaliyetlerin hukuk normları çerçevesinde yürümesini sağlamaktadır.

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 **SERRA**, Rec, Dall, s.3

2 **SERRA**, Rec, Dall, s. 3.

3 **KARAYALÇIN**, s. 440. Yazar, rekabetin, kendi verimini artırmak, müşteri temin etmek ve bunların sayısını çoğaltmak suretiyle iş hacmini genişletmek ve nihayet rakibin faaliyetini güçleştirmek veya bertaraf etmek şeklinde karşımıza çıkabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **ARKAN**, s. 286; **BAŞTUĞ/ERDEM**, s. 176.

4 **SERRA,** Rec, Dall, s. 3.

5 **ARKAN**, s. 286.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Rekabet özgürlüğünü alabildiğine geniş olarak algılamak mümkün değildir. Denetim altına alınmamış bir rekabetin yukarıda izah etmeye çalıştığımız zararlı sonucu meydana getirmesi kaçınılmazdır. Kısacası rekabet özgürlüğü esastır ve ticari ilişkilerin temelinde rekabet özgürlüğü yer almaktadır[6]. Ancak bu özgürlüğün sınırlandırılması, rekabetin daha sağlıklı olarak yürütülebilmesi adına zorunludur. Çünkü rekabetin kurallara uygun olarak gerçekleşmediği bir ticari yapılanmada işletmelerin varlıklarını sürdürebilmeleri son derece güçleşecektir. Bu durumda, mağdur ticari işletmenin, müşterilerin ve mesleki kuruluşlarının ve hatta daha da ötesinde ulusal ekonominin zarar göreceği açıktır. İşte bu nedenlerle, rekabet kurallarının varlığına ihtiyaç duyulmuştur[7]. Bu bağlamda Türk Hukukunda, TTK m. 56-65 arasında "Haksız Rekabet" konusuna yönelik düzenlemelerin varlığı söz konusudur.

A. Haksız Rekabetin Tanımı

Haksız rekabetin herkesi tatmin eden, üzerinde ittifak edilen tek bir tanımı bulunmamaktadır. Birçok yazar bu kavramı farklı şekillerde tanımlama yoluna gitmişlerdir. ARKAN'a göre[8] haksız rekabet, "aldatıcı hareket veya iyi niyet kurallarına aykırı sair suretlerle ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanımıdır". MİMAROĞLU'na[9] göre ise haksız rekabet, "rakipleri ezmek ve onları ekonomik faaliyet alanından uzaklaştırmak amacı ile ve iyi niyet kurallarına aykırı şekilde başvurulan, kanuna ve geleneğe göre kabul edilmesi mümkün olmayan hareket ve fiillerin tamamıdır".

Buna karşılık TTK m. 56 haksız rekabeti "Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir" şeklinde tanımlamaktadır[10].

İMREGÜN ise haksız rekabeti "iktisadi rekabetin iyi niyet kurallarına aykırı olan aldatıcı davranış ve başkaca suretle her türlü kötüye kullanılmasıdır" şeklinde ifade etmektedir[11].

Görüldüğü üzere, bütün tanımlamaların içerisinde kaynağını Medeni Kanundan alan dürüstlük kuralına aykırılık kavramı bulunmaktadır. O halde kanun koyucunun belirlediği usul ve esaslara aykırı olan rekabet şekilleri haksız rekabeti oluşturmaktadır[12].

---

6 **SERRA,** Rec, Dall, s. 3.

7 **ARKAN,** s. 286.

8 **ARKAN**, s. 292.

9 **MİMAROĞLU**, s. 379.

10 **İMREGÜN**, s. 110. Yazar, TTK m. 56'yı haksız rekabetin tanımı açısından başarısız bulmaktadır. Özellikle aldatıcı hareket ve hüsnüniyet kaidelerine aykırılığın aynı öğelermiş gibi gösterilmesi eleştirilmektedir. Yazara göre, aldatıcı hareketlerin hüsnüniyet kaidelerine aykırılık oluşturduğu açıktır.

11 **İMREGÜN**, s. 111; **ARKAN**, s. 292.

12 **İMREGÜN**, s. 110.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

B. Haksız Rekabetin Unsurları

Bu noktada haksız rekabetin unsurları ile, -unsurları meydana gelmiş olan- haksız rekabet davasının unsurlarını ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Öncelikle bir kurum olarak haksız rekabetin meydana gelebilmesi için aranılacak olan şartlara değinmek gerekir. Ardından ise açılabilecek olan bir haksız rekabet davasının hangi unsurları içermesi halinde kabul edilebileceğinin belirlenmesi gerekir.

1. Haksız Rekabet Kurumunun Unsurları

TTK m. 56'nın tanımı dikkate alındığında haksız rekabetin unsurlarını şöyle belirleyebiliriz;

a. Bir İktisadi Rekabetin Varlığı

Öncelikle bir iktisadi rekabetin mevcudiyeti gerekir[13]. Aynı pazar içinde daha fazla pay elde etmek isteyen çok sayıda teşebbüs arasında bir rekabetin mevcut olması lazımdır. Pazarı elinde bulunduran tek bir teşebbüs varsa ortada iktisadi rekabet yoktur. Böyle bir durumda rekabetin -teknik anlamda- hukuka aykırılığından bahsedilemez. Çünkü ortada rakip teşebbüs ya da teşebbüsler bulunmamaktadır.

b. İktisadi Rekabetin Kötüye Kullanılması

Haksız rekabetten söz edilebilmesi için rekabetin iktisadi alanda olması gerekir. Bu nedenle gelir elde etme amacı taşımayan faaliyetlerle ilgili rekabet, haksız rekabet sayılmaz[14].

Haksız rekabetin kapsamı o denli geniştir ki, bundan sadece rakip işletme etkilenmez. Haksız rekabetin sonuçları müşterileri ve meslek kuruluşlarını da etkileyebilecektir. Bunun için haksız rekabetten kaynaklanan dava hakkı sadece bu haksız rekabetten olumsuz yönde etkilenen müteşebbise değil, aynı zamanda menfaati zedelenenlerin dışındaki şahıslara da tanınmıştır. Nitekim Fransız hukukunda haksız rekabet meydana getiren bir davranış söz konusu olduğu zaman tacir ve mesleki teşekküller uğranılan zararın tazminini isteyebilirler. Ancak tüketici birliklerinin haksız rekabetten doğan davaları açmaları kabul edilmemektedir[15]. SERRA'ya göre bu doğaldır. Çünkü tüketicinin rekabete dayalı bir zararı söz konusu değildir[16]. Buna karşılık CALAİS-AULOY tüketici birliklerinin dava açabilmelerini (Belçika ve Almanya'daki gibi) yerinde görmektedir[17]. Almanya'da 21 Hazi-

---

13 **BAŞTUĞ/ERDEM**, s. 178.

14 **KARAHAN**, s. 182. Konuya yönelik ilginç bir örnek için bkz. s. 182. Benzer açıklama ve örnekler için bkz. **İMREGÜN**, s. 110.

15 **SERRA**, Rec, Dall, s. 36.

16 **SERRA**, Rec, Dall, s. 36.

17 **SERRA**, Rec, Dall, s. 36 ve orada anılan görüş.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ran 1965 tarihli bir kanun tüketici birliklerine haksız rekabet davası açma hakkını tanımaktadır. Fransız hukukunda, haksız rekabet davası faile (fail birden fazla ise tümüne) karşı açılabileceği gibi, haksız rekabeti doğuran araçları yapan ve üretenler de bu davanın davalısı olabilirler[18].

Normal olan iktisadi rekabetin iyi niyet kurallarına uygun olarak yapılmasıdır. Zira, herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Gelir sağlamayı amaçlamış olan teşebbüsler arasındaki rekabet de bu bakımdan bir hak olduğu için bu hak kullanılırken rekabet kurallarının gözetilmesi ve saygı gösterilmesi esas olmalıdır[19].

c. Zarar veya Zarar Tehlikesi

İyi niyet kurallarına aykırı fiil dolayısıyla bir şahsın iktisadi menfaatleri[20] zarar görmüş ya da zarar görme tehlikesine maruz kalmış olmalıdır.

Dikkat edilecek olursa, haksız rekabet nedeniyle zararın meydana gelmiş olması zorunlu olmayıp bu fiil neticesinde zararın meydana gelme tehlikesinin ortaya çıkmış olması yeterlidir. Ancak eğer maddi tazminat davasının açılması söz konusu olmuş ise ortada bir zararın bulunması gerektiği açıktır. Aşağıda da ifade edileceği üzere haksız rekabet dolayısıyla açılacak olan bir davada başarının gelebilmesi için Fransa'da yerleşmiş içtihatlar ışığında bir zararın varlığının gerekli olduğu anlaşılmaktadır[21].

Haksız rekabetin oluşması için kusur şart değildir[22].

Kanaatimce haksız rekabetin aynı pazar içerisinde rakip olan iktisadi teşebbüsler arasında meydana geleceğini savunmak doğru değildir. Eğer, bir iktisadi teşebbüs haksız faaliyetleri sonucu kendisinden farklı bir pazarda faaliyet gösteren diğer bir işletmenin gelişimini engellemiş ya da pazardaki payının azalmasına sebebiyet vermişse bu durumda da haksız rekabet söz konusu olacaktır[23].

---

18 **SERRA**, Rec, Dall, s. 36.

19 **BAŞBUĞOĞLU**, s. 121; **KARAYALÇIN**, s. 453; **İMREGÜN**, s. 111; **BAŞTUĞ/ERDEM**, s. 176.

20 Menfaat kavramının içine haksız rekabetten zarar gören kişinin müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer ekonomik menfaatleri girebilir. Bunun için bkz. **BAŞBUĞOĞLU**, s. 121.

21 Bkz. aşa. 2c.

22 **KARAYALÇIN**, s. 453; **BAŞBUĞOĞLU**, s. 121; **İMREGÜN**, s. 111; **ARKAN**, s. 293. Ancak belirtmek gerekir ki, kusurun aranmaması sadece haksız rekabet durumunun oluşabilmesi açısındandır. O bakımdan kişi, zarar verme kasdı ile hareket etmese dahi TTK 56 vd. hükümleri çerçevesinde zarar ya da zarar tehlikesine neden olmuşsa haksız rekabet vardır. Ancak açılan davada kusur önemlidir. Zira, tazminata mahkûm edilip edilmeyeceği, edilecek ise ne miktarda tazminata hükmedileceği kusurunun ağırlığına göre belirlenecektir.

23 Aynı görüşte **MİMAROĞLU**, s. 386.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Haksız Rekabet Davasının Unsurları

Yukarıda belirtmiş olduğumuz unsurların gerçekleşmesi halinde haksız rekabet davasının açılabilmesi mümkündür.

Ancak, önemli olan, davayı açmak değil, açılan davanın başarıyla sonuçlandırılmasıdır. O bakımdan, haksız rekabet davasının başarılı bir şekilde sonuçlanması ve davanın kabul edilebilmesi için de bazı unsurların varlığı gerekir.

Bu unsurların bir bölümü haksız rekabetin bir kurum olarak ortaya çıkması için aranılan unsurlardan oluşurken, bazıları da, özellikle haksız rekabet davasının temelde haksız fiilden doğan davalara benzetilmesinden dolayı haksız fiilin unsurlarından oluşmaktadır[24]. Bu bakımdan mevcut olması gereken şartları şu şekilde toparlayabiliriz:

a. Haksız Rekabet Faaliyeti

Haksız rekabet davası çerçevesinde sorumluluğu doğuran bir faaliyet (rekabet faaliyeti) söz konusu olmalı ve bu faaliyet hukuka aykırı biçimde gerçekleşmelidir. Bu, aynı zamanda haksız rekabet kurumunun oluşması için aranılan bir unsurdur. Fransız hukukunda bazı yazarlar haksız rekabet davasının sadece tacirler tarafından açılabileceğini savunmaktadır[25].

b. Faaliyetin Hukuka Aykırılığı

Haksız rekabet davası alanında sorumluluğu doğurucu olay, sadece rekabet davranışından doğmaz, aynı zamanda bunun hukuka aykırı olması da gerekir. Fransız hukukunda "fautif" kavramıyla ifade edilen husus, yasal olmayan, haksız faaliyete işaret etmektedir.

c. Zararın Varlığı

Özellikle açılabilecek olan maddi zararın tazmini davasının başarıyla neticelenmesi için mutlaka haksız faaliyet neticesinde bir zarar meydana gelmiş olmalıdır.

Yukarıda[26] da ifade ettiğimiz üzere özellikle Fransız hukukunda, içtihatlar, haksız rekabet davasının başarıya ulaşabilmesi için zararın varlığını gerekli görmektedirler. Nitekim Fransız Medeni Kanununun 1382 ve 1383. maddeleri de bu yöndedir[27]. Ayrıca haksız rekabetten dolayı mahkûmiyetin söz konusu olabilmesi için bir zararın saptanmış olması şartına yönelik olarak Fransız Temyiz Mahkemesi kararları mevcuttur[28].

---

24 **MİMAROĞLU**, s. 415; **KARAYALÇIN**, s. 469; **KARAMAN**, s. 191; **ARKAN**, s. 302.

25 **SERRA**, Rec, Dall, s. 12 ve orada anılan yazarlar.

26 Bkz. yuk. 2c.

27 **SERRA**, Rec, Dall, s. 17.

28 Fransız Temyiz Mahkemesinin Ticaret Dairesinin 18 Ekim 1994 tarihli kararını örnek gösterebiliriz. Karar için bkz. (**SERRA**, Rec, Dall, s.17).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Meydana gelen zararın maddi ya da manevi olarak ortaya çıkması mümkündür. Genel olarak haksız rekabet faaliyetinden doğan zarar müşteri kaybından ya da yapılabilecek olan sözleşmelerin yapılamamasından doğan kayıp olarak ele alınmaktadır[29]. Fransız hukuk tatbikatında haksız faaliyet mağduru, iş sayısının azaldığını ve buna bağlı olarak satışların azaldığını ileri sürmektedir[30].

Genel olarak haksız rekabet davası haksız fiil hükümlerinin uygulanabileceği bir dava olduğundan zararın ispatlanması külfetinin kimde olabileceği sorununu da açıklamaktadır. Haksız fiil hallerinde zararın ispat edilmesi külfeti kural olarak alacaklıya aittir. Ancak özellikle uygulamada uğranılan zararın ispat edilmesinin çok zor olmasının yarattığı güçlük nedeniyle hakimin, TTK m. 58 f.1'deki "...Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hakim haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir" şeklindeki düzenleme karşısında her olayın özelliğine göre durumu değerlendirmesi ve zarar miktarını belirlemesi daha isabetlidir. Bu açıdan kural, her ne kadar zararın ispat edilmesi külfetini haksız faaliyet mağduruna yüklemişse de, yukarıda belirttiğimiz TTK m. 58 dolayısıyla hakimin, davalının haksız rekabet sonucunda elde etmesi mümkün görülen menfaatleri de tazminat kapsamına sokması bir nevi bu ispat zorluğunu yumuşatmaktadır[31].

Fransız hukukunda da zararın varlığını ispatlamak talep sahibine yani haksız faaliyet mağduruna aittir. Nitekim 24 Şubat 1987 tarihli Temyiz Mahkemesi kararında zararını ispat edememiş olan ticari işletmenin tazminat istemi reddedilmiştir[32].

d. Nedensellik

Haksız faaliyet ile zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu bakımdan talep sahibi, haksız faaliyet ile uğradığı zarar arasında varolan nedensellik bağını mutlaka ispat etmelidir. Özellikle Fransız yargı içtihatlarında nedensellik bağının kesinliği her zaman mutlak olarak ortaya konamamaktadır. Bu ise önemli bir sorundur[33].

Haksız rekabet davasının kurucu öğelerinin incelenmesi bu davanın hukuksal yani tazminata yönelik sorumluluk içeren bir dava olduğunu bize göstermektedir[34].

---

29 **SERRA**, Rec, Dall, s. 17.

30 **SERRA**, Rec, Dall, s. 17.

31 **ARKAN**, s. 303.

32 **SERRA**, Rec, Dall, s. 19.

33 **SERRA**, Rec, Dall, s. 20.

34 **SERRA**, Rec, Dall, s. 20.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

C. Haksız Rekabetten Doğan Davalar

Yukarıda tanımını ve unsurlarını genel hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız haksız rekabetten dolayı, TTK m. 58 anlamında bazı davaların açılabilmesi mümkündür. Gerçekten de, TTK m. 58 f.2'ye göre; "Haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, meslek itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimse;

a) Fiilin haksız olup olmadığının tespitini,

b) Haksız rekabetin men'ini,

c) Haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini,

d) Kusur varsa zarar ziyan tazminini,

e) Borçlar Kanununun 49. maddesinde gösterilen şartlar mevcutsa manevi tazminat verilmesini isteyebilecektir.

Görüldüğü gibi, haksız rekabete uğrayan kimsenin sahip olduğu istem ve dava hakları kanunda ifade edilmektedir. Ayrıca, TTK m. 63 çerçevesinde dava açma hakkını haiz olan kimsenin ihtiyati tedbir talebinde bulunması da mümkündür[35].

Bu noktada TTK m. 58'de sayılan dava tiplerine çok kısa olarak değinilecektir. Hemen ardından TTK m. 63'ten kaynaklanan ihtiyati tedbirler ve onun bir türü olduğu düşünülen[36] delil tespiti kurumunun haksız rekabetteki uygulama değerini tartışma konusu yapacağız.

1. Tespit Davası

Tespit davaları, bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının saptanmasına ilişkin davalardır[37]. Haksız rekabet kurumunda, tespit davası, haksız ol-

---

35 **ARKAN**, s. 301.

36 **DEREN-YILDIRIM**, s. 95. Yazar, delil tespitinin Medeni Usûl Hukuku'na ilişkin bir kurum olduğu ve ihtiyati tedbirin bir türünü oluşturmadığı şeklindeki çoğunluk fikrini ifade etmektedir.

37 **KURU**, Tespit, s. 18; "Tespit davası bir hukuki münasebetin vücud ve ademi vücudunun hakim marifeti ile tespiti için mahkemeden hüküm istihsaline matuf davadır ki, dava vücuda taallûk ediyorsa müspet tespit davası, yokluğa matuf ise menfi tespit davasıdır" (Tanım için bkz. s. 509). Yazar, tespit davasının hukuki münasebete taallûk etmesini davanın kabulü açısından bir şart olarak ileri sürmüştür. Ayrıca bkz. **ANSAY**, s. 75; "Tespit davasının mevzuu başlıca bir hukuki münasebettir". **DOMANİÇ**, s. 213; "Tespit davasının, HUMK m. 368 vd.'da yer alan delil tespiti ile hiçbir ilgisi yoktur. Delil tespiti delillerin kaybolmaması için bir nevi ihtiyati tedbirdir. Buna karşılık bir fiilin haksız olup olmadığının tespiti kararı, temyiz müddeti geçtikten veya tasdikten sonra kesin hüküm teşkil eder".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

duğu ve karşı tarafı zarara uğrattığı iddia edilen fiilin gerçekten de haksız olup olmadığının tespitini sağlar[38].

Hukuki münasebetin, tespit davasının tarafları arasında olması şart değildir[39]. O bakımdan, haksız rekabette iktisadi rekabeti kötüye kullanan kişinin bu davranışından etkilenen diğer bir iktisadi teşebbüs ise de bundan dolayı TTK m. 58 f.1-a bendine dayalı olarak bu davayı o haksız rekabetten menfaati zedelenen kimsenin müşterisi ve hatta meslek kuruluşunun açmasına herhangi bir engel yoktur.

Haksız rekabetin ortaya çıkmasından önce tespit davası (fiilin haksız olup olmadığının tespiti) açılamaz[40].

Hemen belirtmek gerekir ki, tespit davasının konusu, hukuki ilişkinin var olup olmadığının belirlenmesi şeklinde tezahür edeceğine göre tespit davasını açacak olan kimse haksız rekabeti meydana getirdiğini düşündüğü vakıaların değil, bu vakıalardan dolayı haksız rekabetin varolduğunun tespitini talep etmelidir.

Tespit davasının özelliği gereği bu davalar sonucunda verilecek olan hükümlerin icra kabiliyeti bulunmamaktadır. Tespit kararının sadece kesin hüküm kuvveti mevcuttur ve kararı alan kimse sonradan açacağı eda davasında bu kesin delili ileri sürebilecektir[41]. Bundan dolayı, haksız rekabette tespit davaları ender görülen davalardandır[42]. Ancak, tespit davasının ileride açılacak davada (örneğin tazminat davasında) kesin delil niteliğinden yararlanılması mümkün olabileceği gibi, zararın tam olarak tayin edilemediği hallerde davacı ileride açacağı tazminat davasına esas olmak üzere önceden açacağı tespit davası ile de zamanaşımını durdurabilir[43].

2. Men Davası

Men davası haksız rekabetin devam ettiği veya tekrar edebileceği tehlikesinin bulunduğu hallerde açılır[44]. Men davası tespit davasından farklı olarak bir eda davası özelliğine sahiptir[45]. Bu dava, davacının lehine sonuçlandığı takdirde örneğin, aldatıcı reklamlara son verilmesine, karışık-

---

38 **MİMAROĞLU**, s. 413; **ARKAN**, s. 301; **KARAYALÇIN**, s. 468.

39 **KURU**, Tespit, s. 24. Ayrıca bkz. **POROY**, s. 203.

40 **KURU**, Tespit, s. 24. Ayrıca bkz. **MİMAROĞLU**, s. 413, dn. 92 ve orada anılan Federal Mahkeme kararı.

41 HGK, 7.3.1962 gün ve 44/8 sayılı kararı, (AD, 1962/7-8, s. 873-874) "... tespit ilamının tespite ilişkin bölümünün icra yoluyla yerine getirilmesi söz konusu olamaz".

42 Aynı yönde bkz. **MİMAROĞLU**, s. 414; **KARAYALÇIN**, s. 468.

43 Bu özellik tespit davaları içindir. Delil tespiti bir dava olmadığından zamanaşımını kesme özelliği bulunmamaktadır.

44 **KARAYALÇIN**, s. 469; **KALE**, s.27.

45 **KALE**, s.27.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lığa neden olan marka ve işaretlerin kullanılmamasına, imalat veya ticaret sırlarının yayılmamasına veya bunlardan istifade edilmemesine karar verilir.

Haksız rekabetin önlenmesi davaları zamanaşımına uğramazlar. Çünkü haksız rekabete yol açan davranış sürdüğü müddetçe bundan doğan taleplerin de zamanaşımına uğraması mümkün olmaz[46].

3. Hukuka Aykırı Durumun Ortadan Kaldırılması Davası

Açılacak olan bu dava ile haksız rekabeti ortaya çıkaran fiilden önceki durumun temin edilmesi talep konusu yapılır[47]. Örneğin haksız rekabeti oluşturan fiil reklam yoluyla işleniyorsa reklamların yayından kaldırılması ve bir daha gösterilmemesine, haksız rekabet teşkil eden malların piyasadan toplatılmasına veya imal sırlarını ihtiva eden plan veya formüllerin iade edilmesine yönelik istemler bu dava ile ileri sürülebilecektir[48].

4. Manevi Tazminat Davası

Bu davanın açılabilmesi için BK m. 49 anlamında şahsiyet haklarının hukuka aykırı bir fiille kusurlu bir şekilde ihlal edilmiş olması gerekir[49]. Böyle bir dava ile kişinin maddi anlamda uğradığı zararın karşılanması söz konusu olmayıp bu haksız faaliyet dolayısıyla kişisel zarar olarak çekilen acı, elem gibi duyguların yarattığı tahribatın karşılığı talep edilmek istenir[50].

Tüzel kişilerin manevi tazminat davasında taraf olup olamayacakları tartışmalı olmakla birlikte hakim fikir ve Yargıtay uygulamaları bunların da manevi tazminat davasını açabilmelerine olanak sağlamaktadır[51].

---

46 **KARAHAN**, s.190. "Önleme davasının dinlenme şartı, hukuka aykırı davranışın tekrarlanması tehlikesinin bulunmasıdır. Hukuka aykırı davranışın tekrarlanması tehlikesi devam ettikçe önleme (men) davası da varlığını sürdürür. Tehlike sona erince önleme davası açma hakkı da düşer".

47 **KARAYALÇIN**, s. 468; **MİMAROĞLU**, s. 414. "Hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması davası, haksız durumun eski hale, hiç olmazsa haklı bir hale getirilmesini istemekten ibarettir".

48 4077 sayılı TKHK m. 25/3'e göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın aldatıcı, yanıltıcı veya istismar edici ticari reklam veya ilanların durdurulmasını ve aynı yöntemle düzeltilmesini isteme yetkisi vardır. Bu istek yerine getirilmezse, Bakanlığın, reklam ve ilanın durdurulması, aynı yöntemle düzeltilmesi talebiyle tüketici mahkemesine başvurma hakkı vardır.

49 12 Mayıs 1988 tarihli RG'de yayınlanan 3444 sayılı ve 4.5.1988 kabul tarihli kanunla BK'nun 49. maddesi değiştirilmeden önce manevi tazminata hükmedebilmek için hatanın özel ağırlığı aranmaktaydı. Söz konusu kanunla yapılan değişiklikle hakim, 49. madde şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini kendisi takdir edebilecektir.

50 **MİMAROĞLU**, s. 416; **KALE,** s.31.

51 **KALE**, s.31, dn.151 ve 152.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

5. Maddi Tazminat Davası

Bu dava tamamen haksız faaliyet sonucunda oluşan zararın (maddi anlamda) karşılanması amacına dayanır. Genellikle böyle bir dava ile mahrum olunan kâr talep edilebilecektir[52]. Söz konusu davaya Borçlar Kanununda haksız fiile müteallik 41 vd. hükümleri uygulanacağından, haksız fiilin tüm unsurlarının burada aranması gerekir.

II. Haksız Rekabette Koruma Tedbirleri

A. Genel Bilgi

Görülen dava ne türde olursa olsun bazen o davanın görülmesi esnasında öyle bazı gelişmeler meydana gelebilir ki, davanın davacı lehine sonuçlanmasının bir önemi kalmayabilir. Örneğin, dava devam ederken müddeabih üçüncü kişiye devredilirse davacının durumu zorlaşacaktır. Haksız rekabet açısından bakıldığında ise örneğin, dava devam ederken herhangi bir önlem alınmamasından dolayı haksız faaliyetin devam ettirilebilmesi ya da haksız rekabetin konusunu oluşturan ürünlerde ya da faaliyetlerde değişiklik yapılması mümkün olabilir. Bu ve bunun gibi örneklerde de görüldüğü üzere davanın devamı sırasında haksız rekabet mağdurunun ispat faaliyetini zorlaştıracak hususların ortaya çıkmasını engellemek ya da zararının daha da artmasına engel olmak için bir önleyici nitelikte karar elde edilebilmesi mümkündür. Her ne kadar bu, haksız rekabet alanında TTK m. 63 ile davacıya tanınan bir hak ise de söz konusu hakkın kullanılması çoğu zaman onun için kaçınılmazdır. Çünkü tedbirli bir davacı yukarıda belirtmiş olduğumuz ve davanın görülmesi esnasında karşılaşılabilecek zorluklarla karşılaşmayı arzu etmez.

B. Haksız Rekabette İhtiyati Tedbirler ve Delil Tespiti

Her ne kadar medeni sorumluluk çerçevesinde haksız rekabet cezalandırılıyor ise de mağdur, rekabete dayalı zararın doğasından kaynaklanan bir nedenle haksız faaliyetin durdurulmasına yönelik bir dava açmadan önce genellikle geçici tedbirler ya da ihtiyati tedbir kararı elde etmeye çalışmaktadır[53].

Koruyucu nitelikteki bu tedbirler aciliyet arz eden durumlarda söz konusu olacaktır. Özellikle haksız rekabet alanında, haksız faaliyet nedeniyle zor duruma düşen mağdurun hak arama uğraşındayken diğer yandan bu faaliyetin zararlı sonuçlarını geçici de olsa sona erdirmeye yönelik tedbirler son derece önemlidir. Gerçekten de Fransız uygulamasında haksız faaliyet mağduru - giderek artan bir şekilde- geçici tedbirler elde etmek için seri yargılama yoluna başvurmaktadır. Böylece acil olarak tedbir niteliğinde kararlar elde etmekte ve zararlarını biraz olsun azaltabilme şansına sahiptirler[54].

---

52 **KARAYALÇIN**, s. 469.

53 **SERRA**, Rec, Dall, s. 35.

54 **SERRA**, Rec, Dall, s. 35.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Haksız rekabet alanında bu ve bunun gibi imkanlar mağdurun durumunun biraz da olsa iyileştirilmesi açısından kayda değerdir. Özellikle haksız rekabetten doğan zararların devam etmesini -geçici de olsa- engellemesi bakımından ihtiyati tedbirler ve delil tespiti burada inceleme konusu yapılacaktır.

İhtiyati tedbirler, özünde yakın ve gerçekleşmesi muhtemel bir tehlikeyi bertaraf etme özelliğini barındırmaktadırlar. Bu kurum esas olarak HUMK m.103 vd düzenlenmiştir[55]. Davaların çok uzun sürdüğü hukuk sistemimizde, hak sahibinin davanın devamı esnasında ortaya çıkabilecek bazı zararlı sonuçlara uğramaması için böylesine koruyucu nitelikteki tedbirlere ihtiyacı vardır. Bu ihtiyaç da ihtiyati tedbir kurumu ile karşılanmaktadır[56].

TTK m.63 çerçevesinde dava açma hakkını haiz olan kimse, mahkemeye vereceği bir dilekçe ile mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin men'ine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve lüzumlu diğer tedbirlerin alınmasına Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ihtiyati tedbirlere yönelik hükümlerine göre karar verilmesini isteyebilecektir. TTK m.63 ile haksız rekabet mağduru davacı, durumunun dava boyunca geçici de olsa en azından haksız rekabet öncesindeki hale gelmesini arzular. Bu bakımdan anılan madde davanın görülmesi esnasında geçici bir koruma sağlar[57].

Hemen belirtmek gerekir ki, ihtiyati tedbir kararı ile geçici bir korunma sağlanmış olur, yoksa bu yolla haksız rekabet mağduru tatmin edilmiş olmaz. Aksine, açmış olduğu dava ile elde edebileceği tatmini şimdiden (derdest dava esnasında) geçici olarak -asıl davada verilecek olan kararla sağlanacak tatminin yerine geçmemek üzere- elde etmiş olacaktır[58].

Özellikle Fransız hukukunda seri yargılama hakimleri çok sık olarak haksız faaliyetleri durdurmaya yönelik tedbir kararları vermektedir. Adeta bunun için teşvik edilmektedirler[59]. Fransız hukukunda, davanın devamı sırasında oluşabilecek zararları en aza indirmek bakımından tahkikat tedbirlerine büyük önem verilmektedir.

Türk hukuku bakımından önem arz eden sorun, haksız rekabet davası-

---

55 **ÜSTÜNDAĞ**, s. 16; **ÖNDER**, s. 122. "...Tedbirler ekseriya vukuu yakın olan bir tehlikeyi bertaraf etmek veya mühim bir zararı önlemek üzere ittihaz olunurlar". Aynı yönde bkz. **KURU**, Usul, C. III, s. 3049. **MÜLKÜS**, s. 311.

56 **DEREN-YILDIRIM**, s. 3.

57 **DEREN-YILDIRIM**, s. 4, dn. 20.

58 **ÜSTÜNDAĞ**, s. 11.

59 **SERRA**, Rec, Dall, s. 35. Fransız Temyiz Mahkemesinin 12 Şubat 1988 tarihli reklam filminin yayınının yasaklanması ile ilgili verilen kararı için bkz. **SERRA**, Rec, Dall, s. 35.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nın açılmasından önce veya sonra mağdurun geçici olarak korunmasını sağlayacak olan ihtiyati tedbirler kapsamı içerisine delillerin tespitinin de girip giremeyeceğidir. Girebilecek ise özellikle haksız rekabet alanında klasik delil tespiti müessesesinin yeterli olup olamayacağının belirlenmesidir.

Her ne kadar TTK m.63'te delil tespiti kurumundan bahsedilmiyorsa da kanaatimizce bizim hareket noktamızı yine 63. maddede yer alan "...lüzumlu diğer tedbirlerin alınmasına..." ibaresi oluşturacaktır. Bu ifade bize delillerin tespitinin de tedbir kapsamı içinde değerlendirilip uygulanabilmesinin mümkün olduğunu göstermektedir. Ancak doktrinde delillerin tespitinin ihtiyati tedbirin bir türü olup olmadığı noktasında tartışma bulunmaktadır. Özellikle Alman hukukunda, delil tespitinin ihtiyati tedbirlerin bir türünü oluşturmadığı fikri hakimdir[60].

Buna karşılık delil tespiti kurumunun ihtiyati tedbirin bir türü olduğunu savunan görüşler de yok değildir. KURU'ya göre delillerin tespiti bir dava olmayıp deliller hakkında bir çeşit ihtiyati tedbirdir[61]. DOĞANAY'a göre[62] "delil tespiti, davanın ispat vasıtalarını tespit ve teminden ibaret olan mahiyeti itibariyle bir nevi ihtiyati tedbirdir. Bu nedenle Usul Kanunumuzun delil tespitine ait hükümleri ile ihtiyati tedbir hükümleri arasında bir müşabehet mevcuttur. Bu müşabehet neticesi olarak delil tespitini de müstacel mevaddan saymak zaruridir".

Delil tespitinin, ihtiyati tedbirin bir türünü oluşturmadığını savunanlar, delil tespiti ile ihtiyati tedbirlerin amaçlarının birbirinden farklı olduğunu; delil tespitinde daha sonra ortaya çıkabilecek ispat güçlüğünün aşılmasının arzulandığını ifade etmektedirler. Yine bu görüşe göre delil tespitinin ana işlevi delillerin teminat altına alınması değil delil ikamesidir. Oysa ihtiyati tedbirde dava konusunun teminat altına alınması söz konusudur[63].

Kanaatimizce delillerin tespitine ilişkin HUMK m. 368-374'te özel düzenlemenin bulunuyor olması delil tespitinin, ihtiyati tedbirler kapsamı içinde sayılmamasını gerektirmemelidir[64].

Kuşkusuz ki delil tespitinin ve ihtiyati tedbirlerin kendine özgü bazı farklılıkları varsa da, bu durum söz konusu kurumların birbirinden tamamen farklı olduğu anlamına gelmez. Her şeyden önce, HUMK m. 103 ile, delillerin tespitine yönelik HUMK 369. maddesi amaç noktasında her iki ku-

---

60 **DEREN-YILDIRIM**, s. 95, dn. 157 ve orada anılan yazarlar.

61 **KURU**, Usul, C. III, s. 3140. Delillerin tespitinin ihtiyati tedbirin bir türü olduğu hakkında diğer görüşler için bkz. **ÖZKAN**, s. 268; "Delil tespiti işlemi açılmış veya açılacak bir davaya dayanak olan delillerin, bir takım yasal koşulların oluşması halinde önceden toplanması ve güven altına alınmasını sağlayan bir ihtiyati tedbirdir".

62 **DOĞANAY**, s. 890. Ayrıca bkz. **DOMANİÇ**, s. 213.

63 **DEREN-YILDIRIM**, s. 95.

64 Aksi fikir için bkz. **DEREN-YILDIRIM**, s. 96.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rumu da birbirine yaklaştırmaktadır. Her ne kadar 103. maddede "... gecikmesinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararın defi için hakim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına kadar verir" denilmek suretiyle dava konusunun dava boyunca değişmeden kalmasını sağlayacak önlemleri alma konusunda hakimi yetkilendiriliyorsa da, aynı kaygı ve amaçla kanun koyucu bu sefer delillerin tespiti için (HUMK 103'e benzer şekilde) HUMK 369'u düzenlemiştir. Bu madde, delil tespitinin amacını belirtmektedir. Maddede "...şimdiden zabıt ve tespit olunmazsa ileride zayi olacağı veya ikamesinde çok müşkülat çıkacağı melhuz olan deliller... tespit olunabilir" denilerek delillerin dava sürecinin olumsuz etkilerinden korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır[65].

Delillerin tespiti ihtiyati tedbirler gibi davanın açılmasından önce istenebileceği gibi dava açıldıktan sonra da istenebilecektir[66]. Delil tespiti kararına yapılacak olan itirazlar ihtiyati tedbir hükümlerinin uygulanmasını gündeme getirebilecektir. Ayrıca her iki kurumda da tedbir ve tespit dosyaları asıl dava dosyalarının eki niteliğindedir[67].

Haksız rekabet alanında delil tespiti hükümlerinin uygulanması mümkün olup bu, daha önce de ifade ettiğimiz üzere TTK m. 63'te yer alan "...lüzumlu diğer tedbirlerin alınmasına..." ifadesinden çıkarılabilecek bir sonuçtur.

Delil tespiti esnasında zor kullanmanın mümkün olup olamayacağı da tartışmalıdır. Bazı yazarlar bunun mümkün olabileceğini savunurken bu görüşün karşısında olan yani delil tespiti sırasında zor kullanmanın söz konusu olamayacağını ifade eden görüşler de mevcuttur. Bu problemin çözümü özellikle haksız rekabet davasında, HUMK 369. madde ile sağlanmak istenen amacın etkin bir şekilde yerine getirilmesini de sağlayacaktır.

Haksız rekabetin konusunu teşkil eden malların depolarda bulunması ve bu malların depolarda bulunduğunun tespitine yönelik mahkeme kararının mevcut olduğu bir ihtimalde, eğer haksız rekabet konusu malın sahibi bu delil tespiti işleminin icrasına engel olacak ve malların tespit edilmesine karşı koyacak olursa TTK m.63 ile sağlanmaya çalışılan amacın gerçekleşmesi mümkün olamayacaktır. Buna karşılık zor kullanabilme imkanı vardır denilirse, bu çözüm tarzı hem TTK m. 63'ün ve hem de HUMK m. 369'un amacına da uygun düşecektir.

Kanaatimizce delil tespitinin icrası sırasında bir direnme ile karşılaşılacak olunursa bu halde zor kullanma mümkün değildir demek aşağıda belirteceğimiz nedenlerle isabetli değildir[68].

---

65 **DOĞANAY**, s. 892; **KURU**, Usul, C. III, s. 3143.

66 **YAVAŞ**, s.86 vd. Ayrıca karş. HUMK m. 104, HUMK m. 370.

67 Karş. HUMK m. 113, HUMK m. 374.

68 **DEREN-YILDIRIM**, s. 96. Eserde sadece delil tespiti esnasında zor kullanılmasının mümkün olmadığı, yani, hasmın delil tespitine izin vermediği hallerde tespitin zorla icrasının mümkün olmayacağının ifade edilmesiyle yetinilmiş, gerekçe ya da gerekçelere değinilmemiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda delil tespiti işleminin icrası esnasında bir direnme ile karşılaşıldığında zor kullanılabileceğine yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, bu durum, zor kullanmanın mümkün olmadığı anlamına gelmez. Her şeyden önce delil tespiti acele işlerdendir. Yani derhal karar verilmezse delilin zayi olması veya ileride ikame edilmesinde çok müşkülat çıkması söz konusu olabilecek bir durum mevcuttur. Örneğin, depodaki taklit malların tespiti işleminin icrasında bir direnme söz konusu olur ve zor kullanmanın gerçekleşemeyeceği söylenirse mal sahibi bu malları çok kısa sürede tespiti kabil olmayacak başka bir yere taşıyabilir. Bu durumda artık bunların tespiti neredeyse tamamen imkansız hale gelir. Ayrıca delil tespiti kararı mahkemenin verdiği bir karardır. Mahkeme kararlarının icrasını cebirden yoksun kılmak kabul edilemez. HUMK m. 106 çerçevesinde "ihtiyati tedbir kararı, icabı halinde kuvvei müsellâha istishabiyle icra dairesince tatbik olunur..." hükmü mevcut iken amaç noktasında paralellik arz eden bir kurumda ve HUMK 103. maddede belirtilen delil tespitinde bu imkanı tanımamak kanaatimizce doğru değildir.

Konuyla ilgili olarak son bir hususa daha işaret etmek gerekir. İİK m. 80, f.3, "Talep vukuunda borçlu, kilitli yerleri ve dolapları açmağa ve sair eşyayı göstermeye mecburdur. Bu yerler icabında zorla açtırılır" şeklindedir. Bu madde hacze ilişkin bir düzenlemedir. Genelde alacaklının iradesi ile ilerleyen ve çoğunlukla mahkeme kararı dahi bulunmayan bir takip silsilesinde kanun koyucu, zor kullanma imkanını tanımışken, daha fazla aciliyet arz eden ve bir mahkeme kararına dayalı delil tespitinde bu imkandan yoksun olmak hukuk mantığı ile de bağdaşır bir sonuç değildir.

Haksız rekabetten dolayı mağdur duruma düşmüş bulunan tarafın delil tespiti imkanından yararlanması çok önemlidir. Özellikle davanın açılmasından önce elde edeceği böyle bir kararla yapılacak olan delil tespiti neticesinde haksız rekabet konusu unsurların süratle tespit edilmesi ve sonradan bu unsurlar üzerinde birtakım değişiklikler söz konusu olmuş olsa bile -örneğin davanın görüldüğü esna .a mallar üzerinde iltibasa yol açan işaretlerin sökülmesi halinde- hakimin pek fazla zorlanmaması söz konusu olabilecektir.

Bir haksız rekabet davasında tedbir talebinde bulunan kimsenin, hakkının varlığını tam olarak ispat etmesi aranmamalıdır. Gerçeğe yakın bir şekilde ispatın yeterli sayılması gerekir. ÜSTÜNDAĞ'a göre tedbir ile aleyhine karar alınan kimsenin hukuk alanına müdahale ne kadar ağırlaşıyorsa ispat derecesinin de o denli artırılması gerekir[69].

Bu bağlamda değinmek gerekir ki, özellikle Fransız hukukunda eğer haksız rekabet dolayısıyla mağdur olan kimsenin tespit talebi hasım tarafın ticari sırlarına ya da müşterilerine zarar verecek nitelikte ise ispat derece-

69 **ÜSTÜNDAĞ**, s. 48.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

si çok ağırlaştırılmıştır. Hatta çoğu zaman Fransız Temyiz Mahkemesi bu türlü tespit taleplerini reddetmektedir. Delil tespitinin söz konusu olduğu durumlarda talepte bulunan kimse (haksız rekabet mağduru) HUMK 369. maddenin belirttiği unsurların gerçekleşmesinin mümkün olabileceğini gerçeğe yakın bir şekilde ispat etmelidir[70].

Haksız faaliyetlerin saptanması sorunu özellikle delillerin ikamesi açısından çok büyük öneme sahiptir. HUMK m. 369 anlamında hemen tespit olunmaması halinde zayi olacağı ya da ileri sürülmesinde güçlük çıkabileceği anlaşılan delillerin önceden tespiti zorunluluğu vardır. Bu ihtiyaç çok acildir. Bu ihtiyacın sadece Türk hukukuna özgü olduğunu düşünmek mümkün değildir. Yabancı hukuk sistemlerinde de bu türlü koruyucu etki gösteren (mağdur lehine) kurumlara rastlayabilmekteyiz. Örneğin Fransız hukukunda NCPC m. 143 vd. hükümleri tahkikat önlemleri başlığı altında bu konuyu düzenlemektedir. Gerçekten de NCPC m. 143'e göre; "Uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olan vakıalar talep üzerine veya re'sen yasal olarak kabul edilebilir tüm tahkikat önlemlerinin konusunu teşkil edebilirler".

Görüldüğü gibi NCPC m.143 tahkikat önlemleri başlığı altında hem delil tespitini ve hem de ihtiyati tedbirleri içine alacak genişlikte bir düzenlemedir. Yeni Fransız Medeni Yargılama Kanunu m.145 ile geleceğe yönelik tahkikat önlemlerine ilişkin kararlar adeta sonradan açılacak olan haksız rekabet davasına yönelik bir ön koruma sağlamaktadır[71]. Fransız hukukunda NCPC m.145, HUMK m. 369'u (delil tespiti açısından) karşılamaktadır.

NCPC m.145 "Bir uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olan bir vakıanın delillerini davanın açılmasından evvel korumak veya muhafaza etmek için yasal bir gerekçe varsa, yasal olarak kabul edilebilir tüm tahkikat önlemleri ilgililerin talebi üzerine karara bağlanabilir". Madde, delillerin dava öncesinde korunmasını gerektirecek bir neden olması halinde acil yargılama usulüyle ve talep üzerine tahkikat önleminin uygulanabileceğini ifade etmektedir. Fransa'da NCPC m.145'in özerkliği dolayısıyla hukukumuzdaki gibi (HUMK m. 369, 103) aciliyet arz eden bir durumun varlığı zorunlu değildir[72].

Özellikle Fransız hukukunda, dava öncesinde veya dava sırasında bir kişinin ileride ihtilaflı hale gelebilecek vakıanın delillerini saklamasının tahkikat önlemine karar verilmesi bakımından haklı bir sebep oluşturduğu kabul edilmektedir[73].

---

70 **KURU**, Usul, C. III, s. 3150; **ERKUYUMCU**, s. 136.

71 **SERRA**, Rec, Dall, s. 35.

72 NCPC m. 145 çerçevesinde karar verilmesi gerektiği zaman NCPC m. 872'nin şartları aranmaz (7 Mayıs 1982 tarihli Fransız Temyiz Mahkemesi kararı). NCPC m.145'in özerk bir madde olduğuna ilişkin bkz. **NORMAND/WİEDERKEHR/DESDEVİDES**, s. 139.

73 **VINCENT/GUİNCHARD**, s. 657.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Haksız faaliyet mağdurunun NCPC m.145 çerçevesinde tespit talebinde bulunabilmesi mümkündür. NCPC m.145 sadece mağdurun yasal menfaatini haklı gösterebildiği takdirde kullanılabilir. Bu bakımdan özellikle hasım tarafın işletme sırlarının ifşasına izin vererek karşı tarafın yasal faydaları ortadan kalkıyorsa mağdurun m. 145'e dayalı talebinin gerekçelerini mutlaka haklı göstermesi gerekir[74].

Her ne kadar yabancı hukuk sistemlerinde ve bu arada Türk hukuk sisteminde koruyucu nitelikte önlemlerin varlığı söz konusu ise de özellikle haksız rekabet ve hatta Sınai Mülkiyet Hukuku alanında daha etkin sistemlerin gerekliliği tartışılmazdır. Alman Medeni Usul Kanununda düzenlenmiş bulunan delil tespiti kurumu tanık, keşif ve bilirkişi delilleri ile sınırlı tutulmuştur[75]. Ayrıca hasma haber verilmeden tespit işleminin icra edilebilmesi mümkün değildir[76]. Türk hukuku bakımından acele hallerde veya tespit isteyenin haklarının korunması bakımından zorunlu görülen bazı hallerde -istisnai olarak- karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti işlemi icra edilebilir (HUMK m.373, c.3). Ancak bu durumda, delil tespiti işleminden karşı tarafın haberdar olabilmesi için mutlaka delil tespiti tutanağının diğer tarafa tebliği gerekir[77].

C. Klasik Delil Tespiti Kurumunun Haksız Rekabet Alanındaki Yetersizliği

Delil tespitine yönelik düzenlemelerin yetersizliği ve özellikle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku alanındaki gelişmeler yeni bazı etkin nitelikteki kurumlara ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Ortaya çıkan bu yeni kurumlar delil tespiti kurumunun yetersizliğinden kaynaklanabilecek boşlukları etkin şekilde doldurmaya yöneliktir.

Fransız hukukundaki saisie-contrefaçon kurumu bu kapsamda değer-

---

74 **SERRA**, Rec, Dall, s. 35. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında hasım tarafın üretim sırlarına vakıf olunabilecek hallerde tespit talebi yerinde görülmemiştir. Buna karşılık 6 Mayıs 1986 tarihinde Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi, NCPC m. 145 çerçevesinde bir ticari ortaklığın sırlarının ifşası pahasına tespit talebini kabul etmiştir. Ayrıca Alman hukukunda Anton Piller Order'ın sunduğu mekanizma özellikle işletme sırlarının ifşası bakımından sakıncalı görülmektedir. Bu bakımdan çok etkin olabilecek bu sistemden bu noktada yararlanılamamaktadır. Anılan kurum ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **DEREN-YILDIRIM**, s. 98.

75 **DEREN-YILDIRIM**, s. 98.

76 **DEREN-YILDIRIM**, s. 98.

77 HGK 27.11.1971 T, 9-23 E, 690 K sayılı karar, (ABD 1972/3, s. 454-455). "...Gerçekten, olayı müteakip 25/10/1965 tarihinde mahalli Asliye Hukuk Hakimliğince davalının yokluğunda yapılan delil tespitinde toplam hasar tutarının 3835 TL olduğu tespit edilmiş ise de tespit tutanağı davalıya tebliğ edilmemiştir. O halde, davalının yokluğunda alınan tespit raporunun yeterli olmadığı nazara alınarak tarafsız ve uzman bilirkişi aracılığı ile yeniden inceleme yapılması varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmesi...". Ayrıca bkz. TD 12.10.1967 T, 2935 E, 3545 K sayılı karar, (ABD 1969/6, s. 1161).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lendirilebilir. Burada patent hakkını haiz bir malın taklidinin yapılması söz konusudur ve mal, taklidini yapan kimsenin zilyetliği altında bulunmaktadır. Saisie-contrefaçon patent hakkı tecavüz edilerek üretilmiş mallara el konulması yöntemidir[78].

Saisie-contrefaçon işleminin gerçekleştirilmesinden itibaren belli süre içinde asıl davanın açılması gerekmektedir. Aksi halde el koyma hükümsüz hale gelir[79]. Burada açılacak olan dava contrefaçon davasıdır. Yani patent hakkını haiz bir ürünün taklidinin -patent hakkına tecavüz edilmek şartıyla- gerçekleştirilmesinden dolayı açılacak olan bir davadır. Bu davanın özellikle haksız rekabet davasıyla bazı farklılıkları bulunmaktadır. Her şeyden önce haksız rekabet davası bir tazmin sorumluluğunu gerektiren dava olmasına karşın, patent hakkı tecavüzünden dolayı açılan contrefaçon (taklit ürün) davası bir ceza davasıdır[80].

Rekabet alanındaki bazı sınırlamalar, monopol (tekel) durumundaki işletmelerin yararına sınırlayıcı haklar getirmektedir. Böylece bu işletmeler için geniş bir imkan yaratılmış olmaktadır. Bu sınırlamalar, endüstriyel mülkiyet alanında olabileceği gibi buluş konusunda, edebi ve sanatsal mülkiyet haklarının korunmasına yönelik de olabilir. Bu sınırlamalar Fransa'da fikri mülkiyet hakkını düzenleyen kanunda yer almaktadır. Bu düzenlemelerle bu hak sahiplerinden başkalarının söz konusu ürünü yeniden üretmeleri (kopyalama vs. suretle) ya da yeniden kullanmaları yasaklanmıştır[81]. İşte bu sınırlayıcı haklar bir ceza davası ile korunmaktadır. Bu davanın adı "contrefaçon" davasıdır. Fakat bu davanın konusunu oluşturan fiil aynı zamanda tazminat sorumluluğunu da beraberinde getirmektedir[82].

Yargı kararları ile de Fransa'da haksız rekabet davası ile contrefaçon davası arasındaki farklar net bir şekilde ortaya konulmuştur[83]. Contrefaçon davası endüstriyel mülkiyet haklarına riayetsizlikten kaynaklanırken, haksız rekabet davası ticari özgürlüğün aşırı (kötüye) kullanılmasından doğan zararların tazminine yöneliktir. Fransız doktrininde azınlıkta kalan bir görüş ise, haksız rekabet davasının temelini bir hakkın ihlalinin müeyyidesinde bulmaktadırlar[84].

Fransız hukukunda, haksız rekabet davası contrefaçon davasıyla birlikte açılabilir. Haksız rekabet davası contrefaçon davasının yerini alacak biçimde olamaz. Ancak diğer taraftan da sürekli olarak haksız rekabete dayalı davranışı

---

78 **DEREN-YILDIRIM**, s. 97.

79 **DEREN-YILDIRIM**, s. 97. Bu durum ihtiyati tedbire yönelik HUMK m. 109'a benzemektedir.

80 **SERRA**, Rec, Dall, s. 9; **PLAİSANT**, 12vd; **MONNET**, s.1.

81 **SERRA**, Rec, Dall, s. 9.

82 **SERRA**, Rec, Dall, s. 9.

83 **SERRA**, Rec, Dall, s. 9.

84 **SERRA**, Rec, Dall, s. 9.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

müeyyidelendirmek gerekir. Özellikle ürünün taklit edilmesine veya müşterilerin kafasında bir karışıklık yaratmaya yönelik faaliyetler cezalandırılmalıdır[85].

Contrefaçon davası yukarıda da belirtildiği üzere saisie-contrefaçon kurumunun tamamlayıcısı niteliğinde bir ceza davasıdır. Saisie-contrefaçon kurumu, üçüncü kişilerin elindeki delilleri zor kullanarak elde etme imkanı verir[86] (örneğin taklit ürünlerin toplanabilmesi imkanını sağlar).

Saisie-contrefaçon mekanizmasında dikkat edilmesi gereken nokta, klasik anlamdaki ihtiyati tedbir ya da delil tespitlerine nazaran daha etkin bir koruyucu mekanizmayı sağlamasıdır. Özellikle klasik nitelikteki tedbirlerde zorlayıcı unsur net değildir. Oysa saisie-contrefaçonda zor kullanma unsuru vardır ve bu unsur anılan kurumu daha etkin kılmaktadır[87].

D. 5194 Sayılı Kanundan[88] Sonra "Delillerin Tespiti Davası" İfadesinin Yerindeliği Sorunu

5194 sayılı Kanundan önce Sınai Mülkiyet Hukukuna İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamelerde sınai hakkı ileri sürmeye yetkili olan kişinin, haklara tecavüz sayılabilecek olayların tesbitini mahkemeden isteyebileceği düzenlenmekte ve fakat bu türlü istemler "delillerin tespiti davası" adı altında ifade edilmekteydi. Bu bakımdan Patent KHK m. 150, End. Tas. KHK m. 62, Coğ. İşa. KHK m. 33 ve Marka KHK m. 75'te "delillerin tespiti davası" başlığı altında düzenleme bulunmaktaydı.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, delillerin tespiti henüz inceleme sırası gelmemiş olan bir delilin HUMK m. 369 anlamında hemen tespit olunmazsa ileride zayi olacağı veya ikamesinde çok müşkülat çıkacağı anlaşılan deliller hakkında söz konusudur. Delillerin tespiti bir dava değildir. Açılmış ya da ileride açılabilecek olan bir davaya bağlı işlemdir. Delil tespiti bir dava olmadığı için[89] davanın açılmasına bağlı olarak doğabilecek bazı sonuçların da meydana gelmesi mümkün değildir. Örneğin delil tespiti talebinde bulunmak zamanaşımını kesmez[90]. Bu durum, delil tespitini tespit davasın-

---

85 **SERRA**, Rec, Dall, s. 9.

86 **DEREN-YILDIRIM**, s. 97.

87 Bu kurumları daha etkin kılan diğer hususlar için bkz. **DEREN-YILDIRIM**, s. 97.

88 5194 sayılı "Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5194.html. Anılan Kanunun, 22.6.2004 tarihinde kabul edilmiştir.

89 Aksi fikir için bkz. **TEKİNALP**, s.456.

90 Delil tespitinin bir dava olmadığı hakkında bkz. **KURU**, Usul, C. III, s. 3141. Bu bakımdan delil tespiti talebinin zamanaşımını kesmeyeceği kuralına ilişkin bkz. (4 HD, 12.7.1972 T kararı İBD 1973/1-2, s. 120). "Bir kişinin eylemi ile belli bir zararın verildiğinin öğrenilmesi usul hükümleri yönünden dava açılmasını engellemedikçe zararın bütün ayrıntıları ile tutarının öğrenilmesi zamanaşımının işlemeye başlaması için koşul değildir. Herhangi bir tutarda zararın gözle görülür biçimde gerçekleşmesi zamanaşımının işlemeye başlaması için yeterlidir. Delil tespiti raporunun geç verilmesi zamanaşımının işlemesini engelleyen bir sebep olamaz". Ayrıca bkz. **POSTACIOĞLU**, s. 499; **ÖZKAN**, s. 268.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dan ayıran en önemli özelliktir[91]. Fakat teknik anlamda delil tespitinin bu özelliklerine rağmen, 5194 sayılı Kanundan önce Marka KHK m. 75'de "Delillerin tespiti davası" başlığı altında "Marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir" ve yine aynı KHK'nın 78. maddesinde "Tespit davaları ve ihtiyati tedbirlerle ilgili diğer hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır" şeklinde hükümler mevcuttu.

Kanun koyucunun kullandığı terimler kesinlikle isabetli olmadığı gibi, genel prensiplere ve anılan kurumların teknik özelliklerine de uygun değildi [92]. Özellikle 5194 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce Marka KHK m. 75'in başlığının "delillerin tespiti davası" biçiminde kullanılmış olmasının kabul edilebilir bir yanılgı olduğunu söylemek mümkün değildi. Çünkü delil tespitinin bir dava olmadığı tartışmasızdır. Kaldı ki anılan maddede yer alan "...olayların tespiti..." ifadesi de delil tespiti ile ilgilidir. Çünkü tespit davasının konusu hukuki ilişkilerdir[93]. Kanun koyucu delillerin tespiti kurumunu dava olarak ortaya koymuş ve böylece doğru olmayan bir ifade kullanmıştı. Ancak aynı maddenin içerisinde "olayların tespiti" ifadesini kullanarak delil tespitine yollamada bulunmuştu[94]. Aynı KHK'nin 78. maddesi ise tespit davaları bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanabileceğine işaret etmişti ki, bu husus da isabetli değildi. Zira her ne kadar ihtiyati tedbir kurumu teknik anlamda HUMK m. 101-103A arasında düzenlenmiş ise de, buna benzer bir düzenlemenin tespit davası için de varolduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü tespit davası Yargıtay kararları ve doktrin mülahazaları ile ortaya çıkmış bir kurumdur[95].

Yukarıda zikredilen hukuki kurumların özelliklerine uygun olmayan ifadeler kullanılmasından doğan sorunun giderilmesinde 5194 sayılı Kanun önemli bir adım atmıştır. Anılan Kanunun 18.maddesi, "551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 150'inci, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 62'inci, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 33'üncü, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 75'inci maddelerinin kenar başlıkları 'Delil Tespiti'; 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 153'üncü, 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 65'inci, 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36'ıncı, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 78'inci maddelerinde geçen 'Tespit davaları' ibareleri 'Tes-

91 **KURU**, Tespit, s. 75.

92 Aynı görüşte olarak bkz. **DEREN-YILDIRIM**, s. 99.

93 **KURU**, Tespit, s. 75.

94 **DEREN-YILDIRIM**, s. 99.

95 **KURU**, Tespit, s. 57.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

pit talepleri' şeklinde değiştirilmiştir" şeklindedir. Söz konusu düzenleme ile yukarıda belirtmeye çalıştığımız, kavramların yerinde ve isabetli olarak kullanılmamasından doğan garip durum ortadan kaldırılmıştır.

Doktrinde bir görüşe göre, HUMK'da düzenlenmiş bulunan ve dar kapsamıyla ihtiyaçlara cevap vermeyen delil tespiti kurumundan daha farklı bir yapıda olan delil elde etme tedbirlerinin uygulanması gerekir[96]. Böylece sınai mülkiyet alanında haksız rekabet ile daha kolay mücadele edilebileceği ifade edilmektedir. Özellikle patent ve faydalı modelin korunmasında delil elde etme tedbirlerine başvurulmasının nedeni patent ya da faydalı model hakkına tecavüz edildiğinden şüphe eden kişinin iddiasını ispatta güçlük çekmesidir. Buluşun taklit edilmesi neticesinde üretilen mal piyasaya sürülmemişse durum daha da hak sahibinin aleyhine olacaktır[97]. Bu görüşe göre, sorunun çözümünde zor kullanma imkanı bulunmayan teknik anlamdaki delil tespitinin yetersiz kalacağı muhakkaktır[98].

Patent konusu buluşun taklit edildiğinden şüphe ediliyorsa, hak sahibi patent hakkına tecavüzden ötürü bir talebin doğmuş olup olmadığından emin olmak için, işletmenin bilirkişi tarafından kontrol edilmesini talep edebilir. Ancak mahkeme, talebi incelerken hasmın işletme sırlarının korunmasındaki menfaatin üstün geldiği kanaatinde ise talep reddedilmelidir[99].

Delil elde etme tedbirleri önemli unsurları kapsamında barındırmaktadır[100]. Bu nedenle delil elde etme tedbirlerinin Türk hukuku bakımından da kabul edilmesi çok önemli bir gelişme sağlar. Zira haksız rekabet alanında TTK m. 58'de ifade edilen tespit davasının pek işlevsel olmadığı, sadece zamanaşımını kesmek bakımından etkileri olduğunu düşünürsek, daha etkin delil elde etme tedbirleri ile mağduru desteklemek uygun olacaktır[101].

SONUÇ

Türk hukuku gibi yargılamanın ağır ilerlediği sistemlerde müddeabihin davanın devamı esnasında bazı değişimlere maruz kalabilmesi mümkündür. Bu bakımdan hukuki himaye talep edenin bu isteğinin çok süratli ve bu arada hukuka uygun bir şekilde sonuçlandırılması zorunluluğu vardır. Bu, hem hukuk sistemine olan güveni sağlar ve hem de yargılamanın uzaması sebebiyle meydana gelebilecek zararların önüne geçer.

Çeşitli hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukukunda da yargılama-

96 **DEREN-YILDIRIM**, s. 100.
97 **DEREN-YILDIRIM**, s. 100.
98 **DEREN-YILDIRIM**, s. 100.
99 **DEREN-YILDIRIM**, s. 101.
100 Bu unsurlar için bkz. **DEREN-YILDIRIM**, s. 101.
101 **DEREN-YILDIRIM**, s. 102.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nın uzamasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek sakıncaların önüne geçebilmek (ya da en aza indirebilmek) için bazı koruyucu önlemlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyaç, bazen tahkikat önlemleri şeklinde genel bir yaklaşımla, bazen de ihtiyati tedbir ya da delil tespiti gibi her bir kuruma ayrı ayrı yer verilmek suretiyle karşılanabilir. Türk hukuku bu ikinci düzenleme şeklini benimsemiştir. Özellikle delil tespiti kurumunda, yargılamanın uzamasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek ispat güçlüğünün önüne geçebilmek ve delil ikamesinde bir zorluğa düşmemek amacı ön plana çıkmaktadır. Bu bakımdan delillerin çeşitli tehlikelere karşı muhafaza edilmesi (HUMK m. 369) yargılamanın da daha sağlıklı yürütülmesini temin edecektir. Bu kurum, belli bir delile güvenen ve fakat o delilin bozulmasından ya da yok olmasından endişe eden kimse lehine bir nevi tedbir fonksiyonu oluşturmaktadır.

Haksız rekabet gibi canlı, dinamik ve değişken bir özelliğe sahip bir alana ilişkin davada, haksız rekabet mağduru kimsenin delil tespiti kurumundan (ya da ihtiyati tedbirlerden) yararlanması ona büyük bir imkan sunmaktadır. Özellikle haksız rekabetten doğan davalarda delil tespiti çok önemli yararlar sağlamaktadır. Örneğin açılacak bir maddi tazminat davasına delil olabilecek bir unsurun (vakıaların) HUMK m. 369 anlamında güvence altına alınması hukuki himaye talep eden açısından gözardı edilemez bir imkandır.

Ancak günümüzde haksız rekabet ve fikri ve sınai mülkiyet alanındaki değişim ve gelişim o denli hızlıdır ki, artık klasik olarak nitelendireceğimiz delil tespiti kurumunun bu alanlara uygulanması beklenen derecede tatmini sağlamamaktadır. Her ne kadar haksız rekabeti meydana getiren bir vakıanın tespitine ilişkin zor kullanma imkanı ve talep sahibinin haklarının korunması nedeniyle tebligat yapılmadan da (habersiz) delil tespiti işleminin icrası mümkün ise de yine de özellikle yabancı hukuk sistemlerinde ön plana çıkan daha etkin ve hukuki himaye talebinde bulunan, daha çok tatmin edecek tarzda sistemler ortaya konmaya çalışılmaktadır. Bunlara örnek olarak, saisie-contrefaçon ve Anton Piller Order sistemini ifade edebiliriz. Saisie-contrefaçon sisteminde patent hakkına tecavüz edilerek (taklit suretiyle) üretilen mala el konulmaktadır. Ayrıca bu kurumda delilleri zor kullanmak suretiyle elde etme imkanı bulunmaktadır. Anton Piller Order sisteminde ise fikri ve sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilen kişi açacağı davadan önce hasım tarafın malları ve defterleri hakkında bilgi sahibi olabilmektedir. Bu sistem, hasmın işletmesine girmiş malları ve belgeleri inceleyebilme ve bunlara elkoyma imkanını sağlamaktadır.

Getirilen sistem ne olursa olsun içerisinde mutlaka bir dengeleyici unsuru da barındırmalıdır. Yoksa hukuki himayeye muhtaç kişiyi tatmin edebilmek için salt imkanlar sağlayan, diğer tarafın haklarını göz ardı eden bir anlayışın kabul edilebilir olması mümkün değildir. Bu bakımdan özellikle

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hasım tarafın ticari işletmesine girmeyi, bütün malları ve belgeleri inceleyebilmeyi ve hatta bunlara elkoymayı sağlayan bir sisteme de tereddütle yaklaşmak gerekir. Çünkü hukuk devleti, hukuki korunma talebi ile bunun gerçekleştirilmesini belli bir denge içerisinde önceden konulmuş ve herkes için uygulanabilir kurallarla gerçekleştirmek zorundadır.

Bu açıdan hukuki korunma talebinde bulunan kimseyi tatmin için getirilecek yeni sistemlerin hasım tarafın menfaatlerini de göz önüne alacak şekilde düzenlenmesi çeşitli haksız uygulamaların da önüne geçilmesini sağlayabilecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KISALTMALAR

ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
AD	:	Adalet Dergisi
BK	:	Borçlar Kanunu
bkz.	:	bakınız
C	:	Cilt
Dall.	:	Dalloz
Dn.	:	dipnot
E	:	Esas
End.Tas.KHK	:	1995 tarihli 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi
İİK	:	İcra İflas Kanunu
K	:	Karar
karş.	:	karşılaştırınız
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
m.	:	madde
Marka KHK	:	1995 tarihli 556 sayılı Markanın Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
NCPC	:	Nouveau Code de Procédure Civile Français
Pat KHK	:	1995 tarihli 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
Rec (Recueil)	:	Derleme
RG	:	Resmi Gazete
s	:	sayfa
T	:	Tarih TD
TD	:	Ticaret Dairesi
TKHK	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BİBLİYOGRAFYA

ANSAY, Sabri Şakir : Tespit Davası, AD, 1940, C. 31, s. 70-86.

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara 1988.

BAŞBUĞOĞLU, Tarık: Uygulamalı Ticaret Kanunu, C. 1, Ankara 1988.

BAŞTUĞ, İrfan / ERDEM, H. Ercüment: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993.

COUCHEZ, Gérard: Procédure Civile, 9. Bası, Paris 1996.

DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999.

DOĞANAY, İsmail: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tespiti Delaile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, AD, 1954/7, s. 888-899.

DOMANİÇ, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988.

ERKUYUMCU, Müfit: Delil Tespitine Müteallik Hükümler Üzerinde Bir İnceleme, AD, 1946/2, s. 126-136.

İMREGÜN, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989.

KALE, Serdar: Haksız Rekabet Hukuku'nda Eski Hale Getirme Davası, İstanbul, 2004.

KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Konya 1997.

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, 3. Bası, Ankara 1968.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 5. Bası, İstanbul 1991 (Kısaltılmışı Usul).

KURU, Baki: Tespit Davaları, İstanbul 1988 (Kısaltılmışı: Tespit).

MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1978.

MONNET, Yves: Contrefaçon du sceau de l'etat, des billets de banque, effets publics, poinçons, timbres et marques, Repertoire de droit penale et de procedure penale C.2.

MÜLKÜS, Halil: İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haczin Uygulama Yeri, ABD, 1969/3, s. 311-312.

NORMAND, Jacques / WIEDERKEHR, Georges / DESDEVISES, Yvon: Nouveau Code de Procédure Civile, Dalloz, 1997.

OLIVIER, Michel: Mesures D'Instruction Confiées A un Technicier, Repertoire Procédure Civile Dalloz, Mart 1997.

ÖNDER, Akil: İhtiyati Tedbirler, AD, 1943/3, s. 121-129.

ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ÖZKAN, Hasan: İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti ve İhtiyati Haciz, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 1997.

PLAİSANT, Robert: Contrefaçon, Repertoire de Droit Penale et de Procedure Penale C.2.

POROY, Reha: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1987.

POSTACIOĞLU, İlhan E: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.

SERRA, Yves: Concurrence Déloyale, Repertoire Commenter, Dalloz, Eylül 1996.

TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 3.Bası, İstanbul, 2004.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981.

VINCENT, Jean / GUINCHARD, Serge: Procédure Civile, 24. Bası, Lyon 1996.

YAVAŞ, Murat: Medeni Usul Hukuku'nda Delil Tespiti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1999.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

-KİTAP İNCELEMESİ-
AVRUPA İSPAT HUKUKU TABLOSU

"Beweis-Preuve-Evidence"
Gründzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa

*Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM**

1) KİTAP HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Alman Nomos Yayınevi, 2003'de Prof. Dr. Heinrich Nagel ve Prof. Dr. Ena-Marlis Bajons'un derledikleri "Beweis-Preuve-Evidence" Gründzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa ("Delil" Avrupa'da Medeni Usul Hukuku İspat Hukuku'nun Esasları) isimli eseri yayınlamıştır.

Türk ispat hukuku, Osmanlı döneminde özellikle senetle ispat konusunda Fransız hukukundan etkilenmiş; Cumhuriyet döneminde, İsviçre Nöşatel Kantonu Medeni Usul Kanunu'ndan iktibas edilmiş olan 1086 sayılı HUMK.'da düzenlenmiştir. Usul hukuku zaman içinde Alman ve Avusturya hukuku etkisinde de kalmıştır[1].

Adaleti temin talebi tanınan bireye, etkin hukuki himaye sağlanması hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Medeni usulün amacı gerçeklik temeline dayalı olarak hakkın tanınması ve tespitidir[2]. Yargılama, olaya hukuk normlarının uygulanmasıdır, olayın saptanması temel meseledir. İspat hukuku, davanın ruhudur, özüdür[3], belkemiğidir. Bu bakımdan ispat hukuku ve enstrümanlarının ayrı bir önemi vardır.

İspat hukukunun tarihi gelişimi ve mukayeseli hukuktaki, özellikle Av-

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 ***M.K. Yıldırım***, Die Einflüsse des französischen-, deutschen und schweizerischen Rechts auf das türkische Beweisrecht, in Dike International 2001, s.47 vd.

2 Bkz. ***H.F. Gaul***, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu, (Çeviren: N. Deren-Yıldırım), İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen M.K. Yıldırım), 4. Bası, İstanbul 2003, s. 114; ***Y. Alangoya/M.K. Yıldırım/N.Deren-Yıldırım***, Medeni Usul Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2005, s. 28, dn. 4b.

3 ***W.Habscheid***, Das Recht auf den Beweis und der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes, JZ 1984, s. 381 vd., 382 de R.Perrot 'a atfen.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rupa'daki durumu incelenmek gerekir[4]. Toplumsal gelişmeler asırlar boyu ispat hukukunu tedrici olarak etkilemiştir. Yakın geçmişte, doğu Avrupa'daki bloğun çözülmesinin yarattığı coğrafi genişleme, teknolojik gelişim de ispat hukukunu bir ölçüde tesir etmiştir.

Bilindiği üzere, mukayeseli hukukun pek çok işlevi bulunmaktadır. Bunlar, milletlerarası anlaşmaların ve düzenlemelerin hazırlanması ve yorumunda yeknesaklığın sağlanması, hukuk dogmatiğinin daha iyi kavranması için bilgi toplama, hukuk eğitiminde nosyonun oluşturulması; kanun tasarıları hazırlıklarına yardımcı olmasıdır[5]. Mukayeseli hukuka ilişkin çalışmalar[6], uluslararası yeknesak kurallar oluşturulması düşüncesini de geliştirmekte, desteklemektedir[7].

Heinrich Nagel, daha önce 1967 yılında, "Die Grundzüge des Beweisrechts im Europaischen Zivilprozess" isimli eseri yayınlamıştı. Eser, sırasıyla, "İspat Hukukunun Esasları" (s. 27-138), "Medeni Yargılamada İspat Hukukunun Tarihi Gelişimine Bakış" (s. 141-235), "Münferit Deliller İçin Yargılama Kurallarını Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirme" (s. 239-401) ve "İspat Hukukunun Farklı Düzenlenmesinin Milletlerarası Usul Hukukuna Etkileri" (s. 405-479) başlıklarını taşıyan dört bölümden oluşuyordu. Eserde Almanya, İsveç, İspanya, Fransa, İtalya, İngiliz ve Sovyetler Birliği olmak üzere toplam 7 ülke hukuku incelenmişti.

Nagel tarafından 1967 yılında yayınlanan kitap ile 2003 yılında yayınlanan kitap karşılaştırıldığında belirgin farklar görülmektedir. Eser, tamamen yenilenerek daha kapsamlı ve farklı bir konseptte sunulmuştur; sayfa sayısı 483'den 857'ye, incelenen ülke sayısı 7'den 24'e ulaşmıştır. Derleyen-

---

4 ***Nagel/Bajons***, s. 814 dn. 1'deki ***H. Nagel***, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess, Baden-Baden 1967, s. 139 vd.; ***R.C. van Caenegem***, History of European Civil Procedure, in International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI (Civil Procedure), Chapter 2 1973; ***R. Stürner***, Geschichtliche Grundlinien des europäischen Beweisrechts, in: FS Söllner, München 2000, s. 1171 vd.; ***Yıldırım***, Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 3-31.

5 ***Stürner/Stadler***, Eigenarten der Prozessrechtsvergleichung, in: Transnationales Prozessrecht (Hrsg. P. Gilles), Baden-Baden 1995, s. 263 vd.

6 Örneğin son olarak, ***P. Gottwald***, Zum Stand der Zivilprozessrechtsvergleichung, in: FS Schlosser, Tübingen 2005, s. 227 vd.

7 Avrupa Medeni Usul Kanunu için ***H.Roth,*** Die Vorschlaege der Kommission für ein europaeisches Zivilprozessgesetzbuch- das Erkentnissverfahren, ZZP 109 (1996), s.271 vd; Avrupa İhtiyati Tedbirler ve İcra Hukuku için bkz.: ***E.Schilken***, Die Vorschläge Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch- einstweiliger und summarischer Rechtsschutz und Vollstreckung, ZZP 109 (1996), s. 315 vd.. Uluslararası kapsamda bkz.: ***G.C. Hazard***, ***R. Stürner***, ***M. Taruffo*** ve ***A. Gidi***'nin American Law Institut (Philadelphia) ve Unidroit (Roma) için hazırladıkları ve Nisan-Mayıs 2004'te tamamladıkları "Principles and Rules of Transnational Civil Procedure" taslağı için bkz.: Unidroit 2004 Study LXXVI - Doc. 12 (February 2004), Council Draft. No. 2 (September 2003) Principle 5.3, 10.2; Rule 7.4, 11.2. Ayrıca daha öncesi için bkz.: ***Stürner***, Modellregeln für internationalen Zivilprozess?, in ZZP 112 (1999), s. 185 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ler olarak Nagel ile Ena-Marlis Bajons dışında, milli raporları ile G. Arnaudova, C.M. Bervoet, K.E. Beys, P. Böhm, A. Chizzini, C. Fennell, C. Garrett, H.M. Granow, S. Kofmel-Ehrenzeller, B. Lindell, H. M. Michelsen, J. Mokry, G. Möller, J. Nemeth, Z. Papp, S. Patti, G. Rouhette, M. Schwonke, E. Smith, J. Sobkowski, V. Steiner, M.E. Storme, I. Tölg, A. Uzelac katkıda bulunmuşlardır.

İncelenen kitapta, 3 ila 785.nci sayfalar arasında sırasıyla Belçika, Bulgaristan, Danimarka, Almanya, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Hırvatistan, Lichtenstein, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Avusturya, Polonya, Portekiz, İsveç, İsviçre, Slovakya, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, İngiltere-Galler ve İrlanda ülkeleri Milli Raporlarına ve ardından s. 788-812'de tablo şeklinde karşılaştırmalı bir kavram fihristine yer verilmiştir.

Nagel'in tek başına çıkardığı 1967 tarihli baskıdaki tarihçe ve mukayeseli hukuk bölümü yeniden ele alınmamıştır.

Ena-Marlis Bajons'un sonuç bölümünde (s. 815 vd.) belirttiği üzere, mukayeseli hukukta önemli gelişmeler yaşanmaktadır; Avrupa ispat hukukunun temel eğiliminin kapsamlı bir analizi sonraki basıya bırakılmıştır. Ancak asırlarca değişmeden kalmış olan şekli taraf yemini gibi arkayik usul kurumlarının bertaraf edilmiş oldukları hususu ve e-doküman gibi yeni delillerin kanunen düzenlendikleri gibi hususların tamamı dikkate alınmıştır.

İspat hukukunun tarihi gelişimi anahatları ile şu şekilde açıklanabilir[8]. Tarihte önce akıl dışı deliller[9], sonra akli deliller kullanılmıştır. Deliller arasında şahit ve senet delilin, biri diğerine alternatif teşkil etmesi nedeniyle özel bir yeri olmuştur. Zaman içinde senetle ispat kuralının yerini, şahit delil ve dolayısıyla delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi almıştır. Senetle ispat kuralının kabulü bakımından Fransa'da 1566 tarihli Ordonnance de Moulins bir dönüm noktasıdır, şahit delil 1667 Ordonans'ı ile giderek geri plana itilmiştir. Kıta Avrupasında eskiden yargılamada şeklilik, yazılılık ve gizlilik ilkeleri etkiliydi; delil olarak senet ve şahit dışında karineler, mahkemece maruf ve meşhur olan hususlar ve taraf yemini kullanılırdı. Şahit delil kullanıldığında, kullanılan şahidin cinsiyetine göre farklı puanlar verilir, sonuçta puanlar matematik hesap ile toplanır ve tam isbata ulaşılıp

---

8 ***Nagel***, Die Grundzüge, s. 139-236; ***Yıldırım***, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 3-32; ***Stürner***, FS Söllner, s. 1178 vd.; ***Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım***, s. 324. Senetle ispat konusunda ayrıca bkz.: ***H. Konuralp***, Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988, s. 8 vd.

9 Milattan önce 3000 yıllarına dayanan, hukuk ve ceza yargılamasının henüz birbirinden ayrı olmadığı Mezopotamya ve Anadolu'da yaşamış olan Sümerlerde, M.Ö. 2100 tarihli Codex Urnammu da "Nehir Ordali" (Wasserordal) yer almaktadır. Suçla veya borçlu olmakla itham edilen kişi nehre atılır, nehirde boğulmaz ise onun haklılığı bu ordal sayesinde ispatlanmış olurdu (***Wesel***, Geschichte des Rechts, 2. Auflage, München 2001, no.63 vd.). Nehir ordali tableti örneği Ankara Anadolu Medeniyetleri Müzesinde sergilenmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ulaşılmadığı tespit olunurdu. Fransız ihtilali döneminde Voltaire ve Napolyon, matematik hesaplamaya şiddetle karşı çıkmıştır. Fransız ihtilali ile "vicdani kanaat" esası hukuk kültürüne girmiştir. Bu ilke aslında hem kanuni ispat teorisinin karşıtı, hem de hâkimin hayat olayından izlenimler edinmesi olarak anlaşılmıştır[10]. Bugün Avrupa ispat hukuku, tüm bilgi kaynaklarından imkân ölçüsünde yararlanılması, sıkı ispat kurallarının terk edilmesi ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesine imkân tanınması ve delillerin mahkeme dışında ve hatta yargılamadan önce ikamesine izin verilmesi esaslarına dayanmaktadır. Bütün bu gelişmeler günümüzde kabul gören medeni usul hukukunun gerçeklik temeline dayalı olarak maddi hukukun tanınması ve tespiti amacına uygun düşmektedir.

2) MUKAYESELİ HUKUKUN AVRUPA ÖLÇEĞİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Ena-Marlis Bajons şu hususlara dikkat çekmektedir (s. 815-819):

Temel sorunlardan biri, mevcut bir delile ilk defa kim temas edecektir ve tarafların tahkikatta karşılıklı olarak işbirliği yapma yükümlülüğü var mıdır, varsa ne ölçüdedir? Anglo-Sakson yargılama modelinde tahkikata ilişkin, Adversarial sistemde asıl duruşmaya kadar davanın yürütülmesi taraflara verilmiştir (s. 819-820)[11].

Dava malzemesi üzerinde taraf hâkimiyeti var mıdır, varsa kapsamı nedir? (Vakıaların taraflarca getirilmesi- resen araştırma ilkeleri ve elbirliği ile hareket ilkesi)[12].

Hâkim ne ölçüde ve ne zaman delillerle temasa geçer, onları değerlendirir? (Delil ikamesinin doğrudanlığı ilkesi)[13].

İhtilaflı olayda hüküm için önemli vakıaları kim getirmekle yükümlüdür? (Sübjektif-objektif ispat yükü)[14].

---

10 ***Yıldırım***, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 13.

11 Adversarial sistemi hakkında geniş bilgi için bkz.: ***Alangoya***, Dava Temeli, Hakimin Dava Malzemesinin Toplanmasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Kazancı Dergisi, S. 9, Mayıs 2005, s. 99 vd.

12 ***E. Becker-Eberhard***, Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesini Esasları ve Sınırları, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen M.K. Yıldırım), 4. Bası, İstanbul 2002, s. 17-42; ***E. Schilken***, Medeni Yargılamada Hakimin Rolü, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen M.K. Yıldırım), 4. Bası, İstanbul 2002, s. 43-66; ***N. Deren-Yıldırım***, Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 833-841; ***Y. Alangoya***,, Dava Temeli, s. 83 vd.; ***R. Greger***, Kooperation als Prozessmaxime, in: Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im Geeinten Europa (Hrsg. Gottwald), Bielefeld 2000, s. 77-84.

13 ***Yıldırım***, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 90-95.

14 ***B. Umar/ E. Yılmaz***, İspat Yükü, 2. Bası, Ankara 1980; ***Yıldırım***, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 74-76; ***Schilken***, s. 64; ***Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım***, s. 336 vd.; ***S.Üstündağ***, Medeni Yargılama Hukuku, 7.Bası, İstanbul 2000, s.613 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Delil ikamesinin farklı derecelerde şeklileştirilmesi konusu (Katı ispat ile karşıtı serbest ispat)[15]. Avrupa ölçeğinde medeni yargılama hukukları şahit, taraflar, bilirkişi, senetler ve keşif olmak üzere beş klasik delile yer vermektedir. Delil katalogundaki bu beş delile ve usul kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen ispat katı, sıkı ispat olmaktadır.

3) HÂKİM VE TARAF ARASINDA GÖREV DAĞILIMI: GELENEK VE YENİ YAKLAŞIM

Kıta Avrupasında delil ikamesinin mahkemenin işi olduğu asırlar önce benimsenmiştir. Soru sadece acaba delil ikamesinden önce tarafın konuya ilişkin bir dilekçe vermesinin şart olup olmadığından ibarettir. Kıta Avrupasında vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesi ve resen araştırma ilkesi kavramları kullanılmaktadır. Bu durum Anglo Sakson hukukuna uymamaktadır. Oradaki adversarial sistem ve inquisitorial sistem kavramları, tüm delil ikamesinin asıl duruşmanın hazırlığına hizmet ettiği bambaşka bir yargılama kültürüne sahip bir sisteme aittir. Yargılama pre trial ve trial safhası olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Kıta Avrupasında tasarruf ilkesi ile tarafın, usuli talep hakkında tasarruf edebileceği, ancak ihtilaflı vakıalar ve deliller bakımından sınırsız bir tasarruf yetkisi olmadığı fikri egemendir. Hâkimin, tarafın dilekçesi olmadan dahi gerekli delile ulaşabilmesine imkân tanınmaktadır (Avusturya'da Kooperationsmaxime)[16]. Delil ikamesinin konusunun ne olabileceği sorusunu Romanist hukuk sistemi (ki en önemli örneği Fransız hukukudur), Disposition (tasarruf) ilkesini bir ayrım yapmaksızın hem usuli talep hem vakıalar için kullanması nedeniyle, saf, katı bir şekilde taraflarca getirme ilkesi konseptine bağlı tutarak cevaplandırmaktadır (s. 821-822).

Dava konusu, dava (davacı ve davalının dilekçeleri) ile sabit, belirli hale gelir ise de, bu dilekçeler dava kompleksinin tam, mükemmel biçimde açıklanmasına yetmemektedir. Dava kapsamının açıkça belirlenmesi için hâkimin, taraflarla hukuki görüş alışverişinde bulunması lazımdır. Hâkimin taraflarla işin hukuki yönünü görüşmesinin önemi giderek artmakta ve sürpriz karar verme yasağı vurgulanmaktadır[17]. Esas hakkında karar ver-

---

15 ***Yıldırım***, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 87-90; ***Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım***, s. 323, dn. 5.

16 Avusturya için bkz: ***W.H. Rechberger***, Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması, in: İlkeler Işığı Altında, s.6. Almanya için bkz.: ***Schilken***, s. 65-66. Son olarak ***N.Deren-Yıldırım***, Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 817-832; ***N.Deren-Yıldırım,*** Die Kooperationsmaxime und ihre ideologischen Aspekte, in: FS Rechberger, Wien 2005, s.103-113.

17 ***Schilken***, s. 61; ***Gaul***, s. 91; ***Becker-Eberhard***, s. 33 vd. § 139 ZPO'nun yeni başlığı "Maddi Bakımdan Yargılamanın Yürütülmesi" halini almıştır (Geniş bilgi için bkz.: ***E. Becker-Eberhard***, Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında, 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları (Derleyen N. Deren-Yıldırım), İstanbul 2003, s. 59 vd., 69).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

meden önce hukuki açıklama yapılmamış olması, tarafların hukuki dinlenme hakkının ve bu bağlamda ispat hakkının ihlal edilmiş olduğu anlamına gelmektedir.

Tarafların, belirli bir delilin (şahit veya senet delilin) hâkim tarafından resen ikamesini, ortak iradeleri ile (örneğin, delil sözleşmeleri akdederek)[18] engellemelerine izin verilmesi, vakıalar üzerinde tasarruf yetkisinin gerçek bir kalıntısıdır.

Hâkim, tarafların talebi olmaksızın delile başvurabilir mi? Sorusu da önemlidir. Ancak tarafların doğruluk ödevi[19] ve davayı teşvik ödevi[20] bulunduğu doktrinde genel kabul görmektedir ve bu dava yükünün ihlali durumu için öngörülen müeyyideler (özellikle delillerin değerlendirilmesinde aleyhinde değerlendirme kriteri olarak kullanılması) yeterli olmaktadır. Tahkikata ilişkin normatif esaslar Avrupa'da her ülkenin yargılama geleneğine göre değişiklik arzeder (s. 824)[21].

Tahkikatı yapan ve kararı veren mahkemenin (hâkimin) yeknesaklığı veya birbirinden ayrılması, 19. yüzyıl başlarında ispat prosedüründe doğrudanlığın arzulanan sınırı, ölçüsü yazılı ve gizli yargılama usulü yerini sözlülük ve alenilik ilkesine yer veren modern bir yargılamaya terk etmiştir[22]. Yargılama hukukunda sözlülük-doğrudanlık-alenilik üçlemesi günümüze dek değişmeden varlığını sürdürmüştür. Sisteme yeni bir teknik olarak videokonferans desteğinin dâhil edilmesi de (Almanya'da § 128a ZPO) bir değişikliğe yol açacaktır ve bu doğrudanlığı güçlendirmektedir (s. 825, 857).

---

18 Türk hukukunda HUMK. m. 287. Münhasır olan-olmayan delil sözleşmeleri ayrımı için de bkz.: ***Yıldırım***, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 255-263; ***Y. Alangoya***, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 174, 176. Ayrıca bkz. ***S.Taşpınar***, İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001. Delil sözleşmesinin, baştan yasaklayıcı kural getirmesi nedeniyle ispat hakkını sınırlamış olan senetle ispat kuralından farkı hakkında bkz.: ***Yıldırım***, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.690.

19 Doğruluk ödevi hakkında bkz.: ***Schilken***, s. 58, 60-61; ***Becker-Eberhard***, s. 25-31; ***Gaul***, s. 110; ***Yıldırım***, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 144 vd.; ***Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım***, s. 310.

20 Özellikle § 282, 277 dZPO. Davayı teşvik ödevi (Prozessförderungspflicht) hakkında bkz.: ***Rosenberg/Schwab/Gotwald***, ZPR, § 81. Ayrıca bkz.: ***Gaul***, s. 109; ***Schilken***, s. 63.

21 Türk hukukunda HUMK. m. 213 vd.; Mukayeseli Hukuk için de bkz. ***M.K. Yıldırım***, Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 467 vd. İsviçre Tasarısı'nda teksif ilkesi yerine teklif edilen "Erledigungsmaxime" (ihtilafın halledilmesi ilkesi) için bkz.: ***Sutter-Somm***, Schwerpunkte und Leitlinien des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Sutter-Somm, Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, s. 11 vd., s. 21; ***Alangoya***, İsviçre'de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru, Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 83 vd., s. 87.

22 ***Yıldırım***, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 90-98; ***Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım***, s. 208-209.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

4) İSPAT YÜKÜ VE İSPAT ÖLÇÜSÜ: DAVA KAYBETME RİSKİNİN YÖNLENDİRİLMESİ

Hâkim, iddia olunan vakıayı, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine tabi olarak tahkik etmiş, tahkikatı sürdürmüş ancak iddia ispatlanamamış ise, bu durumda, ispat yükü kurallarına yönelecektir. Hâkimin ispat yüküne yönelmesi, şart koşulan ispat ölçüsüne sıkı şekilde bağlıdır. Ölçüt, "kesinlik sınırında ihtimal"den ağır basan ihtimal ilkesine kadar değişebilir[23]. İspat yükünün dağılımı, karinelerin kullanılması, ilk görünüş ispatıyla yetinilmesi ihtilafa dair karar açısından hayati önem kazanmaktadır. İspat yükünün kullanılması hasmın ibraz ödevi ile verilerin davadan önce senetle (belgeyle) tasvirini düzenleyen normlar ile teşvik edilmektedir. Bu tür ödevlerin (örneğin, ticari defterlerin tutulması, işletme kayıtlarının saklanması) yerine getirilmemesi veya delilin, ispatı engelleme amacıyla sonradan yok edilmesi davanın kaybı şeklinde müeyyidelendirilmektedir. İspat kolaylıkları ve ispat yükü kuralları etkin hukuki korunmanın vazgeçilmez enstrümanlarıdır (s. 831).

5) DELİL VE İSPAT DEĞERİ: TAHKİKATIN NORMATİF VERİLERİ

A) Delilin İspat Kuvvetinin Zaman İçinde Sabit Hale Gelmesi

Usul hukuku tarihinin en önemli sayfası, hâkimin, ispat kuralları ile bağlı olması nedeniyle delilleri takdir edememesinden, delilleri serbestçe değerlendirmesine geçişidir. Kaser/Hackl'a göre, zamanında Romalıların delillerin serbestçe değerlendirilmesine geçişi, hukuk etiği bakımından yaptıkları en önemli işlerden birisidir (§ 18 II 1, 53 I-II Bajons, no. 832). Hakimin kurallarla bağlı olduğu sistemde, delillerin ispat değeri, tecrübelerden elde edilmiş değerlerin genelleştirilmesinden kazanılmış ve ispat bakımından önemli hususların önceden belirlenmiş değerlemesine dayanan katı ispat kurallarına kanalize edilmek suretiyle objektifleştirilir.

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi sisteminde hâkim delilleri kendi sorumluluğunda değerlendirir. Hâkimin kanaatinin objektifliği, bu kanaate ulaşma sonucunun makul görünmesini sağlayan mülahazaların takip edilebilirliği ve açıklanması sayesinde olur (s. 832).

Delil ikamesinin şekilleştirilmesi suretiyle delillerin değerlendirilmesi kriterlerinin objektifleştirilmesi: Buna örnek olarak; şahit delilde, belirli kişilerin taraflara veya dava konusuna önemli derecede yakınlığı dolayısıyla şahitliğine izin verilmemesi; belirli bir para değerini aşan hukuki işlemlerin ispatında şahit delil kullanılamaması; şahidin tarafın yokluğunda dinlenmesi; şahidin önceden belirlenmiş ve kendisine açıklanmış soru katalogundaki sorularla ilgili dinlenmesi verilebilir (s. 834).

Delil seçiminde en eski ve bugüne dek aşılamamış olan sınırlama, 1566

---

[23] İspat ölçüsü hakkında bkz.: ***Yıldırım***, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 39 vd.; ***Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım***, s. 328. Ayrıca bkz.: ***Gaul***, s. 104.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tarihli Moulins Ordonansı ile Fransız hukukuna girmiş olan ve daha sonra 1667 tarihli Ordonans ile pekiştirilmiş olan, belirli bir para değerini aşan hukuki işlemlerin sadece senetle ispatı ve şahit delil kullanılması yasağı kuralıdır (s. 837). Bugün bu kurala sahip Güney ve Orta Avrupa ülkelerinde parasal değer, Avro bazında karşılaştırıldığında ya çok düşük, ya da çok yüksektir, İspanya'da sadece yaklaşık 9, Fransa'da 800, İtalya'da ise 2003 tarihli Tasarı'ya göre 25.000 Avro'dur[24]. Parasal değerde yeknesaklık olmaması ve büyük fark bulunması dikkat çekicidir

B) Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukukunun Klasik Delilleri

Bunlar, şahit, taraflar, belgeler, bilirkişi ve keşiftir.

Şahit: Hâkim, şahidin ifade verirken, algıladıklarını aktardığını biliyorsa, bu ifade onun üzerinde çok kuvvetli bir etki yaratır; yeri başkası tarafından doldurulamayacak bir şahitin artık "en iyi delil" olduğu kabul edilir. Herkes şahitlik yapmak zorundadır. Şahit, sözlü ifadede bulunabilir, hükmi şahıslar bakımından "bilgilendirilmiş temsilci" konumunda olan kişilerin yazılı açıklamada bulunmalarına izin verilebilir (s. 839 vd.).

Taraflar: Şekli taraf yemini Kıta Avrupası medeni yargılama hukukunda yüzyıllar boyu egemen olmuştur. 19. Yüzyıl ortalarında İngiltere'de tarafın hasmını şahit olarak davet etmesi usulü kabul edilmiştir. Bu düşüncenin, Kıta Avrupası yargılama hukukuna girebilmesi, delillerin serbestçe değerlendirilmesi sisteminin kabulü sayesindedir. İngiliz hukukundan esinlenerek, tarafın ifadesini delil olarak kabul eden ilk ülke Avusturya'dır (1895 tarihli Medeni Usul Kanunu ile tali delil olmak üzere). Kuzey ülkeleri usul kanunları taraf isticvabını asli delil olarak benimsemişlerdir. Taraf isticvabı Almanya'da tali nitelikte bir delildir, Avusturya ise 1983 tarihli kanun değişikliği ile diğer delillere eş değer kılınmıştır[25].

---

24 Türk Hukukunda 21.7.2004 den itibaren parasal sınır 400 milyon TL., 400 YTL'dir. Yaklaşık 250 Avro'ya tekabül etmektedir.

25 Usul Hukuku Hocaları Derneğinin Kongresinde (Hamburg 2000) Almanya, Avusturya ve İsviçre'deki hukuki durumu açıklayan D.Coester-Waltjen, P.Oberhammer ve T.Sutter-Somm'un tebliğleri üzerine yapılan tartışmalar için bkz. ***K. Oepen***'in "Parteiaussage und Parteivernehmung am Ende des 20.Jahrhunderts" ZZP 113 (2000) s.347 deki raporu. Tebliğler de yine aynı dergide yayınlanmıştır.

Türk literatürü için bkz. ***E. Tercan***, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001; ***Yıldırım***, Teksif ve Sözlülük İlkeleri, Önen'e Armağan (2003), s. 488-490; ***Üstündağ***, s. 758 ve orada dn.30 daki Yargıtay içtihatları.

Türk literatüründe bir görüşe göre, isticvap ikrar elde etme aracıdır (***Postacıoğlu***, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.Baskı, İstanbul 1975, s.565; ***Kuru/Arslan/Yılmaz***, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 13. Baskı, Ankara 2001, s.418; ***Bilge/Önen***, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s.484). ***Kiraz***'a göre ise, isticvap, bu amacın ötesinde daha fazla istifadeye açıktır, isticvaptaki ikrar faraziyesinde dahi hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır (Medeni Usul Hukukunda İkrar, Ankara 2005, s.94, 99), Ne var ki Kiraz, Alman Federal Mahkemesinin isticvap sırasındaki ikrarın bağlayıcı etkisini kabul eden 1952 t.li kararını da isabetli bulmaktadır (s.100).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Tarafın dinlenmesi: Taraf, isticvabın dışında, yine hâkim tarafından bilgi almak amacıyla da dinlenebilir. Hâkim, hayat olayının açıklığa kavuşması için tahkikat kapsamında, maddi anlamda sevk yetkisini kullanarak tarafı dinleyebilir. Hâkim, tarafın (duruma göre avukatının) sorulara verdiği cevapları, takındığı tavrı ve gösterdiği reaksiyonu, delillerin serbestçe değerlendirilmesinin unsurlarından olan yargılama sonuçlarının genel değerlendirilmesi çerçevesinde kullanabilir (s. 843 vd.).

Şekli taraf yemini, eski kanuni ispat teorisi zamanından arta kalan ve çoğu ülkede terkedilmiş olan bir kurumdur. Şekli taraf yemini, onu muhafaza eden ülkelerde de, belirli bir şekilde taraf isticvabı da benimsenmiş olduğundan, pratik olarak değerini yitirmiştir (s. 846). Mahkeme içi ikrar: Tam ispatı sağlama işlevinden tarafların ihtilaf açısından önemli vakıalar hakkında tasarrufta bulunması anlayışına geçilmesi. Günümüzdeki bu işlev değişikliği delillerin serbestçe değerlendirmesi ilkesinin hâkimiyetinden sonra ortaya çıkmıştır. Bugün ikrar daha ziyade, taraflara vakıalar üzerinde tasarruf etme hakkı vermesi yönüyle algılanmaktadır. Birçok ülkede ikrar edilen vakıanın çekişmeli olmaktan çıkacağı bir kanun hükmü halini almıştır[26]; buna göre artık ikrarın şekli ispat kuvvetinden de söz edilemez.

Belgeler (senetler): Önemli bir ispat vasıtasıdır. Romanist hukuk sisteminde, yazılı deliller, ortaya çıkan ihtilafa eşit mesafede oluşu ve tarafsızlığından aldığı gücüyle yüzyıllardan beri şahit delile nazaran önceliğini kaybetmeden ve fakat yazılı delil başlangıcı kurumunun önemli sınırlamalarıyla birlikte kullanılmaktadır. Gerçek bir belgenin ispat kuvveti artırılmıştır. Delil sağlamak amacıyla hazırlanmış bir belge, basit bir işlemle mahkemeye ibraz olunur, delil ikamesine yönelik şekli bir prosedüre ihtiyaç duyurmaksızın dava dosyasının bir parçası halini alır, bu belgeyi karşı taraf da inceleyebilir. Resmi senetlerin özellikle yüksek bir ispat kuvveti vardır ve bu, çoğu zaman yazılı husus hakkında tam ispatı sağlayıcı biçiminde şekli ispat kuralları içerisinde yazılmıştır. Geleneksel olarak ticari defterlere de yüksek ispat kuvveti tanınmaktadır, zira kayıtların tutulması usulü kanunla düzenlenmiştir ve kayıtlar sonradan yapılabilecek sahtekârlıklara karşı korunmuştur. Taraflar ve dava dışı üçüncü kişiler bakımından ellerindeki belgenin ibrazı ödevi, yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bağlamda, teknoloji alanındaki son gelişmelere bağlı olarak, elektronik dokümandan da söz edilmek gerekir (s. 847 vd.).

Bilirkişi delil: Avrupa ülkeleri usul kanunlarında bilirkişi, taraf ile mahkeme arasında bir konuma sahiptir. Bilirkişi, hâkime tahkikatta yardımcı olur ve hukuk dışı özel alanlarda konuya ilişkin bilgisi ile hâkimin sınırlı nitelikteki karar verme kabiliyetini tamamlar. Bu özel durumu onun

[26] Örneğin HUMK.m.238 II; 236 I: "mukir aleyhine delil teşkil eder".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bir taraftan "hâkimin yardımcısı"[27] (bugün daha açık bir ifadeyle, danışmanı ve ortağı= partneri), diğer taraftan "taraf delili" olmasını da açıklamaktadır. Bilirkişi kurumu kendi içinde, mahkemenin görevlendirdiği bilirkişi, taraf bilirkişisi ve özel bilirkişi olmak üzere tasnif edilmektedir. Kıta Avrupası yargılamasında, hâkim bilirkişiyi atamakta, görevini belirlemektedir; bu sistemde taraf bilirkişisi, mahkemenin atadığı bilirkişinin sunduğu raporun daha iyi kontrolüne imkân vermek suretiyle sadece geniş anlamda iddia ve müdafaa hakkının daha iyi bir şekilde kullanılmasına hizmet edebilir; bu nedenle müstakil bir delil olarak değil, sadece tarafın dilekçesinin bir parçası veya senet delil olarak ikame edilebilir. Hakkında hukuk dogmatiğine ilişkin böyle bir düzenleme bulunmayan ülkelerde, özel mütalaanın, diğer delillere nazaran ispat kuvveti yükseltilmemiştir. Yabancı maddi hukukun açıklanmasında çoğunlukla bilirkişiye başvurulur (s. 852 vd.).

Keşif: Klasik bir delildir, bir kişi veya eşya üzerinde hâkimin kendi kapasitesiyle sınırlı olmak üzere doğrudan algılamasına imkân verir (s. 856).

Delil ikamesinde yeni bir teknik olarak videokonferans sayesinde, tarafların rızası ve hâkimin onayı şartı ile davanın taraflarından birinin, şahidin veya bilirkişinin mahkeme salonundan başka bir yerde iken dinlenmesi ve onun ses ve görüntüsünün aynı anda mahkeme salonuna aktarılması sağlanmaktadır. Bu sayede, delil ikamesinin doğrudanlığı ilkesi, coğrafi uzaklığın yarattığı olumsuzluklara rağmen uygulanabilir olmaya devam edecektir.

Mukayese sonucunda her ülkenin kendine has, devlet, ekonomik ve toplumsal politikalarına dayalı durumlarına göre farklı usul kanunları, ispat hükümleri bulunduğu açıkça gözler önüne serilmiştir. Bunların geleneksel çeşitliliğinin, farklılığının korunması gerektiği ve ancak uzun vadede evrim yolu ile karşılıklı yakınlaşma gerçekleşebileceği düşünülmektedir (s. 858-859).

SONUÇ:

Prof. Dr. Heinrich Nagel ve Prof. Dr. Ena-Marlis Bajons'un derledikleri "Beweis-Preuve-Evidence" Gründzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa ("Delil" Avrupa'da Medeni Usul Hukuku İspat Hukuku'nun Esasları) isimli eser, mukayeseli hukukun temel başvuru kaynakları arasında sayılabilir.

Avrupa ölçeğinde yeknesak bir medeni usul kanunu projesi için temel bir materyal özelliği taşımaktadır.

Münferit milli medeni usul kanununun hazırlanması, kanun değişiklik-

---

27 Geniş bilgi için bkz. ***M.K. Yıldırım***, Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.833-841; ***M.K.Yıldırım***, Der Sachverständige im türkischen Beweisrecht, in: FS. Rechberger, Wien 2005, s. 749-760. Usul kanunlarında taraf delili olarak düzenlendiği görüşü için bkz. ***R. Arslan*** Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Yargı Reformu 2000 Sempozyum, İzmir Barosu, s.190. Karş. ***S. Tanrıver***, Bilirkişinin Hukuki Statüsü Yükümlülükleri, Ankara 2002.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

leri yapılması, yeni kanunlaştırma hareketleri açısından da mukayeseli hukuk bilgileri önemli ve yararlıdır.

Türk hukuk hayatında, son dönemde, temel maddi hukuk düzenlemesi olan Medeni Kanun değiştirilmiş ve Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Tasarıları hazırlanmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından 2004 yılında kurulan ve üyesi bulunduğum "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Komisyonu", çalışmalarını sürdürmektedir. Avrupa'daki, özellikle ait olduğumuz hukuk ailesindeki (Almanya ve Avusturya Medeni Usul Kanunlarındaki) gelişmelerin ve yeni eğilimlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Mukayeseli hukukta taraflar için vakıaları eksiksiz sunma, doğruluk ödevi getirilmiş ayrıca hakim davada maddi anlamda sevk yetkisiyle donatılmak suretiyle taraflar karşısında etkin kılınmıştır (Almanya için § 138 ve § 139; Avusturya için § 182 ZPO).

Türk medeni yargılama hukuku, HUMK'daki haliyle ispat hukuku eski dönem liberal dünya görüşünün izlerini taşır; buna göre ispat, tarafa düşen bir yüktür.

Türk ispat hukukunda, HUMK'nda deliller bakımından, ticari davaları senetle ispat kuralından ayrık tutan hükmün (m.291) ilgası, taraf isticvabı ve bilirkişi delile ilişkin bazı maddelerin (m. 234, 275, 286) yeniden formüle edilmesi ve elektronik imzalı belgelere ilişkin ek bir düzenleme (m. 295A) dışında önemli bir değişiklik yaşanmamıştır. Türk yargılama kültüründe, uygulamaya bakıldığında, yargılamada yazılılık usulünün; ispat hukukunda belirli bir para limitini aşan hukuki işlemler bakımından senetle ispat kuralının cari olduğu görülür. Türk Hukukunda 400,00 YTL'lik parasal sınır düşüktür, yazılı delil başlangıcı kurumu dar yorumlanmaktadır. Meri hükümlere göre, senet delilin diğer delillere göre önceliği ve ayrıcalığı, sadece hukuki işlemlerin ispatı alanında olabilir[28]. Senetle ispat kuralı Romanist sistemde, hukuki güvenlik sağladığı için kullanılmaktadır ve zaman

---

[28] Yargıtay İBBGK. ceza mahkemesinin senedin sahteliği iddiasına ilişkin delilleri serbestçe değerlendiremeyeceğine, senetle isbat kuralını uygulaması gerektiğine karar vermiştir 24.3.1989 tarih ve E. 1988/1, K. 1989/2 s.lı kararı RG. 5.2.1990, Sayı 20424, s. 3 vd. Ayrık oy yazıları s. 7-22. Karar eleştirisi için bkz.: ***M.K. Yıldırım***, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen M.K. Yıldırım), 4. Bası, İstanbul 2003, s. 136 vd. Karş.: ***Y. Alangoya***, Senede Karşı Senetle İspat Kuralı, Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, s. 526.

Yargıtay, munzam zararın ispatında, tacirin, somut delillere dayanmamışsa, alacağının zamanında alması halinde onu ticari işletmesinde değerlendireceği konusunda bir karinenin varlığından söz edilemeyeceğini; zira BK.42/2 ve HUMK.m.240'ın, hâkimin önüne gelen somut olayların kendine özgü durum ve koşullarıyla doğrudan ilgili olduğunu; kaynağını değişik ve çok türlü maddi olgulardan alan zararların kanıtlanması işleminin içtihatların birleştirilmesi yoluyla tek bir ispat vasıtasına bağlanmasının, özellikle delillerin serbestçe takdir edilip vicdani kanaate göre hüküm kurulması kuralına aykırı olacağı gerekçesine dayanmıştır. Yargıtay İBBGK 8.10.1999 tarih ve E.1997/2, K.1999/1 s.lı kararı.

HUMK.m.288 in amme intizamı düşüncesi ile konulmamış olduğu hakkında bkz. ***Üstündağ***, s.655; ***Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım***, s. 407.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

içinde hayatın gereklerine uygun olarak özellikle yazılı delil başlangıcı kurumu vasıtasıyla ciddi sınırlandırmalara maruz kalmıştır.

Mukayeseli hukukta – ki Romanist sistem de buna dahildir- ise, taraflar, yargılamada bilgi kaynağı olarak algılanmaktadır; tarihi gelişim itibariyle taraf yemininden, taraf isticvabına geçilmiştir[29]; taraf isticvabının delil olduğu tartışılmamaktadır. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin (HUMK m. 240) kabulü sayesinde, taraflar önemli bir ispat kaynağı halini almaktadır; bu bağlamda, hâkim şekle tabi olmadan tarafı dinleyebilir (HUMK m.213/I), bunları ve ayrıca duruma göre sözlü duruşmada elde edilen sonuçları, davranışların değerlendirilmesi kapsamında değerlendirebilir, taraf isticvabını -kimi durumda ikrar sonucunu da sağlayabilecek şekilde (HUMK m.234) - ve olayda mevcut ise mahkeme dışı ikrarı da (HUMK.236 IV) kullanabilir.

Türk uygulamasında ise, sözlü yargılama yapılmaması, senet delilin ispat sisteminin merkezine oturtulması, üçüncü kişi beyanlarına güvenilmemesi nedeniyle şahit delilin öne çıkarılmaması hususları hep birlikte, tarafın ifadelerinin ve davranışlarının delil olarak değerlendirilmesi düşüncesini devre dışı bırakmaktadırlar.

İspat hukukunda temel kurumları, kavramları ve terimleri ayrıntılarıyla sistematik biçimde açıklayarak ufkumuzu genişleten bu eseri, Türk hukuk camiasına tavsiye ederim.

---

29 Şekli isbat teorisi yerini tedricen delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine terk etmiştir; Özellikle şehit delilde şüpheli şahısların dahi şahitliğinin kabul edilmesi üzerinden tarafın isticvabına, tarafın yemin etmesi yerine şahit olarak dinlenmesine geçilmiştir. ***Nagel***, s.481. Günümüzde senet delil şahit delil ile karmaşık bir ilişki içerisindedir; Her ikisi kısmen bir diğerinin kullanılmasını engeller, kısmen de birbirini tamamlar. Senet delil değişmez, sabit bir yapıya sahiptir. Elinde yazılı bir delil bulunan taraf, kendini çok emniyette hisseder. Almanya'da ticari hayatta matbu senetlerin kullanılmasının tercihi yönünde bir eğilim görülür. Kambiyo senetlerine özgü davada şahit dinlenmemekte, fakat buna ilişkin tamamlayıcı davada yine şahide başvurulabilmektedir. ***Nagel,*** in: Nagel/Bajons, s.120-121.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KAMU HUKUKU

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA
ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

DEVLET, MİT ve İDEOLOJİ*

Siyasal Toplumun Psişik Temelleri

*Çev. Yrd. Doç. Dr. Rukiye AKKAYA***

Gelişmiş ülkelerin pek çoğunda, bazen siyasal ilişkilerin belirsizliğine ya da kurumları arasındaki yapısal ilişkilere dair farklı şekillerde ortaya çıkan, devletin çağdaş inkarına ilişkin tartışmalar; devletin kurumlarına ve özüne dokunmakta; siyasal kurumların yetersizliği ya da kusurları noktasına odaklanan eleştiriler, bazen bu özü oluşturan nedenlere dayanarak, siyasal toplumun psişik temellerine saldırmaktadır.

Devlet bunalımı, iktidarın özüne ilişkin bir otorite bunalımı gibi ortaya çıkar; geleneksel toplum ilişkilerinin kopmasına veya bu kopuşun hızlanmasına yol açar. Bu kriz, çağdaş insanı, toplumun bağrına koyan yeni bir duyguyu ifade eder. Yine bu kriz, bireyin siyasi iktidardan beklentilerini ve bu iktidar karşısındaki konumunu açıklar. Böyle bir durumda, insanın bireysel bir varlık olması dolayısıyla suçlanan bilinç, toplumsal yaşam kökenli bir veri gibi algılanmaz. Oysa, insanda grup bilinci, "ben" *(moi)* bilincinden daha önce ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan, ilkel toplumların antropolojisi, bütün şüphelerimizi ortadan kaldırmaktadır. Antik Yunan siteleri döneminde dahi, bu ilkel psikolojiden artakalanlar hâlâ büyük bir önem arz ediyordu. İçgüdülerinin ve ilahi zannettiği esinlerin içinden geçen Homer insanı; bireysel derinlikten ve gerçek birliktelikten yoksundur. Bir anlamda kendisine ve davranışlarına yabancıdır[1]. Başka bir deyişle, mitik düşünceden akla *(raison)* geçiş, insanın olduğu kadar, birey olma bilincinin de evrimleşerek gelişen yapısına eşlik etmiştir. Bu gelişim; insanı, ailenin ve gensin *(gens)* komün karakterli sıkı bağlarından kurtaran bir olgu olarak, site

---

* ***Roland Maspétiol***; "l'Etat, le Mythe et l'İdéologie", **Archives de Philosophie du Droit**, Vol. XIX, 1974, s. 339-355.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Çevirinin yayımlanmasına izin veren "l'Association Française de Philosophie du Droit" sekreteryasına teşekkür ediyorum.

1 -***R.Schaerer***, L'homme antique et la structure du monde intérieur d'Homère à Socrate, 1958; ***J.P.Vernant***, Mythe et pensée chez les Grecs: essai de psychologie historique, 1965, 2.e éd.1971, not. t. II.p. 95 et s.: la formation de la pensée positive dans la Grèce archaïque

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rekabetlerinde daha aşikardır. Bireyin gelişimi ile bilincin dışa kapalı dünyası, artık önceden belirlenenin önünde durmayan, yeni iddiaları ortaya koyan, pozitif düşünceye ve yöntemli bir eyleme yönelmiş akla daha geniş şekilde açılır. Burada Yunan trajedileri, geçmişin eroik değerlerini dile getiren mitos ve sitenin tercihleri arasındaki çatışmanın dışavurumu olarak takdim edilebilir. Bu, aynı zamanda, insanların şartsız kabul ettiği ilkelerle doğan yasa ile yöneten site arasındaki çatışmayı dile getirmektedir. Sokrat'ın Sofistlere karşı koyması ve bireysel direnişi tetikleyen muhalefetinden başlayarak; bireyin Atina'yı tehdit ettiği kabul edilirse; Platoncu İdeaların aşkınlığını reddederek, Aristo'ya kadar uzanan süreçte, bir değişimle sonuçlanma zorunluluğu yaşamış olan Site, kendi döneminin sembolü olan bir güçtür.

Çağdaş dünya, Rönesans ile yeniden hayat bulan bir ivme ile yaşamına devam edebilmiştir. Ancak, Rönesans'ın kökenleri çok daha derinlerde aranmalıdır. Carolingien devrinden itibaren, çalışma ilişkilerindeki değişim, ortak tarlalardan oluşan büyük topraklarda ve manslarda* kitleler halinde serfliğe karşı gelen, toprağı özgürce işleme talebinde bulunan birey örneği unutulmamalıdır; ya da Fransisken Guillaume d'Ockham'ın, bireyin manevi dünyası konusunda, diğer bütün özgürlüklere göre; inancı, her bireyin kendi iradesi ile uyumunda görerek, herkesin özel manevi alanını kendi iradesine terk etmesi örneğinde olduğu gibi, çok farklı alanlardan başka örnekler de verilebilir.

Hümanizmin eşliğinde Rönesans, bütün kültürel alanlarda, insanı öne çıkaran ve onun değerlerini pratiğe geçirmeye çalışan bir bağımsızlaşma hareketi olmuştur. Bu gelişme, birbirlerine bağlı olarak, otorite ilkesinin dağılmasına neden olmuş, bireyin otorite karşısındaki zayıflığını ortadan kaldırmış, fakat onu kitleye yöneltmiştir[2]: "böylece bilinçaltının konumu, modern yaşamın rasyonalizmi yoluyla ölçüsüzce güçlendirilmiştir. Öyle ki bu rasyonalizm, akılcı olmayanın değerini küçümseyerek işlevini durdurur ve bilinçaltına iter. Burada akıldışı olanın, yani bilinçaltına itilenin, insanda kaçınılmaz yıkıcı etkileri olacaktır"[3].

Reform Hareketi, Aydınlanma Çağı ve nihayet 1789 Devrimi, bu sürecin belirleyici anları olarak gösterilebilir. Bireyciliğin genelleşen taleplerini bu güne aktarması açısından, daha yakın zamanlardaki gelişmeler, bu sürecin etkilerini daha ileriye taşımıştır. 19. yüzyılın ikinci yarısında oluşan karmaşık kökenli yeni duygular, uzun kararsızlıklar ve duraksamalar geçirerek ortaya çıkmışlar ve çok yavaş olgunlaşmışlardır. Nihayet bu akış, bugünün insanının ortak doğasını, belli bir oranda nihilizmle, görünürdeki dünyada gerçek anlamıyla var olmayanlara çok uygun gelen, nesnelerin

---

* Orta Çağ'da feodal beye bağılı, içindeki ev ve bahçesi ile birlikte bir aileye tahsis edilen küçük çiftlik işletmesi. (ç.n.)

2 ***C.G.Jung,*** L'homme à la découverte de son âme, trad. Genève, 4e. éd., 1950, p.64.

3 ***C.G.Jung***, Psychologie de l'inconscient, trad. Genève, 2e. éd. 1963, p. 176.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hiçlik yanını çekiciliğe büründürmeyi başarmıştır. Entelektüel alanda, ilke kavramının benzersiz bir bunalımıyla açıklanan bu davranış, siyasal toplum ve Devlet'e ilişkin duyguyu değiştirmekten başka bir şey yapamamıştır.

* * *

Bilinç dışı duyuşlarda yer alan, ruhsal dünyaya ait temel olguların, insanın sosyal doğasından, doğrudan insanın biyolojik doğasına bağlandığı inkar edilemez. Kendi metotlarıyla sınırlanan sosyoloji, yalnızca kurumsal açıdan incelediği kendine özgü problemlerin dışına çıkmıştır. Ancak sosyoloji, kavramsal açıdan çok uzun zamandan beri antropoloji ve psikanalizle olan ilişkileri sayesinde zenginleşerek, bize yeni ufuklar da açmıştır.

Bu aydınlatma, siyasal toplumun doğasını bir bütün olarak kavramamıza yardımcı olmaktadır. Siyasal toplumun çok daha geniş kapsamlı bir olgu olduğunu vurgulayarak, evrensel kesinlik içermediğini belirten Etnoloji ise; bize, hâlâ varlığını sürdüren ve en ilkelleri arasında sayılan, sürekli gelişim, değişim ile dağılım halindeki bazı toplulukları, basit toplumların yapısına örnek göstererek, siyasal toplumun içeriğinin daha iyi anlaşılmasına hizmet etmektedir[4]. Çok ilkel olsa bile, her siyasal toplum, üstünlüğünü ve gücünü gruplara ve bireylere kabul ettiren, yüce ve ilahi bir anlamla donanmış, zorlayıcı bir güce sahiptir; öte yandan "bir kabileyi, basit bir insan topluluğundan *(bande; sürü)* tam anlamıyla ayıran unsur; üyelerinin bir araya gelerek bir birlik *(unité)* meydana getirdiklerini ve diğerlerinden farklı olduklarını hissetmeleridir"[5]. Yine bir kabileyi, basit bir insan grubundan ayırt eden diğer unsur; kutsallıkla bağ kuran ve otoritesini hissettiren bir siyasi iktidarın varlığıdır. J.G. Fraizer tarafından ortaya konan bu ilişki üzerinde, çeşitli boyutlarıyla, sıkça çalışıldı. Bölgesel yerleşim merkezlerinin kurulmasıyla, parçalanmış toplumlarda dahi, aile bağlarının aşıldığını varsayan siyasal birlik, siyasi iktidarı kabullenmeyle, buyurunun eşitsiz bir şekilde dağılımını uzlaştıran dinamik bir yapı oluşturur. Kaçınılmaz olan, reddetme ve karşı koymalarla süreklilik arz eden bu dinamizm, aynı zamanda tutunduğu güçlerle bir uzlaşma içindedir. Siyasal bağ, *yalnız* sosyal bir gerçeklik üzerine kurulamaz, bu toplumun bütün kurumlarında gözlenebilen bir süreçtir. Toplumsal kararların kaynağına ilişkin olarak, bilinen, ona atfedilerek varlığı kabul edilmiş, aşkın bir güç adına özel bir durum arz eden bu yapı içinde insanlar, kendi akışkanlığını öncelleyen bir topluma dönüşür. Dış olduğu kadar iç faktörlerin etkisi altındaki bu ilişki, genişleyerek komşu toplumları da etkileyen çeşitli şekillere bürünür. Bununla birlikte, basit topluluklar arasında, ilkel addedilmelerine rağmen, sosyolojik açıdan son derece özel ve bazen ayrıksı durum taşıyanlar vardır. Bu bakımdan

---

4 ***C.Lévi- Strauss***, La vie familiale et sociale des Indiens Nambikwara,1948, p.86 et s.

5 ***Ralph Linton***, De l'homme, trad. 1968, p. 263.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Evance Princher[6]; Nuer'lerin kendi içinde düzenli bir anarşinin içinde olduğunu, Anmak'ların siyasal yapılarının son derece karmaşık ve değişken olduğunu, Shilik'ların kutsal krallığını ve Azende'lerin ideolojik iktidarın gücünü bildiklerini belirterek, Güney Sudan'da yaşayan toplumların siyasal çeşitliliğinin altını çizmiştir.

Bu çeşitlilik, Montesquieu'nun (Esprit des Lois,XI,5) gözlemlerine dayanarak ayırt ettiği gibi, topluluğun bireysel ve özgün karakterlerini çeşitli görünümlerinden biridir: "bütün devletlerin ayakta kalma amaçlarının yanı sıra, yine her devletin kendine özgü bir amacı vardır". Herder, dikkat çeken bu görüş açısını, bugün toplum bilimlerinin büyük bir önem atfettikleri dilbilim yapılarına dayanarak geliştirmiştir. Iéna devri, Hegel'in gözünde, Montesquieu'nun eserlerindeki ölümsüzlük ile her halkın bireysel ve özgün karakterindeki sezgi *(intuition)* açısından karşılaştırılır. 1802-1803'de, "Doğal Hukuk" da *(Droit naturel)* şöyle yazar; "siyasal ve hukuki sistemlerindeki aksamaların, rasyonel aklın konusu olduğuna inanan ampirik kuramcılar, onu evrensel deneyim ve insan aklına indirgerler. Onların bu şekilde ulaştıkları akıl *(raison)* ve deneyimden ortaya çıkan belirli yasalar, deney öncesi *(a priori)* akıl ve insan bilinci değildir. Bir halkın benliği, yalnızca Akıl, bilinç ve deneyim eşliğinde yaşar. Bu benliğin belirleyici temel rolü, ancak çok evrensel bir zorunluluktan hareketle, en zirve noktasına ulaştığında kavranabilir". Her halkın ruhu, dünyevi ve kozmik bir dünyaya bağlıdır. Bu bağın kendisinden daha önemli, daha etkin yönü ise insanın, hâlâ gerçek bir kültüre ulaşamamış olmasıdır *(Encyclopédie*,3e.éd.1830,& 393 ve 394). Bu özel manevi bağ devlete hasredilir, "doğal olarak belirli ve kendine özgü bir halkın kendi varlığını duyumsadığı bir durumdur bu" (& 545), objektif ruhun bir anıdır (& 549); dış dünya ve doğa ile ilişkisinde, zaman içinde oluşan herhangi bir şey gibi, yapay bir olumsallıkla bilinçlendirilerek kendi içeriğini kendinde bulur" (& 552); özgürlük, bilincin kendi dışında algıladığı çeşitli doğal, dış öğelerden oluşan belirlemeler ile kurulur ve canlanır, nesnel dünyaya referanslar verir (&583)- sivil toplum tarafından tatmin edilen özel antropolojik ihtiyaçlar, kişisel iradelerin, diğer iradelerle kurdukları çeşitli ilişki biçimlerinde hissedilir. Burada Hegel'in metafiziğe entegre edilen spekülatif mantığın *(logique spéculative)* yenilenmesine çok üstün bir değer atfetmesinin nedeni; Kantçı eleştiri ve Aydınlanma felsefesi tarafından tehdit edilen halkının tinsel hayatını, kendi ruhuna yeniden kavuşturmak ve "metafizikten yoksun bir halkın garip gösterisini sona erdirmek içindir" (*la Science de la Logique de 1812 önsözünden)*

---

6 ***E. E. Evans - Pritchard***, Les Nuer = description des modes de vie et des institutions politiques d'un peuple nilote, Oxford,1937, trad.1968, p.210: "Nuer'lerde bir yönetim organının, hukuk kurumlarının, yöneticiliği ilan edilmiş bir şefin ve organize bir siyasal yaşamın olmaması dikkate değer ". ***M. Kortel-E. E. Evans-Pritchard,*** Systèmes politiques africains, 1962, trad. 1964, p.14-17; "Düzenleyici bir şefleri olmadığından, sembollerle ifadesini bulan mitler ve gelenekler, siyasal yaşamın garantisi değildir."

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Siyasal toplumların çok yönlülüğü; Vico'nun, bütün toplumların izlediği ebedi kanunların ideal tarihi olarak açıkladığı, toplumların ortak doğası ile çelişmez. Antropoloji, mit dünyasına ve arkaik toplumlarda sembolik düşünceye ilişkin incelemelerinde, bu görüşleri teyit etmiştir. Mit burada iktidarın, ayrıcalıkların ve mülkün, yeniden dağıtım sistemiyle varolan toplum şeklini garanti eden bir "sosyal şart" rolüne bürünür. Bu bakımdan Malinowsky, "mitin bir kuruma ağırlık ve saygınlık verme, davranış şekillerini cezalandırma ve adetleri belirleme konusundaki normatif gücünün"[7] nasıl oluştuğunu bize göstermiştir. Mit, hem normu açıklayıcı hem de normun gücünü ispat edicidir.

Leanhardt, şeflik makamındaki mitik güçlerin öneminin, altını çizmiştir[8]; mit, insana nasıl davranılması gerektiğini söyler. Bununla birlikte, bireyselleşmenin gelişimine bağlı olarak, mitin gücünün zayıflaması, onun esinlendirdiği bütün değerlerle oluşan disiplinin yıkılmasına da yol açar.

Radcliffe-Brown'un[9], sosyal yaşamın yapısal gelişimine ilişkin teorik karşılaştırmaların ve sosyal kurumların tarihine ilişkin açıklamaların değerlendirilmesi zorunluluğuna dikkat çekmesine rağmen; karşılaştırmalar yoluyla yapılan genellemelere daha tereddütle yaklaşan Leach[10] sentetik görüşler ortaya koymaktadır. Toplumların düzenlenme biçimlerini gösteren yapısal oluşum, temellerinde farklılık olan bir değişkenler birleşimi olarak ortaya çıkarken, toplumun bütününe dair örgütleyici düşünceler, bir matematik düzeni meydana getirmektedir. Bu formül, sembolik mantıktan çıkarılmakta ve topoloji* *(topologie)* ya da geometrik şekiller gibi çalışılarak - elastik kavukçuğun iç yüzeyleri gibi- sürekli bir deformasyonun etkisi altında değişmeden kalan özleri ve bu özden birçok sapmayı ortaya koymaktadır. Leach, sosyo-politik dengelerin görece istikrarsızlığını, Pareton'un "dengeli hareketlerine" benzetmiştir. "Dengeli hareketler" arasındaki çelişkilerin yansımasını, sosyal ve siyasal ilişkiler arasında sık görülen uyumsuzluğa benzeterek, bu uyumsuzluğun, siyasal ilişkilerdeki farklı yanılsamalarının altını kuvvetle çizmiştir. Buna göre, bir düşünce sistemi üzerine oturtulan yanılsamanın, toplumdaki etkin davranış biçimine nüfuz etmesi zorunlu olmadığından, "insan, mitlerin içine işlediği çelişkilerden korkmamalıdır". Özellikle sözlü ifadenin baskın olduğu hassas alanlarda, yanılsamanın dinamizmi sosyal yapıdan ayrık tutulamaz. Bu dinamizm, yani sosyal yapıya özgü hareketliliğin kutupları arasındaki sürekli değişim, siyasal ve kültürel

---

7 ***B.Malinovsky***, Les Argonautes du Pasifique occidental, trad.1963, p.390.

8 ***M.Leenhardt***, De kamo,la personne et le mythe dans le monde mélanésien,1947, p.141 et 220 et.s.

9. ***A.R. Radcliff-Brown***, Structure et fonction dans la société primitive, London, 1952, trad. 1969.

10 ***E.R.Leach***,Critique de l'anthropologie, trad. 1968, id., Les sytèmes politiques des hautes teres de Birmanie, London, 1954, trad.1972.

* Üst-alt, ön-arka, sağ-sol bağıntılarıyla yer saptama. (ç.n.)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bütünleşme arasında bütüncül ancak bazen negatif bir görünüm sergiler. Çağdaş siyasal toplumları çalkalandıran olguları anlayabilmek için, özellikle bu çelişki, gözden kaybedilmemelidir.

Özgür insanın, sosyal yapılara etkili ve verimli müdahale edebilmesi düşüncesine sahip olmayan ve insanın ilkel köklerine kadar giden arkaik zihniyet, bilincimizin değişmeyen tarafını temsil eder. Toplumdaki arkaik zihniyet, genellikle özne ve nesnenin fenemenolojik verilerine, entelektüel bir düşüncenin duygusallıktan arındıracağı manevi değerler yüklemektedir. Böylece, bir topluma katılım biçiminin bilinç tarafından ayırt edilmesinin bir şekilde üstesinden gelineceği kabul edilmektedir. Tartışmaya açık, ancak daha yeni bir yorum, bu açıklamaların tersine, ilkel düşüncenin mantık öncesi olmadığını; ne belirsizlik ve karışıklık, ne de sisteme katılıma dayanmadığı iddiasını destekler. Bu yeni yorum; ruhun, aklın işleyişine bağlı, fiziki ve semantik özellikleri olan bir eş zamanlı evrenden hareket ederek, karşılıklar ve üstünlükler üzerine bina edilmiş ham düşüncenin, özel bir mantığa itaat ettiğini söylemektedir.

Antropolojinin, siyasal iktidarın ve toplumun en ilkel şekillerinin ardında keşfettiği mitler, tipik arkaik düşüncenin özel şekillerinden birini meydana getirmektedirler. Çoğunlukla doğa kuvvetleri gibi gayri şahsi etkenler, burada sanki şahsi yaratıklarmış gibi temsil edilirler. Mitler, sadece teogoni* *(théogonies)* ve kozmogoni* *(cosmogonies)* açıklamalarını desteklemekle kalmazlar; istemli ve şairane bir tarzla, aslında düşünsel bir doktrini dile getirirler; böylece toplumun sosyal düzenine ve egemenlik doktrinlerine bir dayanak sağlarlar.

Sosyal hayatın çelişkilerini alt etmek için sanki özel bir gayrete karşılık gelen bazı temel konular, çeşitli halkların, sayısız ve birbirinden farklı mitleriyle örtüşürler. Mitler, şeylerin gizli nedenlerini dikkatle incelemek için, kavramların dışında, farklı sesleri kullanırlar, bilmekten çok bir hissetme aracıdırlar; insanın zaman içinde varolmasına ve sürekli bir gerçeğe ait olduğunu açıklamasına yardım ederler. Bir toplumu yaratmakla birlikte, geçmişe yönelik olarak meşrulaştırdıkları yapıların izlerini taşırlar[11]. Mitler, kendi de kutsallıkla oluşturulmuş bir grubun etrafındaki manevi unsurlardan doğar ve sosyal grupları yöneten kuralları açıklar; bilinmezlik ya da anlaşılmazlık sanki onun özüdür.

---

* Aynı soydan gelen ve bir toplumun mitolojisini meydana getiren tanrıların tümü, tanrıların kökenlerini açıklayan doktrin. (ç.n.)

* Evrenin doğumunu açıklayan astronomi dalı. (ç.n.)

11 Mit, bazen, parçalanmış gruplar arasında sosyal düzeni kabul ettiren, popüler tartışmalar biçiminde de görülebilir. (***Luc de Heusch*** "Mythe et société féodale, le culte du Kubandwa sans le Rwanda traditionnel" (Archives de sociologie des religion, 18; 1964, p.133 et s.) Bu halde bile, mit dinsel alana aktarıldığında, günlük geleneksel düzenin benimsenerek onaylanmasına hizmet eder.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Mit olgusunun açıklaması, geçmişte çok sık denendi. Bunların arasında, fizyolojik açıklama modelinin en eskisi F. W. Schelling'indir. Schelling, 1793'den başlayarak, bu soruya cevap vermek için erken bir deneme yapmıştır. 1825'de, Mitler Felsefesinin Eleştirel Tarihine Giriş (*Introduction historico-critique à la philosophie des mythes*), 1842'de Mitoloji Felsefesine Filozofik Giriş (*Introduction philosophique à la philosophie de la mythologie)* adlı eserlerinde, bu soruyu tekrar ele alır. Mitoloji, rasyonalizmi reddeden Schelling'in son çalışmalarında da önemli bir yer tutmaktadır. Bu çalışmalarda, "mantıklı" *(logique)* düşünceye karşıt olarak, tarihsel düşünce ile, gereksinim sistemlerine karşılık olarak da bağımsızlık sistemi ile Spinoza'ya, Fichte'ye ve Hegel'e kafa tutan bir düşünce ortaya konur. Schelling için, mitoloji, bir anlamda insan bilincinin tarihidir. İdealist felsefenin belirsizliğine karşı, bir organik gelişim sezgisini destekler. Mitlerin temelini, teogoninin tarihine dayandırsa da mistizme dair açıklamalarını bütün sosyal ilişkilerin incelemesine indirger.

Schelling'e göre, mitler, kolektif ruhun içinden geçenlerin nesnelleşmesidir. Bir halkı meydana getiren, ortak bir bilinç ve ortak bir dünya görüşüdür. Kendi yazgısının köklerini ören, mitolojisi olmayan bir halk düşünülemez. Tıpkı bir halkın dilinin, o halkın toplumsal yaşamı istikrar bulduğunda, istikrar bulması gibi; "kendi varoluşunun başlangıcından hareketle, herhangi bir mitoloji ve sonunda kendi mitolojisi hakkında belirleme yapmayan bir halk yoktur"[12].

Mit, ilkel insanın iç dünyasının bir türevidir; düşünceden ve iradeden bağımsız, toplumsal yaşamda gerekli bir süreç olarak ortaya çıkar; itiraz edilemeyen, çürütülemeyen ve sanki gerçeğe karşı kedini kabul ettiren "bilinçten" yanadır. Halklar, kendi ufuklarını aşan mitleri anlamadan, ona hizmet ettikleri bu sürecin araçlarından başka bir şey değildir. Gösterilerinden kaçınmak, kabul etmek ya da etmemek bireylerin ya da halkların iradesine bağlı değildir. Sunumları ve ritüelleri ile adeta dışardan gelerek, halkın içine nüfuz eder ve çoğu zaman varlığını hissettirmeksizin halkın içinde yaşar.

Siyasal toplumlar açısından da aynı ilişkiler düzeninden bahsedilebilir. "Devlet, doğanın taleplerine uygun olanların başında gelir ve insan aklından bağımsız olarak doğar; bu belirlemenin ulaşacağı sonuç: bir siyasi iktidarın kavradığı toplum içinde bir araya gelenlerin, onun meydana gelişi, unsurları, zamanı ve şekli hakkında hiç bir bilinç sahibi olmamasıdır. O halde, bilinçsiz bir devlet olgusundan, Devlet bilincine geçmek, yalnızca düşüncede gerçekleşir. Gerçekte, devleti kabul etmeden önce, onu oluşturan ve geliştiren ögeler, Devlet Düşüncesi'nin *(Idée d'Etat)* içinde yer almaktadır. Kendine içkin bir plandan hareketle, Devlet kendini yücelten bir düşünceye dönüşür. Bu süreç, *a priori* olarak felsefi bir bakış açısı da içermektedir[13].

---

12 ***F. W. Schelling***, Introduction à la philosophie de la mytologie, trad. S. Jankélévitch, 1946, t.I, p. 133.

13 ***F. W. Schelling***, loc.cit., t.II, p. 323.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Schelling üzerine yaptığı çalışmalarda, Onun ele aldığı konuların aşkınlığını ayakta tutma uğraşı altında bazen ezildiğini belirten Jacob Boehme, Shelling'in Alman mistizmini canlandırarak onu felsefe düzeyine taşıdığını düşünmektedir. Düşüncelerinin bir kesinlik içermemesi ve Hegel'e karşı olan ihtirası yüzünden 1807'den sonra ayrılmışlar ve bir dizi rastlantısal işin başına geçmişlerdir. Ancak, Schelling her zaman felsefenin, bağımsız düşüncenin eseri olduğunu ve felsefi alandaki gelişimin, insanın kendi varlığının gelişmesine denk bir değer taşıdığını kuvvetle hissetmiştir. Bununla birlikte, tarih, Onun düşüncelerinde ontolojinin yerine geçen felsefi gelişimlerin ve çelişkili oluşumların itici gücünü oluşturur. Tinsel güçlerin etkisi ve bilinçli ve bilinçsiz etkinliklerin sentezine duyarlı olduğundan, Schelling, olağan şartlarda doğanın ve mitlerin rolü ile ortaya çıkan problemleri çözmeye hazırdır.

Mitoloji, günümüzde çok önemli bilimsel çalışmaların konusudur. Strüktüalizmin kurucularından biri olan G. Dumézil, kendini, teolojiyi, destanı ve temelini sihirli ve hukuki egemenlikte bulan siyasal düzenin kuruluşunu aydınlatan Hint-Avrupa toplumlarının başlıca mitlerine adamıştı. Özellikle dinler tarihiyle ilgilenen Mircea Eliade, insan davranışı ve uygarlık öğesi olan "mit"te – yine uygarlığın öğeleri ve insani bakımdan- insanlığın, ilkel ve çocukça bir eserinden ziyade dünyada bir varoluş şeklinin ifadesini görür. Ona göre; "kutsal" olan, bilincin tarihinde bir evre değil, bilincin yapısını oluşturan öğelerden biridir ve dışarıdan gelerek insan bilincine hakim olan bilinç dışı oluşumların muhtevası, mitolojik figür ve imgelerle şaşırtıcı benzerlikler gösterirler[14].

R.Caillois, otuz sene önce yazdıklarında, genel olarak kabul edilen düşüncelere sadık kalarak, görüşlerini şöyle özetlemiştir: "İnsan ruhunun en gizli, en keskin, sonsuz talepleriyle, toplumsal varoluşun en dayatmacı ve en şaşırtıcı baskıları arasındaki gizli anlaşma en canlı şeklide "mit"te kavranır;...insanın hayal gücünün gelişim seyri olarak, duygusal yaşamın tepkilerinin çoğunluğu üzerinde "mit"lerin karanlık gücünü yayan bir gölge örtüsü vardır. Ancak insan bu gölge ile sürekli bir mücadele içindedir"[15].

Daha yakın bir geçmişte, G. Gustorf, "mit"sel bilinç ile tepkisel bilincin karşılıklı olarak birbirlerini tamamladıklarını gözlemiştir. "Mit", sadece muhakemeden çıkarttığımız formüllere dayanarak dile getirebileceğimizden daha fazla bir gerçeklik anlamı içerir, herkese anlayabileceği düzeyde bir dille hitabeder. "Mitsel bilinç, bütün deneyüstü savların odağını meydana getirmektedir"[16]; ideal insanın ifadesi olarak; onu, yine onun bütün özlemlerini yücelterek tatmin eder, mitin sessizliği kendisini tinsel bir nokta-

---

14 ***Mircea Eliade***, Le sacré et le profane, 1957, éd.1965,p.177.

15 ***R.Caillois,*** Le mythe et l'homme,1938,p.10 et 212.

16 ***G.Gusdorf***, Mythe et métaphysique, 1963, p.261; cf. ***E.Cassirer***, La philosophie des formes symboliques, t.II, La pensée mhthique, trad. 1972.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ya yükseltir. Sadece "mit"sel bilincin sürekliliği, deney üstücülüğü, onu bir kutsal bütünlüğe dönüştürmeyi sağlar. Mitin rolü, kısaca, insan doğasına bir anlam kazandırmaktır ve bu rol, dünyanın tutarsızlığı ve anlaşılmazlığı ölçüsünde zorunludur. Öyle sanıyorum ki mit, bugün geçmiştekinden daha maddi bir karaktere sahiptir. Artık teokratik değil antropolojiktir; insanın geleceğini ve toplumdaki konumunu önseziyle bilen, ortak bir bilincin duygularını dile getiren, kurgusal bir geleceğin imgesi olarak eyleme geçmeyi sağlar. Ancak kökeni, George Sorel'e kadar giden bu belirleme; mitin modern kültür dünyası tarafından anlaşılmasının hangi noktada durduğunu ya da geleneksel mit kavramının, modern kültür dünyası tarafından hangi noktaya kadar anlaşılabildiğini gösterir.

* * *

Çağdaş öğreti, mitlerin yorumu konusunda iki kuram sunmaktadır. C.G. Jung'un psikanalitik yorumu ve C.Lévi Strauss'un strüktüralist yorumu *(interprétation structuraliste)*. Her ikisi de toplumsal yaşamın, en önemli belirtilerinin, bilinçaltı yaşamda ortaya çıktıklarını kabul etmelerine ve bazı yüzeysel benzerliklerine rağmen, bu iki yorum son derece farklı, neredeyse çatışkı halindedir.

Lévi Strauss "*Mythologiques*"i şöyle bitirir: "mitler, bize dünya düzeni, gerçeğin doğası, insanın kökeni veya yazgısı konusunda eğitici hiçbir şey söylemezler;...buna karşın, içinden doğdukları toplumlarda bir işlevi olan, özel gizli güçler hakkında bize çok şey öğretirler. İnançlarının, adetlerinin ve ilk bakışta nasıl düzenlendiği anlaşılmaz gibi gözüken kurumlarının oluş nedenini aydınlatırlar; sonunda, asırlar boyunca değişmeyen ve çok geniş alanlara yayıldıkları için temel addedilen, özellikle insan aklının çeşitli eylem şekillerinin açıklanmasına yardım ederler"[17]. Organik bağlar, bir toplumu aynı mit içinde birleştirir; "mitler, insanların haberi olmaksızın onların içine sızar ve orada yaşar; öyle ki insan ruhu, kendi mitleri tarafından belirlenmiş olarak yeniden doğar"[18].

Lévi-Strauss'un yorumu, içinde katı yapısalcılığın matematiksel karakterli niteliklerinden esinlenmiş bir düşünceyi barındırmaktadır. "Biz, toplumsal yapıları; insanların bilincinden bağımsız olarak algılayarak, bilincin kabul ettiği sosyal yapıyı düzenleyen maddi gerçeği; onun hakkındaki varsayımlarımızdan ve duyarlı tasvirlerimizden farklılık gösterdiği ölçüde, sosyal yapıların yarattıkları imgeden farklı nesneler olarak kavramaya yöneliriz; oysa bir geleneği uygulamamızın, bir inancı paylaşmamızın gerekçesi olan bilinçsiz nedenler, onu haklı kılmak için ileri sürdüklerimizden çok farklıdır;...vücudumuzu beslediği halde mideye yabancı besinler gibi bilinç dışı davranışlar da imgelere yabancıdır. Bilinçaltı, özel bir işlevin organı

---

17 ***C.Lévi-Strauss***, Mythologiques, IV, l'Homme nu, 1971, p. 571.

18 ***C.Lévi-Strauss***, Mythologiques, I, Le cru et le cuit, 1964, p.18 et 20.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olarak; içgüdüler, heyecanlar, tasvirler, anılar gibi dıştan gelen eklemsiz öğelere, onların gerçekliğini sona erdiren yapısal kuralları ve yasaları dayatarak sınırlar"[19]. Bu görüş, Lévi-Strauss'u, özetle "yapısal analiz, zaten önceden bedende varolduğu için, ustan ortaya çıkarılamaz"[20] sonucuna ve birçokları tarafından daha tatmin edici bulunan, J.Piaget'in ortaya koyduğu kalıtımsal strüktüralizme doğru sapmayı tamamen reddetmeye götürmektedir. Çalışmaları çok yararlı olmasına rağmen, Lévi-Strauss'un kabul ettiği, mitlerin yapısalcı yorumu, sadece çok sınırlı bir topluluk tarafından kabul görmüştür.

Jung için, halkların mitleri ortak bilinçaltının gerçek göstergeleridir. Bu kalıtsal tinsel bütünlüğü, insanlığın yaşadığı her şeyin, beynin ve sinir sisteminin yapısındaki birikimini meydana getirir. Mitsel motiflere verilen kalıtımsal isim olan ilk örnekler, psişik yaşamın özündeki gizlilik içinde yüzen bilinçaltının karmaşık bütünlüğü ile çelişki halindedir. Birey veya "ben" bilinci, evrimin gecikerek elde edilememesidir, bilinçaltı her zaman daha öncedir, bugün dahi "insan bilinci, tehdit eden bir deniz gibi, bilinçaltının uçurumlarıyla sarılmıştır" [21]. Bilinçaltı, "Ben" *(Moi)* üzerine çok büyük bir baskı yapar. İnsanlığın ruhunda birbirinden duyulmamış derecede ne kadar farklılık olursa olsun; dinsel yaşamı olduğu kadar, siyasal yaşamı da şekillendiren ve düzenleyen yüksek ilkelerin kökenindeki ortak bilinçaltında, ilkel eşitlik sarsılmadan varlığını sürdürecektir. Jung, her birimizin içinde, bireysellik izlenimi vererek kendini oluşturan ortak psişiğin bir kısmını gizleyen maskeye "persona" adını verir. Persona, ortak psişiğin zorlama davranışlar üzerindeki bütün bağımlılıklarını dile getirir. Mit, birey ile toplum arasında adeta, "ne zaman birincisi ikincisinin içinden ortaya çıkacaktır"[22] sorusuna cevap olarak beliren bir uzlaşma şeklidir.

"Mitler her şeyden önce tinin doğasını temsil eden psişik belirtilerdir"[23]. Tin, psişik içerikleri bilinçli bir hazırlıktan geçirmeden önce mitlerin kaynaklandığı bütün imgeleri içerir. Aslında bilinçaltı, hareketli ve acı çeken bir öznedir. İlkel insan, bu öznede büyük ve küçük bütün doğa olaylarının içindeki dramı, örnekseme yolu ile yeniden bulur. Aşiret doktrini, bütünüyle ondan etkilenip kutsal bir karakter edinmiştir. Tarih boyunca, insanda, ortak bilinçaltı, bir kalıntılar toplamından meydana gelir ki, belli bir toplum içinde bunların zamansal içeriği herkes için aynıdır; mit, böylelikle ortak ve kişilik üstü, tinsel bir altyapıyı temsil eder, "kendisi" *(Soi)* kavramını özerk bir birim, bir bütün haline getiren bireyselleşme süreci, bilinç dünyasının derin bilinçaltı ve onu dolduran mitlerle bütünleştiğini varsayar; ortak bi-

---

19 ***C.Lévi-Strauss***, Anthropologie structurale, 1958, p.134,25 et 224.

20 ***C.Lévi-Strauss***, Mythologiques, IV, l'Homme nu, 1971, p.619.

21 ***C.G.Jung***, l'homme à la découverte de son âme, trad. Genève, 4e.éd.,1950, p.40.

22 ***C.G.Jung***, Dialectique du moi et de l'inconscient, trad.1964, p.95.

23 ***C.G.Jung***, Les racines de la conscience = études sur les archétypes, trad.,1971, p.16.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

linçaltının üzerine bir çamur tabakası gibi yerleşmiş kişisel bilinçaltı tabakasını inceltmeye yöneltir; böylelikle toplam bilinçaltının, ortak ve özellikle bireysel eylemini aştığı şartları yaratan sadece tin tarafından kavranabilen soyut gerçekler halinde bir araya gelen isimsiz, anonim birlikler yararına bireyselliği dışlayan ya da bastıran dünyanın sayısal imgesinin üstün geldiği son güne kadar; somut insana saygı göstererek toplumsal grubun birliğini korur. "İnsan için en büyük tehlike, bünyesinde bilinçaltının etkinliklerinin birikip, bilincin mantıklı isteklerini boğan, susturan kitleden kaynaklanır"[24].

Gérard Mendel, Freud'dan aldığı esin ile psikanalizin daha değişik perspektifinden bakarak, tinsel ve siyasal olayların analizinde, bilinçaltının arkaik malzemesinin önemi üzerinde ısrarla durmuştur[25].

* * *

İnsanın zihinsel mimarisine katkıda bulunarak; mitler, siyasal toplumlar için yetkeyi, hukuku, erkin devrini ve her şeyin üzerinde, bir yüceliğin desteği olmadan varlığını sürdüremeyecek olan, aynı siyasal birliğe aidiyeti meşrulaştıran benzersiz bir destek meydana getirirler. Bir dayanışma ile "öteki"nin *(autres)* dışlanmasının beraberliği olan bu duygu, ulus düşüncesini; daha sonra belli bir bölgesel yerleşimden destek alarak ve ekonomik-kültürel bağlarla kuvvetlenerek vatan düşüncesini doğurur. Ulus ve vatan düşüncesi, siyasal bağın birleştirici gücü olarak ortaya çıkar. Aklın ötesindedirler ve en elverişsiz şartlarda bile kendilerine bir yaşam alanı bulurlar. Bazen, modası geçmiş taşralılık zannedildiklerinde, kendilerine has doğaları sayesinde bilinçaltının titiz ve belirleyici süzgecinden geçerek yeniden ortaya çıkarlar.

Devletin doğuşu, bu ilişkileri değiştirir mi? Önceden organize edilmiş bir siyasal toplumun, kendisinden farklı üst yapısı; bünyesinde inşa edilenin mevcut olana, mekanikliğin bağımsızlığa, rasyonel olanın, doğal olana üstün geldiği bir üst yapı olan Devlet, tamamıyla bilincin buyruğundadır. Toplum sözleşmesinin atomize perspektifini dile getiren modern siyasal kurama göre; Devlet ilkesi, tekil varlığın iradesine dönüştüğü zaman, artık mitik alanın kapsamı dışında kalır. Ancak, siyasal toplumun evrimleşmesi olarak ele alınan devletin ortaya çıkışı geçmişin yıkılması pahasına olsa da; devlet, kendi varlığına bir hazırlık evresi olarak, toplumun bünyesinde daha uzun zamandan beri yaşayan ama daha az kavranan mitlerin, siyasal bağ ilkesini koruması gerektiğini unutturamaz. Bireylerin kafasındaki en karanlık köşeleri ile ortak bilinçaltı arasındaki bağların devamlılığı ve sağlamlığı, iktidarın meşruiyetinin ve itaat edilen egemen gücün güvencesidir.

---

24 ***C.G.Jung***, l'Homme à la découverte de son âme, trad.Genève, 4e.éd.,1950, p.402.

25 ***Gérard Mendel***, Anthropologie différentielle,1972.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu açıklamalar; Edmund Burke'un, devletlerde, atalardan miras kalan ve ulusların anamalını oluşturan, genel önyargıların altını çizerken düşündükleridir. Bu önyargılar, yüzyılların sağduyulu ortak kamu mirasını oluşturmaktadır. Onlar ebedi dünya düzenine uygun olarak, görünen ve görünmeyen dünyayı, insan aklının çok az etkileyebildiği sabit ilişkilerine göre birleştirirler. Kamusal yaşamın dünyevileştirilmesi, akla uygun yaşam alanında öyle başarılar kazanmıştır ki, ilkel mitlerden ödünç alınan öğelerin hala hayatta kalması garip görünebilirdi. Bununla beraber, modern dünyada meşruiyeti inceleyen Max Weber, bize liderin çok kişisel, iletişime kapalı, gizem ve saygınlık üzerine kurulmuş karizmatik gücünü açıklamıştır. Mitolojik düşünceden ayrılarak bir denge oluşturan akıl dışı ve doğal unsurlar, bu erk içinde önemli bir yer tutmaktadır. 20. yüzyıl, özellikle gelişmiş uluslar arasında, bize bunun etkileyici örneklerini sunmuştur. O kadar çarpıcı olmayan, ancak çoğunlukla kesin kararlı günlük davranış yoluyla, kendilerini geçmişten çok kopmuş sayan vatandaşların çoğunun bilinçaltında, erkin ve onun eski kutsallığının kalıtı, yetkenin ve yasanın saygınlığını taçlandırır. Acaba bu, gelecekte de böyle mi olacak?

* * *

Mit'in, devlete, artık sadece yetersiz ve tesadüfi bir şekilde sağladığı destek günümüzde ideoloji ile denkleştirilebilir mi?

Doğum belgesi kesinlikle Fransızca'dan çıkarılabilen nadir sözcüklerden biri olan "İdeoloji", İdeolojinin Öğeleri Projesi *(Projet d'éléments d'idéologie IX yıl=1801)* adlı eseri büyük yankı uyandıran Destutt de Tracy tarafından, 1796'da Enstitü'ye verdiği düşünme yetisi üzerindeki bir inceleme kapsamında önerilmiş bir sözcüktür. Buna göre, "entelektüel yeteneklerini kavramamış insan, anlama yetisi henüz tamamlanmamış bir hayvandan başka bir şey değildir; ideoloji, zooloji biliminin bir parçasıdır ve özellikle insanın ideolojik yönü derinlemesine araştırmaya değer bir öneme sahiptir". İdeoloji, "insan bilincini, genel anlamıyla düşüncelerini konu edinen, düşüncelerin karakterlerini ve yasalarını, onları temsil eden imgelerle arasındaki ilişkiyi ve özellikle düşüncelerin kökenlerini inceleyen bir bilimdir". Bu, Condillac ve müritlerinin yarattığı Fransız materyalizmi ve duyumculuğunun bakış açılarından biridir. Victor Cousin'in deyimiyle ideoloji, "Lock'un üvey kızıdır".

"İdeoloji" sözcüğünün kullanımı hemen saptırılmıştır. Farklı nedenlerle olsa bile, ideologlara Napolyon'un duyduğundan daha fazla sempati duymayan Chateaubriand'ın, 1802 'de basılan "Hıristiyanlığın Dehası"nda (*Génie du christianisme* III.ii,2): "Lebiniz, Locke'u ideolojide zayıf bulur" demesi, gerçek bir kışkırtmaydı. Karakteri "ideologlara" uygun olan Stendal ise "ideoloji"yi, Tain'e tarafından tekrarlanan, ancak Destutt de Tracy'ninkine uymayan; özel bir düşünme biçimi anlamında kullanır. Condillac ve Destutt de Tracy'den yola çıkarak, "Ben"'in iradi çabasının bilinci daha derin ve gizli bir gerçeğe açıl-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

masıyla, onlardan yavaş yavaş ayrılan Maine de Biran 1828'de Hegel'e yolladığı bir mektupta, "Condillac ekolünün kalıntılarının eski rakiplerini tanıyarak başkaldırdıklarını" yazar. Bununla birlikte, bütün "Temmuz Monarşisi" boyunca Fransa'da gerçek bir felsefi egemenlik kuran Victor Cousin'den sonra, "ideologlar" unutulmuş ve "ideoloji" artık bir düşünceler bilimi olmaktan çıkmıştır.

* * *

"İdeoloji", 1845'de "Alman ideolojisi"ni *(die deutsche Ideologie)* yayımlayan Marx'la ikinci defa doğar ve bir belirli düşünceler sistemine yönelik olarak kullanılır. Bununla beraber, Destutt de Tracy ve Marx'ın "ideoloji"lerinin ortak ve temel bir takım noktaları vardır. Her ikisinde de ideoloji, yorumlarının vazgeçilmez şartı olan, materyalist felsefeye dayandırılır. Öyle ki, sözcüğün bütün türevlerinde, kökenlerinden en uzak sapmalarda bile bu materyalist karaktere bağlı kalınmıştır. İdeoloji'nin açıklamasında, sosyo-ekonomik yapıyı ortaya koyan bir biçim tercih edilse de; "ideal" olanın karakterini taşıyan, nihai "gerçek" *(la vérité)* ile felsefi idealizmin köklerine dayanan, "ideallik" birbiriyle hiçbir ilişkisi olmadığı halde, bu iki sözcüğün kullanımı daima birbirine karıştırılmıştır.

Marx, düşüncesini ilk kaleme aldığında, materyalizmin eski biçimlerinden uzak değildi: "ampirik olarak itiraz edilebilen ve önceden varsayılan uzantılara bağlı olarak, kendi yaşamsal araçlarıyla bütünlenmesi kaçınılmaz olan; bilinçle ilişkilendirilen ahlak, din, metafizik ve ideoloji dışında kalan yapılarda olduğu gibi, insan beyninin belirsiz üretimleri, bağımsızlık görüntüsünü artık uzun süre koruyamayacaktır"[26].

Marksist "ideoloji", bütün anlamını tarihsel materyalizm çerçevesinde kazanmıştır. "Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı" -1859, sınıfların ve sınıf çıkarlarının rolünün, düşünsel önemini açıklar. Buna göre, her "ideoloji", tarihsel açıdan bir üstyapı olarak çözümlenmelidir. Toplumdaki üstyapılar her zaman bir tarihsel blok oluştururlar; bu karmaşık, çelişkili ve uyumsuz bütün, üretim araçlarının ve işgücünün kendini yenilemesini ve üretmesini güvence altına alan ilişkilerin yansımasıdır[27].

Tarihsel materyalizm ve ideoloji kavramının hazırlanışında, Marx ile aynı noktayı paylaşan Engels, "Luchvig Feurbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu" adlı eserinde, ideolojiyi; "yaşayan düşüncelerin bütünlüğü içinde; sade, kendine özgü yasalara tabi, bağımsız bir yaşam" olarak tanımlar ve şunu ilave eder: "beyinlerinde bu ideolojik süreç devam eden insanların özdeksel koşulları, son çözümlemede -bu sürecin seyrini belirlemesi bakımından- önceden bilinemez ve algılanamaz. Bunun tersi, bütün ideolojilerin

---

26 ***K. Marx***, Œuvres philosophiques, trad.Molitor, t. VI,1937, p.158.

27 ***A.Gramsci***, Œuvres choisies, trad. 1959, p.63 et 72 et s.; cf. ***H.Portelli***, Gramsci et le bloc historique,1972.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sonu olurdu". Burada söz konusu olan, insanın adeta kendi bilinci dışına çıktığı bir durumdur. Althusser'e göre: "bireylerin gerçek varoluş koşullarıyla, düşsel ilişkilerinin bir temsili" olan bu "sahte bilinç" her ideolojinin ayrılmaz parçasıdır. Tek gerçek ideoloji tipi olarak, bu durum tarihsel yönden organik ideolojiler için doğru kabul ettiğimiz, hiçbir nesnel temele dayanmayan, bireylerin inatçı ve çabalarından doğan, keyfi ideolojiler için öncelikle geçerlidir.

İdeoloji, ileri sürdüğü gerçeğe uygunluğu ve hazırlığının özerkliği ile kendi görünümünün yararını ortaya çıkarabildiği oranda etkili bir güç oluşturur. Bunu gelenek veya eğitim yoluyla algılayan bireyin, toplumsal hal ve gidişin gerçek belirleyici nedenini ideolojinin oluşturduğunu düşleyebilmesi gerekir. Birey, başkalarıyla yürüteceği ilişkilerin biçimini ideoloji yoluyla öğrenir. Her ideoloji, insanları soyutlar ve her ideolojik sistem, zorunlu olarak tarihsel geçerliğinin ya da kendi hükümsüzlüğün perspektifini de içinde barındırır.

* * *

"İdeoloji", Marksist düşüncenin çeşitli akımları tarafından çok geniş çerçevede kullanılmıştır[28]. Bu kullanımlarda, ideoloji kavramı ile bir bütün olarak, belli bir sınıf karşıtlığının dünya görüşü, bir kategoriler sistemiyle birlikte sorgulanmaktadır. Emekçi sınıf, negatif bütünlüğünü bulduğu ölçüde diğer toplumsal gruplardan ayrılmaktadır ve bu yaklaşımla ideolojik materyalizm, kesinlikle emekçi sınıfının konumuna uygun bir ideolojidir. Marxsizm sözcüğün kullanımını saptırdığı zaman bile; anlam bakımından kısmi türevi olarak ideoloji kavramının, hala François Bacon'un "*Novum Organum*" eserinde (1627)[29] açıkladığı "idola"lar teorisine referans olduğu öne sürülüyordu. İdeoloji, çok öz olarak bir toplumun veya onun bünyesinde özel bir konumu olan grupların, egemen çıkarlarını destekleyen ve meşrulaştıran ilkeleri dile getirir. Sebep olduğu anlam değişiklikleri ne olursa olsun, bir "ideoloji" daima "kendine özgü, veriler üzerinde soyut bir şekilde geliştiğini sanan, fakat gerçekte kendisini inşa edenin de farkında olmadığı, en azından belirlenen düşüncenin farkında olmadığı; sosyal, özellikle ekonomik olayların dışa vurumu olan teorik bir "düşünce" tasarımıdır[30]. "İdeoloji" iddialarında, kavram ve nesnelliğin kesin bütünlüğünü içeren "düşünceye" karşı çıkar. Bu yüzden, "ideoloji" sözcüğünün kullanımının, gerçekle biraz hileli ilişkisi bağlamında sık sık aşağılayıcı bir nüans içermesine de şaşırmamak gerekir.

* * *

---

28 ***F.Jakubowsky***, Les superstructures idéologiques dans la conception matérialiste de l'histoire, 1935, trad. 1972, p.165 et s.

29 ***K.Mannheim***, İdéologie et utopie,1930, trad.1956.

30 ***A. Lalande***, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 10è. éd.1968, p.458.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İdeoloji, bilinçten çok insanların davranışlarında, tutumlarında ve duygularında kendini gösterir ve toplumun onayladığı değerlerin kaynağı olarak, pratik yaşamda gözlenir. Toplumların aktif gücü olarak, kimliklerin fiziksel yapısını şekillendirir. İdeolojik hareketlenmeler içinde, sapma, dağılma ve parçalanmalarla sık ama az ya da çok oluşan tehditler belki kolayca billurlaşır ve yayılır. Bir ideolojiyi takip eden devlet, onun aktif ajanı rolüne büründüğü zaman; devlet, artık sivil toplumun her alanında ideolojinin bir uzantısına ve aksiyomuna dönüşür. Böylece, çeşitli reklamlar ve görsel-işitsel araçlarla çoğalan düşüş tehdidi ya da yükselişi ile ideolojinin yapısal etkileri kendini aşar. Bununla birlikte eğer devlet, toplumda yaşayan ideoloji üzerindeki sürekli etkisini uygulamakta başarı elde edemez ise kendi etkinlik misyonunun içini doldurmuş olamaz.

Gramchi tarafından ortaya konan Marxsist tez, devletin ideolojik araçlarının önemi üzerinde ısrarla duran Althusser[31] tarafından geliştirilmiş ve bu düşünce devlet iktidarını korumaktan daha çok, belli bir sınıfı elde tutma koşuluna bağlanmıştır. Devletin ideolojik araçları içinde sayılmayan kamu hukuku ve özel hukuk ayırımına; başka bir deyişle özlerinin farklılığına referans verilmesi, elbetteki ideolojinin aldatıcı karakteri ile uyum sağlayacaktır. İdeoloji, devletin ideolojik aygıtlarının, devlet iktidarını ve onun siyasal araçlarını kapsayıcı biçimde, toplumsal bütünlüğün özündeki Hegeliyen alanın içine girerek, bu zor alana büyük bir karmaşa getirir. Bununla birlikte, yine de, sınırlayıcı bir yorum ile Kilise ve aile hala devletin ideolojik aygıtları dışında değerlendirilecektir.

Devlet, sosyal hiyerarşideki tüm yenilenmelerde, yurttaşların duygularını kontrol etmek ve bu kontrolü en yüksek noktada tutmak için, elleri arasındaki sembolik iktidarın kaynaklarını güçlendirilmesine devam etmiştir. Çoğulculuğun rekabetçi ortamına anayasal olarak yer açan liberal demokratik devletlerde, bu rekabet ortamına katılmak pek kötü bir durum oluşturmakta, ideolojilerin sürekli bir mutasyonla çoğaldığı ortamlarda özellikle ahlaki objektiflik ve sosyal "*consensus*"un uyumu giderek daha zorlaşmaktadır. Ancak unutmamak gerekir ki; bürokratik idari yönetimin baskın etkisini pek tanımayan çağdaş batılı devletlerde, eğer ideoloji sık sık siyasal bölünmeler yaratan bir etken olmuyorsa, bunun nedeni ideolojinin akılcı bir mekanizma ile kullanılması ve yalnızca yapısal etkinliğin yetersizliklerini tamamlamaya yardım etmiş olmasıdır.

Son gelişmelerle, sivil toplumun kendi içinde son derece bölünmüş olduğu gözlenebilir. Eğer ideoloji, Devleti etkisi altına almışsa; burada sivil toplum siyasal iktidarın yasama prensiplerinde hissettiği ideolojik baskıyı yeniden tanımaya kesinlikle yönelmeyecektir. Fakat Devlet, ideolojik aygıtlarının etkisini kullanma ve uygulama zorluğuna düştüğünde, bu aygıtları ye-

---

31 ***L. Althusser***, "İdéologie et appareils idéologiques d'Etat" (La pensée, juin 1970)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

niden düzenleyebilme yeteneğine sahip olmalıdır. Uzun süren çatışmalardan sonra nihayet okul, kültürel modellerde gençliğin değişimi konusunda Kilisenin yerini alarak -evrensel pratikte her asırda olduğu gibi ordudan daha çok- ideolojik araçların en güçlüsü haline gelmiştir. 1880'li yılların cumhuriyetçi düşüncesinde, bu değişim Devletin yararına gerçekleştirildi. Ama bunun tam olarak doğru olduğu söylenemez. Çünkü, eğitimciler resmi talimatlarla kendi aralarında bir anlık uyuşmazlık olduğunu dahi düşünmemişlerdir. Öte yandan, bunun doğru olduğu kabul edilebilir. Çünkü laiklik konusu üzerindeki karmaşa varlığını hep korudu. Fransız toplumu bu tartışmalarda, yasal düzenin sürekliliği ve temel değerler konusunda pratik anlamda tam bir birlik içinde değildir. Kamu okullarının din konusundaki tarafsızlığı, yalnızca dini düşüncelerle ilgilidir. Toplumsal birlik tarafından kabul edilen değerleri kapsamaz. Okul; vatan, kamusal ve özel ahlak, yasalara saygı, çalışma barışı gibi değerleri dikkate alarak kamusal olsun, özel olsun ideolojik bir "araç" olarak temel rolünü daima oynar. Harcamalarının büyük bir kısmı devlet tarafından karşılanan, öğrenci velilerinin antagonist olarak gruplaştıkları okul, bugün neyi ifade eder? Eğitimciler kendi içlerinde bölünmüşlerdir ve bunların içinde önemli bir kısım, içinde yaşadıkları kendi toplumlarına hasımdır. Bu sorun karşısında, "toplumlarının temellerini tartışılabilir bir konu" haline getirmek için, konunun partizanları tarafından ortaya konan modern pedagojik teknikler kullanılabilir mi?

Burada devlet, birbirinden çok farklı modellerdeki iletişim alanlarında uygulanan ideolojik aygıtlardan birini, diğerine göre daha iyi olarak yadsıyamaz. Zira, devlet, yurttaşların istediği bütün gelişim araçlarının düzenlenmesi işini pek nadir yapmaktadır. Devlet, toplumu oyalayan memnuniyetsizliği seçmenlerin ideolojik mutluluğuna taşıyarak sorgulamak ister. Bu yolla ideoloji, aldatıcı karakterine rağmen, siyasi onayı almak için toplumun kendisine duyduğu temel güveni geliştirmektedir.

Yine de bugünün devletinin, kendi oluşumlarına yardım etmeyen çok fazla ideolojik görüşe katlandığını belirtmek gerekir. Bu ideolojik görüşler, çeşitli yurttaş gruplarının isteklerini ve siyasi partilerin çekişmelerini canlandırarak, siyasal yaşamda temel bir rol oynarlar. Bunların içinde, objektif bir gerçeklik karşısında partizanca rekabeti arttırarak maniple edilenler ve özellikle bu amaç için kullanılabilir olanlar da vardır.

Çatışmaların ve kargaşanın canlılığına özgü olarak; ideolojilerin, ulusal birliğe ve sosyal bağlar üzerindeki etkiye verdiği destek son derece nadirdir. Sosyal bağlar içinde mit, belirleyici bir katkıda bulunur. Mit ve ideoloji iki farklı kültürel dünyaya sahiptir – biri yani mit, geleneği ortaya çıkaran kolektif bilinci sağlamlaştırır- diğeri yani ideoloji sosyal bir irade ile ortaya konan insan ürünüdür ve değişimlerle karşı karşıya kalır. Bu farklılığa rağmen gerçekte, "mit" ve "ideoloji" sözcükleri arasındaki kavram karışıklığındaki yaygınlığa hiç dikkat edilmemekte, insanın akılsal kavrayışın yapısına

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve farklı dönemlerine götüren, farklı geçmişlere sahip iki sözcük biri diğerini ikame eder gibi birbirinden ayrılmadan kullanılmaktadır. Bir başka örnek olarak, biri diğerinin yerine kullanılan; "ütopya" yerine daha bilindik bir sözcüğü "mistik" sözcüğünü yeğlemek de bu kavram karışıklığına dahil edilebilir. Mistik; mit'ten farklı olarak, bir bireyin ya da bir varlığın parçası içinde olduğuna inanılan, akıl tarafından doğrulanması araştırılmaksızın kabul edilen, kavranamaz bir unsurdur. Çok yaygın anlamı ile Roland Barthes'nin *(Mythologies, 1957)* ortaya koyduğu gibi, "mitler" çağdaş Fransız halkının günlük yaşamında, sahte gerçeklikleri ve bütün anlaşılmazlıkları ile hala vardır. Mit, ne bir itiraf ne de bir inkar olarak nitelenemeyen, bir tür ilişki sistemi gibi görünmektedir, - sembolik bir sistem gibi sapmaları ve bozulmaları da içinde taşımaktadır, dünya ile uyum içindedir. Olduğu gibi değildir, ama insanların olmasını istediği gibidir.

Artık "mit", geçmişin ilkelliği ile beraber anılıyor ve dilimizdeki yerini, geleneksel özünü kaybetme pahasına, yalnızca günümüzün olgularına uygun bir simge olarak koruyor. Yoksa, çağdaş toplumlarında yaşanan devlet krizinin en reddedilemeyen, en derin çöküş işaretlerinden biri olarak; etrafındaki yücelik halesini kaybeden siyasal toplumun yaşadığı krizin anlaşılamayan yönleri içinde sürükleniyor mu?

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

DAMGA VERGİSİNİN KONUSU OLARAK E-BELGE*

Av. Leyla ATEŞ

I. GİRİŞ

Ulaşım ve haberleşme alanlarında meydana gelen gelişmeler sonucunda dünyanın ekonomik, politik ve kültürel anlamda bütünleşmeye doğru gitmesi olarak tanımlanan "küreselleşme" olgusu[1] uluslararası ticareti arttırmış ve iletişim teknolojisinin getirdiği kolaylıklarla "elektronik ticaret" uygulamaları yaygınlık kazanmıştır. Mal alım ve satımının elektronik ortamda gerçekleştirildiği bir süreci ifade eden elektronik ticareti[2] geleneksel ticaretin alternatifi haline getiren ise 1990'lardan sonra yaygınlık kazanan internet olmuştur.

Elektronik iletişim ve ticarette emniyet ve güvenin sağlanması ihtiyacı, "elektronik imzaları (e-imza)" ve verilerin tasdik edilmesini sağlayacak ilgili hizmetleri gerekli kılmıştır. E-imzaların, bunun yanında, kamu sektöründe idareler arasındaki iletişim çevresinde, ayrıca bu idareler ile vatandaşlar ve ekonomik faaliyetlerde bulunanlar arasında (örneğin kamu ihaleleri, vergilendirme, sosyal güvenlik, sağlık ve adli sistem alanlarında) kullanılması da mümkündür.

Türk hukukunda e-imzanın kullanılması ve hukuken tanınması için gereken çerçeve 5070 sayılı Elektronik İmza Yasasıyla (EİY)[3] oluşturulmuştur. EİY'nın 5. maddesine göre, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. Bu genel düzenleme vergi hukuku alanında da yansımasını bulmuştur. 488 sayılı Damga Vergisi Yasasında (DVY)[4] 5228 sayılı Yasa[5] ile yapılan değişiklikle e-belgeler vergi konusuna dâhil edilmiş-

* Bu makalenin yazılma sürecinde yapmış olduğu değerli katkılar için saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Billur Yaltı'ya teşekkürü borç bilirim.

1 İYİBOZKURT, Erol, "Küreselleşme ve Elektronik Ticaret: A. Smith'e Varış", Elektronik Ticaret, Derleyen Veysel BOZKURT, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000, syf. 79.

2 KESER, Aşkın, "Küreselleşen Dünyanın Yeni Gerçeği Elektronik Ticaret", Elektronik Ticaret, Derleyen Veysel BOZKURT, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000, syf. 92.

3 RG. 23.1.2004/25355.

4 RG. 11.7.1964/11751.

5 RG. 31.7.2004/25539.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tir. Bilişim teknolojisindeki gelişmelere hukuk düzenimizin özel hukuk ve vergi hukukunda verdiği bu cevaplarla birlikte damga vergisinde konunun yeniden değerlendirilmesi çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

II. ÖZEL HUKUK BOYUTU: ÇERÇEVE YASA: E-İMZA VE E-BELGENİN HUKUKEN TANINMASI

1. Maddi hukuk: E-belgede yazılı şekil

Borçlar Yasasının (BY) 12 ve sonraki maddelerinde düzenlenen adi yazılı şekil, sözleşmenin mahiyet ve konusunu göstermeye yeterli olan ve borç altına girenlerin ya da bir hakkı devredenlerin imzalarını ihtiva eden yazıyı ifade eder[6].

a. Yazılı olma

Beyan sahibi fiil, işlem, beyan iradesine sahip olduğu sürece[7], elektronik yolla iletilen beyanların da hukuken bir irade beyanı olduğu tartışmasızdır[8]. Ancak yazılı şekilde, hukuki işlemle bağlanma iradesinin yazı ile beyan edilerek belgelendirilmesi gerekir. BY'da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte doktrinde metnin maddi varlığı bulunan bir belge olması şartı aranmaktaydı[9]. Ne var ki, EİY'nin 22. maddesiyle BY'nın 14. maddesinin 1. fıkrasına 2. cümle olarak eklediği "güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücüne haizdir" hükmünün anlam ifade edebilmesi için, elektronik belgelerin de metin unsurunu taşıdığı kabul edilmek gerekir[10].

b. İmzalı olma

Metin beyan sahiplerince imzalanmalıdır. İmza beyan sahibini teşhis edecek şekilde belirlemek ve böylece hukuki işlemin aidiyeti konusundaki karmaşaları önlemek amacıyla kullanılan işarettir[11]. BY'nın 14. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde kişilerin imza atarken kendi el yazısını kullanmaları hükme bağlanmıştır. İmzanın şekli olarak niteliği ise 2525 sayılı Soyadı Yasasının 2. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, imzada imzala-

---

6 TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, syf. 113.

7 İrade beyanının unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY/BURCUOĞLU/ALTOP, syf. 62 vd.

8 ŞENOCAK, Zarife, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S.2, syf. 123.

9 OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995,syf. 114; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B., Beta yayınları, İstanbul, 2001, syf. 252.

10 İNAL, Emrehan, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, syf. 139.

11 TEKİNAY/BURCUOĞLU/ALTOP, syf. 114; OĞUZMAN/ÖZ, syf. 115; EREN, Fikret, syf. 253.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yan kişinin ad ve soyadının birlikte bulunması gerekir. Ancak bu bir zorunluluk olmayıp, ayırt edici fonksiyonu ifa etmek kaydıyla paraf, namı müstear da imza olarak geçerlidir[12]. BY'nın 14. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesiyle, metnin güvenli elektronik imza ile de imzalanabileceği düzenlenmiştir[13]. EİY'nın 3. maddesinin b bendinde "elektronik imza", başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veridir; 4. maddesinde "güvenli elektronik imza", münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır, şeklinde tanımlanmıştır[14]. Ancak yasaların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez (EİY. m. 5/2)[15].

2. Usul hukuku: E-belgenin delil niteliği

Yargılama faaliyeti esnasında dava konusu yapılan hakkın var olup olmadığı konusunda gerek davacının gerekse davalının dayandığı vakıaların gerçekliği hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemi "ispat" olarak ad-

---

12 EREN, syf. 253.

13 İNAL, syf. 137.

14 Elektronik İmzalar İçin Topluluk Çerçevesi konusunda 13 Aralık 1999 tarihli 1999/93/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin 2. maddesinin 1. fıkrasında "elektronik imza", mantıken diğer elektronik verilere bağlı ya da bileşik olan ve bir tasdik yöntemi oluşturan elektronik formda bir veri; 2. fıkrasında "ileri elektronik imza", sadece imzalayana bağlı, imzalayanın kim olduğunu belirlemeye imkan veren, sadece imzalayanın kontrolü altında tutabileceği araçların kullanımı ile yaratılan ve daha sonra verilerde yapılan tüm değişikliklerin bulunmasına imkan veren elektronik imza, olarak tanımlanmıştır. Direktifin orijinal metni için bkz. Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures OJ L 13, 19 January 2000. Resmi olmayan Türkçe çevirisi için bkz. http://www.e-ticaret.gov.tr.

15 Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuki Yönleri ve Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Konusunda 8 Haziran 2000 tarihli 2000/31/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin (Elektronik Ticaret Konusunda Direktif) 9. maddesinin 3. fıkrasıyla üye devletlerin, kendi hukuk sistemlerini, sözleşmelerin elektronik vasıtalarla akdedilmesine izin vermesini temin yükümlülüğünün, taşınmaz mülkiyeti haklarını doğuran veya transfer eden sözleşmeler, kira hakları hariç olmak üzere; mahkemelerin, kamu makamlarının veya kamu otoritesi kullanan mesleklerin müdahalesini (dahil olmasını) gerektiren sözleşmeler; garanti (kefalet) sözleşmeleri ve kendi ticari, iş veya mesleki amaçları dışında hareket eden kişilerce verilen munzam teminat sözleşmeleri; aile hukuku ve miras hukuku kapsamına giren sözleşmelerin hepsine veya bazılarına uygulanmamasını kararlaştırabileceği düzenlenmiştir. Direktifin orijinal metni için bkz. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), OJ L 178, 17 July 2000. Resmi olmayan Türkçe çevirisi için bkz. http://www.e-ticaret.gov.tr.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

landırılır[16]. Vakıaların ispatı için başvurulan araçlara ise "delil" denir[17]. Yargılama hukukunda başvurulan deliller ikrar, senet, yemin, kesin hüküm, şahit, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleri olarak sayılmaktadır[18]. Bunlardan senet delili, yazılan ve onu vücuda getirenin imzasını taşıyan, irade beyanının yer aldığı belgedir[19].

EİY'nın 23. maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına eklediği 295/A maddesi hükme göre: "Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar(f. 1). Dava sırasında bir taraf kendisine karşı ileri sürülen ve güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriyi inkâr ederse, bu Kanunun 308 inci maddesi kıyas yoluyla uygulanır (f. 2)".

Hukuki işlemin tamamlanmış olması ispat faaliyetinin başarılı olabilmesi için şarttır. Diğer bir deyişle, hukuki işlem tamamlanmadığında senedin delil niteliğini taşıma unsuru oluşmayacaktır.

III. VERGİ HUKUKU BOYUTU: DAMGA VERGİSİ DEĞİŞİKLİĞİ: E-BELGENİN VERGİ KONUSUNA DÂHİL EDİLMESİ

1. Türkiye'de düzenlenen e-belgeler

DVY'nda vergi konusu, birinci maddenin birinci fıkrasıyla ekli (1) sayılı tabloda yer alan kağıtlar olarak belirlenmiştir. Yasanın ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle kağıtlar terimine elektronik imza kullanılmak suretiyle manyetik ortamda ve elektronik veri şeklinde oluşturulan belgeler eklenmiştir. Buna göre, kağıt, yazılıp imzalanmak veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeler ile elektronik imza kullanılmak suretiyle manyetik ortamda ve elektronik veri şeklinde oluşturulan belgelerdir.

Kağıdın yazılı ve imzalı olması, Borçlar hukukundaki "adi yazılı şekil" kavramına karşılık gelmektedir[20]. Bir kağıdın bir hususu geniş anlamıyla

---

16 ALANGOYA, H. Yavuz, Medeni Usul Hukuku Esasları, 2.B., Namaş Yayınevi, İstanbul, 2001, syf. 296.

17 ALANGOYA, syf. 300.

18 ALANGOYA, syf. 311.

19 ALANGOYA, syf. 371.

20 a. KIRMAN, Ahmet, 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu Şerhi, 2.B., Doğuş Matbaacılık, Ankara, 1997, syf. 13.

b. "Sadece taraflardan birinin imzasını taşıyan ve kredi sözleşmesi olarak isimlendirilen kağıtta karşı tarafın imzasının bulunmadığı bir halde sözleşme olarak vergilendirilmesi imkanı yoktur", Dan. 9. Dairesinin, 16.4.1992 tarihli, E. 1992/184, K. 1992/1185; "Açılan ihale sonucunda ihale konusu emtianın ikiye bölünmek suretiyle iki ayrı firmaya ihale edilmesine bağlı olarak sözleşme imzalanmamış olup, imza altına alınmamış bir sözleşmede bahsedilemeyeceğinden vergilendirme yapılamaz", Dan. 9. Dairesi'nin, 16.5.1996 tarihli, E. 1996/665, K. 1996/1761 sayılı kararı, KIRMAN, Ahmet, 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu Şerhi, 2. B., Doğuş Matbaacılık, Ankara, 1997, syf. 32.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

belli etmek, hukuki anlamıyla ispat etmek için ibraz edilebilecek olması yargılama hukukunda başvurulan ispat araçlarından biri olma niteliğini taşıması anlamına gelmektedir[21]. Diğer bir deyişle, kağıdın bir hususu ispat etmesiyle kağıdın delil olarak kullanılabilecek bir özelliğe sahip olması gereği ifade edilmek istenmiştir[22]. Vergi konusuna dahil edilen e-belge, e-imza ve e-belgenin EİY'yla hukuken tanınması sonucu, kağıdın yazılı şekil ve delil niteliği unsurlarını taşır.

DVY vergiyi doğuran olayı, kağıdın Türkiye'de düzenlenmesi olarak kabul etmiştir. Buna göre, kural olarak, kağıtlar, Türkiye'de düzenlendiği takdirde damga vergisinin konusuna girmektedir[23]. Düzenleyenlerin uyrukluk veya ikametgahlarının damga vergisi açısından bir önemi yoktur[24]. Vergilendirme kağıdın düzenleme yerine bağlı olarak yapılmaktadır.

Hukuki işlemin tamamlanması için birden fazla irade beyanı gerektiren çok taraflı hukuki işlemlerde taraflardan biri/birkaçı Türkiye'de, diğeri/diğerleri yurt dışında olabilir. Özellikle globalleşen dünya ticareti gereği yapılan ve iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan akit türü hukuki işlemlerin (BY. m. 1) taraflarının farklı ülkelerde mukim olduğu ve faaliyet gösterdiği durumlarla sıkça karşılaşılmaktadır. Akdin düzenleme yeri Borçlar Hukukuna göre belirlenecektir.

Akde ilişkin irade beyanlarından ilki icap, ikincisi kabul olarak adlandırılır. Bir irade beyanın icap olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca akdin esaslı unsurlarını ihtiva etmesi ve icabı yapanın bununla bağlanmak niyetini taşıması gerekir[25]. Eğer irade beyanı akdin esaslı unsurlarını taşımıyor veya teklifle bağlanmak istediğini ifade etmiyorsa icap değil "icaba davet" söz konusudur. Kişilerin icaba davet beyanıyla ulaşmak istedikleri hukuki sonuç kabul beyanıyla akdin kurulması değil, akdin kurulması için müzakereye davet etmektir. İnternette bir web sitesinde mal ve hizmet sunumları, kural olarak icaba davet olarak kabul edilmektedir[26]. Ancak web

---

21 ÜLKMEN, İsmail Hakkı, Ameli ve Tatbiki Damga Resmi, Ahmet İhsan Matbaası, İstanbul, 1944, syf. 103.

22 a. KIRMAN, syf. 69.

b. "488 sayılı damga vergisi kanunun 1'inci maddesinden bahisle, bu madde hükmüne göre, düzenlenen kağıtların damga vergisine tabi olabilmesi için, sadece yazılıp imzalanmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda belli bir hususu ispat etme özelliğini de taşıması gerektiği, muhataba sunulmayan ya da muhatapça kabul edilmeyen teminat mektubunun belli bir hususu ispat etme vasfı bulunmadığından damga vergisine tabi olmayacağı", Dan. 7. Dairesinin, 14.10.1998 tarihli, 14.10.1998 tarihli ve E. 1997/3754, K. 1998/3307 sayılı kararı, Lebib Yalkın Yayımları, Damga Vergisi Mevzuatı, Sıra No: 61, syf. 739.

23 KANETİ, Selim, Vergi Hukuku, 2.B., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, syf. 402.

24 KIRMAN, syf. 89.

25 EREN, syf. 215; OĞUZMAN/ÖZ, syf. 47.

26 ŞENOCAK, Zarife, "İnternete Kurulan Açık Artırma İle Satım Sözleşmesi", AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S. 3, syf. 105.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sitesindeki bilgi ayrıntılı ise, ürün, fiyat ve nakliye için ayrıntılı bilgileri içeriyorsa, alıcının doldurup iletebileceği bir elektronik sipariş formu içeriyorsa web sitesinin icapta bulunma kriterini karşıladığı kabul olunabilir[27].

İcabın kabul edilmesiyle akit kurulmuş olur. Şayet kabul beyanı hazır olmayan kimseye yöneltilirse, akit, kabul haberinin icapta bulunana vardığı anda kurulmuş olur (BY. m. 5). Elektronik ortamda yazılı şekilde iletilen irade beyanlarını hazır bulunmayanlar arasında yapılmış kabul etmek gerekir[28]. İcapta bulunanın internete geçişini sağlayan internet servis sağlayıcısının sunucusuna ya da icapta bulunanın doğrudan internet bağlantısının olduğu istisnai durumlarda kendi bilgisayarına, her zaman çağrılabilecek şekilde varmasıyla, kabul beyanı varmış sayılır[29]. Hazır bulunmayan taraflardan birinin internet üzerinden ilettiği yazılı ve imzalı icabına karşılık, diğerinin yine internet üzerinden yazılı ve imzalı kabulünün varmasıyla damga vergisinin konusu kağıt düzenlenmiş sayılır. İcabı yapanın kabul beyanının vardığı anda bulunduğu ülke kağıdın düzenleme yeridir ve vergilendirme esasları buraya göre belirlenecektir[30]. Eğer icap Türkiye'de olan tarafça yapılmışsa ve bu kişi kabulün vardığı anda da Türkiye'deyse kağıdın düzenleme yeri Türkiye'dir. İcap yurt dışında olan tarafça yapılmış ve Türkiye'de olan tarafça yapılan kabulün vardığı anda bu tarafın bulunduğu yer yurt dışındaysa, bu takdirde düzenleme yeri yurt dışı olacaktır.

2. Yurt dışında veya Türkiye'deki yabancı elçilik ve konsolosluklarda düzenlenen e-belgeler

Yabancı memleketlerle Türkiye'deki yabancı elçilik ve konsolosluklarda düzenlenen kağıtlar, ilke olarak, damga vergisinin konusuna girmemektedir. Ancak, bu kağıtlar, Türkiye'de resmi dairelere ibraz edildiği veya üzerinde devir ve ciro işlemleri yürütüldüğü veyahut her hangi bir surette hükümlerinden faydalanıldığı takdirde, vergiye tabi tutulur (DVY. m. 1/3).

DVY'nda benimsenen ülkesellik ilkesi gereği yurt dışında düzenlenen kağıtlar, devletin vergilendirme yetkisi dışında kaldığı için vergi konusuna dahil edilmemiştir. Ülke sınırları içinde kalmakla beraber, yabancı elçilik ve konsolosluklarda düzenlenen kağıtların vergi konusuna dahil edilmeme-

---

27 YALTI, Billur, Elektronik Ticarette Vergilendirme, Der Yayınları, İstanbul, 2003, syf. 103.

28 ÖZSUNAY, Ergun, "Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, syf. 130. Aynı yöndeki Kanada ve İngiliz hukuku için bkz. YALTI, syf. 103, 105.

29 ŞENOCAK, İnternette Kurulan Açık Artırma İle Satım Sözleşmesi, syf. 105.

30 KIRMAN, syf. 40.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

si ise devletler hukukunda klasik teori olarak adlandırılan görüşün, yani elçilik ve konsolosluk binalarının kabul eden devlet ülkesinin dışında varsayıldığı görüşünün[31], vergisel alana yansımasının sonucudur[32]. Bir devletin ülkesinde haiz olduğu egemenlik hakkını diplomatik imtiyaz ve muafiyetler tanıyarak sınırlayabilmesi, esas olarak kendi iradesiyle mümkündür[33]. Devlet bu iradesini kullanırken belli şartları öngörebilir. Nitekim, yasa koyucu DVY'yla yabancı elçilik ve konsolosluklarda düzenlenen kağıtları, vergi konusu dışında bırakırken, vergilendirme yetkisine getirdiği bu sınırlandırmayı (2) sayılı tablonun I/A-5 maddesiyle karşılıklılık şartına bağlamıştır. Bunun anlamı, kağıdın düzenlendiği elçilik ve konsolosluğun ait olduğu ülkenin, Türkiye'nin kendi ülkesindeki elçilik ve konsolosluklarına aynı diplomatik imtiyaz ve muafiyeti tanımış olması gerekir.

Türkiye'nin taraf olduğu Diplomatik İlişkiler Hakkında 1961 Tarihli Viyana Sözleşmesi'nin tanımlamalarla ilgili birinci maddesinin i bendine göre "misyon binaları", misyon şefinin ikametgahı dahil olmak üzere ve mülkiyete bakılmaksızın, misyonun maksatları için kullanılan binalar veya bina bölmeleri ile bunlarla irtibatlı arazidir[34]. Türkiye'nin taraf olduğu Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin tanımlamalarla ilgili birinci maddesinin j bendine göre "konsolosluk binaları" maliki kim olursa olsun, münhasıran konsolosluk amaçları için kullanılan binalar veya bina kısımları, müştemilatı ve bunların üzerinde bulundukları arsalardır[35].

a. Resmi dairelere ibraz edilen belgeler

Yasa koyucu DVY'nın 8. maddesinde[36] resmi daireyi teker teker sayma yoluyla belirlemiştir ve ancak bu kapsamdaki kuruluşlara yapılan ibraz

---

31 TOLUNER, syf. 350.

32 DVK'nda esas alınan "klasik teori" milletlerarası hukukta uzun süre önce terkedilmiştir. "Modern teori" olarak adlandırılan yeni görüşe göre, diplomatik imtiyaz ve muafiyetler kişilere yarar sağlamak amacıyla değil, devleti temsil eden diplomatik misyonların işlevlerinin gereği gibi yerine getirmelerini sağlamak amacıyla tanınmışlardır, TOLUNER, syf. 405. Bu nedenle, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine getirdiği sınırlamalar bu amaç çerçevesinde yorumlanmalıdır. Kanaatimizce, yabancı elçilik ve konsolosluklarda düzenlenen kağıdın karşılıklılık şartıyla vergi konusuna dahil edilmemesi suretiyle devletin ülkesi üzerinde vergilendirme yetkisine getirdiği sınırlama, modern teori doğrultusunda yorumlanmalıdır. Bu şekilde, hakkın kötüye kullanımıyla meydana gelebilecek vergi kaybının önüne geçilebilir.

33 TOLUNER, syf. 350.

34 RG. 24.12.1984/18615.

35 RG. 27.10.1975/5369.

36 DVY. m. 8: "Bu kanunda yazılı resmi daireden maksat, genel ve katma bütçeli daire ve idarelerle, il özel idareleri, belediyeler ve köylerdir (f. 1). Bu dairlere bağlı olup ayrı tüzel kişiliği bulunan iktisadi işletmeler resmi daire sayılmaz (f. 2)".

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

vergilendirme gereğini doğuracaktır[37]. Maddede adı geçmemekle birlikte kendi özel kanunlarında resmi daire olarak değerlendirilen kuruluşların damga vergisi uygulaması açısından 8. madde kapsamında değerlendirilmesi ve resmi daire olarak kabulü mümkün değildir[38]. Örneğin, uygulamada sıkça başvurulan noterlikler Noterlik Yasasının 40. maddesiyle resmi daire sıfatını kazanmış olmakla birlikte DVY'nda sayılmadığı için damga vergisi uygulamasında resmi daire sayılmazlar.

Ülkemizde mevcut noterlik hizmetlerinin elektronik belgeleri de kapsayacak şekilde ifasına, yani elektronik noterliğe (e-noterlik)[39] ilişkin bir düzenleme yoktur[40]. Ancak genel olarak dört tür noter işleminin, elektronik

---

37 KIRMAN, syf. 77; Nitekim çeşitli yargı kararlarında vergilendirilmenin kabulü veya reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ele alınırken hukuk işlemin tarafı kuruluşun resmi daire olup olmadığı değerlendirilmiştir. Örneğin, Etibank ve İller Bankasının resmi daire sayılmadığı, Milli Eğitim Bakanlığı, Karayolları ve Devlet Su İşleri Genel Müdürlüklerini resmi daire olduğu (Dan. 11. Dairesi`nin, 14.11.1967 tarihli, E.1967/2035, K. 1967/2966 sayılı kararı), bakanlıklar ve valiliklerin genel bütçeye dahil resmi birer daire olduğu, Ankara İmar ve Emlak İşletmeleri ile Çimento Sanayiinin resmi daire sayılmadığı (Dan. 11. Dairesi`nin, 9.4.1968 tarihli, E. 1968/622, K.1968/666 sayılı kararı), Tekel Genel Müdürlüğünün katma bütçeli resmi daire olduğu (Dan. 11 Dairesi`nin, 17.4.1968 tarihli E.1967/2229, K.1968/700 sayılı kararı) kuruluşların nitelikleri dikkate alınarak ve madde 8 doğrultusunda sınırlı olarak değerlendirilmiştir, BURGU, Faruk/ DİKBAŞ, Orhan/ ÖZEREN, Ahmet/ COŞKUN, Sabri/ ŞAHİN, Tarhan, Belirli Konularda Bütün Emsalleriyle Danıştay Kararları-Kitap 2, Nam Matbaası, Ankara, 1970, syf. 40-42.

38 KIRMAN, syf. 197; ÖZBALCI, Yılmaz, Damga Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2001, syf. 143.

39 TURAN, Orhan, "e-Türkiye'nin Oluşumunda Vazgeçilmez Kurum e-Noter", http://turk.internet.com/haber/yazigöster.php3?yaziid=9354.

40 a. Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulunun 1997 tarihli toplantısı çerçevesinde Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığının koordinatörlüğü, TÜBİTAK-Bilten'in sekreterliğinde ilgili kuruluşların katılımıyla oluşturulan Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulunun tayin ettiği "Elektronik Ticaret Hukuk Çalışma Grubu", 8 Mayıs 1998 tarihinde yayınladığı raporda, elektronik ticarette, onay kurumlarının yanısıra gerçekleştirilen ticari işlemi geleneksel noterlik sistemine benzer şekilde onaylayan, işlemin zaman boyutuna geçerlilik kazandıran elektronik noterlik gibi bir mekanizmanın oluşturulmasının söz konusu olabileceği, zira, elektronik ortamdaki bilgilerin doğruluğunun kanıtlanması için belgeleme yetkililerine de gereksinim olduğu belirtilmiştir. Raporda elektronik noter sistemiyle ilgili düzenleme konusunda ise üç öneri getirilmiştir: Kurulacak olan onay kurumlarına noterlik yetkisi verilerek, mevcut noterlik sistemi içerisinde düzenlenerek ya da yeni ve ayrı bir elektronik noterlik altyapısı hazırlanarak düzenlenebilir. Ayrıca kurulacak olan elektronik noterlik sisteminde yabancı şirketlere de yetki verilmesi hususu ile elektronik noterlerin yetkilerinin sınırlarının bu konuda uluslararası uygulama ve düzenlemeler de göz önünde bulundurularak dikkatle değerlendirilmesi vurgulanmıştır, http://e-ticaret.gov.tr/raporlar/hukuk.htm.

b. Türk Noterler Birliği bu yönde yapılacak bir yasal düzenlemeye zemin oluşturmak üzere bir "e-noterlik dönüşüm projesi" hazırlamaktadır. Birlik Yönetim Kurulu 23.9.2004 günü yapmış olduğu toplantıda İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi ile "e-Noterlik Hukuksal Alt Yapısının Oluşturulması" amacı ile işbirliğinin yapılmasına karar vermiştir, http://www.tnb.org.tr.

c. Bu konuda özel hükümler içeren ilk noterlik yasaları, Florida ve Kaliforniya Noterlik Yasalarıdır. 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren Kaliforniya Noterlik Yasasının

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tarih damgası vurma, elektronik olarak düzenleme şeklinde belge hazırlama, elektronik olarak dışarıda hazırlanarak gönderilen belgelerdeki elektronik imza ve tarihi onaylama, elektronik belgelerin saklanması, bunların varlığının ve içeriğinin istendiğinde elektronik olarak belgelendirilmesi, e-noterlik hizmeti olarak verilebileceğinden söz edilmektedir[41]. Bu yönde yapılacak bir düzenlemeden sonra, örneğin, yurt dışında düzenlenen ve örneğinin çıkarılması için e-notere verilen e-belgeler resmi daireye ibraz edildiği gerekçesi ile vergilendirilemez.

Kağıdın resmi dairelere ibrazı, düzenlenmesindeki amacın gerçekleştirilmesi ile ilgili olarak bir hususu ispat ve belli etmek için kullanılması anlamına gelmektedir[42]. Bu nedenle, düzenleme amacı dışındaki ibrazlar DVK'nun 1/3. maddesi anlamında ibraz sayılmazlar. Örneğin, yurt dışında düzenlenmiş bir e-belgenin vergi inceleme elemanına ibrazı düzenlenişindeki amaca uygun kullanım teşkil etmediğinden damga vergisiyle yükümlendirilemez.

b. Devir ve ciro işlemleri yürütülen belgeler

Kağıt üzerinde devir işleminin yürütülmesi ile kağıtta yer alan alacağın alacaklı tarafından bir başka şahsa hukuki bir işlemle devredilmesi olarak tanımlanabilecek olan[43] ve alacağın temliki adıyla Borçlar Yasası Beşinci Bab'da 162-172. maddeleri arasında düzenlenmiş hukuki kurum ifade edilmiştir. Alacağın temliki bir sözleşme ile yapılır ve bu sözleşme yazılı şekilde yapılmış olmadıkça geçersizdir (BY. m. 163/1). Dolayısıyla, yurt dışında düzenlenmiş kağıtlarda yer alan hukuki işlemlerden doğan alacakların geçerli bir biçimde Türkiye'de devredilmesi, yeni bir kağıt düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır.

"elektronik noterlik" başlıklı 1631.11. maddesinde, bir elektronik imzanın noter tarafından onaylanmasının gerekli olduğu durumlarda bu işlemin noterin elektronik imzası ile yapılacağı öngörülmüştür. Yasanın 1631.12. maddesinde ise, elektronik kayıtlar ve muhafazası ile ilgili hükümler bulunmaktadır. 1 Ocak 1999 tarihinde yürürlüğe giren Florida Noterlik Yasasının elektronik noterliğe ilişkin 117.20. maddesine göre, elektronik noter işlemleri yapmak isteyen bir noter önce bir belgelendirme merciinden kendi imzası ile ilgili bir sertifika almaktadır. Noter daha sonra noterlerin bağlı olduğu devlet bakanından, elektronik noterlik işlemlerini yürütebilmek için izin istemekte ve ancak bu izin geldikten sonra, elektronik işlemlerde kendi dijital imzası ile elektronik noterlik yapabilmektedir. Elektronik notere, kendisinin gizli imzasının çalınması halinde; bu durumu derhal ilgili devlet bakanlığına bildirmek ve Belgelendirme Merciine de sertifikasının iptali için başvurmak zorunluluğu getirilmiştir. Noter, ayrıca yapmış olduğu tüm bu işlemleri tarih, zaman, işlem tipi, doküman numarası, dokümanı imzalayanın adı, adresi, imzasını içerecek şekilde 5 yıl süreyle bir kayıt üzerinde tutmak durumundadır, TURAN, http://turk.internet.com/haber/yazigöster.php3?yaziid=9354.

41 TURAN, http://turk.internet.com/haber/yazigöster.php3?yaziid=9354.

42 POLAT, Nail, Damga Vergisi, Cihan Matbaası, Ankara, 1970, syf. 13; ÖZBALCI, syf. 66.

43 TEKİNAY/BURCUOĞLU/ALTOP, syf. 240; OĞUZMAN/ÖZ, syf. 879.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kanunlarla bazı alacakların devri özel bir rejime tabi tutulmuş ve özel hükümler konulmuştur (BY. m. 172)[44]. Ortaklık payı ile hisse senetlerinin devrine ilişkin hükümler (Türk Ticaret Yasası [TTY] m. 416, 520), ipotekli borç senedi ve ihraç senedinin devrine ilişkin hükümler (Medeni Yasa m. 837, 838) bu özel hükümlerin başlıca örneklerinden olup, bu konuda en önde gelen ve uygulamada karşılaşılan emre yazılı kıymetli evrakların (Örneğin, bono, poliçe, çek) devrine ilişkin hükümlerdir (TTY. m. 559, 560). Alacağın temliki kıymetli evrak hukukunda ciro adıyla, genellikle emre yazılı kıymetli evraktan doğan hakların mülkiyetini devreden bir hukuki işlem ile gerçekleştirilmektedir[45]. DVY'sında öngörülen, yurt dışında düzenlenen kağıdın üzerinde ciro işlemlerinin yürütülmesi şartı ile kıymetli evrak hukukundaki bu özel devir hali belirginleştirmeye çalışılmış ve böylece vergiden kaçınmanın önlenmesi amaçlanmıştır[46].

EİY'nda yer alan, yasaların özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemlerin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği hükmü karşısında kıymetli evrak hukukunda e-imza geçersizdir, e-belgenin düzenlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, e-belgenin cirosundan bahsedilemez.

c. Herhangi bir surette hükümlerinden faydalanılan belgeler

Yasa faydalanmanın türünü belirlememiş, her hangi bir surette deyimini kullanarak en geniş biçimde yorumlanmasına imkan tanımıştır[47]. Bu nedenle, kağıttan resmi dairelere ibraz edilmek veya üzerinde devir ve ciro işlemleri yürütülmek suretiyle faydalanılması da bu koşul kapsamında değerlendirilebilir. Kısaca, yurt dışında düzenlenen ve DVY'sında aranan unsurları taşıyan kağıtların Türkiye'de vergilendirilmeleri temelde hükmünden faydalanılması gerekçesine dayanır[48]. Yurt dışında düzenlenen kağıdın Türkiye'ye getirilmiş olması, hükmünden yararlanma durumu gerçekleşmedikçe, vergilendirme sonucunu doğurmaz[49].

---

44 BY. m. 172: "Bazı hakların temlikine mahsus olarak kanunen muayyen olan hükümler bakidir".

45 DOMANİÇ, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. B., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, syf. 62.

46 KIRMAN, syf. 79.

47 ÜLKMEN, syf.112; POLAT, syf.13; YILDIRIM, Mehmet, Damga Vergisi Kanunu Şerh ve İzahları, Doğuş Matbaacılık, Ankara, 1964, syf.82; ÖZBALCI, syf. 69.

48 KIRMAN, syf.79; ÖZBALCI, syf.69.

49 ÜLKMEN, syf.111; KIRMAN, syf.80; ÖZBALCI, syf.70; "488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinin son fıkrasında aynen" yabancı memleketlerde .... düzenlenen kağıtlar, Türkiye'de .... herhangi bir suretle hükümlerinden faydalanıldığı takdirde vergiye tabi tutulur" denmektedir. Olayda, ... Genel Müdürlüü lehine açılan ikrazat akreditifinin teyit olduğuna dair mektup Newyork'ta düzenlenmiş ve fakat .... Genel Müdürlüğünce mukavele şartlarına uymadığından bahisle kabul edilmemiştir. Bu hali ile sözü geçen mektubun hükümlerinden Türkiye'de faydalanılmamış bulunulmaktadır. Bu duruma göre, yukarıda anılan madde uyarınca vergiye tabi olmadığı açık olan varaka sebebiyle ödenmiş olan damga vergisinin iadesi gerekirken iade edilmemesi yolunda Maliye Bakanlığınca tesis olunan dava konusu işlemde mevzuata uyarlık yoktur", Dan. 11. Dairesi'nin, 20.5.1996 tarihli, E.1968/1823, K.1969/ 688 sayılı kararı, POLAT, syf. 78.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kağıdın vergilendirilmesi veya vergilendirilmemesi sonucunu doğuracak olması nedeni ile hükmünden faydalanma durumunun hangi hallerde gerçekleştiğini tespit etmek gerekir. Yasada bu konuda bir kritere rastlanmamaktadır. Danıştay ise bir kararında hükmünden faydalanmayı, taraflarına haklar yaratan ya da borç, yükümlülük ve ödevler getiren hukuki durumları belli eden veya ispata yarayan araç olan damga vergisinin konusu kağıdın, belgelediği hukuki durumun ön gördüğü hak, borç, yükümlülük ve ödevlere işlerlik kazandırılması olarak tanımlamıştır. Başka değişle, tarafların haklarını elde etmeleri, borç, yükümlülük ve ödevlerini yerine getirmeleri kağıdın hükmünden faydalanılması olarak nitelenmiştir[50]. Daha eski tarihli bir yargı kararında ise hükmünden faydalanmanın kağıdın bir hakkın, bir hususun tayin ve ispatı için gösterilmesi, herhangi bir hukuki, ticari ya da benzer bir amaca bağlı olarak kullanılması anlamına geldiği ifade olunmuştur[51].

Anılan yargı kararları hükmünden faydalanmayı çok geniş bir çerçeveye oturtmuş olmak beraber, kağıdın her türlü kullanımının, damga vergisinin konusu olması itibariyle taşıdığı delil niteliğine işlerlik kazandırmak amacıyla olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu nedenle, kağıda bağlanan hukuki işleme işlerlik kazandırmayan kullanımların vergiyi doğuracağı kabul edilemez. Örneğin, yurt dışında düzenlenmiş e-belgenin e-noterden örneğinin çıkarılması, kendisine bağlanan hukuki işlemin işlerliğine yönelik bir kullanım olmayacağı için hükmünden faydalanma olarak nitelendirilemeyecektir[52].

Yargı organı önüne gelen çeşitli uyuşmazlıklarda ise spesifik olarak kişilerin eylem ve işlemlerinin yurt dışında kağıda bağlandıkları hukuki işlemin hükmünden Türkiye'de faydalandıkları anlamına gelip gelmeyeceğini değerlendirmiştir. Örneğin, yurt dışındaki banka tarafından düzenlenerek, teminat mektubu düzenlenmesini teminen yurt içindeki bir bankaya gönderilen kontrgarantinin hükmünden yararlanılmasının, gönderilen kontrgarantiye dayanılarak düzenlenen teminat mektubunun muhatap tarafından

---

50 Dan. 7. Dairesi'nin, 20. 12.2000 tarihli E.1999/294, K.2000/4088 sayılı kararı, Yaklaşım, Y. 9, S. 100, Nisan 2001, syf. 266-268.

51 İstanbul 14. Vergi Mahkemesi'nin, 20.12.1984 tarihli E. 1984/285, K.1984/759 sayılı kararı, KIRMAN, syf. 81.

52 Burada, idarenin yurt dışında düzenlenen kağıdın noterden örneğinin çıkarılması ya da tercüme ettirilmesi halinde hükmünden yararlanma şartının meydana geldiği ve dolayısıyla vergilendirme yapılması gerektiği görüşünü taşıdığını belirtmeliyiz, TCMB Gelirler Genel Müdürlüğü'nün 8 Aralık 1978 gün ve GEL: DMG; 2101104-1544/86568 sayılı mukteza ile Türkiye Noterler Birliğine bildirilen görüşü, Türkiye Noterler Birliği 1978 Genelgeler Yayını, syf. 72-73, ÖZBALCI, syf. 68. Ancak doktrin aksi görüştedir, bkz. KIRMAN, syf. 88; ÖZBALCI, syf. 68.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kabulüyle gerçekleştiği[53], yurt dışında düzenlenerek Türkiye'deki muhabir bankaya gönderilen akreditiflerin hükmünden yararlanılmasının ise, ihracatçının mal bedelini hesaben tahsil etmesi anında gerçekleştiği hüküm altında alınmıştır[54].

DVY'nda tanımı, kapsam ve koşulları belirlenmeyen hükmünden yararlanma kavramı, e-belge için de yoruma müsait ve belirsiz bir mahiyet taşır.

IV. SONUÇ

Her ne kadar günümüzde internet üzerinden yapılan hukuki işlemlerin çoğu, yasal olarak her hangi bir şekle tabi olmasalar da, bu durum yasa koyucunun e-imza ve e-belgenin hukuken tanıması ve ilgili hükümlerde gerekli uyarlamaları yapmasının önemini azaltmaz. Bu bağlamda, özellikle internette yaygınlaşan ticari işlemleri damga vergisine tabi tutulabilmek için, e-belgeyi vergi konusuna dahil eden damga vergisi değişikliği yerindedir. Ancak bağlama noktalarının, yani düzenleme yerinin, ibraz yerinin, devir yerinin ve faydalanma yerinin farklı yorumları, e-belge üzerinde devletlerin vergilendirme yetkisinin çakışması sonucunu verebilecektir.

---

53 Ankara 6. Vergi Mahkemesi'nin, 6.3.1997 tarihli, E.1996/915, K.1997/231 sayılı kararı, KIRMAN, syf. 82; aynı yönde, "15.2.1966 tarihinde İtalya'dan çekilen telgraf ve 16.2.1966 tarihinde Fransa'dan gönderilen kontrgarantini mektubu üzerine 17.2.1966 tarihinde düzenlenen teminat mektubuna bu tarihte damga pulu yapıştırılmayarak vergi kaybına sebebiyet verildiğinden ötürü davalı banka şubesi adına kesilen kusur cezasını; yabancı memlekette tanzim edilmiş olan kontrgaranti mektubu ile telgrafın bankaya 17.2.1966 tarihinde geldiği ve kayıtlara geçtiği, ... Genel Müdürlüğüne Hitaben 17.2.1966 tarih ve 9853 sayılı teminat mektubu düzenlenerek 18.2.1966 tarihinde lehdar olan, müteahhit firmanın Türkiye temsilcisine teslim edildiği, bu tarihte de anlaşmazlık konusu belgeye basılı damga koydurulmak suretiyle vergisi ödendiği ve 18.2.1966 tarihinden evvel hükmünden istifade edilmediğine göre her herhangi bir vergi kaybı bulunmadığı gerekçesiyle kaldıran Temyiz Komisyonu 5. Dairesi'nin 30.5.1968 tarih ve 1120 sayılı Kararı aynı gerekçe ve sebeplerle uygun görülmüştür", Dan. 11. Dairesi'nin, 19.9.1968 tarihli, E. 1968/1329, K. 1968/1481 sayılı kararı, POLAT, syf. 80.

54 Dan. 9. Dairesi'nin, 29.5.1996 tarihli, E. 1996/502, K. 1996/1998 sayılı kararı, KIRMAN, syf. 86; Bu konuda vergi dairesi de yargı organıyla aynı yaklaşımı benimsemektedir, KIRMAN, syf. 86.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

YENİ CEZA MUHAKEMESİ YASASI'NDA ADLİ KONTROL-TUTUKLAMA-YAKALAMA VE HAKSIZLIKLARIN TAZMİNATLA GİDERİLMESİ

*Prof. Dr. Nur CENTEL**

I. Giriş

Yeni Ceza Muhakemesi Yasası ile birlikte hukuk sistemimize, şimdiye kadar bulunmayan adli kontrol kurumu gelmiştir[1]. Ayrıca, tutuklama ve yakalamaya ilişkin hükümlerde değişiklikler yapılmış ve haksızlıkların tazminatla giderilmesi konusu Yasa kapsamına alınmıştır. Aşağıda, bu konularla sınırlı olarak, yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda yer alan hükümler değerlendirilecek ve gerektiğinde 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası ile karşılaştırma yapılacaktır[2].

II. Adli Kontrol

1. Kavram

Adli kontrol, tutuklamanın alternatifi olan bir kurumdur. Adli kontrol, tutuklamayı gerektirebilecek bir suç işlendiğinde tutuklama yerine uygulanır ve sanığın, özgürlüğüne ilişkin bazı kısıtlamalara tâbi tutulmasını gerektirir. 1412 Sayılı Yasa'da böyle bir kurum bulunmamakta, tutuklamanın alternatifi olarak sadece, tutuklama kararının infazının ertelenmesine olanak tanıyan *teminatla salıverme* gösterilmekteydi (CMUK m.117 vd.).

Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'ndaki adli kontrol kurumu, Fransız hukukundan esinlenerek düzenlenmiştir. Bu nedenle, önce Fransız hukukunda adli kontrol kurumuna, sonra da yeni Yasa'daki düzenlemeye değineceğiz.

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Yasa 01.06.2005'te yürürlüğe girmiştir. Bak. 31.3.2005 Gün ve 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun geç.m.1. RG 31.3.2005 No.25772 (mükerrer).

2 Bu makalede 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu CMUK, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ise CMK olarak kısaltılmaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Fransız hukukunda adli kontrol

Fransız Ceza Muhakemesi Yasası m.138'de tutuklamanın yerine geçecek daha hafif koruma tedbirlerine yer verilmektedir. "Adli denetim" denilen bu kurum Fransız hukukuna ilk kez 17.7.1970 tarihli Yasa'yla getirilmiş ve sonra bir çok kez değiştirilmiştir[3]. Konuya ilişkin en önemli değişiklik, 15 Haziran 2000'de gerçekleştirilmiştir[4].

a. Genel ilkeler

Fransız hukukunda, herhangi bir suçtan sanık olma durumu, o kişi hakkında mutlaka özgürlüğüne yönelik bir koruma tedbiri uygulanması sonucunu doğurmaz. Bu hukuk sisteminde, tutuklamaya başvurma olanağı daraltılmıştır. Tutuklama, belli ağırlıktaki suçlar için uygulanabilecek istisnai bir tedbirdir. Asliye cezalık suçlarda, onaltı yaşından küçükler ve hakkında özgürlüğü bağlayıcı ceza uygulanması yasaklanan sanıklar tutuklanamaz. Ayrıca, tutuklama tedbirini uygulayacak makam artık *özgürlükler ve tutuklama hakimidir*. Fransız CMUK m.137-1'e göre, tutukluluğa ve tutukluluğun süresinin uzatılmasına ilişkin kararları *özgürlükler ve tutuklama hakimi* verir. Tutuklamanın kaldırılması hususundaki talepler de aynı suretle bu hakime sunulur[5]. Sorgu hakimi veya *özgürlükler ve tutuklama hakimi*, sanığın m.138-1'de yer alan adli denetim tedbirlerinden bir veya birkaçına uymasına karar verebilir[6].

b. Hükmedilecek tedbirler

Fransız hukukunda "adli denetim" kurumunun içerdiği tedbirler şunlardır[7]:

1) Sorgu hakimi tarafından belirlenen bölge sınırları dışına çıkmamak,

2) sorgu hakimi tarafından belirlenecek ikametgâhtan veya oturulan

---

3 Bak. D.Tezcan, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler), Ankara 1989, 55.

4 "Masumiyet Karinesi ve Mağdur Haklarının Korunmasına Yönelik GUIGOU (GİGU) Kanunu". Loi n. 2000-516 du 15 juin 2000, Yürürlüğe girme tarihi: 1 Ocak 2001.

5 Özgürlükler ve tutuklama hakimi, o yerdeki mahkemenin başkanı veya ikinci başkanı veya başkan yardımcısı olan hakimdir. Bu hakim ceza ve hukuk işlerine birlikte bakan büyük asliye mahkemesinin başkanı tarafından bu göreve atanır. Tartışmalı duruşmalar icrası sırasında kendisine bir yazı işleri müdürü yardım eder./Hakim bu görevi gereği karar verdiği ceza işlerinin yargılanmasına katılamaz; aksi takdirde verilecek hüküm geçersiz olur./Tutuklama istemi halinde sorgu hakimi savcının talebini içeren dosyayı gerekçeli kararla birlikte bu hakime havale eder. Bak. Code de Procédure Pénale, Code de Justice Militaire, Dalloz, Edition 2001. Ayrıca bak. J. Pradel (çev.S.Dönmezer), Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü ISISC Kollokyumlarının Sentez Raporu, İstanbul 2000, 268-269.

6 Tezcan, 57.

7 Bak. Code de Procedure Penale Code de Justice Militaire, Dalloz 1996-1997, 232 vd; Tezcan, 57 vd., Kunter/Yenisey II, No.48.2/I.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yerden ancak bu hakimin tayin ettiği sebepler ve koşullarla ayrılmak,

3) sorgu hakimi tarafından belirlenecek yerlere gitmemek veya sadece bu yerlere gitmek,

4) belirli sınırlar dışındaki her türlü yer değiştirmeyi sorgu hakimine bildirmek,

5) kendisine isnat olunan konularda en küçük bir imada bulunulmaması koşuluyla, sorgu hakimince tespit edilecek makam veya kuruluşlara periyodik aralıklarla uğramak,

6) sorgu hakimi tarafından yetkili kılınacak bütün makam ve şahısların çağrılarına cevap vermek ve gerektiğinde mesleki faaliyetlerine veya eğitimine devama ilişkin olarak yapılacak denetimlere, ayrıca sosyal hayata girmesini sağlama ve tekrar suç işlemesini engelleme amacıyla alınan eğitsel önlemlere[8] rıza göstermek,

7) mahkeme kalemine, polise veya jandarma karakoluna kimliğini belgelemeye yarayan her türlü belgeyi ve özellikle pasaportunu, kimlik yerine geçmek üzere verilecek belge karşılığında teslim etmek,

8) tüm veya bazı araçları kullanmaktan kaçınmak veya gerektiğinde makbuz karşılığında sürücü ehliyetini mahkeme kalemine teslim etmek (ancak, sorgu hakimi mesleğini icra etmesi için sanığa ehliyetini kullanma izni verebilir),

9) sorgu hakimi tarafından özellikle belirlenen bazı şahısları kabul etmekten veya onlarla görüşmekten ve her ne şekilde olursa olsun onlarla ilişkiye girmekten kaçınmak,

10) özellikle bağımlılıktan kurtulmak (dezentoksikasyon) amacıyla muayene olmayı, tedavi görmeyi, hatta hastanede yatmayı kabul etmek,

11) gelir durumu gözönüne alınarak sorgu hakimi tarafından tespit olunacak teminat tutarını peşin veya taksitler halinde ve ödeme süreleri içinde yatırmak,

12) suçun bir mesleğin icrası sırasında veya buna bağlı olarak işlenmesi ve yeniden bir suç işleme ihtimalinin bulunması halinde, sendikal sorumluluklar ve temsilcilikler hariç, mesleki veya sosyal bazı faaliyetleri yapmaktan kaçınmak (ilgili faaliyet bir avukatın faaliyeti ise sorgu hakimi kurulan bir idari kuruldan yararlanmakla yükümlüdür).

13) sadece çeki keşide edenin çekebildiği çeklerle değeri garanti edilmiş

8 Loi, n. 2000-516 du 15 juin 2000, madde: 50/I. Yürürlük tarihi: 1 Ocak 2001.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

çekler dışında çek keşide etmemek ve gerektiğinde kullanılması yasaklanan çek defterini mahkeme kalemine teslim etmek,

14) silâh bulundurmamak veya üzerinde taşımamak ve gerektiğinde zilyedi olduğu silâhları makbuz karşılığında mahkeme kalemine teslim etmek,

15) mağdurun haklarını teminat altına almak için sorgu hakimi tarafından belirlenecek miktar ve süre için ayni ve şahsi teminat oluşturmak,

16) aile yükümlülüklerine katılma, para yardımı veya tazminat ödeme yükümlülüğü tesis eden mahkeme kararlarına veya benzeri yargısal sözleşmelere uygun olarak ödemekle yükümlü olduğunu nafakayı muntazaman ödediğini veya ailevi yükümlülüklere katkıda bulunduğunu ispat etmek.

c. Tedbire hükmedilmesi

Adli denetim tedbirine önsoruşturmada sorgu hakimi, son soruşturmada tutuklamaya karar veren makam karar verir. Tutuklamadan farklı olarak, gerekçe göstermek gerekmez. Adli denetime kabahatlerde başvurulamaz. Cürümlerde uygulanabilmesi için en az hapis cezasını gerektiren bir suç sözkonusu olmalıdır[9]. Fransız CMUK m.137-2'ye göre, sorgu hakimi, savcının istemi üzerine adli denetime karar verir. *Özgürlükler ve Tutuklama Hakimi* de, kendisine başvurulduğunda, aynı suretle adli denetime karar verebilir[10].

d. Tedbirlerin sona ermesi ve değiştirilmesi

Adli denetim kapsamında uygulanan tedbirler re'sen veya istek üzerine her zaman değiştirilebilir, kaldırılabilir veya bunlara yenileri eklenebilir. Değişiklik kararlarına karşı sadece savcı itiraz edebilir. Sanık öngörülen yükümlülüklere uymazsa, kendisine daha ağır yükümlülükler yüklenebileceği gibi; aslında tutuklama olanağı bulunmasa bile, tutuklama kararı verilebilir[11].

3. Ceza Muhakemesi Yasası'nda adli kontrol (CMK m.109-112)

a. Genel ilkeler

Yeni Ceza Muhakemesi Yasası birinci kitapta "koruma tedbirleri" başlıklı dördüncü kısımda "adli kontrol" başlığını taşıyan üçüncü bölümde, tu-

---

9 N.Kunter/F.Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku İkinci Kitap, İstanbul 2003, No.48.2/I.

10 Bak. Code de procédure pénale, Code de Justice Militaire, Dalloz, Edition 2001. Ayrıca bak. Pradel, 269.

11 Kunter/Yenisey II, No. 48.2/I.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tuklama yerine başvurulabilecek daha hafif önlemlere yer verilmiştir (CMK m.109). Bu kurum, 7.3.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan Tasarı'da Fransız Yasası'na paralel olarak düzenlenmişti. Yasalaşan metinde ise bazı değişiklikler bulunmaktadır. Örneğin, Tasarı'da tutuklamayı gerektirebilecek suçlarda adli kontrole başvurulabileceğinin öngörülmüş olmasına karşılık; Yasa'da bu kuruma başvurma, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlandırılmıştır[12]. Bunun gibi, Tasarı'da onaltı ayrı yükümlülük gösterildiği halde, Yasa'da yükümlülük sayısı dokuza indirilmiştir.

Yeni Yasa'da, tutuklama kararı verilmeksizin tutuklama yerine daha hafif tedbire hükmedilmesi sistemi tercih edilmiştir.

Karşılaştırmalı hukukta bu konuda iki farklı yöntem bulunduğu görülmektedir: 1)Önce tutuklama kararı verilip sonra daha hafif bir tedbir uygulanarak tutuklamanın infazının ertelenmesi, 2)tutuklama kararı vermeksizin veya tutuklama kararını kaldırarak yerine daha hafif tedbir uygulanmasına karar verilmesi. Örneğin, Alman hukukunda önce tutuklama kararı verilip sonra tedbir öngörülerek tutuklama kararının infazı ertelenmekte, İtalyan, Fransız ve Avusturya[13] hukuk sistemlerinde ise tutuklama kararının ertelenmesi değil, tutuklama kararı yerine tedbir kararı verilerek yükümlülükler öngörülmesi sözkonusu olmaktadır.

b. Hükmedilecek tedbirler

Adli kontrol, şüphelinin CMK m.109/2'de gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tâbi kılınmasını içerir: Bu yükümlülükler şunlardır:

1) Yurt dışına çıkamama,
2) Hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurma,
3) Hakimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uyma,

---

12 Yasa yürürlüğe girmeden önce yapılan değişiklikle, yurtdışına çıkamama ve güvence gösterme yükümlülükleri açısından suçlama konusunun üst sınırı üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren suç olması sınırlandırılması kaldırılmıştır. Bak. 25.5.2005 Gün ve 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. RG 1.6.2005 No.25832.

13 Avusturya hukukunda tutuklamanın amacına daha hafif tedbirlerle ulaşılabilecekse, tutuklama kararı verilemez veya devam ettirilemez (m.180/1). Bu tedbirler şunlardır: Kaçmama sözü verme, belli yerden hakim izni olmaksızın uzaklaşmama sözü verme, belli yerde ikamet etme yükümlülüğü, belli yerden veya belli ilişkilerden kaçınma yükümlülüğü, alkol almama yükümlülüğü, çalışma yükümlülüğü, belli mercilere başvurma yükümlülüğü, seyahat belgelerini geçici teslim yükümlülüğü, ehliyeti geçici teslim yükümlülüğü, teminat verme, gözetim yardımcısı kabul etme (m.180/5). Bak. Manz Texte im "A bis Z-System" Strafrecht Die wichtigsten Rechtsvorschriften des materiellen und formellen Strafrechts Redaktion W.List, 2 Aufl.Stand 1.9.1993, Wien 199.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

4) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamama ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etme (hakim veya savcı, bu bentte belirtilen yükümlülüğün uygulanmasında şüphelinin mesleki uğraşlarında araç kullanmasına sürekli veya geçici olarak izin verebilir),

5) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatma dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olma ve bunları kabul etme,

6) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, savcının isteği üzerine, hakimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırma,

7) Silâh bulunduramama veya taşıyamama, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adli emanete teslim etme,

8) Savcının istemi üzerine hakim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere ayni veya kişisel güvenceye bağlama,

9) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence verme.

c. Tedbire hükmedilmesi

Adli kontrol, şüphelinin, bir veya daha fazla yükümlülüğe tâbi tutulmasını içerir. Soruşturma aşamasında adli kontrol uygulanabilmesi için aranan temel koşullar şunlardır: 1) Şüphelinin işlediği iddia olunan fiilin, CMK 100. maddeye göre tutuklamayı gerektirebilecek bir suçu oluşturması, 2)(yurtdışına çıkamama ve güvence gösterme yükümlülükleri dışında) suçun üst sınırının üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektirmesi, 3)savcının talepte bulunması, 4)sulh hakiminin (kovuşturma evresinde mahkemenin) karar vermesi.

Adli kontrol kararı verilebilmesi için, tutuklama koşullarının var olması gerekir. Dolayısıyla, şüpheli veya sanığın suçluluğu ve tutuklama nedenlerinin varlığı hususunda kuvvetli belirtiler saptanamayan hallerde adli kontrole de başvurulamaz.

Hakim, tutuklamayı gerektirebilecek bir suç işlendiğinde, savcının talebi üzerine, tutuklama yerine adli kontrol altına alınma kararı verebilir.

d. Tedbirlerin sona ermesi ve değiştirilmesi

Tutuklama süreli olduğu halde, adli kontrol için üst süre öngörülmemiştir. Hakim, tutuklama yerine geçen tedbirlerin kaldırılmasına savcının veya şüpheli veya sanığın talebi üzerine karar verebilir. Sanık veya şüpheli-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nin talepte bulunduğu hallerde savcının da görüşü alınır. Bu konudaki karar, talepten itibaren beş gün içerisinde alınır.

Hakim, savcının istemiyle, adli kontrol uygulamasında, şüpheliyi bir veya birden çok yeni yükümlülük altına koyabilir, kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülükleri bütünüyle veya kısmen kaldırabilir, değiştirebilir veya şüpheliyi bunlardan bazılarına uymaktan geçici olarak muaf tutabilir (CMK m.110/2). Adli kontrol kararı şüpheli veya sanığın istemi üzerine savcının görüşü alındıktan sonra yine hakim veya mahkeme tarafından kaldırılabilir.

e. Tedbir kararına uymama

Adli kontrol yükümlülüklerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir (CMK m.112).

f. Kanun yolu

Adli kontrol kararlarına itiraz edilebilir *(CMK m.111/2)*

g. Mahsup

Adli kontrol altında geçen süre, kişisel özgürlüğü sınırlama nedeni sayılarak cezadan mahsup edilemez. Ancak, uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatma yükümlülüğünün uygulanması halinde mahsup mümkündür (CMK m.109/5).

4. Değerlendirme

Tutuklama, kişi özgürlüğüne yönelik olması nedeniyle çok ağır sonuçlar doğuran bir koruma tedbiridir. Bunun yerine daha hafif tedbirlerle sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemenin mümkün olduğu hallerde, tutuklamaya başvurulmamalıdır. Nitekim çeşitli hukuk sistemlerinde, tutuklamanın işlevini görebilecek daha hafif tedbirlere yer verilmiştir[14].

Türk hukukunda 1992 yılında yapılan değişiklikle, tutuklama yerine bir başka yargılama önlemi ile amaca ulaşılabilecek ise tutuklamaya karar verilemeyeceği (CMUK m.104/4) öngörüldüğü halde, tutuklamaya alternatif

---

14 Örneğin, 1989 Tarihli İtalyan Ceza Muhakemesi Yasasına göre tutuklama (önleyici nezaret hapsi) ve sağlık kurumunda tutuklama dışındaki tedbirler şunlardır: Yurtdışına çıkma yasağı, adli polise başvurma yükümlülüğü, ikamet yasağı ve ikamet mecburiyeti, ev hapsi (m.281 vd.). Bu tedbirler kural olarak soruşturmanın konusu suç karşılığında Yasa'da müebbet hapis cezası veya üst sınırı üç yılın üzerinde olan hapis cezası öngörülen suçlar sözkonusu olduğunda uygulanabilir (m.280). Bu tedbirlerden en ağırı ev hapsidir. Ev hapsine konulan sanığın tutuklu sanık sayılacağı Yasa'da belirtilmiştir (m.284/5). Bak. Italienische Strafprozessordnung mit Nebengesetzen Codice di procedure penale con leggi complementari, Zwei sprachige Ausgabe (çev.M.W.Bauer/B.König/ J.Kreuzer/R.Riz/H.Zanon), Bozen 1991.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kurumlar getirilmemişti[15]. Bu nedenle, Türk hukukunda tutuklama yerine uygulanabilecek daha hafif tedbir, 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın sistemine göre, sadece teminatla salıverme idi (CMUK m.117 vd.). Bu tedbir ise tutuklama kararı verildikten sonra ve tutuklama nedeni delilleri karartma tehlikesi değilse uygulanabilmekteydi.

Belirtelim ki, Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda tutuklama yerine uygulanabilecek daha hafif tedbirler öngörülmesi yerinde olmuştur. Böylece, daha hafif önlemle amaca ulaşılabilecek hallerde tutuklama gibi ağır bir tedbire başvurulmayacaktır. Ancak, yeni Yasa'da, tutuklama yerine uygulanabilecek tedbirler katalogunda (Fransız hukukunda ve Tasarı'da gösterilenden daha az sayıda olmakla birlikte) çok sayıda seçenek belirlenmiştir. Bu durum, bir yandan özgürlüğe yönelik müdahalelerin sınırlandırılması ve Yasa'da gösterilenler dışında bir özgürlük sınırlandırmasının mümkün olmaması güvencesini beraberinde getirmektedir. Ancak, diğer yandan da hakimin teknolojik gelişmelerin yarattığı yeni önlemleri tedbir aracı olarak kullanmasını engelleyecektir. Yeni Yasa'da, çok seçenekli katalog yerine sınırlı sayıda tedbir öngörerek, amaca uygun diğer tedbirleri alma konusunda hakime takdir hakkı tanınması sistemi kabul edilebilirdi. Örneğin, Alman hukukunda bu sistem tercih edilerek Yasa'da örnek olarak az sayıda tedbire yer verilmiş[16], bu suretle hakimin başka tedbirler öngörmesine olanak tanınmıştır[17].

---

15 18.11.1992 Gün ve 3842 sayılı Yasa m.4.

16 Alman CMUK m.116'ya göre alternatif tedbirler şunlardır: Tutuklama nedeni kaçma şüphesi ise: belli mercilere başvurma, belli yerde oturma, ikametgahtan gözetim altında çıkma, teminat yatırma yükümlülükleri. Tutuklama nedeni delilleri karartma tehlikesi ise diğer sanıklarla ilişki kurmama, tanıklarla ilişki kurmama, bilirkişilerle ilişki kurmama yükümlülükleri. Tutuklama nedeni suçu tekrarlama tehlikesi ise: diğer tutuklama nedenleri için öngörülen yükümlülükler. Belirtelim ki, sanık tedbir öngörülmesi talebinin kabul edilmemesine karşı, savcı ise tedbir uygulanmasına veya tedbirin türüne karşı kanun yoluna başvurabilir. Öte yandan, öngörülen yükümlülüklerin ihlâl edilmesi, kaçma hazırlığı yapma, yapılan davete mazeretsiz gelmeme, güven kaybına sebebiyet verecek davranışta bulunma, yeni tutuklama nedenlerinin ortaya çıkması tedbir uygulanmasını sona erdirecek hallerdir (m.116/4). Bak. Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen, München 2001, m.116.

17 Alman CMUK m.116'da tutuklamanın yerini almak üzere sayılan daha hafif tedbirler sınırlayıcı değildir. Sözgelimi, somut olayın koşullarına göre tek başına veya diğer tedbirlerle birlikte kaçma tehlikesini ortadan kaldırmaya elverişli ise sanığın banka hesaplarına tahdit konulabilir veya ehliyetini, yabancı ise pasaportunu vermesi istenebilir (Löwe/Rosenberg-Dünnebier, m.116 k.no.2; KK-Boujong, m.116, k.no.12, 13). Gerçi pasaportun alınması yabancı ülkeye kaçmayı engellemez, ancak orada iş bulmayı zorlaştıracağı için yine de caydırıcı olabilir. Öte yandan yabancı sanığın pasaportunu belli mercie teslim etme yükümlülüğü yabancı ülkenin egemenliğine devletler hukuku kurallarının yasakladığı bir müdahale olarak değerlendirilemez. Çünkü, bu geçici bir uygulama olmaktadır.Tutuklamanın infazının ertelenmesi konusunda başvurulabilecek diğer tedbirler konusunda teknolojik gelişmelerden yararlanılması da mümkündür. Örneğin, hareket edildiğinde bunu bildiren, sanık neredeyse oradan sinyal veren eloktronik bilezik kullanma koşuluyla tutuklamanın infazı ertelenebilir (Löwe/Rosenberg-Hilger, m.116 k. no.23-24).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Öte yandan, yükümlülükler için üst süre gösterilmemiştir. Bu durum uygulamada haksızlıklara yol açabilir. Bunun dışında, yükümlülüklerden biri olan uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatma dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olma ve bunları kabul etme, masumiyet karinesiyle çelişen bir tedbirdir. Yine yükümlülükler arasında gösterilen "aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence verme", özel hukuk ilişkilerinin ceza hukuku alanına taşınmasına sebebiyet verecektir. Alman sistemi üzerine, Fransız modelinin monte edilmesi suretiyle adli kontrol yükümlülükleri arasında bu seçeneğe yer verilmesi isabetli olmamıştır.

Adli kontrol, CMK m.100'de belirtilen tutuklama nedenlerinin varlığı halinde uygulanabilecektir[18]. CMK m.100/4'te sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceği gösterilmektedir. Ayrıca, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında, üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı tutuklama kararı verilemez (ÇKK m.21). Ancak, tutuklama yasağı öngörülen hallerde de, adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabileceğinden (CMK m. 109/2), bu hallerde adli kontrole başvurulabilecektir.

III. Güvence Gösterilmesi (CMK m.113-115)

1. Kavram

Güvence gösterilmesi, ceza muhakemesinde tutuklama kararı verilmesini veya tutuklama kararının infazını engelleyen alternatif kurumlardan birisidir. Hakim, sanığın güvenceyi yakmak yerine kaçmamayı tercih edeceğini (veya Yasa'da gösterilen başka yükümlülüklerini karşılayacağını) tahmin ettiği bir miktarı güvence olarak belirler.

2. Yeni Yasa'daki düzenleme

1412 Sayılı Yasa'da güvence gösterilmesi, tutuklanmasına karar verilen sanık hakkında bu kararın infazından vazgeçilmesini sağlayan bir kurumdu[19]. Yeni Yasa'da ise güvence gösterilmesi, adli kontrol kurumu çerçevesinde tutuklamanın alternatifi olarak düzenlenmiştir. Yani güvence gösterilmesi, tutuklama kararı verilmesi yerine uygulanabilecek bir tedbirdir.

---

[18] CMK m. 109'da *tutuklama sebepleri*, CMK m.100'de ise *tutuklama nedenleri* denilmektedir. Bu durum, Yasa'nın hazırlanmasında özenli davranılmadığını gösteren örneklerden biridir.

[19] 1412 Sayılı Yasa'nın sisteminde teminatla salıverme, sanığın delilleri karartma şüphesinden başka bir nedenle tutuklanmış olması ve talepte bulunması koşullarına bağlanmıştı (CMUK m.117). Sonradan Yasa değiştirilerek, teminat miktarının belirlenmesinde suçun niteliğinin ve yargılama organlarınca yapılacak işlemlerin (yani hükmedilecek cezanın) gözönüne alınması öngörülmüştü (12.6.1979 gün ve 2248 sayılı Yasa m.2). Bu hükmün masumluk karinesi ile bağdaşmadığı eleştirisi için bak. N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, 239 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Tutuklamanın alternatifi olarak CMK m.109/2'de gösterilen adli kontrol katalogu arasında 2.fıkra f sırasında güvence gösterilmesine yer verilmiş, ancak bu kuruma güvence olma dışında başka işlevler de yüklenmiştir (CMK m.113).

Şöyle ki, yeni Yasa'ya göre sanık veya şüpheli tarafından gösterilecek güvencenin, şu hususların yerine getirilmesini sağlayacağı gösterilmiştir: 1)Şüpheli veya sanığın bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya altına alınabileceği diğer yükümlülükleri yerine getirmek üzere hazır bulunması, 2)şu sıraya göre ödeme yapılması: a) katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi ve eski hale getirme, b) nafaka borçlarını ödemedikleri için kovuşturulan şüpheli veya sanık açısından nafaka borçları, c) kamusal giderler, d) para cezaları.

Şüpheli veya sanığı güvence göstermeye zorunlu kılan kararda, güvencenin karşıladığı kısımlar ayrı ayrı gösterilecektir (CMK m.113/2).

Öte yandan hakim, mahkeme veya savcı, şüpheli veya sanığın rızasıyla güvencenin mağdurun haklarını karşılayan veya nafaka borcuna ilişkin bulunan kısımlarının, istedikleri takdirde, mağdura veya nafaka alacaklılarına verilmesini emredebilecektir (CMK m.114/1).

Soruşturma ve kovuşturmanın konusunu oluşturan olaylar nedeniyle mağdur veya nafaka alacaklısı lehinde bir yargı kararı verilmiş ise şüpheli veya sanığın rızası olmasa da, ödemenin yapılması emredilebilir (CMK m.114/2).

Gerekçeye göre, önceden ödetmeye ilişkin hüküm, mağdurun korunması, kişisel haklarının güvence altına alınması ile ilgili bulunan ve karşılaştırmalı hukukta artık vatandaşlık hakkını kazanmış olan yaklaşıma uygun bir hükümdür.

Hükümlü hazır bulunma yükümlülüklerini yerine getirmişse, güvencenin belli kısmı kendisine geri verilir (CMK m.115/1).

Güvencenin suç mağduruna veya nafaka alacaklısına verilmemiş olan ikinci kısmı, kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararları verildiğinde de şüpheli veya sanığa geri verilir. Aksi halde, geçerli mazereti dışında, güvence Devlet Hazinesi'ne gelir yazılır (CMK m.115/2).

Hükümlülük halinde, güvenceden, katılanın masrafları, zararlar, nafaka borçları, kamusal giderler, para cezaları düşüldükten sonra kalanı hükümlüye verilir (CMK m.115/3).

3. Değerlendirme

Tutuklamanın alternatifi olan güvence gösterme kurumunun, peşin cezaya dönüştürülmemesi gerekir. Yeni Yasa'da güvencenin düzenleniş biçimi masumluk karinesi ile bağdaşmamaktadır. Güvence, katılanın masraflarının, za-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rarların, kamusal giderlerin ve para cezalarının yerine getirilmesini sağlayacaktır. Bu amaçların hedeflenmesi suçluluk konusunda önyargılı olma anlamına gelebilir. Güvence gösterilmesi kurumuyla bağdaşan tek amaç, sanığın muhakeme işlemlerinde hazır bulunmasını sağlama amacı olabilir.

Öte yandan, güvence nafaka borçlarının yerine getirilmesini güvenceleme amacını da taşımaktadır. Bu şekilde güvenceye özel hukuk ihtilâflarına yönelik bir kapsam da verilmiştir. Bunun ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri kavramıyla çeliştiğini düşünmekteyiz.

IV. Tutuklama (CMK m.100-108)

1. Kavram

Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliğine sahiptir (Ay m.19/1). Biçimi ve koşulları Yasa'da gösterilen belli haller dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz (Ay m.19/2). Başlıca amacı ceza muhakemesinin yapılabilmesi ve delillerin kaybolmasının önlenmesi olan ve özgürlüğün geçici olarak kısıtlanması sonucunu doğuran tutuklama, 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Yasasında onsekiz, yeni Yasa'da ise dokuz madde halinde düzenlenmiştir.

2. Yeni Yasa'daki düzenleme

a. Tutuklamanın önkoşulları

Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda, tutuklama kurumu birinci kitap dördüncü kısım ikinci bölümde yer almaktadır. Yeni Yasa'ya göre, adli kontrol uygulanmamış olması dışında, tutuklamanın birarada bulunması gereken temel koşulları şunlardır: 1)Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması, 2)suçun sadece adli para cezasını veya üst sınırı bir yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suç olmaması[20], 3)tutuklamanın, işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olması (orantılılık bulunması), 4)tutuklama nedeni bulunması.

b. Tutuklama nedenleri

Tutuklama nedenleri Tasarı'da artırılmıştı[21]. Bunlar yeni Yasa'ya alın-

---

20 Yeni Yasa'da önce iki yıl olarak gösterilen bu sınır, Yasa yürürlüğe girmeden değiştirilerek bir yıla indirilmiştir. Bak. 25.5.2005 Gün ve 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.11. RG.1.6.2005 No.25832.

21 Fransız Yasası'na paralel olarak Tasarı'da yeni Yasa'da bulunan tutuklama nedenlerine eklenen nedenler şunlardı (m.115): 1)şüpheli ve sanık ile şerikleri arasında kanuna aykırı uzlaşma ve iştiraklerin önlenmesi, 2)Suçun ağırlığı, işlendiği hal ve koşullar veya meydana gelen zararın önemi dolayısıyla fiilin kamu düzeni üzerinde neden olduğu istisnai ve ısrarlı düzensizliğe son verilmesi, 3)şüpheli veya sanığın, kendilerine karşı gelişebilecek hukuka aykırı tepkilerden korunması, 4)suça son verilmesi, 5)suçun yinelenmesine engel olunması, 6)adli kontrol altına alınmış şüpheli veya sanığın yükümlülüklerden bilerek kaçması nedeniyle tutuklanmasının zorunlu olması.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mamıştır. Yeni Yasa'da yer alan tutuklama nedenleri şunlardır: a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular bulunması, b) şüpheli veya sanığın davranışlarının belli hususların varlığı konusunda kuvvetli şüphe oluşturması. Bu hususlar ise 1. delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, 2. tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma olmaktadır (m.100/2) [22].

c. Yasal karineler

Yeni Yasa'da kaçma ve delilleri karartma karinelerine yer verilmiştir (CMK m.100/2). Şu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Türk Ceza Yasası'nda yer alan, 1. soykırım ve insanlığa karşı suçlar (m.76-78), 2. kasten öldürme (m.81-83), 3. işkence (m.94-95), 4. cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, m.102), 5. çocukların cinsel istismarı (m.103), 6. uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m.188), 7. suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, m.220), 8. devletin güvenliğine karşı suçlar (m.302-304, 307-308), 9. anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (m.309-315)[23],

---

22 Belirtelim ki, Tasarı'da gösterilen (dn.21) tutuklama nedenlerinin yeni Yasa'ya alınmamış olması yerindedir. Anayasa'da, "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir" denilmiştir (Ay m.19/3). "Tutuklamayı zorunlu kılan diğer haller" sanığın öldürülmesine engel olmak gibi muhakeme ile ilgili olabilirse de, kamu düzeninin korunması, tekrar suç işlenmesinin önlenmesi gibi muhakeme ile ilgili olmayan nedenler bu kapsamda görülemez. Bu gibi hallerde özgürlük kısıtlaması zorunlu ise bunun tutuklama kapsamında değil, başka bir adla düzenlenmesi gerekir. Bu nedenle, Tasarı'da tutuklama nedeni olarak gösterilmiş bulunan, "kamu düzenini koruma", "suçlara son verme", "suçun yinelenmesini engelleme" halleri bu amaçla bağdaşmaz. Gerçekten, "kamu düzenini koruma" amacı, sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasını önleme amaçlarına benzerlik göstermemektedir. Kaldı ki, işlenen her suçla kamu düzeninin bozulduğu, zarara uğradığı varsayılır, ancak düzeni yeniden kurma aracı tutuklama değildir. Bu tutuklama nedeni daha önce eleştiri konusu olan ve 3842 sayılı Yasa'yla kaldırılmış bulunan "suçun memleketin asayişini bozan fiillerden olması tutuklama nedeninin" yeniden yasaya konulması anlamına gelecekti. Aynı şekilde, "suçlara son verme" tutuklama yoluyla değil, polis önlemleriyle sağlanmalıdır. Öte yandan, ceza muhakemesi ve dolayısıyla ceza muhakemesi tedbirleri ancak bir suç işlendikten sonra sözkonusu olur ve ceza muhakemesini güvenceleme amacını taşır, suçu önleme amacı bu kuruma yabancıdır. Bu nedenle, Tasarı'da "suçun yinelenmesini engelleme" gibi bir tutuklama nedeni öngörülmesi yerinde değildi. Çünkü, tekrar suç işleme konusunda bir karine yaratılamayacağı gibi; ileride işlenmesi muhtemel bir suç için tutuklamaya başvurulması da kurumun amacına aykırı olur. Kaldı ki, kişinin ileride tekrar suç işleyebileceği ihtimalinin teşhisi son derece güçtür. Böyle bir nedenle özgürlüğün kısıtlanması ancak önleyici kolluk tedbiri olabilir, buna karşılık, muhakeme hukukuna ilişkin bir amaç taşımadığı için tutuklama nedeni olarak gösterilmesi yerinde olmaz. Türk hukukunda askeri muhakeme hukuku alanında daha önce var olan bu tutuklama nedeni Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir (AyMK, 26.6.1963-197/166, RG 7.11.1963 No.11549).

23 26.9.2004 Gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b) Ateşli Silâhlar Yasası'nda tanımlanan silâh kaçakçılığı suçları (m.12)[24],

c) Bankalar Yasası m. 22/3,4'deki zimmet suçu[25],

d) Kaçakçılıkla Mücadele Yasası'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar[26],

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasası m.68 ve 74'de tanımlanan suçlar[27],

f) Orman Yasası m.110/4,5'deki orman yakma suçları[28].

d. Tutuklama kararı

Yeni Yasa'da, tutuklama kararını verecek merci konusunda 1412 sayılı Yasa'daki ilkeler muhafaza edilmiştir. Yeni Yasa'ya göre, sanığın tutuklanmasına soruşturma evresinde savcının istemi üzerine sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise yine savcının istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilecektir. Bu konudaki önemli değişiklikler, yeni Yasa'da savcının tutuklama talebinde gerekçe göstermesinin vurgulanması ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yine talepte yer vermesinin öngörülmesidir (CMK m.101)[29].

Ayrıca, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu hususta bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukuki ve fiili nedenler ile gerekçelerin gösterileceği vurgulanmıştır.

Bir diğer yenilik, tutuklama istenildiğinde şüpheli veya sanığın mutlaka müdafi yardımından yararlanacağının öngörülmüş olmasıdır.

Yeni Yasa'ya göre, tutukluluk kararının içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği de kendilerine verilir (CMK m.101/2). Sanığın yokluğunda (kaçaklar hariç) tutuklama kararı verilemez[30].

Tutukluluğun uzatılmasına ilişkin kararlar, savcı, şüpheli veya sanık

---

24 10.7.1953 Gün ve 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun.

25 18.6.1999 Gün ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu.

26 10.7.2003 Gün ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu.

27 21.7.1983 Gün ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu.

28 31.8.1956 Gün ve 6831 sayılı Orman Kanunu.

29 Tasarı'da adli kontrole başvurulması sınırlandırılmadığından, adli kontrol uygulamasının neden yetersiz kalacağının gösterilmesi gerekliydi. Yeni Yasa'da adli kontrol üst sınırı üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlandırıldığından, aynı gereklilikten söz etmek mümkün değildir.

30 Gıyabi tutuklamada değişikliğe gerek bulunmadığı, gıyabi tutuklamanın sadece kaçaklar için öngörülmesinin hukuk tekniğine aykırı olduğu konusunda bak.E.Yurtcan,"TBMM Adalet Alt Komisyonunda Görüşülmekte Olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Üzerine Değerlendirmeler", Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısı Toplantısı (24 Kasım 2004), İstanbul Barosu Galatasaray Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2005, 31.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ile müdafiin görüşleri alındıktan sonra verilecektir (CMK m.102/3). Ancak, bu hükmün yürürlük tarihi bazı suçlar bakımından ertelenmiştir[31].

Gıyabi tutuklama kararı ise ancak kaçak hakkında verilebilecektir (CMK m.248/5).

e. Tutuklamanın süresi

1412 Sayılı Yasa'nın sisteminde tutuklamanın süresi hazırlık soruşturmasında en çok altı aydır. Kamu davasının açılması halinde bu süre hazırlık soruşturmasında tutuklulukta geçen süre dahil iki yılı geçemez. İstisna olarak yedi sene ve daha çok özgürlüğü bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutukluluk halinin devamına karar verilmesi mümkündür (CMUK m.110).

Yeni Yasa'da ise bu hüküm tamamen değiştirilmiş ve hazırlık soruşturması-son soruşturma aşamaları için ayrı süreler öngörülmesi yöntemi terkedilmiştir. Yeni Yasa'da esas alınan husus, suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girip girmemesidir.

Yeni Yasa'ya göre, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok altı aydır. Bu süre, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek dört ay daha uzatılabilir.

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir, uzatma süresi toplam üç yılı geçemez.

Uzatma kararları verilirken savcı ile savunmanın (şüpheli veya sanık ile müdafiin) görüşlerinin alınması zorunluluğu getirilmiştir (CMK m.102).

Yeni Yasa'nın bu hükmü, bazı suçlar bakımından 1 Nisan 2008'de yürürlüğe girecek, bu süre zarfında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın, yukarıda içeriğine değindiğimiz, 110. maddesi uygulanacaktır[32].

---

31 Ceza Muhakemesi Kanununun 102 nci maddesinin yürürlük tarihi, aynı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yazılı suçlar bakımından, 1 Nisan 2008'e ertelenmiştir. Bu süre zarfında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 110 uncu maddesinin uygulanmasına devam olunacaktır.Dolayısıyla, bu suçlar bakımından, uzatma kararlarının savcı, şüpheli veya sanık ile müdafiin görüşleri alındıktan sonra verilmesi de gösterilen tarihten sonra gerçekleşecektir. Bak. 23.3.2005 Gün ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.12. RG.31.3.2005 No.25772 (mükerrer).

32 Tutuklamanın süresine ilişkin bu hüküm, yeni Yasa m.250/1-c'de gösterilen suçlar bakımından 1.4.2008'de yürürlüğe girecektir. Bak. 23.3.2005 Gün ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.12. RG.31.3.2005 No.25772 (mükerrer). CMK m.250/1-c'de gösterilen suçlar, Türk Ceza Kanununda yer alan ikinci kitap dördüncü kısmın dört, beş, altı ve yedinci bölümünde tanımlanan suçlardır (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332.maddeler hariç). TCK İkinci Kitap dördüncü kısım millete ve devlete karşı suçları içermektedir. İlgili bölümler, devletin güvenliğine karşı, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı, milli savunmaya karşı, devlet sırlarına karşı suçları kapsamaktadır. Belirtelim ki, yeni Yasa'da olumlu olarak nitelendirilebilecek yeni düzenlemelerin büyük bir kısmının yürürlüğü bu şekilde ertelenmiş veya içerikleri değiştirilerek (gözaltı süresinden yol süresinin hariç tutulması gibi) eskiye dönülmüştür.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

f. Savcının tutuklama kararının geri alınmasını istemesi

Yeni Yasa'da adli kontrol kurumu getirildiği için, savcıya tutuklunun adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını isteme yetkisi tanınmıştır. Hakkında tutuklama kararı verilmiş şüpheli ve müdafii de adli kontrol uygulanarak serbest bırakılmayı sulh ceza hakiminden isteyebilirler (CMK m.103)[33].

Bunun dışında, tutuklamaya veya adli kontrole gerek kalmayan hallerde savcının, hakim kararı almaksızın, sanığı serbest bırakma yetkisi vardır. Takipsizlik kararı verildiğinde şüphelinin serbest kalacağı da maddede gösterilmiştir.

g. Salıverilme istemi

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli ve sanık salıverilmeyi isteyebilir. Tutukluluk halinin devamına veya salıverilmesine ilişkin kararlar hakim veya mahkemece verilir. Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay aşamasında salıverme istemi hakkındaki karar, re'sen veya talep üzerine, Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinden yapılacak incelemeden sonra verilir (CMK m.104)[34].

Yeni Yasa'ya göre, tutuklama kararının geri alınması ve salıverilme istemleri hakkında merciince karar verilmesinden önce, savcı, şüpheli, sanık veya müdafiin görüşleri alınacaktır (CMK m.105)[35]. Bundan sonra üç gün içinde istemin kabulüne, reddine veya adli kontrol uygulanmasına karar verilebilir.

Yeni Yasa ile getirilen bir yenilik, salıverilenin yetkili yargı merciine veya tutukevinin müdürüne adresini ve varsa telefon numarasını bildirmekle yükümlü olmasıdır. Ayrıca değişiklikler de bildirilecektir (CMK m.106). Böylece, sanığa ulaşılamaması nedeniyle davaların gecikmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

Tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunun otuzar günlük periyotlarda incelenmesi ilkesinde ise değişiklik yoktur. Soruş-

---

33 Bunun için yeni Yasa'da hakimin iddia ve savunma makamlarını dinleyerek üç gün içinde karar vereceği öngörülmüştü. Ancak bu kural Yasa'dan çıkartıldı. Bak. 25.5.2005 Gün ve 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.12. RG 1.6.2005 No.25832.

34 Bölge adliye mahkemelerinin 1 Haziran 2007'ye kadar kurulması öngörülmektedir. Bak. 26.9.2004 Gün ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun geç m.2. 7.10.2004, No. 25606.

35 Yasa'nın ilk metninde tarafların dinlenmesinden sözedilmekteydi. Bu durum, duruşma yapılması anlamına gelirdi. Ancak, sözkonusu hüküm değiştirilerek tarafların görüşlerinin alınması öngörüldü. Bak. 25.5.2005 Gün ve 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.8. RG 1.6.2005 No.25832.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

turma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda savcının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından karar verilir. Tutukluluk durumunun incelenmesi şüpheli tarafından da istenebilir. Hakim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her duruşmada veya koşullar gerektirdiğinde duruşmalar arasında da re'sen karar verilir (CMK m.108)

h. Yakınlara haber verme

Tutuklananın durumunun yakınlarına bildirilmesi konusundaki hükümlerde değişiklik yoktur. Tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye, hakimin kararıyla gecikmeksizin haber verilir (CMK m.107).

Ayrıca, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, tutuklunun tutuklamayı bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de izin verilir.

Buradaki yenilik, şüpheli veya sanık yabancı olduğunda tutuklanma durumunun vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilmesinin öngörülmüş olmasıdır. Bunun için tutuklananın yazılı olarak karşı çıkmaması aranacaktır.

ı. Tutuklu hakkında yapılacak işlem

Tutuklama kararının yerine getirilmesine ilişkin ilkeler Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa'da gösterilmiştir (CGİK m.111 vd.)[36].

Tutuklular, tutukevlerinde veya maddi olanak bulunmayan hallerde diğer kapalı ceza infaz kurumlarının bu amaca ayrılmış bölümlerinde tutulurlar. Eylem ve davranışları ile CGİK m.9 kapsamına giren tutuklular ise yüksek güvenlikli tutukevlerinde veya buna olanak bulunmayan hallerde yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarının tutuklulara ayrılan bölümlerinde barındırılırlar. Kadın, çocuk ve gençlik tutukevleri müstakil olarak kurulabilir. Buna olanak bulunmayan hallerde, tutuklular kapalı ceza infaz kurumlarında ayrı bölümlerde bulundurulurlar.

Tutuklular çalışmak zorunda değildir. Tutukluların hakları, kısıtlayıcı önlemler ve yükümlülükleri CGİK m.114-116'da gösterilmektedir.

3. Değerlendirme

Yeni Yasa'da, Tasarı'da gösterilen yeni tutuklama nedenlerine ve 1412 sayılı Yasa'da altı aya kadar özgürlüğü bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar ba-

---

36 13.12.2004 Gün ve 5275 sayılı Yasa. RG.29.12.2004 No.25685.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kımından öngörülen halkın infiali tutuklama nedenine yer verilmemiş, kaçma ve delilleri karartma şüphesi tutuklama nedeni sayılmıştır. Bu durum isabetlidir. Buna karşılık, yeni Yasa'da Tasarı'da bulunmayan yasal karineler öngörülmüştür. Şöyle ki, CMK m.100/2'de bir suç katalogu gösterilmiştir. Bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde tutuklama nedeni var sayılabilecektir. Bu durum, sayılan suçlarda zorunlu tutuklama uygulamasına sebebiyet verecektir. Bu nedenle isabetli değildir. 1412 sayılı Yasa döneminde eleştirilen yasal karinelerin geri getirilmesi anlamını taşıyan bu düzenleme yeni Yasa'da yer almamalıydı[37].

Ayrıca, tutuklama nedenleri gösterilirken "aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir" denilmiştir. Bu ifade yanlıştır. "*Aşağıdaki haller tutuklama nedenleridir*" veya "*tutuklama nedenleri şunlardır*" ifadesi kullanılmalıydı. Mevcut düzenleme, tutuklama nedenlerinin yasal karineler olduğu izlenimini uyandırmaktadır.

Yeni Yasa'da, 1412 sayılı Yasa döneminde eleştiri konusu olan ve tutuklamanın gerekçesinin kararda gösterilmesine açıkça yer verilmeyen hüküm değiştirilerek, "tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu hususta bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukuki ve fiili nedenler ile gerekçeleri gösterilir" denilmesi yerinde olmuştur (CMK m.101/2). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında en çok eleştirilen hususlardan birisi, tutuklama kararlarında yeterli gerekçe bulunmamasıdır[38]. Yeni hükmün, uygulamayı değiştireceğini umarız.

Tutuklama kararının verilmesi ve uzatılması duruşmalı olmalıdır. Yeni Yasa'ya göre, kural olarak gıyabi tutuklama kararı verilememesi yerindedir. Ancak, tutuklama kararının geri alınmasının veya salıverilmenin istenmesinde duruşma yapılmasını gerektirecek hükmün değiştirilip "görüş alınması"nın öngörülmesi yerinde olmamıştır (CMK m.105). Görüş yazılı da alınabileceğine göre, bu tür kararlar duruşmalı olarak alınmayacaktır. Öte yandan bazı suçlar açısından, bu konuda görüş alınması da ertelenmiştir. Bu isabetli değildir. Bunun gibi, bazı suçlar açısından tutuklamanın süresine ilişkin hükmün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi de yerinde olmamıştır.

Tasarı'da yer verilen tutuklunun geçici salıverilmesine ilişkin hüküm, yeni Yasa'ya alınmamıştır (Tasarı m.126). Oysa, tutuklunun şahsen bulunması gerekiyorsa, kişisel, ticari ya da hukuki bir iş için dışarı çıkmasına izin verilmesi, personel yokluğu gerekçesiyle bu taleplerin reddedilmemesinin öngörülmesi yerinde olacaktı[39]

---

37 Bak. N.Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992, 52 vd.

38 Centel/Zafer, 215.

39 Centel/Zafer, 233.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

V. Yakalama *(CMK m.90-99)*

4. Kavram

Yakalama, ceza muhakemesine özgü amaçlarla kişi özgürlüğünün hakim kararı bulunmaksızın geçici olarak kısıtlanması demektir. Yakalama, kişi özgürlüğü gibi önemli bir temel hakka müdahale teşkil ettiğinden, başvurma koşulları ve süresi Anayasa'da belirlenmiştir (Ay m.19).

Yeni Yasa'da yakalamaya ilişkin hükümler, bazı noktalarda 1412 sayılı Yasa'dan farklılıklar içermektedir.

5. Yeni Yasa'daki düzenleme

Tasarıda yakalama ve gözaltında bulundurmaya ilişkin ilkeler on madde halinde düzenlenmiştir.

a. Yakalamanın koşulları

Yakalamanın resmi sıfatı bulunmayan kişiler ile resmi sıfatı bulunanlara özgü koşulları yeni Yasa'da 1412 sayılı Yasa'ya paralel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, şu hallerde herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılması mümkündür: a) Kişiye suçu işlerken rastlanması, b) suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması (CMK m.90).

Suçüstü kavramı şu halleri kapsar: a) İşlenmekte olan suç, b) henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, c) fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç (CMK m.2/j).

Kolluk görevlileri ayrıca, tutuklama veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerin sözkonusu olması durumunda da, savcıya veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.

Yakalanan kişi, düzenlenecek soruşturma belgesiyle birlikte hemen savcılığa gönderilecektir.

b. Şikâyete bağlı suçlarda yakalama

Şikâyete bağlı suçlarda yakalamaya başvurulabilmesi için şikâyet bulunmalıdır. Ancak, şikâyet bulunmaksızın şu hallerde yakalamaya başvurulabilir: 1)Suçüstü hali bulunması, 2)suçun, a) çocuklara, b) beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenmesi (CMK m.90/3).

Şikâyetten önce şüphelinin yakalanmasına bu şekilde olanak tanındı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ğından, şikâyete yetkili olan kişiye ve bunlar birden çok ise hiç olmazsa birine yakalamadan haber verilmesi gerekecektir (CMK m.96).

c. Gözaltı süresi

Bireysel ve toplu suçlar için 1412 sayılı Yasa'da öngörülen gözaltı süreleri yeni Yasa'da değiştirilmemiştir. Yeni Yasa'da gözaltı süresinin, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemeyeceği gösterilmiş ve bu süreden yol süresi hariç tutulmamıştı. Bu olumlu bir değişiklikti. Ancak, yeni Yasa yürürlüğe girmeden değiştirilerek, yol süresi tekrar gözaltı süresinin dışında tutulmuştur. Sadece, yol süresi oniki saati geçemeyecektir[40].

Yakalanan kişi, savcılıkça bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için yirmidört saat süreyle gözaltına alınmasına karar verilebilecektir. Gözaltına almanın, a) bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve b) kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlı olduğu vurgulanmıştır (m.91/2). Bu hüküm, kişi hak ve özgürlükleri açısından olumlu bir yaklaşımın ifadesidir.

Toplu suçlarda gözaltı süresinin savcının yazılı emriyle uzatılması mümkündür. Bunun için, delillerin toplanmasında güçlük bulunmalı veya şüpheli sayısı çok olmalıdır. Savcı, gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhal tebliğ edilir (CMK m.91/3).

Toplu suç, aralarında iştirak iradesi bulunmasa da, üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçtur (CMK m.2/1-k).

Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, süre sonunda sulh ceza hakimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur (CMK m.91/6).

d. Yakalamaya itiraz

Yeni Yasa'da yakalamanın uzatılmasına karşı itiraz kurumu muhafaza edilmiş ve yakalama işlemini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir (CMK m.91/4).

Yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin savcının yazılı emrine karşı hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hakimine başvurulabilir. Başvurma yetkisi bulunan kişiler şun-

---

40 CMK m.91/1 cümle 2'nin yeni metni şöyledir: "Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez./ Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz". Bak. 25.5.2005 Gün ve 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.8. RG 1.6.2005 No.25832.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lardır: a) Yakalanan kişi, b) müdafii veya yasal temsilcisi, c) eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımı.

Sulh ceza hakimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhal ve nihayet yirmidört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır.

Hakim, yakalamanın veya gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varırsa, başvuruyu reddeder ya da yakalananın derhal soruşturma evrakı ile birlikte savcılıkta hazır bulundurulmasına karar verir.

e. Yakalananın tekrar gözaltına alınamaması

Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hakiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve savcının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işleminin uygulanamayacağı ilkesi yeni Yasa'da muhafaza edilmiştir (CMK m.91/5).

f. Gözaltı işlemlerinin denetimi

Yeni Yasa, başsavcılara veya onların görevlendirecekleri savcılara gözaltı işlemlerini denetleme yükümlülüğünü getirmektedir. Denetleme konuları şunlardır: Gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları a) nezarethaneler, b) varsa ifade alma odaları, c) bu kişilerin durumları, d) gözaltına alınma neden ve süreleri, e) gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemler. Denetlemelerin sonucu *Nezarethaneye Alınanlar Defter*i'ne kaydedilecektir (CMK m.92).

Gerekçeye göre, savcıların esasen görevleri içinde bulunan hususlar daha ayrıntılı olarak vurgulanmış ve bu suretle var olan tereddütlere açıklık getirilmek istenmiştir. Savcıların adli görevleri bu tür denetimleri yapmalarını gerektirir. Yapılacak bu tür inceleme ve araştırmalar, yerli yersiz öne sürülen işkence iddialarını ortadan kaldırmış ve böylece kolluk, asılsız iddialardan kurtarılmış olacaktır.

İncelemenin hangi sıklıkta yapılacağı Yasa'da gösterilmemiştir.

g. Yakalanan veya tutuklanan kişilere kelepçe takılması

Yeni Yasa'da, yakalanan ve tutuklanan kişilere onur kırıcı bir işlem olan kelepçe takılması konusu da düzenlenmiştir. Yakalanan veya tutuklanan kişilere bir yerden diğer yere nakilleri sırasında ancak şu hallerde kelepçe takılabilir: a) Kişinin kaçacağı hususunda belirti bulunması veya b) kişinin kendisi ya da başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından tehlike arzettiğine dair belirti bulunması (CMK m.93).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

h. Yakalanan kişinin mahkemeye götürülmesi

Hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmidört saat içinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hakimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hakim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır (CMK m.94)[41].

ı. Yakınlara bildirme

Yakalamadan yakınlara haber verilmesi konusundaki ilke 1412 sayılı Yasa'yla paralellik göstermektedir. Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, savcının emriyle, bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir (CMK m.95).

Ayrıca, yakalanan yabancı ise vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna da yakalama bildirilecektir.

j. Yakalama tutanağı

Tasarı'da, yakalama işleminin tutanağa bağlanması düzenlenmiştir. Tutanakta, şüphelinin, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, şüphelinin hangi kolluk mensubunca tespit edildiği açıkça gösterilecektir (CMK m.97).

k. Yakalama emri ve nedenleri

Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, savcının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir (CMKm.98/1)[42].

Yeni Yasa'da, yakalama emri hazırlanması konusunda tutuklama müzekkeresinin dayanak yapılması ilkesi değiştirilmiştir. Yeni Yasa'da gıyabi tutuklama kararı kural olarak kaldırılıp sadece kaçaklar hakkında istisna olarak kabul edilmiş bulunduğundan, 1412 sayılı Yasa m.131'de yer alan tutuklama müzekkeresine dayanılarak yapılacak yakalamaya yeni Yasa'da yer verilmemiştir. Bunun doğurabileceği sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla da hakime, yakalama müzekkeresi düzenleme yetkisi verilmiştir.

Yakalama müzekkeresi şu kişiler hakkında verilebilir: 1)Soruşturma

---

41 Bak. 25.5.2005 Gün ve 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.9. RG 1.6.2005 No.25832.

42 Bak. 25.5.2005 Gün ve 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.10. RG 1.6.2005 No.25832.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

evresinde kaçak olan sanık hakkında, 2)yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık hakkında, 3)tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında.

Soruşturma evresinde, birinci halde yakalama müzekkeresi savcının talebi üzerine sadece hakim tarafından verilebilir. İkinci halde ise savcı ve kolluk kuvvetleri de yakalama müzekkeresi verebilirler.

Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama müzekkeresi re'sen veya savcının istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından verilir.

Yakalama müzekkeresinde, kişinin açıkça eşkali ve bilindiğinde kimliği, adı geçene yöneltilen suç, yakalandığında nereye gönderileceği gösterilir.

l. Yayın yasakları

Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısı m.139'da, sanığın kelepçeli halini veya hareketleri kısıtlanmış durumunu gösteren resmini ilgilinin rızası olmadan çekme veya yayınlama yasaklanarak ihlâller için ağır para cezası öngörülmüştü. Görevlilere bu durumdaki kişinin resminin çekilmemesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmişti. Ayrıca, yakalanan, tutuklanan veya hakkında soruşturma açılan bir kimsenin suçluluğuna veya sorumluluğuna ilişkin kamuoyu yoklaması yapma veya bu hususdaki görüşleri toplama veya yoklama sonuçlarını ve elde edilen bilgileri yayımlama da yasaklanarak ihlâller için hapis ve para cezası öngörülmüştü.

Bu hüküm yeni Yasa'ya alınmamıştır. Ancak, yeni Yasa'da, yasanın başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olduğu gösterilmiştir (CMK m.157). Soruşturma evresinde gizlilik ilkesinin ihlâli halinde yaptırımın ne olacağı ise 5237 sayılı yeni TCK m.285'de gösterilmiştir. Buna göre, *soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl eden kişi* hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Ancak, *soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlâli açısından aleniyetin gerçekleşmesi* aranmayacaktır. Öte yandan, kişilerin soruşturma ve kovuşturma evresinde suçlu olarak damgalanmalarına sebebiyet verecek şekilde görüntülerinin yayınlanması da hapis cezasıyla cezalandırılacaktır (TCK m.285/4). Böylece, *görüntüleme yasağı* hukukumuza getirilmiştir.

Yeni TCK m.286'da ise soruşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alma veya nakletme eylemlerinin hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür.

m. Yönetmelik

Yeni Yasa'da 1412 sayılı Yasa'da bulunmayan bir hükme yer verilerek, gözaltına alınan kişilerin içerisinde bulundurulacakları nezarethanelere ve

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kişilerin durumları ile yakalama işlemlerine ilişkin olmak üzere bir Yönetmelik çıkarılması öngörülmektedir. Nitekim, yeni bir Yönetmelik çıkartılarak eski Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır[43]. Yönetmelikte şu hususlar yer alacaktır: 1)Nezarethanelerin maddi koşulları, 2)gözaltına alınmış olan kişinin kimin sorumluluğuna bırakılacağı, 3)sağlık kontrolünün nasıl yapılacağı, 4)gözaltı işlemlerine ilişkin kayıt ve defterlerin nasıl tutulacağı, 5)gözaltına alınırken ve işleme son verilirken hangi tutanakların tutulacağı, 6)Gözaltına alınan kişiye hangi belgelerin verileceği, 7)kolluk tarafından gerçekleştirilen yakalama işlemlerinin uygulanmasında uyulacak kurallar (CMK m.99).

6. Değerlendirme

Yeni Yasa'da yakalamaya ilişkin olarak yapılan düzenlemeler olumludur. Ancak, Yasa yürürlüğe girmeden değiştirilerek yol süresinin yine yakalama süresinin dışında bırakılması yerinde olmamıştır. 1412 Sayılı Yasa'da yer alan yakalamaya ilişkin hükümler uyum yasaları çerçevesinde olumlu değişikliklere tâbi tutulduğundan, aslında yeni Yasa'da büyük değişiklikler yapılmasına gerek kalmamıştır. Yakalananın hemen savcılığa gönderileceğinin vurgulanması, gözaltı işlemlerinin denetlenmesinde savcıların görevlendirilmesi bu konuda yapılan olumlu düzenlemelerdir.

VI. Haksız Yakalama ve Tutuklama Tazminat (CMK m.141-144)

1. Kavram

Hiç bir hukuk düzeni kusursuz değildir. Her hukuk düzeninde hatalı işlemler yapılmış ve hatta yanlış mahkûmiyet kararları verilmiş olabilir. Bunlardan doğan zararların devlet tarafından giderilmesi gerekir. Ceza davası kamu yararına açıldığından, bu tür zararları da kamu adına devlet yüklenmelidir. Böylece devlet, hukuk kuralını ihlâl eden kendisi olduğunda, yaptırıma kendisi katlanmış ve bireylere örnek teşkil etmiş olacaktır.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, Sözleşme hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutuklama işleminin mağduru olan her şahsın tazminat istemeye hakkı bulunduğu belirtilmiştir (İHAS m.5/5). Anayasa'da ise tutuklama ve yakalamaya ilişkin ilkeler gösterildikten sonra, bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zararın tazminat hukukunun genel prensiplerine göre Devletçe ödenmesi öngörülmüştür (Ay m.19/son)[44].

---

43 Yakalama, Gözaltına alma ve İfade Alma Yönetmeliği, RG 1.6.2005 No. 25832. 1.10.1998 Gün ve 23480 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Yönetmelik, 13.8.1999 ve 18.9.2002 günlü Yönetmeliklerle değiştirilmişti.

44 3.10.2001 Gün ve 4709 sayılı Yasa. Değişiklik gerekçesinde, devlete zarara sebebiyet verenlere rücu hakkının getirildiği belirtilmektedir. Bak. Dönem: 21 Yasama Yılı: 3 T.B.M.M. (S. Sayısı: 737).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Yeni Yasa'daki düzenleme

Yeni Yasa'da, haksız yakalama ve tutuklama hallerinde verilecek tazminata ilişkin hükümler de düzenlenmiştir. Yeni Yasa'dan önceki dönemde bu konuya ilişkin ayrı bir Yasa bulunmaktaydı[45].

a. Tazminat ödenecek haller

Yeni Yasa'da tazminat ödenecek haller büyük ölçüde 7.5.1964 gün ve 466 sayılı Yasa'daki ilkeler doğrultusunda düzenlenmiştir.

Yeni Yasa'ya göre, tazminat istemi şu hallerde mümkündür: Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, 1)kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen, 2)yasal gözaltı süresi içinde hakim önüne çıkarılmayan, 3)yasal hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, 4)kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makûl sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen, 5)kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, 6)mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan, 7)yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözle açıklanmayan, 8)Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen, 9)hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen, 10)eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişiler maddi ve manevi her türlü zararlarını Devletten dava edebilir ve isteyebilirler.

Yeni Yasa'ya göre haksız tutuklama ve yakalama dolayısıyla tazminat istenecek haller genel olarak 466 sayılı Yasa'daki hallerdir. Bunlara iki yeni hal eklenmiştir: a) Yasal hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanma, b) kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makûl sürede yargılama mercii önüne çıkarılmama ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmemesi.

Ayrıca, Tasarı'da bulunmadığı halde, Yasa'ya arama ve elkoymaya ilişkin tazminat halleri eklenmiştir.

Bir başka yenilik ise yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya

---

45 7.5.1964 gün ve 466 sayılı Kanundışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla uğranan maddi ve manevi zararın tazmin edilmesi olanağının öngörülmüş olmasıdır (CMK m.323/3).

b. İlgiliyi uyarma yükümlülüğü

Yasa, belli hallerde ilgiliyi uyarma yükümlülüğünü getirmiştir. Gerçekten, Yasa'ya göre şu hallerde kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakkı bulunduğunu bildirme ve bu hususu verdiklere karara geçirme yükümlülüğündedirler: 1)Kişinin kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatine karar verilmesi, 2)kişinin mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği sürelerin, hükümlülük süresinden fazla olması veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılması.

c. Tazminat davasının açılması ve görülmesi

Tazminat isteminin koşulları CMK m.142'de ayrıntılı olarak gösterilmiştir.

aa. Süre

Tazminat davası açma süresi, 466 sayılı Yasa'da olduğu gibi üç aydır. Süre, hakkındaki karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden itibaren başlar ve her halde kararın veya hükmün kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde açılması gerekir. Öngörülen bir yıllık süre, 466 sayılı Yasa'da yer almamaktaydı.

Sürenin başlangıç tarihi, tazminata dayanak olan işlemin yapıldığı dava sonunda verilen karar veya hükümlerin kesinleştiği tarihtir. Ancak, esas olan, sanığın bunlardan haberdar olmasıdır. Uygulamada tebligatın yapıldığı tarih belirleyici olmuş, haksız tutuklamada dava süresi, örneğin, davanın af yasasıyla ortadan kaldırıldığının[46] veya beraatin sözkonusu olduğunun sanığa tebliği ile başlayacağı kabul edilmiştir[47].

---

46 Y9CD, 6.7.1978-3110/3032, İKİD 1978/213, 6348-6349, Y9CD, 4.11.1986-4648/6145, YKD XIII (1987 Nisan), 641-642.. Sürenin geçirilmiş olması nedeniyle temyiz isteminin reddine ait kararların sanıklara tebliğinin gerekmediği, bu durumda üç aylık sürenin kesinleşme tarihinden itibaren başlayacağı konusunda bak. Y5CD, 19.11.1980-3547/3786, Erdurak, 603.

47 "Sanıkların yokluklarında hükmolunan beraat kararları ile Yargıtayca onanan ya da CMUK'un 322.maddesi uyarınca verilen beraat kararlarının sanıklara tebliği gerekir. Bu durumda, sözü edilen üç aylık süre tebliği tarihinden başlar", YİBK, 21.4.1975-3/5, YKD I, 5 (Mayıs 1975), 10-14. Sanığı temsil eden müdafi varsa, onun yüzüne karşı tefhim edilen beraat kararı, temyiz süresinin geçmesiyle kesinleşmiş olacak, ayrıca sanığa tebliğ aranmayacaktır. Bak. Y5CD, 24.12.1980-4077/4301, Erdurak, 603.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bb. Zarar görenin başvurması

Tazminat talep edebilecek olanlar, 466 sayılı Yasa'da olduğu gibi, bizzat kanundışı yakalama-tutuklama (veya diğer koruma tedbiri) işlemiyle karşı karşıya kalan kişilerdir.

Ancak uygulamada Yargıtay, vasinin, vesayeti altındaki kişi lehine haksız tutuklamadan dolayı tazminat davası açabileceği görüşündedir. Vasinin, sulh mahkemesinden izin almadan, vesayeti altındaki kişi adına dava açmış olması ve dava devam ederken küçüğün vesayeti gerektiren halinin sona ermiş bulunması, açılmış davanın varlığını ve değerini ortadan kaldırmayacaktır[48].

466 Sayılı Yasa'da öngörülen tazminat talebinde bulunan kişi yabancı devlet vatandaşı ise o devletin de Türk vatandaşlarına aynı esasları uyguluyor olmasına ilişkin hüküm (466 s.K.m.8) yeni Yasa'da yer almamaktadır.

cc. Dilekçe bulunması

Tazminat talebinde bulunan kişi, bunu süresi içinde bir dilekçe ile yapmalıdır. Dilekçede, tazminat talebinde bulunan kişinin açık kimliği ve adresi, zarara uğradığı işlemin ve zararın niteliği ve niceliği yazılmalı ve bunların belgeleri dilekçeye eklenmelidir.

Dilekçede bilgi ve belgeler yetersiz ise eksikliğin bir ay içinde giderilmesi, aksi halde davanın reddedileceği ilgiliye duyurulur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur.

dd. Ağır ceza mahkemesinin kararı

Dava, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde görülür. Ancak, o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, dava en yakın yer ağır ceza mahkemesinde görülür.

Mahkeme, gözaltı veya tutuklama ile ilgili dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini davalı Devlet Hazinesi'nin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister.

Mahkeme, talebin ve ispat belgeleri ile davalı Devlet Hazinesi'nin karşı bildiriminin değerlendirilmesinde ve verilecek tazminat miktarının saptanmasında gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapar veya hakimlerinden birine yaptırır.

---

48 Y5CD, 9.9.1982-2711/2990, YKD IX, 2 (Şubat 1983), 276.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Öte yandan, mahkeme istemde bulunanı, savcıyı ve Hazine temsilcisini dinledikten sonra kararını verir. Bu hüküm, tazminat talebinin duruşmalı inceleneceğini göstermektedir.

d. Kanun yolu

Karara karşı 466 sayılı Yasa'da başvurulacak kanun yolunun temyiz olmasına karşılık, yeni Yasa'da gösterilen kanun yolu istinaftır[49].

İstinafa gidebilecek olanlar, tazminat talebinde bulunan, savcı veya Hazine temsilcisidir. 466 Sayılı Yasa'da bulunmayıp da uygulamada devlet hazinesine tanınan bu yetki, Yasa hükmü haline gelmiş bulunmaktadır.

İstinafa başvurma süresi, kararın tebliğ tarihinden itibaren yedi gündür.

e. Tazminatın geri alınması *(CMK m.143)*

466 Sayılı Yasa'da olduğu gibi, bazı hallerde verilen tazminatın geri alınması sözkonusu olacaktır. Bu haller şunlardır: 1)Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak hakkında kamu davası açılan ve mahkûm edilenlere verilen tazminatlar, 2)yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkûm edilenlere ödenmiş tazminatların mahkûmiyet süresine ilişkin kısmı.

Bu konuda savcının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararla kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanacaktır. Bu karara itiraz mümkündür.

Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder.

İftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama halinde Devlet, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye de rücu eder.

f. Tazminat istenemeyecek haller

Bazı kişilerin tazminat istemesi mümkün değildir. 466 Sayılı Yasa'da bu hüküm bulunmamakla birlikte, uygulamada bu kişilerin tazminat istemleri kabul edilmemekteydi. Tazminat isteyemeyecek kişiler şunlardır (CMK m.144): 1)Gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler, 2)tazminata hak kazanmadığı halde, sonradan yürürlüğe giren ve

---

49 İstinaf uygulaması henüz başlamamıştır. İstinaf incelemesini yapacak olan bölge adliye mahkemelerinin kuruluşları tamamlanıp göreve başlama tarihleri Resmi Gazate'de ilan edilinceye kadar 1412 sayılı eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun temyize ilişkin hükümleri uygulanmaya devam olunacaktır. Bak. 23.3.2005 Gün ve 5230 sayılı Yasa m.8.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hale dönüşenler, 3)ölüm, genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın ortadan kaldırılmasına veya düşmesine karar verilen veya kamu davası ertelenen veya düşürülenler, 4)kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler, 5)adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar.

3. Değerlendirme

Yeni Yasa'da tazminat konusu "koruma tedbirleri nedeniyle tazminat" başlığı altında düzenlenmiş olmakla birlikte, tüm koruma tedbirlerine hukuka aykırı biçimde başvurulmasından kaynaklanabilecek zararların giderilmesi kapsama alınmamıştır. 466 Sayılı Yasa'dan farklı olarak, tazminat istenebilecek haller arasına sadece arama ve elkoyma dolayısıyla ortaya çıkabilecek zararlar eklenmiştir. Oysa, tazminat verilmesi gereken haller sadece haksız tutuklama, yakalama, arama ve elkoyma halleri değildir. Vücudun muayenesi, sanığın şuurunun incelenmesi için bir kuruma yatırılması, ihzar, iletişimin dinlenmesi, teknik araçlarla izleme, gizli soruşturmacı görevlendirme gibi koruma tedbirlerinin hukuka aykırı biçimde uygulanması ve bundan zarar ortaya çıkması mümkündür.

Yeni Yasa'da, 466 sayılı Yasa'da yapılan yöntem hatası tekrarlanarak, tazminata esas teşkil eden haller gereğinden fazla ayrıntılı olarak düzenlenmiş, haksız yakalama ve tutuklama halleri arasına iki yeni hal eklenmiştir. Bunun yerine, genel olarak, koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulanmasından kaynaklanan maddi ve manevi her türlü zararın Devletten istenebileceği gösterilmeliydi.

Öte yandan, Hazine'ye davaya katılma ve kanun yoluna başvurma yetkisinin tanınmıştır. 466 Sayılı Yasa Hazine'ye bu yetkiyi tanımamakla birlikte, uygulama tanınması doğrultusunda gelişmişti. Biz bu durumun isabetli olmadığı kanaatindeyiz[50]. Verilen karardan kamunun, dolayısıyla devletin zarar görmemesi için çaba gösterecek makam Hazine değil, Cumhuriyet savcılığı olmalıdır.

Yasa'daki bölüm başlığı *koruma tedbirleri nedeniyle tazminat* olduğu halde, koruma tedbirlerinin dışına çıkılarak, makûl sürede hüküm verilmemesi de tazminat nedeni olarak gösterilmiştir. Başlıkla içerik çelişmektedir. Kuşkusuz bu gibi haller de tazminat konusu olmalıdır. Ancak, yapılması gereken ayrı bir Yasa'da, koruma tedbirlerinin hukuka aykırı uygulanmasından, adli hata sonucunda haksız mahkûmiyet kararı verilmesinden ve ma-

50 N.Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992, 253.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kûl sürede yargılama yapılmamasından doğan zararların giderilmesi konusunun düzenlenmesidir[51].

VII. Özet ve Sonuç

Ceza muhakemesi amacıyla özgürlüklerin kısıtlanması ve haksızlıkların giderilmesi konularında yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda öngörülen hükümleri başlıklar halinde özetlerken, yukarıda değindiğimiz eleştirilerin bazılarına tekrar yer vereceğiz. 5271 Sayılı yeni Yasa, incelediğimiz kurumlar açısından eskisine oranla genellikle olumlu hükümler içermektedir. Ancak, bu durum 1412 sayılı Yasa'nın tamamen yürürlükten kaldırılmasını yerinde bulmaya yetmemektedir. 1412 ve 5271 sayılı yasaların kaynağını oluşturan Alman Ceza Muhakemesi Yasası 1877 tarihlidir, çok sayıda değişikliğe uğramış olmakla birlikte; halen yürürlüktedir. Bizde de ekonomik yol izlenerek, olumlu hükümler 1412 sayılı Yasa'ya monte edilebilirdi. Ceza Muhakemesi Yasası gibi bir temel yasanın tümden yenilenmesi, masraflı ve zaman kaybına sebebiyet verecek bir uygulamadır. Yeterli süre tüketilmeden, aceleye getirilmiş yeni yasalar yapma yolunun tercih edilmesinin nedeni anlaşılamamaktadır. Yasa'nın hazırlanmasında gerekli özenin gösterilmediği, Yasa'nın yürürlüğünün 1 Nisan 2005'ten 1 Haziran 2005 tarihine ertelenmesi, sonra daha yürürlüğe girmeden bazı hükümlerinin değiştirilmesi ve bazı hükümlerinin de yürürlük tarihinin ileriye atılması suretiyle ortaya çıkmıştır.

1. Adli kontrol

Tutuklama kişi özgürlüğüne yönelik olması nedeniyle çok ağır sonuçlar doğuran bir koruma tedbiridir. Bunun yerine daha hafif tedbirlerle sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemenin mümkün olduğu hallerde, tutuklamaya başvurulmamalıdır. Nitekim çeşitli hukuk sistemlerinde, ceza muhakemesinde tutuklamanın işlevini görebilecek daha hafif tedbirlere yer verilmiştir.

İşte Ceza Muhakemesi Yasası'ndaki başlıca yeniliklerden biri, tutuklamaya oranla daha hafif tedbirler içeren "***adli kontrol***" kurumunun getirilmesi olmuştur. Bu yenilik yerinde bir tercihtir. 1992'de 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'na orantılılık ilkesini alan yasakoyucu, tutuklamanın alternatifini teşkil edecek kurumlar öngörmeyi ihmal etmiş ve bu durum tutuklamanın yine amacı dışında ve gereğinden fazla uygulanmasına, orantı-

---

51 Tazminat hukuku askeri yargıya tâbi kişileri de kapsayacak şekilde düzenlemeler yapılması gereğini de bu vesileyle tekrarlamak gerekir. Bir ülkede, bazı mahkemelerin yaptığı yanlış işlemlerin tazminata esas olması, bazılarının ise olmaması düşünülemezYargıtay kararlarında, askeri mahkemelerden verilen tutuklama kararlarına ilişkin tazminat taleplerinin incelendiğini görmek mümkündür Bak. YCGK, 26.6.1967-5-157/174, İKİD 7, 83 (Kasım 1967), 5697-5698, YCGK, 26.10.1964-461/431, ABD 22 (1965/3), 356-357.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lılık ilkesinin hayata geçirilememesine sebebiyet vermiştir. Türk hukukunda tutuklamanın işlevini görebilecek diğer tedbirlerin düzenlenmesi zamanı çoktan gelmişti. Yasa'da yer verilen adli kontrol kurumu bu eksikliği giderecektir. Ancak, şimdi bu kurumun hayata geçirilebilmesi için öngörülen seçenekler açısından alt yapının oluşturulması ve denetim mekanizmasının kurulması sorunu karşımıza çıkacaktır.

Adli kontrol, tutuklamayı gerektirebilecek bir suç işlendiğinde tutuklama yerine uygulanır ve sanığın özgürlüğüne ilişkin bazı kısıtlamalara tâbi tutulmasını gerektirir. Yeni Yasa'da tercih edilen sistem, tutuklama kararı verilmeksizin tutuklama yerine daha hafif tedbire hükmedilmesi olmuştur. Sulh ceza hakimi, tutuklamayı gerektirebilecek bir suç işlendiğinde savcının talebi üzerine tutuklama yerine adli kontrol altına alınma kararı verebilir.

Adli kontrole, tutuklama için gerekli şartlar varsa başvurulabilir. Tutuklama kararı verilemeyecek hallerde, tedbir öngörülmesi de olanaklı değildir. Ancak, *tutuklama yasağı* öngörülen hallerde adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir (CMK m.109/2). Adli kontrol, (yurt dışına çıkma yasağı ve güvence gösterilmesi yükümlülükleri dışında) üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle yürütülen soruşturmada uygulanabilir. Adli kontrol kararına itiraz edilebilir ve yükümlülüklere uyulmaması durumunda karar geri alınabilir.

Belirtelim ki, yeni Yasa'da tutuklama yerine uygulanabilecek tedbirler katalogunda çok seçenek gösterilmiştir (CMK m.109). Bu durum, bir yandan özgürlüğe yönelik müdahalelerin sınırlandırılması ve Yasa'da gösterilenler dışında bir özgürlük sınırlandırmasının mümkün olmaması güvencesini beraberinde getirirken, diğer yandan da hakimin teknolojik gelişmelerin yarattığı yeni önlemleri tedbir aracı olarak kullanmasını engelleyecektir. Yasakoyucu, çok seçenekli katalog yerine sınırlı sayıda tedbirin Yasa'da gösterilip, amaca uygun diğer tedbirleri alma konusunda hakime takdir hakkı tanınması sistemini kabul edebilirdi. Örneğin, Alman hukukunda bu sistem tercih edilerek Yasa'da örnek olarak az sayıda tedbire yer verilmiş ve hakimin başka tedbirler öngörmesine olanak sağlanmıştır.

Öte yandan, adli kontrol yükümlülükleri için üst süre gösterilmemiştir. Bu durum uygulamada haksızlıklara yol açabilir. Yükümlülüklerden biri olan uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatma dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olma ve bunları kabul etme, masumiyet karinesiyle çelişen bir tedbirdir. Yine yükümlülükler arasında gösterilen "aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence verme", özel hukuk ilişkilerinin ceza hukuku alanına taşınmasına sebebiyet verecektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Güvence

Yeni Yasa'da, ***güvence*** kurumu, 1412 sayılı Yasa'dakinin aksine, tutuklanmasına karar verilen sanık hakkında bu kararın infazından vazgeçilmesini sağlayan bir kurum olarak değil, adli kontrol kurumu çerçevesinde tutuklamanın alternatifi olarak düzenlenmiştir. Yani, güvence gösterilmesi tutuklama kararı verilmesi yerine uygulanabilecek bir önlemdir.

Yeni Yasa'da bu kuruma sanığın usul işlemlerinde ve infazda hazır bulunmasını sağlamaktan başka işlevler de yüklenmiştir. Şöyle ki, sanık veya şüpheli tarafından gösterilecek güvence, şu sıraya göre ödeme yapılmasını sağlayacaktır: a) Katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi ve eski hale getirme, b) nafaka borçlarını ödememeleri nedeniyle kovuşturulan şüpheli veya sanık açısından nafaka borçları, c) kamusal giderler, d) para cezaları.

Hakim, mahkeme veya savcı, şüpheli veya sanığın rızasıyla, güvencenin mağdurun haklarını karşılayan veya nafaka borcuna ilişkin bulunan kısımlarının, istedikleri takdirde, mağdura veya nafaka alacaklılarına verilmesini emredebilecektir. Soruşturma ve kovuşturmanın konusunu oluşturan olaylar nedeniyle mağdur veya nafaka alacaklısı lehinde bir yargı kararı verilmiş ise şüpheli veya sanığın rızası olmasa da ödemenin yapılması emredilebilir (CMK m.114).

Gerekçeye göre, önceden ödetmeye ilişkin hüküm, mağdurun korunması, kişisel haklarının güvence altına alınması ile ilgili bulunan ve karşılaştırmalı hukukta artık vatandaşlık hakkını kazanmış olan yaklaşıma uygun bir hükümdür.

Ancak, güvencenin peşin cezaya dönüştürülmemesi gerekir. Bu nedenle, 1412 sayılı Yasa'da güvencenin saptanmasında suçun niteliğinin ve yargılama organlarınca yapılacak işlemlerin (gerekçeye göre gerektiğinde hükmedilecek cezanın) karşılığının gözönüne alınmasının öngörülmesini yerinde bulmayarak eleştirmiş ve bu hükmün masumluk karinesi ile bağdaşmadığını söylemiştik[52]. Şimdi yeni Yasa'da daha da genişletilmiş bulunan bu hüküm için aynı endişeleri taşıyoruz. Öte yandan, güvenceye özel hukuk ihtilâflarına yönelik bir kapsam da verilmiştir. Bunun da ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri kavramıyla çeliştiğini düşünmekteyiz.

3. Tutuklama

Tutuklama konusunda yeni Yasa ile 1412 sayılı Yasa arasındaki farklılıklar şunlardır:

1) Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.

---

52 Centel/Zafer, 240.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2) Tutuklama nedenleri kaçma veya delilleri karartma kuvvetli şüphesidir. Ancak, bu konuda yasal karinelere yer verilmiştir. CMK m.100/3'te gösterilen suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, tutuklama nedeninin var sayılmasına yol açabilecektir. Yeni Yasa'da yasal karineler öngörülmesi isabetli değildir. Bunlar uygulamada *zorunlu tutuklamaya* dönüşecektir.

3) Tutuklulukta geçecek süre ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde en çok altı aydır, zorunlu hallerde dört ay daha uzatılabilir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre uzatılabilir. Uzatma süresi toplam üç yılı geçemez.

   Tutuklukta geçecek sürenin 1412 sayılı Yasa'ya göre daha da sınırlandırılmış olması isabetlidir. Ancak, hükmün yürürlüğe girmesi bazı suçlar açısından 1.4.2008 tarihine ertelenmiştir. Bu yerinde değildir. Yürürlükten kaldırılmış bulunan 1412 sayılı Yasa'nın 110. maddesinin bu şekilde yürürlükte bırakılması da, yasa yapma tekniği açısından da sakıncalı bir yöntemdir.

4) Savcının tutuklama talebinde gerekçe göstermesi vurgulanmış ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yine talepte yer vermesi öngörülmüştür. Tutuklama kararı verilirken sanığın yanında mutlaka müdafi bulunması öngörülmüştür. Bu hükümler olumludur.

5) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu hususta bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukuki ve fiili nedenler ile gerekçelerin gösterileceği isabetli biçimde, vurgulanmıştır. 1412 Sayılı Yasa'da ise tutuklama müzekkeresinde suçun kanuni unsurları ve tutuklamanın sebebinin belirtileceği yazılıydı.

6) Tutuklama istenildiğinde şüpheli veya sanığın mutlaka müdafi yardımından yararlanacağı öngörülmüştür.

7) Tutukluluk kararının verilmesi, şüpheli ile müdafiin hakim huzurunda hazır bulunmalarına bağlıdır. Gıyabi tutuklama kararı ise ancak kaçak hakkında verilebilecektir.

14) Tutuklama kararının geri alınması veya salıverilme istemi hakkında merciince karar verilmesinden önce, savcı, şüpheli sanık veya müdafiin görüşü alınacaktır. Yasa'nın ilk metninde bu süjelerin dinlenmesinden sözedilmekteydi. Dinlenme, duruşma yapılmasını gerektireceğinden daha güvenceliydi. Değiştirilmesi yerinde olmamıştır.

15) Salıverilen yetkili yargı merciine veya tutukevinin müdürüne adresini ve varsa telefon numarasını (ve ilerideki değişiklikleri) bildir-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mekle yükümlüdür. Böylece, sanığa ulaşılamaması nedeniyle davaların gecikmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

16) Tasarı'da öngörülen tutukluya geçici çıkış izni verilmesine ilişkin hüküm, Yasa'ya alınmamıştır. Alınması gerekirdi.

17) Şüpheli veya sanık yabancı olduğunda tutuklanma durumunu vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilecektir.

18) Tutuklu hakkında uygulanacak işlemler yeni Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanması Hakkında Yasa'da gösterilmiştir.

4. Yakalama

Yakalamaya ilişkin hükümler, 1412 sayılı Yasa döneminde *uyum yasaları* çerçevesinde olumlu değişikliklere tâbi tutulduğundan, yeni Yasa'da bu konuda büyük değişiklikler yapılmasına gerek kalmamıştır. Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda yakalama konusunda getirilen hükümler şunlardır:

1) Yakalanan kişi düzenlenecek soruşturma belgesiyle birlikte hemen savcılığa gönderilecektir.

2) Gözaltı süresinden yol süresi, isabetli olarak, hariç tutulmamıştı Ancak, Yasa yürürlüğe girmeden değiştirilerek yol süresi hariç tutuldu. Gözaltı süresi yine en çok yirmidört saattir. Toplu suçlarda üç gün daha uzatılması olanağı vardır. Bunun için, delil, iz, eser ve emarelerin toplanmasında güçlük bulunması veya şüpheli sayısının çok olması aranacaktır. Gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhal tebliğ edilecektir. Toplu suç, üç veya daha çok kişi tarafından işlenen suçtur.

3) Yakalanan kişi, savcılıkça bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için yirmidört saat süreyle gözaltına alınmasına karar verilebilecektir. Gözaltına almanın, a) bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve b) kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlı olduğu vurgulanmıştır (CMK m.91/2). Bu hüküm, kişi hak ve özgürlükleri açısından olumlu bir yaklaşımın ifadesidir.

4) Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa süre sonunda sulh ceza hakimi önüne çıkarılıp sorguya çekilecektir. Sorguda müdafi de hazır bulunacaktır.

5) Yakalamanın uzatılmasına karşı itiraz kurumu muhafaza edilmiş ve yakalama işlemini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin savcının yazılı emrine karşı hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hakimine başvurulabilir. Başvurma yetkisi bulunan kişiler şun-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lardır: a) Yakalanan kişi, b) müdafii veya yasal temsilcisi, c) eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımı.

Sulh ceza hakimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhal ve nihayet yirmidört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır.

Hakim, yakalamanın veya gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varırsa, başvuruyu reddeder ya da yakalananın derhal soruşturma evrakı ile savcılıkta hazır bulundurulmasına karar verir.

6) Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hakiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve savcının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işleminin uygulanamayacağı ilkesi muhafaza edilmiştir.

7) Yasa, başsavcılara veya görevlendirecekleri savcılara gözaltı işlemlerini denetleme yükümlülüğünü getirmektedir. Gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneler, varsa ifade alma odaları, bu kişilerin durumları, gözaltına alınma neden ve süreleri, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemler incelenecek ve araştırılacak, sonucu *Nezarethaneye Alınanlar Defterine* kaydedilecektir. Gerekçeye göre bu hüküm, kolluğu asılsız işkence iddialarından kurtarmaya yöneliktir. Denetlemenin ne sıklıkta yapılacağı gösterilmemiştir.

8) Yakalanan yabancı ise vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna da yakalama bildirilecektir. Bu hüküm, 1412 sayılı Yasa'da yer almamaktaydı.

9) Yasa'da, yakalama işleminin tutanağa bağlanması düzenlenmiştir. Tutanakta, şüphelinin, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, şüphelinin hangi kolluk mensubunca tespit edildiği açıkça gösterilecektir.

10) Yeni Yasa'da, yakalama müzekkeresi hazırlanması konusunda tutuklama müzekkeresinin dayanak yapılması ilkesi değiştirilmiştir. Yeni Yasa'da gıyabi tutuklama kararı kural olarak kaldırılıp sadece kaçaklar için istisna olarak kabul edilmiş bulunduğundan, 1412 sayılı Yasa'nın 131.maddesinde yer alan tutuklama müzekkeresine dayanılarak yapılacak yakalamaya yer verilmemiştir. Bunun doğurabileceği sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla da hakime, yakalama müzekkeresi düzenleme yetkisi verilmiştir.

Yakalama müzekkeresi şu kişiler hakkında verilebilir: 1)Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık hakkında, 2)tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında.

Birinci halde yakalama müzekkeresi savcının talebi üzerine sadece sulh

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ceza hakimi tarafından verilebilir. İkinci halde ise savcı ve kolluk kuvvetleri de yakalama müzekkeresi verebilirler.

Kovuşturma evresinde kaçak veya saklanan sanık hakkında yakalama müzekkeresi re'sen veya savcının istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından verilir.

Yakalama müzekkeresinde, kişinin açıkça eşkali ve bilindiğinde kimliği, adı geçene yöneltilen suç, yakalandığında nereye gönderileceği gösterilir.

11)Yasa'da çıkarılması öngörülen Yönetmelik çıkarılmıştır.

5. Haksızlıkların giderilmesi

Hukukumuzda daha önce 7.5.1964 gün ve 466 sayılı Yasa ile düzenlenmiş bulunan haksız yakalanan ve tutuklananlara tazminat verilmesi konusu yeni Ceza Muhakemesi Yasası'na alınmıştır (CMK m.141-144). Kanaatimizce, tazminat konusu yeni Ceza Muhakemesi Yasası'na alınmamalı, yine ayrı Yasa'da düzenlenmeliydi. Yeni Yasa'da tazminat ödenecek haller, büyük ölçüde, 466 sayılı Yasa'daki ilkeler doğrultusunda düzenlenmiştir. Özellikler şunlardır:

1) 466 Sayılı Yasa'da öngörülen tazminat halleri bu Yasa'ya aynen alınmıştır. Ek olarak, arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi ile usulsüz elkoyma işlemi uygulanması tazminat halleri olarak gösterilmiştir. Ayrıca, haksız yakalama ve tutuklama açısından iki yeni hal öngörülmektedir: a) Yasal hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanma, b) kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makûl sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmama ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeme.

Yeni Yasa'da, yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla uğranan maddi ve manevi zararın tazmin edilmesi olanağı da öngörülmüştür (CMK m.323/3).

Yenileri eklense de, tazminat verilecek hallerin sınırlı olması yerinde değildir. Diğer koruma tedbirlerinin hukuka aykırı uygulanmasından doğacak zararlar da tazminat kapsamında olmalıdır. Zaten, Yeni Yasa'da tazminat konusunun düzenlendiği bölüm başlığı "koruma tedbirleri nedeniyle tazminat"tır. Ancak, tüm koruma tedbirleri kapsama alınmamıştır.

Yeni Yasa'da, 466 sayılı Yasa'da yapılan yöntem hatası tekrarlanarak, tazminata esas teşkil eden haller gereğinden fazla ayrıntılı olarak sayılmıştır. Bunun yerine, genel olarak, koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulanmasından kaynaklanan maddi ve manevi her türlü zararın Devletten istenebileceği gösterilmeliydi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2) Yasa belli hallerde ilgiliyi uyarma yükümlülüğünü getirmiştir. Gerçekten, şu hallerde kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakkı bulunduğunu bildirme ve bu hususu verdiklere karara geçirme yükümlülüğündedirler: a) Kişinin yasaya uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatine karar verilmesi, b) kişinin mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği sürelerin, hükümlülük süresinden fazla olması veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılması.

3) Tazminat davası açma süresi, 466 sayılı Yasa'da olduğu gibi üç aydır. Süre, hakkındaki karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden itibaren başlar ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde açılması gerekir. Öngörülen bir yıllık süre, 466 sayılı Yasa'da yer almamaktaydı.

Sürenin başlangıç tarihi, tazminata dayanak olan işlemin yapıldığı dava sonunda verilen kararın kesinleştiği veya iddiaların mercilerince karara bağlandığı tarihtir.

4) Tazminat talep edebilecek kişi, bizzat kanundışı yakalama veya tutuklama ya da diğer koruma tedbiri işlemiyle karşı karşıya kalan kişidir. Tazminat hukukunun askeri yargıya tâbi kişileri de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gereğini de bu vesileyle tekrarlamak gerekir. Bir ülkede, bazı mahkemelerin yaptığı yanlış işlemlerin tazminata esas olması, bazılarınkilerin ise olmaması düşünülemez. Nitekim, yukarıda da değinildiği gibi, Yargıtay kararlarında, askeri mahkemelerden verilen tutuklama kararlarına ilişkin tazminat taleplerinin incelendiği görülmektedir.

5) 466 Sayılı Yasa'da tazminat talebinde bulunan kişi yabancı devlet vatandaşı ise o devletin de Türk vatandaşlarına aynı esasları uyguluyor olmasını ilişkin 466 sayılı Yasa m.8 hükmü yeni CMK'da yer almamaktadır.

6) Tazminat talebinde bulunan kişi, 466 sayılı Yasa'da olduğu gibi, bunu süresi içinde bir dilekçe ile yapmalıdır. Dilekçede, tazminat talebinde bulunan kişinin açık kimliği ve adresi, zarara uğradığı işlemin ve zararın niteliği ve niceliği yazılmalı ve bunların belgeleri dilekçeye eklenmelidir.

Dilekçede bilgi ve belgeler yetersiz ise eksikliğin bir ay içinde giderilmesi, aksi halde davanın reddedileceği ilgiliye duyurulur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur.

7) Dava, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde görülür

Yeni Yasa'da Hazineye davaya katılma ve kanun yoluna başvurma yetkisi tanınmıştır. 466 Sayılı Yasa'da Hazine'ye bu yetkiyi tanımamaktaydı, ancak uygulama tanınması doğrultusunda gelişmişti. Bu durum isabetli değildir. Verilen karardan kamunun, dolayısıyla devletin zarar görmemesi için çaba gösterecek makam Hazine değil, savcılık olmalıdır.

8) Karara karşı 466 sayılı Yasa'da başvurulacak kanun yolunun temyiz olmasına karşılık, yeni Yasa'da gösterilen kanun yolu istinaftır.

9) 466 sayılı Yasa'da olduğu gibi, bazı hallerde verilen tazminatın geri alınması sözkonusu olacaktır. Devlet, ödediği tazminattan dolayı, kusuru bulunan görevlilere, beyanıyla gözaltına alınma ve tutuklamada etkili olan ve kötü niyetli olduğu hükümle kesinleşen muhbire ve yalancı tanığa rücu edecektir.

10) Bazı kişilerin tazminat istemesi mümkün değildir. 466 sayılı Yasa'da gösterilmeyen, ancak uygulamada gözönünde bulundurulan bu hallere yeni Yasa'da yer verilmesi isabetli olmuştur (CMK m.144).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KÜRESELLEŞME VE İNSAN HAKLARI

*Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL**

§ 1. Küreselleşme Kavramı ve Küreselleşme Olgusu

Son 15-20 yıldır "*küreselleşme*" kavramı giderek daha fazla günlük yaşam içinde kullanılmaya başlandı. Herhangi bir günlük gazeteden tutun da, hiç ilgisi olmadığını düşündüğünüz bilimsel toplantılara kadar tüm alanlarda küreselleşme kavramı yoğun olarak kullanılmakta ve bu kullanım beraberinde karmaşayı da getirmektedir[1]. Gerçekten de küreselleşme, ekonomiden siyasete, sosyal politikadan kültüre, hemen hemen yeryüzünün her alanındaki değişimi ifade etmek için kullanılan "*sihirli*" bir sözcük haline gelmiş, ünlü sosyolog Berger'ın deyimiyle, Alman kömür endüstrisindeki gerilemeden, Japon gençlerinin cinsel alışkanlıklarını açıklamaya kadar geniş bir alanda kullanılan "*klişe*"ye dönüşmüştür[2]. Terimin kullanımı son dönemlerde öyle bir artış göstermiştir ki, dünyanın farklı yerlerindeki çok sayıda çağdaş yaşam alanına giriş örüntülerinin izini sürmek neredeyse olanaksız hale gelmiştir[3].

Berger'ın görüşlerine paralel bir biçimde, adeta geçmiş ve geleceğin kapılarını açacak anahtar bir kavram olarak görülen küreselleşmeyi Bauman da, "*parolaya dönüşmüş moda bir deyim*" olarak değerlendirmektedir[4]. Hirst ve Thompson'a göre ise küreselleşme, sosyal bilimlerde moda bir kavram, yönetim gruplarının reçetelerindeki ana buyruk ve her kanattan gazeteci ve politikacı için gündemi yakalama sözcüğü haline gelmiştir[5].

---

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 **Yücel Demiral,** "*Küreselleşme ve Sağlık Çalışanları*", http://www.ato.org.tr/dergi/2002_kis_ilkbahar/18.html (çevrimiçi: 20.04.2004)

2 **Peter L. Berger,** "*Four faces of global culture*", National Interest, Fall 97, Issue: 49, 1997, s.23'ten nakleden: **Veysel Bozkurt,** "*Küreselleşme, Kavram, Gelişim ve Yaklaşımlar*", Küreselleşmenin İnsani Yüzü, Der. Veysel Bozkurt, Alfa, İstanbul 2000, s.17.

3 **Roland Robertson,** Küreselleşme, Toplum Kuramı ve Küresel Kültür, çev. Ü. H. Yolsal, Ankara 1999, s.22.

4 **Zygmunt Bauman**, Küreselleşme: Toplumsal Sonuçları, Çev. A. Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s.6.

5 **Paul Hirst / Grahame Thompson**, Küreselleşme Sorgulanıyor, Çev. Ç. Erdem / E. Yücel, Dost Kitabevi, Ankara 1998, s.26.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sosyolog Anthony Giddens ise bu görüşlerin aksine, bugün "*küreselleşmeye değinmeyen hiçbir siyasal konuşmanın tam olmadığı*"nı ifade etmektedir. Giddens'a göre şu anda köklü bir tarihsel değişim döneminden geçtiğimize inanmamızı sağlayacak kadar geçerli ve nesnel neden vardır. Bugün bizi etkileyen değişiklikler, yeryüzünün herhangi bir bölgesiyle sınırlı olmayıp, daha şimdiden hemen hemen her yeri kapsamaktadır[6]. Albrow da küreselleşmeyi dünya insanlarının tek bir dünya toplumunda bütünleştirilmesi süreci olarak tanımlamaktadır[7]. Bir başka deyişle küreselleşme bir "*süreçler bütünü*" olarak algılanmaktadır[8] ve Albrow'a göre bu süreçler bütününde sosyoloji tarihinde beş evre bulunmaktadır: *Evrenselcilik, ulusal sosyolojiler, uluslararasıcılık, yerelleşme ve küreselleşme*[9].

Bu bağlamda da *küreselleşme* değişik ülkelerde farklı anlamlara bürünmekte; kimi için kara gün kimi için şans kapısı ya da kaçan tren olarak algılanmaktadır. Sıklıkla yeni liberalizm, emperyalizm ve benzeri daha iyi algılanabilen ideolojik kavramlarla açıklanmaya çalışılmakta, ancak ortaya çıkan tablo, netleşmeden çok, karışıklığı getirmektedir. Bu karışıklık, küreselleşme ile birlikte kullanılan başka kavramların da değişime uğraması; bildik anlamlarının kimi zaman çarpıtılarak kimi zaman tümden değiştirilerek kullanılması ile artmaktadır. Hemen akla gelen *yerelleşme*, *katılım*, *kalite* (nitelik), *bilgi* önceden bildiğimiz anlamlarından artık çok farklı anlamlar taşımakta; *küreselleşme gerçekte bir değerler değişimini de beraberinde getirmektedir.* Bu anlamda küreselleşmeden çok "*küreselizm*" ideolojisinden söz edilebilir hale gelinmektedir[10].

Dilimize "*küresel*" diye tercüme edilen "***global***" kelimesinin 400 yıllık bir geçmişi olmasına rağmen "*küreselleşme*" (***globalization***) oldukça yenidir ve ilk olarak 1960'larda ortaya çıkmış, 1980'lerde ise sıkça kullanılmaya başlanmıştır. 1990'lara gelindiğinde de, bilim adamlarının önemini kabul ettiği anahtar bir sözcük haline gelmiştir[11]. Bu anahtar sözcük niteliği ile küresel-

---

6 **Anthony Giddens**, Elimizden Kaçıp Giden Dünya:Küreselleşme Hayatımızı Nasıl Yeniden Şekillendiriyor?, Çev. O. Akınhay, Alfa Yayınları, İstanbul 2000, s.20, 13; **Bozkurt**, s.18.

7 **Martin Albrow,** "*Introduction*", Globalization, Knowledge and Society, Sage Pr. London 1990, s.9. Robertson'a göre ise küreselleşme, tek bir mekan olarak tüm dünyanın kristalleşmesidir. **Roland Robertson,** "*Globalization and Societal Modernization: A Note on Japan and Japanese Religion*", **Sociological Analysis**, Issue: 47, 1987, s.38.

8 **E. Fuat Keyman**, "*Globalleşme Söylemleri ve Kimlik Talepleri*", Global Yerel Eksende Türkiye, Der. E.Fuat Keyman/Ali Yaşar Sarıbay, Alfa, İstanbul 2000, s.25. Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu bu dönüşüm sürecini "*küreselleşme süreçleri*" olarak ifade etmektedir. **DPT,** Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Küreselleştirme Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Yayın No: DPT 2544-ÖİK:560, Ankara 2000, s.1.

9 **Albrow,** s.6-8.

10 **Demiral,** a.g.m.

11 **Mehmet Aktel,** Küreselleşme ve Türk Kamu Yönetimi, Asil Yayın-Dağıtım, Ankara 2003, s.5-6; **Bozkurt**, s.18; **Ruud Lubber**, "*The Dynamic of Globalization*", http://www.itcilo.it/english/actrav/telearn/global/ilo/globe/new_page.htm. Kavramın siyasi alanda dolaşıma girmesi ise 1980'li yıllarla birlikte Thatcher ve Reagan tarafından temsil edilen yeni muhafazakar anlayışın iktidar dönemlerine rastlamıştır. **Aktel,** s.6.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

leşme, hem dünyanın küçülmesine, hem de bir bütün olarak dünya bilincinin güçlenmesine gönderme yapmaktadır[12]. Bir başka deyişle küreselleşme, dünyanın "tek bir yer" olarak algılanması yönündeki bilinç artışını anlatan bir kavramdır[13]. Bir kavram olarak küreselleşme, toplumsal ve ekonomik ilişkilerin dünya çapında gittikçe güçlenmesine ve bu süreçte dünyanın herhangi bir yöresinde olan bitenlerin, dünyanın diğer yörelerinde olan bitenlerden etkilendiği gerçeğini yansıtıyor. Bu anlamı ile küreselleşme, toplumsal ve ekonomik kurum (institution) ve yapılar (structure) arasındaki yerel farklılıkların gitgide azaldığı tarihsel bir süreç anlamına geliyor[14].

Günümüzde küreselleşme konusunda çok geniş bir literatür oluşmuştur; ancak sosyal bilimlerin bir çok alanında görüldüğü şekilde, küreselleşmeye ilişkin birbirinden tümüyle farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bir diğer ifade ile küreselleşme konusunda, gerek teorisyenler, gerekse uygulamacılar arasında uzlaşmadan bahsetmek mümkün değildir. Küreselleşmenin siyasal, kültürel ve ekonomik sonuçları yaygınlık kazandıkça, taraftarları kadar (özellikle entelektüel düzeyde) karşı çıkanların sayılarında da artışa tanık olunmaktadır. Çünkü küreselleşmeden kazananlar olduğu kadar, kaybedenler de mevcuttur[15]. Bu çerçevede İngiltere Başbakanı Tony Blair'in danışmanı M. Desai bir konferansında, "*küreselleşmeden dönüş yok*" demekte, "*yeni sömürgecilik gibi gözükse de, gerçekte öyle değil*" diye eklemekte ve ABD'nin bile bu süreçten korktuğunu belirtmektedir[16].

İki kutuplu dünyanın baş aktörlerinden birinin sahneyi terk etmesiyle başlayan dünya çapındaki değişim süreci de *küreselleşme* olarak adlandırılmaktadır[17]. Ulus devletlerin etkinliğinin azalması ve başta sermaye hareketleri olmak üzere ekonomik faaliyetlerin ve karşılıklı iktisadi bağımlılığın artması, küreselleşmenin en belirgin iki özelliğidir. Bu yüzden ekonomik serbestleşme ile ulus-devlet ilişkisinin seyri, küreselleşmenin ana ekseninin sınırlarını çizmektedir[18].

Öte yandan küresel değişim süreci, ekonomiden siyasete, kültürden çevre anlayışına kadar her alanda köklü bir dönüşüm başlatmıştır. Ulus devletlerin uluslararası güç dengelerindeki konumlarının değişmesi, ulusal ekonomilerin

---

12 **Robertson,** s.21.

13 **Rana A. Aslanoğlu,** Kent, Kimlik ve Küreselleşme, Asa yay., Bursa 1998, s.124.

14 **Mustafa Koç**, "*Küreselleşmenin Sosyolojik Boyutları*", Küreselleşme ve Psikiyatri, Kongre Kitabı, 11-14 Haziran 2002 Malatya, s.38.

15 **Bozkurt**, s.18.

16 **Erol İyibozkurt,** Küreselleşme ve Türkiye, Ezgi Yayınevi, Bursa 1999, s.108.

17 **Murat Ali Dulupçu,** Küresel Rekabet Gücü, Nobel Yayınları, Ankara 2001, s.1; **Ömer Demir,** Küresel Rekabette Etkin Devlet, Nobel, Ankara 2003, s.1; **Emre Kongar,** Küresel terör ve Türkiye, Remzi Kitabevi, 7. Basım, İstanbul 2003, s.19 vd.; **Koç,** s.41; **Mehmet Yüksel,** Küreselleşme Ulusal Hukuk ve Türkiye, Siyasal Kitabevi, Ankara 2001, s.83.

18 **Demir,** s.1, ayrıca dn.1.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

başarı kriterlerinin standartlaşması, hızlı iletişimin dünyanın uzak mekanlarında olup bitenleri yakınlaştırması, sermaye hareketlerinin ulus-üstü kurum ve değişmelere duyarlılığı artırması, bireysel beklenti ve tüketim kalıplarının[19] hızla değişmesi gibi gelişmeler, bu değişim ve dönüşümün çok yönlülüğünü açık biçimde ortaya koymaktadır[20]. Kavram o kadar çok yönlüdür ki, herkes bu kavramı farklı şekilde algılamaktadır[21]. Bu nedenle bazen küreselleşmeden bahsederken şaşırtıcı tablolarla karşı karşıya kalabilmekteyiz[22]. Ancak yine de küreselleşme kavramı ile ön plana çıkarılarak sürekli vurgu yapılan genelde onun ekonomik boyutu olmuştur[23]. Genellikle de küreselleşmeye karşı çıkışlar, teknolojik değişmenin getirdiği yeniliklere değil, bununla birlikte dikte edilen "*ekonomi politikalarına*" yönelmektedir[24]. Bu bağlamda küreselleşme olgusu, bir kısım görüşlerce, ulusal ekonomilerin dünya piyasalarıyla eklemlenmesi ve bütün iktisadi karar süreçlerinin giderek dünya kapitalizminin sermaye birikimine yönelik dinamikleriyle belirlenmesi olarak da yorumlanmaktadır[25].

Küreselleşmenin çok yönlülüğünü açısından bütününü yansıtmanın güçlüğüne rağmen bazı yönleri belirgin olarak ortaya konulabilmektedir[26]:

---

19 Gerçekten de tüketim kalıplarının değişmesi, bazı ürünlerde "gobal zevklerin" oluşmasını sağlamıştır. Bunun en belirgin örnekleri, Coca-Cola ve Levi Strauss Jeans ürünleridir diyebiliriz. Bk. **Zeynep Düren,** 2000'li Yıllarda Yönetim, Alfa, İstanbul 2002, s.15.

20 **Demir,** s.1-2.

21 Keyman'a göre "*Globalleşme, ekonomik, siyasal ve kültürel globalleşme süreçlerini içermekle birlikte, bu süreçlerin herhangi birisine indirgenemeyecek, fakat bu süreçler arasındaki çok-boyutlu, çok-nedenselli ve çelişkiler içeren ilişkiler tarafından kurulmuş "tarihsel bir süreç"tir. Bu anlamda da, toplumsal değişimi anlamamızda kullanabileceğimiz bir kavramdır.*" **Keyman**, s.25. Strassoldo'ya göre çağdaş küreselleşme sürecinde iki yeni eleman bulunmaktadır; bunlardan birincisi biyosferi koruma çabası içindeki ekolojik dünya görüşü, ikincisi ise çoğulcu, hiyerarşik olmayan ve merkezcil bulunmayan dünya toplumuna "postmodern" bir özlemdir. **Raimondo Strassoldo,** "*Globalism and localism: Theoretical reflections and some evidence*", in Globalization and Territorial Identities, ed.by **Zdravko Mlinar**, Avebury, Bristol, Reprinted 1996, s.35-39.

22 **İlyas Doğan,** "*Avrupa Birliği'ne Giriş Sürecinde Türkiye'de Anayasal Sistem Reformu Bağlamında, Küreselleşme ve Ulusal Egemenlik*", Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu, 22-24 Nisan 2003, TBMM Yayınları, s.421.

23 Elbette ki, küreselleşmenin ekonomik boyutunun öncelik kazanması tesadüfi değildir. Kârın maksimizasyonu için hareket eden sermaye ve tamamlayıcısı olan girişimci, 1980'lerden itibaren sadece üretim ve kârı değil, aynı zamanda pazarı da dünya ölçeğine çıkarmıştır. Bu sayede dışa açılma ve liberalleşme hareketleri, politik küreselleşmenin önüne geçmiştir. **Dulupçu,** s.19-20; Bk. **Gülten Kazgan,** Yeni Ekonomik Düzende Türkiye'nin Yeri, Altın Kitapları, İstanbul 1994, s.78; **Sungur Savran,** "*Ulusal Sermayeler Kıskacında Globalizm*", **İktisat Dergisi, No.350**, s.60.

24 **Gülten Kazgan,** Küreselleşme ve Ulus-Devlet, Yeni Ekonomik Düzen, 3. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2002, Önsöz, s.15.

25 **Erinç Yeldan,** Küreselleşme Sürecinde Türkiye Ekonomisi: "Bölüşüm, Birikim ve Büyüme", İletişim yay., İstanbul 2002, s.13.

26 **Ferhat Ali,** Küreselleşme ve Üretim Sürecinde Teknolojinin Rolü, Umut Yayıncılık, İstanbul 2001, s.31-32; **Aktel,** s.10-11.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Para-sermaye, meta sermaye ve ticari sermayenin dolaşımı,

  Küreselleşmenin en önemli göstergelerinin başında finansal serbestlik bulunmaktadır. Finansal sermayenin hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın ülkeler arasında ve sektörler arasında serbestçe hareket edebilmesinin en temel etkeni, kuşkusuz yüksek getiri olmaktadır[27]*. İlginçtir ki, para, meta, ticari sermayenin uluslararasılaşması ve serbestçe tam akışkan hale gelmesi, bütün küresel politikaların temelinde yatar; buna karşılık işçilerin sınır aşırı akışkanlığı her zaman kolaylaşmamıştır.*

  Küreselleşme süreciyle birlikte özellikle emeğin akışkanlığında sorunlar yaşanmaya başlamıştır[28]*. Her tür emek serbestçe dolaşıma çıkmamıştır. Özellikle vasıfsız işçilerin bulundukları ülkede kalmaları gerekmektedir. Yüksek vasıflı emek zaten dünyanın her yanında talep edilmektedir, beyin göçü serbesttir. Böylece göç veren "kapalı" ulus-devletler, uluslararasılaşamayan küçük yerli sermaye ile birlikte vasıfsız işçilerin devleti haline gelecektir*[29]*.*

- Üretken sermayenin büyük boyutlarda yoğunlaşarak "uluslararasılaşma"nın genişlemesi ve sermayenin merkezileşme derecesinin muazzam ölçüde artması,

  Özellikle merkez firmaların teknoloji yaratma ve finans gücü büyüdükçe, tekel gücünün büyüdüğü de bir gerçektir. Tekel gücü büyüyen firmaların çeşitli uygulamaları da, uluslararası nitelikteki sermayenin yerel rakiplerini yok etmesi sonucunu doğurmaktadır[30]*.*

  Üstelik bazılarına göre uluslararası şirketler birer siyasi kurumdur ve toplumla siyasal ilişkiler kurarlar[31]*.*

- "Uluslararasılaşma"sı büyük ölçüde artan mali sermayenin diğer sermaye biçimlerinin yanında her zamankinden çok daha fazla dünya çapında yayılması,

  Hirst / Thompson, küreselleşme ile çokuluslu şirketlerin dünya ekonomisinin as oyuncuları olarak "ulusötesi" şirketlere dönüştüğünü ifade etmektedir. Onlara göre, ulusötesi şirket, uluslararasılaşmış bir yöne-

---

27 **Sinan Sönmez,** *"Küreselleşmenin Ekonomi-Politik Boyutları"*, Küreselleşme ve Psikiyatri, Kongre Kitabı, 11-14 Haziran 2002 Malatya, s.18.

28 **H. Ejder Temiz,** *"Küreselleşme Sürecinde Uluslararası Göç Hareketleri, Yoksulluk ve İşgücü Piyasaları"*, TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.18, Şubat 2004, S.5, s.35.

29 Bu tür bir devletin; bir yandan ulusüstü kurumlar nedeniyle, bir yandan yerel yönetimlere erkini devrettiği, ekonomiye ilişkin temel işlevlerini yitirdiği için, uluslararası sermaye karşısında artık hiç bir direnme gücü bulunmayacaktır. **Kazgan**(2002), s.38.

30 **Kazgan**(1994), s.73 vd. Bk. **İyibozkurt,** s.109.

31 **Ferhat Akbey,** *"Küreselleşme ve Türkiye'de Kamu Ekonomisi ve Devlet-Piyasa-Toplum İlişkilerinde 1980 Sonrası Dönüşüm"*, Değişen Dünyada Türkiye'nin Önemi C.I, Uludağ Üniversitesi Yayını, Bursa 2004, s.140.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

timi olan, dünyada en güvenli ya da en yüksek kazancın olduğu yerlere yerleşmeyi veya taşınmayı en azından potansiyel olarak uman, özel bir ulusal kimliği olmayan, gerçekten serbest olan sermayedir[32].

Küreselleşen dünyanın yeni ekonomik sorunlarıyla başedebilmek ve kaynaklarını artırabilmek amacıyla ürün pazarlarını dünya geneline yaymak isteyen çokuluslu (veya ulusötesi) şirketler, şirket birleşmeleri ve satın almalar yoluyla dünya ekonomisindeki etkinliklerini artırarak sürdürmektedir. BM tarafından yayınlanan 2001 yılı Dünya Ekonomik Durum Raporu'na göre, şirket birleşmeleri ve satın almaları ile özelleştirmenin önemli bir bölümünü oluşturduğu Doğrudan Yabancı Yatırımlar (Foreign Direct Investments), 2000 yılında 1.1 trilyon ABD Doları'na ulaşmış bulunmaktadır. Doğrudan Yabancı Yatırımların 10 yıl önce 200 milyar ABD Doları olduğu gözönüne alındığında, sözkonusu yatırımların küreselleşme süreciyle birlikte ne büyük bir artış gösterdiği de ortaya çıkmaktadır. Yine Dünya Ekonomik Durum Raporu rakamlarına göre, 2000 yılında 600 milyar ABD Doları tutarında doğrudan yabancı yatırım yapılırken, bu rakam bütün gelişmekte olan ülkeler için sadece 190 milyar ABD Doları'nda kalmıştır[33].

- Bilimsel ve teknolojik devrimin[34] ulaşım ve iletişime kazandırdığı olağanüstü nitelikte sıçrama hızı,

  "Yerelin küresele dönüşmesinde en önemli etken nedir?" sorusuna kısaca "iletişim ilişkileridir" yanıtı verilebilir. Yerel, yapısı gereği küresel olan teknik nitelikli iletişimi etkilemekte ama aynı zamanda yerel ve küresel özellikle, iletişim teknolojisinin sağladığı olanaklar aracılığıyla varlığını neredeyse sonsuzcasına genişletmektedir[35]*. İletişim ve ulaşımda kazanılan nitel sıçramalarla kanatlanan sermaye, teknolojik alanda yaşanan devrimle tüm dünyayı ve toplumu iktisadi, siyasi, kültürel çizgilerle birbirine bağlamış, hiçbir iç ulusal yapı, hiçbir içe kapalılık bu bağlanmışlığın dışında var olamaz hale gelmiş, içe kapalılık artık olanaksız denen bir sınır taşına dayanmıştır*[36].

  Ülkeler arasındaki iktisadi, siyasi ve sosyal ilişkilerin yaygınlaşması ve gelişmesi, ideolojik ayırımlara dayalı kutuplaşmaların çözülmesi, farklı toplumsal kültürlerin, inanç ve beklentilerin daha iyi tanınması, ülkeler arasındaki ilişkilerin yoğunlaşması gibi, farklı görünen

---

32 **Hirst / Thompson,** s.37.

33 Bk. **Feza Öztürk,** "*Küreselleşme - Yeni Dünya Düzeni*", http://www.mfa.gov.tr/turkce/grupe/ues/5FOzturk2.htm (çevrimiçi: 20.04.2004)

34 **Strassoldo,** s.36-37.

35 **Betül Çotuksöken,** "*Yerel-Küresel-Evrensel Geriliminde Egemenlik*", I. Uluslararası Felsefe Konferansı, Egemenlik Sorunu, 11-13 Nisan 2003, Kocaeli Üniversitesi Yayını, Kocaeli 2004, s.18.

36 **Ali,** s.33.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ancak birbirleriyle bağlantılı olguları içeren küreselleşme bağlamındaki gelişmeler; bilgisayarların kullanımı, taşımacılıktaki gelişme ve iletişim teknolojisi ile büyük ölçüde mümkün olmuştur[37].

Öte yandan küreselleşmenin türettiği yoğun rekabet ortamında ileri teknoloji kullanımının yanısıra yeni teknolojilerin üretilmesi, ulusların / işletmelerin varlıklarını sürdürebilmeleri için vazgeçilmezler arasına girmiştir[38].

- Sermayenin emek üzerindeki tahakkümünün (bazılarına göre sömürüsünün) derinliği ve yaygınlığı,

Hızla yükselen rekabet sonucunda ucuz emek bir rekabet faktörü haline gelmiş, ucuz emeğe yöneliş gelişmiş ülkelerde ücretleri düşürmüş, teknolojik ilerlemeler sayesinde emeğe olan talebin azalması, sendikacılığın kan kaybetmesine neden olmuştur[39]. *Teknolojik değişimin getirdiği bir olgu olan robot kullanımının yaygınlaşması, vasıflı ya da vasıfsız emeğin toplumda giderek güçsüzleşmesi ve sendikal hareketin buna bağlı zayıflaması sonucunu doğurmaktadır*[40].

Uluslararası entegrasyon özellikle başta endüstri ilişkileri sistemi olmak üzere pek çok alanda etkisini göstermiş birtakım olumsuz sonuçları doğurmuştur. Özellikle uluslararası şirketlerin global pazarda güç kazanmaları[41], *dünya ekonomisi üzerindeki dengeleri değiştirmiş; "**sürekli gerileyenler**" ve "**sürekli ilerleyenler**" ikilemini gündeme getirmiştir. İşgücünün yapısı da "**çekirdek işgücü**" ve "**çevre işgücü**" olmak üzere olarak şekil değiştirerek bu bağlamda farklı bir tartışmayı gündeme getirmiştir. Bu yaklaşımlar dikkate alındığında, endüstri ilişkileri sistemi içinde önemli bir yere sahip olan sendikaların, güç kaybettikleri (zayıfladıkları) hatta asli fonksiyonlarından uzaklaşmak zorun-*

---

37 **Selma Güleç,** *"21. Yüzyılda Kitle İletişimi"*, Bilimin Işığında Aydınlanma Seminerleri, Uludağ Üniversitesi Yayını, No.4, Bursa 2003, s.178.

38 **Dulupçu,** s.29.

39 *"Küreselleşmeye karşı çıkanlar bağlamında anılması gereken bir grup da sendikalardır. Örneğin küreselleşme ve artan dış rekabet sonucu bazı endüstrilerin daralması, bir kısım firmaların kapanmasının işçi çıkarmaları zorunlu kılması gibi anlaşılabilir nedenlerle sendikalar sadece gelişmekte olan ülkelerde değil, dünyanın hemen her yerinde küreselleşmeye karşı çıkmaktadırlar. Gelişmiş ülkelerin sendikaları gelişmekte olan ülkelerle girilecek serbest ticaret ve işgücünün dolaşımının serbest bırakılmasının kendi ülkelerinde işsizliği artıracağı gerekçesiyle küreselleşmenin karşısındadırlar."* **Mustafa Acar**, *"Ekonomik, Siyasal ve Sosyal Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme: Tehdit mi, Fırsat mı?"*, http://www.liberal-dt.org.tr/dergiler/ldsayi25-26/252603.htm (Çevrimiçi: 20.04.2004)

40 **Kazgan**(2002), s.22.

41 Uluslararası şirketler, küreselleşmenin en önemli ekonomik etkilerinin belirleyicisi olarak görülmektedir. Uluslararası şirketler, "küreselleşmenin getirdiği mal ve hizmet üretiminin artmasının" en önemli aracıdır. Bu şirketler artık hem ekonominin hem de üretimin yapılanmasında belirleyici hale gelmiştir. **Şenol Baştürk,** *"Bir Olgu Olarak Küreselleşme: Sorunlar ve Bir Çözüm Önerisi; Küresel Yönetişim"*, http://www.isguc.org/senol1.htm (20.04.2004).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

da kaldıkları görülmektedir. Bu tür olumsuz gelişmeler küreselleşme kavramı üzerindeki tartışmaların yoğunlaşmasına yol açmıştır[42].

Gerçekten de küreselleşme süreci en olumsuz sonuçlarını sendikal hareketin baskı altına alındığı yapılanmalarda göstermektedir[43].

- Dünyanın tek pazara doğru, küresel kapitalizme yöneliş unsurlarının önemli ölçüde artması,

Bu konuda Habermas, "Geçmişte ulusal ekonomiler devlet sınırları içinde yer alırken, şimdi artık devletler pazarların içine yerleşmiş durumdadırlar" demektedir[44]. *Wallerstein'a göre dünya-sistemi geliştikçe kapitalizm daha güçlenmekte, toplumlar da dünya çapındaki sistemdeki rollerini giderek dünya-sistemi iş bölümündeki konumlarına göre oynamaktadırlar*[45].

- İnsan hakları, hukuk devleti, özgürlük, çevrenin korunması, uyuşturucu, organize suçlarla mücadele (terör) gibi tüm insanları ilgilendiren konuların uluslarüstü bir platforma taşınması[46],

Hükümetdışı örgütler de (NGO) günümüz uluslararası sisteminin önemli aktörleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Kimi büyük hükümetdışı örgütlerin bütçelerinin ve kaynaklarının da çok sayıda gelişmekte olan ülkenin bütçesinden daha fazla olduğu herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Uluslararası Af Örgütü, Yeşilbarış, Sınır Tanımayan Doktorlar gibi alanlarında önde gelen hükümetdışı örgütlerin, çok sayıda ülkenin bütçesini aşan maddi kaynaklarının yanısıra, uluslararası kuruluşların ve ülkelerin karar alma mekanizmalarını doğrudan etkileyecek güçleri de bulunmaktadır.

Araştırma ve düşünce kuruluşları ve medya kartelleri de, küreselleşmeyle birlikte rolleri artan ve uluslararası ilişkilere yön veren aktörler olarak dünya sahnesindeki yerlerini almışlardır. Önde gelen araştırma ve düşünce kuruluşlarından biri olan Davos Dünya Ekonomik Forumu'nun veya büyük bir "medya imparatorluğu" olan CNN-Time Warner'ın uluslararası sistem üzerindeki etkilerini yadsımak mümkün değildir[47].

---

42 Bk. **Aşkın KESER,** "*Küreselleşme Sürecinin Sendikal Hareket Üzerindeki Etkisi*", http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/6/askin/askin.html

43 **Ahmet Selamoğlu,** "*Yoğunlaşan Sosyal Sorunlarıyla Küreselleşme*", **Küreselleşmenin İnsani Yüzü,** Der. Veysel Bozkurt, Alfa, 2000, s.50.

44 **Jurgen Habermas,** Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti, Çev.Medeni Beyaztaş, Bakış Yayınları, İstanbul 2002, s.26.

45 **Robertson,** s.32.

46 **Habermas,** s.28; **Özlem Özkıvrak / Dilek Dileyici,** "*Globalleşme, Bölgeselleşme, Mega Rekabet ve Türkiye*", **Dış Ticaret Dergisi,** Y.6, S.20, Ankara 2001, s.135.

47 **Öztürk,** a.g.m.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Ulusal devlet, ulusal egemenlik, ulusal sınırların sınırlamalarının, uluslararası serbestleşme, özellikle liberalizasyon üzerinden sermaye ve özellikle mali sermaye lehine aşındırılması.

  Özellikle siyasal sistem içinde yer alan siyasal partilerin neredeyse tümünün, artık birbiriyle farklılaşmayan ekonomi programları ortaya çıkmıştır; yeni ekonomik düzenin serbestleşmeci, özelleştirmeci, uluslararası sermayeye sınırsız açılmacı temel ilkelere dayalı programı topyekün benimsenmektedir. Girişimin ve tam serbest piyasa ekonomisinin yüceltilmesi, sosyal devletin büyük ölçüde çözülmesi, neredeyse tüm siyasal partilerce paylaşılmaktadır. Bu anlayışı paylaşmayan siyasal partiler ise çok azınlıkta kalmaktadır artık[48].

  Öte yandan günümüzde ulus devletler ve hatta bölgesel oluşumlar, uluslararası sermayeyi kendilerine çekebilmek için büyük bir yarış içindedirler. Bu yarış ekonomik büyüme oranlarının yavaşladığı veya istikrarsızlıklar gösterdiği ve özellikle gelişmekte olan ülkelerde ulusal borçların arttığı dönemlerde çok daha fazla şiddetlenmektedir. Kuşkusuz bu durum ekonomik ve sosyal politikaların baskı altına alınmasına yol açarken, ulus devletlerin hareket alanlarını ve karar alma özgürlüklerini ciddi derecede sınırlandırmaktadır[49].

Belirtilen yönleri doğrultusunda küresel sermayenin üzerinde yürüdüğü temellerden bazıları ise şunlardır[50]:

- ***Özelleştirme;*** *Bu iç ulusal ekonomilerin tek yanlı zoraki uyumu için en başta gelen koşuldur. Özelleştirmesiz küreselleşme politikaları topallar.*

  Ancak küreselleşme politikası olarak özelleştirme, devletin zarar eden kuruluşlardan kurtarılması operasyonu değil, tam tersine küresel sermayenin politik bir tercihi, stratejik bir çizgisidir[51].

---

48 **Kazgan**(2002), s.36-37.

49 *"Uluslararası sermayenin ve küresel şirketlerin kuralları belirlediği ve piyasaları biçimlendirdiği küresel ekonomi, demokratik yönetim anlayışını sarsıcı etkiler yapmaktadır."* **Selamoğlu,** s.40.

50 **Ali,** s.57.

51 *"Küreselleşme sürecinin temel motorlarından biri olan Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde imzalanan Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS) ile hizmet sektörü tümüyle uluslararası sermayeye açılmaktadır. Türkiye bu anlaşmaya kamunun küçültülmesi, kamu hizmetlerinin ticarileştirilmesi, özelleştirme ve emek piyasasının esnekleştirilmesi açısından en çok taahhütte bulunan ülkelerden biri konumdadır. Türkiye, 1995 yılında, GATS'a ilk imza koyan ülkelerden biri olmuştur. GATS, devletin işlevlerini, devletin yapısını yeniden belirleyen, "ticari nitelik taşımayan ve tekel niteliğinde olanın dışındaki her şey liberalizasyona konudur" diyen bir anlaşmadır. Eğitim, sağlık, su ve bir çok sektör kesinlikle liberalize edilmesi gereken sektörlerdir. Türkiye, bu sektörlerde hemen hemen hiçbir noktada kısıtlama olmadığını, varolan kimi kısıtlamaların en kısa zamanda kaldırılacağını söylemiştir. Türkiye en temel kamu hizmeti alanlarını liberalizasyon sürecine sokmaktadır."* http://www.imo.org.tr/Yayinlar/tg/tg124/tg123-baguler.htm (29.02.2004).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Küresel sermayenin geri ülkeler için hazırladığı ekonomik reçete genelde aynıdır. Arjantin'deki özelleştirme ile bizdeki özelleştirme aynı araçlar, benzer aktörler ve aynı figüranlar ile yapılmaktadır. Küresel mantığa göre, devleti ekonomik süreçlerden çekerek küçültmek gerekir. Hatta yalnızca ekonomik bakımdan değil, ekonomiden ulaşıma, oradan eğitime ve sağlık alanına ve hatta savunmaya dek her alanda özelleştirmeyi yaygınlaştırmak ve en yaşamsal alanların bile küresel sermayenin yönetimi, gözetimi ve denetimi altına sokulması gerekmektedir[52]*. Ekonomik liberalizm öylesine sınırsızca uygulanmalıdır ki, bu serbestleşme sahasına küresel sermaye rahatça, hiçbir gümrük engeline takılmadan girebilmelidir*[53].

- ***Sınırsız piyasa;*** *Kendi kendini düzenleyen pazar, küreselleşmenin iletken telidir. Piyasa, küreselleşmenin üzerinde yürüdüğü, cisimlenerek genişlediği manyetik sahadır sermaye için.*

  Ünlü finans spekülatörü George Soros sınırsız piyasa olgusuna "piyasa fundamentalizmi" ismini vermektedir. Soros'a göre "piyasa, bugün açık toplum için herhangi bir totaliteryen ideolojiden daha büyük bir tehdittir."[54]

- ***Atak ve eylemsel girişimcilik;*** *Küresel aktörler, girişimcilik konusunda atak davranmak zorundadır. Küreselleşmede kaçırılan fırsatların bir daha yakalanması genellikle çok zor olduğundan girişimcilik kültürü küreselleşmenin bir parçası haline gelmiştir*[55].

- ***Koruyucu gümrük vergilerinin en aza indirilmesi ya da sıfırlanması;***

- ***Sermayenin dış hareketini sınırlandıran "frenleyici engellerin" ortadan kaldırılması;*** *(iç ulusal hukuk da dahil olmak üzere). Böylelikle aynı zamanda ekonomik liberalizasyon üzerindeki ulusal denetimlerin rafa kaldırılarak, iç hukuksal engelin de uluslararası hukuk lehine yoğrularak şekillenmesi ile sermayenin kolay dolaşım olanağına kavuşması sağlanacaktır.*

  Özellikle bir yabancı yatırımcının, yatırım yapılan ülkeleri, anlaşma hükümleri aleyhine hareket etmeleri durumunda dava etmek ve/veya tazminat talep edebilmelerini olanaklı kılacak uluslararası özel "yargı" düzenine (uluslararası tahkim) geçilmesi sözkonusudur[56].

- ***Dış ticaretin serbestleştirilmesi;*** *Dış ticaretin serbestleştirilmesi*

---

52 Özelleştirme ve deregülasyon gerekçeleri için bk. **Sönmez,** s.21.

53 **Ali,** s.143.

54 **George Soros,** The Crisis of Global Capitalism, Public Affairs, New York 1998, s.xx-xxi; **Toprak,** s.37.

55 **Dulupçu,** s.25; **Mahmut Tekin,** Girişimcilik, Konya 1999, s.25 vd.

56 **Sönmez,** s.19.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

doğrultusunda, küreselleşme beş aşamalı bir süreç olarak gelişme göstermektedir. 1) İşletmelerin rekabet gücü yüksek ürün ve hizmetlerle ihracata yönelmeleri, 2) İşletmelerin ürün ve hizmetlerinin yabancı ülkelerdeki pazarlamasını gerçekleştirmek amacıyla, bu ülkelerde yerel şubeler kurmaları, 3) Üretim tesislerinin yerel pazarlara yakın bölgelere kaydırılması, 4) Daha önceleri merkezde yoğunlaştırılan ar-ge faaliyetlerinin hedef pazarların bulunduğu yerlere kaydırılması, 5) Yalnızca bazı temel fonksiyonların merkezde bırakıldığı, ağırlığın diğer ülkelerdeki ve bölgelerdeki bağlı şirketlere kaydırıldığı, tamamen küreselleşmiş şirketlere geçiş.[57]

- ***Küresel sermaye lehine ulusal egemenliğin daraltılması.***

  Günümüzde hemen hiçbir devletin, kendini bir takım düzenlemelerin dışında tutamadığı görülmektedir. Devletler özellikle ekonomik açıdan Dünya Ticaret Örgütü (WTO), Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi örgütlerin dışında kalamamakta ve bu örgütlerin öngördüğü koşulları kabul etmek zorunluluğuyla yüz yüze gelmektedirler. Buradan yola çıkarak, küreselleşmenin getirdiği ekonomik bütünleşmenin, devletin ekonomi üzerindeki hükümranlık alanını daralttığı söylenebilir.

  Özellikle çok uluslu sermaye, hızlı küreselleşme süreci içinde, ulusal bağımlılığını yitirmiş ve ekonomik avantajların bulunduğu yerlere yerleşmeye başlamıştır. Uluslararası şirketler, giderek belli bir ulusal devlette yerleşik çok uluslu şirketlerden, hiçbir devlete bağlılık duymayan ulusötesi şirketlere dönüşmektedirler. Hatta bir süreden beri, uluslararası sermayenin çıkarları ile ulus devletlerin politikaları çatışmaya başlamış ve bu çatışmanın yanı sıra ulus devletler, kendi ülkelerinde yerleşik uluslararası ekonomik güçlerin çıkarlarını savunma olanakları bakımından dezavantajlı duruma düşmüşlerdir. Günümüzde uluslararası şirketler, (sömürgecilik, emperyalizm, askeri işgal geçerli yöntemler olmaktan çıktığından) çıkarlarını, uluslararası hukuk aracılığıyla korumaya çalışmaktadırlar[58]*. Bütün bunlar, kapitalizmin gelişmesi ile birlikte uluslararası ilişkilerin baş aktörü haline gelen ulus devletin, küreselleşmenin bugünkü aşamasında uluslararası sermayenin gözünde, ekonomik gelişmesi için uygun bir ekonomik ölçek olmaktan çıktığını ve dolayısıyla eski gücünü yitirdiğini göstermektedir*[59].

  Ayrıca çokuluslu şirketler, günümüz uluslararası sistemini etkileyen ve yönlendiren aktörlerin başında gelmektedir. Birleşmiş Milletler'in son verilerine göre, dünyanın en büyük 200 çokuluslu şirketinin toplam

---

57 **Düren,** s.15-16.

58 **Oktay Uygun,** "*Ulusalüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme*", Küreselleşme ve Ulus-Devlet, der. Meryem Koray, Yıldız Teknik Üniversitesi yay., İstanbul 2001, s.155-156.

59 **Nihat Bulut,** Feodaliteden Küreselleşmeye, Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi, Seçkin, Ankara 2003, s.117-118.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kaynakları 7.1 trilyon ABD Doları tutarındadır. Dünyadaki ekonomik faaliyetlerin yaklaşık dörtte biri dolayında olan bu rakam, Birleşmiş Milletler üyesi 189 ülkeden 182'sinin toplam ekonomik büyüklüklerinden fazladır. Çokuluslu şirketlerin ihtiyaçlarını, çıkarlarını ve hedeflerini gözetmeyen bir uluslararası ekonomik sistemden söz etmek mümkün değildir. Çokuluslu şirketler, olağanüstü ekonomik güçlerinin bir yansıması olarak, uluslararası ilişkilerde de etkili olabilmektedir[60].

Küreselleşme sadece yaygın değil, aynı zamanda uzun dönemli bir dönüşümü öngörmektedir. Bu yüzden küreselleşmeye yönelik tavır ve tepkiler, sadece şimdiki nesilleri değil, gelecek nesilleri de yakından ilgilendirmektedir[61]. Ancak bu değişim ondan etkilenen herkesi aynı yön ve oranda etkilemez. Bu açıdan küreselleşmenin yaratacağı dönüşüm alanı, bazı kişi ve kesimler için olumlu bir nitelik taşırken, bazı grup ve katmanlar için ise olumsuz bir anlam taşıyacak, hatta kaygı ve kuşku yaratacaktır. Bu özelliği ile de her birimizin değişik yönde ve ölçülerde hissettiğimiz küresel değişimin olası olumlu ve olumsuz etkileri bulunacaktır[62]. **Hall**'e göre daha yeni anlamaya başladığımız yepyeni biçimlerle ve her zamanki çelişkilerle, her zamanki mücadelerle postmodern kültür zemininde işleyen bir süreç olarak önümüze gelen küreselleşme, bir diyalektik son değildir ve de herşeyin sonunu getirmeyecektir[63].

Bu etkiler bağlamında denilmektedir ki küreselleşme, ekonomik parçalanmışlığın şekillendirdiği bir bütüncül tablodur ve ulusal ekonomik değerlerin, yerel ve küresel olanla ikame edilmesinin doğurduğu "*fırsat*" ve "*tehlikeler*" söylemini içermektedir. Bu süreçte *fırsat* söylemi kadar *tehlike*[64] söylemi de yer almaktadır. Ancak *tehlike*nin daha çok "*az gelişmiş ülkeler*" için geçerli olduğu da teorik düzeyde tartışılmaktadır[65].

---

60 **Öztürk,** a.g.m.

61 **Demir,** s.2

62 Bu farklı bakış açıları için bk. **Mim Kemal Öke,** Küresel Ekonomi Politik, Timaş Yayınları, İstanbul 2002.

63 **Stuart Hall,** "*The Local and the Global: Globalization and Ethnicity*", Anthony D. King (ed.), Globalization and the World System, New York, Macmillan, 1991, s.39.

64 Tüm toplumları etkileyen küresel tehditleri ise *ulusal ve uluslararası organize suç örgütleri, silah ticareti, uluslararası terör, uyuşturucu ticareti, AIDS gibi bulaşıcı hastalıklar, sağlığa zararlı ürün ve ilaçlar, suçluluğun yayılması, organ ticareti, çeşitli inanç ve ideolojiler, internet suçları, nükleer atıklar ve radyasyon, nükleer biyolojik ve kimyasal silahlar* şeklinde belirtebiliriz. Bk.**Demir,** s.77-82

65 **Dulupçu,** s.1-2; "Diğer taraftan, günümüzde küreselleşme içinde daha fazla yer alan ülkelerin hemen tamamı gelişmiş ülkelerdir. Bu unsur, esasen küreselleşmeye karşı yöneltilen eleştirilerin de odak noktasını oluşturmaktadır. Nitekim, küreselleşmeye karşı yöneltilen eleştirilerin başında, bu ilişkiler sisteminin, zengini daha zengin, yoksulu daha yoksul kıldığı gelmektedir. Gelişmekte olan ülkelerin marjinalizasyonuna (dışlanmasına) yol açtığı, faydalarının hem ülkeler hem de bölgeler arasında eşit olarak dağılmadığı, eşitsizlikleri giderici değil artırıcı bir rol oynadığı, küreselleşmeye yöneltilen diğer bellibaşlı eleştirilerdir." **Öztürk,** a.g.m.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Kaldı ki, küreselleşmenin hangi yönde gelişeceğini de kestirmek zordur. Dünyadaki silahlı çatışmalar, güç dengelerinin değişmesi, AB ve Japonya'nın geleceği, Çin, Hindistan gibi ülkelerin gelişme dereceleri ve ABD'nin bütün bunlara karşı tavrı, kapitalizmin yönünü ve küreselleşmenin çizgisini belirleyecektir[66].

Öte yandan küreselleşme gerçekten yaşanması zorunlu bir süreç ise (-ki öyle olduğu anlaşılmaktadır-) bu süreci en az hasarla veya en çok kazançla atlatabilmenin ya da geçebilmenin yollarının aranması ve bulunması kaçınılmazdır[67].

§ 2. Küreselleşmeye Yaklaşımlar

Günümüzde küreselleşmeye yönelik yaklaşımları *"aşırı küreselleşmeciler"* (hyperglobalist), *"kuşkucular"* (skeptical) ve *"dönüşümcüler"* (transformationalist) şeklinde üçlü bir sınıflamaya tabi tutabiliriz[68].

- ***Aşırı küreselleşmeciler:*** Bunlar radikaller diye de anılmaktadırlar. Bunlara göre endüstri uygarlığının bir ürünü olan *ulus devlet, küreselleşme sürecine paralel olarak önemini yitirmiştir.* Artık küresel piyasa, politikanın yerini almaktadır; çünkü piyasa mekanizması hükümetlerden daha rasyonel çalışmaktadır. Bu doğrultuda çağdaş kapitalizmin yarattığı tüketiciler, ürünlerin özelleşen bölgesel, toplumsal, etnik, sınıf ile toplumsal cinsiyet pazarlarına –yani "mikro pazarlama"ya- uyumlu hale getirilmesini daha çok talep etmektedirler[69]. Günümüzde politikalar yerel[70] ya da ulusal ölçekte hâlâ etkili olsalar bile, küresel ekonominin hareketlerini etkileyebilecek güce sahip değillerdir. Zira artık gerçek devlet gücünün toplandığı yerler, gizli ya da üstü örtük yerler olmaya başlamıştır. İktidar gücünü perde arkasındaki bürokratlar ve teknisyenler kullanırken, politikacılar yalnızca talepleri uzlaştırma ve destek sağlamakla yetinir olmuşlardır[71]. Bu anlamda dünya ülkelerinin çoğunda, vatandaşların politikayla daha az ilgilenmeleri ya da politikacıların vatandaşlar üzerinde daha çok hayal kırıklığı yaratıyor olmaları küreselleşme sürecinin bir sonucudur[72].

---

66 **İyibozkurt,** s.109.

67 **Dulupçu,** s.4.

68 **D. Held / A. McGrew / D. Goldblatt / J. Perraton,** *"Global Transformations: Politics, Economics and Cultures"*, Polity Press., Cambridge 1999, s.3-10'dan nakleden: **Bozkurt,** s.18 vd.; **Semra Somersan,** Sosyal Bilimlerde Etnisite ve Irk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2004, s.162 vd.; **Aktel,** s.12 vd.; **Osman Ulagay,** Küreselleşme Korkusu, Timaş Yayınları, İstanbul 2001, s.60-63.

69 **Robertson,** s.167.

70 **Strassoldo,** s.41.

71 **Yüksel,** s.108; **Abdullah Özkan,** Küreselleşme ve Avrupa Birliği İle Bütünleşme Sürecinde Türkiye, Tasam yay., İstanbul 2004, s.36.

72 **Giddens**(2000), s.21; **Anthony Giddens,** *"Küreselleşmenin İkilemleri"*, **Sosyal Demokrat Değişim Dergisi**, 1999, s.56; **Aktel,** s.12 vd; **Bozkurt,** s.19.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bir diğer ifadeyle aşırı küreselleşmecilere göre, *piyasalar artık devletlerden daha güçlüdür*. Devletlerin otoritesindeki bu gerileme ise, diğer kurumlar ile birliklerin ve yerel/bölgesel otoritelerin artarak yaygınlaşması şeklinde görülebilir. Radikal/aşırı küreselleşmeciler, ulus devletlerin yerine yeni toplumsal örgütlenme şekillerinin belirmeye başladığı düşüncesindedirler. Ancak bu grup içinde yer alanlar, homojen bir görünüm arz etmemektedirler. Örneğin neo-liberaller, devlet gücü üzerinde piyasanın ve bireysel otonominin başarısını memnuniyetle karşılarlar. Francis Fukuyama'ya göre, refaha ulaşmış ve mutlu bir hayat için eskiden beri süregelen arayışların son noktasına komünizm ve faşizmin yıkılmasıyla ulaşılmıştır. Bu nokta, liberalizm ve özgürlükçü serbest pazar düzeninin bir hayat tarzı olarak hakim olmasıdır. Bu anlayışın ideal devlet şeklini de "homojen evrensel devlet" temsil etmektedir. Ona göre bu anlayışın içine dahil olanlar tarihi aşanlardır, ancak haricinde kalanlar ise, tarihe gömülüp kalacak olan toplumlar olacaklardır[73]. Neomarksistler (ya da radikaller) ise çağdaş küreselleşmeyi, baskıcı küresel kapitalizmin temsilcisi olarak değerlendirmektedirler. Fakat bu ideolojik yaklaşımlardaki farklılıklara rağmen, bugün giderek artan bir biçimde bütünleşmiş küresel bir ekonominin mevcut olduğuna ilişkin düşünceyi de paylaşmaktadırlar[74].

- ***Küreselleşme karşıtları:*** Radikal/aşırı küreselleşmecilerin tam karşısında yer alan bu grup, "*kuşkucular*" olarak da anılmaktadır. Giddens'ın deyimiyle küreselleşmeye her konuda kuşkuyla yaklaşmaktadırlar[75].

  Gelişmiş dünyadaki küreselleşme karşıtları sınıf, eğitim, kültür, çevre, düşünce, etnik köken, atipik cinsel tercih olarak daha çok dışlanmışlardan oluşmakla birlikte; ırkçılık ve etnik ayırımcılık karşıtları, doğa-çevre severler, hayvan severlerin de bu eylemlerde önemli düzeyde yer aldığını kaydetmek gerekir[76].

  Dünya ekonomisinde duvarların kaldırılması yönündeki günümüzde yaşanan gelişmelerin, yüz yıl öncesine benzer bir duruma geri dönüşten başka bir şey olmadığını[77] iddia eden kuşkuculara göre küreselleşme yeni bir olgu değildir, çok uzun yıllardır sistemlerin en temel özelliklerinden birisi olduğu halde yeni keşfedilmiştir[78]. Yüz yıl önce de küreselleş-

---

73 **Francis Fukuyama,** Tarihin Sonu ve Son İnsan, çev. Zühtü Dicleli, 2.baskı, İstanbul 1999, s.67-80.

74 **Held / McGrew / Goldblatt / Perraton,** s.2-4'den nakleden: **Bozkurt,** s.19.

75 **Giddens**(2000), s.20-21; **Giddens**(1999), s.56; **Aktel**, s.15 vd.; **Bozkurt**, s.21.

76 **Toprak,** s.32.

77 **Hirst / Thompson,** s.8.

78 **Immanual Wallerstein,** "*Bugün Gözümüzün Önünde Bir Sistem Çökmekte*", çev.A. Daldal, Birkim Dergisi, 1997, S.104, s.36; **Samir Amin,** Küreselleşme Çağında Kapitalizm, Çev. V. Eranus, Sarmal Yayınevi, İstanbul 1999, s.51.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

me söz konusudur, ancak küreselleşmenin yeni olan yönü, nitel ve nicel boyutlarındaki değişimdir[79]. Kuşkucular, herkesin bu terimle bu kadar ilgili olmasını *zamanın ideolojisi* haline gelmesine bağlamaktadırlar.

Küreselleşme sürecine karşı çıkanlar, bunun insanları baskı altına aldığını, devletlerin egemenliğine son verdiğini, hepsini emperyalist devletlerin egemenliğine soktuğunu, yerel değerleri yok ettiğini, güçsüzleri ezdiğini, yoksul ve zengin arasındaki uçurumu büyüttüğünü, sadece çok uluslu şirketleri yararlandırdığını, bu şirketlere gelişmekte olan ülkeleri nefessiz bırakarak boğma fırsatı verdiğini ve gezegenin ekolojisini tamamen tahrip ettiğini ileri sürmektedirler[80].

Onlar için küreselleşme, *refah devletini* yok edecek *minimal devlet* ve hükümeti amaçlayan çevrelerin sık sık kullandığı basit bir terimdir. Bu grubun bazı üyeleri, küreselleşmeyi, *kapitalizmin savaşçı olmayan yeni işleyiş mantığı* ya da jeo-ekonomik emperyalizm[81] olarak değerlendirirken[82]; Chomsky gibi bazı ünlü düşünürler de, kâr peşinde koşan *mega-işletmelerin, totaliter kurumların tiranlığı* olarak nitelemişlerdir[83].

Bu gruba göre *küreselleşme, beklenilmeyen bir şey değildir*[84]; sadece bu süreç aşırı küreselleşmeciler tarafında abartılarak bir *efsane* haline getirilmiştir. Dünya ekonomisi geçmişte olduğundan daha az bütünleşmiştir. Bunun yanında küreselleşme sürecinin karşısında gelişen bölgeselleşme, küreselleşmenin bir ara istasyonu değil, tam aksine alternatifidir. Hatta bir kısım küreselleşme karşıtı Amerikan köktenci Hıristiyan gruplar dünyayı bir bütün olarak düşünmenin olanaksız olduğunu ifade etmektedirler[85].

Küreselleşme karşıtlarına göre, dünya küresel bir uygarlık yerine, yeni anlayışlar çerçevesinde bölünmeye doğru gitmektedir. Küreselleş-

---

79 Niteliksel olarak küreselleşme politik, ekonomik ve sosyal süreçleri kapsar. Niceliksel olarak ise küreselleşme, ticaret, sermaye akımları, yatırımlar ve insanların ülkeler arasındaki dolaşımında meydana gelen artışı ifade etmektedir. Küreselleşmenin bu boyutu bazen transnasyonalizm veya karşılıklı bağımlılık olarak da adlandırılmaktadır. **Metin Toprak,** Küreselleşme ve Kriz, Siyasal Kitabevi, Ankara 2001, s.8-9. Bk. **Ngaire Woods,** *"The Political Economy of Globalization"*, ed. Ngaire Woods, St. Martin's Press, New York, 2000, pp.1-19.

80 **Toprak,** s.9.

81 *"...Kapitalizmin ileri aşaması emperyalizmdir. Emperyalizmin günümüzdeki durumu ise küreselleşmedir."* **Sezgin Kızılçelik,** *"Küreselleşmenin ve Avrupa Birliği'nin Ulusal Egemenliğimize Etkileri"*, **I. Uluslararası Felsefe Konferansı, Egemenlik Sorunu,** 11-13 Nisan 2003, Kocaeli Üniversitesi Yayını, Kocaeli 2004, s.26.

82 **B. Gerbier,** *"Kapitalizmin Bugünkü Aşaması Olarak Jeo-Ekonomik Emperyalizm"*, **Küreselleşme mi Emperyalizm mi?: Piyasa Efsanesinin Çöküşü**, Der. F. Başkaya, Ütopya Yayınları. Ankara 1999, s.105-116.

83 **Bozkurt**, s.21.

84 **Kızılçelik,** s.28 vd.

85 **Robertson,** s.134.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

me, bir bütünleşmeyi değil, farklı kültürler, farklı uygarlıklar ya da bölgeler arasında yeni çatışmaları beraberinde getirecektir[86]. Zira eğer küreselleşmenin temel özelliklerinden birisi dünyanın küçülmesi ise, temel sonuçlarından birisi de uygarlıksal, toplumsal ve topluluksal *"anlatılar"* arasındaki çatışmaların şiddetlenmiş olmasıdır[87]. Şiddetlenen veya şiddetlenecek olan ekonomik kargaşa, etnik şiddet, toplumsal karışıklık ve dinsel çatışma asla tamamiyle yok edilemeyecektir fakat uzlaşmayla azaltılabilir[88]. Birleşmiş Milletler'in son insani gelişme raporu, küreselleşmenin ulus devletlerin kendi içerisinde ve aralarında eşitsizliği ciddi derecede şiddetlendirdiğini ortaya koymuştur[89].

Aslında küreselliğin *"eşitlik"* gibi bir kaygısı da yoktur. Aksine neo-liberal söylem, eşitsizliğin kaçınılmazlığını, açlık ve sefaletten kurtulmanın tek çaresinin pazarın talep ettiği özelliklere sahip olmak, politikaları ve yaşam tarzlarını takip etmekten geçtiğini iddia etmektedir. Aynı ülke içinde bir grup insan küresel bağlantıların tüm fırsatlarından yararlanırken, diğerleri de bu insanların yaşantılarını, medya programlarından hayret ve özlem içinde takip etmektedirler[90].

Yoksullaşma ve marjinalleşme karşısında dayanışma ihtiyaçlarının artmasıyla birlikte alt-kimlikler de ortaya çıkmaya başlamakta; bunu sonucuysa da toplumda iç kargaşa oluşabilmektedir. Farklı etnik-dinsel kimlikli gruplar bir ulusal pazarın varlığı ve sosyal devletin sağladığı hizmetler sayesinde refahını daha güvenli görüyorsa, ulus-devlet çerçevesinde etnik/dinsel alt-kimlik öne çıkmayabiliyor. Eğer ulusal pazar yerini uluslararası pazara bırakıyorsa, ulus-devlet vatandaşlarının refahını sağlayacak işlevleri yerine getirmiyorsa, aksine uluslararası sermayenin işlerini yürüten bir "büro"ya dönüyorsa, ulus-devlete bağlı olmanın bir nedeni kalmamaktadır. İşlevini yitiren devlet yapıştırıcı olma özelliğini de yitirmektedir[91].

Her ne kadar küreselleşme evrensel bir kültür ve yaşam tarzı empoze etmeye başlamışsa da, mahallî kültürlerin gelişmesine yol açıldığı görülmektedir. Bu olgu genel anlamda yerellik ve yerelleşme eğilimlerinin öne çıktığı bir süreci de beraberinde getirmektedir. Küreselleşmeyle birlikte bölgeselleşmeye bir tepki olarak yerelleşme ortaya çıkmaktadır. Küreselleşme sürecinin paradoksal bir biçimde doğurduğu parçalanma ve ufalanmanın ürünü olan etnik anlayışlar, kendilerini

---

86 **Bozkurt**, s.22.

87 **Robertson,** s.229.

88 **P. Schwab / A. Pollis,** *"Küreselleşmenin İnsan Hakları Üzerindeki Etkisi"*, Çev. A. Yavuz, Uludağ Üniversitesi Felsefe Topluluğu Dergisi, 2003, S.2, s.139.

89 **Selamoğlu,** s.37.

90 **Koç,** s.43.

91 **Kazgan,** Küreselleşme, s.244.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve dünyayı yeniden gözden geçirmeye başladılar[92]. Bir başka ifade ile yerele dönüş, genellikle küresele bir tepkidir. Küreselleşme aracılığıyla modernliğin belli biçimleriyle karşı karşıya kaldıklarında insanlar, genellikle böyle tepki verirler[93]. Kısaca ulus devletler, uluslar ötesi yeni aktörler ve bölgeselleşme eğilimleriyle üstten bir baskıya maruz kalırken, etnik akımlar ve yerel demokrasi talepleriyle de alttan sıkıştırılmaya başlandılar[94]. Bu yönüyle de küreselleşme, ulusların sosyal bütünlüğü idame ettirme yeteneğini zayıflatmaktadır[95]. Zira özellikle gelişmekte olan ülkelerin içerisindeki etnik gruplar[96], küresel işbirliği ile ekonomik ve politik yönden desteklenmektedir. Bu destekleme çoğunlukla da çıkar sınırları içinde geçerliliğini korumaktadır[97].

Küreselleşmeyi savunan ve dünyayı buna zorlayan gelişmiş ülkeler bir yandan kültürün küreselleşmesini savunurken, öte yandan gelişmekte olan ülkelerdeki alt kültürlerin gelişmesini istemektedirler. Bu ülkeler bir yandan dünya devleti, dünya kardeşliği gibi kavramları savunurken, gelişmemiş ülkelerdeki etnik ayırımcılığı da teşvik etmektedirler[98].

Yine küreselleşme karşıtları, ekonomik eşitsizliklerin, küresel bir uygarlığın doğuşundan ziyade, köktendinciliğin ya da saldırgan milliyetçiliğin doğuşuna yol açacağını savunmaktadırlar. Smith'e göre siyaset ve iletişimle ilgili küresel modellerin yayılması, bir çok kişinin, özellikle Hindistan, Ortadoğu ve Afrika'da din ve dinsel mitolojilere yönelmesine bağlı olarak pek çok topluluğun etnik bağlarının canlanmasına yardımcı olmuştur[99]. Ayrıca kuşkucular, küreselleşme sürecinin ekonomik ya da teknolojik gelişmelerin sonucunda ortaya çıkan bir olgu olmaktan ziyade, bir *ideolojik tutum* olduğunu iddia etmektedirler[100].

- ***Dönüşümcüler:*** Bu grup, küreselleşmeyi, modern toplumları ve dünya

---

92 Bir yandan ulus-devletler otorite kaybına uğrarken, diğer yandan birçok etnik grup (İspanya'da Basklar ve Irak'ta Kürtler gibi) ulus-devlet kurabilmek için mücadele etmektedirler. **Akbey**, s.141.

93 Bak. **Hall,** s.34 vd.

94 **Mustafa Öktem,** Kent, Çevre ve Globalleşme, Alfa, İstanbul 2003, s.172. Ayrıca bk.**Yusuf Erbay**, *"Kavram Olarak Küreselleşme"*, Yeni Türkiye Dergisi, Y.4, S.19, 1998, s.170 vd.

95 **Selamoğlu,** s.36.

96 Bazı görüşler ise, küreselleşme ile toplamdaki dramatik bir değişmenin azınlık dillerinde gerçekleşeceğini belirtmekte ve bilgi teknolojisi, mikro-bilgisayarlar, ev ve okul bilgisayarlarında temel yazılımların, uydu ve video disklerin toplumda dönüşüm başlatmalarının, azınlık dil ve kültürleri üzerinde tehdit oluşturacağını ifade etmektedirler. **C. Baker,** *"Editorial Introduction"*, in Bilingualism and Bilingual Education. Education for Development, 1987, Vol.10, No.3, s.5.

97 **Dulupçu,** s.37.

98 **Orhan Doğan,** *"Kültür Küreselleşebilir mi?"*, Küreselleşme ve Psikiyatri, Kongre Kitabı, 11-14 Haziran 2002 Malatya, s.223.

99 **Anthony D. Smith,** Küreselleşme Çağında Milliyetçilik, Türkçesi: D. Kömürcü, Everest Yay., İstanbul 2002, s.91.

100 **Bozkurt**, s.22.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

düzenini yeniden şekillendiren hızlı sosyal, siyasal ve ekonomik değişmelerin arkasındaki ana siyasal güç olarak görmektedir[101]. Küresel değişmelerin siyasal sistemleri değişmeye zorladığı açıktır. Birçok monarşinin demokratik sisteme dönüşmesi ve siyasal sistemlerdeki iç değişimler ya da sistemlerin tümüyle başka bir sistemle yer değiştirmesi hep bu uluslararası baskıların sonucudur[102]. Artık dış ya da uluslararası ile iç işleri arasında açık bir ayrım söz konusu değildir. Ekonomik anlamda bırakın yüz yıl öncesini, 30-40 yıl öncesinden bile çok farklı bir dönemde yaşıyoruz. Son yıllarda küreselleşme konusunda yapılan araştırmalar, çok farklı dönemde yaşadığımıza işaret etmektedir. Önceki pazardan çok daha bütünleşmiş yeni bir küresel pazar oluşmuştur[103]. Karşılıklı alınıp satılan malların miktarı 19. yüzyılla karşılaştırılamayacak kadar fazladır. Ama bundan daha da önemlisi, ekonominin giderek daha fazla bir şekilde hizmet sektörüne bağlı hale gelmesidir. Bilgi, eğlence, iletişim ve en önemlisi elektronik ve finans ekonomisi içeren hizmetler, ekonomideki en önemli sektör haline gelmektedir. İletişim devrimi sayesinde anında haberleşme imkanına kavuştuğumuzdan beri, eski yapılar yıkılmaya, eski alışkanlıklar unutulmaya ve kültürler de diğer kültürlerle anında temas edebilmeye, karşılıklı etkileşime girmeye başlamıştır[104]. Böylelikle de, aslında mevcut değerler, yeni ilkeler ışığında yeniden değerlendirilmektedir[105].

Dönüşümcüler ulusal hükümetlerin otoritelerini ve güçlerini yeniden yapılandırdığını kabul ettiği halde, hem aşırı küreselleşmecilerin *"egemen ulus devletin sonunun geldiği"* iddialarını, hem de küreselleşme karşıtı kuşkucularının *"hiçbir şey değişmedi"* tezini reddetmektedirler. Evrenselci aydınlanma düşüncesi ile modernitenin bir türevi olarak değerlendirilen, küreselleşme süreci, ulusal hükümetlerin gücünü yeniden yapılandırmaktadır. Zira *"sermaye, ulusal ekonomiyi dünya piyasa rekabetine ve ulusötesi şirketlerin yatırımlarına uygun hale getirebilmek için güçlü bir ulusal devlete ihtiyaç duyar (...). (Örneğin) her yerde özelleştirmeyi işçilerin kitle halinde işten çıkarılması izlemiştir (...). Neo-liberalizm (19. yüzyılda olduğu gibi) zayıf devlet fikrinden yana değildir. Neo-liberalizm, kamu düzeni, askeri güç ve rekabet gücü bakımından güçlü bir devlet isteyen "yeni sağ" bir düşüncedir."*[106] Dönüşümcüler, küreselleşme konusunda, kuşkuculardan daha ziyade, radikallere yakın durmaktadırlar[107].

---

101 **Giddens**(2000), s.22-24; **Giddens**(1999), s.56; **Aktel**, s.19 vd.; **Bozkurt**, s.22.

102 **M. Akif Çukurçayır,** Küreselleşme Sürecinde Yurttaş, Yönetim, Siyaset, Çizgi Kitabevi, İstanbul 2002, s.93.

103 **Kızılçelik,** s.31-33.

104 **Bozkurt**, s.22-23.

105 **Robertson,** s.214.

106 **F. Deppe,** *"Dünya Sendikal Hareketinin Geleceği"*, Özelleştirmenin Kamu Yaşamı Üzerindeki Etkileri ve Sendikalar, Harb-İş Konferansları-1, Ankara Ağustos 1996.

107 **Bozkurt**, s.23.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

§ 3. Küreselleşme Sürecinde Yeni Olgular

Modernitenin "ilerleme" anlayışı içinde değerlendirildiği takdirde bir "süreklilik" ifade eden küreselleşme, birçok bakımdan da geçmişten bir "kopma"yı ya da "kırılma"yı ifade etmektedir. Küreselleşmenin geçmiş anlayışlardan farklılıklarını ve yeni olan özelliklerini dört başlık altında toplayabiliriz[108]:

- ***Yeni piyasalar:*** Finasal piyasalar, küresel olarak birbirine bağlanmış ve günde 24 saat işlem yapmaktadır. Castels'in de belirttiği şekilde, küresel düzeyde, milyarlarca dolar değerindeki işlemler, elektronik devreler vasıtasıyla saniyelerle gerçekleştirilmektedir. *Birleşmiş Milletler İnsani Gelişme Raporu*'na göre ise, dünya finansal piyasalarında her gün 1,5 trilyon dolardan fazla para el değiştirmektedir. Küresel düzeyde bütünleşmiş finansal piyasalar tarihte ilk defa gerçekleşmektedir. Ayrıca, hizmetler, bankacılık, sigorta ve taşımacılık alanlarında yeni piyasalar ortaya çıkmakta ve piyasalar anti-tröst kanunlarıyla yeniden düzenlenmektedir.

  Bir anlamda "para"nın üretken ekonomi içerisindeki fonksiyonu zayıflarken, küresel sermaye işlemlerinin hacminde büyük artış yaşanmaktadır[109]. "*Sanal ekonomi*" olarak ta adlandırılan bu parasal etkinlikler, yanıltıcı olarak sanki gerçekten ekonomik faaliyette bulunuluyormuş izlenimi veren bir ekonomik yapı anlayışını da oluşturmaktadır. Servet ve gelirin el değiştirmesine yol açan "*parasal manipülasyonlar*", gerçek ekonomik etkinlikler gibi de algılanmaktadır. Zira ekonomik zorlukları aşmanın yöntemi, gelirin ve servetin el değiştirmesinden değil, fiziksel üretimin ve verimliliğin artırılmasından geçer[110].

- ***Yeni teknik araçlar:*** Teknolojik açıdan mobil telefonlar, internet bağlantıları ve medya networkleri de tarihte ilk defa ortaya çıkmıştır ve bütün bu teknolojiler, küreselleşmenin teknolojik altyapısını oluşturmaktadır.

  İletişimin, teknolojinin desteğini arkasına alarak ucuzlaması ve yaygınlaşması da, yerel ölçekli ekonomik birimlerin dünya ölçekli pazar ve normlarla buluşmasına zemin hazırlamaktadır. Bu buluşma zeminine gerekli teknoloji ve donanımlarla girenler kazançlı çıkmakta, hazırlıksız yakalananlar ise ya hızla adapte olmak ya da etkinsizliklerine koşut, yok olmak alternatifleriyle yüzleşmişledir[111].

---

108 **Byron G. Auguste,** "*What's So New About Globalization?*" **New Perspectives Quaterly,** January 1, 1998; **UN,** *Human Development Report*, 1999; **M. Castells**, *The Rise of Nertwork Society*, The Blackwell Publisher, Oxford 1999, s.92'den nakleden: **Bozkurt,** s.28.

109 **Selamoğlu,** s.40.

110 **Kongar,** s.161.

111 **Dulupçu,** s.2.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yeni iletişim ve bilgi teknolojileri aynı zamanda devletin toprakları üzerinde sahip olduğu kontrolü de azaltmakta ve kültürel kontrol ve homojenleştirme kapasitesini de düşürmektedir[112].

- ***Yeni aktörler:*** Uluslararası örgütlerin gelişmesi, modern dönem küreselleşmenin en çarpıcı özelliklerinden birisidir. Özellikle Dünya Ticaret Örgütü, bir çok devletten daha fazla olan ekonomik gücüyle çok uluslu şirketler, küresel gönüllü kuruluşlar ve ulusal sınırları aşan diğer gruplar küreselleşmenin yeni aktörleridir. Çok sayıda uluslararası örgüt fiilen ulusal egemenlik alanları içerisinde faaliyet göstermektedir. Ayrıca küreselleşme sürecinde özellikle ulus devletlerin egemenliklerini belirleyen en önemli unsurlardan birisi katılım-denetim ilişkisinin yönüdür. Uluslararası örgütler, bir taraftan katılımı teşvik ederken, diğer taraftan da ciddi bir denetim mekanizması oluşturmaktadırlar[113]. Bu bağlamda günümüzün yönetişim anlayışı katı hiyerarşilerin yerine karşılıklı bir etkileşim sürecinin belirlediği bir yönetim sürecine yer vermektedir[114]. Özellikle hükümet dışı organizasyonlar, insan hakları mücadelesinde temel hareket ettirici motorlar olmuştur[115].

  Sivil toplum örgütleri (NGO), küreselleşme olgusu ile birlikte sayıları onbinleri bulan şekilde ve teknolojik devrimle (özellikle bilgisayar ve internet) küresel gönüllü kuruluşlar şeklinde uluslararası boyut almaya başladılar. İletişim olanaklarını sonuna kadar kullanarak uluslararası düzlemde işbirliği yarattılar; zamanla ulus-devletin yarattığı boşlukları dolduracak küresel tepkiler koymaya başladılar[116].

  Üst varlıklı sınıfların küreselleşerek ulusal devletin etki alanından çıkması, alt sınıfları temsil eden sendikalar gibi örgütlerin gücünün erimesi, orta sınıfın sivil toplum örgütleri aracılığıyla etkinliğini artırmasını kolaylaştırmaktadır[117].

  Diğer taraftan küreselleşme sürecinde tüm dünyada *"yerel"*in kendisi doğrudan bir aktör olarak ortaya çıkmaya başlamıştır. Bütün metropoller, dünyanın değişik kentleriyle ve uluslararası kurumlarla doğru-

---

112 **Hirst / Thompson,** s.214; Ayrıca bk. **Mustafa Koçak,** Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi, (yayımlanmamış tez), Kocaeli 2005, s.58.

113 **Ahmet Davutoğlu,** *"Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği"*, **Anayasa Yargısı 20, Anayasa Mahkemesi'nin 41. Kuruluş Yıldönümü,** Ankara 2003, s.52, 53.

114 **H. Tarık Şengül,** *"Yerel Yönetim Kurumları: Yönetimden Yönetişime"*, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C.8, S.3, Ankara 1999, s.12.

115 **Chadwick F. Alger,** *"Local response to global intrusions"*, in Globalization and Territorial Identities, ed.by **Zdravko Mlinar,** Avebury, Bristol, Reprinted 1996, s.96-97.

116 **Kazgan,** Küreselleşme, s.247.

117 **İlyas Doğan,** Sivil Toplum, Alfa Yay., İstanbul 2002, s.289.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dan ilişki kurmaya başlamıştır. Başka bir deyişle yerel, kendi pozisyonunu, ekonomik alanda, ulus devletten ayrı olarak belirleyebilir hale gelmiştir. Her bir yerel birimin iç ve dış ilişki kurma kapasitesi artmış bulunmaktadır. Ayrıca tıpkı devlet sınırlarında olduğu gibi *"yerel"*in coğrafi sınırları ve etki alanı farklılaşmaya başlamıştır. Daha önce daha küçük coğrafi bir alan olan yerel, şimdi uluslararası alanda ekonomik ve sosyal ilişkilerin bir parçası olarak yer almak üzeredir. Fiziksel mekan olma ve coğrafi özelliği ikinci planda kalmaya başlamıştır[118].

- ***Yeni Kurallar***: Ulusal politikaların alanını daraltarak ulusal hükümetleri daha çok bağlayan ve güçlü yaptırım mekanizmalarıyla desteklenmiş, ticaret, hizmetler ve fikri haklar üzerindeki çok taraflı antlaşmalar gündeme gelmiş ve demokrasi, *insan hakları* konusunda yeni hassasiyetler ortaya çıkmıştır. Zira insan hakları alanındaki hassasiyet sadece ahlaki bir tercih veya zorunluluk olmamakta, uluslararası güvenliğin temini gibi pratik bir amaca da hizmet etmektedir. Çünkü insan hakları ihlalleri ulusal sınırlar içinde yapılsa da, sonuçlarını ulusal sınırlar içinde tutmak mümkün değildir. Bu bakımdan insan haklarına dayalı bir ulusal siyaset, uluslararası barış ve güvenliğin ön şartıdır[119].

  Ayrıca çevresel kirlilik, nükleer tehlike ve terör vs. gibi bir çok sorun artık ulusal reçetelerle ve kurallarla da çözülememektedir. Yerel sorunlardan doğan küresel sorunlar, küresel kural ve kararları gerektirmekte, yerel uygulamalar küresel karar ve davranışlara bağlanmaktadır[120].

Sonuç olarak diyebiliriz ki; küreselleşme, paranın ve malların dolaşımından daha fazla bir şeydir. Zaman ve mekan kavramlarının eski anlamını yitirmesi, sınırların ortadan kaybolmaya başlaması ve yeryüzündeki tüm insanların (ve ülkelerin) karşılıklı bağımlılığının artmasıdır[121]. Bir başka deyişle küreselleşme; her alanda mesafenin daha az önemli hale gelerek, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda dünyanın daha çok bütünleşmesi, sıkışmasıdır[122]. Tek yanlı bir süreç değildir; daha çok diyalektik bir süreçte, zıt eğilimlerini de ihtiva ederek gelişmektedir. Bu zıt eğilimler çerçevesinde küreselleşme, homojenleşme kadar heterojenleşme, evrenselleşme kadar

---

118 **H. Ömer Köse,** *"Yerel Yönetim Olgusu ve Küreselleşme Sürecindeki Yükselişi"*, Sayıştay Dergisi, S.52, Ocak-Mart 2004, s.36.

119 **İhsan D. Dağı,** İnsan Hakları, Küresel Siyaset ve Türkiye, Boyut yay., İstanbul 2000, s.11.

120 **Dulupçu,** s.19. Bu bağlamda Avrupa Konseyi'nce benimsenen *"Yerel Yönetimler Özerklik Şartı"* ve Dünya ölçeğinde de *"Yerel Yönetimler Evrensel Bildirgesi"*nin (1985) kabulü önemli göstergelerdir. Özerklik Şartı'nı imzalayan devletler, özerk yerel yönetim ilkesini mevzuatları ve anayasaları ile tanıyacaklarını kabul etmişlerdir. **Köse,** s.39.

121 **Bozkurt,** s.30.

122 **Hasan Tutar**, Küreselleşme Sürecinde İşletme Yönetimi, Hayat Yayıncılık, İstanbul 2000, s.18.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yerelleşme, modernleşme kadar gelenekselleşme, benzerlik kadar farklılığın da gündeme geldiği, bu oluşumların karşıtlığının değil, aksine eş-zamanlılığının ve birbirleriyle çelişkili beraberliğinin yaşandığı bir süreçtir. Modern/geleneksel karşıtlığını değil, modernin içinde geleneğin canlandırıldığı ve önemli bir siyasal ve kültürel değişken olduğu bir toplumsal yaşamı; çokkültürlülüğün ortaya çıktığı bir sömürge-sonrası yaşamı ve vatandaşlık anlayışını; "melez benlik" oluşumunun alternatif moderniteler yarattığı bir toplumsal değişim sürecini anlayabiliriz küreselleşmeyi tartışırken[123].

§ 4. Küreselleşmenin Getirdiği Riskler ve Fırsatlar

- ***Küreselleşmenin Riskleri***[124]**:** Küreselleşmenin getirdiği risklerin başında "*istikrarsızlığın kolay yayılma riski*"nin yer aldığı söylenebilir. Ülkeler arasındaki siyasi ve iktisadi sınırların kaybolmaya yüz tutması ülkeleri ve ekonomileri birbirine daha bağımlı hale getirmiş, bu da bir ülkede veya bir bölgede ortaya çıkan bir krizin etkisinin öteki ülkeler ve bölgelere yayılma riskini artırmıştır. Nitekim 1990'daki Körfez krizi, 1997'deki Güneydoğu Asya krizi, 1998'deki Rusya krizi sadece patlak verdikleri ülke veya ülkeleri değil, gerek o ülkelerin içinde yer aldıkları bölgeyi, gerekse daha hafif ölçülerde de olsa bütün dünyayı olumsuz etkilemiştir.

  Sermaye hareketlerinin serbest kaldığı bir dünyada bir ekonomik belirsizlik, güvensizlik ya da bir siyasi bunalım anında o ülkeden yüklü miktarda sermaye kaçışı tehlikesi küreselleşme sürecinin getirdiği başka bir risktir[125]. Nitekim 2000 yılı Kasım ayında ve 2001 Şubat ayında sırasıyla bir bankanın batması ve devletin üst düzey yetkilileri arasındaki bir tartışmanın basına yansımasıyla ortaya çıkan belirsizlik ve panik ortamında bir iki gün içinde Merkez Bankasından toplam 10 milyar doları aşkın bir para kaçışıyla Türkiye bu olgunun en canlı tanığıdır.

  Özellikle yüksek gümrük duvarları ardında dış rekabete kapalı bir iktisadi yapıya sahip ülkeler için bir diğer risk, dış rekabet baskısının kısa

---

123 **Keyman**, s.26.

124 **Acar**, a.g.m.

125 Küresel ekonominin başka bir önemli etkisi finans piyasaları üzerinde kuvvetle görülmektedir. Ancak bu yapının da bir çok problemi beraberinde getirdiği açıktır. Finansal hareketlerin çok hızlı gelişmesi yıkıcı etkilere nenden olmaktadır. Bu güçler hemen hiçbir sorumluluğu olmaksızın tüm dünyada rahatça hareket edebilmelerine karşın, eğer girdikleri piyasada umdukları kâr hadlerine ulaşmazlarsa hemen başka bir ülkenin piyasasına girebilmektedirler. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte hızını arttıran uluslararası finans piyasaları, en küçük olumsuzluklara bile aşırı refleks vermektedirler. Böyle bir ortamda yaşanan ekonomik krizlerin etkileri ve alanı çok geniş çaplı olmaktadır. **Baştürk,** a.g.m.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dönemde yerel sanayileri olumsuz etkileyip *işsizliği artırma riski*dir[126]. Dünya ile rekabete alışık olmayan yerel endüstrilerin daha kaliteli ve daha ucuz yabancı ürünlerin piyasaya girmesinden olumsuz etkilenmesi, yerine göre küçülmesi kaçınılmazdır[127]. Üstelik son on yılda hızlanan küreselleşme, beklentilerin tersine küresel ekonomide yüksek istihdam ve çıktı artışı sağlayamamış, dünya ölçeğinde finansal krizlerin şiddeti artmış ve yaygınlaşmıştır. Artan finansal ve ekonomik krizler istihdamın korumasızlığını artırmış, işsizlikte artışlar ortaya çıkarmıştır[128].

Küreselleşmenin getirdiği başka bir risk de siyasal alanda daha sık ve daha yoğun bir *dış müdahale ile karşılaşma riski*dir. Eskiden kendi siyasal sınırları içinde vatandaşına istediği muameleyi yapmakta kendisini serbest gören ulus devletin küreselleşme süreciyle birlikte gözetim ve denetimcileri artmıştır. *İnsan hakları*, özgürlükler, sivil toplum, çoğulcu demokrasi ve hizmetkar devlet gibi kavramlar öne çıkarılarak günümüzde devletlerin siyasi ve hukuki yapılarına müdahale edilebilmekte, uluslararası normları uymayan devletlere çeşitli yaptırımlar uygulanabilmektedir. Eskiden dokunulmaz kabul edilen ulusal egemenlik, bağımsızlık ve bütünlük kavramlarının eski dokunulmazlıkları kalmamış, sözkonusu kavramlar etnik ve siyasal çoğulculuk ile kültürel çeşitliliğe imkan verecek biçimde anlam kaymasına uğramaya başlamıştır. Zira Westphalia modeli dünya düzenine dayanan klasik ulusal egemenlik anlayışı, uluslararası hukukun varış noktası değil, başlangıç noktasıdır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra devletlerin ürettikleri hukuk, insan haklarını uluslararası hukukun önemli bir parçası haline getirmiştir. Günümüzde artık uluslararası düzeyde insan haklarına ilişkin emredici normlar oluşturulmuş ve asgari standartlar belirlenmiştir. Bu doğrultudaki modern anlamıyla egemenlik,

---

126 *"İşsiz kitlesinin oluşmasında makine/teknoloji kullanımının artmasının yanında etkili olan birkaç faktör daha vardır: Bunların başında yine makine kullanımının artmasına bağlı olarak işlerin basitleşmesi ...bir işin daha az sayıda işçiyi daha fazla çalıştırarak gerçekleştirilmesi ...(gelir.)"* **Tufan Sertlek,** *"Küreselleşmenin Emekçiler Üzerindeki Etkileri"*, **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları,** Ed. Yasemin Özdek, TODAİE, Ankara 2002, s.322.

127 Küreselleşme, gelir dağılımı bozukluğuna paralel olarak sosyal refah devleti anlayışının yıkılmasıyla birlikte işsizlik oranları artmıştır. Özellikle küresel rekabete vurgu yapan hükümetler, işgücü üzerindeki sosyal amaçlı koruma mekanizmalarını kaldırma eğilimindedirler. Özelikle Avrupa ülkelerinde bu yapı daha etkin bir şekilde görülmektedir. Avrupalı işçilerin durgunluk dönemindeki işsizlikten korunmak için çaba sarf etmeleri sonucu, işçi çıkarmak uzun ve zor bir süreç haline geldi. İşten çıkarmanın yüksek maliyetini az sayıda firma karşılayabilir oldu. Avrupa ekonomisinde kimsenin yeni işçi almayı ve işçilerini işten çıkarmayı göze alamadığı bir döngü oluştu. Bu yeni koşullar altında Avrupalı firmalar genişlemek için işe almanın ve işten çıkartmanın maliyetinin o kadar yüksek olmadığı yerlere taşındılar. Küreselleşmenin tanımı gereği mobilitesi yüksek olan sermayenin hareketliliğini daha da arttırmasına karşılık, mobilitesi düşük emek faktörünü aynı ölçüde rahatlatamamakta ve üzerindeki korumaları kaldırarak emek ve sermaye arasındaki farklılaşmayı arttırmaktadır. **Baştürk,** a.g.m.

128 **Şerife Özsuca,** *"Küreselleşme ve Sosyal Güvenlik Krizi"*, AÜSBFD, C.58, S.2, Y.2003.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

devletlerin uluslararası hukukun sınırları içinde kullandığı bir yetkidir artık[129]. Bir başka ifade ile günümüzde modern devletin spesifik sınırlar içinde politik baskın güç olarak yükselişi, kısmen *uluslararası* anlaşmalara bağlıdır. Bu uluslararası anlaşmalar, devlet içerisindeki iktidar ve politikanın "uluslararasılaşması"nı ortaya çıkarmıştır[130].

Bu doğrultuda ulus-devletler artık kendi sınırları dahilindeki ekonomik faaliyet ve istihdam düzeylerini de bağımsız olarak etkileyememektedirler. Bunlar uluslararası hareketliliğe sahip sermayenin tercihleriyle belirlenirler[131].

Küreselleşme aynı zamanda bireylerin çoğunda artan anksiyete duyumuna yol açmakta ve bu anksiyete "anonim ekonomik ve teknolojik güçlerle; görülemeyen bir düşman aracılığıyla işin, toplumun, herşeyin hızlı değişiminden duyulan korku" olarak tanımlanmaktadır. Bu korku umutsuzluğa da yol açarak, güçsüzlük hissi oluşturmaktadır[132].

- **Küreselleşmenin fırsatları[133]:** Küreselleşmenin getirdiği fırsatların başında, yararlanmasını bilenler için bir hızlı büyüme ve kalkınma fırsatı gelmektedir. Eskiden beri sermaye birikiminin yetersizliği, kalifiye eleman yokluğu, teknoloji ve know-how eksikliği gibi kalkınmanın önünde birer engel durumundaki faktörlerle, küreselleşmenin getirdiği olanaklar sayesinde daha kolay başedilebilmesi mümkündür. Bugün uluslararası sermaye din, dil, kültür ve coğrafya ayrımı yapmadan maliyet avantajı ve kâr fırsatı gördüğü her yere kolayca gidebilmektedir. Çokuluslu şirketler gittikleri ülkeye teknoloji transferi yapmakta, istihdam imkanı sağlamaktadırlar. Ülkeler arasındaki eğitim ve kültürel işbirliği anlaşmaları ve internet üzerinde uzaktan eğitim olanakları sayesinde her düzeyde nitelikli eleman yetiştirmek artık daha kolaydır. Ekonomik ve siyasal istikrarını koruyan, yabancı sermayenin gereksinim duyduğu hukuksal güvenceyi sağlayan her ülke dışarıdan doğrudan yabancı yatırım çekme ve daha hızlı bir büyüme trendine girme olanağına sahiptir.

  Başta Batı Avrupa olmak üzere çeşitli ülkelerin 70'li yılların başındaki krize kadar işçi ithal etmeleri de küreselleşmenin yarattığı bir ol-

---

129 **Oktay Uygun,** "*Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi*", **Anayasa Yargısı 20, Anayasa Mahkemesi'nin 41. Kuruluş Yıldönümü**, Ankara 2003, s.259.

130 **Hirst / Thompson,** s.205.

131 **Hirst / Thompson,** s.209.

132 **Nesim Kuğu,** "*Küreselleşme ve Birey*", Küreselleşme ve Psikiyatri, Kongre Kitabı, 11-14 Haziran 2002 Malatya, s.232; **R. Dirim Erdoğan,** "*Küreselleşme ve İnsan faktörü*", Küreselleşme ve Psikiyatri, Kongre Kitabı, 11-14 Haziran 2002 Malatya, s.235 vd.; **Doğan Şahin,** "*Sosyo-Kültürel Değişikliklerin Kişilik Üzerine Etkileri*", Küreselleşme ve Psikiyatri, Kongre Kitabı, 11-14 Haziran 2002 Malatya, s.239 vd.

133 **Acar**, a.g.m.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

gudur. Gelen işçiler hem kendileri küreselleşme olgusuna katkıda bulunmuşlar, hem de daha sonra onları ziyarete gelen aile bireyleri gelişmiş dünyanın yaşama ve çalışma biçimlerini ilk kez görmüş, bir süre sonra da buna uyum sağlamışlardır. Daha sonraki kuşaklar, eğitim yoluyla üretim ve tüketim süreçlerine daha gelişkin bireyler olarak katıldılar. Üstelik işçiler, ülkelerine transfer ettikleri tasarruflarıyla geride kalan aile bireylerinin tüketim kalıplarının gelişmiş ülkelerin tüketim standartlarına uyması fırsatını yarattılar; geride kalanların eğitim, sağlık olanaklarını yükseltme fırsatları ortaya çıktı[134].

Küreselleşmenin sunduğu önemli fırsatlardan bir başkası dünya ile bütünleşme fırsatıdır[135]. Sözkonusu bütünleşme hem iktisadi, hem de siyasal anlamda alınabilir. Siyasal anlamda bütünleşme soyutlanma ve dışlanmanın karşıtıdır. Yani siyasal anlamda dünya ile bütünleşen bir ülke, uluslararası normları kabul eden, demokrasi ve *insan hakları* alanında öne çıkan değerleri benimseyerek bu alanda geliştirilmiş olan standartları tutturmaya çalışan, komşuları ve dış dünya ile iyi geçinen bir ülkedir[136]. Bunun tersi, herkesi kendine düşman gören, dünyadan soyutlanmış, uluslararası standartları ve değerleri kendi aleyhine bir komplo olarak yorumlayan bir devlettir. Birincisinin kendine güveni tam, yaşam memnuniyeti endeksi yüksek iken, ikincisi kendine ve halkına güven sorunu yaşayan, çeşitliliği bir zenginlik kaynağı yerine bir tehdit unsuru olarak algılayan, bunun için de kalkınmaya harcayabileceği kıt kaynakların çoğunu silahlanmaya ve askeri harcamalara ayırmak zorunda kalan devlettir[137].

Küreselleşme kavramı, radikal sol için de bir çıkmaza çözüm getirme fırsatı sağlamıştır. Devlet sosyalizminin ve üçüncü dünyada emperyalizme karşı verilen mücadelelerin son bulmasıyla karşı karşıya kalan sol, küreselleşmede kapitalist dünya sisteminin devam eden gerçekliğini görebilir[138].

---

134 **Kazgan**(2002), s.201.

135 *"Küreselleşen dünyada insanlar, kültürel ve etnik farklılıkların ötesinde birer dünya vatandaşı olma bilincine varmaktadırlar... Dünya vatandaşı olmak, başka bir dünyanın olmadığını anlamak demektir. John Naisbitt'in de vurguladığı gibi, 21. Yüzyılın ilk yılları, insanların evrensel davranış ilkeleri geliştirerek, ortak değerler ve öncelikli hedefler etrafında az çok birleşmek durumunda kalacakları dönem olacaktır."* **Düren**, s.52-53. Ayrıca bk. **John Naisbitt**, Global Paradoks, Büyüyen Dünya Ekonomisinin Güçlenen Küçük Oyuncuları, Çev. Sinem Gül, Sabah Kitapları, İstanbul 1994.

136 İnsan hakları ihlallerinin başlıca aktörleri devletler olduğundan, gerçek bir koruma için, devletleri bağlayan uluslararası hukuka ve ulusüstü koruyucu mekanizmalara gerek vardır. **Uygun (2003)**, s.260.

137 *"Her geçen gün biraz daha fazla insan artık şunun bilincindedir ki, modern bir savaş gücü elde tutmak için savunma harcamalarının artırılması tümüyle anlamsızdır, özellikle de ... küçük ülkeler için. Eğer bunlar gerçekten bir büyük güç tarafından saldırıya uğrarsa orduları kısa sürede silinebilir, silahlanma harcamaları ne kadar yüksek olursa olsun."* **Ervin Laszlo**, Evrensel Düşünmek, çev. İ.S. Canbolat, Alfa, İstanbul 2000, s.72.

138 **Hirst / Thompson,** s.210.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

> Küreselleşmenin bir yandan tehdit gibi görünen, ama aynı zamanda bir fırsat olarak değerlendirilmesi gereken bir başka getirisi serbest ticaret kazançlarıdır. Evet, ithalatı kısıtlamak ilk bakışta yerli üreticiyi rahatlatabilir, dış rekabet baskısından kurtarabilir, dış rekabetin varlığı durumunda işini kaybetme tehlikesi olanları işinde bırakabilir. Oysa orta ve uzun vadeli bir perspektiften bakıldığında tarifeler ve kotalar yoluyla ithalatı kısıtlamaya dayalı korumacılığın bir ekonomiye ödeteceği ağır bir bedel vardır. Korumacılığın görünen zararlarının başında fiyatların yükselmesi ve kalitenin düşmesi gelir. Dış rekabetin baskısını hissetmeyen, iç pazara yüksek kâr marjıyla istediği malı satma imkanına sahip yerli üretici, teknolojiyi yenilemek, mal çeşidini ve kalitesini artırmak için kendisini zorlamayacaktır. Böylece yerli endüstri verimlilik, kalite ve fiyatta dünyanın gerisinde kalmaya devam edecek, tüketici kalitesiz malı daha pahalıya almak suretiyle ezilecektir. Üstelik bir de korumacılığın görünmeyen zararları sözkonusudur. İthalat ve ihracat çift yönlü yol gibidir. Siz birilerinden mal alacaksınız, yani ithalat yapacaksınız ki, birileri de sizden mal alsın, yani ihracat yapabilesiniz. Bunun ima ettiği şey, ithalatı kısıtlamanın ihracat imkanlarını da daraltacağı, ihraç malı üreten endüstrileri baltalayacağıdır. İhracat endüstrilerinin gerilemesi o sektördeki firmaların bir kısmının küçülmesi, bir kısmının da kapanmasına yol açacak, bunun sonucunda da işsizlik artacaktır. Buna bir de rekabetin engellenmesinin yenilik yapma arayışını, dolayısıyla yeni ürünler ortaya çıkarmayı mümkün kılan yaratıcı yeteneği köreltme etkisi eklendiği zaman korumacılık politikasının bir ekonomiye ne kadar ağır bir bedel ödeteceği daha iyi görülecektir[139].

Yukarıda riskler arasında sayılmış olan siyasal anlamda dış müdahalelerin varlığı da aynı zamanda bir fırsat olarak değerlendirilebilir. Şu veya bu nedenle özgürlüğü bir tehdit olarak algılamış, bunun için vatandaşlarını zapturapt altında tutmaya yönelik bir dizi yasal düzenleme yapmış, sonuçta da insan hakları ve demokratik standartlar açısından dünyanın refah düzeyi yüksek ülkelerinin epeyce gerisinde kalmış ülkeler için küreselleşme bir uygar dünyayı yakalama fırsatı sağlamaktadır. Bu sayede bu ülkelerin insanları da gelişmiş dünyanın insanları kadar özgürlüğün tadını çıkarabilecekler, insanlara içlerindeki potansiyeli ortaya çıkarma fırsatı verildiği ölçüde yaratıcı yeteneklerin önü açılacak, verimlilik artacak, sonuçta bu durum iktisaden gelişme olanağına dönüşecektir. Uluslararası standartlara uymayan ülkeler, gittikçe yoğunlaşan biçimde dış müdahaleyle karşılaşmakta, bunların ulusal egemenlikleri yıpranmaktadır. 17. yüzyılda devletin içe nasıl muamele ettiği (iç ulusal egemenlik) değil, dışta ne kadar güçlü olduğu (dış ulusal egemenlik) önemliydi; oysa

---

139 **Acar,** A.g.m.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

21. yüzyılda dış açıdan egemenlik artık iç açıdan egemenliğe bağlı hale gelmiştir. İçe yönelik ulusal egemenlik yani demokrasi sağlamsa, dışa yönelik ulusal egemenlik (bağımsızlık) kolaylaşmaktadır, çünkü uluslararası ortamdan daha az müdahale gelmektedir[140].

Bu bağlamda diyebiliriz ki, küreselleşme hem riskler hem de fırsatlar içeren bir yaşam gerçeğidir[141], ancak daha çok gelişmekte olan ülkelerde bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır ve bu ülkeler küreselleşme olgusunu kendilerine daha çok sorun etmektedirler. Gelişmiş ülkelerin hukuksal, siyasal ve ekonomik normlar bakımından halihazırda birbirlerine büyük ölçüde uyum sağladığı görülmektedir. Küreselleşme bu nedenle gelişmiş dünyanın dışında kalan ülkelerin ve toplumların hukuksal, siyasal ve ekonomik çerçevede yasal ve kurumsal olarak ilk sıralardaki ülkelere uyumu anlamına gelmektedir. Gelişmekte olan ülkelerin küreselleşmeye karşı çıkışlarında ve açıktan karşı çıkmasalar da, kimi zaman memnuniyetsizliklerini farklı görünümlerde ortaya koymalarında, bu süreçte kendilerini tamamen uygulayıcı, "*kabul edici*" görmeleri, sürecin yönlendirici aktörleri arasında bulmamaları önemli bir faktördür[142]. Güçlü ülkelerin katkılarının bulunduğu uluslararası düzeydeki sivil toplum örgütleri, zayıf ülkelerin sivil toplum örgütleri üzerinde etkileyici rol oynamakta ve bu tip ülkelerin küresel etkileşimde pasif durumda kalmasına yol açmaktadır. Üstelik bu ülkelerde örgütlenmenin sınırlı düzeyde bulunması da, geniş kitlelerin örgütlenememesi ve uluslararası düzeyde etkili olamaması sonucunu doğurmaktadır.

§ 5. Küreselleşme ve İnsan Hakları Sorunu

Küreselleşmeyle birlikte siyasi alana insan hakları kavramı ve sorunsalı daha önemli olarak girmiştir. Son zamanlarda, insan haklarının ulusal otoriteleri aştığı ve uluslararası bir boyut kazandığı sıkça ifade edilmektedir. Daha da önemlisi insan haklarının ihlali uluslararası düzeyde yaptırıma bağlanmıştır[143]. İnsan hakları açısından küreselleşme "*pozitif ve negatif yönleriyle iki ucu keskin kılıç olarak*" tanımlanabilir[144]. Negatif yöne örnek olarak açıkça kimlik kaybı hususu vardır. Büyük güçlerin kontrolü ele alma ve küçük ülkelerin asimile olma tehlikesi bulunmaktadır. Bu olumsuz görünümün yanı sıra iletişim olanaklarının artması azınlıkların ve grupların seslerini duyurma olanağı bulabilmele-

---

140 **Baskın Oran,** "*Ulusal Egemenlik Kavramının Dönüşümü, Azınlıklar ve Türkiye*", **Anayasa Yargısı 20, Anayasa Mahkemesi'nin 41. Kuruluş Yıldönümü**, Ankara 2003, s.63.

141 Soros'a göre küreselleşmenin yararları maliyetlerini aşmaktadır. "*Küreselleşme yoluyla artan refah, küreselleşmenin eşitsizliklerini ve diğer eksikliklerini düzeltmek için kullanılabilir ve bundan sonra bile elimizde refah kalabilir. Sorun şu ki, kazananlar ne ülkelerin içinde ne de ülkeler arasında kaybedenlerin zararlarını tazmin ediyorlar.*" **George Soros,** Amerikan Üstünlüğü Hayali, Çev. D. Selçuk Öztürk, Truva yay., İstanbul 2005, s.107.

142 **Toprak,** s.15.

143 **Ali Bozer,** "*Hukuk ve İnsan Hakları I*", İnsan Hakları ve Demokrasi, Çankaya Üniversitesi 2000-2001 Konferanslar Serisi, Koordinatör: Emel Doğramacı, Ankara (tarihsiz), s.4 vd.

144 **Javaid Rehman,** "*Yeni Dünya Düzeni ve Azınlık Haklarının Geleceği*", **Ulusal, Ulusalüstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları,** İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s.413.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ri olumlu bir gelişmedir. Böylece insan hakları ihlallerinin yayınlanması ve uluslararası desteği harekete geçirmek olanaklı hale gelmiştir[145]. Bu yönüyle küreselleşme, demokrasi ve insan hakları gibi değerleri bütün dünyaya ileten bir işlev görmektedir. Üstelik iletişim olanaklarının ve kanallarının denetlenemez olduğu küreselleşen dünyamızda, bireylerin ve halkın düşüncelerini "kontrol" etmeye çalışan yönetimler, etkinliklerini ve meşruiyetlerini kaybetme gerçeği ile karşı karşıya kalmaktadırlar[146].

İnsan hakları sorununun arkasında, ulusal otoritelerin vatandaşların temel haklarını sağlayamadığı gerçeği yatmaktadır. Ortada insan haklarının küresel bir hareket olmasını gerektirecek bir ihlaller yığını vardır. Mevcut küresel durum, iletişim ve etkileşim imkanları çerçevesinde bireyler, bir çok gelişmekte olan ülkede dahi temel haklarının giderek daha fazla bilincine varmakta, birinci sınıf bir haklar demeti ve bunları koruyacak demokratik ve hukuksal mekanizmalar talep etmektedirler. Bu taleplerin yanında, insan hakları ihlallerini takip etmekte olan uluslararası bir insan hakları hareketi oluşmaktadır. Hükümet dışı uluslararası örgütler, dernekler ve sivil toplum kuruluşları ulusal ve uluslararası süreçleri harekete geçirecek güce sahiptirler[147]. Dikkat edilirse bu iki neden de de küresel gelişmenin bir sonucudur. İnsan haklarının bazı devletlerin dış politikalarının bir konusu, aracı ve hedefi haline gelmesi ise bu kavramın uluslararası platformlarda, siyasal kullanıma (istismara) açık olduğuna ilişkin endişeleri arttırmaktadır[148]. Birey hak ve özgürlüklerinin en geniş olduğu ülkeler, sosyal ve ekonomik kalkınmada bugün en önde olan ülkelerdir. Oysa özgürlükler ve haklar, gelişmekte olan ülkelerin birçoğunda halen bölücülük, gericilik, vatan hainliği ve ajanlık çerçevesinde değerlendirilmektedir[149].

Günümüzde insan haklarının pek bir anlam ifade etmeyeceği çok az toplum kalmıştır. Onlar da tarıma dayalı, etnik bakımdan türdeş, kalabalık olmayan, çoğunlukla devletsiz geleneksel toplumlardır ve bunlarda hakların kaynağı olabilecek özerk bir birey yoktur[150]. Bu tür topluluklar dışında günümüzde pek çok devletin, insan hakları alanında, iç hukukunu küresel

---

145 **Rehman,** s.413 vd. Ayrıca Bk. **Kızılçelik,** s.33.

146 **Volkan Boskır,** *"Avrupa Birliği ve İnsan Hakları"*, İnsan Hakları ve Demokrasi, Çankaya Üniversitesi 2000-2001 Konferanslar Serisi, Koordinatör: Emel Doğramacı, Ankara (tarihsiz), s.98.

147 Gerçekten de, küreselleşme süreciyle birlikte etkinliği artan sivil toplum örgütleri arasında insan haklarını, çevreyi ve tüketiciyi korumayı amaç edinen örgütler, sendikal hareketin uluslararası boyut kazanmasında ve çalışma hayatına yönelik temel hakların korunup geliştirilmesinde büyük önem taşımaktadırlar. Örneğin, günümüzde küresel çevre sorunlarına yakın ilgi göstermekte olan tüketiciler, zorunlu işgücü veya çocuk işçi çalıştırılarak üretilen ürünlerin tüketimini reddetmeye başlamışlardır. **Selamoğlu,** s.61.

148 **Aktel,** s.79.

149 **Toprak,** s.51.

150 **Jack Donnelly,** Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Yetkin yay., Ankara 1995, s.85.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

standartlara uydurmak gibi bir kaygı taşımak zorunda kaldığı görülmektedir. Başka bir deyişle, devletler ekonomik alanda olduğu gibi, insan hakları ve demokrasi alanlarında da uluslararası standartlara uymak yükümlülüğü altına girmektedirler. Uluslararası hukuk, iktidarlara, ulus devletin iddialarını aşan sorumluluklar yüklemektedir[151]. Zira küreselleşme sadece ticari bir entegrasyonu değil, dünyanın, özellikle batı dünyasının geliştirdiği standartların evrenselleşmesini içerir. Ulus devlet, ancak bu standartları yakaladıktan sonra kendi yerel potansiyelini eyleme dönüştürme olanağına sahip olabilmekte ve oyunun kurallarını belirlemede –az da olsa– söz hakkı elde edebilmektedir[152]. Bu doğrultuda küresel "*uygarlaşma süreci*" ulus devletler üzerinde *dışardan,* siyasal ve kültürel bir sınırlama olarak işlemektedir[153].

Bu anlamdaki uluslararası hukuk uygulamasının başlangıcını Nürnberg Mahkemesi olarak ele alabiliriz. Kurulan bu uluslararası mahkeme, o zamana kadar herhangi bir yerde yazılı olmayan suçları yargılıyordu. Ama en önemli konu, insanlığa karşı işlenmiş suçların yargılanmasıydı. Tarihte ilk kez, bir devletin kendi vatandaşlarına yaptığı bir şey, başka devletler tarafından yargılanmaktaydı. Başka kelimelerle söylenecek olursa, bir ülkenin egemenlik alanına ya da iç işlerine ülke dışından müdahale ediliyordu. Bu da şunu ifade etmektedir ki, dünyada insan haklarını korumanın başka bir yolu yoktur. Çünkü bir devlet insanlarına kötü davranmaktaysa "ulusal egemenlik" denilen sur onu bu davranışlarında her türlü müdahaleden muaf kılıyor ve halkıyla baş başa bırakıyorsa, kötülük gören halkın isyan ederek[154] bu rejimi yıkması dışında yapılacak bir şey yoktur. Hans Kelsen'e göre de tek tek devletlerin insan haklarını çiğnemesine, ancak ve ancak o devletlerin üstünde yer alan bir hukuk engel olabilirdi. Ama yaptırımı olmayan bir hukuk çok anlamlı bir şey değildir. Dolayısıyla yaptırım sağlayacak bir mahkeme ve o mahkemenin kabul edilmiş bir otoritesi olması gerekirdi. Birleşmiş Milletler de, Lahey'deki Adalet Divanı da, bu yeni durumun ve bu tip düşüncelerin ürünüdür. Tabii daha yeni bir kurum olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de[155].

---

151 Örneğin "İnsan Hakları Evrensel Bildirisi", "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", ve bu konudaki diğer belgeler, insan haklarını devletlerin iç işlerine ilişkin bir konu olmaktan çıkarmıştır. Artık devletlerin insan haklarının uluslararası bir boyut kazanması karşısında, egemenlik kavramına sığınarak sorumluluklarından kurtulmaları mümkün değildir. **Bulut,** s.118. Ayrıca bk. **Hayati Hazır,** "*Devletin Egemenliği ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması*", SÜHFD., C.3, S.1, Ocak-Haziran 1990, s.21.

152 **Dulupçu,** s.15.

153 **Robertson,** s.199.

154 Uluslararası sermayenin çeşitli ülkelere yönlendireceği yatırımlar için güvenli ve istikrarlı bir siyasal düzen arayışı, insan hakları ihlalleri sonucu çıkan çatışma ve gerginliklerin sona erdirilmesine yönelik çabaları artırmaktadır.

155 **Murat Belge,** "*AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenliğin Dönüşümü ve Ulusal Egemenliğin Geleceği*", **Anayasa Yargısı 20, Anayasa Mahkemesi'nin 41. Kuruluş Yıldönümü**, Ankara 2003, s.39-40.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yeni oluşan uluslararası konjoktürde, BM Güvenlik Konseyi, insan hakları ihlalleri ile uluslararası barış ve güvenlik arasında bir ilişki kurma eğilimindedir. İnsan hakları ihlallerin ulusal sınırları aştığı, bölgesel ve küresel tehditlere dönüşebilme potansiyeline sahip olduğu, özellikle insan hakları ihlallerinin kitlesel göçlerle sonuçlandığı, dünya kamuoyu tarafından bilinmektedir. Bu durum karşısında, insan hakları ihlallerinin küresel etkilerini dikkate alan devletler ve uluslararası kuruluşlar konuyu gündemlerine taşımaktadırlar. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT), demokrasi, insan hakları ve azınlık hakları gibi konulara olan ilgisini artırmış, özellikle sığınmacı yaratan gerginlik ve çatışmalar, uluslararası barış ve istikrar için bir tehdit olarak görme eğilimi güçlenmiştir[156]. Ayrıca BM düzeni içinde hem bu örgüt bünyesinde, hem Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, AGİT ve öteki bölgesel örgütlenmeler bünyesinde demokrasi ve insan hakları konusunda birçok uluslararası anlaşma yapılmıştır[157]. Bunlardan belli başlıları şunlardır: "*BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*", "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*", "*Irk Ayırımının Tüm Biçimlerinin Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme*", "*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara Dair Uluslararası Sözleşme*", "*Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılmasına Dair Sözleşme*", "*İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele Ya da Cezaya Karşı Sözleşme*", "*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*"[158].

Bu sözleşmelerde "*İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*"nde kullanılan ifadeyle "*devletlerin hukuksal ve aynı zamanda ahlaksal yükümlülükleri*" ya da her türlü hukuk normlarının türetileceği ilkeler dile getirilmeye çalışılmaktadır. Bu sözleşmeleri imzalamış olan devletler, insan hakları olarak kabul edilen bazı hakları resmen "*tanımış*" olmakta ve yurttaşlarına ve birbirlerine, bu hakların geliştirilmesi için "*önlemler alma*" sözünü vermiş bulunmaktadırlar[159]. Aslında yapmaya söz verdikleri şey, özel türden normlarla, "*orada insan hakları olduğu kabul edilen normlarla*" belirlenen bir düzen kurmaktır; yani yasaları başka türden normlara –empirik-kültürel v.b. normlara– göre değil, insan hakları ilkelerine uygun oluşturmaya söz vermektedirler[160]. Ancak bu genellikle salt sonuca ilişkin bir yükümlülük olup, gerekli yol ve yöntemlerin seçimi devletin kendisine bırakılmaktadır. Belir-

---

156 **DPT,** Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Küreselleştirme Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Yayın No: DPT 2544-ÖİK:560, Ankara 2000, s.66-67.

157 **Aktel,** s.79-80.

158 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, çocukların insan hakları yasası niteliğindedir. 18 yaşından küçüklerin temel haklarını 54 madde ile düzenlemektedir. Sözleşmeyi imzalayan bütün ülkeler, çocukları her türlü istismar ve ihmale karşı koruma taahhüdü altına girmektedirler.

159 **İoanna Kuçuradi,** "*İnsan Hakları Düşüncesinin Işığında İnsan Hakları Belgeleri*", İnsan Haklarının Gelişimi, TÜBA, BTS.9, Ankara 1999, s.74.

160 **Kuçuradi,** s.74.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

li bir devlette hangi sistemin uygulanacağı, o devletin anayasal sistemi ve anayasal uygulaması ile saptanmaktadır[161].

Günümüzde insan haklarına bağlı siyasi rejimlerin varlığı sadece ulusal alanda bir değer ve anlam taşımakla kalmamakta aynı zamanda küresel ilişkiler sonucunda, komşu ülkeler ve hatta uluslararası toplum, bir ülkede etkin olan rejimin niteliğinden, onun demokratik ve insan haklarına saygılı veya otokratik ve baskıcı olmasından etkilenmektedirler. Bu etkilenme uluslararası barışı tehdit edebileceği gibi, kendi halkına karşı acımasız ve baskıcı olan rejimlerin başka ülkelere karşı da adil ve barışçı olamayacağını düşündürmektedir. Dolayısıyla insan hakları sorununa karşı gösterilen duyarlılık, sadece siyasi ve ahlaki bir mesele olmaktan öte, barış ve güvenlik arayışlarının da bir gereğini oluşturmaktadır. Saldırgan ve tehlikeli olan baskıcı ve hukuk tanımaz devletler, davranış biçimlerini değiştirdiği ya da değiştirmeye zorlandığında, bütün halklar güvenlik içinde olacaktır. Aksi takdirde bu devletler uluslararasındaki kuvvet ve şiddet iklimi üzerinde derin ve olumsuz bir etki yaratırlar[162]. Gelinen noktada insan haklarının anayasal güvencelere bağlanması da yetersiz kabul edilmektedir. Uygulamada bu ilkeleri yerine getirecek bir yönetim anlayışı ve yönetim uygulamalarını denetleyecek bir hukuk devletine ihtiyaç bulunmaktadır. Ayrıca insan hakları sorunlarını toplumsal alana taşıyacak siyasal mekanizmaların varlığı da önemli bir güvence oluşturmaktadır[163]. Demokrasi ancak devlet egemenliğini aşan bir boyutta desteklendiğinde gerçek bir değer kazanmaktadır. Ulusal sınırlar içine hapsolmuş, hiç kimseyi kendine karıştırmayan demokrasi anlayışı gününü doldurmaktadır[164] ve toprak ile otorite arasındaki geleneksel bağlantı gitgide zayıflarken, devletler ve halklar arasındaki karşılıklı bağımlılık artmaktadır[165]. Bu konudaki bir söz şöyledir: *"Hiçbir şey yapılamayacaktır artık, bütün dünyayı işin içine katmadan."*[166]

Devletler günümüzde ancak toprak ve nüfusla ilişkilerinden ötürü bir merkeziyet taşımaktadırlar. İnsanlar toprağa bağlı kalırlar ve bir ulus-devletin vatandaşlığına tabidirler. Devletler kendi topraklarında çok güçlü ve mutlak kudret sahibi oldukları için değil, bir bölgenin sınırlarını güvenlik altına aldıkları ve demokratik oldukları sürece bu sınırlar içinde yaşayan

---

161 **Franz Matscher,** *"İnsan Hakları Konusunda Bazı Düşünceler"*, İnsan Haklarının Gelişimi, TÜBA, BTS.9, Ankara 1999, s.99.

162 **John Rawls,** Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması, Bilgi Üniversitesi Yayını, çev.Gül Evrin, İstanbul 2003, s.87.

163 **Aktel,** s.80.

164 **Cem Eroğul,** *"Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri"*, **Anayasa Yargısı 20, Anayasa Mahkemesi'nin 41. Kuruluş Yıldönümü**, Ankara 2003, s.197. Ayrıca bk. **Uygun (2003),** s.254.

165 **Berdal Aral,** *"Egemenlik ve İnsan Hakları Açısından Küreselleşme ve Uluslararası Hukuk"*, Akademik Araştırmalar Dergisi, Şubat-Nisan 2005, Y.6, S.24, s.57.

166 **Robertson,** s.84.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

vatandaşların temsilcileri oldukları için "egemen" kalırlar ve toprakla sınırlanmış bir halkın kendisine ait sesi olarak meşruiyeti sağlarlar[167]. Kaldı ki, uluslararası hukuk da devletler olmaksızın işleyemez. Pek çok devlet birden hukuk düzeninin kaynağı değilse, uluslararası hukuk çelişkili bir teşebbüs olur. Bir devletler topluluğu olarak uluslararası toplum, kanun koymak ve bunlara uyulmasını sağlamak üzere devletlere ihtiyaç duyar. Bu anlamda anarşik bir devletler topluluğundan, devletlerin ortak bir birliğin parçaları olduğu bir dünyaya geçiş, bu birliğin üyesi olan devletlerin uluslararası yasal zorunlulukları kabul etmelerini ve iç idarelerini hukuk düzeninin gereklerine göre düzenlemelerini gerektirir. Bağlayıcı kuralları koyan ve onlara uyan unsur olarak devlet, uluslararasılaşmış bir ekonomi ve toplum için vazgeçilmezdir[168]. Devletlerin bu yönüyle denilebilir ki küreselleşme, bir yanıyla devletleri sınırlayan yapısal bir faktörken, bir yanıyla da onların kendi iradeleriyle inşa ettikleri bir yapı ve süreçtir[169].

Bu çerçevede diyebiliriz ki, küreselleşme ivmesindeki insan hakları olgusu, devletlerin egemenlik güçlerinde iki büyük tarihsel değişimi ortaya çıkarmaktadır. Birincisi, savaşlar artık hükümet politikalarının kabul edilebilir bir aracı olarak görülmemektedir ve sadece özsavunma ya da ağır vakalarda insan haklarını koruma amacı taşıyan müdahaleler söz konusu olduğunda haklı görülebilmektedir. İkincisi, bir devletin kendi iç özerkliği artık sınırlandırılmıştır[170].

Küreselleşme ulusal düzeyde birey ile devlet arasında bir "tampon alan" yaratmıştır. Devletin egemenlik alanı bir yandan küresel aktörler tarafından paylaşılırken, birey de egemen bir özne olarak devletin denetimsiz egemenlik anlayışını içte sınırlamakta, daraltmaktadır. Bu niteliğiyle küreselleşme "otoriter devletler" karşısında bireyi "özgürleştirici" bir işlev taşımaktadır. Uluslararası örgütler, insan hakları kuruluşları ve uluslararası sözleşmelerle birey, kendi devletine karşı korunma mekanizmalarına kavuşmaktadır[171].

Öte yandan, bir başka açıdan bakarsak, 90'lı yıllar boyunca insan hakları, uluslararası mali kurumların ilgi alanına girmiş ve bu kurumların azgelişmiş ülkelere uyguladıkları politikaların bileşenlerinden birini oluşturmuştur. Bu durumun başlıca nedeni, Üçüncü Dünya devletlerinin uyum programlarıyla yeniden yapılanma sürecine sokulmalarının ve uluslararası sermayenin Üçüncü Dünyaya yönlendireceği yatırımlar için güvenli ve is-

167 **Hirst / Thompson,** s.225-226.

168 **Hirst / Thompson,** s.230.

169 **Aral,** s.57; Demek ki küreselleşme uluslararası hukuku dönüştürürken, uluslararası hukuk ta küreselleşmeye en fazla ivme kazandıran değişkenlerden birisi olmuştur. Bu iki sürece beraberce "küreselleşen uluslararası hukuk" demek mümkündür. **İbid.,** s.58.

170 **Rawls,** s.85.

171 **Dağı,** s.7.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tikrarlı bir siyasal düzen arayışının "insan hakları" ve "hukuk devleti" retoriği altında sunulmasıdır. Artık sermayenin işleyeceği hukuksal iklimi biçimlendirmekten ve güvenliğini sağlamaktan başka rol biçilmeyen Üçüncü Dünya devletlerine, insan hakları ve hukuk devleti için baskılar artırılmıştır. Hukuk devletinden anlaşılan ise sermayenin uluslararası düzeyde akışını kolaylaştıracak, yatırımlarını güvenceye alacak, imtiyazlarını koruyacak bir hukuk sistemidir[172].

Ancak bu bakış açısı da kendi içinde bir çelişkiyi barındırmaktadır. Böyle bir yaklaşım her şeyden önce sosyal hakları zedeleyebilmektedir. Eşitsizlikler derinleştirilmekte[173], böylece belli azınlıklar lehine işleyen parasal değer ile insan değeri arasında ters bir orantı doğmaktadır. İktisadi ve kültürel haklar arasında yaratılan dengesizlik, büyük eşitsizlikler yanında, ilerlemiş ülkelerle gelişmekte olan ülkeler arasında insan hakları bakımından "*ikiyüzlülükler*" de yaratmaktadır. İlerlemiş ülkeler diğerlerine özellikle birinci kuşak insan haklarına saygı göstermeleri ve bunları geliştirmeleri için baskı yaparken; şirketleri aracılığıyla sosyal ve çevresel hakları (yani ikinci ve üçüncü kuşak[174] hakları) öğütebiliyorlar[175]. Ancak şunu da belirtmek yerinde olacaktır ki, insan haklarına ilişkin taleplerin daha ileri düzeyde uluslar tarafından bu alanda daha geri durumdaki uluslara önerilmesi ve hatta dayatılması; bu dayatmanın temelinde ne tür bir hesap bulunursa bulunsun, bir tehdit veya istila olarak değerlendirilmeyip, belki insanlığın uygarlaşma yolunda sarf ettiği uluslararası çabanın bir ürünü olarak kabul edilmelidir[176]. Zira insan hakları ilkesi bir anlamda bireylerle ilişkili olsa da, bu ilkenin genel önemi, insanlık anlayışının sağlamlaştırılmasıyla ilgilidir[177].

---

172 **Yasemin Özdek,** "*Küresel Yoksulluk ve Küresel Şiddet Kıskacında İnsan Hakları*", **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları,** Ed. Yasemin Özdek, TODAİE, Ankara 2002, s.34. Dünya Bankası'nın bu konudaki görüşü şöyledir: "*Sözleşmeler uygulanmalı, mülkiyet hakları korunmalı, yabancı ve yerli yatırımcılar yatırımlarının yasal teminatlarına güven duymalıdır.*" Bk. **World Bank,** Development and Human Rights: The Role of The World Bank, U.S.A. 1998, s.15'ten nakleden: **İbid.,** s.34.

173 Aslında eşitsizlik kapitalizmin doğasında var olan bir özelliktir ve küreselleşme ile ortaya çıkmış yeni bir olgu da değildir. Üstelik bu kavram kapitalist sistemi aşan bir özelliğe de sahiptir. Ancak eşitsizlik, küreselleşme sürecinin getirdiği rekabet anlayışının sonucunda, rekabet gücü olanlarla olmayanlar arasındaki mesafenin çok daha açılmasına yol açmıştır. **Veysel Bozkurt,** "*Küreselleşmenin Toplumsal Sonuçları*", **Küreselleşmenin İnsani Yüzü,** Der. Veysel Bozkurt, Alfa, 2000, s.95.

174 Bk. **Bülent Algan,** "*Rethinking "Third Generation" Human Rights*", Ankara Law Review, Summer 2004, Vol.1, No.1, s.121 vd.

175 **İbrahim Kaboğlu,** "*İnsan Hakları, Azınlık Hakları ve Türkiye*", **Ulusal, Ulusalüstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları,** İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s.20.

176 **Ali Rıza Büyükuslu,** "*Küreselleşmenin Sosyal ve Kültürel Hayata Etkisi*", **Küreselleşmenin İnsani Yüzü,** Der. Veysel Bozkurt, Alfa, 2000, s.116.

177 **Robertson,** s.296.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu doğrultuda insan hakları ile adalet ve hukuk devleti kavramları arasında özsel bir bağ vardır da diyebiliriz. İnsan hakları kavramının içlemine insan yaşamının kutsallığı, kişi bütünlüğünün dokunulmazlığı, mülkiyet hakkının siyasal gücün ihlallerine karşı korunması gibi unsurlar giriyorsa, açıktır ki, insan haklarından yararlanmak için hukuk devletinin varlığı da ön koşuldur. Hukuk devletinin kaplamını ise ahlak ilkelerinden kaynaklanan ya da en azından ahlak ilkelerine ters düşmeyen yasalar oluşturur. Hukuk devleti ile ahlak arasında örtüşme vardır. Hukuk devleti ile ahlak arasındaki ilişki biraradalıktan öte bir şey olup, denilebilir ki, yasalar ahlak ilkelerine uygun düşmediği veya ahlak ilkelerine dayanmadığı sürece iyi yasalar olmayacak, bu tür yasalarla da hukukun üstünlüğü gerçekleşmeyecektir. Hukukun üstünlüğü yoksa insan haklarından söz etmek anlamsız olur[178].

Öte yandan insanoğlu yıllar ilerledikçe insan haklarına ilişkin kimi sorunları belki çözecek; ama hak ve özgürlükler halkası genişledikçe bunlara yenileri eklenecektir. Bu insan haklarının sürekli gelişen ve yenilenen özelliğinin doğal bir sonucudur. Küreselleşmenin getirdiği teknolojik sıçramanın yarattığı önemli sorunlardan birisi olan çevre sorunu bunlardan birisidir[179]. İklim değişikliği ve küresel ısınma, ozon tabakasının incelmesi, tropik ormanların tahribi, hızlı nüfus artışı ve buna bağlı olarak ortaya çıkan kaynak yetersizliği, biyolojik çeşitliliğin yok olması gibi dünya çapında etkili olan çevre sorunlarıyla; asit yağmurları, çölleşme, toksik atıklar, denizlerin kirlenmesi ve nükleer tehlikeler gibi dünya çapında olmasa bile geniş bölgeleri etkileyen ve uluslararası düzeyde önem kazanan çevresel sorunlar, sınır ve ulus tanımayan bir nitelik kazanmaya başlamıştır[180]. Ülkelerin çevre konusunda farklı politikalar uygulamaları, çevre maliyetlerine katlanan ülkelerin, katlanmayan ülkeler karşısında rekabet güçlerini kaybetmelerine neden olmaktadır. Bu bağlamda çevre sorunları, uluslararası ticarete ilişkin düzenlemelerde de büyük önem kazanmaktadır[181].

Çevre hakkının tanınmasından sonra çeyrek yüzyıl bile geçmeden, "*su*

---

178 **Zeynep Davran,** "*İnsan Haklarının Düşünsel Temelleri*", İnsan Haklarının Gelişimi, TÜBA, BTS.9, Ankara 1999, s. 21.

179 "Günümüzde her birey, doğaya sürekli artan bir biçimde yük oluyor. Kentleşmenin etkileri, tarımsal ve endüstriyel çevre kirlenmesi herkesin bildiği şeyler. Petrol kazaları ve asit yağmurları karşısında gösterilen tepkiler bir yana bırakılırsa, bu çevre tahribatının doğuracağı sonuçlar henüz tam anlaşılmış değil. Şunu bir kere düşünmeliyiz ki, biz bugün 70 bin çeşit kimyasal ürün imal ediyoruz ve bunları doğanın hazmetmesini bekliyoruz. Bunların havaya, suya ve toprağa olan etkileri gerçekten düşündürücüdür ve bazı hallerde geri dönüşümsüzdürler. Bu özellikle dünyanın iklimine ilişkin etkilerde sözkonusudur." **Laszlo**, s.32-33.

180 **Hasan Ertürk,** "*Ekonomik ve Ekolojik Küreselleşme: Bir Çelişki mi?*", Bilimin Işığında Aydınlanma Seminerleri, Uludağ Üniversitesi Yayını, No.4, Bursa 2003, s.110-111.

181 **Ertürk, s.**112.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hakkı" istemi öne çıktı. Belki de önümüzdeki çeyrek yüzyıl, "*temiz bir suya ulaşma hakkı*"nı yaşamsal önemde öne çıkaracaktır[182]. Zira 1982 yılında kaleme alınan UNESCO'nun bir belgesinde "*kabaca hesaplandığında 1.300.000.000 insan içecek suya ulaşamıyor*" saptamasında bulunulmaktadır[183]. Aynı doğrultuda Mart 2003'te Japonya'nın Kyoto kentinde toplanan "3. Dünya Su Forumu"ndan önce UNESCO tarafından sunumu yapılan Birleşmiş Milletler Global Su Raporu'nda insanlığı bekleyen dramatik bir su krizi ortaya konulmuştur. Bu rapora göre daha şimdiden dünyanın en değerli maddesi olan su, bir çok ülkede yaşamı tehdit edecek düzeyde azalmıştır ve içerisinde bulunduğumuz yüzyılın ortalarına kadar en iyi ihtimalle 48 ülkede 2 milyar insan, su kıtlığı nedeniyle çeşitli sıkıntılarla karşılaşacaktır. Kötümser bir hesaba göre ise 60 ülkede 7 milyar insan bu soruna hedef olabilecektir. Önümüzdeki 20 yıl içinde dünya ortalaması olarak kişi başı kullanılabilir su miktarının 1/3 oranında azalması beklenmektedir. Rapora göre ana problem, her dönemde olduğu gibi politik sorumluluk ve kararlılıktaki eksiklik olarak görülmektedir[184].

G. Soros'a göre sayılan olumsuz koşullar bütünüyle küreselleşmeden kaynaklanmamaktadır; fakat küreselleşme bunları düzeltmek için çok az şey yapmıştır[185].

§ 6. Küreselleşme Sürecinde Türkiye'de İnsan Hakları Alanında Değişim

Türkiye, küreselleşme sürecine 1980'lerin ardından aktif olarak katılmaya başlamış bir ülkedir. 1983 ve sonrasında benimsenen ihracata ve sanayiye dayalı gelişme stratejileri ve liberalleşme eğilimleri 1990'ların sonrasında Türkiye'yi hızla küreselleşme sürecine sokmuş; ekonomik, sosyo-kültürel ve siyasal açıdan (başta AB olmak üzere) gelişmiş ülkelerle entegrasyon gerçekleştirilmiştir. Türk toplumu geçmişle kıyaslandığında dünyadaki gelişmelerden doğrudan etkilenir haldedir[186].

İnsan hakları da son yılarda birçok ülkede olduğu gibi Türkiye'nin hem iç politikasında, hem de dış ilişkilerinde sıkça gündemi oluşturan temel sorun alanlarının başında gelmektedir. Zaman zaman "demokratikleşme ve

---

182 **Kaboğlu,** s.22.

183 **İoanna Kuçuradi,** "*Felsefe ve İnsan Hakları*", İnsan Hakları ve Demokrasi, Çankaya Üniversitesi 2000-2001 Konferanslar Serisi, Koordinatör: Emel Doğramacı, Ankara (tarihsiz), s.45.

184 **Hüseyin Savaş Başkaya,** "*Küreselden Yerele Çevre Sorunları*", Bilimin Işığında Aydınlanma Seminerleri, Uludağ Üniversitesi Yayını, No.4, Bursa 2003, s.97-98.

185 **Soros,** s.108

186 **Cantürk Caner,** "*Küresel Risk Toplumu Öncesinde Türkiye: Neredeyiz? Nereye Gidiyoruz?*", Değişen Dünyada Türkiye'nin Önemi C.I, Uludağ Üniversitesi Yayını, Bursa 2004, s.11.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

insan hakları reform paketleri" ile bu sorunları gidermeye yönelik girişimler olmakta, ancak hâlâ insan hakları ihlalleri bir sorun alanı oluşturmaya devam etmektedir.

Zira ülkemizde insan hakları alanındaki gelişmeler, genellikle toplumun talep ve mücadeleleri sonucunda kazanıma dönüşmemiş olup, bir lütuf şeklinde sunulmaktadır diyebiliriz. Yukarıdan yapılan reformlarla sunum da, toplumun dinamiği üzerinde boğucu bir etki yapmış, mücadele ve katılım geleneğinin yerleşme şansı kaybolmuştur[187].

Küreselleşme sürecinin normlar ve değerler alanında oluşturduğu değişim, insan hakları sorunlarına uluslararası bir boyut kazandırırken, bu sorunlar ülkemiz açısından dış ilişkilerimizde ve özellikle Avrupa Birliği ile olan ilişkilerde[188] sınırlayıcı ve engelleyici bir konu haline gelmiştir. Türkiye insan hakları sorununun ülkenin imajının bozulmasına yol açtığını ve demokratik dünya ile olan ilişkilerine zarar verdiğini dikkate almak durumunda kalmıştır[189]. Bu nedenlerle ülkemizde insan haklarının standartlarını yükseltmek amacıyla son yıllarda bir çok önemli adımlar atılmıştır.

Bu bağlamda, insan haklarının korunmasının tüm dünyanın üzerinde durduğu bir sorun olması nedeni ile bir çok uluslararası sözleşmeye taraf olunmuş, bu sözleşmeler uygulamaya konulmuştur. Özellikle Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü, UNESCO ve Avrupa Konseyi düzeyindeki sözleşme ve protokoller önem arzetmektedir. Bu sözleşmelerin öncelikli konuları; temel insan hak ve özgürlüklerinin korunması, işkence ve ayrımcılığa karşı mücadele, soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar, kölelik, insan ticareti, zorunlu çalışma, yabancılar, sığınmacılar (mülteciler) ve uyruksuzlar, kadın ve çocukların korunmasıdır[190].

Ayrıca insan haklarına ne ölçüde uyulup uyulmadığının denetlenmesi amacıyla "rapor verme" uygulaması gittikçe yaygınlaşmaktadır. Bunun ilk örneğini "*Irk Ayrımının Tüm Biçimlerinin Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme*" oluşturmuştur. Ardından *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara Dair Uluslararası Sözleşme; Apartheid Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırıl-*

---

187 Keyder'e göre "*Kurumsal reformlar, hiçbir zaman toplumsal bir muhalefetin kazanımları sonucu ortaya çıkmamıştı. Örneğin (...) kadınlara eşit haklar verilmesinden önce bir kadın hareketi olmamıştı; örgütlenme ve grev hakkını mücadeleci bir işçi hareketi elde etmemişti.*" **Çağlar Keyder,** Türkiye'de Devlet ve Sınıflar, İletişim Yay., İstanbul 2003, s.271.

188 AB'de insan haklarına ilişkin ihlallerin gerçekleşmesi halinde, işbu ihlallere yönelik uygulanabilecek yaptırımlar, AB Antlaşması ve Avrupa Toplulukları Kurucu Antlaşmaları'nın ilgili düzenlemelerinde yer almaktadır. **Kamuran Reçber / Çiğdem Aydın,** "*Avrupa Birliği'nde Üye Devletler Tarafından İnsan Haklarının İhlal Edilmesi Durumunda Öngörülen Yaptırımlar*", AÜHFD, C.53, S.1, 2004, s.90.

189 **DPT,** s.74.

190 **Enver Bozkurt,** Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, 2. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999, s.307-439; **Mesut Gülmez,** "*2000'in Başında İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye'nin Onay Durumu*", Amme İdaresi Dergisi, C.33, S.1, Mart 2000, s.5-17.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

masına Dair Uluslararası Sözleşme; Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Tüm Biçimlerinin Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme(RG. 14.10.1985 tarih ve 18898 S.); İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme (RG. 10.08.1988 tarih ve S.19895); Çocuk Haklarına Dair Sözleşme(RG. 27.01.1995 tarih S.22184) de rapor yöntemini öngörmektedir. Böylece Türkiye 1985 yılından itibaren insan hakları alanında rapor verme yükümlülüğü altına girerek, periyodik olarak anlaşmaya kendi ülkesinde işlerlik kazandırma ve anlaşmaya aykırı hukuki düzenleme ya da uygulamaları kaldırma konusunda uluslararası mercilere bilgi sunmak durumunda kalmıştır. Bu da insan hakları konusunun ülkelerin iç işi olmaktan çıktığını, uluslararası arenaya taşındığının iyi bir göstergesidir[191].

Aralık 1999 Helsinki Zirvesi'nde Türkiye'nin AB'ye üye aday adaylığının kabulünden sonra üyelik için temel şartların başında, insan hak ve özgürlüklerini, hukukun üstünlüğünü esas alan demokratik hukuk devleti gereklerini yerine getirmek zorunda olduğunun belirtilmesi, bunun Kopenhag Kriterlerinin siyasi istemleri ile uyuşması, yönetim sistemimizi insan hakları alanında acilen bir şeyler yapmaya sevk etmiştir.

22 Haziran 1993 tarihli Kopenhag Zirvesinde[192], AB'ye girmeye aday ülkelerde üç kriter aranması kararlaştırılmıştır:

- Siyasi Kriter: Demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını ve azınlıkların haklarını güvence altına alan kurumların varlığı,

- Ekonomik Kriter: İşleyen aynı zamanda birlik içinde rekabetçi baskılara ve serbest piyasa güçlerine dayanabilecek bir serbest piyasa ekonomisinin varlığı,

- Topluluk Mevzuatının Benimsenmesi: Siyasi, ekonomik ve parasal birliğin hedeflerine bağlı kalmak üzere üyelik için gerekli yükümlülükleri yerine getirebilme kapasitesine sahip olmak[193].

Kopenhag Kriterleri'ni karşılamaya çalışan Türkiye, Meclis'ten birbiri ardına "*Uyum Paketleri*" çıkartmakta, kriterlere uyum için yoğun çaba harcamaktadır.

---

191 **Aktel,** s.181-182. Yabancı kaynaklı raporlar, genelde Türkiye'de insan hakları konusunda hem yasal çerçevede, hem de uygulamada ümit verici gelişmeler olmasına rağmen, ana kategorilerde problemin devam ettiğini ifade etmektedirler. Bu dış kaynaklı raporlar sadece Türkiye için değil, bir çok ülke için de hazırlanmaktadır. Bunların özellikle 1997-1999 yılları arasında gerçekleştirilen on tanesi için bk. **TÜSİAD**, Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Hazırlayan: **Bülent Tanör**, İstanbul Aralık 1999, s.19-22. Çalışmada ayrıca yerli raporlara da yer verilmiştir. Bk. s.22 vd.

192 Kopenhag Zirvesi orjinal metni için bk. http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/ docs/pressData/en/ec/72921.pdf

193 **İsmail Doğan,** Vatandaşlık, Demokrasi ve İnsan Hakları, 2. baskı, Pegem A Yayıncılık, Ankara 2001, s.289-290; **TÜSİAD,** Avrupa Birliği'ne Tam Üyeliğe Doğru, Siyasi Kıstaslar ve Uyum Süreci, İstanbul Aralık 1999, s.13 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

AB'ye adaylık süresi çerçevesinde, 8 kasım 2000 tarihli "**Katılım Ortaklığı Belgesi**"nde[194],

"**Kısa Vadeli Siyasi Kriterler**" içerisinde;

İfade özgürlüğü ile ilgili hukuki ve anayasal garantilerin güçlendirilmesi;

Düşünce suçlularının durumuna eğilinmesi, toplantı ve dernek kurma özgürlüğüne ilişkin hukuki ve anayasal garantilerin güçlendirilmesi ve sivil toplumun gelişmesinin teşvik edilmesi;

İşkence ile mücadeleye ilişkin hukuki hükümlerin güçlendirilmesi ve gerekli önlemlerin alınması;

Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'ne riayetin sağlanması;

Duruşma öncesi tutuklulukla ilgili hukuki süreçlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleriyle uyumun sağlanması;

Tüm insan hakları ihlallerine karşı düzeltme imkanlarının güçlendirilmesi;

Memurların insan hakları eğitimlerinin yoğunlaştırılması;

Yargı mensuplarının insan hakları alanında eğitilmeleri;

Kitle iletişim araçlarının yayınlarında ana dil yasağının kaldırılması;

İdam cezasına ilişkin fiili moratoryumun devam ettirilmesi;

"**Orta vadeli siyasal kriterler**" olarak ta;

Temel hak ve özgürlüklerden yararlanmada yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması;

Türk Anayasasının ve ilgili yasaların hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi yönünde gözden geçirilmesi;

Ölüm cezasının kaldırılması;

Cezaevlerinde gözaltı koşullarının düzeltilmesi;

Milli Güvenlik Kurulu'nun anayasal statüsünün ve rolünün değiştirilmesi;

---

194 Katılım Ortaklığı Belgesi, Türkiye'nin AB üyeliği için bir yol haritasıdır. AB'nin en yüksek karar organı olan AB Konseyi tarafından onaylanmıştır. Bu belgede tam üyelik müzakerelerinin başlaması ve topluluk yardımının yapılabilmesi için Türkiye'nin kısa ve orta vadede yapması gerekenler sıralanmaktadır. Kısa vadeden kastedilen 2001 yılı sonuna kadarki süredir. Orta vade ise, tamamlanması 1 yıldan fazla sürmesi mümkün olan hedefler için öngörülmüştür. **Oktay Uygun,** *"Azınlık Hakları Açısından Katılım Ortaklığı Belgesi ve Ulusal Program"*, **Ulusal, Ulusalüstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları,** İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s.337.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Güneydoğu'da olağanüstü halin kaldırılması;

Kültürel çoğulculuğun ve kültürel hakların eğitim alanı dahil güvence altına alınması,

gibi insan hakları ve demokratikleşmeye yönelik olarak Türkiye'ye koşullar ileri sürülmüştür. Bu koşulların yerine getirilip getirilmediği, hangilerinin ne şekilde gerçekleştirildiği *"Düzenli İlerleme Raporları"* ile denetlenmektedir[195].

İlerleme raporlarında üzerinde durulan en önemli konuların başında, insan hakları alanında TBMM'de devam eden yasama çalışmaları gelmektedir. Katılım Ortaklığı Belgesi çerçevesinde, TBMM'de devam eden yasama sürecinde amaç, Anayasa ve kanunların "insan hakları" temelinde AB müktesebatına uyumlu hale getirilmesi ve yeni yasalarla bu sürecin desteklenmesidir. İlerleme raporları, insan hakları alanındaki yasama çalışmalarını belirttikten sonra, uygulamanın yavaş ve düzensiz olması nedeniyle, reformların sınırlı düzeyde etki yaratmış olması üzerinde durmaktadırlar.

Uluslararası kuruluşların denetim mekanizmaları olan *"Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi"* ve ayrıca *"Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi"* ile AGİT bünyesinde oluşturulan denetim mekanizmaları, ülkemize yönelik olarak 1990 yılından itibaren fiilen denetimlere başlamış ve her yıl düzenli olarak ülkemize ziyaretlerde bulunmaktadırlar. Bütün bu gelişmeler sonucunda iç hukukta, yönetsel örgüt yapılanmasında, cezaevlerinde ve insan hakları eğitiminde köklü değişiklikler yaşanmaya başlanmıştır[196].

§ 7. Sonuç Yerine

Küreselleşme, ister karşı çıkalım, ister destek olalım, itici güçleriyle, etkisi altına alma fırsatı bulduğu her şeyi değişim ve dönüşüme uğratan, günümüzün bir gerçeğidir. Çok boyutlu bir süreç olan küreselleşme, sadece piyasaların genişlemesi, devletlere ve kurumlara meydan okunması anlamında değil, yeni politik ve sosyal akımların doğuşu anlamında da çok nedenselli ve çelişkiler içeren ilişkiler tarafından kurulmuş "tarihsel" bir süreçtir.

Bu çerçevede küreselleşmenin gelişmiş Batının dünyaya topyekün çokboyutlu bir açılım olduğunda pek kuşku yoktur ve yerkürenin ekonomik, si-

---

195 1998-2004 yılları ilerleme raporları için bk. http://www.belgenet.com/arsiv/ab/ab.html; Ayrıca Siyasi Kıstaslar Açısından AB Komisyonu'nun Türkiye Düzenli İlerleme Raporları için bk.**TÜSİAD**, Türkiye'de Demokratik, s.15 vd. 2003 İlerleme Raporu için bk. http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2003/pdf/rr_tk_final.pdf (çevrimiçi: 15.10.2005); 2003 yılı İlerleme Raporu Hakkında değerlendirmeler için bk. **Hansjörg Kretschmer** (Avrupa Birliği Türkiye Temsilcisi), *"2003 Yılı Uyum Yasalarının Değerlendirilmesi ve Uygulama Sorunları ile 2003 İlerleme Raporu"*, **Hukuk Merceği, Konferanslar ve Paneller 2003 - 4**, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2003, s.467 vd.

196 **Aktel,** s.183.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yasal ve hukuksal olarak ortak bir dilde yönetimi olarak da anlaşılabilir. Bu bakımdan küreselleşme, bireylerin özel tercih ve yaşamlarından çok, devletlerin ve toplumların yönetim ve tercihleriyle ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır[197] dolayısıyla küreselleşmenin etki alanına giren toplumlarda standart etki ve tepki sonuçlarının beklenmesi sosyolojik anlamda olanaklı değildir.

Bu doğrultuda küreselleşme, toplumsal yaşamın sistemsel niteliğini değil, toplumsal ilişkilerin *"günlük yaşam"* içinde zamansal ve mekansal kurulma sürecinin *küresel/yerel* boyutunu simgeler. Bu boyut eş-zamanlı oluşumları ve çelişkileri de içermektedir. Küreselleşme, *homojenleşme* kadar *heterojenleşme*, *evrenselleşme* kadar *yerelleşme*, *modernleşme* kadar *gelenekselleşme*, *benzerlik* kadar *farklılığın* da gündeme geldiği, bu oluşumların karşıtlığının değil, aksine eş-zamanlılığının ve birbirleriyle çelişkili beraberliğinin yaşandığı bir süreçtir[198] ve bu bağlamda *"global / ulusal / yerel etkileşim ilişkilerinin çözümlenmesi"* yoluyla anlaşılmalıdır.

Günümüzde küreselleşme ile uluslararası güvenlik, demokratikleşme, insan hakları ve azınlık haklarına saygı arasında yakın bir ilişki sözkonusudur. Nasıl ki küreselleşmenin etkilerinden kaçış mümkün değilse, yerel ve küresel güçler tarafından desteklenen ve dayatılan demokrasi ve insan hakları taleplerinden de kaçınmak olamaz. İnsan hakları, devletin uluslararası meşruiyetinin bir ölçütü haline gelmektedir.

Hükümet dışı uluslararası örgütler, dernekler ve sivil toplum kuruluşları, küreselleşmenin yarattığı olanakların da katkısıyla, ulusal ve uluslararası süreçleri harekete geçirecek güce sahip olmuşlardır. Özellikle NGO dediğimiz hükümet dışı insan hakları örgütleri, küresel bağlantılardan da yararlanarak, etkin bir iletişim ve işbirliği ağı kurmuşlardır. Bu ağ yerel düzeyde ihlal edilen insan haklarını hemen küresel dinamiklerin, süreçlerin ve aktörlerin gündemine taşıyabilmekte, böylece hak ihlallerine kalkışan devletleri ulusal ve uluslararası düzeylerde etkileyebilmektedir. Bu niteliği ile uluslararası insan hakları örgütleri *"yerel"*i *"küresel"*e eklemleyen bir işlev görmektedir[199].

Küreselleşme ilkelerinin insan haklarıyla uyumlu hale getirilebilmesi için değiştirilmesi, başka deyişle küreselleşmenin herkesin yararına işleyebilmesi için, zengin-sanayileşmiş ülkelerin planlarını "küresel yararı" düşünerek yapmaları gerekmektedir. Bu ülkeler kendi ulusal çıkarlarına öncelik veren ve halklarının taleplerini küresel düzenin gereklerinin önüne koyan bir anlayıştan uzaklaşmalıdırlar[200].

---

197 **Toprak,** s.14.

198 **Keyman,** s.26.

199 **Boskır,** s.99.

200 **Nesrin Kale,** *"İnsan Hakları Bağlamında Yoksulluk"*, Yoksulluk, 1.Cilt Ed. A.E. Bilgili / İ. Altan, İstanbul 2003, s.78.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bütün bu sonuçlar, genel olarak insanlığın gittikçe küçülen ve hem tekilci hem de tekelci eğilimleri ağır basan bir topluma doğru gelişmesine yol açarken, insan hakları ve demokrasi gibi kavramların yaygınlaşması, bu kavramların doğru algılanması ve güçlenmesi olasılıklarının da ortaya çıkmasıyla, küreselleşmeyi olumlu yönde etkileyecek, yani küreselleşmenin olumsuz sonuçlarını dengeleyecek bazı gelişmeleri de gündeme getirecektir[201].

Küreselleşme ancak toplumsal adalet ve eşitlik ilkelerinin savunulması, bunlara modern toplumun gerek duyduğu demokratik ve çoğulcu yorumları getirmekle mümkün olabilir. Böylece küreselliği, ırk, dil, din, sınıf ve benzeri ayırımlar gütmeksizin insan hak ve özgürlüklerinin evrenselliğini savunan, uluslararası kural ve ilkelerin hakkaniyetle ve ayırım gözetilmeden uygulanmasını gerektiren bir dayanışma, "*yeni bir toplumsal mukavele*" olarak görmek mümkün olacaktır.

Kopenhag Kriterleri'ni yerine getiren bir Türkiye ise küreselleşme sürecinde de hak ettiği yeri almada zorluk çekmeyecektir. Demokrasi ve insan hakları sorununu çözen bir Türkiye, ekonomik kalkınmasına hız verebilecek, teknolojik ve bilgi temelli refah devletinin oluşturulmasını sağlayacaktır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

201 **Kongar,** s.35.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KARMA YÖNETİMDEN KUVVETLER AYRILIĞINA İKTİDARIN PAYLAŞIMI

*Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL**

GİRİŞ

Türkiye'de son yıllarda yönetim modelini iyileştirme eksenli tartışmalar özellikle, hükümet sistemi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Burada önemli rol oynayan faktörlerden biri de "yöneten demokrasi"nin mi, "yönetilen demokrasi"nin mi tercih edileceğidir. Bu seçimin temelinde, özgürlük-siyasal iktidar ilişkisinin nasıl düzenleneceği hususu yer almaktadır. Tartışılan hükümet sistemleri ise, parlamentarizm, başkanlık ya da yarı-başkanlık modelleridir. 1990 yılından günümüze mevcut parlamenter sistemin sorunlarının, hükümet sisteminde değişiklik yaparak başkanlık ya da yarı-başkanlık sistemine geçilerek çözüleceği zaman zaman gündeme gelmektedir. Daha iyi bir sistem arayışı sürerken, her sistemin kendine özgü olumlu ya da olumsuz özellikleri dikkate alınmalıdır.

Bu çalışmada özellikle parlamentarizm ve başkanlık sistemi ayırımında otoritenin kullanılması açısından etkin olan kuvvetler ayrılığı ilkesinin, kuramsal gelişimi ve önemi üzerinde durularak, kuvvetler ayrılığı kuramının hala eski önemini sürdürüp sürdürmediği konusu ele alınacaktır.

Kuvvetler ayrılığı, mutlak iktidarlara karşı kişi özgürlüklerini güvence altına alma amacına yönelik olarak ortaya çıkan bir kuramdır. Bu kuram, her devletin yasama, yürütme ve yargıdan oluşan üç temel fonksiyonu olduğu esasına dayanır. Kuvvetler ayrılığı kuramı, devlet fonksiyonlarının birbirlerinden bağımsız organlarca kullanılması bağlamında klasik Anayasa Hukukunun konusunu oluşturmakla birlikte; siyasal iktidarı sınırlayarak özgürlüklere güvence getirme amacı taşıması nedeniyle, kuramın gelişimi, siyasal düşünce tarihinde önemli yer tutmakta ve dolayısıyla Genel Kamu Hukukunun da konusunu oluşturmaktadır.

Liberal siyasal düşüncede ortaya konduğu gibi olmasa da, eski Yunan'da Aristoteles'in site içinde siyasal gücün dağılımını yasama, yürütme ve yargı olarak belirlemesi, devlet kuramı alanında önemli bir gelişmedir. Ancak kuvvetler ayrılığı kuramını asıl açıkça ortaya koyan düşünür, aris-

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tokrat kökenli Montesquieu'dur. Toplum sözleşmecilerinden farklı olarak varsayımlar üzerinde durmayan Montesquieu, kuvvetler ayrılığını özgürlükler düzeninin gereği olarak, bir "fren ve denge" (checks and balances) sistemi şeklinde savunmuştur. Ancak Montesquieu, kuvvetler ayrılığı prensibine anayasal bir nitelik kazandıran düşünür olarak takdim edilmekle birlikte, antik kuram ve karma yönetim savunucusu Polybios'dan etkilenmiştir.

KURAMSAL GELİŞİM

Siyasal yetkinin tek bir kişi ya da kurulda toplanmasını önlemek amacıyla, üç alan arasında denge kurmak için karma yönetimi savunan Polybios, siyasal düşünce tarihinde bu görüşü açısından yalnız değildir. Platon, Aristoteles ve Ciceron da güçlerin ayrılması üzerinde durmuşlardır.

Görüşleri sonraki çağlara yansımış olan Platon "Yasalar" adlı eserinde, gençlik yıllarında savunduğu aristokratik ideal devleti yerine, monarşi ve demokrasinin birbirini dengelediği sentetik bir yönetim biçimini önermiştir. Platon da Polybios gibi gücün tek elde toplanmasına karşı çıkarak, otorite ve özgürlükte aşırıya kaçılmasını önleyecek sentetik yönetim biçimi ile istikrarın sağlanması üzerinde durmuştur[1].

Aristoteles ise, devletin üç fonksiyonu üzerinde durmuş ve bu üç fonksiyonun ayrı organlara verilmesi ile devletin ortaya çıktığını savunmuştur. Touchard'a göre, Aristoteles'in bu ayırımı fonksiyonel bir ayırımdır, günümüzde benimsenen kuvvetler ayrılığına işaret etmez[2].

Aristoteles devletin üç fonksiyonunu Atina uygulamasından hareket ederek, şöyle açıklamıştır;

"Bütün anayasalarda üç öge vardır ve ciddi bir yasa koyucunun, bunların her biri için en iyi düzenlemeyi araması gerekir. Bu öğelerin birincisi, topluca görüşüp düşünmedir ("meşveret"), yani ulus çapında önem taşıyan her şeyin tartışılması; ikincisi yürütmedir, yani bütün görev ve yetkiler karmaşası, bunların sayıları ve nitelikleri, yetkilerinin sınırları ve seçilme yöntemleri; üçüncüsü, yargı düzenidir."[3]

Aristoteles böylece devlet fonksiyonlarının çeşitleri üzerinde durarak, devlet kudretinin etkinlik alanını belirlemeyi hedeflemiş[4], ancak bu fonksiyonlar arasında denge ve fren ilişkisi olup olmadığı üzerinde durmamıştır.

---

1 ***Recai Galip Okandan,*** *Umumi Amme Hukuku, (Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları), İstanbul 1966, s.147.*

2 ***Mehmet Akad / Bihterin Vural Dinçkol,*** *Genel Kamu Hukuku, Genişletilmiş Üçüncü Basım, İstanbul 2004, s. 25.*

3 ***Aristoteles,*** *Politika, çev. Mete Tunçay, II. Basım, İstanbul 1983, s.132-133.*

4 ***Karl Doehring,*** *Genel Devlet Kuramı, (Genel Kamu Hukuku), Yeniden Düzenlenmiş 2. Baskısından Türkçeye çeviren Ahmet Mumcu, İstanbul 2002, s.192.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Aristoteles'in altılı yönetim biçimi sınıflandırmasından yola çıkan Roma İmparatorluğu düşünürlerinden Polybios, Aristoteles'den farklı olarak, savunduğu devlet yapısını sosyal güçlerin değil, siyasal güçlerin dengesine dayandırmaktadır[5]. Roma'nın siyasal kurumları üzerine ilk araştırmayı yapan ve "*Romalıların hangi yollarla ve nasıl bir anayasa sayesinde, elli üç yıldan az bir sürede bütün dünyaya hakim olduklarını*"[6], "Evrensel Tarih" adlı eserinde ele alan Polybios, Yunan asıllı olup, yaşamının büyük bir bölümünü Roma'da geçirmiştir. Günümüzde, karma yönetimi savunan Polybios'un kuramı ile görünüşte de olsa Amerikan anayasası arasındaki benzerlik vurgulanmaktadır. Yönetimi elinde bulunduranların sayılarına göre yönetim biçimlerini *monarşi*, *aristokrasi* ve *demokrasi* olarak sınıflandıran Polybios, bu yönetim biçimlerinin bozulmuş hallerini de *tirani*, *oligarşi* ve *demagoji* olarak sıralar[7]. Sınıflandırdığı yönetim biçimlerinin sürekli olarak birbirini izleyerek, siyasal istikrarsızlığa neden olduğunu ileri süren Polybios, Roma'nın cumhuriyet dönemini ele alarak, karma yönetim modelini en iyi yönetim biçimi olarak ortaya koyar. Polybios'un düşüncesinde monarşi, aristokrasi ve demokrasinin unsurları; seçimle oluşan yürütme yani konsüller, senato ve halk meclisi (Comitia Centuriata) olarak Roma'da bir arada yer almaktadır[8]. Polybios'a göre, bu yönetim modelinde, üç yönetim biçiminin her birinin diğerlerince sertliklerinin frenlenip, dengelenmeleri suretiyle, mutlak yetkinin bir kişi ya da kurumda toplanması önlenecek ve istikrar sağlanacaktır;

"Roma anayasasına gelince, bu anayasanın her biri egemen güçler olarak ortaya çıkan üç unsuru vardır. Bu unsurların devlet mekanizması içindeki göreli yerleri eşitliğe ve dengeye öylesine önem ve titizlik verilerek saptanmıştı ki, hiç kimse, Romalı bir yurttaş bile, bu anayasanın bütün olarak bir aristokrasi mi yoksa bir demokrasi mi yahut bir despotluk mu olduğunu kesinlikle söyleyemezdi. Buna fazlaca şaşmamak gerekir: Gözlemlerimizi bütün bütün Konsüllerin iktidarı etrafında yoğunlaştırırsak anayasanın despot yönünün ağır bastığını kolaylıkla söyleyebiliriz; Senatonun durumunu incelersek temel niteliğin aristokratik olduğunu görürüz; yok, sorunu halka tanınan yetkiler ve halkın elindeki iktidar açısından değerlendirirsek, Roma anayasasında demokrasi unsurunun fazlasıyla ağır bastığı görülür."[9]

---

5 ***George Sabine,*** *Siyasal Düşünceler Tarihi, I, eski çağ-orta çağ, çev. Harun Rızatepe, Ankara, 1969, s.149.*

6 ***Sabine-I,*** *s.148.*

7 ***Akad / Dinçkol,*** *s.32.*

8 *Bkz.* ***Polybios,*** *The Histories of Polybios, Vol.3, Translation by W.R. Paton, The Loeb Classical Library, New York:G.P. Putnam's Sons, 1928.*

9 ***Polybios,*** *"Tarihlerden Seçme Parçalar", Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi-1, eski ve orta çağlar, Seçilmiş Yazılar, der. Mete Tunçay, çev. Kurthan Fişek, Ankara 1985, s.243.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Polybios karma yönetim modeli içinde siyasal güçler arasında denge ve fren ilişkisini ortaya koyan düşüncesi ile Montesquieu ve Amerikan anayasası kurucuları üzerinde etkili olmuştur. Amerika'da benimsenen hükümet sistemi, yurttaşları potansiyel bir tiraniye karşı koruma ve gücün dağılımı ile kamusal gücü elinde bulunduran organların kararlarının toplumun güveni için adil olmasını sağlama amacı taşımaktadır[10].

Roma'nın cumhuriyet dönemi üzerinde duran ve Polybios'un düşüncelerinden etkilenen Ciceron da, en iyi devletin ilkelerinin, karma anayasaya dayanacağını öne sürmüş ve Roma anayasasının bu bağlamda en dengeli yönetim modeli olduğunu savunmuştur[11].

Kuvvetler ayrılığı öğretisinin modern evresinde ise Locke, yasama, yürütme ve federatif olmak üzere üç kuvvet üzerinde durmuştur. Federatif kuvvet, Locke'un öğretisinde, dış ilişkilerin yürütülmesi olarak tanımlanmıştır;

"(...) savaş, barış, birlik, ittifak ve devletin dışındaki bütün kişi ve topluluklarla bütün işlemleri yapma erkini, bu erk içinde taşır ve istenirse federatif diye adlandırılabilir. Kavram böyle anlaşılsın yeter, adın bence önemi yok." [12]

Locke, bu ayrımında yer alan yürütme ve federatif kuvvetler arasındaki ilişkiyi ise şöyle açıklamıştır;

"(..) bu iki erk, yürütme ve federatif erkleri, kendi aralarında gerçekten ayrı olmalarına rağmen, yine de her zaman birleşmişlerdir." [13]

Böylece federatif kuvvet ile yürütmenin birleşmesine karşı çıkmayan Locke, yasama ile yürütmenin birbirinden ayrı olduğu üzerinde durarak, yasama ve yürütme iktidarlarının farklı organlarda olmasını, özgürlüğün güvencesi olarak görmektedir. Britanya'daki siyasal evrimi göz önünde bulunduran Locke, en üstün gücün yasama olduğunu ileri sürmekle beraber, halktan devralınmış bir iktidar olduğunu belirttiği yasamanın, halkın güvenine ihanet etmesi durumunda halka yasama kurulunu değiştirme olanağı tanımıştır[14].

"Halkın onayı ve atanmasıyla -bu olmaksızın hiç kimse başkalarını bağlayacak yasalar yapma yetkisini alamaz- yetkilendirilmiş kişilerin ve onların yönetimi altında halkın birliğinin sürekliliğini sağlayan yasama organı-

---

10 ***Tom Campbell,*** *Seperation of Powers in Practice, Stanford University Press, 2004, p.1.*

11 ***Sabine-I,*** *s.156.*

12 ***J. Locke,*** *"Uygar Yönetim Üstüne İkinci İnceleme", Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi-2, yeni çağ, Seçilmiş Yazılar, der. Mete Tunçay, çev. Mete Tunçay, Ankara 1986, s.242.*

13 ***Locke,*** *s.242.*

14 ***George Sabine,*** *Siyasal Düşünceler Tarihi, II, Yeni Çağ, Çev. Alp Öktem, Ankara 1969, s.221.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nın kuruluşu, toplumun birinci ve temel yasasıdır. Halkın yasa yapmak için atamadığı herhangi bir kimse ya da birden çok sayıda kişiler, yasa yapmayı kendi üstlerine alırsa yasaları yetkisiz olarak yapar. Halk bu gibi yasalara uymak zorunda değildir; uymayınca da uyrukluktan çıkar ve yetkisiz olarak kendisine herhangi bir şeyi zorlamak isteyenlerin gücüne karşı direnmek konusunda tam bir özgürlükle, en iyi nasıl sayıyorsa öylece, yeni bir yasama organı kurabilir. Toplumun yetkilendirmesiyle kamu iradesini açıklamak durumunda olanlar, bundan uzaklaştırılır ve böyle bir yetkisi olmayan başkaları bunu zorla alırsa, herkes kendi başına buyruk olur."[15]

Modern anayasal düşüncede, yargıyı üçüncü güç olarak ortaya koyan Montesquieu ise, üç güç arasında dengeyi öngörerek, yönetilenler için güvence oluşturmuştur. Montesquieu "Kanunların Ruhu" adlı eserinde kuramın adını açıkça kullanmamakla beraber, kuvvetler ayrılığını şöyle belirtmiştir;

"Her Devlette üç çeşit yetki vardır: bir yasama yetkisi; iki, devletler hukukuna bağlı olan şeyleri uygulama yetkisi; üç, medeni hukuka bağlı olan şeyleri uygulama yetkisi.

Birincisinde hükümdar ya da bu işe memur edilmiş kimse ya bir süre için ya da her zaman için yürürlüğe girecek kanunları yapar; eskiden yapılmış olanları düzeltir ya da yürürlükten kaldırır. İkincisinde de, barışı sağlar ya da savaş açar; büyük elçiler gönderir ya da kabul eder; ülkesinde güveni sağlar, istilaları önler. Üçüncüsüyle de suçları cezalandırır ya da kişiler arasındaki anlaşmazlıkları yargılar. Buna yargılama yetkisi, ikincisine de sadece Devletin uygulama ya da yürütme yetkisi adını vereceğiz.

(...)

Yasama yetkisiyle uygulama ya da yürütme yetkisi aynı kişiye ya da aynı memurlar topluluğuna verilirse, ortada özgürlük diye bir şey kalmaz; çünkü aynı hükümdarın ya da aynı senatonun, şiddet kullanarak uygulamak için ağır kanunlar yapmasından korkulur.

Bu üç yetki: yani kanun yapma yetkisi, genel kararları uygulama yetkisi, aynı zamanda aynı kişinin, ya da yüksek memurlardan, soylulardan, halktan müteşekkil aynı toplulukların elinde bulunsaydı, Devlette her şey yıkılırdı.

(...)

Avrupa'da krallıkların çoğunda idare şekli mutedildir; çünkü ilk iki yetkiyi elinde bulunduran hükümdarlar, üçüncü yetkiyi tüm halkın eline verirler. Padişah bu üç yetkiyi de kişiliğinde birleştirmiş olduğundan Türkiye'de korkunç bir istibdat idaresi vardır."[16]

---

15 ***Locke,*** *s. 250.*

16 ***Montesquieu,*** *Kanunların Ruhu Üzerine, çev. Fehmi Baldaş, Seç yay., İstanbul 2004, s.156-157.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Montesquieu, kuvvetler ayrılığı kuramını, siyasal özgürlüğün güvencesi olarak ileri sürmüştür. Montesquieu'ya göre siyasal özgürlük;

"her istenilenin yapılması değil, yasaların izin verdiğini yapabilmek hakkıdır."

(...) Siyasal özgürlük kişilerin güvenliği, ruhun huzuru demektir, yönetim öyle olmalıdır ki, hiçbir yurttaş yekdiğerinden korkmasın."[17]

Siyasal özgürlüğün gerçekleşmesi ise iktidarı iktidarla sınırlayarak, kötüye kullanılmasını önleyen, kuvvetler ayrılığının benimsenmesi ile gerçekleşecektir.

Kuvvetler ayrılığı kuramının gelişiminde karma yönetimi savunan düşünürlerin katkısı, iktidarın tek elde tutulmasına karşı olmaları, yani gücün bir kişi, herhangi bir organ ya da kesimde toplanmasının önlenerek, iktidarın kötüye kullanılmasını engelleme hususunda olmuştur[18]. Burada söz konusu olan devlet kudretini kullananlar arasında bir görev dağılımıdır. Bu da istikrar arayışının bir sonucudur. Montesquieu'nun karma yönetim savunucularından ayrıldığı nokta ise, kuvvetler ayrılığını siyasal özgürlüğün güvencesi olarak görmesinden kaynaklanmaktadır. Montesquieu'nun katkısı iktidarın sınırlanması bağlamında olmaktadır.

Kuvvetler ayrılığı kuramının düşünsel temelleri, devlet kudretinin keyfi kullanımını sınırlamak ve özgürlükleri güvence altına almak amacını ortaya koymaktadır. Bu amaç, farklı ellerde toplanan kuvvetler arasında denge kurulması ile, liberal devletin yerleşmesine hizmet etmiştir[19]. Montesquieu'nun görüşleri, kuvvetler ayrılığı kuramının liberal devletin ana ögelerinden biri olarak benimsenmesine ve modern anayasacılığın da temelini oluşturmasına neden olmuştur. Anayasal devleti kurumlaştırma sürecinde gelişen kuvvetler ayrılığı kuramının pozitif alanda gelişimi ise, Amerika'nın (1787) ardından Fransa'da (1789) yaşanmıştır[20]. 1787 yılının yazında Madison ve diğer kurucular bireylerin yönetime karşı korunmasının, üç kuvvetin birbirinden ayrı ve bağımsız olması ile sağlanacağına olan inançlarını açıklarken, Montesquieu'dan etkilenmişlerdi.

KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNİN POZİTİF HUKUK BELGELERİNE GEÇİŞİ

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin gelişiminde Amerika ve Fransa'daki gelişmeler önemli yer tutmakta ise de ilkenin kaynağını, İngiltere tarihindeki si-

---

17 ***Akad / Dinçkol,*** *s.133.*

18 ***Cengiz Gül,*** *Kuvvetler Ayrılığına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Yürütme ve Türkiye Örneği, İstanbul 2004, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 9-10.*

19 ***Erdoğan Teziç,*** *Anayasa Hukuku, 7.Basım, İstanbul 2001, s.396.*

20 ***Mustafa Erdoğan,*** *Anayasal Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş), 2. Baskı, Ankara 1997, s.104.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yasal gelişmeler oluşturmaktadır. İngiltere'de bu alandaki gelişmelerden en önemlisi olan, 1689 tarihli "Bill of Rights" (Haklar Bildirisi) ile kralın sadece yasaların uygulayıcısı olduğu ilan edilirken, parlamentonun da üstünlüğü benimsenmiştir[21].

Fransız Devriminin temelinde kuvvetlerin ayrılması, kralın mutlak iktidarına karşı, devrimin önderlerince "siyasal dogma" olarak benimsenmiştir. Jakobenizmin kuramcılarından Saint Just'un şu ifadeleri Fransız Devriminde kuvvetler ayrılığı kuramına verilen değeri açıkça ortaya koymaktadır;

"Zalimler saltanat sürmek için halkı bölüyorlar; siz eğer özgürlüğün saltanat sürmesini istiyorsanız iktidarı bölünüz."[22]

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 16. maddesinde, siyasal toplumun kurulmasının temeli olarak ele alınan kuvvetler ayrılığı kuramı, şu şekilde düzenlenmiştir;

"Haklarını güvenceye bağlamamış, güçler ayrılığını gerçekleştirememiş toplumlar, anayasaya da sahip değillerdir."[23]

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin pozitif hukuk belgelerinde yer alması açısından önemli bir dönüm noktası olan Fransız devrimine düşünsel katkıda bulunan Rousseau ise kuvvetler birliğini savunmuştur. Rousseau, genel iradeden yola çıkarak, egemenliği bölmenin onu yok etmek anlamına geleceği argumanı ile kuvvetler birliğine kuramında yer vermiştir. Rousseau ulus iradesinin ve egemenliğin bölünmezliğinden hareket ederek, yasa koyucunun ve hükümetin halkın görevlileri olduğunu ifade etmiş ve kuvvetler birliğine dayalı bir hükümet sistemi olan "meclis hükümeti sistemi"ni ortaya koymuştur[24]. Rousseau'nun kuramında yürütme, yasama iktidarının bir aracı olduğundan, bağımsız bir iktidar niteliğinde değildir[25].

İlk olarak Fransız devriminde bir "anayasal demokratik hükümet biçimi"[26] olarak benimsenen "meclis hükümeti sistemi"nin en önemli özelliği, yasama ve yürütme iktidarlarının mecliste toplanmasıdır[27]. Fransa'da konvansiyon döneminde (1792-1795) kuvvetlerin yasamada birleştiği yönetim biçimi benimsendiğinden, meclis hükümeti sistemine, "konvansiyonel rejim" de denmektedir. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde Montesquieu'nun savunduğu kuvvetler ayrılığı ilkesinin insan haklarının güvence-

---

21 ***Akad / Dinçkol,*** *s.251.*

22 ***Münci Kapani,*** *Kamu Hürriyetleri, Yenilenmiş Beşinci Baskı, Ankara 1976, s.281.*

23 ***Akad / Dinçkol,*** *s.142.*

24 ***Akad / Dinçkol,*** *s.126.*

25 ***Mehmet Turhan,*** *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır 1989, s.25.*

26 ***Turhan,*** *s.24.*

27 ***Turhan,*** *s.24-25.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

si olarak yer almasına karşın, devrime yön veren yöneticilerin muhalefete ve gecikmeye karşı olmaları konvansiyonel rejim uygulamasına neden olmuştur. Devrimin önde gelenleri, konvansiyonel rejimi uygularken aynı zamanda, rejimin halka dayanması ve halkın iradesinin tam olarak meclise yansıması gereğini üzerinde de durmuşlardır[28]. Bu seçimde en önemli etken siyasal değişimin temelinde devrimin yer almasıdır. Devrim sonucu Fransa'daki siyasal değişimin Avrupa'ya yansıması, Fransa'yı savaşa sürüklemiş ve "bütünleşme ve merkezileşme"[29] ilkeleri önemini korumuştur.

Kuvvetler birliğinin bir başka görünümü de Musollini ve Hitler tarafından da uygulanan kuvvetlerin yürütmede birleştiği hükümet sistemleridir.

Türkiye'de 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile milli mücadele süreci içinde saf meclis hükümeti sistemi, 1924 Anayasası'nda ise meclis hükümeti ağırlıklı bir sistem benimsenmiştir.

Yukarıdaki örneklerden anlaşılacağı üzere kuvvetler birliği ilkesine dayanan meclis hükümeti sistemi, demokratik ülkelerde uygulanan bir sistem özelliği göstermemekte, özellikle olağanüstü ve buhranlı dönemlerin gereklerine uygun olduğu anlaşılmaktadır[30]. Nitekim liberal demokrasinin "özgürlük" anlayışına karşı çıkan sosyalist düşünce, özgürlüğe üretim ilişkileri ve sınıf temelinde yaklaşarak, işçi sınıfının egemenliğini gerçekleştirmek için kuvvetlerin birliğini gerekli görmüştür.

KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNİN ÖNEMİ

On sekizinci yüzyılın sonlarında iktidarın kişiselleştiği mutlak monarşiler döneminin kişiler üzerindeki baskısının ortadan kaldırılması için savunulan kuvvetler ayrılığı ilkesi, özgürlüklerin sağlanması çarelerinden olarak görülmüş ve eski rejime karşı Fransız devrimin öncülerinin "doğal bir reaksiyonu" haline gelmiştir[31]. Özgürlük güvencesi olarak görülmesi noktasında da liberalizmle buluşmuştur.

Kuvvetler ayrılığının liberal demokrasilerde eski anlam ve önemini sürdürüp, sürdürmediği günümüzde tartışılmaktadır. Şüphesiz çoğulcu demokrasinin sivil toplum içerisindeki diğer kurumları düşünüldüğünde, kuvvetler ayrılığının özgürlüklerin yegane güvencesi olmadığını söyleyebiliriz. Kuramın oluşumuna katkıda bulunan düşünürler, mutlak monarşinin sakıncalarını, devlet fonksiyonlarının kullanımını farklı organlara vererek yok etmeye çalışmışlardır[32].

---

28 ***Turhan**, s.27.*

29 ***Leslie Lipson,** Politika Biliminin Temel Sorunları, 2. Basılış, çev. T. Karamustafaoğlu, Ankara 1978, s.339.*

30 ***Teziç,** 400-401.*

31 ***Kapani,** s.281, dn. 64.*

32 ***Yusuf Şevki Hakyemez,** Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, Doğuşu, Gelişimi, Kavramsal Çerçevesi ve Dönüşümü, Ankara 2004, s.104.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Monarşilerden liberal demokrasilere geçişin araçlarından olan kuvvetler ayrılığı ilkesi, çağdaş demokratik devletlerde, özellikle yasama ve yürütmenin hak ve özgürlüklere müdahalesini önlemek için yargıya bağımsızlık tanıması yönüyle hâlâ özgürlüklerin bir güvencesi olarak önemini sürdürmektedir. Kuvvetler ayrılığının kullanıldığı bir başka alan ise, kuramın içerdiği teknik yönün yani yasama-yürütme ilişkisinin niteliğine göre hükümet sistemlerinin tasnifidir. Ancak burada teknik bir ayrılıktan bahsediliyormuş gibi görünse de, temelde sorun, çağdaş ideoloji olan demokrasinin hangi sistemde daha iyi gerçekleşeceğinin çözümüdür. Bu nedenle günümüzde hükümet sistemlerinin demokrasinin tek belirleyicisi olmadığı bilinmekle birlikte, demokrasi ile hükümet sistemleri arasındaki ilişki üzerinde önemle durulmaktadır[33].

Kuvvetler birliğine dayalı hükümet sistemleri, kuvvetlerin yasama ya da yürütme organında birleşmesine göre, meclis hükümeti, mutlak monarşi ve diktatörlük olarak ayrılmaktadır.

Kuvvetler ayrılığına dayalı hükümet sistemleri ise kuvvetlerin işbirliğine ya da yumuşak kuvvetler ayrılığına dayalı parlamenter sistem ve kuvvetlerin sert ayrılığına dayalı başkanlık sistemi olmak üzere temelde ikiye ayrılır. Bir araştırmaya göre dünya uluslarından yaklaşık 110'u demokratik sistemle yönetilirken ve bunlardan 15 kadarı başkanlık sistemini tercih etmişlerdir[34].

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin yukarıda da ifade edildiği gibi, yasama-yürütme ilişkisi, bu iki kuvvetin birbirleri karşısındaki konumu esas alınmakta, bağımsız olarak örgütlenen yargının konumu değişmemektedir[35].

KUVVETLER AYRILIĞI VE HÜKÜMET SİSTEMLERİ

"Toplumların kolektif amaçlarını belirlemek ve gerçekleştirmek üzere geliştirdikleri bir örgütler dizisi" olarak tanımlanan siyasal sistem içindeki fonksiyonlar en basit şekilde kural yapma, uygulama ve denetleme yani yasama, yürütme ve yargı olarak sıralanmaktadır[36] Hükümet sistemleri, siyasal sistem içinde yasama- yürütme fonksiyonları arasındaki ilişkilerin niteliğine göre ortaya çıkmaktadır. Demokratik hükümet sistemlerinde yargı ise her zaman bağımsız konumda bulunmaktadır.

Liberal demokrasiyi özgürlüğün güvence altına alınması açısından etkileyen kuvvetler ayrılığı kuramının hala eski değerini koruyup korumadığını anlamak için sistemlerin özelliklerini değerlendirmek gerekir. Demokra-

---

33 ***Serap Yazıcı,*** *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri, Türkiye İçin Bir Değerlendirme, İstanbul 2002, s.3.*

34 ***Austin Ranney,*** *Governing, an Introduction to Political Science, 7th edition, USA 1996, s.228.*

35 ***Erdoğan,*** *s.108.*

36 ***İlter Turan,*** *Siyasal Sistem ve Siyasal Davranış, İstanbul 1977, s.16, 164.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

si idealini gerçekleştirme yolunda hangi hükümet sisteminin daha iyi olduğu konumuz dışında kalmakla birlikte, sorunun cevabının sadece kuvvetler arasındaki ilişkilerde değil, sistem içindeki diğer unsurlarda da aranması gerekir. Kuvvetler arasıdaki ilişkilere göre tasnif edilen başkanlık, yarı başkanlık ya da parlamenter hükümet sistemleri uygulama açısından ülkelere göre farklı uygulamalar göstermekte, demokrasiyi gerçekleştirmek açısından her sistemde iyi uygulamalar olduğu gibi kötü uygulamalar da olmaktadır.

Parlamentarizm 18. yüzyıl ortalarında İngiltere'de kral-parlamento mücadelesinden doğmuş ve 19. yüzyılda Kıta Avrupası ülkelerinde yaygınlaşmıştır. Parlamentarizmin doğuşu, monarşik iktidar ile temsili organların uzlaşmaları sonucu gerçekleşmiştir[37]. Parlamenter sistemlerde ana özellik, yürütmenin yasama iktidarından kaynaklanması ve yasama organının güvenine sahip olması zorunluluğudur. Türkiye'de de uygulanan siyasal rejimin temelini oluşturan bu durum, hükümeti parlamento çoğunluğunun iradesine bağlı kılmaktadır.

Başkanlık sisteminin tek gerçek örneği olan Amerika Birleşik Devletleri, bu açıdan uzun bir anayasal geçmişe sahiptir. Linz'in ifadesiyle; "*Finlandiya ve Fransa anayasaları, gerçek başkanlık sistemleri olmaktan çok, melez sistemlerdir ve Beşinci Fransız Cumhuriyeti örneğinde jüri henüz kararını vermiş değildir.*"[38] Linz'e göre, Şili'de de başkanlık rejimi bir buçuk yüzyıl anayasal sürekliliğe sahip olmuş ancak 1970'lerde demokrasi çöküntüye uğramıştır[39]. Çok sayıda Latin Amerika ülkesi de ABD sistemine yakın bir hükümet sistemi benimsemiştir[40].

Başkanlık sisteminde yürütme gücü tek başına başkan tarafından kullanılmaktadır. Başkanlık sisteminde başkan bir devlet başkanının "sembolik ve törensel" fonksiyonlarının yanı sıra, yürütme organı başının "etkin" fonksiyonlarına da sahiptir[41]. Yani yürütmenin ve devletin başı tek bir kişidir. Halk tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak sabit süre için seçilen başkan, iki alandaki yetkileri de kullanması nedeniyle, yasama organı karşısında güçlü bir konumda bulunmaktadır[42]. Parlamenter sistemde yasama ve yürütme arasında oluşacak, istikrarı bozmaya yönelik bir çatışmayı ön-

---

37 ***Teziç,*** *s.403.*

38 ***Juan J. Linz,*** *"Başkanlık Sisteminin Tehlikeleri", Demokrasinin Küresel Yükselişi, der. L. Diamond, M.P. Plattner, çev. E. Özbudun, Ankara 1995, s.143.*

39 ***Linz,*** *s.144.*

40 ***Ranney,*** *s.228.*

41 ***Arend Lijphard,*** *Çağdaş Demokrasiler, Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı yönetim Örüntüleri, T.C. Bruneau, P. Nikiforos Diamandouros ve R. Gunther'in işbirliği ile, çev. E. Özbudun/E. Onulduran, Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, s.47;* ***Linz,*** *s.145.*

42 ***Yazıcı,*** *s.39, 51.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

leyecek, arabulucu niteliğinde bir cumhurbaşkanı ya da kral varken, başkanlık sisteminde böyle bir makam söz konusu değildir[43]. Burada kuvvetler ayrılığı açısından asıl sorun, yasama ve yürütme organlarının halk tarafından seçiminden kaynaklanan "meşruiyet" iddiasıdır. Başkanla yasama organından hangisinin halk adına konuşma iddiası ön planda olacaktır[44]. Özellikle çok partili başkanlık sistemlerinde, kongreye egemen olan çoğunluk ile başkanın siyasi eğiliminin farklı olması bir çatışma ortamı yaratabilir. Bu durumu çözecek bir "demokratik ilke" ise mevcut değildir[45].

"Kuvvetler ayrılığı" ilkesi bu durumda varlıklarını sürdürmek için birbirine bağlı olmayan ve halk tarafından ayrı ayrı seçilmiş yasama ve yürütme organının varlığı ile ortaya çıkmaktadır. Meşruiyeti halka dayalı organlarda iktidar yoğunlaşması da önlenmektedir. Her ikisi de halka dayalı iki kuvvet arasındaki çatışmanın önlenmesinde demokratik bir ilkenin olmaması, zaman zaman silahlı kuvvetlerin arabulucu güç olarak ortaya çıkmasına neden olmuştur[46]. ABD'de bu çatışma disiplinsiz siyasi partiler, baskı grupları ve Federal Yüksek Mahkeme'nin etkisi ile ılımlılaştırılmıştır. Nitekim Sartori, başkanlık sistemlerinde tıkanıkların partilerin disiplinsiz olmalarıyla atlatılabileceğini iddia ederken, parlamenter sistemlerin işleyebilmesinde ise disiplinli partileri "zorunlu şart" olarak görür. Parti disiplini olmadığı takdirde, parlamenter sistemlerin "işlemeyen meclis hükümeti" sistemlerine dönüşeceği de, Sartori'nin öngörüsüdür[47].

Parlamenter sistemde ise yasama-yürütme arasında bu anlamda bir çatışmaya rastlanmamaktadır. Ancak çift meclisli parlamenter sistemlerde meclisler arası bir çatışma söz konusu olabilmektedir[48]. Tek meclisli sistemlerde ise monist bir yapı ortaya çıkmakta, rejimin organları meclis seçimleri sonucu oluşan çoğunluğa göre yapılanmaktadır. Cumhurbaşkanı da genellikle, başbakan ve hükümetin dayandığı çoğunluk tarafından belirlenmektedir[49].

Parlamenter sistemlerde yürütme sorumsuz bir devlet başkanı ile sorumlu bir hükümetten oluşmaktadır. Parlamenter sistemde yasama iktidarından kaynaklanan ve yasama organının güvenine sahip olma zorunluluğu olan yürütmenin varlığına karşın; Amerika Birleşik Devletleri sisteminde

---

43 ***Yazıcı,*** *s.51.*

44 ***Linz,*** *s.145.*

45 ***Linz,*** *s.145;* ***Yazıcı,*** *s.53.*

46 ***Linz,*** *s.145.*

47 ***Giovanni Sartori,*** *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme, çev. Ergun Özbudun, Ankara 1997, s.127.*

48 *Ayrıtılı bilgi için bkz.* ***Yazıcı,*** *s.57.*

49 ***Süheyl Batum,*** *"1990'larda Dünyada ve Türkiye'de Siyasal Rejim Tartışmaları", Siyasal Rejim Tartışmaları, TESEV, s.58.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

parlamento ile hükümet birbirinden bağımsızdır, parlamento güvensizlik oyu ile hükümeti düşüremez. Başkanın düşürülmesi, "impeachment" mekanizmasına bağlanmıştır.

Parlamenter sistemin en önemli özelliği "kuvvetler arası işbirliğine" dayanan yasama organı önünde sorumlu bir hükümet iken, başkanlık sisteminin temel özelliği ise, "kuvvetler arasındaki kesin ayrılık" esasıdır[50].

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, kuvvetler ayrılığı ilkesi Montesquieu'nun düşüncesine uygun olarak başkanlık sistemi içinde yer almaktadır. Parlamenter sistemde ise yasama ve yürütme arasındaki ilişki, kuvvetler arası işbirliğine dayanmaktadır

SONUÇ

Tarihsel süreçte eski Yunan'dan günümüze devletin fonksiyonları üzerinde durulmuş, önce fonksiyonlar saptanıp, ardından bu fonksiyonların farklı siyasal güçlerce kullanılması gereği üzerinde durulmuştur. Özellikle karma yönetim savunucuları, belli bir siyasal gücün iktidar yetkilerine tümüyle sahip olmasını yani iktidar yoğunlaşmasını önleyerek, istikrarı sağlamak istemişlerdir. Modern zamanlarda ise devlet içindeki kuvvetler arasındaki ayrılık, özellikle Montesquieu'nun kuramından yola çıkılarak özgürlük güvencesi olarak görülmüştür.

Çağdaş dünyada ise hükümet sistemleri, kuvvetler arası ilişkilere göre tasnif edilerek, parlamenter sistem ve başkanlık sistemi olarak şekillenmiştir. Farklı hükümet sistemlerinin uygulanması, demokrasi idealine yönelik olarak yöneticileri sınırlamak amacını ortadan kaldırmaz.

Siyasal sistemler içinde çağdaş dünyaya egemen olan "demokrasi"yi gerçekleştirmeye yönelik olarak siyasal iktidarın sınırlanması ve hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlamanın araçlarından biri olan kuvvetler ayrılığı kuramı, günümüzde parlamenter sistemlerde yasama-yürütme organları arasında "işbirliği"ne dönüşmüştür.

Klasik anlamda İngiltere'de kral-parlamento mücadelesinde ortaya çıkan parlamenter sistem, kuvvetler arasında denge ve işbirliğine dayanırken, günümüzde siyasi partilerin etkisi ile yürütme organına yasama alanında daha aktif bir rol kazandırmıştır. Unutulmamalıdır ki, kavramın ortaya çıktığı dönemlerde siyasi partilerden söz edilmemektedir.

Başkanlık sistemi ise, bozulmadan uygulandığı ABD'de sert bir kuvvetler ayrılığına dayanmakta ve kuvvetler arasıda "checks and balances" ilkesini esas almaktadır.

Ancak Linz'in ifade ettiği gibi, "*bir siyasal liderin kişisel niteliklerine -*

---

50 ***Batum**, s.60.*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

isterseniz devlet adamı erdemlerine diyebiliriz- çok fazla bağlı olmak tehlikeli bir iştir; çünkü başkanlık makamını dolduracak böyle bir kişinin bulunup bulunmayacağını kimse bilemez"[51].

ABD'deki sistemin işleyişindeki diğer koşulları dikkate almadan sadece istikrar için başkanlık sistemini yeğlemek, yanıltıcı olabilir.

Şurası da muhakkak ki, günümüzde özgürlük güvencesi olarak yasama-yürütme arasında kesin ayrılıktan söz etmek tek çözüm değildir.

Gelişmiş demokrasilerde yargı diğer organlar karşısında bağımsız konumda olmakla birlikte, iktidarın sınırlanması ve hak ve özgürlüklerin korunması anlamında diğer denge mekanizmalarına da gereksinim vardır. Bu denge mekanizmaları içinde uluslararası yükümlülükler, sivil toplum faaliyetleri önemli yer tutmaktadır.

Günümüzde kuvvetler ayrılığı ilkesi, özellikle yürütme organından bağımsız yargıyı işaret etmektedir. Yargı gücü demokratik düzenin güvencesini oluşturmaktadır. Bu bağlamda "hukuk devleti" ilkesi de önem kazanmaktadır.

Parlamenter sistemde yasama organı içinde çoğunluğa sahip olan siyasi partinin hükümeti oluşturması, meclisin hükümet üzerindeki denetimini zayıflattığından, anayasaya uygunluk denetimi yapan Anayasa Mahkemesi de büyük önem taşımaktadır.

Liberal demokrasiler devlet kudretinin sınırlanmasına yönelik olarak, günümüzde kuvvetler ayrılığını yasama ve yürütme ile yargı arasında uygulamaktadırlar.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

51 ***Linz,*** *s.160*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ



MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1961 VE 1982 ANAYASALARININ İNSAN HAKLARI KAVRAMINA YAKLAŞIMI

*Yrd. Doç. Dr. Ali Hakan EVİK**

GİRİŞ

Kısaca; Batı kökenli ve evrensel olup, tüm insanların salt insan olduğu için sahip olması gereken değerler, haklar[1] olarak tanımlanan insan hakları, ancak devlete karşı ileri sürülebildiği takdirde bir anlama sahip olabilmektedir. Bu yüzden devletin, bu haklara riayet etmesi, onları çiğnememesi gerekmektedir ki, o devlet insan haklarını kendine bir ideal olarak benimsemiş olsun[2]. Bu anlayıştan hareketle olsa gerek, devletin yapısının temelini, ne şekilde kurulduğunu, iktidarın el değiştirmesini ve devlet iktidarı karşısında bireylerin sahip olması gereken özgürlükleri düzenleyen[3] Anayasa metinlerinde genelde insan hakları kavramına çeşitli şekillerde yer verildiği görülmektedir. Tıpkı bizim 1961 (md 2, 26, 121) ve 1982 (md 2, 68, 81, 103) Anayasalarında olduğu gibi. Anayasalarda insan hakları kavramına yer verilmesi salt şekli bir durum olmayıp, söz konusu anayasanın insan haklarına bakışını da ifade etmektedir[4].

1961 Anayasası ve yarattığı özgürlükler ortamına karşı bir tepkinin[5] ürünü olarak hazırlanan 1982 Anayasası'nın başlıca özellikleri; a) Daha kazuistik bir model benimsemiş, b) Değiştirilmesi açısından daha katı bir sis-

---

* İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

1 ***TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOĞLU, Necmi:*** 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 6. baskı, İstanbul, Beta, 2004, s. 64; ***UYGUN, Oktay:*** 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 2 vd.; ***TANÖR, Bülent:*** Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, c: I, İstanbul, BDS, 1991, s. 13-14; ***UYGUN, Oktay:*** "İnsan Hakları Kuramı", İnsan Hakları, İstanbul, YKY, 2000, s. 13.

2 ***ÖZSOY, Şule:*** "1982 Anayasası'nda İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesi", Oğuz İmregün Armağanı, İstanbul, Beta, 1998, s. 1013; ***UYGUN,*** "İnsan Hakları Kuramı", s. 14.

3 ***TEZİÇ, Erdoğan:*** Anayasa Hukuku, 5. baskı, İstanbul, Beta, 1998, s. 6.

4 ***KILINÇ, Ahmet:*** "İnsan Haklarının Anayasal Konumu", AÜEHFD, c: IX, sy: 1-2, 2005, s. 284.

5 1961 Anayasası'na yönelik tepkiler için bakınız: ***TANÖR, Bülent:*** İki Anayasa 1961–1982, 2. baskı, İstanbul, Beta, 1991, s. 29–39.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

temin öngörülmüş, c) Otorite ve hürriyet dengesi bakımından otoriteye son derece ağırlık verilmiş, d) Devlet yapısı içerisinde yürütme organına, daha önce yaşanan parlamenter bazı aksaklıkların tekrarlanmaması amacıyla daha fazla yetkinin verilmiş, e) Halkı siyasallaştırmanın önüne geçebilmek amacıyla, adeta sadece seçimden seçime oy kullanan ve seçimleri de birer hak olarak değil, sadece görev olarak bahşederek daha az katılımcı bir demokrasi modelini benimsemiş bir anayasa olmasıdır[6].

Görüldüğü üzere, sayılan özellikler aynı zamanda adeta 1961 Anayasası ile arasındaki farklılıkların da neler olduğunu ortaya koymaktadır, zira 1961 Anayasası'nda, 1982 Anayasası için sayılan tüm bu özelliklerin ya daha yumuşak bir ifadesi ya da tam karşıtı bir düzenleme yer almaktaydı. Her iki anayasa bakımından fark edilen veya edilmesi gereken en önemli özelliklerden birisi de, Cumhuriyetin niteliklerinin düzenlendiği 2. maddesinde yer alan, "İnsan Haklarına" yaklaşımları, diğer bir deyişle bakış açılarıdır. 1961 Anayasası yapıldığı dönemin özelliklerine uygun olarak, daha özgürlükçü bir anayasa olmasından ötürü "insan haklarına dayalı" bir devlet modeli öngörmüşken[7], 1982 Anayasası otoriter dengelerin ağır basması ve yine mevcut dönemin özelliklerine paralel olarak "insan haklarına saygılı" bir devlet modeli öngörmüştür[8].

Çalışmamızda öncelikle Anayasalarımızın, insan hakları kavramına ne gibi bir anlam yüklediği, daha sonra insan haklarına dayalı ve saygılı olmanın aynı nitelikte olup olmadığı, Anayasa Mahkemesi'nin zaman içerisinde insan haklarına saygılı olmak ilkesinden ne anladığı, söz konusu ilkenin hukuk devleti ilkesi ile olan ilişkisine ve son olarak da uluslar arası belgeler bağlamındaki yeri hakkında değerlendirmelerde bulunmak suretiyle açıklamalara yer verilecektir.

1) Anayasalarımıza Göre İnsan Hakları Kavramı

Her iki anayasa tarafından da Cumhuriyetin bir niteliği olarak öngörülmüş olan, "İnsan Hakları" ne anlama gelmektedir? 1961 ve 1982 Anayasaları bu kavrama nasıl bir anlam yüklemektedir? Kanımca öncelikle bu hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir, zira inceleme konumuz bakımından "Anayasa Hukuku" özellik göstermekte olduğundan[9], insan hakları kavramı-

---

6 ***ÖZBUDUN, Ergun:*** Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 1984, s. 43–56.

7 Bu bağlamda, II. Dünya Savaşı sonrası batı anayasaları modelini benimseyen 1961 Anayasası ile doğal hukuk özgürlük anlayışı ile sosyalist özgürlük anlayışı birlikteliği, "sosyal devlet" sistemi adı altında uzlaştırılmak istenmiştir. ***KABOĞLU, İbrahim Ö:*** Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, Ankara, İmge, s. 57.

8 ***ÖZSOY,*** "1982 Anayasası'nda ...", s. 1017; ***SAĞLAM, Fazıl:*** "General Framework of the Fundamental Rights and Freedoms Under The 1982 Constitution", Turkish Yearbook of Human Rights, c: 14, Ankara, TODİAE, 1992, s. 3 vd.

9 "Liberal demokrasi anayasalarının hepsi, kurumsal olarak, insan kişiliğine saygı ve temel hakların güvencesi olarak ifade edilebilecek değerler bütününe dayandığından, anayasa ile insan hakları arasındaki ilişki, aynı zamanda mantıki bir gerekliliğe de yanıt vermektedir." ***KABOĞLU,*** Özgürlükler Hukuku, s. 50.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nı da, devlet (iktidar) ve birey arasındaki ilişki içerisindeki konumu itibariyle değerlendirmek gerekmektedir[10]. Ayrıca 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde, "insan haklarına saygılı" olmaktan bahsedildiği halde, ileriki maddelerinde, insan hakları kavramı içerisinde yer alan temel haklar ve ödevlere ilişkin "insan haklarına pek de saygılı olmayan" farklı (yasakçı)[11] bir düzenlemenin yer aldığı tespit edilmektedir. Öyleyse ilk olarak söylenecek şey; diğenin aksine 1982 Anayasası, aşağıda kısaca değinilecek olan "insan hakları" kavramına hemen herkesçe bilinenden çok farklı bir anlam yüklemektedir.

"İnsan Hakları" kavramından daha çok, somut olanın dışında ulaşılmak istenen, nihai bir istek şeklindeki genel bir felsefe anlaşılmakta ve devlet gücünün, ulusal egemenliğin çağdaş sınırı olarak öngörülmektedir[12]. Hatta çağdaş demokrasinin iki boyutu olan ulusal egemenlik ve insan haklarının birbiri ile yakından ilintili olduğu, yasama, yürütme ve yargı organları aracılığıyla uygulanan egemenliğin, nihai, son amacının, hedefinin insan haklarını gerçekleştirmek olduğu ifade edilmektedir[13].

Var olandan çok olması gereken, ulaşılmak isteneni açıklamaya çalışan, "İnsan Hakları" kavramının içeriğinin hangi değerlerden oluşması gerektiği, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1948 tarihinde kabul ettiği "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi"nde sayılmıştır. Bu bildirgede sayılan değerler tüm insanlık için birer ortak değer, erişilmesi gereken idealler olup, "bir devletin vatandaşına olan saygısı, ona karşı davranışları da bu değerlerin terazisinden geçmek suretiyle ortaya konulacağı, anlaşılabileceği belirtilmektedir"[14].

Kısaca özetlemek gerekirse, "İnsan Hakları" geniş bir anlamı ifade etmek üzere, insana, insan olmasından ötürü, insan haysiyetinden kaynaklanan, tüm hak ve özgürlüklerden insanca yararlanabilmesini sağlayacak bir ideali, erişilmesi güç bir sonu ifade ediyor, tüm insanların sahip olması gereken hakları anlatmaya çalışıyor[15]. Buna karşılık, "temel hak ve özgürlük-

---

10 ***MOURGEON, JACQUES:*** İnsan Hakları, İstanbul, İletişim, 1990, s. 8 vd.

11 ***TANÖR, Bülent:*** "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi", İnsan Hakları, İstanbul, YKY, 2000, s. 49; ***ÖZSOY,*** "1982 Anayasası'nda ...", s. 1017; ***SAĞLAM,*** "General Framework of the Fundamental Rights and Freedoms Under The 1982 Constitution", s. 3 vd.; ***PARLA, Taha:*** Türkiye'de Anayasalar, İletişim, İstanbul, 2002, s. 45 vd.

12 ***MOURGEON,*** İnsan Hakları, s. 13.

13 ***SAVCI,*** İnsan Hakları Üzerine, Uluslararası Alanda, Norm-İlkeler ve Türk İç Hukuku, c. 35, AÜSBFD., Ankara, 1980, s. 7, ***DEMİR, Fevzi:*** Anayasa Hukukuna Giriş, 5. Baskı, İzmir, Barış, 1998, s. 260; ***KABOĞLU,*** Özgürlükler Hukuku, s. 52 vd.

14 ***SOYSAL, Mümtaz:*** 100 Soruda Anayasanın Anlamı (1982 Anayasası), 8. baskı, İstanbul, Gerçek, 1990, s. 191.

15 ***SABUNCU, Yavuz:*** Anayasaya Giriş, 4. baskı, Ankara, İmaj, 1996, s. 33, ***SOYSAL, Mümtaz:*** 100 Soruda Anayasanın Anlamı (1961 Anayasası), 5. baskı, Ankara, Gerçek, 1979, s. 117–118; ***MOURGEON,*** İnsan Hakları, s. 9; ***UYGUN,*** "İnsan Hakları Kuramı", s. 13; ***KILINÇ,*** "İnsan Haklarının ..., s. 280.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ler" ise, bu ideal içerisinde yer alan, kişinin doğuştan ve daha sonra ekonomik, sosyal bir takım olgular sonucu elde ettiği hakları ve bu haklarının yanı sıra bazı yükümlülüklerinin (ödevlerin) de bulunmasını ihtiva ediyor[16]. Sadece kişi ve devlet ilişkisi açısından geçerli olmayıp, aynı zamanda kişi ve kişi arasında da önemini koruyan, temel hak ve özgürlükler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere de karşı bazı yükümlülüklerinin, ödevlerinin olduğunu hatırlatmaya çalışıyor[17].

2) İnsan Haklarına Dayalı ve Saygılı Devlet

Demokratik hukukun bir karakteristiği olan ve insan haklarının kurumsallaşmasını sağlayacak bir araç olarak kabul edilen "insan haklarına dayalı olmak", insan haklarının en üst değer olduğunun kabul edilmesi, en yüksek otorite tarafından dahi benimsenmesi, onaylanması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda insan haklarının kurumsallaşması; herhangi birinin olmaması durumunda bütünü zedeleyebilecek olan, insan haklarının tanınması, korunması, uygulanması ve geliştirilmesi esası ile söz konusu dokunun pratik bir biçimde işlerliğe kavuşturulması olarak kabul edilmeyi gerektirmektedir[18].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; insan hakları kavramı, gerek 1961, gerekse 1982 Anayasası'nda yer almakla birlikte, her iki anayasa, "İnsan Hakları" kavramına "dayalı-saygılı olmak" şeklinde farklı bir yaklaşım sergilemişlerdir. Konuyla ilgilenen hukukçuların kimilerine göre, gerek insan haklarına dayalı olmak, gerekse saygılı olmak bir terim sorunundan ibaret olup, her iki anayasanın yapımı bakımından tekniğini yansıtmaktan öteye bir anlam ifade etmemektedir[19], bu hukukçular, iki deyim arasında sadece bir anlatım farklılığı olduğunu düşünmektedirler.

Kimi hukukçular ise, aradaki farkı dahi göz önüne almaksızın, "1961 Anayasası dönemindeki "anayasaya dayalı ilkesi"nin aynen bugün için de geçerli olduğunu ve hukukun üstün kurallarının varlığının kabul edilmesi, yargı denetimine bağlılık ve kanun koyucunun da bağlı bulunduğu temel hukuk ilkelerinin bulunmasının, aynı anlayışının devamı ettiğinin birer kanıtı olduğunu" ifade etmektedir[20].

Yine iki deyim arasında fark olmadığını savunan kimi hukukçulara gö-

---

16 ***YÜZBAŞIOĞLU, Nemci:*** Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF, İstanbul, 1994, s.135; ***TANÖR,*** "Temel Hak ve Özgürlüklerin ...", s. 48 vd; ***ÖZSOY,*** "1982 Anayasası'nda ...", s. 1016.

17 ***GÖZÜBÜYÜK, Şerif:*** Anayasa Hukuku, 5. basım, Ankara, Turhan, 1995, s. 147, ***SOYSAL,*** (1982 Anayasası), s. 191; ***TANÖR,*** "Temel Hak ve Özgürlüklerin ...", s. 48.

18 ***GEMALMAZ, Semih:*** Olağanüstü Rejim Standartları, İstanbul, BDS., 1991, s. 169.

19 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: ***ÖZBUDUN,*** Türk Anayasa Hukuku, s. 80.

20 ***AKAD, Mehmet:*** Genel Kamu Hukuku, İstanbul, Filiz, 1993, s. 153.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

re, AY md 2'de yer alan; "toplumun huzuru, mili dayanışma ve adalet" kavramlarının, insan hakları üzerindeki vurgunun belirginleşmesinin sağlanması amacıyla, insan haklarından tamamen bağımsız kullanılması gerekmektedir. Diğer bir deyişle; bu kavramlar, "insan haklarına saygılı devleti" nitelendiren, onun çerçevesini oluşturan kavramlar olmayıp, bağımsız kavramlardır[21].

Diğer kimi hukukçulara göreyse, her iki metinde yer alan bu deyimler açısından sadece bir anlatım farklılığı değil, bir anlayış, konuya bakış açısından da farklılık bulunmaktadır[22]. Bu bağlamda 1961 Anayasası'nda yer alan "insan haklarına dayalı devlet" ilkesini; a)Açıklamaya çalışılan ulaşılması zor olan geniş anlamdaki insan haklarının, tüm insanlar için geçerli olabilmesi için tüm vatandaş haklarının, özgürlüklerin ve ödevlerinin, ayrıntılı bir tarzda, yasalara temel olacak biçimde anayasada gösterilmesi, b) "Hukuk devleti ilkesi"nin kaçınılmaz bir sonucu olarak, tüm bu sayılan hakların, gerek bireylere karşı, gerek devletin kendisine karşı yargı koruması altına alınması[23] şeklinde anlaşılmak gerekmektedir. Diğer bir deyişle birbiriyle iç içe olan insan hakları ve ulusun temsil organları tarafından kullanılan ulusal egemenlik, insan hakları ile sınırlanmakta, bu sayede tüm hukuk sistemi bu amaç etrafında düzenlenmektedir[24].

İnsan haklarına dayalı olmayı, yukarıdaki anlamda kabul edince ve 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası arasındaki başlangıç kısmında yer alan nitelendirmelere dikkatlice bakınca, iki deyim arasında gerçekten de açık bir yaklaşım tarzı farklılığının bulunduğunu savunan hukukçulara hak vermeyi gerektirmektedir kanımca.

Ayrıca 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen bölümleri ele alındığında da yine iki deyim arasında açık bir farklılığın bulunduğu göze çarpmaktadır. Hatırlanacağı üzere; 1961 Anayasası'nda da, temel hak ve özgürlükler, ödevler ile birlikte değerlendirilmekte, yani, hak ve özgürlük kavramları ile, ödev ve sorumluluk kavramları arasındaki bağın kaçınılmaz bir ilişkiden doğduğu kabul edilmekte idi. Fakat 1982 Anayasası bunun yanı sıra, genel hükümler bölümünde, ödev ve sorumlulukla ilgili olarak ayrıca bir düzenleme daha yapma ihtiyacı hissetmiştir[25]. 1982 Anayasası'nda, "temel hak ve hürriyetlerin niteliği" başlıklı maddede, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez ve devredilemez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu açıklandıktan sonra, temel hak ve hürriyetlerin,

---

21 ***ÖZBUDUN,*** Türk Anayasa Hukuku, s. 80-82, ***YÜZBAŞIOĞLU,*** Türk Anayasa Yargısında..., s. 134-135.

22 ***SOYSAL,*** (1982 Anayasası), s. 192, **TANÖR,** Türkiye'nin İnsan Hakları ..., s. 255–260, ***DURAN, Lütfi:*** Türkiye Yönetiminde Karmaşa, İstanbul, Çağdaş, 1988, s. 290–291.

23 ***SOYSAL,*** (1961 Anlayası), s. 117-118; ***SABUNCU,*** Anayasaya Giriş, s. 33.

24 ***SAVCI,*** İnsan Hakları Üzerine ... s. 7; ***MOURGEON,*** İnsan Hakları, s. 13.

25 ***YÜZBAŞIOĞLU,*** Türk Anayasa Yargısında..., s. 136.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da içermesi yönünde bir düzenlemeye giderek, iki unsur arasında bir karşı denge yaratmaya çalışıldığı görülmektedir.

Anayasanın, "insan haklarına dayalı" olması demek, devletin insan hakları temeline sarılması, onu gerçekleştirmek için her türlü açılımcı, gelişimci modeli ve sistemi benimsemesi anlamına gelmekte, yani devlet, insan, birey için vardır sözünü perçinlemektedir adeta. Oysa saygılı olmak demek, hazırlanması esnasında devleti "kutsal"[26] sayan bir anlayışın ürünü olarak, her şeyi birey için değil, bireyi dahi devlet için gören bir anlayışla, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet amacıyla, sadece insan haklarına saygılı bir biçimde hareket etmesi demektir. "İnsan haklarına saygılı" olunduğunda da, insan hakları yine kollanacak, insana yine değer verilecek ama saygılı bir şekilde hareket edilerek, yoksa devletin temeli şeklinde kabul edilerek değil[27].

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, egemenlik ve insan hakları arasındaki çatışmada, 1982 Anayasası'nın otoriter yapısı, egemenliğe üstünlük tanıyan, birey-devlet ikileminde devlete ağırlık verilmesi esasını kabul eden, özgürlükleri ikinci plana iten, çok basit özgürlüklerin dahi yerine getirilmesi bakımından devletin izninin şart olduğu bir devlet gücüne öncelik tanıyan, dolayısıyla "insan hakları kavramını" da, devletten yana olması gereken temel tercihlerden sonra, uyulması ve saygı gösterilmesi gereken bir kavram olarak ele almıştır[28].

Son olarak kanımca her iki kavram arasındaki temel farklılık açıkça şu anlatış tarzı ile ortaya konulabilir: "İnsan haklarına dayalılık, insan haklarını rejimin bir tehdidi olarak görmeyen bir anlayışın sonucudur. Bunu tamamlamak üzere, insan haklarına dayalılık, insan haklarının en üstün değer olarak kabul edilmesi temelinde yükselebilecektir."[29]

3) İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesinin Hukuk Devleti İlkesi İle Olan İlişkisi

İnsan hakları kavramının toplum açısından genel geçerli bir kural olarak karşımıza çıkabilmesinin en önemli gereklerinden bir tanesi, insan haklarının korunması ve insan haklarını korumaktan geçmektedir. Burada koruma ve korunma aynı anlamı değil, farklı bir yaklaşımı ifade etmektedir. Koruma daha çok, doğrudan hak sahibi olan kişi ya da kuruluşların buna sahip çıkması, benimsemesi ve desteklemesi, korunmadan ise, görevli ve

---

26 "Kutsal Türk Devleti" ibaresinin yer aldığı Başlangıç bölümündeki 2. paragraf ancak 1995 yılında 4121 sayılı Kanun'la (26/07/1995 tarih ve 22355 sayılı RG.) kaldırılmıştır.

27 ***SOYSAL,*** (1982 Anayasası), 8. Basım, s. 192.

28 ***TANÖR,*** Türkiye'nin İnsan ..., s. 259, **SOYSAL,** (1982 Anayasası), s. 192; ***KABOĞLU,*** Özgürlükler Hukuku, s. 58.

29 ***GEMALMAZ,*** Olağanüstü Rejim Standartları, s. 169.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yetkili kılınmış bir otoriteden, insan hakkına dayalı veya saygılı olan bir erkten bahsedildiğinin anlaşılması gerekmektedir[30].

Bu bağlamda insan haklarının korunması, insan haklarına saygı esasının üstün güç, otorite olan devlet tarafından benimsenmesi, sistematik bir biçimde koruma altına alınmasını sonuçlamaktadır. Bunu sağlayacak en önemli ilke de, "devletin bütün organlarının üzerinde hukukun mutlak bir egemenliğinin olması, yasa koyucunun anayasa ve hukukun üstün kurallarıı ile bağlı bulunduğu[31] "hukuk devleti ilkesi"[32] olunca, insan haklarına saygılı devlet ilkesi ile hukuk devleti ilkesi arasındaki ilişki de kaçınılmaz olarak karşımıza çıkmaktadır[33]. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu görüşü adeta teyit edercesine, "Anayasalar bir devletin dayandığı hukuki yapının belkemiği niteliğindedir, devletin temel kuruluşlarının düzeni ile o kuruluşlara düşen görevler ve kişilerin hak ve ödevleri bu hukuki yapının bütününü oluşturduğunu[34]" ifade etmiştir.

Bu anlamda modern hukuk sistemleri bakımından, insan hakları, hukuk devleti için kaçınılmaz bir kural, onun bir niteliği olarak, hukuk devletinin anlamını belirleyen bir unsur olarak kabul edilmeyi gerektirmektedir. Bu iki ilke arasındaki kaçınılmaz bir bağıntı olduğu Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararlarında ortaya konmaktadır. Mahkeme'ye göre; hukuk devleti; "insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kurarak bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü kılan, tüm işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi olan devlet" demektir[35].

Yine Yüksek Mahkeme'nin bir başka kararına göre de; insan haklarına saygı esasından hareket ederek onu perçinleyecek olan "hukuk devleti", "her işlem ve eyleminin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan ve yasaların üstünde ya-

---

30 ***GEMALMAZ, Semih:*** Ulusal ve Uluslararası Düzlemde İnsan Hakları, c. 10–11–12, İstanbul, İBD., 1986, s. 685.

31 Anayasa Mahkemesi'nin 14.09.1995 tarih ve E: 1995/1, K: 1995/42 sayılı kararı, AYMKD., 1995, c. 31, s.2, s. 637–638.

32 ***TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU,*** 1982 Anayasasına Göre ..., s. 90 vd.; ***İÇEL, Kayıhan-DONAY, Süheyl:*** Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. baskı., İstanbul, Beta, 1999, s. 71 vd.

33 ***ÖZSOY,*** "1982 Anayasası'nda ...", s. 1025.

34 Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1971 tarih ve E: 1970/41, K: 1971/37 sayılı kararı, AYMKD. 1972, s.9, s. 428.

35 Anayasa Mahkemesi'nin 30.11.1993 tarih ve K: 1993/3, E: 1993/2 sayılı kararı, AYMKD., s.30, c.II, s. 1011.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleriyle Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlettir."[36]

4) Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesi

Hukuk devleti ilkesinin doğal sonucu olarak, "insan hakları"nın devlet eliyle sağlanması ve korunması bakımından Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyetin niteliklerinden bahseden 1982 Anayasası'nın 2. maddesine özel bir anlam yükleyerek, bu maddeyi ve Anayasanın yorumlanması ve okunmasında çok önemli bir yeri bulunan başlangıç bölümünü adeta temel ölçü, norm olarak dikkate almayı ilke edinmiştir. Bu bakımdan Yüksek Mahkemeye göre, "Anayasa yorumlanırken siyasal kadroların özel değerlendirmeleri değil, Anayasa md 2 ve dolayısıyla da başlangıç ilkeleri esas olacaktır."[37] Yine Yüksek Mahkeme'ye göre; "insan hakları kavramının içerisinde yer alması gereken, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesi için hem o konuyla ilgili özel düzenlemelere, hem de 2. maddenin anlamına dikkat etmek ve sınırlamanın Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekmektedir."[38]

1982 Anayasası otoriter, baskıcı bir dayatmanın ürünü olduğu için olsa gerek, Yüksek Mahkeme önceleri çeşitli kararlarında, 2. maddede yer alan "insan haklarına saygılı devlet" ilkesine otoriter bir anlam atfetmiştir[39]. Örneğin bir kararında; "1982 anayasasının 2. maddesinde, insan haklarına, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı hükmüne yer vermek suretiyle 1961 Anayasasına nazaran Devlet ve toplum çakırlarına öncelik tanımış olduğu"[40] ifadelerine yer verildiği görülmüştür.

Bir başka kararında da; bu şekilde otoriter okumayı devam ettirerek demokratik toplum düzeninden ne anlaşılması gerektiğini şu şekilde açıklamıştır: "Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle, hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninden kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur."[41]

---

36 Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.1988 tarih ve E: 1988/36, K: 1989/24 sayılı kararı, AYMKD. 1991, s.25, s. 262; Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2003 tarih ve E: 2003/31, K: 2003/87 sayılı kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 14.03.2005 tarih ve E: 2003/70, K: 2005/14 sayılı kararı.

37 Anayasa Mahkemesi'nin 13.06.1985 tarih ve E: 1984/14 ve K: 1985/7 sayılı kararı, AYMKD., s. 21, s. 174.

38 Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.1986 tarih ve E: 1985/8 ve K: 1986/27 sayılı kararı, AYMKD. s. 22, s. 365–366.

39 ***YÜZBAŞIOĞLU,*** Türk Anayasa Yargısında..., s. 137; ***ÖZSOY,*** "1982 Anayasası'nda ...", s. 1022.

40 Anayasa Mahkemesi'nin 13.06.1985 tarih ve E: 1984/14 ve K: 1985/7 sayılı kararı, AYMKD. s. 21, s. 173; Anayasa Mahkemesi'nin 07.07.1994 tarih ve E: 1994/49 ve K: 1994/45-2 sayılı kararı, AYMKD. s. 30, s. 269.

41 Anayasa Mahkemesi'nin 06.10.1986 tarih ve E: 1985/21 ve K: 1986/23 sayılı kararı, AYMKD. s. 20, s. 345.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ancak aradan biraz zaman geçtikten sonra Yüksek Mahkeme, demokratik toplum düzeninden neyin anlaşılması gerektiğini açıklarken bu sefer 2. maddeye daha özgürlükçü bir yaklaşım ile bakmaya başlamıştır[42]. Örneğin bir kararında; Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı olduğunu vurgulandıktan sonra "kişinin hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak düzeyde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmasının, devletin temel amaç ve görevleri arasında olduğunu"[43] ifade etmiştir. Bu ifade tarzından Mahkemenin, kendisinden beklenen bir şekilde, ardı ardına verdiği kararlarında Anayasanın 2. maddesini daha özgürlükçü bir şekilde okumayı içtihat haline getirmeye, başlangıçta benimsemiş olduğu "Milli Demokrasi" anlayışını terk etmeye başlamış olduğu görülmektedir[44].

Buradaki otoriter okuma yerine daha özgürlükçü bir anlayışın hâkim olması, gerek zamanla yavaş yavaş toplum bünyesinde olduğu gibi hukuk anlayışında da bir yumuşamanın ifadesi olduğu gibi, başlangıçta yer alan ve devlet otoritesine üstünlük tanıyan anlayışın da göz ardı edilmeye başlanması ile de ilgili, ilintili görülmektedir[45].

Bu özgürlükçü ortamın da yardımıyla Yüksek Mahkeme bir başka kararında da, sınırlamanın sınırı ölçütünü yorumlarken, artık sadece kendi anayasamızdaki değerleri değil, olması gereken bir şekilde klasik evrensel demokratik değerleri de göz önüne alarak[46], demokrasi anlayışındaki değişikliği de açık bir biçimde ortaya koymaya başlamıştır. Ancak daha önce üzerinde durulduğu gibi, Yüksek Mahkeme 2. maddede sayılan kavramları her zaman tek başına ele alıp değerlendirmemiş, bu kavramları birbirleriyle ilintili olarak değerlendirmiştir.

5) İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesinin Uluslararası Belgeler Karşısındaki Yeri

Bilindiği üzere Anayasa'nın 90. maddesine göre, usulüne göre imzalanıp yürürlüğe giren uluslararası belgeler kanun hükmünde olup, bunlar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı bulunmamaktadır. Durum böyle olunca insan haklarına saygı esasından yola çıkarak, kararlarıyla bu alanda bir koruma alanı yaratmaya ve sağlamaya çalışan Yüksek Mahke-

---

42 ***YÜZBAŞIOĞLU,*** Türk Anayasa Yargısında..., s. 138.

43 Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.1986 tarih ve E: 1985/8 ve K: 1986/27 sayılı kararı, AYMKD. s. 22, s. 365.

44 ***ÖZSOY,*** "1982 Anayasası'nda ...", s. 1023.

45 ***UYGUN,*** 1982 Anayasasında ..., s.152.

46 Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.1986 tarih ve E: 1985/8 ve K: 1986/27 sayılı kararı, AYMKD. s. 22, s. 365-366, Anayasa Mahkemesi'nin 06.10.1986 tarih ve E: 1985/21 ve K: 1986/23 sayılı kararı, AYMKD. s. 22, s. 224.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

me'nin bunu yaparken uluslararası belgelere dayanması, atıf yapması da kaçınılmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır[47]. Bunu vurgulamak için olsa gerek Yüksek Mahkeme, "insan haklarını ve ana hürriyetleri korumaya dair sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerin, TC. Anayasasında da güvence altına alındığını"[48] ifade etmiştir.

Mahkeme, insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerden daha çok, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini kendisine ölçü olarak ele alıp değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken de şu ifadelere yer vermektedir, "insanın içinde bulunduğu ulusun bireyi olması kadar aynı zamanda insanlığın da üyesi bulunması çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk olmaktan çıkarmıştır. Bu açıdan Anayasanın 2. maddesi hükümlerinin gereği olarak "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini" de itiraz konusu kuralın değerlendirmesinde gözden uzak tutmaya imkân bulunmamaktadır."[49]

SONUÇ

Görüldüğü üzere, otorite-hürriyet, devlet-birey ikileminde daha çok birincisine ağırlık veren bir sistemin ürünü olarak ortaya çıkan 1982 Anayasası hükümlerini değerlendiren Anayasa Mahkemesi, insan hakları kavramı ile ilgili olarak pek çok alanda olduğu gibi, Türkiye açısından kendine has bir sistem geliştirmeye, bir model öngörmeye çalışmaktadır. Bir yerde hem evrensel hukuk değerlerine göre hareket etme çabası diğer yer de bu kendine özgülüğün yarattığı statükoculuk.

Ancak unutulmaması gereken en önemli şey, Anayasa'da her ne şekilde yer alırsa alsın veya onu uygulayacak kişiler için ne ifade ederse etsin, çağdaş hukuk ve uluslararası hukuk değerleri açısından "insan hakları", ulaşılması gereken nihai hedef olduğu sürece, bir hukuk devleti olduğunu iddia eden, Türkiye Cumhuriyeti açısından da en temel, vazgeçilmez unsur olarak ele alınmayı gerektirecektir.

Her ne kadar mevcut Anayasamızın insan haklarına yaklaşımı açısından 1961 Anayasası'na göre bir gerileme sözkonusu olsa da, Yüksek Mahkeme'nin bu ilkeyi anayasanın ilk yapıldığı tarihten bugüne ele alış tarzındaki değişikliğin (olumlu yaklaşımın) kendi egemenlik hakkını hiç kimse ile paylaşmak istemeyen yasama organı açısından da bir örnek teşkil edebileceği unutulmamalıdır. Mahkemenin bu yönde evrensel hukuk değerlerini

---

47 ***TEZİÇ,*** Anayasa Hukuku, s. 7 vd.

48 Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.1993 tarih ve E: 1992/1 ve 1993/1 sayılı kararı, RG. s. 21672, tarih 18.08.1993, s. 209–212.

49 Anayasa Mahkemesi'nin 29.01.1980 tarih ve E: 1979/38, K: 1980/11 sayılı kararı, AYMKD. 1991, s.18, s. 97.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yakalamak için olması gereken hukuku göz önüne alarak daha geliştirici ve yapıcı yorumlar getirebileceği ve böylece kendisinin çağdaş olmadığı iddia edilen 1982 Anayasası'nın hiç değilse yorum yolu ile daha çağdaş bir hal kazanmasında çok büyük rolünün olduğu ve olması gerektiği göz ardı edilmemelidir. Kaldı ki, biraz da[50] bu etkin rolün sonucu olsa gerek, Yasama, 2001 Anayasa değişikliği[51] ile 1982 Anayasası'nın 2. maddesindeki hükmü aynen korumakla beraber 14. maddeye; "...**insan haklarına dayanan** demokratik ve laik Cumhuriyeti..." ibaresini eklemek suretiyle, kısmen de olsa bu iki formülü birlikte ele almış ve değerlendirmiş olmaktadır zaten[52].

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

50 "Biraz da" ibaresini kullanmamın sebebi; söz konusu Anayasa değişikliklerinin salt kendi irademiz doğrultusunda değil, Batı'nın (Avrupa Birliği'nin) etkisinin daha fazla olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

51 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun. (17/11/2001 tarih ve 24556 sayılı mükerrer RG.) Söz konusu değişikliklerin genel bir değerlendirmesi için bakınız: ***PARLA,*** Türkiye'de Anayasalar, s. 157 vd.

52 ***TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU,*** 1982 Anayasasına Göre ..., s. 65.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

KAYNAKÇA

AKAD, Mehmet: Genel Kamu Hukuku, İstanbul, Filiz, 1993.

DEMİR, Fevzi: Anayasa Hukukuna Giriş, 5. Baskı, İzmir, Barış, 1998.

DURAN, Lütfi: Türkiye Yönetiminde Karmaşa, İstanbul, Çağdaş, 1988, s. 290–291.

GEMALMAZ, Semih: Ulusal ve Uluslararası Düzlemde İnsan Hakları, c. 10–11–12, İstanbul, İBD., 1986.

GEMALMAZ, Semih: Olağanüstü Rejim Standartları, İstanbul, BDS., 1991.

GÖZÜBÜYÜK, Şerif: Anayasa Hukuku, 5. basım, Ankara, Turhan, 1995.

İÇEL, Kayıhan-DONAY, Süheyl: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. baskı., İstanbul, Beta, 1999.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, Ankara, İmge.

KILINÇ, Ahmet: "İnsan Haklarının Anayasal Konumu", AÜEHFD, c: IX, sy: 1-2, 2005.

MOURGEON, JACQUES: İnsan Hakları, İstanbul, İletişim, 1990.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 1984.

ÖZSOY, Şule: "1982 Anayasası'nda İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesi", Oğuz İmregün Armağanı, İstanbul, Beta, 1998.

PARLA, Taha: Türkiye'de Anayasalar, İletişim, İstanbul, 2002.

SABUNCU, Yavuz: Anayasaya Giriş, 4. baskı, Ankara, İmaj, 1996.

SAĞLAM, Fazıl: "General Framework of the Fundamental Rights and Freedoms Under The 1982 Constitution", Turkish Yearbook of Human Rights, c: 14, Ankara, TODİAE, 1992.

SAVCI, Bahri: İnsan Hakları Üzerine, Uluslararası Alanda, Norm-İlkeler ve Türk İç Hukuku, c. 35, AÜSBFD., Ankara, 1980.

SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı (1961 Anayasası), 5. baskı, Ankara, Gerçek, 1979.

SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı (1982 Anayasası), 8. baskı, İstanbul, Gerçek, 1990.

TANÖR, Bülent: Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, c: I, İstanbul, BDS, 1991.

TANÖR, Bülent: İki Anayasa 1961–1982, 2. baskı, İstanbul, Beta, 1991.

TANÖR, Bülent: "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi", İnsan Hakları, İstanbul, YKY, 2000.

TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 6. baskı, İstanbul, Beta, 2004.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 5. baskı, İstanbul, Beta, 1998.

UYGUN, Oktay: 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul, Kazancı, 1992.

UYGUN, Oktay: "İnsan Hakları Kuramı", İnsan Hakları, İstanbul, YKY, 2000.

YÜZBAŞIOĞLU, Nemci: Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF, İstanbul, 1994.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ 1883

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

FRANSA İDARE MAHKEMELERİ'NİN GELİŞİMİNE İLİŞKİN YANSIMALAR*

*Çev: Ar. Gör. Veysel GÖRÜCÜ***

ÖZET

Fransa İdare Mahkemeleri on yıldan beri çalışmalarını sürdürmektedir. Danıştay, giderek hukuksal konulara daha çok değinmekle birlikte mahkemelerde idari davaların genel olarak artış göstermesi nedeniyle, idari mahkemeler büyük oranda davaları incelemeye devam etmektedir. Bu makale, bu tür mahkemelerin iş yükünü ve Danıştay'ın iş yükü üzerine bu mahkemelerin etkisini ortaya koymaktadır.

Danıştay ve İdari Mahkemeler zamanla gelişerek ara dönemde 1953'ten bugüne kadar gelişme göstererek iki yüzüncü yılını kutladılar. Günümüzde ise, on yıldan beri idare mahkemeleri çalışmalarını sürdürmektedirler. Bu durum, Fransa İdare Mahkemelerini incelemek için bir fırsat yaratmaktadır.

Yazar, Fransa'daki mahkemelerin bu ikili sistemini benimsetmeye çalışmayacaktır. Yazarın böyle bir niyeti yoktur. Tüm çağdaş milletlerin hukuksal yapılarındaki genel ortak prensip olarak, anayasal değerlere uygunluk Fransa'da da esastır.

Ayrıca yazar, idare mahkemelerinin yoğun ve yorucu işleyişlerini de burada anlatma amacında değildir. Temyiz mahkemesi (Yargıtay)'dan geçen tüm davalar (Brown and Bell, 1998:118) Danıştay ve Sayıştay'a bütçe finans disiplini mahkemesine, mesleki disiplin kurallarına, göçmen mahkemeleri komisyonuna ve sosyal amaçlı merkez komisyonları gibi kurumlara gönderilir.

– 1 Ocak 2000 tarihi itibariyle idari istinaf mahkemeleri ve Danıştay'ın hukuki aktivitesi nedir?

– 2000'li yılların başı itibariyle idari istinaf mahkemeleri ve Danıştay'ın kendi rolleri nelerdir?

---

* Makalenin yazarı Marie-Aimée Latournerie'dir.

** Konya Selçuk Üniversitesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

– Yirminci yüzyılın başında Fransa İdare Mahkemelerinin ayrıntılı fonksiyonu nedir?

Bu makale yukarıdaki sorularla ilgilenen genel idare mahkemeleri konusuna yoğunlaşmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdari yargı rejimi, idare mahkemeleri.

I. OCAK 2000 TARİHİ İTİBARİYLE İDARİ İSTİNAF MAHKEMELERİ VE DANIŞTAY'IN HUKUKİ AKTİVİTESİ

Şu gerçeği gözden kaçırmamak önemlidir, mahkeme işlevini özellikle idare mahkemeleri kanalıyla yerine getirmektedir, yasama organı, bu kurumlara adli olmayan konularda da danışmaktadır (idare mahkemelerinin uzlaştırma görevi, belli idari komitelerin yönetimi ve mahkemelerin isteği durumunda danışmanlık rolü).

Danıştay'ın yapısı ve fonksiyonları incelendiğinde, bu kurumun hukuki olduğu kadar idari birtakım fonksiyonlarının da olduğu rahatlıkla görülebilir.

Burada verilen istatistikler bu kurumun sadece hukuki fonksiyonları ile ilgili olanlarıdır. Böylece özellikle Danıştay için rakamlar verilmekte olup, bu rakamlar diğer kurumların da durumunu ortaya koyucu bir özellik taşımamaktadırlar.

– 1 Ocak 2000 tarihi itibariyle bazı istatistikler

Tablo 1, 2 ve 3'de görüldüğü gibi, 'yeni davalar' ile gösterilenler kayıtlı davaları, 'kararı verilmiş davalar' ise mahkemeler tarafından karara bağlanmış davaları göstermektedir. Ayrıca "net" istatistikler,devam eden davaları kapsamamaktadır, bu davalarda hakim hukuksal konuya değinmek zorundadır, Danıştay'da ve uyuşmazlık bölümünde başkanın emirleri, İdare mahkemeleri içerisinde rekabeti sağlamak amacıyla sınırlanmaktadır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Tablo 1: Fransa Metropolünde 27 İdare Mahkemesi, denizaşırı yönetimlerde 6 İdare Mahkemesi ve denizaşırı topraklarda 2 İdare Mahkemesi

	Brüt	Net
1999'daki yeni davalar	120,567	117,427
1999'da kararı verilmiş davalar	116,273	112,198
1 Ocak 2000 tarihi itibariyle bekleyen davalar	221,542	209,247

Tablo 2: Yedi İdari İstinaf Mahkemesi (Bordeaux, Douai, Lyons, Marseilles, Nancy, Nantes ve Paris)

	Brüt	Net
1999'daki yeni davalar	18,633	16,056
1999'da kararı verilmiş davalar	14,987	11,390
1 Ocak 2000 tarihi itibariyle bekleyen davalar	37,654	33,798

Tablo 3: Danıştay

	Brüt	Net
1999'daki yeni davalar	12,747	8,817
1999'da kararı verilmiş davalar	13,551	7,581
1 Ocak 2000 tarihi itibariyle bekleyen davalar	11,962	9,731

II. SON 10 YILDAKİ GELİŞMELER

A. İDARE MAHKEMELERİ

Son 10 yılda iki yeni idare mahkemesi oluşturuldu. Bunlar biri, 1 Nisan 1994 tarihinde Momoudzou bölgesinde kurulan Arazi Tapulaştırma Mahkemesi, bu mahkemenin üyeleri Saint de la Reunion' idare mahkemesi olarak görev yaptılar. Bir diğeri ise, 1 Eylül 1997 tarihinde Melun'da Paris İdare Mahkemesi serbestlik kazandırmak üzere kuruldu.

Yeni davaların brüt sayısı 1989'dan beri % 70 oranında artış gösterdi. İdare mahkemesini tümüyle etkileyen uygulamalarda bir artış, hatta mahkemelerin kararlarında, farklı ekonomik ve sosyal gelişmeye sahip bölgelerde davaların zaman ve büyüklüklerinin dahi çeşitlilik gösterdiği görülmektedir.

1989 yılında idare mahkemesinde görev yapan hakimlerin sayısı 400 civarında idi ve bu rakam 1 Ocak 2000 yılına gelindiğinde tedrici olarak 576'ya yükseldi. Bununla birlikte zabıt kâtiplerinin sayısında da paralel bir artış oldu ve 1999'da bunların sayısı da 737'ye yükseldi. Bilgi teknolojisi ve prosedürlerdeki bazı gelişmelerle birlikte (aşağıda yer verilmiştir) personel sayısındaki bu artış, 1999'da kararı verilmiş davaların brüt sayısının,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1989'dakinin iki katına çıkması ile açıklanmaktadır. Tüm bunların ışığı altında, 1 Ocak 2000'de hakim başına ortalama dava yükü, bir mahkemeden diğerine hala önemli ölçüde farklılık göstermemektedir.

B. İDARİ İSTİNAF (YENİDEN DURUŞMA) MAHKEMELERİ

1 Ocak 1990 tarihinde, beş tane idare istinaf mahkemesi bulunmakta idi ve bunlar idare mahkemelerinin reformlarını gerçekleştirmek üzere 31 Aralık 1987 tarihli 87–1127 sayılı uygulamaları yapmak amacıyla 1 Ocak 1989 tarihinde kurulmuşlardı.

Bunların amacı, belediye ve kanton seçimleri ile ilgili konular istisna olmak üzere, idare mahkemesi hakimlerinin temyiz işlemlerinin tedricen merkezden yapılmasını içermektedir.

1 Ocak 2000 tarihinde, yedi adet idari istinaf mahkemesi vardı. Marsilya'da idari istinaf mahkemesi 1 Eylül 1997'de Lyon be Bordeaux mahkemelerinin sorumluluk alanlarının bölünmesi neticesinde kuruldu ve Douai ise 1 Eylül 1999'da benzer şekilde Nancy ve Nantes mahkemelerinin bölünmesi neticesinde kurulmuştur.

1999 yılında yeni davaların brüt sayısı 1989'daki davaların hemen hemen iki katına ulaştı. Bu durum, temyizdeki artışlardan kaynaklanan bir sonuç değildir ve temyizlerin miktarı davaların ancak % 16'sıdır. Aşağıda açıklanan iki gelişmenin doğal sonucu bu durumu doğurmuştur.

Birincisi, 1995 yılına kadar mahkemelere yetkileri tamamen verilmemiştir. İkincisi ise, yukarıda bahsedildiği gibi, idare mahkemeleri tarafından verilen kararların sayısı 1989 ve 1999 yılları arasında önemli ölçüde artmıştır.

Aynı periyot içerisinde, idari istinaf mahkemesine atanan hakimlerin sayısı 1989'da 46'dan, 1 Ocak 2000'de tedricen 144'e yükselmiştir (Bu sayıya mahkemelerin başkalından oluşan yedi Danıştay üyesi dahil değildir). Personel sayısındaki bu artış, yeni kurulan mahkemelerin sahip olduğu deneyim ve 1999'daki 213 zabıt kâtibinin de mevcut olması ile 1999 yılında karara bağlanan davaların sayısı neredeyse 1989 yılındakinin 6 katına ulaşmıştır. Tüm bu kapsamda, bütçedeki kaynakların yenilenerek gelişimi, incelenecek davaların birikmesini önleyecek kadar yeterince hızlı gerçekleşmemiştir ve 1 Ocak 2000 tarihinde dava sayısı, 1 Ocak 1999'dakinin beş katına ulaşmıştır.

C. DANIŞTAY

1999 yılında yeni davalar ve karara bağlanmış davaların her ikisi için de brüt rakamların, 1989'dakilerden daha yüksek olduğu dikkat çekicidir (sırasıyla % 55 ve % 65 daha yüksektir). Bu olağanüstü durum, idari istinaf mahkemelerinin oluşumu içerisinde şu ana kadar yer almayan Danıştay tarafından kararlaştırılacak davaların sayısını düşünmeye sevk etmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Fakat bu durum iki nedenden dolayı daha dikkatli analizin yapılmasını gerektirmektedir. Birincisi, yeni davalar ve bunlardan karara bağlanmış olanlar açısından, Danıştay'ın adli işlevinin gerçekten önemli istatistikleri, serilerin ve uyuşmazlık Bölümü'nün Başkanı'nın kararlarının net sayılarıdır ki bunlar, davanın özüne dokunmaksızın, idare mahkemeleri arasında davayı çözebilme yeterliliği ile sınırlıdırlar.

İkincisi, vizelerin reddi nedeniyle ortaya çıkan davalar, göçmenlerin statülerinin reddedilmesi veya yasadışı yollardan giriş yapma veya uzun süreli kalış yapanlar, yeni davaların ortaya çıkmasında en önemli nedenler olarak görülmektedir (1999'da 8817 davanın 5058'i bu şekildedir).

Bundan başka, bu olağanüstülük, Danıştay'ın temyiz hakimi ile Yargıtay hakimi arasındaki adli işleyişindeki rolünü bozmaktadır. Uç yapıcı örnek bu olağanüstü durumu gösterebilir.

İlk ve son kararda hakimin yeterliliğinden dolayı Danıştay'a toplam müracaatlar 1989'da % 20'den 1999'da % 38'e yükseldi. Fakat müracaat konusu kapsamında çok daha fazla kararname veya düzenleyici metin, mahkeme idaresinin yetkilendirdiği tek bir alandan daha geniş alanı kapsamaktadır. Ayrıca o bir gerçektir, çünkü elçilikler tarafından yabancılara vize verilmemesi bu kapsamdadır, toprak ihtilafları konusunda mahkemenin yeterliliği bulunmadığı durumlarda ve yabancılara vize verilmemesine ilişkin itiraz mahkemesi önemli gelişmeler kaydetmiştir, şimdilerde ise yasal yapıyı daha fazla kısıtlayıcı bir durum söz konusudur.

Aynı şekilde, 1999 yılında mahkemelerin verdiği kararlardan 2000 civarında karar Danıştay'a intikal etmekle birlikte bunların hemen hemen tamamı sınır dışı etme ile ilgili temyiz davalarıdır. Bu konuya ilişkin temyiz kararı hemen verilmemekte ve istinaf mahkemesine (yeniden duruşma) havale edilmektedir. Çünkü ilk etapta yürütmeyi durdurma kararı verilmekte ve idare mahkemesinin çok kısa bir süre içerisinde kararını vermesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, 1999 yılında 8817 müracaattan 3176'sı temyiz yoluna başvururken; sadece 1707'si istinaf mahkemesinin kararlarının aksi yönünde sonuçlandırılmıştır. Geriye kalan davalar ise farklı uzmanlık alanlarında olup, yeniden duruşma aracılığıyla Danıştay'a görülebilmektedir. İstinaf mahkemesinin kararlarına itiraz nedeniyle temyize giden davaların ortalama oranı gerçekte sadece % 14'tür.

III. İDARE MAHKEMELERİNİN ROLÜ, 2000'Lİ YILLARDA İSTİNAF MAHKEMESİ VE DANIŞTAY

İdare mahkemeleri piramidin tabanında yer alan bir fonksiyona sahiptirler ve bunlar idari davanın ilk aşamasında normal hakim gibi görev yaparlar, uygulamada ise son başvurulacak hakim olarak işlev görürler.

Yürürlükte Danıştay'a ilk etapta atfedilen özellik iki şekilde görülmek-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tedir, bir yandan ferdi kararlar veya düzenleyici kararlara karşı, bakanların düzenleyici kararlarına ve idari kararlara karşı dava açabilme yolunun bulunmasıdır. Diğer yandan ise, tek bir idare mahkemesinin yetki alanının ötesindeki davalara ilişkin idari kararlara karşı yeniden dava açabilme veya idare mahkemelerinin kararları çerçevesinde yer alan konuların dışındaki idari davalar bu kapsama girmektedir.

Yeterliliklerin yerel otoriteler durum yeterliliğine ait çok sayıdaki ferdi kararlar kategorisi üzerinden üst düzeyde transferinde çift taraflı bir hareket bulunmaktadır, durum yeterliliği son 15 yılda gelişmiştir ve muhtemelen gelişmeye devam edeceği gözükmektedir. Bu durum mahkemelere dava açılışlarında, olayların sıradan konusuna bağlı kalınarak yanlış mahkemelere dava açılması ve böylece dava yükünün yanlışlıkla değiştirilmesini ortaya çıkaracaktır.

Bundan da öte, yetkili elçilikler tarafından vize verilmemesi ile ilgili durumlar hariç olmak üzere, Danıştay on yıl önceki dava sayısından daha çok sayıda davayı ilk kez incelemek üzere kabul etmemektedir. 1999'da Danıştay'ın ilk kez almış olduğu müracaatlar, idare mahkemelerinin aldığı müracaatların % 3'ünden daha azını kapsamaktadır.

Özellikle, idare mahkemesi kararlarının temyize gidenlerinin oranı % 16 düzeyindedir. Temyize giden davaların üçte ikisi aynı şekilde geldiği gibi onaylanmaktadır. Çok çeşitli konularda (vergi, kamu hizmeti, planlama ve çevre, taahhütler ve imar işleri, yabancılara ilişkin düzenleme ve diğer düzenlemeler) idari davalar açılabilmekte ve bunların sayısı, bu konulardaki davaların toplamı şeklinde bulunabilmektedir.

Genel olarak, yeterli düzeyde idari davalar sürekli açılmaktadır, bununla birlikte ilişkiler, her idare mahkemesinin hukuki kararının dengeli olabilmesi gereği ve özellikle idare mahkemesinin kararlarının dayanakları ile müracaatların sürekli artma eğiliminde olması ve davacıların makul bir süre içerisinde bir karara ulaşılması yönündeki güçlü talepleri koşuluna bağlı olarak sınırlandırılmaktadır.

Yukarıda bahsedilen adli ve idari işleyişin paralelinde bu işlerin yürütülebilmesi için bütçe kaynaklarının da düzenli bir artış göstermesi gerekmektedir. Kanun koyucu; idare mahkemeleri ve idari istinaf mahkemeleri kanununun 4. maddesinde bazı istisnai durumları açıklığa kavuşturmak üzere son on yılda 2 – 3 kez bunun üzerinde çalışma yürütmüştür, bu konuda hakem kararları başkan dahil en az üç hakim tarafından alınmaktadır.

Dava konusuna göre az veya çok kısaltılmış bir prosedürün arkasından, idare mahkemeleri kayıtlı ve karara bağlanacak konulara ilişkin tüm müracaatların bugünlerde hemen hemen üçte biri tek hakim tarafından sonuçlandırılmaktadır. Bu durum önem arz etmektedir, zira idari konularda kanun koyucu tarafından tek hakimin karara alması seçeneği yolunu tercih

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

eden uygulama başlamıştır, kronolojik olarak bu uygulama özellikle sınır dışı etme konusundaki emirlerin düzeltilmesi bakımından özel bir rejimdir. Fakat geçmişte bu durum, talep baskısına mahkemelerin ilk aşamada adaptasyonu için öncelikli olarak uygulaması gereken bir yenilikdi.

İdari mahkemeler tarafından alınan kararların yeniden gözden geçirilmesi için idari istinaf mahkemelerinin bir girişimde bulunma yetkisi yoktur, bununla birlikte bir istisnai durum olarak belediye ve kanton seçimlerine ilişkin davaların temyizi Danıştay'da görülmektedir. Bu durum, Danıştay tarafından uygulanan prensibin bir sonucudur. Dosyadaki dokümanlar değiştirilmediği sürece, daha alt düzeydeki bir mahkeme hakimi veya temyiz hakimi tarafından karar tartışılamaz, aksi takdirde hukuksal bir hata veya hukuki kategoride bir hata yapılabilir.

Sonuç olarak, idari istinaf mahkemeleri uygulamada idari yargı açısından önemli problemleri belirlemektedir. Örneğin kamu çalışanlarının başarısız olup olmadığı veya tazmin edilmesi gereken kayıp miktarı veya yapılan işlerin vergi açısından muhasebe değeri ya da kamu yararı bakımından bir binayı inşa eden firmanın binadaki eksiklikler nedeniyle yüklendiği taahhüt sonrası sorumluluk bu kapsamdaki problemlerdir.

İdari istinaf mahkemelerinin sayılarının az olması ve kâğıt ya da bilgisayar ortamındaki dışsal ve içsel kararları kullanmaları, duruşmanın bir bölümü olan karar alma aşamasında homojenliği sağlamada büyük kolaylık getirmektedir. İdare mahkemeleri ve idari istinaf mahkemelerinin üyeleri aynı kuruma bağlı olarak çalışırlar (bununla ilgili olarak 6 Ocak 1986 tarihli 86–14 sayılı karar, 25 Mart 1997 tarihli 97–276 sayılı en son düzenleme ile değiştirilmiştir). Bu mahkemelerin üyelerinin terfisi büyük oranda verdikleri ilk karar ile temyiz kararı arasındaki uyuşmaya bağlıdır, şunu hemen hatırlamak gerekir ki, temyiz işlemi mahkemelerdeki aynı konulu davalarda alınan çok farklı kararlar arasında birlikteliği ağlamaya yönelik ciddi katkılar yapmaktadır.

Danıştay, idare mahkemeleri içerisinde ikili bir rol üstlenmiştir. Birinci olarak, Danıştay ülke sınırları içerisinde idari kapsamdaki genel hukuksal prensipler ve yazı kurallar bakımından birlikteliği (yeknesaklığı) sağlamaktadır. Danıştay yıllardan beri geleneksel şekilde bu rolün gereğini, ilk ve son başvuru mercii olarak, temyiz mercii olarak veya temyize başvuru mercii olarak yerine getirmektedir.

Bununla birlikte, 31 Aralık 1997 tarihli 97–1127 sayılı düzenleme, idare mahkemeleri hakimlerinin üzerinden temyiz yükünü kaldırmayı amaçlamıştır.

Sonuçta idari istinaf mahkemelerinin kararlarına karşı açılan temyiz başvurularının sayısında artış olmuştur. Böylece, yeni hukuki problemlere verilecek cevapları daha hızlı bir şekilde ortaya koyabilmek için bir mekanizmanın bulunması (çözüm yolunun) gereği ortaya çıkmıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu yeni düzenlemenin 12'nci maddesi, yeni bir hukuksal davanın kararında oldukça ciddi zorluklarla karşılaşılıyorsa o takdirde karar verilmeden önce dosya idari mahkeme veya idari istinaf mahkemesi tarafından önce Danıştay'a gönderilir ve kararın bir parçası olarak oradan gelecek cevap istenir, böylece daha temyiz işlemi başlamadan dava dosyası önce Danıştay'a gönderilerek dosya sağlam hukuksal prosedürlere göre incelenir.

Danıştay üç ay içerisinde bu davayı incelemelidir. Dava ile ilgili bir fikir oluşturulamadığında yada karar için süre yetmediğinde, Danıştay fikrini beyan edinceye kadar dava tüm yönleri ile beklemede kalır.

Danıştay'ın beyan ettiği fikir normal mahkemeyi yasal olarak bağlamaz; ancak adli sistemin sağlıklı işleyişinde, mahkeme kararının arkasından bu karar için temyize başvurma yoluna gerek kalmaması istenen bir durumdur. Bu mekanizma, yeni yasal uygulamaların yorumlanmasını hızlandırmak için uygun bir mekanizma olarak kendini göstermektedir, örneğin vergi konularında veya idari mahkemelere başvuru prosedürünün kurallarının açığa çıkması bakımından önemlidir.

İdare mahkemeleri sistemi içerisinde Danıştay'ın ikinci rolü, idare mahkemeleri ve idari istinaf makinelerinin yönetimi ve denetimi ile birlikte bunların üyelerinin ilk baştaki ve devam eden eğitimlerini sağlamaktır. 31 Temmuz 1945 tarihli kararnamenin 23. maddesi Danıştay'a idare mahkemelerin denetimini sürekli görev olarak vermiştir. Bu görev, diğer Danıştay üyelerinin yardımcı olduğu Danıştay Başkan Yardımcısı'nın yetkisi altında getirilir.

1953 yılında idare yargı görevi yanında valilere danışmanlık yapan organ (İl İdare Kurulu) idari mahkemelere dönüştürülmüştür, ilk etapta idari hukukun normal bir hakimi şeklinde çalıştılar. Denetim hizmetinin sorumlusuna, idare mahkemeleri başkanlarının değerlendirilmesi görevi verilmiştir ve bu değerlendirme yıllık bazda yapılmıştır, hatta bu mahkemelerin üyeleri daha sonraları içişleri bakanlığı tarafından yönetilmiştir.

Bu belirsiz durum, ilk kez temel olarak 6 Ocak 1987 tarihli 86–14 sayılı düzenleme ile değiştirilmiştir. Bu düzenleme, on üç üyeden oluşan yüksek konseyin, beş üyesi kurum üyeleri tarafından seçilecek ve ayrıca sırasıyla cumhurbaşkanı, meclis başkanı ve senato başkanlığı ile Danıştay başkan yardımcısı tarafından aday gösterilmiş üç kişiden oluşan idare mahkemelerinin üyelerinin bağımsızlığını teminat altına alan kurallar getirmiştir.

Yüksek Konsey, mahkemelerin organizasyonu hakkındaki sorulara ilişkin tavsiyeler veya hakimlerinin kariyerleri ile ilgili konularda fikir belirtmek gibi bir güce sahiptir.

31 Aralık 1987 yılında idari istinaf mahkemelerinin kurulması ile ikinci adım atılmış oldu.19 Aralık 1989 tarihli ve 89–915 sayılı Kararname idari mahkemelerin ve idari istinaf mahkemelerinin yüksek konseyinin başkanının, Danıştay Başkan Yardımcısı olmasını sağlamıştır.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yüksek Konseyin Başkanı olarak Danıştay Başkan Yardımcısının görevi, idari mahkemeler ve idari istinaf mahkemelerinin kurallarının yönetimini sağlamak ve mahkemelerin giderlerini denetlemektir

Böylece bir yanda on yıldan beri tüm ilgili bütçe kalemleri Adalet Bakanlığı bütçesine verilmekte ve bu bütçe kalemlerinin yönetimi Danıştay Genel Sekreterliği Ofisi tarafından yürütülmektedir. Diğer yandan, yüksek konseyin fikirlerine ve önerilerine uyulmaktadır.

Uygulamada davalara bağlı olmak üzere karar mercii Cumhurbaşkanı, Adalet Bakanı veya Adalet Bakanı'nın temsilcisi olarak Danıştay Başkan Yardımcısıdır.

Ayrıca, İdare Mahkemeleri ve İdari İstinaf Mahkemelerinin kurullarının statüsü, Danıştay'da 6 aylık bir görevlendirme esasına dayanır. Stajyer Hakim bir mahkemeye atanmadan önce, ulusal yönetim okuluna çalışma yapmak üzere gönderilir veya en az süreli devlet memurları A kategorisi eğitim programındaki seçimlerden sonra ataması yapılır.

Bu tip seçim ve atama işlemleri ile yerinde yapılacak periyodik denetleme uygulaması; Danıştay, normal mahkemeler ve idari mahkemeler arasında bilgi akışına katkı sağlamaktadır, özellikle hakimler ve mahkeme görevlilerinin kariyerleri konusu ile mahkeme kararlarına yardımcı olacak bilgisayar temelli dava yürütme işlemlerinde ve yazılı mahkeme kararlarında katkı sağlamaktadır. Bu durum, idare mahkemelerinin etkinliği ve değerlendirilmelerine ilişkin tüm kriterlerin ortak yansımasını da ortaya koymaktadır.

IV. 21'İNCİ YÜZYILIN BAŞINDA FRANSIZ İDARE MAHKEMELERİNİN KAPSAMLI FONKSİYONU

Genel olarak, hâkimlerin hızlı ve etkin karar verme isteği giderek artmaktadır. İdari Yargı prosedürünün prensipleri ve kuralları, 2000 yılında yürürlüğe girmesi gereken idari mahkemeler sistemi içerisinde şekillenecektir. Bu konu, önemli gelişmeleri kapsamaktadır. Bunlardan bazıları gelenekseldir, idare hâkimi, taraflar arasında ve yazılı olarak yargılama prosedürünü işletir ve belirli bir zaman sınırı içerisinde davalını gözlemlerini ortaya koyması için teşvik edici bir güce de sahiptir. İdare hakimi, yargılama sürecini bir tarihte bitirerek kararını vermektedir, veya hatta dava müracaatının gerçekleşmesinden belli bir süre sonra da kararını verebilmektedir.

İdari mahkemenin kararının temyizi geçici bir erteleme etkisine sahip değildir ve bu nedenle, eğer davalı müracaat ederek temyiz mahkemesinden davanın geçici olarak durdurulması sonucunu alıyorsa, davalı sadece karara uyma durumunda olabilir.

Bazı önemli gelişmeler ise son yıllarda ortaya çıkmıştır. 8 Şubat 1995 ta-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rihli 95–125 sayılı yasa şunu getirmiştir, son hükmün veya kararın yürütülmesinde bir başarısızlık olması durumunda, eğer yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekiyor ve mahkeme tarafından verilen kararın uygulanmasındaki adımlar belli bir süre içinde gerçekleşmiyorsa; bundan dolayı zarar gören taraf, kararı veren mahkemeye müracaat edebilir ya da karar, temyiz işlemi için temyiz mahkemesine gider.

Bu kanun aynı zamanda, davacının idare mahkemesi, idari istinaf mahkemesi veya Danıştay'dan izin (örneğin planlama izni) iptali talebinde veya gerekli durumda ya verilen izni yerine getirme veya en azından belli bir zaman dilimi içerisinde müracaatın yeniden incelenmesi talebinde bulunabilmesine imkan tanımaktadır.

Tecrübeler göstermiştir ki, 8 Şubat 1995 tarih ve 95–125 sayılı yasa ile getirilen yeni yaklaşımlar özellikle bazı şahsi konuları çözüme kavuşturmak için kamu hizmetlerinin görülmesinde veya yabancılar konusunda davacılar ve onların danışmanları tarafından kullanılmıştır, fakat bu yaklaşımlar aynı zamanda bazen yetki aşımı davası durumlarında, kanunu uygulamak için düzenlemeler yapmak amacıyla hükümete kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin karşısında olunduğu zamanlar da kullanılabilir.

Fransız İdari Mahkemelerine kısa bir süre sonra yeni bir çalışma alanı açılacaktır. Yazım sırasında, parlamentoda iki yeni yaklaşımı içeren kanun teklifi tartışılıyordu. Bir yandan kanun teklifi, idari ıslah uygulaması için kamu görevlilerinin kişisel durumları hakkındaki kararlara karşı, bir kamu görevlisi tarafından mahkemelerdeki gelişmelerin belirlenmesi amacıyla Danıştay'da yapılacak bir kanun hükmünde kararnameyi getirmektedir. Bu kararname, son yıllarda sonuç verici gelişmelerin sağlandığı idari konularda karar vermenin alternatif şekillerinin dizaynına ilişkin prosesi yeniden harekete geçirmeyi içermektedir. Bunlar arsında 6 Ocak 1986 tarihli yasa ile idari mahkemelerin uzlaştırıcı ek fonksiyonları ve bazen önemli miktarda para konularının da geçtiği davalar söz konusu olabilmektedir.

Diğer yandan yukarıda anlatılanlardan başka, mevcut prosedürlerin basitleştirilmesi, birleştirilmesi ve onların içsel mantığının genişletilmesi ile bu yaklaşım idari konularda samimi bir yargı oluşturmaktadır, bu yaklaşım aynı zamanda, yazılı veya sözlü olarak taraflar arasındaki yargılama süreci sonunda, belirli bir zaman içerisinde kamuda karar verilebilmesi için ihtiyati tedbirleri de ortaya koymaktadır.

Acil durumlarda yargıç özellikle, kamu kurumunun veya kamu hizmeti gören özel sektörün yasadışı uygulamaları nedeniyle ciddi tehdit altında bulunan insan haklarını korumak için gerekli tüm önlemleri alabilir. Oysaki kamuoyuna açık olma ve rekabet unsurları bakımından kanuna uymayan yönlerin Avrupa direktifleri ile uyumlu hale getirilmesi için gerekli düzenle-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

meler yapılır, prosedür tamamlanıncaya kadar anlaşmanın imzalanmasını ertelemek amacıyla müracaat yapılır yapılmaz koruma önlemi olarak hakim gerekli işlemi yapar.

Kanun yürürlüğe girdiğinde, bir mahkemenin başkanı olacak yargıç veya başkan tarafından en az kıdemliliğe sahip hakim gerekli tedbirleri alma yetkisini elinde bulunduracaktır ve daha alt düzeydeki mahkeme tarafından dava ile ilgili karar verilinceye kadar tarafların gücünü dengelemek amacıyla kamuoyunda sözlü bilgiler ışığı altında çalışmalarını gerçekleştirecektir.

Biraz iyimser düşünce ile davacılar ve bunların danışmanlarının bu yeni yasal yolu kullanacakları düşünülebilir. Şunu söylemek mümkündür, sadece belirli kişisel davaların olması durumunda, yargıç idarenin bir kararı veya davranışından yasadışı zarar gördüğünü düşünebilir veya yasadışı durumu derhal durdurmak için uygun koruyucu önlemi kamu hizmeti yaparak alan özel sektör kurumunun söz konusu olduğu durumlarda, son karar bazı pratik etkilere sahip olacaktır.

Şu konu önemlidir ki, müracaatlarla ilgili olarak hakimlerin harcadığı zaman ile davaların karara bağlanması sırasında harcanan zaman arasında uygun bir denge yakalayabilmek için idare mahkemeleri çalışmalarını yoğunlaştırabilirler bu işlem makul bir süre içerisinde yapılmalıdır, bu süreçte duruşmanın her kategorisi dikkate alınmalı, her iki tarafın incelemesini takiben, Danıştay'daki kanun sözcüsünün ulaştığı sonuçlar belirlenmelidir.

Mahkemelere tanınan adli rol göz önüne alındığında, hakim mahkemenin bir üyesidir, bu hakim, konular hakkında düşüncelerini beyan edebilir ve he duruşmada bunlar gerçekleşebilir ama tarafsızlık ve bağımsızlık esastır. Kanunlarla birlikte, davalara ilişkin hükümlerin görüşleri de kararı şekillendiren önemli bir unsurdur.

Bu konuda tam resmi bir tanımlama henüz olmamakla birlikte, uzun zamandan beri uygulamadan edinilen tecrübe şunu göstermektedir, bu fonksiyonları taşıyan hakimler adli fonksiyonlarının şeffaflığına katkıda bulunmaktadırlar ve fonksiyon sadece Danıştay tarafından kontrol edilmemektedir, bununla birlikte idare mahkemeleri ve idari istinaf mahkemeleri tarafından ve hatta mahkeme kararının davanın sonucunu değiştirmediği durumlarda da kontrol mekanizması çalışmaktadır.

Bundan başka, idari mahkemede, bir avukat tarafından temsil edilme durumunda dava geniş bir boyut kazanır, kamu davaları ve davalının yerel kurumlar olması durumunda kanun sözcüsü dikkate değer olmayan eğitsel değere sahip olabilir, özellikle kamu kurumunun görevini yerine getirirken uğradığı başarısızlık sonucu önemli tazminatların söz konusu olduğu çok sayıdaki iddianın bulunduğu durum buna en iyi örnektir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu kapsamda, kamu yaşamında suç hukukun aşırı kullanımı konusunda mevcut Fransız kamu tartışmasının karmaşıklığını inkar etmeksizin, şu üç gerçeği benimsemek gerekmektedir. Birincisi, hakimin eğitimi ve mesleki aktivitesi yardımı ile idare hakimi diğer normal hakime göre idarenin işleyişi ve organizasyonu hakkında daha açık bilgilere ve deneyime sahiptir ve böylece idare hakimi, neyin "normal", neyin de "normal dışı" olduğunu bilir. İkinci olarak, mağdurların tazmin edilmesi hakkındaki iddialara cevap vermek gibi bir rolleri yoktur, ama kamu kurumlarına karşı meydana gelen zararın parasal yönden tazmin edilmesine ilişkin kamu hukuku kurallarını mümkün olduğu kadar uygular. Üçüncü olarak, idari yargılama prosedürü, idare mahkemesine benzemektedir.

İdari mahkeme, davada yer alan kurumun dokümanları ve belgeleri ortaya çıkarmasını emredebilir ve bu konuda kurumların başarısız olmalarından dolayı bazı sonuçlar çıkarabilir; idari mahkeme tarafsız uzman raporu isteyebilir, söz konusu yerin görülmesini veya tarafların kanıtlarını sunmaları için onları davet edebilir, doğru sonuca götürecek şekilde kişilerin toplanmasını sağlayabilir, imzaların incelenmesini isteyebilir veya üyelerden birini bölgede yeni dokümanları elde etmesi için görevlendirebilir.

Şundan da emin olmak gerekir ki, idari davaların büyük çoğunluğunda kararlar davanın tüm yönlerini kapsamaktadır. Fakat şu var ki, yeni yüzyılın başlangıcındaki genel kapsamda idari davaların varlığı dikkate değer bir orandadır ve kamu kurumları, ekonomik aktörler ve bu konunun savunucuları veya hakimin problemini çözmek istediği sosyal grup arasındaki basit anlaşmazlıkların bulunduğu davalar da yine bu gruba girmektedir.

NOTLAR

1) Makale Avrupa Kamu Hukuku Dergisi'nden alınmıştır.

Kluwer Law Internatıonal, 2000, Cilt 6, Sayı 3.

2) Yazar, Fransa Danıştayında, İdari Karaların Denetlenmesinden Sorumlu Başkan olarak görev yapmaktadır.

KAYNAKÇA

Brown, L. and J.S. BELL, (1998), **Fransa İdare Hukuku,** Oxford, Londra, 118.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

"ADİL YARGILANMA HAKKI": FRANSIZ YARGITAYI VERGİ DAVALARINA UYGULANMA ALANINI DARALTIYOR*

Laurent Poartouche, Baker & McKenzie Paris, Fransa

*Çeviren: Av. Tülin Hamit KIRANOĞLU***

1. Giriş

İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (AİHS) hükümlerinin vergi uyuşmazlıklarına uygulanabilirliği problemi bir çok davada teyit edilmiştir[1]. Bu açıdan AİHS m.6/1, vergi uyuşmazlıklarında, ek vergi tarhiyatı usulüne olası etkisi nedeniyle her zaman umut kaynağı olmuştur. Birçok Fransız uygulamacı ve avukat ek vergi tarhiyat işlemlerine karşı açtığı davalarda sıklıkla bu hükümden yararlanmayı denemiştir.

Doğal olarak, mükellefin vergi idaresine karşı savaşmak zorunda kaldığı vergi davaları "David and Goliath arasındaki savaş"a benzer. Bundan ötürü, vergi uyuşmazlıklarının, m.6/1'de düzenlenen adil yargılanma hakkının olduğu alanlardan biri olarak görülmesi zorunludur. Birçok ülkede olduğu gibi Fransa'da da m.6/1'in anlamı ve uygulanması sayısız tartışmalara yol açmış ve Fransız Hukuk ve İdare Mahkemeleri on yılı aşkın süredir aşamalı olarak geliştirilen bir çok karar vermiştir.

Son *Pelat* kararında[2], Fransız Yargıtayı bu tartışmanın sınırlarının ötesine geçti. Fransız Yargıtayı m.6/1'in vergi ihtilaflarına uygulanmayacağına karar verdi. Bu karar iki açıdan önemlidir: Çünkü birincisi, bu kararı veren Fransız Yargıtayı, Fransız Danıştayı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ile çelişen önceki içtihadından vazgeçti ve ikinci olarak, bu karar AİHS'in vergi uyuşmazlıklarına potansiyel uygulanma sahasını tekrardan daralttı.

---

* "The 'Right to a Fair Trial': The French Civil Supreme Court Reduces its Scope of Application to Tax Matters", Intertax, Volume 33, Issue 2, 2005, pp.80-85.

** İstanbul Barosu. Sayın hocam Prof. Dr. Billur YALTI'ya, yaşamın her alanında olduğu gibi bu çevirideki sonsuz desteği için de teşekkür ederim.

1 Funke v Fransa ve Miailhe, AİHM, 25 Şubat 1993, 86/1991/338/411 veya Fressoz ve Toire v Fransa, 21 Ocak 1999, 19183/85.

2 Fransız Yargıtayı, Ticaret Bölümü, 12 Temmuz 2004, 1266 FS-PBI.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bundan dolayı AİHS'in vergi davalarına uygulanabilirliği meselesi, hem m.6/1'in uygulama alanı ile ilgili olarak bugünkü tartışmaların zemininde, hem de vergi ihtilafları ile ilgili halen uygulanmaya devam edecek AİHS düzenlemelerinin kapsamı ışığında değerlendirilmek zorundadır.

2. PELAT KARARI: 6/1.maddenin "kişisel haklar ve yükümlülüklerle" ilgili uyuşmazlık olarak vergi davalarına uygulanabilirliği sorunu

AİHS, m.6/1'e göre, "Herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir.

Fransız Mahkemelerinin bugüne kadar süren 25 yıllık tartışması, m.6/1'ın vergi davalarına ne oranda uygulanabileceğini saptamaktı. Bu soru, Pelat kararına kadar, bir dizi çelişik içtihada yol açmıştı.

A. AİHM'e göre kişisel haklar ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlık kavramı

6/1.maddenin vergi davalarına uygulanabilirliğine karar verilmesi için birinci basamak, kişisel haklar kavramının vergi uyuşmazlıklarına ne oranda uygulanabileceğinin kararlaştırılması idi. 6/1.maddenin vergi davalarına uygulanabilirliği sorusu ilk kez AİHM tarafından ileri sürülen eski bir konudur. AİHM ilk kez açık olarak *X v. Fransa* kararında[3] m.6/1'in vergi davalarına prensip olarak uygulanamayacağına karar verdi; fakat, bu durum aşamalı olarak geliştirildi ve daha esnek hale geldi.

Konig v Almanya[4] kararında AİHM'in, 'kişisel haklar ve yükümlülükler' kavramının ulusal hukuklar karşısında özerk bir anlama sahip olduğuna karar verdiği akıllarda tutulmalıdır, ki bu yorum da vergi mükellefinin, koruma alanı yaratacak şekilde, medeni hak kavramına dahil edilmesinin kapısını açabilirdi. Bu açıdan, AİHM kişisel malvarlığı ile ilgili herhangi bir uyuşmazlığı kişisel haklar ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlık kavramına dahil etme eğilimindeydi. Bundan dolayı AİHM, bir vergi teşvik talebini[5] veya vergi iade talebini[6] reddeden vergi idaresinin sorumluluğu için açılan davaların kişisel haklarla ilgili uyuşmazlık olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna vardı.

Bununla birlikte, AİHM bir çok kararında m.6/1'ın tamamen vergi denetimine dayanan uyuşmazlıklara uygulanmayacağına karar verdi, çünkü,

---

3 4 Mayıs 1983, 9908/82.

4 28 Haziran 1978, 27.

5 Editions Periscope v. Fransa, AİHM, tarih 26 Mart 1992, 58/19902/249/380.

6 National & Provincial Building Society e.a. v Birleşik Krallık, AİHM, 23 Ekim 1997, 117/1996/736/933 to 935.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bunlar mükellefin malvarlığı üzerinde önemli miktarda parasal bir etkiye sahip olsa da kişisel haklarla bağlatılı uyuşmazlıklar olarak nitelendirilemezdi[7]. Fakat, bu süreç, *Ferrazını v. Italya* kararında netleşti[8]. AİHM, ilk kez, genel ilke olarak, "vergi uyuşmazlıklarının vergi mükellefleri için zorunlu olarak ortaya çıkardığı parasal etkiye rağmen", vergi davalarının 'kişisel hak ve yükümlülük' sahasına ve sonuç olarak m.6/1 kapsamına girmediğini belirtti. Bu karar açıkca, vergi matrahı veya vergi tahsil usulü hakkındaki davalarda 6/1. maddeye başvurulamayacağı anlamına geliyordu.

B. Fransız Mahkemelerine göre 'kişisel haklar ve yükümlülükler' ile ilgili uyuşmazlık kavramı

1. Fransız Danıştayı

6/1.maddenin uygulanabilmesinin kapısını ilk kez *Conseil d'Etat* açtı. Vergi danışmanları, Fransız Danıştayı'nın geçmişe etkili bir hukuk kuralına[9] karşı açılan davanın m.6/1 ilkelerine dayandırılabileceği sonucuna vardığı iki kararının[10] sonuçlarından yararlanmaya çalıstı. Bazı alt dereceli idare mahkemeleri vergilendirmenin kişisel mülkiyeti etkilediğini ve bundan dolayı da m.6/1'in kapsamına girdiğini göstermeye çalıştılar[11].

Bununla birlıkte, *Conseil d'Etat* asla bu yaklaşımı izlemedi ve her zaman vergilendirme ile ilgili davalarda[12], hatta gecmişe etkili bir hukuk kuralı olsa[13], dahi, m.6/1 nın uygulanamayacağı sonucuna vardı. *Conseil d'Etat*'a göre, vergi uyuşmazlıkları kişisel hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlık olarak nitelendırilemezdi[14]. Fransız Yargıtay'ı da m.6/1'ın verginin tahsili aşamasındaki davalara da uygulanamayacağına karar verdi[15].

Bundan dolayı, Fransız Danıştay'nın görüşü, Pelat kararına kadar, Fransız Yargıtayı'ndan farklı olarak, her zaman netti.

---

7 Schouten & Meldrom v Hollanda, AİHM, 29 Kasım 1994, 48-1193-443-522 ve 49-1993-444-523; Vidacar SA v İspanya ve Opergroup SL v İspanya, AİHM, 20 Nısan 1999, 41601/98 ve 41775/98; Gantzer v Fransa, AİHM, 5 Ekim 1999, 43604/98; Bassan v Fransa, AİHM, 8 Şubat 2000, 49289/99.

8 AİHM, 12 Temmuz 2001, 44789/98.

9 Lambert, Conseil d'Etat, 5 Aralık 1997, 140032; Mınıster de l'educatıon natıonale, de la recherché et de la technologıe c/OGEC de l' Abbaye de Saınt-Sauveur-le –Vıcomte, Conseil d'Etat, 5 Aralık 1997, 188530.

10 Vergi mükellefinin bir hakkının kanun ile geriye yürür biçimde elinden alınması durumu.

11 SAS Synetıcs, Paris İdari İstinaf Mahkemesi, 30 Mart 1999, 96-1858.

12 St-Pern, Conseil d'Etat, 28 Temmuz 1989, 66604.

13 Guenoun, Conseil d'Etat, 26 Kasım 19999, 184474.

14 Conseil d'Etat, 28 Temmuz 2000, 184510.

15 Smets, Conseil d'Etat, 15 Nisan 1992, 96407; SARL Parfıval, 15 Nisan 2001, 213460.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Fransız Yargıtayı: Pelat Kararında Açıklanan Yeni Durum

Cour de Cassation m.6/1'in kapsamını geniş yorumladı. *Kloeckner* kararında[16], *Cour de Cassation,* dürüst ve aleni yargılanma hakkının, genel bir ilke olarak, hukuk mahkemelerince görülen vergi uyuşmazlıkları davalarında uygulanabilir olduğuna karar verdi. *Cour de Cassatıon*, bunun için, m.6'ın ihlal edileceği gerekçesiyle geçmişe etkili kanun hükümlerinin başlamış olan davalara uygulanamayacağını ortaya koyan eski kararını dayanak gösterdi[17]. Aynı zamanda m.6/1'in verginin tahsili aşamasındaki davalara uygulanabilirliğini dolaylı şekilde teyit etti[18].

Cour de Cassatıon Pelat kararında yukarıda aktarılan içtihadını terk etti. Bu davada, Pelat'ın ölümü üzerine eşi ve çocukları intikal eden mamelek bakımından vergi mükellefi olmuştu. Vergi idaresi, yeniden vergi kıymet takdiri yapmış, intikal eden mamalekin değerin kabul etmeyerek Aralık 1995'de ödeme emirlerini tebliğ etmişti. Pelatın eşi ve çocukları, gönderilen ödeme emirlerinin ödenecek ek vergi miktarlarını yazılı bir biçimde içermediği, sadece vergi ihbarnamelerinde yazılı miktarlara atıfta bulunmakla yetindiği gerekçesiyle Fransız Usul Yasasına dayanarak itirazda bulunmuşlardı.

Bununla birlikte, 30 Aralık 1999 tarihli Değişik Finans Kanunu, ödenecek ek vergi miktarını belirtmeden tebliğ edilmiş bütün ödeme emirlerinin geçmişe etkili olarak geçerli kılan bir düzenleme ihdas etti. Vergi mükellefinin iddiası hem alt dereceli hukuk mahkemesi hem de İstinaf Mahkemesi tarafından reddedildi. Pelatın mirasçıları davayı Yargıtay önüne taşıdı, ki iddiaları, geçmişteki ödeme emirlerini geçerli hale getiren 1999 tarihli Değişik Finans Kanunun geçmişe etkili hükümlerinin AİHS m.6/1'e aykırı olduğu şeklindeydi.

Cour de Cassation önceki görüşünü, Pelatın mirasçılarının iddiasını reddetmek için tersine çevirdi ve ilk kez açıkça şu ifadeyi kullandı:

"Bir suç isnadının yokluğunda, vergi mükelllefleri üzerinde zorunlu olarak parasal etki yaratmalarına rağmen, kişisel hak ve yükümlülükler alanına girmeyen vergi davalarına m.6/1 uygulanamaz."

Bu kararın etkileri nelerdir? Bu karar ile, Fransız Yargıtay'ı, AİHM ve Fransız Danıştay'ı ile aynı görüşü benimsedi. Bu karar şu anda hukuk mahkemelerinde görülmekte olan vergi davalarını önemli derecede etkileyecektir: Sadece m.6/1'in ihlaline dayanan bütün vergi davaları geçersizleşecek ve bu nedenle de reddedilecektir. Bunun anlamı, hukuk mahkemelerinde görülmekte olan ve sadece ulusal veya diğer anlaşma hükümlerinin ihlaline

16 Cour de Cassation, 14 Temmuz 1996, 402 S.

17 SARL Cıva, Cour de Cassation, 20 Kasım 2001, 98-15 597.

18 Donsimoni, Cass.com, 20 Kasım 1990, 1 342 S.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dayanan derdest vergi davaları reddilmeksizin görülmeye devam edebilecektir. Bununla beraber, Yargıtay tarafından verilen kararları bazen takip etmeyen alt derecedeki hukuk mahkemelerinin mukabil tepkisini şu anda öngöremeyebiliriz.

3. AİHS'in Yeni Kapsamı

Fransa'da bugün Pelat kararının m.6/1'e dayalı başvuru alanını önemli derecede azaltacağı anlamında olduğu açıktır. Hakikaten, iki Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından izlenen AİHM görüşü herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak kadar açıktır. Bu yüzden soru vergi uyuşmazlıklarında AİHS hükümlerinden nasıl yararlanılacağıdır. İki ana hüküm vergi uyuşmazlıklarında halen etkiye sahip olabilir: AİHS Birinci Ek Protokol m.1. ve suç isnadlarına uygulanabilir m.6/1.

3. Madde 6-1: Vergi Cezalarının Suç İsnadı Olarak Nitelendirilmesi Sorusu

AİHS m.6-1'e göre:

"Herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir".

Pelat kararında, vergi cezaları sorununa işaret edilmediğine dikkat edilmelidir. Farklı mahkemeler, bir dereceye kadar m.6-1'ın vergi cezalarına uygulanabilirliğinin değerlendirilmesinde hemfikirdirler.

Vergi cezalarının m.6-1'in kapsamına dahil olabileceğini AİHM ilk kez Bendenoun kararında[19] değerlendirdi. AİHM'e göre, 'sadece belirli bir grupla ilgili olmayıp, vergi mükellefi olan tüm vatandaşları' ilgilendiren, 'bir zararın tazmin edilmesini değil, benzer fiillerin tekrarını önlemek amacıyla cezalandırmayı amaçlayan', 'önlemek ve bastrmak' gibi bir yönü bulunan, ve 'vergi mükellefi için önem taşıyacak' miktara ulaşan bir vergi cezasının, m.6-1'in kapsamına giren bir suç isnadı olarak nitelendirilmesi gerekir.

Bu, cezai mahiyete sahip olan vergi cezalarının, kanun tarafından kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak makul bir sürede yargılanmak suretiyle uygulanması veya onaylanması gerektiği analamına gelir. AİHM'e göre, bağımsız ve tarafsız yargı yeri, "bir işlemi, her yönden, maddi ve hukuki konular bakımından iptal edebilen" yargı yeridir[20]. Yakın zamanlarda, AİHM Fransız Vergi Kanunu tarafından dü-

---

19 Bendenoun v Fransa, AİHM, 24 Şubat 1994, 3/1993/398/476.

20 Lecompte, AİHM, 23 Haziran 1981 ve 10 Subat 1983: Shmautzer v Avusturya, AİHM, 23 Kasım 1995, Seri A 328-A to C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

zenlenen, vergi beyannamelerinin geç ya da hiç doldurulmaması fiiline uygulanan yüzde on vergi cezasını, m.6-1 anlamında suç isnadı olarak nitelendirilmesi sonucuna yol açacak şekilde 'kayda değer önemde' telakki etmiştir[21].

Ulusal düzeyde, m.6-1'in vergi cezalarına uygulanabilirliği, henüz sonuçlandırılmamış bir içtihat çelişkisine neden oldu. *Conseil d'Etat* açısından, *Conseil d'Etat* ilkesel olarak, suç isnadı olarak nitelendirilen vergi cezalarına m.6-1'in uygulanabilirliğini tanır[22]. Bir yıl sonra, *Conseil d'Etat* kendi kararını uyguladı ve yeni ve lehteki bir ceza kanununun her suça hatta geçmişte meydana gelmiş bir fiile dahi uygulanması gerektiğini ifade eden Fransız genel ceza hukuku ilkesinin vergi cezalarına da uygulanabilirliğine karar verdi[23].

Cour de Cassation açısından, m.6-1'ın vergi cezalarına uygulanabilirliği ihtilafı hiç bir zaman gerçek bir ihtilaf değildi, çünkü yukarıda da açıklandığı gibi, Pelat kararına kadar Fransız Yargıtay'ı hukuk mahkemeleri önündeki davalarda her zaman m.6-1'e dayalı iddiada bulunulabileceğini kabul ediyordu. Ferreira[24] ve Nouel[25] kararlarında, *Cour de Cassation*, verginin ödenmediği hallerde otomatik olarak uygulanan vergi cezasını düzenleyen ve hukuk mahkemelerine idari işlemi bütün yönleriyle- yani maddi ve hukuki yönden- iptal etme hakkı tanımayan Fransız yasa hükmünün m.6-1'i ihal ettiğine karar verdi. Bu karar ile, Fransız Yargıtay'ı, vergi mükellefleri tarafından işlenen suçlara bağlı olarak uygulanan vergi cezasının tahvili için vergi kanununun yetki vermediği olgusunu tartıştı. Bu önemli karar aynı zamanda, hukuk mahkemelerinde hukuk mahkemesi yargıçlarına vergi cezalarını fiili tahvil yetkisinin tanınması kapısını açtı. Ferreire[26] kararında, *Cour de Cassation* daha ileri gitti ve vergi düzenlemeleri işlenen suça bağlı olarak farklı oranlarda ceza da öngörse, eğer bu hüküm vergi mükellefleri tarafından islenen fiili suçun vergi cezasını tahvil için hakime yetki vermiyor ise, bu hükmün m.6-1'i ihlal edeceği değerlendirmesini yaptı.

Buna rağmen, *Cour de Cassation*'ın görüşü bu konuda oldukça yalnız kalmış görülmektedir. *Cour de Cassation*'dan farklı olarak, *Conseil d'Etat*,

---

21 Morel v Fransa, CEDH, 3 Haziran 2003, 54559/00.

22 Conseil d'Etat, mahkeme kararı SARL auto Indüstrıe Merıc, 31 Mart 1995, 164008.

23 Conseil D'Etat, mahkeme kararı Houdmond, 5 Nisan 1996, 176611.

24 Cour de Cassation, 29 Nisan 1997, 1068 PB.

25 Cour de Cassation, 16 Aralık 1999, 1805 D.

26 Cour de Cassation, 25 Şubat 2000, 488 S. Bu davada, birinci tebliğden sonra vergi beyannamelerinin doldurulmaması durumunda uygulanabilir ilgili vergi cezası yüzde 40 idi, ikinci tebliğden sonra vergi beyannamelerinin doldurulmaması durumunda bu yüzde 80'e çıkartılabiliyordu. Böyle bir cezanın uygulanması ile vergi mükellefinin iyiniyeti arasında bağlantı yoktu ve yargıca vergi mükellefinin davranışına göre cezayı tahvil etme olanağı da verilmemişti.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yargıçların cezanın oranını değiştirme yetkisine sahip olduğu sonucunun çıkartılmasını her zaman reddetmistir. Bu katı tutum durum iki mahkeme kararında açıklandı, Houdmond[27] ve Fattal[28]. *Conseil d'Etat*, idari yargıcın fiillerin ve işlenmiş suçun niteliğini araştırabileceğini, fakat mükellefin davranışına ve kusuruna bağlı olarak vergi cezasının oranını değiştirme yetkisine sahip olmadığına karar verdi. Fransız Danıştay'ına göre, bu m.6-1'e aykırı değildir. Bu çözüm son SARL Clınıgue Medıcale de Mazargus[29] kararında teyit edildi. Bu tutum tamamen daha katıdır, çünkü bir çok alt derece idare mahkemesi aksine m.6-1'ın bu tarz bir değistirme yetkisini icerdiğini nazarı itibara aldı.

Bu ihtilafta AİHM'in görüşü daha hassastır. AİHM, genel ilke olarak, kanunun ceza ile vergi mükellefinin kusurunu bizzat orantıladığıhallerde, m.6/1'in koşullarının karşılandığını kabul eder. Iki kararda, Taddei[30] (vergi cezası hakkında) and Malige v France[31] (vergi dışı konular hakkında), AİHM işlenmiş suça bağlı olarak kanun farklı oranda ceza öngördüğünden, yargıcın cezayı değiştirmesi için m.6-1'ın herhangi bir yükümlülük düzenlemediğine karar verdi. Sadece, kusur ile cezanın arasındaki orantılılık kanun tarafından bizzat temin edilmediği hallerde, yargıçlar cezayı tahvil edebilmelidir.

Bundan dolayı, m.6-1 anlamında vergi cezalarını tahvil yetkisi sorunu, yasanın herhangi bir değişik oran öngörmeyen otomatık cezalar içermesi durumunda halen kayda değer öneme sahip olabilir. Buna rağmen, Pelat kararından sonra, bir soru cevapsız kalmaktadır: Fransız Yargıtay'ı, vergi cezalarını tahvil yetkisi ile alakalı olarak, *Conseil d'Etat*'ın görüşünü mü yoksa AİHM'in görüşünü mü takip edecektir?

Bir sorun, hem *Cour de Cassatıon* ve hem de *Conseil d'Etat*'yı bir araya getirmiş görünmektedir: Gecikme zammı sorunu. Fransız Vergi İdaresi tarafından uygulanan gecikme zammı oranı aylık % 0.75'tir, bu her yıl yüzde dokuz faize tekabül etmektedir. Fransız yasal faiz oranı ile karşılaştırıldığında böyle bir yasal faiz oranı vergi mükellefleri için ağır bir yük oluşturabilir. Genel ilke olarak, gecikme zammı ceza değildir ve sadece vergi idaresinin zararını telafi etmek uzere getirilmiştir ki, bu 'zamanın parasal değeridir'. Vergi uygulamacıları tarafından geliştirilen iddialardan biri şöyledir: vergi idaresi tarafından talep edilen gecikme zammı ile kanuni faiz oranı arasındaki farklılık ceza olarak dikkate alınmalı ve bunun sonucu olarak da, gecikme zammı oranı kanuni faiz oranı ile sınırlı olmalıdır.

---

27 Conseil d'Etat, 5 Nisan 1996, 176611.

28 Conseil d'Etat, 8 Temmuz 1998, 195664.

29 Conseil d'Etat, 8 Mart 2002, 224304.

30 AİHM, 29 Haziran 1998, 36118/97.

31 AİHM, 23 Eylül 1998, 68/1997/852/1059.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Her iki Fransız Temyiz Mahkemesi, gecikme zammının m.6/1'ın kapsamına giren bir suç isnadı olarak nitelendirilemeyeceği ve dolayısıyla da gecikme zammının yargıçlar tarafından tahvil edilebileceği konusunda fikir birliğine vardılar, *Cour de Cassatıon* tarafından verilen son iki kararda bu açıkca belirtildi: FS-PBRI Phılıppart ve Ste Kervılly[32] ve *Conseil D'Etat*" tarafından verilen mahkeme kararında: SA Fınancıere Labeyrıe[33]. Şimdilik sorun kapanmış görülmektedir.

Buna rağmen, *Conseil d'Etat* tarafından verilen kararın kelimelerine dikkat edilmelidir: Gecikme zammı 'seviyesi özel ödünç verenler tarafından pazarlık konusu olmayan borçlar için uygulanan ortalama faiz oranı ile karşılaştırıldığında açıkca olçüsüz olmadığından' suç isnadı olarak nitelendırilemeyebilir. Gecikme zammının hangi dereceye kadar 'açıkca haddinden aşırı' kabul edileceğini belirleme bir soru olarak kalmaktadır.

Sonuç olarak, m.6-1'inkapsamı giderek daralacak gibi görülmektedır. Eğer m. 6-1 bugün geç ödeme cezalarını tartışmak için etkisiz ve hukuki olmayan bir dayanak olarak değerlendirilir ise, diger ilgili AİHS hükmü ayrıca araştırılmalıdır: AİHS, Birınci Ek Protol, m.1.

A. Birinci Ek Protolunun birinci maddesi; her bireyin veya hükmi şahsın mülkiyetinin korunması

M.6-1'den farklı olarak, AİHS, Birinci Protokol, m.1'in kapsamı geniş ve halen vergi uyuşmazlıkları için keşfedilmemiş gözükmektedir. Birinci Protokol m.1'e göre,

"Her gerçek veya tüzel kişi, mallarını barışçıl bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve uluslararası hukukun genel ilkeleri ile hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça, hiç kimse malından yoksun bırakılamaz. Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak veya vergiler ile diğer mali yükümlülük ve cezaların ödenmesini sağlamak için Devletin gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma yetkisini ortadan kaldırmaz".

AİHM vergi konuları için Birinci Ek Protokol m.1'e başvurulabileceğini halıhazırda kabul etti[34]. Darby v Sweeden[35] kararında, AİHM vergi ödeme yükümlülülüğünün Birinci Ek Protokol m.1'in kapsamına girdiğine karar verdi. Aynı zamanda Dangevılle v France[36] kararında, doğal olarak, vergi

---

32 Cour de Cassation, 17 Mart 2004, 545 FS ve 544 FS-PB.

33 Conseil d'Etat, 12 Nisan 2002, 239693.

34 National & Provincial Building Society e.a. Royaume-Uni, AİHM, 23 Ekim 1997, 117/1996/736/933 den 935.

35 AİHM, 23 Ekim 1990, 00011581/85.

36 AİHM, 16 Nisan 2002, 36677/97.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tarhinin bireyin ve tüzel kişiliğin mülkiyetinin ihlalini oluşturduğu değerlendirildi. Yakın zamanlarda, Buffalo SARL v İtalya[37] kararında AİHM'si vergi iadesine yönelik vergi mükellefinin hakkını Birinci Ek Protokol m. 1 anlamında mülkiyet olarak değerlendirdi ve bu tür kayda değer vergi alacağının geç iadesinin vergi mükellefinin malvarlığının oransız ihlalini oluşturabileceğini belirtti.

Conseil d'Etat, kendi açısından, ilk önce zımni olarak ek vergi tarhiyatı ile ilgili vergi uyuşmazlıklarında, Gonzlaes de Gaspard[38], veya verginın tahsili aşamasındaki davalara, Manhec[39] veya Parfival[40], Birinci Protokol m.1'ın uygulanabilirliğinin değerlendirmesinde hemfikir idi. Birinci Ek Protokol m.1 'Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak veya vergiler ile diğer mali yükümlülük ve cezaların ödenmesini sağlamak için Devletin gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma yetkisini ortadan kaldırmaz' şeklinde düzenleme şöyle yorumlanmalıdır: vergi mükellefinin mülkiyetinin herhangi bir ihlalinde kamu yararı amacı ispatlanmış olmalıdır ve eğer açıkca ölçüsüz ise yasaklanmalıdır.

Birinci Protokol m.1'in çerçevesinde, sorun, uygulanan bir vergi cezasının nereye kadar bireyin mülkiyetinin ölçüsüz ihlali olarak değerlendirileceğidir. Fransız yargıçları ihlalin yapısını, ihlalin amacı, ki bu kamu yararıdır, ile karşılaştırarak analiz edecektir. Son SA Cise Erimo[41] kararında, *Conseil d'Etat* geriye yürür bir vergi kanunun amacının, vergi mükellefine parasal etkisi ile karşılaştırılarak analiz edilmesinde hemfikir idi. *Conseil d'Etat*'a göre, vergi iadesi hakkı Birinci Ek Protokol m.1 anlamında malvarlığı olarak nitelendirilebilir ise, geriye yürür kanunun kamu yararı amacı, onu yasaklanmış ihlal olarak nitelendirilmekten korur.

Buna karşılık, *Conseil d'Etat*'ın 12 Nisan 2002 tarihli kararı ile yeni bir kapı açtığı görülmektedir[42]: *Conseil d'Etat* gecikme zammını yaptırım olarak tanımlamamasına rağmen, vergi hukukunda eşitlik ilkesine uygunluğu m.14 hükmü ile Birinci Ek Protokol m.1'in ortak içeriği ile ölçümleyebileceğini ve böylece vergi kanununun vergi mükellefleri arasında adaletsiz ayrımcılık meydana getirdiğini doğrulamak amacıyla başvurulabileceğini açıkça kabul etti. Bu davada vergi mükellefi, fazi oranları arasındaki farkı, yani ek vergi tarhiyatı yapıldığında vergi idaresine ödeyeceği gecikme zammı miktarı ile dava açıldığı hallerde vergi mukellefinin davayi kazanması

37 AİHM, 3 Temmuz 2003, 38746/97.

38 Conseil d'Etat, 16 Mayıs 1990, 88782 ve 95932.

39 Conseil d'Etat, 30 Haziran 2000, 181003.

40 Conseil d'Etat, 25 Nisan 2001, 213460.

41 Conseil d'Etat, 12 Ocak 2004, 224076.

42 SA Financirere Labeyrie, Conseil d'Etat, 12 Nisan 2002, 23969.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

üzerine vergi idaresinin mükellefe ödeyeceği yasal faiz arasındaki farklılığı tartışmaya açmaya çalıştı. Ancak, vergi mükelefleri ile vergi idaresinin karşılaştırılabilir durumda olmadığını değerlendiren *Conseil d'Etat* idaresi ile vergi mükellefleri arasında herhangi bir ayrımcılığın olduğunu kabul etmedi.

Her hal ve karda, bu önemli karara dayanarak, vergi cezasının bireyin ve tüzel kişiliğin mülkiyetinin ihlali olduğu, bu ihlalin cezanın amacı ile karşılaştırıldığında açıkça ölçüsüz ayrımcılık yaratması şartıyla, ortaya konulmuş oldu.

4. Sonuç

AİHS m.6-1 vergi süreçlerinde uyuşmazlık kaynağı olarak değerlendirildikten sonra, m.14 ve Birinci Ek Protokol m.1'in daha geniş bir tartışma alanı sunduğu görülmektedır. Fransız Yargıtay'ı tarafından yakınlarda verilen ve bu makalede analiz edilen Pelat kararı, vergi konuları hakkında AİHS'e başvurulabilirliğin devam eden ve tartışılan sorun olarak kaldığını göstermektedir. Fransız bakış açısından, suç isnadı olarak nitelendirilen vergi cezaları hariç, ne Fransız Danıştay'ı ne de Fransız Yargıtay'ı m.6.1'ın vergi uyuşmazlıklarına uygulanılabilirliliğini tanımaktadır.

Bu, AİHS hükümleri için zaman harcayan birçok uygulamacının büyük ölçüde umutlarını belli durumlar için bugün azaltan içtihadın evriminden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, yerel ve Avrupalı birçok mahkemenin, AİHS hükümlerini yorumlamaya devam edecek ve bunların uygulanabilirliğini sıkı bir biçimde kontrol edecek olmasına rağmen, biz vergi ihtilafından kaynaklanan anlaşmazlığın alanının geniş kaldığını varsayabiliriz.

Ayrıca incelenmesi gereken diğer bir genis alan ECJ tarafından içeriği belirginleştirilen AB Anlaşması'nın genel ilkeleri olmalıdır. Bu ilkelerin m.6/1'in düzenlemeleri ile çok yakın olduğu bugün tespit edilmiştir[43]. Yani vergi uyuşmazlığının konusu, AB Anlaşmasının kapsamına giren bir vergi meselesi, örneğin KDV gibi, olduğunda bu ilkeyi harekete geçirmek ilginç olabilir[44].

---

43 P. Baüstahlgewerbe v Komisyon, ECJ, 17 Aralık 1998, 185/95.

44 Wachauf, ECJ, 13 Temmuz 1989, 5/88.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

AVRUPA BİRLİĞİ İLERLEME RAPORU
(6 Ekim 2004)

*Doç. Dr. Selami KURAN**

GİRİŞ

Avrupa Birliği Komisyonu 6 Ekim 2004 tarihinde Türkiye AB ilişkilerinin gelecekteki gelişimi hakkında önemli rol oynayacak üç ayrı belge yayınladı.

Bunlardan birincisi, Komisyon'un Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu'na Türkiye ile tam üyelik müzakerelerinin başlanması tavsiyesinde bulunduğu 18 sayfadan oluşan belge. İkincisi, bu tavsiyenin dayandığı ve Türkiye'deki gelişmelerin değerlendirildiği 187 sayfadan oluşan İlerleme Raporu ve sonuncusu da 52 sayfalık Türkiye'nin tam üyelik perspektifinden kaynaklanan sorunların ortaya konduğu belgeden oluşmaktadır.

AB Komisyonu'nun **Tavsiye Raporu'nda** Türkiye'nin Kopenhag Kriterlerini 'yeterli ölçüde' yerine getirdiği ve üyelik müzakerelerine başlanabileceği tavsiye edilmektedir.

İlerleme Raporu ile birlikte sunulan ve AB liderlerinin 17 Aralık zirvesinde verecekleri karar için 'ön bilgi' niteliğinde hazırladığı üçüncü belge olan **Etki Raporu'nda** Türkiye'nin tam üyeliğinin getireceği siyasi, stratejik ve ekonomik etkilerin neler olabileceği değerlendirilmektedir. Söz konusu raporda Türkiye'nin tam üyeliğinin AB için ekonomik alanda az katkı sağlayabileceği, ancak dış politika alanında önemli açılımlar getireceği ifade edilmekte ve özellikle Akdeniz, Ortadoğu, Kafkasya ve Orta Asya bölgesine komşu olan Türkiye'nin stratejik konumunun büyük önem taşıdığının üzerinde durulmaktadır. Yine raporda Türkiye'nin üyeliğinin AB'ye yılda 16 ile 28 milyar Euro'ya mal olacağı ve müzakerelerin 2013 yılı sonrasına sarkabileceği belirtilmektedir.

Kamuoyunda büyük tartışma yaratan ve esasen Türkiye - AB ilişkilerinin içeriğini ve kaderini belirleyecek ve bu anlamda AB'nin Türkiye'nin tam

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyes

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

üyeliğine ilişkin gerçek niyet ve planının ipuçlarının İlerleme Raporunda ortaya konduğu görülmektedir. İlerleme Raporunda yer alan ve kamuoyunda tartışılan konuların başında azınlık hakları, üyelik garantisi, müzakerelerin askıya alınması, serbest dolaşım ve müzakere yöntemi gibi konular gelmektedir.

1- Azınlık Hakları

İlerleme Raporu'nun Azınlık Hakları, Kültürel Haklar ve Azınlıkların Korunması bölümünde **Kürtlerin ve Alevilerin bir azınlık olarak** değerlendirildikleri görülmektedir. Bu bölümdeki ilk paragrafta aşağıdaki ifadeler kullanılmaktadır.

'Türk makamlarına göre. 1923 tarihli Lozan Antlaşması çerçevesinde Türkiye'deki azınlıklar yalnızca Müslüman olmayan topluluklardan oluşmaktadır. Türk makamlarınca Lozan Antlaşması ile ilişkilendirilen topluluklar Yahudiler, Ermeniler ve Rumlardır. Bununla birlikte, **Kürtler de dahil olmak üzere başka topluluklar da vardır.** Bu bağlamda, Türkiye'nin Birleşmiş Milletlerin Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine eğitim ve azınlık haklarıyla ilgili olarak koymuş olduğu çekinceler kaygı konusudur.'

Aynı bölümde, Sünni olmayan Müslümanlar konusunda Alevilerin dini bir azınlık grubu olarak tanınmadığı, ibadet yeri ve okullarda sorun yaşadıkları belirtilmektedir.

İlerleme Raporu, bu haliyle **Lozan Antlaşmasındaki azınlık tanımını kabul etmemekte, din, dil, etnik ve kültürel farklılıkları temel alarak yeni azınlıklar oluşturmak istemektedir.** Avrupa Birliğinin bu yaklaşımı **uluslararası hukuka göre imzalanmış olan ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucu belgelerinden biri sayılan Lozan Antlaşması'nın ve Anayasamızın temel hükümlerinin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.** Zira, Anayasamıza göre, Türkiye Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk vatandaşıdır ve bireysel insan haklarından yararlanma konusunda eşittir. Türk Devletinde Milleti oluşturan temel unsur, kan bağı, etnik köken ve kültürel farklılıkları aşan vatandaşlık esasına dayanmaktadır.

İlerleme Raporun'da azınlıklar konusunda yer alan ifadeler AB'nin Lozan Antlaşmasının bazı hükümlerinin iptal edilmesi veya tadil edilmesi yönünde bir amaç taşıdığı izlenimini vermektedir. Lozan Antlaşması Türkiye Cumhuriyeti'nin temelini oluşturan uluslararası bir antlaşmadır. Uluslararası antlaşmalar, uluslararası hukuka göre ancak aynı konuda ve aynı taraflar arasında yapılacak yeni bir antlaşma ile tadil veya iptal edilebilir. **Bu sebeple, sadece Avrupa Birliği mevzuatında geçerli olan İlerleme Raporunda Azınlık konusuna ilişkin yer alan ifadeler uluslararası**

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bir temel antlaşma olan Lozan Antlaşmasındaki temel hükümleri değiştiremez.

Avrupa Birliği'nin Türkiye'den devletin ülkesi ve milletin bölünmez bütünlüğü ilkesine ters düşecek, üniter devlet dışında arayışlara giden, sadece etnik ve kültürel farklılıklara dayanan taleplerden vazgeçmesi zorunluluğu vardır. Çünkü, Kopenhag siyasi kriterlerinin nihai amacı üye devletlerin devlet ve millet bütünlüğünü ortadan kaldıracak temel anayasal değişiklikler yapmak değildir. Aksi takdirde bazı odakların Kopenhag siyasi kriterlerini birtakım amaçlarına ulaşabilmek için bir araç olarak gördükleri ve Avrupa Birliği'nin **siyasi kriterleri Türkiye sözkonusu olduğunda çok farklı amaçlar için yorumlandığının kabul edilmesi gerekecektir.**

İlerleme Raporu çerçevesinde Lozan Antlaşmasında yer alan dini azınlıklar dışında etnik ve kültürel kökene dayanan yeni azınlıkların açık veya zımnen kabul edilmesi ve bu yönde hukuki düzenlemeler gidilmesi hem Lozan Antlaşmasının hem de Anayasamızın temel hükümlerinin ihlal edilmesi anlamına gelecektir. Esasen, raporda azınlık olduğu ileri sürülen grupların böyle bir talepleri de olmadığı gibi, azınlık statüsünde değerlendirilmeyide kabul etmemektedirler. Bu durumda, akla şu soru gelmektedir. Acaba, Avrupa Birliği üniter yapısını korumuş 70 milyonluk bir Türkiye yerine etnik farklılıklara bölünmüş federal yapıdaki bir Türkiye'yimi gerçekleştirmek amacındadır? Türkiye'nin AB'ye tam üye olması durumunda Almanya'dan sonra ikinci büyük ülke olacağı - ve AB hukukuna göre Avrupa Parlamentosu başta olmak üzere diğer karar organlarında yüksek oranda temsil edileceği göz önünde bulundurulduğunda- yukarıdaki soruya evet dememiz gerekmektedir.

Azınlık kavramındaki sorun kimi çevrelerin iddia ettiği gibi, Lozan Antlaşması'ndaki azınlık kavramının günümüz şartlarına uymadığı ve değiştirilmesi gerektiği noktasında yatmamaktadır.Aksine, uluslararası hukuka uygun ve belirli dengeler gözetilerek antlaşmada tanımı yapılmış bir hukuki kavram bir takım siyasi ve stradejik projelerin gerçekleştirilmesi amacıyla değiştirilmek ve kullanılmak istenmektedir. **Yani, sorun hukuki değil, siyasidir. Azınlıkların korunması konusu uzun vadeli bir takım siyasi amaç ve yorumdan arındırarak demokratik bir açılım olarak anlamalı** ve bu şekilde ortaya konmalıdır.

Unutulmaması gereken nokta, **uluslararası hukukta azınlık kavramının ortak bir tanımının olmaması ve azınlık haklarının bireysel olduğu, grup hakkı olmadığı hususudur.**

2- Üyelik Garantisi

Komisyon İlerleme Raporu'nda Türkiye ile müzakerelere başlanmasını tavsiye ederken, müzakerelerin sonunun **ucu-açık süreç** olduğunu belirtmektedir. Böylece Komisyon müzekerelerin başlaması ve sonuçlanması du-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

rumunda bile Türkiye'nin **tam üyeliğinin garanti edilemiyeceğinin** altını çizmektedir (sh.174). Bu ifadeler ile AB müzakerelerin sonucunda tam üyeliğin kesin olmadığını, ilerde farklı seçeneklerinde gündeme gelebileceğini zımnen dile getirmektedir.

AB- üye devletler ilişkisi çerçevesinde bakıldığında, tam üye olacak aday devletlerle ilgili yayınlanan daha önceki ilerleme raporlarında ve tavsiye kararlarında Komisyon'nun müzakarelerin ucunun açık olduğuna ilişkin ifadeler kullanmadığı görülmektedir. Üyeliğin garanti olmadığı anlamına gelen böyle ifadelerin neden Türkiye söz konusu olduğunda kullanıldığının doğru yorumlanması gerekmektedir. İlerleme Raporu AB'nin yetkili bir organının yayınladığı resmi bir hukuki belge olduğuna göre, raporda kullanılan ifadelerin hukukî yorum için geçerli genel ilkelere uygun yorumlanması gerekir.

Müzakarelerin nihai amacı AB ile Türkiye arasında bir katılım antlaşmasının imzalanması ve onaylanmasıdır. Amaç, bir antlaşma meydana getirmek olduğuna göre, tarafların hazırlık süreci olan müzakere aşamasında **hukukun temel ilkesi olan iyiniyet kuralına** uygun hareket etmesi esastır. Müzakere (görüşme) doğası gereği ucu açık olan bir kavram ve süreçtir. Ancak, müzakerelere başlanması taraflar arasında bir uzlaşmaya, bir sonuca (antlaşma) varmak anlamını taşır. Bu sebeple, tarafların müzakerelerin amacı olan antlaşmayı meydana getirmek için iyiniyet kuralına uygun hareket etmeleri (culpa in contrahendo) ve antlaşmanın oluşmasını engeleyecek davranışlardan sakınmaları beklenir. Bu antlaşma hukukunun taraflara yüklediği bir yükümlülüktür. Hal böyle iken, Komisyon'nun müzakereler başlamadan önce müzakere sonucunun açık olduğunu, yani **bir katılım antlaşmasının olmayabileceğini açık olarak ifade etmesi iyiniyet kuralının ihlal edilmesi anlamını taşıdığı gibi Komisyon'un gerçek iradesinin ne olduğu** konusunda şüpheler uyandırmaktadır. Kaldı ki, AB ile müzakerelere başlayıp tam üye olmayan hiçbir ülke olmadığına göre ve müzakerelerin doğal sonucu tam üyelik olduğuna göre Türkiye'ye karşı neden böyle davranıldığının iyi sorgulanması gerektiği kanaatindeyiz. Bazı çevrelerin iddia ettiği gibi, bunun Avrupa kamuoyunu tatmin edecek bir taktik olduğu görüşüne katılmadığımız gibi, böyle bir davranış biçiminim uluslararası hukukta geçerli iyiniyet kuralına ve uluslararası ilişkilerde geçerli nezaket kuralına aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

3- Müzakerelerin Askıya Alınması

İlerleme Raporu'nda Türkiye'deki reform sürecinin devamını sağlamak için 'gerektiğinde' müzakerelerin askıya alınabileceği belirtilmektedir.(sh.165) Rapor, Türkiye'de müzakereler başladıktan sonra demokrasi, insan hakları, temel özgürlükler ve hukukun üstünlüğüne ilişkin ciddi bir aksaklık tespit edilmesi durumunda, müzakere sürecinin askıya alınmasını

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

öngörmektedir. Makul sürede aksaklıkların giderilmemesi durumunda Konsey Türkiye ile ilişkileri kesebilecektir.

1992'de Maastrich'te imzalanan Avrupa Birliği Antlaşması 3. paragrafı üye devletlerin demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ile hukuk devleti ilkesine bağlı olduklarını belirtmektedir. (Aynı şekilde 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması'nın 6. Maddesi). Söz konusu ilkeler tüm üye devletlerde geçerli '**ortak ilkeler**' olarak kabul edilmektedir.

AB'nin ortak ilkeler olarak belirlenen temel ilkelerin **üye devletler tarafından ihlal edilmesi** ve bunun Konsey tarafından tespit edilmesi durumunda, Amsterdam Antlaşmasının 7. Maddesine göre **Konsey ihlali yapan üye devletin AB Antlaşmasından kaynaklanan hakların kullanımını askıya** alabilmekte, durdurabilmektedir. Ancak, şimdiye kadar birçok AB üyesi ülkede insan hakları ihlalleri (Örneğin Yunanistan'da Batı Trakya yaşayan Türkler ilişkin din -düşünce özgürlüğü, seyahat hakkı ve mülkiyet hakkı ihlalleri; yine İspanya'da Bask bölgesindeki insan haklari ihlalleri; Fransa'nın Korsika bölgesinde yaşanan insan hakları ihlalleri gibi) olmasına rağmen **bu yaptırım hiç uygulanmamıştır.** Şüphesiz, AB antlaşmalarının üye ülkeler için öngördüğü temel hakların korunmasına ilişkin düzenlemeler aday üye ülkelerde de geçerli olmalıdır. Ancak bu şekilde asgari bir demokratik standart gerçekleşebilir.

Avrupa Birliği şu anda tam üye devletlerin bazıları ile müzekereler başladıktan sonra müzakereleri askıya almıştır. (İngiltere, İspanya gibi). Sonra tekrar başlamıştır. Ancak, müzakerelerin askıya alınmasının nedenleri ya teknik veya siyasi olmuştur. Tabii ki, tam üyelik müzakerelerini yürüten bir ülkede temel insan haklarının ihlal edilmesi, demokratik rejimin sekteye uğraması durumunda müzakerelerin askıya alınması doğal ve kaçınılmazdır. **Burada ki asıl sorun,** daha önce tam üyelik müzakereleri yürütülen devletlere ilişkin raporlarda, müzakerelerin askıya alınması hususu açık olarak belirtilmemiş iken, neden Türkiye'ye karşı **bu kadar açık ve net bir ihtarda bulunulmaktadır.** Zira, Komisyon adeta **malumu ilan etmektedir.** Bu kadar tabii bir yaptırımın Komisyon tarafından bu şekilde dile getirilmesi bazı üye devletler tarafından Türkiye'ye karşı sorunlarının çözümünde (iç hesaplaşmada) bir koz olarak kullanılabileceği ihtimalini ciddi şekilde akla getirmektedir.

4- Serbest Dolaşıma Tedbir

1957'de Roma'da imzalanan ve 1.1.1958 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği kurucu antlaşmalarından biri olan Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması malların, hizmetlerin, sermayenin ve kişilerin serbest dolaşımına ilişkin Pazar özgürlüklerini düzenlemektedir.

Türkiye ve AB arasında 12.9.1963'te imzalanan ve 1.12.1964'te yürürlü-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ğe giren **Ankara Ortaklık Antlaşması** Türkiye ve AB arasında Gümrük Birliği kurmayı ve ilerde Türkiye'nin Birliğe tam üyeliğini hedeflemektedir. Ankara Antlaşması ve 1973 yılında yürürlüğe giren **Katma Protokoller** ilişkilerin gelişmesini, hazırlık ve geçiş döneminden sonra, malların, sermayenin, hizmetlerin ve kişilerin (işgücünün) serbest dolaşımı için takvimler öngörmüşlerdir. **İşçilerin serbest dolaşımının 1976-1986 yılları arasında giderek gerçekleşmesi öngörülmesine rağmen bu taahhüt AB tarafından yerine getirilmemiştir.**

Hal böyle iken, AB Komisyonu raporunda kişilerin (işgücünün) serbest dolaşımı konusunda **her an ihtiyati tedbir** alınabileceğine ilişkin ifadeler yer almaktadır. 40 yıl önce verilen taahhüdü yerine getirmeyen AB Türkiye'nin ilerde tam üye olması durumunda bile kişilerin serbest dolaşımının **kalıcı bir şekilde kısıtlanabileceğinin** mümkün olabileceğini düşünmektedir. Rapor, Türkiye'den beklenmedik bir göç olması halinde bu tedbirin hayata geçirilebileceğini belirtmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, AB'nin kurucu antlaşması olan AET antlaşması kişilerin serbest dolaşımına ilişkin Pazar özgürlüğünü açık ve ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Antlaşmalarda öngörülen bu temel hakkın bazı zorunlu nedenlerden dolayı (göç gibi) geçici bir süre için sınırlanabileceği düşünülebilir. Ancak, bunun devamlı bir sınırlama haline getirilmesi AB'nin kurucu antlaşmalarına, Türkiye ile yapılan antlaşmalara ve Ortak Pazar ruhuna tamamen aykırıdır. Zira, dört temel Pazar özgürlükleri (malların, sermayenin, hizmetlerin ve kişilerin serbest dolaşımı) arasında hassas bir denge vardır ve bu dengenin AB ile üye devletler arasında yapılacak düzenlemelerde mutlaka gözetilmesi gerekir. Türkiye'de bazı çevrelerin ilerde AB üyesi devletlerin Türkiye'nin genç ve dinamik işgücüne ihtiyaç duyacağı ve bu sebeple bu konudaki bir sınırlamanın kalıcı olamayacağına ilişkin iddia hukuken ve fiilen doğru değildir. AB'nin genişlemesi ve teknolojinin her geçen gün insan işgücüne olan ihtiyacı azaltması Türkiye'deki işgücüne olan talebi düşürebilir. Diğer taraftan, hukuken bir hakkın kullanılmasının iptal edilmesi (serbest dolaşım hakkı) ancak hak sahibinin (Türkiye) bu hakkı kullanmaktan feragat etmesi ile mümkündür.

5- Müzakere Yöntemi

AB Komisyonu raporunda, müzakerelerin hangi yöntemle yapılacağını da somut verilerle açıklamaktadır. Öncelikle, Türkiye'nin yaptığı reformların devam etmesi ve uygulamanın yaygınlaştırılması gerektiği belirtilmektedir.

AB hukukuna göre, müzakereler, biri hükümetler arası, diğeri teknik olmak üzere iki alanda yürütülmektedir. Hükümetler arası toplantılara üye ve aday devlet bakanları katılmakta ve müzakarelere ilişkin temel politika ve stratejiler belirlenmektedir. Müzakerelerin esas kısmını oluşturan tek-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nik toplantılar AB daimi temsilcileri ve aday devlet baş müzakerecisi başkanlığındaki heyetler arasında yürütülmektedir.

Türkiye ve AB arasında müzakere edilecek 31 konu başlığı bulunmaktadır. Bir konu (Örneğin Turizm) müzakere edilip tamamlanmadan ve kabul edilmeden, ikinci bir konuya geçilemiyecek. **Müzakere edilecek 31 konu başlığından her birinin tamamlanıp tamamlanmadığı kararı Avrupa Birliğinde oybirliği ile alınmaktadır.** AB üyesi 25 devletten (2007'de 27 devlet) herhangi birinin 'hayır' demesi halinde müzakereler duracaktır. Müzakere tekniği açısından yeni olan bu yöntemin Türkiye açısından oldukça önemli sakıncası şu noktada yatmaktadır: Türkiye ile bazı sorunları olan devletler, özellikle Güney Kıbrıs Rum Kesimi ve Yunanistan bu müzakere şartını bir koz olarak kullanmak suretiyle Türkiye'den bazı tavizler de (Kıbrıs ve Ege Deniz Karasuları ve Kıta Sahanlığı konularında) bulunmasını talep edebileceklerdir. Bu sebeple, Türkiye'nin müzakere konuları ve tekniği ile ilişkisi olmayan, diğer aday devletlere uygulanmayan böyle haksız taleplere karşı gerekli önlemleri alması ve yeni stratejiler geliştirmesi zorunluluğu vardır.

Sonuç:

Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı raporda, Türkiye ile müzakerelerin üç ayaklı strateji çerçevesinde yürütülmesi öngörülürken, bu sürecin ucunun açık olduğu ve sonucun (üyeliğin) garanti edilemiyeceği belirtilmektedir. Bu husus açık olarak ifade edildikten sonra, Avrupa Birliği'nin gerçek siyasi iradesi ve ilerde gündeme gelmesi kuvvetle muhtemel olan bir formülün ipuçları sayılabilecek ifadeler gelmektedir. Raporda, müzakerelerin sonuçları, ya da ondan sonra gelecek olan, tam üyeliğin diğer üye devletler tarafından onaylanması sürecinin sonuçları ne olursa olsun, '**Türkiye - Avrupa Birliği ilişkileri, Türkiye'nin Avrupa strüktürüne tam olarak demirlemesini güvence altına almalıdır**' denilmektedir.(sh.181)

Böylece, özellikle Avrupa Hıristiyan Demokrat Partilerin (başta Alman CDU) Türkiye için düşündükleri '**İmtiyazlı Ortaklık**' formülünün işaretlerinin rapora yansıdığını söylemek mümkündür. Çünkü, AB Türkiye'yi stradejik ve jeo-politik konumu nedeniyle tamamen gözden çıkaramaz. Siyasi iradenin açık ve net olmaması nedeniyle de yakın dönemde (en az 10-15 müzakere süreci öngörülüyor) tam üyeliğin gündeme gelmeyeceği görülmektedir. Diğer taraftan, müzakereleri sonucunun olumlu olması durumunda bile tam üyeliğin **referanduma bağlanabileceğine** ilişkin beyanlar (şimdilik Fransa ve Avusturya) Türkiye'yi oldukça karmaşık ve uzun bir sürecin beklediğini göstermektedir.

Gerek imtiyazlı ortaklık gibi formüller, gerekse tam üyelik konusunda referandum önerileri hem AB-Türkiye arasındaki Ankara Antlaşmasına hem de Avrupa Birliği Hukuku mevzuatına tamamen aykırıdır. Çünkü, An-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kara Antlaşmasının amacı tam üyelik olduğu gibi, Avrupa Birliği mevzuatında tam üyelik için referandumu öngören hiç bir düzenleme mevcut değildir.

Avrupa Birliğine şu anda tam üye olan devletlerin tamamı **aday üye kabul edildikleri zirvelerde müzakereler başlama tarihini almışlardır. Esasen, Türkiye'ye aday ülke kabul edildiği 1999 Helsinki Zirvesinde müzakere tarihi verilmesi gerekirdi.** Ancak, bu yapılmadığı gibi müzakerelerin başlaması durumunda bile, tam üyeliğin garanti olmadığı ilerleme raporunda belirtilmektedir.

Bu nedenlerle, Türkiye 1999 Helsinki Zirvesinde alınan kararlar doğrultusunda ve diğer aday devletlere uygulandığı gibi müzakerelerin ve tüm ilişkilerin '**eşit işlem ilkesi**' çerçevesinde yürütülmesini ısrarla talep etmelidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

DAS REGIERUNGSSYSTEM IM TÜRKISCHEN GRUNDGESETZ VON 1924

*Doç. Dr. Emin MEMİŞ**

Man kann sagen, daß das Grundgesetz von 1924 zwischen der Versammlungsregierung und Parlamentsystem ein neues gemischtes System[1] gebildet hat. Denn diesces Hauptsgesetz reflektiert die Bestimmungen, welche die beiden Regierungssystem involvieren. Und diese Bestimmungen, 1- Sowohl die Tendenz der Versammlungsregierung, 2-Als auch die parlamentarische Staatsform sind.

Die Bestimmungen, welche die Versammlungsregierung involvieren:

1.) Gemäß Art.4 dises Grundgesetz wird die türkishe Nation durch die Grossen National Versammlung (GNV) repreśentiert, und nur dise Versammlung kan das Souveränitätsrecht für die Nation ausüben. Die beide Gesetzgebung und Vollziehung (d.h. Exekutive) versammeln und kristallisieren sich in der GNV heraus (Art.5).

2.) Die Versammlung kann die Regierung immer kontrollieren und stürzen, aber die Regierung kann die GNV nicht auflösen. In der GNV wird streng diskutiert, ob der Regierung so eine Kompetenz gegeben werden kann oder nicht. Es wurde so eine Kompetenz für die Regierung oder die Auflösung der GNV von der Regierung gewollt, aber diese Forderung ist von der GNV abgelehnt worden[2].

Die Bestimmungen, welche die Form des parlamentarischen Regierungssystems von 1924 involvieren:

1.) Obwohl die GNV seine Legislativfunktion selbst ausübt, kann seine Vollziehungskompetenz nur durch den Staatspräsident und Kabinett ausgeübt werden (Art. 6-7). Also Vollziehungskompetenz befindet sich als

* Dozent am Lehrstuhl für Verwaltumgsrecht der Juristischen Fakültät der Marmara Universität zu Istanbul

1 Vgl. R.G. OKANDAN, "Milli Hakimiyet, Milli İrade Mefhumlarının ve Kuvvetler Birliği Sisteminin Esas Teşkilat Hukukumuza Girişi" **IÜHFM,** C. XXVII, 1962.

2 Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku,** Ankara 1986, s.10; Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri** (1789-1980),İstanbul 1995, s.253-254.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

theoritisch in der GNV. Mit anderen Worten war die Vollziehungskompetenz der Versammlung theoritisch. Jedoch die GNV kann seine Exekutivfunktion nicht sich selber ausüben. Dieser Zustand wird in der Doktrin als "Gewalteneinheit und Funktionenteilung" reflektiert, OKANDAN so für diesen Ausdrück sagt: Das ist das eine "Mischungsverwaltung"[3].

2.) Die Bildung des Kabinetts wurde im Grungesetz entsprechend auf die parlamentarische Staatsform festgelegt. Zum Beispiel der Präsident bestimmt den Ministerpräsident von der Versammlungsmitglider. Auch der Ministerprësident wählt seine Minister und diese Liste des Kabinetts muβ an die Billigung des Staatspräsidiums offerieren. Nachdem der Staatspräsident die Liste des Kabinetts bestätigt hat, wird an die GNV offeriert. Falls die GNV noch nicht zusammengekommen ist, dann verschoben die Behandlung der Offerte bis die GNV zusammengekommen ist, wird. Die Regierung teilt sowohl ihr politisches Aussehen als auch den praktischen Weg an die GNV (von Regierungsbildung auf meistens in einer Woche) mit und so verlangt sie ihr Vertrauen (Art.44).

Dises System stimmt mit dem heutigen-jetzigen parlamentarischen System überein. Aber muβ man ausdrücken darauf, daB diesces System et-

---

3 OKANDAN, "Milli Hakimiyet,...".

Uber die Gewaltenteilung einige Worten:

Die Frage der Grenzziehung zwischen den Funktionsbereichen der legislativen und exekutiven Gewalt bildet eine der viel diskuiierten Fragen des Grundgesetzes.

GemäB der Grundgesetzen kommt die Gesetzgebungskompetenz der GNV zu. Dise Kompetenz kann nicht übertragen werden (1924 /Art. 4;1961/5; 1982/7).

Den Kern der Meinungsverschiedenheiten in Judikatur und Literatur kann man diese ein sogenanntes Delegaltionsverbot involviertene Bestimmung der Grundgesetzen beobachten.

Das Grundgesetz von 1924 darauf betont, daβ dieVollziehungskompetenz (Exekutivfonktion), der Republikpräsident, der wählt von der GNV und durch das Kabinett, das von seiner ernannt geworden ist, durchgeführt weden kann. Obwohl 1924 /Art.5 "Gewalteneinheit" fesgestellt hat, wird in der Praxis "Gewaltenteilung" anwendet. Eine Enscheidung der GNV kann man diser Zustand beweisen (Emin MEMİŞ, **Anayasa Hukuku Notlari,** Istanbul 1998, s. 116-117. Die Nummer der Enscheidung / 803).

In wenig Worten, das 1924 Grundgesetz involviert die Gewalteneinheit (Art.5), aber das ist das theoritisch. In der Praxis ist zwischen 1924, 1961 und 1982 keiner Unterschied.

Die Verfassung von 1961 darauf betont, daβ die Vollziehungsfunktion von dem Republikspräsidenten und dem Kabinett nur im Rahmen der Gesetze durfgeführt wird (1924/Art.52, 1961/6, 1982/8).Was es unter dem rechtstechnischen Anschauung zu bedeuten hat, eine Staatsfunktion nur im Rahmen der Gesetze durchzuführen, ist auch auslegungsbedürftig. Zum Beispiel, in der Doktrin wurde die Meinung vertreten, müsse ausgelegt werden (diese Festlegung des Art.6), daβ die Vollziehungsfunktion nur in der Anwendung der Gesetze besteht. Die Vollziehung stehe nach dem Art. 107(1961) Grundgesetz nur eine gesetzesabhängige Verordnungsgewalt zu. Dieser Zustand ist nicht, wie im französischen Rechtssystem. Es gebe nicht eine autonome Verordnungsgewalt wie dort.

Man kann auch für das 1924 G. dieselbe Dinge sagen (Art. 52).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

was noch von dem Regierungsbildungssystem der erste GNV (mit anderen Worten, das System von 1921 Grundgesetz) trennt. Denn es war im Text von 1921, die Bestätigung von der GNV für den Ministerpräsident und die Minister erforderlich, Jedoch war im Text 1924 die Bestätigungsbedingung der GNV abgeschaft worden, und die Offertesgrundlage für die Vertrauen war akzeptiert worden. Das ist das ein **Vertrauensvotum.** Auch Vertrauensvotum symbolisiert kein Zweifel den Parlamentarismus.

Was ist der Unterschied zwischen der beiden Gesichtspunkte?

Vor allien Dingen gibt es einen wichtigen Unteschied in Hinsicht auf die stattgefundene Rechtsergebnisse von dieser Gesichtpunkte. Wir können das beobachten.

Obwohl die Eigenschaft des Ministerpräsidiums und Ministeriums durch die Bestätigung der GNV in der 1923 Änderung des Textes von 1921 gewonnen werden kann, wird sich sowohl das Grundgesetz von 1924 als auch in der Verfassung von 1961 und 1982, wenn die Bestätigung des Staatspräsidenten verwirklicht, die obernwähnte beide Eigenschaften offiziell gewonnen.

Das heißt,wenn der Staatspräsident die Kabinettsliste bestätigt, dann bildet die Regierung offiziell. Das ist eine zu leistende Behandlung.

3.) Das Grundgesetz von 1924 hat noch ein Hauptprinzip der parlamentarischen Staatsform festgestellt:

Das ist "Kollektive Verantwortlichkeit des Kabinetts".

Also dise Bestimmung wird in der Grundgesetz reflektiert: "Das Kabinett ist zusammen verantwortlich von der generellen Politik der Regierung" (Art.46) Dieses Hauptprinzip des Grundgesetzes ist ein Beweis über die parlamantarische Staatsform.

Jedoch in der Periode der ersten GNV, wenn die Minister einen Streit machen, beseitigt so ein Streit in der GNV (Die GNV Executive Minister Gesetz, Art.4).Mit anderen Worten ist Lösungsort in der GNV.

Zusammenfassung:

Das Grundgesetz von 1924 symbolisiert vor allem auf die demokratische Anschauung. Aber muß man darauf betonen, daß es das System der Mehrheitsdemokratie involviert. Dieses Grundgesetz ist nicht pluralistisch. Diese Meinung beruft auf das Prinzip des "allgemeinen Willen".

Obwohl die Anschauung der Gewalteneinheit und Funktionenteilung in der Literatur sich befand hat, war gehörig die Vollziehungskompetanz als theoritisch an die Gesetzgebung. Dieser positive Zustand war so im Grundgesetz (Art.5). Trotz des Grundgesetzes wurde die Vollziehung-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sfunktion immer von der Vollziehung angewant. Die GNV erklärt ausdrücklich das (Enscheidung der Versammlung, N. 803). Die GNV unbedingt seine Vollziehungsfunktion muβte mittels des Republikspräsidenten und Kabinetts vollziehen(Art.7).Es war kein anderer Ausweg. Mit anderen Worten, das Gesetzgebungsorgan kann nicht auf die Vollziehungskompetenz von Vollziehungsorgan beseitigen und diejenige selbst nicht anwenden kann. Das ist so eine Möglichkeit in der Praxis unmöglich, weil die Beobachtungen kan man das beweisen. Man kann nicht anwenden,wenn die GNV diese Vollziehungskompetenz verlangt. Wenn die GNV zuständig wäre,sollte man diese Kompetenz irgendwie vollziehen. Der Text von 1924 (Art. 7) gibt nicht so diese Auslegungsmöglichkeit. Meiner Meinung nach die These der Gewalteneinheit (Art.5) wird für die türkische nationale Bekämfungstradition zugelassen. Sowieso seitdem 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu erläβt, vollzieht immer das Prinzip der parlamentarische Saatsform oder die Gewaltenteitung. Die GNV die Erklärungsangelegenheit darauf gefunden hat, daβ die Execkutivekompetenz von ihrer selber nicht volziehen kann[4].

Gemäβ diesem Grundgesetz wie die Verfassung von 1961 und 1982 hat keine "aufbewahrte" eine Regelungszuständigkeit der Verwaltung, und die Verwaltungsakte muβ auf dem Gesetz berufen. Mit anderen Worten, in der Praxis hat "kein Gesetz auch keine Verwaltung". Das Grundgesetz (Art.52) betont, die Exekutivfunktion von dem Republikspräsidenten und der Regierung nur im Rahmen der Gesetze durchgeführt wird. Auch die Verfassung von 1961 bedeutet den gleichen Sinn.

Somit eine Staatsfunktion nur im Rahmen der Gesetze durchzuführen, was es unter dem juristischen Gesichtspunkt zu bedeuten hat, ist auch auslegungsbedürftig.

Die türkische Verfassungsgericht beantwortent in der Periode der Verfassung von 1961 manche Fragen[5]. Dies hohe Gericht ungefähr so sagte: Eine gemässigte Gewaltentrennug hat diese Verfassung eingeführt. Es besteht ohne Zweifel, daβ die Legislativkompetenz, die der GNV zu steht und auf kein anderes Organ übertragen werden kann. Und Gesetzgebungsfunktion kann jeder beliebige Bereich durch ein Gesetz regeln (die Allgemeinheit der Gesetzgebung ist die eine wichtige Prinzip), das ja der Verfassung nicht widerlaufen kann. Aber gibt es im Staatsleben manche Fragen, die sehr sehr eilig gelöst werden dürfen. Dabei ist jedoch zu bemerken, der Gesetzgebungstruk tur und ihrer komplizierten Bedingungen ist die manche eilige Legislativfunktion nicht imstande, also sehr eilige Fragen gleichzeitig zu beseitigen. Mit anderen Worten kann manche verwaltungstechnischen

4 Vrg. Die. GNV Enscheidung: Number 803 ("Exekutivezuständingkeit kann man geradeaus und selber von der Grossen Versammlung nicht verwerden"). Diese Beurteilung wird meiner Meinung nach bewiesen.

5 Vgl. AYM, E.1962/198, K.1962/111;E.1963/4,K.1963/71,28.03.1963 T. usw.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Zustanden infolge der Detailunnkentnis nicht als richtig beurteilen, und in diesen Fällen kann sie sich darauf beschränken, "nur allgemeine Gesetzesnormen" zu erlassen. Aber kann im Übrigen die Vollziehung beauftragen. Also hier kann man die Vollziehungskompetenz selbständig ausüben. Das Delegationsverbot (Z.B.im Sinne Art. 5/1961; 7/1982 und 4-5, 52/1924) kann daher nicht behauptet werden, daβ es im Sinne der Verfassung verstösst. Wenn es obendrein so wäre, würde besonders nicht den verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Tatsachen entsprechen. Dem verwaltungsrechtlichen Prinzip, in der Natur der Verwaltung zu liegen, unter Umständen allgemeine Verhaltensnormen aufzustellen, "wird damit genüge getan, der Vollziehung die Befugnis werden einzuräumen, im Rahmen der Gesetze Rechtverordnungen mit der allgemeine Wirkung zu erlassen...[6]

In Kürze, diese Verfassungen (1924, 1961 und 1982) sind ähnlich in Hinsicht auf ihre Strukture (über die Rechtmässigkeit der Verwaltung). Alle Gerichte sind unabhängig in dieser Verfassungen.

Wenn der legitime Texte auch nicht besteht, aber es Staatswohl gibt, beurteilt in der sibzige Jahre vom hohen Verwaltungsgericht wird, die generelle und primäre Regelungskompetenz der Verwaltung zu haben[7].

Die Vollziehungskompetenz für den Volziehungsorgan sieht man nicht nur in der Verfassungen. Die andere Regelungshandlungen als bestehende Verwaltungsakte ist der Anwendungsperiode dieser Verfassungen vom Vollziehungsorgan gemacht worden. Und diese Regelungshandlungen der Verwaltung "verstösst mit der Verfassung" zu verteitigen, wird es weder in der Literatur, noch der Entscheidungen des Gerichts gesehen. Zum Beispiel, der Texte von 1924 festgestellt nur auf die "Ausfuhrungsverordnung", aber der Vollziehungsorgan andere Regelungshandlungen (Vorschrift, Regel- RegierungsbeschluB...usw) erläβt.

Endlich den Gesichtspunkt des Verfassungsgerichts läβt uns erinnern; auβer der feststellenden Bestimmungen in der Verfassung kann man andere Verwaltungsregelungen von Vollziehung nur ohne Widerspruchlos mil der Verfassung verordnen. Dieser Sachverhalt ist der Verfassung entsprechend[8].

6 AYM, E.1963/4, K.1963/71.

7 MEMİŞ, s.117.

8 AYM, K.1963/71.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

YENİ CEZA KANUNU İLE KAMU İDARESİ ALEYHİNDE CÜRÜMLERDE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

*Doç. Dr. Ayşe NUHOĞLU**

I. GENEL OLARAK

Kamu idaresine karşı suçlar Eski TCK'nun üçüncü babında 202 ila 281. maddeler arasında düzenlenmişken Yeni TCK'nunda Millete ve Devlete Karşı suçlar Başlıklı dördüncü kısmın birinci bölümünde Kamu İdaresinin Güvenilirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar başlığı altında 247 ila 266. maddeler arasında düzenlenmiştir. Eski kanunda 79 maddede (yürürlükten kaldırılan 6 madde göz önüne alınırsa 73 madde) söz konusu suçlara ilişkin düzenleme mevcut iken yeni Kanunda bu sayı 19 maddeye indirilmiştir. Eski kanunda devlet idaresini ilgilendirdiği varsayılan 10 hüküm yeni kanunda farklı yerlerde düzenlenmiştir. Toplam da 79 (73) madde 29 maddeye indirilmiştir.

Eski kanunda alım satıma fesat karıştırma suçu (m.205) kamu idaresi aleyhinde suçlar bölümünde iken yeni kanunda bu suç ekonomi sanayi ve ticarete ilişkin suçlar bölümünde 235. maddede düzenlenmiştir. Mülga Kanunda Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler Bölümünde düzenlenen işkence suçu (m. 243), yeni Kanunda 94. maddede kişiler aleyhinde suçlar bölümünde düzenlenmiş, bu Kanunda tanımlara ilişkin 259, 279 ve 265. maddeler, yeni Kanunun tanımlar başlıklı 6. maddesinde düzenlenmiş, eski 264. madde yeni Kanunun 174. maddesinde düzenlenmiş, eski Kanunda 266, 267, 268 ve 270. maddelerde düzenlenen memura ve resmi heyetlere hakaret suçu, yeni Kanunda 125 ve 127. maddelere hakaret suçları arasına alınmış, eski Kanunun 271. maddesinde düzenlenen memura karşı işlenen müessir fiil suçu, yeni Kanunun 86. maddesinde düzenlenmiştir.

Rüşvete aracılık suçuna ilişkin özel hüküm eski Kanunun 216. maddesi, rüşvet konusu malın müsaderesine ilişkin 217. madde, 231, 233 234, 239, 244, 249, 251, 269, 272, 273, 277, 278, 280 maddeler yeni Kanuna alınma-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mıştır. Bunun yanında eski Kanunun 204, 206, 207, 210, 221 ve 227. maddeleri daha bu Kanun yürürlükte iken yürürlükten kaldırılmıştır.

Eski Kanun ve Yeni Kanunun Devlet İdaresine Karşı Suçları düzenlemesine genel olarak bakıldığında, mağdurun memur olması halini genel ağırlatıcı sebep olarak öngören eski Kanunun 273. maddesi yeni Kanuna alınmamıştır. Eski Ceza Kanununun sırf memur sıfatı sebebiyle, bazı suçlarda korunan hukuki yararın değiştiğini kabul ettiği, örneğin memura hakaret suçunun Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler kısmında düzenlenmişken, diğer kişilere kaşı işlenen hakaret suçu kişilere karşı cürümler arasında düzenlenmişti. Yeni Ceza Kanunu ise bazı suçlarda mağdurun sıfatının değişmesi halini suçla korunan hukuki yararın değişmesi sebebi olarak kabul etmemiştir. Ancak buna benzer bir ilişkinin bulunduğu zimmet suçu ile emniyeti suistimal suçu yeni Kanunda ayrı suçlar olarak düzenlenmiştir. Bu hükümlerden şöyle bir sonuç çıkarılabileceği kanısındayım. Eski Kanun failin sırf memur olmasını, memuriyet sıfatı nedeniyle veya memuriyet görevi sırasında suçun işlenmesini ağırlatıcı sebep veya suçun niteliğinin değişmesi başka bir suçu oluşturması nedeni olarak kabul etmesi karşılığında, mağdurun memur olması halini de ağırlatıcı sebep veya suçun niteliğini değiştiren bir sebep olarak kabul ederek bir denge kurmakta idi. Yeni Kanunda ise bu dengenin memur aleyhine bozulduğu yönündeki bir tespitin hatalı olmadığı kanısındayım.

Bölümün başlığı eski Kanunda "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" iken yeni Kanunda "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlığı ile düzenlenmiştir. Bölüm başlıkları suçla korunan hukuki yararın tespitinde önem arzetmektedir. Bu açıdan değişikliğe bakıldığında, eski kanundaki ifadenin daha kapsamlı olduğu görülecektir.

TCK uyarınca Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçların faili sadece kamu görevlisi sıfatını haiz olanlar olacaktır. Kamu görevlisi söz konusu Kanunun 6. maddesinde tanımlanmıştır. 6. maddesinde kamu görevlisi, "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" şeklinde tanımlanmıştır. ETCK da ise bu suçların failinin ancak bir memur olabileceği kabul edilmekte ve memur aynı Kanunun 279. maddesinde tanımlanmakta idi. Memur ve kamu görevlisi tanımları karşılaştırıldığında, kamu görevlisi tanımının daha geniş olduğu görülecektir.

Diğer Kanunların ceza kanunundaki memur kavramına yaptığı atıfların artık TCK'nun ilgili hükümlerine yapıldığı kabul edilmelidir. Özel ceza kanunlarında ve diğer kanunlarda memur gibi cezalandırılacakları belirtilen kimseler, yeni Kanun uyarınca da kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir. Bu husus 5252 sayılı Kanunun 6/1-c açıklıkla düzenlenmiştir. Örneğin 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca, özel güvenlik görevlileri Türk Ceza Kanununun uygulanmasında memur sayılır. Bu halde özel güvenlik görevlilerinin Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılacağının kabul edilmesi gerekmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

II. DEVLET İDARESİ ALEYHİNDE İŞLENEN CÜRÜMLERDE ORTAK AĞIRLATICI SEBEPLER

Bu cürümlerde ortak ağırlatıcı sebepler eski Kanunun 251 ve 281. maddelerinde Yeni Kanunun 266. maddesinde düzenlenmiştir. TCK 266. maddeye göre, görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında arttırılır. Bu hüküm eski TCK 251 ve 281. maddelerin karşılığını oluşturmaktadır. 251. maddeye göre, bir memur vazife esnasında bir kimse aleyhine bir cürüm işlerse kanunda yazılı olmayan hallerde o cürme kanunen terettüp eden ceza üçte birden yarısına kadar artırılır. 281. maddeye göre, bir kimse cürüm işlemek için haiz olduğu memuriyete ait kuvvet ve vasıtaları kullandığı takdirde eğer kanun esasen memuriyet sıfatını nazarı itibare almamış ise irtikap olunan cürüm için tayin olunacak ceza altıda birden üçte bire kadar tezyit olunur.

Eski Kanuna ilişkin uygulamada Yargıtay şöyle bir ayırım yapmakta idi: Suç görevin icrası sırasında kişiye karşı işlenmiş ancak görevle ilgili bir suç değilse, göreve ilişkin araçlar kullanılsın kullanılmasın 251. madde ile ceza artırılmakta idi. Suç görevin icrası sırasında değil, ancak görev sebebiyle verilen araç ve gereçler kullanılarak işlenmiş ise 281. madde uyarınca ceza artırımı yoluna gidilmekte idi. Suç hem görev esnasında işlenmiş hem de memuriyete ait kuvvet ve vasıtalar kullanılmışsa, daha fazla artırma oranı öngören 251. maddenin uygulanması gerekmekte idi.

Yeni Kanun 266. maddede her iki hükmü birleştirmiştir. Suç ister görevin icrasında ister görevin icrası dışında işlenmiş olsun, görev sebebiyle teslim edilen araç ve gereçler suçun işlenmesinde kullanılmış ise 266. madde uyarınca ceza artırılacaktır. Bu halde suç, görev esnasında işlenmiş, ancak görev sebebiyle teslim edilen araç ve gereç suçun icrasında kullanılmamış ise, eski Kanunun 251. maddesi uyarınca ceza artırımı mümkün iken yeni Kanun uyarınca ceza artırımı mümkün olmamaktadır.

TCK 266. maddenin uygulanması için;

1. Suçun işlenmesi,

2. İşlenen suçta kamu görevlisi sıfatının unsur veya ağırlatıcı sebep olarak öngörülmemiş olması,

3. Failin kamu görevlisi olması,

4. Kamu görevine ait araç ve gereçlerin suçta kullanılması,

5. Bu araç ve gereçlerin kamu görevlisine görevi dolayısıyla verilmiş olması gerekir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

III. BAZI SUÇ TİPLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

A. Zimmet Suçu TCK m. 247 – 249 ETCK m. 202

TCK 247. maddeye göre, görevi nedeniyle zilyedliği[1] kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Zimmet suçunun düzenlendiği ETCK 202 ile TCK 247. maddeler arasındaki farklılıklara bakıldığında; maddenin esasında, özünde bir değişiklik olmadığı, uygulama ve öğreti arasındaki bazı görüş ayrılıklarının madde metninde açıklığa kavuşturulduğu görülecektir.

Zimmet suçunun konusu 247.maddede sadece "mal" olarak gösterilmiştir. Eski Kanunda ise para veya para yerine geçen evrak veya senetler veya diğer mallar şeklinde belirtilmişti. Yeni Kanunda kullanılan "**mal**" terimi Medeni Kanun anlamında ele alındığında, para terimini de kapsamaktadır. Bu açıdan yeni düzenleme ile maddede bir sadeleştirme yapıldığı, gereksiz tekrarın düzeltildiği ifade edilebilir.

ETCK yürürlükte iken Yüksek Mahkeme ve öğretideki baskın görüş taşınmazların zimmete konu olamayacağını kabul etmişken, TCK'nun maddeye ilişkin gerekçesinden taşınmazların da zimmete konu olabileceği kabul edilmektedir[2].

ETCK'nun 202. maddesinin lafzı sadece failin malı kendi zimmetine geçirmesini suçun maddi unsuru olarak kabul ederken, TCK'nun 247. maddesi "kendisi veya başkasının zimmetine geçirme halinde maddi unsurun gerçekleşeceğini kabul etmiştir. Ancak ETCK uygulamasında da Yargıtay 3. kişi lehine zimmete geçirme halinde de suçun oluşacağını kabul etmekte idi.

TCK'nun 247/2. fıkrasında düzenlenen nitelikli zimmet suçunun oluşması için, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hali öngörülmüştür. Eski Kanunla farkı madde metninde "dairesini aldatacak" ifadelerine yer verilmemiş olmasıdır. Bu ifadelerin madde metnine alınmaması uygulamayı değiştirecek nitelikte değildir. Zira bir davranışın "hileli davranış" olarak kabul edilebilmesi için aldatmaya elverişli olması gerekir. Şayet bu hile evrakta sahtecilik suretiyle gerçekleştirilmiş ise TCK'nun 212. maddesi uyarınca evrakta sahtecilik ve zimmet suçu arasında gerçek içtima kuralları uygulanacak, diğer bir ifade ile iki ayrı suçtan cezalandırma söz konusu olacaktır.

---

1 Terimin Medeni Kanunda "**zilyetlik**" olarak kullanılmışken Ceza Kanununda "**zilyedlik**" olarak kullanılmasını doğru bulmamaktayım.

2 Burada önemle belirtmek gerekir ki Kanundaki genel gerekçe veya madde gerekçeleri, madde metinlerinin aksine bağlayıcı olmayıp, sadece yorumda yol gösterici niteliktedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TCK'nun 247/3. fıkrasında kullanma zimmeti düzenlenmiştir. Bu zimmet türü ETCK da bulunmamakla beraber Yargıtay kararlarında kabul edilen bir zimmet türü idi. Zira Yüksek Mahkeme kullanma zimmeti halinde bazı kararlarında, eylemin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu kabul etmekte, bazı kararlarında da zimmete geçirilen, kullanılan miktar açısından zimmet suçunun oluştuğunu kabul etmekte idi.

ETCK 202/son fıkrasında düzenlenen suçun "kamu bankaları aleyhine işlenmesi" ağırlatıcı sebebine yeni Kanunda yer verilmemiştir. Bunun sebebi Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinde, banka aleyhine işlenen zimmet suçunun ayrı bir suç olarak düzenlenmesi olsa gerektir[3]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.02.2005 tarihli kararında[4] Ziraat Bankası çalışanının dahi memur olmadığını kabul etmiştir. Dolayısıyla bu karar uyarınca ETCK'nun 202. maddesinde düzenlenen suçun faili olması mümkün değildir.

TCK'nun 248. maddesinde etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Maddenin 202/3. fıkradan farkı, zararın soruşturma başlamadan önce zararın tamamen tazmin edilmesi veya zimmete geçirilen malın iade edilmesi halinde cezanın üçte ikisinin indirileceğinin hüküm altına alınmasıdır.

TCK'nun 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçunun manevi unsuru zimmete geçirme kastıdır. Zimmete geçirme kastının bulunmaması halinde eylem kullanma zimmeti olarak nitelendirilmelidir.

TCK da zimmet suçunun temel şekli için öngörülen yaptırım 5 yıldan 12 yıla kadar hapis cezasıdır. Ayrıca TCK'nun 55. maddesi uyarınca kazanç müsaderesi mümkündür.

ETCK 202. maddede öngörülen yaptırım ise 6 yıldan 12 yıla kadar ağır hapis ve meydana gelen zararın bir misli kadar ağır para cezası idi.

B. Denetim Görevinin İhmali Suçu TCK 251/2 ETCK 203

TCK'nun 251/2. maddesinde1. fıkradan bağımsız ayrı bir suç tipi düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlayan kamu görevlisi, üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Yeni hükmün ETCK 203. maddesinden farkı, irtikap suçu da madde kapsamına alınmıştır. Ayrıca eski metinde zimmetin artmasına veya oluşmasına sebebiyet vermek suçun neticesi iken yeni metinde sadece zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağla-

---

3 Bankalar Kanunun 22/3. fıkrasında düzenlenen zimmet suçunun oluşabilmesi için öncelikle, failin banka mensubu olması ve zimmete geçirilen malın bankaya ait bir mal olması gerekir. Oysa gerek ETCK 202 gerekse TCK 247. maddede düzenlenen zimmet suçunun oluşması açısından, failin memur olması ve zimmete geçirilen malın devlete veya bireye ait olması arasında fark bulunmamaktadır. Önemli olan malın görevi sebebiyle memurun zilyetliğine bırakılmış olmasıdır.

4 CGK T. 08.02.2005, E. 2004/5-146, K. 2005/7, YKD C.31, S. 5, Mayıs 2005, s. 762.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mak suçun neticesi olarak düzenlenmiştir. Ayrıca yeni metinde irtikap suçunun işlenmesine sebebiyet vermek de madde kapsamına alınmıştır. Ancak rüşvet suçunun işlenmesine sebebiyet vermek madde kapsamına alınmamıştır.

TCK'nun 251. maddesi uyarınca fail, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesinden haberdar ise, suçun işlendiğini bilmekte ve işlenmesine göz yummakta ise 1. fıkra uyarınca, işlenen zimmet veya irtikap suçuna iştirak etmiş olarak kabul edilir. 251/2. fıkrada ise, fail denetim görevini kasten ihmal etmekte, bu suretle zimmet ya da irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlamaktadır.

C. Rüşvet Suçu TCK 252-254 ETCK 211-220

Rüşvet suçları konusunda yeni Kanunda getirilen en önemli değişiklik basit rüşvet verme eylemlerinin bir kısmının suç olmaktan çıkarılması, basit rüşvet alma eylemlerinin bir kısmının ise Kanunun 257/3. fıkrası uyarınca görevi kötüye kullanma olarak cezalandırılması olarak göze çarpmaktadır. Basit rüşvet vermenin bir kısmı suç olmaktan çıkarılmıştır, zira rüşvet alan kamu görevlisi ise bu suç değildir, ancak rüşvet alan yabancı ülkede görevli biri ise, diğer bir ifade ile 252/5. fıkra uyarınca değerlendirilmesi gereken bir eylem ise, bu halde basit rüşvet alan veya veren de suç işlemiş olacaktır. Ancak 252/5. fıkranın ihlali halinde yaptırımın ne olduğu madde metninde belirtilmemiştir, bu halde yaptırım konusunda 1. fıkra ile bir farklılaştırmanın yapılmadığı, bu halde de failin 1. fıkra uyarınca cezalandırılacağı ifade edilebilir.

Maddede rüşvetin anlamı konusunda bir ayırım yapılmıştır. Bu rüşvet olan eylemler ve rüşvet sayılan eylemler şeklinde gruplandırılabilir. Rüşvet olan eylemler, 252. maddenin 3. fıkrasında tanımlanmıştır. Bu tanıma göre rüşvet, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır. Görüleceği üzere 3. fıkra uyarınca rüşvetin söz konusu olabilmesi için önşart, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması gereğidir. Görevin gereklerine aykırı davranışın söz konusu olabilmesi için, öncelikle kişinin görevi gereği bir işi yapmakla veya yapmamakla yükümlü olması gerekir. Görevine girmeyen bir iş için yarar sağlaması hali ise, 255. madde ile yaptırım altına alınmıştır. Bunun yanında, görevin gereklerine aykırılık olabilmesi için, kamu görevlisinin yapması gereken bir şeyi yapmaması, yapmaması gereken bir şeyi yapması için yarar sağlaması gerekir. Bu halde 3. fıkradaki rüşvet alma/verme tanımına sadece nitelikli rüşvet alma/verme eylemleri girecektir.

TCK'nun 252. maddesinin 5. fıkrasında rüşvet sayılan eylemler ise, "uluslararası ticari işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaad edilmesi veya verilmesi" şeklinde belirtilmiştir. Fıkra uyarınca rüşvet verilmesinin sebebi uluslararası ticari işlemler olmalıdır. Başka bir işlem için yarar sağlanması hali fıkra kapsamında değerlendirilemeyecektir. Fıkra hem basit hem de nitelikli rüşvet alma/verme eylemlerini içermektedir. Gerçekten fıkra uyarınca, yapılması gereken işin yapılması (yapılmaması gereken işin yapılmaması) için sağlanan, vaad edilen veya teklif edilen yarar rüşvet sayılacağı gibi, yapılmaması gereken işin yapılması (yapılması gereken işin yapılmaması) için sağlanan, vaad edilen veya teklif edilen yarar da rüşvet sayılacaktır.

Bu fıkra uyarınca suçun maddi unsuru, haksız yarar teklif edilmesi, vaad edilmesi veya verilmesi olarak sayılmıştır. Birinci fıkradaki rüşvetten farklı olarak suçun tamamlanması için haksız yararın sağlanması gerekmemekte, teklif edilmesi veya vaad edilmesi halinde de suçun tamamlandığı kabul edilmektedir.

TCK'nun 252. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun manevi unsuru **özel kast** iken, 5. fıkrada düzenlenen suçun manevi unsuru da **özel kast**tır. Ancak 1. fıkrada düzenlenen suçun oluşması için failde bulunması geren saik, "görevin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmak veya yapmamak" saikidir. Oysa Kanun 5. fıkrada "bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla" ifadelerine yer vererek, failin hangi saikle hareket etmesi halinde suçun oluşacağını 1. fıkradan farklı bir şekilde belirtmiştir.

4. fıkrada düzenlenen suç, fail bakımından 1. fıkradan farklılaşmaktadır. Bu fıkra uyarınca rüşvet alma suçunun faili, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketler adına hareket eden kişiler olabilir. 4. fıkrada düzenlenen suçun manevi unsuru özel kasttır. Suçun maddi unsuru ise 1. fıkraya paralel bir şekilde "yarar sağlamak" olarak düzenlenmiştir.

Öte yandan, 252. madde "yarar sağlamak"tan sözederek, rüşvet konusu olan yararın maddi veya manevi yarar olabileceğini belirtmektedir.

Yukarıda belirtilen açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hukukumuzda rüşvet suçunun unsurlarını tek şekilde belirlemek mümkün olmayacaktır. Zira TCK'nun 252. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç ile 5. fıkrasında düzenlenen suçun unsurları farklıdır. 1. fıkra uyarınca, rüşvet alma-verme suçlarının maddi unsuru, kamu görevlisine yapmaması gereken işi yapmaması veya yapmaması gereken işi yapması amacıyla yarar sağlamaktır. Kural olarak kamu görevlisine yarar sağlandığı anda rüşvet alma ve rüşvet verme suçu tamamlanacaktır. Görüleceği üzere yeni Kanun –kural

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olarak- eski Kanundan farklı bir şekilde suçun tamamlanması için rüşvet konusu işin karşılığı olan yararın sağlanmasını aramaktadır. Yine 1. fıkra uyarınca yarar sağlanmasa da, rüşvet konusunda anlaşmaya varılmışsa, rüşvet anlaşması yapılmışsa suç tamamlanmış sayılacak, aksi halde teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

TCK'nun 252. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen rüşvet suçunun maddi unsuru ise, faile bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaad edilmesi, verilmesidir. Görüleceği üzere burada belirtilen rüşvet suçunun tamamlanmış sayılması için rüşvet anlaşmasını yapılmasına ihtiyaç olmayıp, yararın teklif veya vaad edilmesi halinde de suçun tamamlandığı kabul edilmektedir. Öte yandan, madde metninden anlaşılacağı üzere basit rüşvet verme ve basit rüşvet alma madde uyarınca cezalandırılmalıdır.

D. Yetkili Olmadığı Bir İş İçin Yarar Sağlama TCK 255 ETCK 218

TCK'nun 255. maddesi uyarınca, görevine girmeyen ve yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaatini uyandırarak yarar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

Hükmün eski Kanunun 218. maddesinden aslında farkı bulunmamaktadır. Ancak Kanunun 255. maddesinin gerekçesinde suçun çok failli bir suç olduğu, işinin gördürülmesini isteyen ve bu amaçla kamu görevlisine menfaat temin eden kişinin de aslında hukuka aykırı bir zeminde olduğu, bu itibarla, hem kamu görevlisi hem de işinin gördürülmesini isteyen ve bu amaçla kamu görevlisine menfaat temin eden kişinin de suçun faili olduğu belirtilmiştir ki, buna katılmak mümkün değildir. Çünkü madde açıkça "yarar sağlayan kamu görevlisi bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır" diyerek kimin cezalandırılacağını hüküm altına almıştır. Kamu görevlisinin işi yapabileceği veya yaptırabileceği konusunda ikna olan kişinin cezalandırılacağına dair bir husus madde metninde bulunmamaktadır. Dolayısıyla gerekçede belirtildiği üzere bu kişinin cezalandırılması kanunilik ilkesine aykırı olacaktır.

Yine gerekçede, kamu görevlisi, görülmesi istenen iş konusunda kendisini esasen yetkili ve görevli olmadığı halde, görevli ve yetkili olduğundan ve işi yapacağından bahisle kişiyi yanıltarak menfaat temin etmiş ise dolandırıcılık suçunun oluşacağı belirtilmektedir ki maddedeki açıklık karşısında bu fikri kabul etmek mümkün değildir. Bu halde oluşacak olan suç 255. maddede düzenlenen suçtur.

Bu eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu hal, TCK'nun158/2 fıkrasında belirtilmiştir. Gerçekten bu fıkraya göre, kamu görevlileriyle ilişkisi olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gör-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Burada cezalandırılan husus, kamu görevlisi olsun olmasın, yetkili olmadığı bir iş için, -mağdurun yetkili olmadığını bilerek-, işin yapılması için menfaat sağlaması halidir. Dolandırıcılık suçunun oluşması için, failin mağduru kendi yetkisi konusunda değil, başka kamu görevlileriyle ilişkisinin bulunduğu ve onlara işi yaptırabileceği konusunda aldatması gerekir.

Suçun oluşabilmesi için menfaat temin edenin, yapılmasını istediği işin kamu görevlisinin görevine girmediğini ve bu hususta yetkisi olmadığı bilmesi gerekir. Eski Kanunun 218. maddesine ilişkin uygulamada Yargıtay, failin mağdura görevli olmadığını söyledikten sonra işinle ilgilenirim, görüşeceğim yere bir miktar para vereceğim diyerek para almasının dolandırıcılık olduğunu kabul etmekte idi. Yeni Kanun bu hali yasallaştırmış ve Kanunun 158/2. fıkrasında açıkça düzenlemiştir.

E. Görevi Kötüye Kullanma Suçu TCK 257 ETCK 228, 230, 240, 212

TCK'nun görevi kötüye kullanma başlıklı 257. maddesinde, eski Kanundaki görevi suistimal, görevi ihmal, kişilere karşı keyfi muamele suçları ile basit rüşvet alma suçları düzenlenmiştir. Eski Ceza Kanunundan farklı olarak 257. maddenin 1 ve 2. fıkraları uyarınca görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçları zarar suçu olarak düzenlenmiştir. Eski Kanunda ise bu suçlar tehlike suçu olarak düzenlenmekte idi.

TCK'nun 257. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında düzenlenen görevi kötüye kullanma ve ihmal suçlarının hareket unsuru "görevin gereklerine aykırı davranmak veya görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermektir". Görevin gerekleri, mevzuatta belirtilmiştir. Mevzuatla belirlenen görevin gereklerine aykırı hareket veya takdir yetkisinin kötüye kullanılması halinde hareket unsurunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekir.

Yukarıda belirtildiği üzere her iki suç da zarar suçu olarak düzenlenmiştir. Buradaki zarar, kamu zararı, kişilerin mağduriyeti veya kişilere haksız bir kazanç sağlamaktır.

Maddenin 3. fıkrasına ise, eski Kanunun 212. maddesinde düzenlenen basit rüşvet alma suçu düzenlenmiştir. Suçun ön şartı, eylemin cebri irtikap suçunu oluşturmamasıdır. Maddi unsur ise kamu görevlisinin görevin gereklerine uygun davranması için veya görevin gereklerine uygun davrandığı için kendisine veya başkasına haksız çıkar sağlamasıdır. Bilindiği üzere basit rüşvet alma suçunun oluşması için memurun, yapması gereken işi yapmadan veya yapmaması gereken işi yapmamak için haksız menfaat alması veya vaat veya taahhüt kabul etmesi gerekir. Rüşvet konusu iş yapılmadan önce vaadin, taahhüdün önerilmesi gerekir. İş yapıldıktan sonra menfaatin sağlanması veya vaat edilmesi rüşvet alma suçunu oluşturmaz. 257/3. fıkrada ise, kamu görevlisi yapması gereken işi yaptıktan veya yap-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

maması gereken yapmaması nedeniyle haksız menfaat elde etmesi halinde de bu suç oluşur. Bu şekilde hükmün uygulama alanı genişletilmiştir. Ancak basit rüşvet verme suçu yeni Kanunda suç olmaktan çıkarılmıştır. Basit rüşvet alma suçu da görevi kötüye kullanma suçu olarak nitelendirildiğinden, yaptırımı oldukça hafiflemiştir.

F. Kanuna Aykırı Eğitim Kurumu TCK 263 ETCK 261

Bu hüküm tartışmalı bir şekilde değiştirilmiş olan hükümdür[5]. Madde yasalara aykırı olarak eğitim kurumu açan ve işletenlere üç aydan bir yıla kadar hapis ya da para cezası verileceğini hüküm altına almaktadır. Suçun maddi unsuru, kanuna aykırı eğitim kurumu açmak veya işletmektir. Manevi unsur ise genel kasttır. Yapılan değişiklikle, yasaya aykırı olarak açıldığını bilmesine rağmen eğitim kurumlarında öğretmenlik yapanlar madde kapsamından çıkarılarak cezalandırılmaları önlenmiştir. Zira kurumda yasaya aykırı olduğunu bilerek çalışan öğretmenler her zaman iştirak hükümleri uyarınca cezalandırılamaz. Ayrıca yasaya aykırı eğitim kurumu açanlara ve işletenlere verilecek cezalar, para cezası ve hapis cezası seçimlik ceza olarak öngörülmüş, cezaların alt ve üst sınırları indirilmiştir. Yasaya aykırı olarak açıldığı ya da işletildiği mahkeme kararı ile sabit olmasına rağmen bu eğitim kurumlarının kapatılması yaptırımı kaldırılmıştır.

Ayrıca suçun düzenlenmesindeki amaç Anayasa'nın 42. maddesine aykırı davranışları yaptırım altına almaktır. Ancak maddedeki düzenleme Anayasa'nın 42. maddesi açısından gerekli korumayı sağlamaya yeterli görünmemektedir. Anayasanın 42. maddesi, eğitim ve öğretimin Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre yapılacağı belirtildikten sonra bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamayacağı kurala bağlanmıştır.

5 Tartışmalar için bkz. Meclis Tutanakları ve Veto gerekçesi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONUNUN İSTEKSİZLİĞİ VE AŞIRI TEPKİLİ ÜYE DEVLETLER: [VERGİ HUKUKUNDA] KAOS İÇİN MÜKEMMEL BİR BİRLİKTELİK[1]

Otmar THOEMMES, Deloitte&Touche, Münich

*Çeviren: Ar. Gör. A. Selçuk ÖZGENÇ**

Avrupa Birliği Adalet Mahkemesinin (ATM) AB üyesi devletlerin vergi hukukları üzerideki etkisi tartışmasızdır. Bazı kimseler mahkemenin bu etkisinin AT anlaşması hükümlerinin doğru uygulanmasının ötesine geçtiğini iddia edebilirse de, ATM tam da sözleşmenin gerektirdiği şekilde kararlar vermektedir. Mahkeme, birlik üyesi devletlerin vergi mevzuatlarındaki ayrımcı hükümlerin varlığından dolayı suçlanmamalıdır. Çünkü yeni bir vergi yasası hazırlamak ATM'nin yetki alanına girmemektedir. Mahkemenin yeni bir vergi yasası hazırlama görevi yoktur ya da böyle bir göreve başlaması için hukuki dayanağı mevcut değildir. ATM'nin görevi kendisine gönderilen özel sorunlar üzerinden karar vermektir.

Teoride davalar ATM'ye, Avrupa Komisyonunca (Sözleşmenin 226. maddesi gereğince) ya da üye devletlerin mahkemeleri tarafından (Sözleşmenin 234. maddesi gereğince) gönderilmektedir. Pratikte ise ne yazık ki 70'den fazla davadan sadece 6'sı Avrupa Komisyonunca mahkeme önüne taşınmıştır. Diğer davaların tamamı üye devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından gönderilmiştir. Bu oranlama şöyle bir soruyu ortaya çıkarmıştır: Ulusal mahkemeler ATM'ye göndermiş oldukları davaların sayısını kısıtlamalı mı ve hatta bu davaları ATM'ye göndermeye tamamıyla son vermeli midir? Bu soruya verilecek cevap net bir hayırdır, çünkü ATM sözleşmenin istikrarlı ve güvenilir yorumunu sağlamakta tek yetkili mahkemedir. Bu anlamda, tüm taraflar doğru uygulama yapıyor gözükmektedir.

Avrupa'daki vergi mevzuatlarının karmaşık, belirsiz ve değişken yapı-

---

1 "Commission's Reluctance and Member States' Overreactions, A Perfect Recipe for Chaos", INTERTAX, Volume 32, issue 3, 2004, pp:124-125.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. Çalışmanın hazırlanış sürecinde yolumu aydınlattığı için Sayın Hocam Prof. Dr. Billur Yaltı'ya teşekkürü bir borç bilirim.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sından dolayı kimin suçlanacağı sorulur ise suçlunun üye devletlerin bizatihi kendilerinin olduğunun söylenmesi makul olacaktır. Tüm bunlardan sonra vergi yasası hazırlama gücüne sahip olan üye devletler, görünüşe göre bu gücün AT hukukuyla uyumlu kullanılması açısından kesinlikle sınıfta kalmışlardır. Ancak ulusal vergi mevzuatlarının amacı bir AT iç pazarını yaratmak mı yoksa sadece ulusal bütçe kaynaklarına fon yaratmak mı olmalıdır sorusu sorulduğunda, yukarıdaki sorunun cevabı belirlenmektedir. Birileri vergi mevzuatının amacının iç pazar yaratmak olduğunu düşünürken gerçekte ulusal vergi mevzuatının amacı bütçeye fon yaratmaktır.

Ulusal bütçeler ulusal sınırlara sahiptir ve üye devletlerin vergisel egemenlikleri de kendi ülkeleriyle sınırlıdır. Eğer vergisel egemenlik yurt dışında yerleşik olan yabancılardan vergi toplanmasına izin vermez ise (meğer ki bu kişiler ilgili ülkede bir işyeri aracılığıyla veya herhangi bir biçimde faaliyette bulunsun) yurtdışındaki ödemelerin sınırsız biçimde vergiden indirilmesine izin verilmesi zor görünmektedir.

Geleneksel olarak üye devletlerin vergi hukukları yerli ve yabancı arasında ayrım yapar. "Yerel", bir devlet içindeki bütün yerler anlamındadır. "Yabancı", ulusal sınırların dışında kalan her yer anlamındadır. Geleneksel vergi hukuku kavramları bağlamında yapılan bu ayrıma dayalı olarak, Avrupa 'yabancı' olmalıdır. Bir kişi ise, ya yabancı ya yerli ya yerleşik ya da yerleşik olmayandır. Bu durumun bir orta noktası mevcut değildir. AB üyesi devletlerin vergi hukukları –çoğu çok eskiden- ulus devletin yaratılma sürecinde oluşturulmuştur, ki bu ulus devletler bugün AB'nin birer parçasıdır. Yakın zamana kadar yerli ve yabancı arasındaki bu temel ayrım için bir sorgulama yapılmamıştır. Bu ayrım özellikle OECD bünyesindeki devletlerce fikir birliğinin öznesi olduğunda, tek tek üye devletler söz konusu ayrımdan rahatsız olmamışlardır. Gerçekten OECD üyesi devletlerin kendileri, OECD vergi anlaşması modeli ve OECD'nin vergi politikaları belgelerinde olduğu gibi, yerleşik olmaya karşı yerleşik olmamanın ve yerele karşı yabancının ortak kavram olması, taraf devletlerin hem ülke içinde hem ülke dışında bu ayrıma sadık kalmalarına yol açmıştır.

AT sözleşmesi 1957'de yürürlüğe girdiği zaman, üye devletler AT'ye vergisel bir yetki verdiklerini fark edemediler. Çünkü sözleşme dolaysız vergi sorununu özellikle vurgulamıyordu ve vergi uyumlaştırmasında oy birliği aranıyordu. Kuruluşunun ilk 30 yılı içinde ATM'nin sessizliği de dikkate alınırsa, üye devletlerin geleneksel yerli kavramı karşısında yabancı kavramını değiştirmek için nedeninin olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte 1986'da verilen *avoir fiscal* kararından -ki köşe taşı bir karardır- itibaren ATM'nin dolaysız vergi hakkındaki hukuk davaları çok önem kazanmıştır. Şu an bu durum daha etkili ve düzenli olarak birçok üye devletin vergi hukuklarında değişimlere neden olmaktadır.

Aslında üye devletlerin bu gelişmeyi tahmin etmesi beklenirdi. Üye

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

devletler açısından bakıldığında, ATM'ye karşı ulusal vergi hukuklarını korumaları mantıklı bir tepkidir. ATM tarafınca görülen 70 davadan yalnızca 7'sinde üye devletlerin vergi otoritelerinin lehine karar verildi; bu başarı oranı üzerine üye devletlerin topluluk hukukunun kendi hukukları üzerindeki etkisini çok iyi anladıklarını söyleyemeyiz.

ATM kararlarını kendi ulusal vergi hukuklarına uyumlaştırma sürecinde üye devletler, mahkeme kararlarında söz edilen vergi yükümlülerinin yararı için gerekenden fazlasını yapmamışlar ve bu kararların kapsamlı sonuçları okunamamıştır. 10 yıldan fazla süredir üye devletler dolaysız vergi sorununda ATM'nin esas yaklaşımına ilişkin değişikliği açıkça anlamakta zorlanmışlardır.

Üye devletler şu an derslerini iyi öğrenmiş gözükerek son zamanlarda harekete geçmişlerdir ve birçok davada ATM'nin kararlarına beklenenden fazla tepki göstermektedirler. 12 Aralık 2002 *Lankhors-Hohorst* davası bu anlamda değerlendirilmelidir, ki bu dava Almanya'da yerleşik olmayanlara uygulanan örtülü sermaye kuralları hakkındadır. Hemen verilmesi gereken tepki, AB'deki şirket ortaklarının örtülü sermaye kurallarından muaf tutulması yönünde olmalıydı. Ama Alman hükümeti ATM kararına, söz konusu kuralları yerli şirket ortaklarının borçlarına da uygulamak suretiyle aşırı tepki vermiştir. Mevcut sınır ötesi sınırlamaları ulusal olaylara uygulayacak şekilde genişletmek ayrımcılığı ortadan kaldırabilir -aleyhteki bir kural yerleşik olanlara ve AB üyesi devletlerden gelen yerleşik olmayanlara eşit bir biçimde uygulanırsa bu ayrımcılık olarak nitelenemez- fakat bu sınırlamayı ulusal vergi yükümlülerine uygulayacak şekilde genişletmek sınır ötesi kısıtlamaları ortadan kaldırmaz. Söz konusu durum devam etmektedir ve birçok olay da çifte vergilendirmeyle sonuçlanacaktır. Faiz ödemesini alan kişinin ikametgâhının bulunduğu devlet, kaynak devletinde gelirin yeniden nitelendirilmesine ilişkin sınıflamayı kabul etmemekte, ödemeyi faiz olarak nitelemeye devam etmektedir. Bu durum ve çifte vergilendirme riski giderek daha da ağırlaşmaktadır. Çünkü örtülü sermaye mevzuatının uygulanması Avrupa'daki işletmelerin faydalandığı diğer serbestîlere ve sermayenin serbest dolaşımına bir tepki olarak görülmektedir. Yani üye devletler bir iç pazar oluşturma amacına yaklaşmak yerine bu amaçtan uzaklaşıyor görünmektedir.

AT Sözleşmesi'nin doğru uygulanmasından sorumlu olan Avrupa Komisyonu hiç de suçsuz değildir. Komisyonun, AT hukuku yükümlülükleri bakımından sınıfta kalan üye devletlere karşı yasal yaptırım uygulama konusunda hakları ve yükümlülükleri vardır (AT Anlaşmasının 226. maddesi).

Üye devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından ATM'ye gönderilen davaların aksine, AT Sözleşmesi'nin 226. maddesine göre açılan ihlal davalarının 3 avantajı vardır:

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

- Bir dizi üye devletin aynı veya benzer ayrımcı vergi yasası hükmünü uyguladığı hallerde, verilecek bir karar birden fazla üye devlet açısından sonuç doğuracaktır;
- Üye devletlere AT sözleşmesinin 266.maddesine göre ihlal davası açmadan önce, cevap verme konusunda makul bir süre sağlanmaktadır. Çünkü dava mahkemenin önüne gelmeden önce bir dizi danışma ve idari önleme başvurulmaktadır ve,
- Söz konusu kararlar Üye devletlerin ulusal hukuklarını iç pazarın gereklerine göre adapte etme olanağı sağlayan bir rehber niteliği taşıyacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi, olasılıkla politik değerlendirmeler sonucunda, dolaysız vergiyle bağlantılı ATM kararlarından sadece sınırlı sayıda kararlar Komisyon tarafından harekete geçirilen davalarda verilmiştir. Uzun yıllardan beri, Komisyon kendisinin öncelikli rolünü, yeni vergi uyumlaştırma mevzuatını hazırlama şeklinde görmeye eğilimli olmuştur. Ne yazık ki, dolaysız vergiler konusundaki oy birliği göz önüne alındığında, özellikle bu oybirliği talebinin, konsensüse varması beklenen birden fazla tarafça tehdit edildiği zaman, komisyonun bu rolü başarıyla sürdürdüğü söylenebilir mi? Bu sonuç, vergi uyumlaştırma sürecinin bugüne kadar sadece şu konularda sağlanabildiği gerçeğinden de ortaya çıkmaktadır:

- 1976 tarihli karşılıklı yardım üzerine yönergesi;
- Sınır ötesi birleşme, kar payı, faiz ve gayri maddi hak bedeli ödemeleriyle ilgili 3 yönerge; ve
- Mevduat faizlerinin vergilendirilmesi yönergesi;

Burada olması gerekenden daha az bir sıralama görülmektedir. Özellikle konsensus için ödenen yüksek bedel göz önüne alındığında, bu sonuca varmak mümkündür. Buradaki bedel, üye devletlerin vergi yasalarının AT Anlaşmasının gereklerine uyumlandırılması sürecinde, belirsiz ve öngörülemeyen bir ortam yaratılması ve Avrupa'da sınır ötesi ticari faaliyetler için hala sınırlı bir vergi ortamının oluşturulmuş bulunmasıdır.

Avrupa Konseyi, (Mart 2000'de) Avrupa Birliğini, dünyanın en yarışmacı, dinamik, bilinçli temel ekonomisi yapmanın amaç olduğunu ilan etti. Söz konusu amaç büyük önem taşımakla birlikte, ekonomik büyüme ve refahı henüz başarıya ulaşamamış olan bu yapıda dengeli ve güvenilir bir vergi düzenine ihtiyaç duyulmaktadır.

Avrupa Komisyonu kendi vergi politikasını yeniden gözden geçirerek vergi uyumlaştırma çabalarından, en azından vergi sorunu hususunda nitelikli çoğunluğa tabi oylamanın üye devletlerce kabul edilmesine kadar vazgeçmelidir. Vergi uyumlaştırma tedbirlerinin, Birliğin önce 12 ve sonra 15 Üye Devleti tarafından kabul edilmesinin zor ve zaman alıcı olduğu kanıt-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lanmıştır. 25 Devletten oluşan bir birlikte, pan-Avrupa vergi mevzuatının kabul edilmesi, bu devletlerin oybirliğine tabi olduğu sürece söz konusu uyumlaştırma çabası imkansız olacaktır. Bu, sadece Üye Devletlerin kendileri için değil birliğin kendisi için de ağır bir bedeldir. İhtiyaç duyulan şey, kendi haklarının kullanılabilir olmasını sağlayan ve vergi sorunlarında ATM'nin temin edemediği, yoruma mahal vermeyecek çözümleri sunan bir Komisyondur. Komisyon, rastgele mahkeme kararlarının ve Üye Devletler'in önceden tahmin edilemeyen ve söz konusu mahkeme kararlarına karşı sağduyusuz aşırı tepkilerinin yol açtığı Avrupa vergilendirmesindeki kaosu engelleyebilecek tek kurumdur. Komisyon kendi haklarını uygulanabilir hale getirmek için herhangi bir hazırlık yapmadıkça, söz konusu kaosun sorumluluğunu da üstlenmelidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İDARİ İŞLEMİN GERİYE YÜRÜMEZLİĞİ İLKESİ

*Yrd. Doç. Dr. H. Eyüp ÖZDEMİR**

Yasalarda öngörülen şartlara uygun olarak yapılmış ve yürürlüğe girmiş olan bir idari işlem, yürürlük tarihinden itibaren hukuki sonuç doğurur. "İdari işlemin geri yürümezliği ilkesi", idari işlemlerin yürürlüğe giriş tarihinden geriye yürütülememesini ifade eder.[1] Yani, idari işlemlerin içerdiği etki, hüküm veya sonuç geçmişe etkili olamaz.[2] Dolayısıyla idari işlemler geçmişe etkili sonuç doğurmazlar.

Danıştay, idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesini konuyla ilgili kararlarında sürekli vurgulamaktadır. Danıştay 10. Dairesi'ne göre; "Bakanlar Kurulu Kararı idari bir tasarruf olup, idare hukukunun genel ilkeleri uyarınca yayımından itibaren hüküm ifade etmesi gerektiğinden, geriye yürür hüküm ve sonuç getirmesi hukuka aykırıdır".[3]

Danıştay 10. Dairesi'nin bir başka kararına göre ise; "Her ne kadar idareler idari işlemleri kamu yararı amacıyla her zaman değiştirme yetkisine sahip iseler de; idari işlemin geri yürümeyeceği idare hukukunun temel ilkelerindendir."[4]

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na göre de; "İdari işlemler yürürlüğe girdikleri andan itibaren hukuki etkilerini gösterirler ve idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, gerek yargısal kararlar gerekse öğretide kabul edilmiş bir idare hukuku kuralıdır. Bakanlar Kurulunca yasayla tanınan düzenleme yetkisinin geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesine uygun kullanılması hukuk devleti olmanın doğal ve zorunlu gereğidir. Dava konusu kararname kapsamındaki fonların gelir ve kurumlar vergisi üzerinden, belirlenen oranlarda alınan mali yükümlülük olduğu dikkate alındığında vergilendirme dönemi sona erdikten

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref - TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt: 1, Ankara 1998, s. 357.

2 YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 1990, s. 102.

3 Danıştay 10. D., T. 26.05.1992, E. 1991/4571, K. 1992/2237, Danıştay Dergisi, Sayı: 86, s. 555.

4 Danıştay 10. D., T. 17.12.1985, E. 1985/1132, K. 1985/2134, www.danistay.gov.tr

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sonra daha önce belirlenen ve duyurulan yükümlülüklerin artırılmasının geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaştırılmasına olanak bulunmamaktadır."[5]

İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, düzenleyici veya birel işlem ayrımı yapılmadan uygulanır.

Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, kural olan idari işlemlerin ancak yapıldıkları andan ilerisi için sonuç doğurmaları, geçmişe yönelik etki etmemeleridir[6]. Bu ilke, kazanılmış haklar sorunu ile de doğrudan ilişkilidir[7]. Hatta Duran'a göre, geriye yürüme yasağı, kazanılmış hakları ve müesses durumları korumak ve hukuki ilişkilerde istikrarı sağlamak gerekliliğinden doğan bir sosyal hayat kuralıdır[8].

Danıştay 10. Dairesi de; "Dava konusu işlemle 17.8.1979 tarihindeki 13 sayılı tebliğin devamı listede adları belirtilen kağıtlar stoku nazara alınarak yapılan tahakkuk onaylanarak yükümlülüğün geriye yürütülmesine olanak tanınmış ve kazanılmış haklar zedelenmiştir."[9] anlatımıyla, geri yürüme yasağı ile kazanılmış haklar arasındaki ilişkiyi vurgulamıştır.

Dolayısıyla, bu ilkeye aykırı işlemler iptal sonucu ile karşı karşıya kalacaktır.[10] Ancak, "idari işlemin geriye yürümezliği" ilkesinin bazı istisnaları mevcuttur.

Örneğin, ilgililerin lehine, onlara hak tanıyan işlemlerin geriye yürütülmesi kabul edilebilir. Bu durumda, geriye yönelik etki doğuran işlemin bir başkasının menfaatini ihlal etmemesi koşulu aranmalıdır.[11]

Öte yandan, bir idari işlemin geçmişe etkili olacağı yasada açıkça belirtilmiş de olabilir. Bu durumda işlem geriye yürür.[12] Nitekim, Danıştay 17.03.1975 tarih ve 975/518 sayılı bir kararında belirli sürelerle düzenlenen geçici tarifelerle ilgili olarak, bunların son geçici tarifenin yürürlükten kalkmasından sonra yeni tarifenin yürürlüğe konulmasının hukuki boşluğu önleme ve yasanın emredici hükümlerini uygulama açısından zorunlu olduğunu belirtmiş ve "Son muvakkat tarife olan 3 üncü muvakkat tarifenin yürür-

---

5 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 15.01.1999, E. 1997/417, K. 1999/81, www.danistay.gov.tr

6 YILDIRIM, Turan, İdari Yargı Notları, İstanbul 2004, s. 38.

7 OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003, s. 60.

8 DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 291.

9 Danıştay 10. D., T20.04.1982, E. 1982/462, K. 1982/921, www.danistay.gov.tr

10 BEREKET, Zuhal, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara 1996, s. 109.

11 YILDIRIM, T., age., s. 38.

12 GİRİTLİ, İsmet. - BİLGEN, Pertev - AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 1998, C. I1, s. 15.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lük tarihi sonu olarak 1.1.1971 tarihi tesbit edilmiş bulunmakta idi. Bu durumda taşımanın durmaması veya arada bir hukuki boşluk meydana gelmemesi için... tarifenin tesbitinde mecburiyet bulunan yürürlük tarihinin, son muvakkat tarifenin bitiş tarihi olan 1.1.1971 tarihi olarak tesbiti kanun ve tüzüğün amir hükümlerine uygun bir mecburiyet olmaktadır" demektedir.[13] Ancak, yasal düzenlemelerle idari işlemlerin geriye yürütülebileceği istisnai bir durum olarak kabul edilmelidir. Sadece ilgililer lehine bir hak tanınması halinde, kazanılmış hak veya haklı beklentilerin korunması gerektiğinde ya da hakkaniyeti sağlamaya yönelik makul durumlarda bu istisnanın kullanılması gerekir.

Bir diğer istisna ise, idari yargı mercileri tarafından işlemin iptali durumunda ortaya çıkabilir. İdare işlemin yargı mercileri tarafından iptali üzerine, bu iptal hükmünü yerine getirirken, iptal hükmünün geçmişe etkili sonuçlar doğurması sebebiyle, geçmişe etkili kararlar alabilir.[14]

İptal davasının konusu, idari bir işlemin hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını incelemek ve aykırı ise işlemi ortadan kaldırmaktır.[15] İptal davasının amacı ise, idarenin hukuka aykırı işlemlerini ortadan kaldırmak suretiyle, onun hukuka bağlılığını sağlamak ve bu sayede hukuk düzenini korumaktır. Davacı, idarenin işleminin hukuka aykırı olup olmadığını inceler ve bir hukuka aykırılık tespit ederse işlemi geçmişe etkili olarak iptal etmesi için idari yargı merciine başvurur.[16]

İptal davası, hukuk devletinde, idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlayan en etkili yollardan biridir. İptal davasında, idari yargı mercii, idarenin yerine geçerek, iptal ettiği kararın yerini doldurmak üzere, hukuka uygun yeni bir karar alamaz.[17] Yani iptal kararı, idari işlemin yerine geçmez, onu tesis edildiği andan itibaren ortadan kaldırır, hukuken yok eder, ama ortaya çıkan boşluğu doldurmaz.[18]

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, iptal kararlarının sonuçlarını açıklayan bir kararında; "İdare hukuku ilkelerine göre, iptal davaları incelenirken, iptali istenilen işlemin tesis edildiği andaki durum yargılanır ve iptal kararı, idari işlemi tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırır. Çünkü sakat bir idari işlemin hukuk düzenine girmesi ile hukuka aykırı bir

---

13 GÖZÜBÜYÜK, A. Ş. - TAN, T., age., s. 357.

14 GİRİTLİ, İ. - BİLGEN, P. - AKGÜNER, T, age., s. 154

15 ASLAN, Zehreddin, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994, s. 15.

16 AZRAK, Ali Ülkü., İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 146.

17 GÖZÜBÜYÜK, A. Ş., İptal Davasının Sonuçları, Prof. Dr. Yavuz Abadan'a Armağan, Ankara 1969, s. 329.

18 ÖZEREN, Ahmet Şükrü-BAYHAN, Taci, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Ankara 1992, s. 48.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

durum doğar. Bu durumun giderilebilmesi için iptal kararı hukuken sakat idari işlemi geriye yürür bir biçimde ortadan kaldırır ve hukuka aykırı işlem yapılmasından önceki duruma dönülür."[19] anlatımına yer vermiştir.

Yukarıda anılan Danıştay kararında da belirtildiği gibi, idari işlemin iptaline ilişkin karar geri yürür, yani geçmişe etkilidir. İptal kararı sakat işlemi yapıldığı andan itibaren ortadan kaldırır. Sakat işlem ortadan kalkınca, hukuka aykırı olmayan, yani sakat işlemin yapılmasından önceki duruma dönülmüş olur.[20]

Genel düzenleyici işlem, yargı organı tarafından iptal edilirse, idarenin herhangi bir işlem yapmasına gerek kalmadan kendiliğinden sonuç doğurur. İptal kararından sonra hukuk aleminde artık böyle bir düzenleme yoktur. İdarenin yapması gereken bu düzenleyici işlemi uygulamamaktır. Elbette idare iptal edilen düzenleyici işlem yerine her zaman yenisini yapabilir, ancak düzenlemeyi yaparken iptal kararını göz önünde bulundurmalıdır, aksi takdirde aynı sonuçla bir kez daha karşılaşabilir.[21]

Düzenleyici işlem iptal edildiğinde, eski işlemin onun yerine geçip geçmeyeceği sorunu da kişilerin içinde bulundukları hukuksal durumun tespiti açısından önemlidir. Karavelioğlu, düzenleyici işlemlerin iptali durumunda, o alanda daha önce yapılmış, yani iptal edilen işlemin ortadan kaldırdığı bir düzenleyici işlem mevcut ise, bu düzenleyici işlemin otomatik olarak yürürlük kazanacağını söylemektedir. Bu konuda idarenin herhangi bir işlem tesisine gerek yoktur.[22] Danıştay'ın da vermiş olduğu bir kararın bu görüşlerle aynı doğrultuda olduğu görülüyor. Söz konusu kararda şu tespitler yapılmaktadır:

"... Danıştay'ın otuz seneyi aşan istikrar kazanmış içtihatlarına göre iptal kararları dava konusu işlemi hiç tesis edilmemiş kılan ve önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan kurallardır.

Eğer birel bir idari işlem iptal edilmiş ise idare, bireyin eski hukuki durumunu kazanması için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür; dava konusu işlem gibi düzenleyici bir işlem iptal edilmiş ise, ortada hukuken doldurulması zorunlu bir boşluk oluşmadıkça, verilen yargı kararı idarenin herhangi bir uygulama işlemine gerek kalmaksızın hukuki sonuçlarını ortaya koyar, başka bir anlatımla iptal edilen düzenleyici işlemin uygulanabilirlik (icrailik) niteliği son bulur ve işlemin yapılmasından önceki hukuki durum yürürlük kazanır. Örneğin herhangi bir tüzük veya yönetmeliğin belli bir maddesini kaldıran veya değiştiren bir tüzük veya yönetmelik için iptal

---

19 DİDDGK, T. 30.09.1994, E. 1993/247, K. 1994/559, Danıştay Dergisi, Sayı: 90, s. 213.

20 ULER, Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s. 25.

21 ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargı Kararlarının ve Sonuçlarının Uygulanması, Ankara 2000, s. 154.

22 KARAVELİOĞLU, Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Trabzon 1993, c. 2, s. 689.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kararı verilmiş ise değişiklik yapan hüküm uygulanmaz ve değiştirilen hüküm yürürlükte kalır.

Anayasa Mahkemesi'nin bir yasayı yürürlükten kaldıran yasanın iptal edilmiş olmasının, yürürlükten kalkan yasanın kendiliğinden yürürlüğe girmesi sonucunu doğurmayacağı yolundaki içtihadının, idari yargıda iptal (yürütmenin durdurulması) kararlarının hukuki sonuçları yönünden kabulü olanaksızdır. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu içtihadı Anayasa'nın 153 üncü maddesinde ifadesini bulan ve Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararlarının geriye yürümeyeceği yolundaki kuralın zorunlu ve doğal sonucudur. Oysa idari yargıda iptal kararları (ve buna bağlı olarak yürütmenin durdurulması kararları), yukarıda açıklandığı ve bilimsel içtihatlarda tartışmasız kabul edildiği gibi, dava konusu işlemin tesis edildiği andan itibaren hukuki sonuç doğurduklarından, bir düzenleyici işlemi kaldıran veya değiştiren yeni bir düzenleyici işlemin idari yargı yerince iptal edilmesi (veya yürütmenin durdurulması) halinde, eski düzenleyici işlem hiç değiştirilmemiş ve kaldırılmamışcasına uygulanma niteliğini sürdürür. Aksi bir yorumu, hukuk düzenine vaki ihlalleri ihlalin vuku bulduğu tarihten itibaren ortadan kaldırmayı amaçlayan iptal davaları ve bu davaların hukuksal araçları olan iptal (ve yürütmenin durdurulması) kararları ile bağdaştırmak mümkün değildir."[23]

Görüldüğü gibi Danıştay, iptal kararı söz konusu olduğunda eski hukuki durumun kendiliğinden yürürlüğe gireceğini belirtmektedir. Ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde idari yargı yetkisinin, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu ile sınırlı olduğu belirtilmektedir. Bu maddede yer alan düzenlemeye göre, mahkemeler, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde karar veremezler. Aynı kanunun 28. maddesinde ise, idarenin yargı mercilerinin verdiği kararlara göre, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu belirtilmektedir. Kanun, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Dolayısıyla, iptal edilen bir işlemin yerine eskisinin yürürlüğe girmesi ve Danıştay'ın da bu yönde karar vermiş olması İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun bu hükümleri açısından tartışılır niteliktedir. Çünkü Danıştay'ın bu tutumu, yargı organının idare yerine geçerek işlem tesis ettiği şeklinde yorumlanabilir. Halbuki, işlemin iptali halinde idarenin en geç otuz gün içinde bu boşluğu doldurması gerekir.

Birel işlemlerde ise, bazı durumlarda işlemin iptali, hem hukuki hem de fiili etkilerini kendiliğinden doğurur. İdarenin herhangi bir işlem yapmasına gerek kalmaz. İmar planında konut alanı olarak belirlenen yere, imar planı değişikliği yapılmadan, fabrika ruhsatı verilmesi işleminin iptali, in-

---

[23] Danıştay 5. D., T. 25.02.1998, E. 1997/13, K. 1998/515, Danıştay Dergisi, Sayı: 97, s. 308.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

şaat ruhsatının iptal edilmesi gibi izin niteliği taşıyan işlemler iptal edildiğinde, bu karar hem hukuki hem de fiili sonuçlarını kendiliğinden doğurur. İzin verilmemiş duruma dönülür. Bir hukuki statüye dahil etme işleminin iptal edilmesi durumunda da, iptal kararı kendiliğinden sonuç doğurur. Bir köyün, belediyenin mücavir alanı içine alınması yönündeki işlemin iptali örneğinde olduğu gibi.[24]

Daha önce de belirtildiği üzere, iptal edilen karar hiç alınmamış gibi eski durum kendiliğinden geri gelir. Eski durumun kendiliğinden geriye gelmesine, fiili ya da hukuksal bir engel var ise, idare, bu engeli kaldırmak için gereken işlemi yapmak ve hatta ilgilinin durumunu düzeltmek için gereken önlemleri almakla hukuken yükümlüdür.[25]

Belirli bir sürenin geçmesinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı söylenemez. Ancak, kişilerin lehine doğan hukuki durumların sınırsız bir şekilde tartışma konusu haline getirilmesi, hukukun güven ve istikrar ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu yüzden kimi hukuksal durumlar, hukuka aykırı işlemlerden doğmuş olsalar dahi korunur. İptal edilen birel işlemler açısından da konu incelenmelidir. Çünkü iptal edilen birel işlemde de kişi lehine kazanılmış bir durum ortaya çıkmış olabilir. İptal kararıyla işlem geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağına göre durum ne olacaktır sorusu yanıtlanmalıdır.

Onar, "İptal kararı, iptal edilen karara istinad eden, onunla doğrudan doğruya alakalı bulunan tasarruflara da şamil olmakta ve bu suretle iptal hükmü, iptal edilen karara dayanan, onunla bağlı bir mahiyet arz eden tekmil ortadan kaldırmak suretiyle, makabline şamil olur."[26] yönündeki görüşü birel işlem iptal edildiğinde nasıl uygulama alanı bulacaktır? Bu soru, iptal edilen işlemin doğurduğu hukuki sonuçlar ve iptal edilen işleme dayanılarak yapılan işlemler için ayrı ayrı cevaplandırılabilir. İptal edilen işlemin doğurduğu hukuki sonuçlar, iptal kararından etkilenmez ve geçerliliğini sürdürürler. Örneğin atama işleminin iptali halinde, memura yapılan ödemeler geri alınmaz. Görev süresince alınan maaş işlemin doğurduğu hukuki sonuçtur. Bu sonuç iptal kararından etkilenmez. Burada ücret kazanılmış hak teşkil etmektedir. İptal edilen işleme dayanılarak yapılan işlemler ise, iptal kararından etkilenerek hukuka aykırı duruma gelirler.[27]

Kişi, hukuka aykırı işlemin iptalini ve eski durumun tamamen geri gelmesini sağlamış olmakla birlikte yine de bu işlem dolayısıyla uğramış olduğu kayıpları tam olarak geri alamamış olabilir. Örneğin, sakat bir işlemle görevinden uzaklaştırılmış kamu görevlisi, iptal sonucunda görevine döne-

---

24 ÇAĞLAYAN, R., age., s. 168.

25 GÖZÜBÜYÜK, A. Ş. – TAN, T., age., C. 2, s. 557.

26 ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, C. 3, s. 1794.

27 ÇAĞLAYAN, R., age., s. 169.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bilir. Ancak kamu görevlisinin göreve dönüşe kadar geçen süreyle ilgili haklar ve kayıplar ne olacaktır?

İptal edilen işlem hiç yapılmamış sayılır ve idare, iptal edilen işlem yapılmasa idi ne olacak idi ise buna göre durumu düzeltmekle yükümlüdür. Örneğin, görevinden sakat bir işlemle uzaklaştırılmış olan kamu görevlilerinin, görev dışında geçen sürelerinin görevde geçmiş gibi sayılarak buna ilişkin kıdem, yükselme gibi haklarının tanınması gerekir. Dolayısıyla geçmişe yürür bir tasarruf inşa edilmelidir. 09.07.1966 tarihli Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında da şu gerekçeyle söz edilen esas benimsenmiştir: "... iptal kararının, kanunen belli çeşitli sebepler muvacehesinde idari tasarrufu yapıldığı tarihe kadar ortadan kaldıracağı için geçmişe şamil olduğu idare hukukunun umumi prensiplerindendir. Bu itibarla iptal davasına konu olan idari işlem ve kararın Danıştayca iptal edildiği tarihten değil idarece verildiği andan itibaren ortadan kalkmış sayılması gerekeceğine binaen, emeklilik işlemleri iptal edilen personelin emekliye çıkarıldıkları tarih ile iptal kararı üzerine yeniden vazifeye başladıkları tarih arasında geçen sürenin kıdemlerinde nazara alınması gerektiğinden, içtihadın Sekizinci Dairenin ... kararının kıdeme taalluk eden hükmü veçhile birleştirilmesine..." (karar verilmiştir). (Danıştay Dergisi, Sayı: 103-106, s. 77) Görüldüğü gibi, iptal edilen işlem yapılmamış olsa idi, kamu görevlisinin elde edebileceği şeyleri tam olarak vererek, bu yüzden hiç bir kayba uğramamasını sağlamak gerekmektedir.[28]

O halde, bir iptal kararının gereğini yerine getirmek amacıyla, somut olayın özelliğine göre, idarenin geçmişe yürür bir işlem tesis etmesi mümkündür, hatta İYUK m. 28 gereği zorunludur. Bu durumda,iptal kararlarının yerine getirilmesi için yapılan tasarruflar da bir anlamda geriye yürüme yasağının istisnasını teşkil etmektedir.

Geriye yürüme yasağının bir başka istisnası ise, idari işlemin geri alınmasıdır. Koşulları varsa, idari işlemin hukuka uygun bir biçimde idare tarafından geri alınması durumunda, bu geri alma işlemi de geçmişe etkili olabilir, zira idarenin geri alma işlemi yeni bir işlemdir ve ilk işlemi yapıldığı tarihten itibaren ortadan kaldırır.[29]

Belirtildiği gibi, geri alma bir idari işlemdir ve öncelikle geri alma işleminin hukuka uygun olarak yapılması, yani unsurlarında sakatlık olmaması gereklidir. Geri alma işlemi, geri almaya yetkili organ ve makam tarafından yapılmalıdır. Hiyerarşik açıdan üst makamın da ast makamın işlemini geri alma yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca usulde paralellik ilkesi gereği, hukuki düzenlemelerde aksi öngörülmedikçe, bir işlemin yapılmasında izlenen şekil ve usul kurallarına, geri alınmasında da uyulması gerekir.[30]

---

28 ULER, Y., age., Ankara 1970, s. 29 vd.

29 TAN, Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970, s. 1.

30 DURAN, Lutfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 422.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Hukuka uygun işlemler geri alınamaz.[31] Hukuka uygun işlemler açısından geri almadan söz edildiği durumlarda da gerçek anlamda bir geri almanın söz konusu olmadığı, işlemin kaldırma ya da karşı işlem yolu ile sona erdirildiği görülmektedir.

Hukuka aykırı bir işlem ise, idare tarafından belli bir süre içerisinde geri alınabilir. Danıştay da 8. Dairesi'ne göre; "İdari işlemlerin hukuka aykırı bulunmaları halinde geri alınmaları mümkün ise de geri alma işleminin makul bir süre içinde, hak ve nesafet kurallarını zedelemeyecek şekilde yapılması gereklidir."[32]

Ayrıca, idarenin çok ciddi ve ağır sakatlık taşıyan yok hükmünde işlemleri vardır. İdare yok hükmünde olan işlemini uygulamaya devam ettiği takdirde ortaya maddi durumlar çıkacaktır. İdarenin işlemini uygulamaya devam etmesi yargı organlarına başvurarak yokluk halinin saptanmasını gerekli kılabilir. Danıştay önüne gelen uyuşmazlıkta, işlemin yok hükmünde olduğunu saptamaktadır. O halde idare de yok hükmünde sayılacak kadar ciddi bir hukuka aykırılık taşıyan işlemini geri alabilir.[33] Hukuka aykırı işlemlerin ancak dava açma süresi içinde geri alınabileceği prensibinin bir istisnasını oluşturan bu durum, yok hükmündeki işlemlerin herhangi bir hak doğurmamaları ve dolayısıyla yapay bir sıhhat kazanmalarının da mümkün olmaması nedeniyle benimsenmiştir.[34]

Görüldüğü gibi, Türk hukukunda da idari işlemin geri alınabilmesi için hukuka aykırı olması ilkesi kabul edilmekle beraber, söz konusu hukuka aykırılığın iptal davasından farklı olarak daha geniş yorumlandığı görülmektedir.

Hukuka aykırı bir işlemin idari yargıda dava konusu edilebilmesi için bilindiği gibi belli bir süre koşulu öngörülmüştür. Kişi, iptal davasının süresini geçirdikten sonra bu işlemin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Hukuk düzeninde ve ilişkilerde sürekliliği sağlamaya yönelik bu durum, idari işlemin geri alınmasında da geçerlidir. Hukuka aykırı olsa dahi, ilgilisi lehine hukuki durum yaratmış olan işlemleri idare ancak belli bir süre içerisinde geri alabilir.[35]

İlk kez Yargıtay, verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararında, idari işlemin geri alınmasına ilişkin süre ile ilgili esasları belirlemiştir. Kararda belirlenen esaslar şöyle açıklanmıştır: "Yokluk ile mutlak butlan durumları ayrık olmak ve kişinin gerçek dışı bildirimi veya hilesi de sebebiyet verme-

---

31 TAN, T., age., s. 40.

32 Danıştay 8. Daire, T. 22.12.1993, E. 1993/2193, K. 1993/4343, Danıştay Dergisi, Sayı: 90, s. 879.

33 TAN, T., age., s. 26.

34 ERKUT, Celal, İdare Hukukunda Yokluk Teorisi, İHİD, İstanbul 1988, Sayı: 1-3, s. 87.

35 GÖZÜBÜYÜK, A. Ş.-TAN, T., age., s. 370.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

miş olmak kaydıyla yönetim; yanlış şart tasarrufunu (özellikle yanlış intibak işlemini), ancak iptal davası ya da yasalarda özel süre varsa bu süre içinde yahut iptal davası açılmışsa dava sonuna kadar geriye yürür biçimde geri alabilir. Bu süreler geçtikten sonra yanlış işlem (tasarruf) geriye yürür biçimde geriye alınamaz. Bu süreler geçtikten sonra yanlış işlemin geriye alınması halinde geri alma gününe kadar doğmuş durumların, parasal sonuçları da dahil olmak üzere hukuken kazanılmış durum olarak tanınması gerekir."[36] Yargıtay, kararda da görüldüğü gibi, idari işlemin dava süresi içinde geri alınabileceğini öngörmüştür.

Ardından Danıştay da bu yönde bir İçtihadı Birleştirme Kararı vermiştir. Karar da şu sonuçlara varılmaktadır:

"1. İdarenin hatalı terfi veya intibak işlemine dayanarak ödediği meblağın istirdadına, bir mahkeme kararına lüzum olmadan karar verilebileceğine ve bu karara karşı açılacak davaların çözümünün Danıştay'ın görevi içinde olduğuna 21.12.1973 gününde yapılan müzakerelerde oyçokluğuyla,

2. İdarenin yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi halinde, süre aranmaksızın kanunsuz terfi veya intibaka dayanarak ödediği meblağı her zaman geri alabileceğine 22.12.1973 günü yapılan müzakerelerde oybirliğiyle,

3. Yukarıda belirtilen istisnalar dışında kalan hatalı ödemelerin istirdadının, hatalı ödemenin yapıldığı ilk tarihten başlamak üzere 90[37] gün içinde kabil olduğuna ve 90 günlük süre geçtikten sonra istirdat edilemeyeceğine 22.12.1973 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi."[38]

Yargıtay'dan sonra Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu da yukarıda söz edilen kararı ile yanlış terfi ve intibaklara dayanılarak yapılan ödemelerin ancak iptal davası süresi içinde idarece geri alınabileceğini ve yok hükmündeki kararlar ve açık hata taşıyan kararlar ile, ilgilinin gerçek dışı beyanı veya hilesi ile yapılan işlemlerin idare tarafından belli bir süre koşulu aranmaksızın her zaman geri alınabileceğini hükme bağlamıştır.[39]

Danıştay 1987 yılında vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme kararında da, idari işlemin geri alınmasında iyi niyetli kişiler için 60 günlük dava açma süresinin geçerli olduğunu, ancak, mutlak butlan ve yokluk halleri ile yanlış işlem tesisine kişinin gerçek dışı beyanı ya da hilesinin sebep olduğu durumlarda idarenin işlemini her zaman geri alabileceğini belirtmektedir.[40]

---

36 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, E. 1972/6, K. 1973/2, RG. 05.04.1973, Sayı: 14497.

37 Yani idari yargıda iptal davası açma süresi içerisinde.

38 DİBKK, T. 22.12.1973, E. 1968/8, K. 1973/14, RG. 14.06.1974, Sayı: 14915.

39 GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara 1997, s. 136.

40 DİBKK, T. 06.07.1987, E. 1987/1,2,4, K. 1987/2, RG. 19.03.1988, Sayı:19759.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

O halde, idare yukarıda yer alan koşulların varlığı halinde işlemini geri almaktadır. Geri alma da yeni bir işlemle yapılmakta, bu işlem, geri aldığı diğer işlemi yapıldığı andan itibaren hukuk düzeninden kaldırmakta ve dolayısıyla geçmişe yürümezlik ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır.

Sonuç olarak tekrar edilmelidir ki, idari işlemlerde geriye yürümezlik ilkesi kuraldır. Bu kural, hem idari istikrarı ve hukuk güvenliğini hem de kazanılmış hakları korumaya yöneliktir. Ancak, yukarıda da söz edilen bazı istisnai durumlarda, işlemin geriye yürütülmesi mümkündür. Bu durumlarda dahi esas gaye, aslında geriye yürümezlik kuralını var eden mantıkla örtüşmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

BİÇİMİN YOKEDİCİ MUHALEFETİ[1]: *defi*

*Prof.Dr. Nihal SABAN**

Sayın SOMER, bu yazıyı, yaşamın ödünçlüğüne karşılık, insanlık malvarlığından[2] ödünç aldığım kavramlarla yazdım.

I. Yarınsızlaştırılmış şimdiki zamanlarda[3] adalet dağıtıcısı: yargıç[4]

Küreselleşme, teknolojiye dayalı yeni ekonomi modellerini oluştururken aynı zamanda toplumsal yaşamında dokusunu değiştirmiştir. Sürecin taşıyıcıları bireyler olduğu için, bu politikalara uygun yeni birey tipinin de biçimlendirilmesi gerekiyordu. Nitekim, seksenli yıllarda yükselen neoliberal politikalar, bugün tükettiği sürece varolan[5] kendi birey tipini tüketiciye tahvil ederek[6] yaratmıştır.

---

1 ***Ferda KESKİN***, "Kötülük Toplumu ve Biçimin Muhalefeti: Ece Ayhan'ın Şiirini Okumak İçin Kavramsal Bir Arkaplan Taslağı", Cogito, Şiir,Yapı Kredi Yayınları-Üç aylık düşünce dergisi- Sayı:38-Kış 2004, 234 vd: çalışmanın başlığı bu yazıdan esinlenerek oluşturulmuştur.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

2 ***Bakır ÇAĞLAR***, Bülent TANÖR'ü anmak için Üniversite Öğretim Üyeleri Derneği tarafından 8.4.2003 tarihinde Galatasaray Üniversitesinde düzenlenen "Türkiye'nin Demokratikleşme ve Anayasa Sorunu" konulu Panel.

3 ***Ali ERGUR,*** "Kredi kartı kullanımında zaman algılaması ve borçlu yaşam", Toplum ve Bilim, Sayı 102, 2005,133.

4 "Adalet dağıtıcısı" temsil değeri yargıç kimliğine ait olduğu için değerlendirmeler yargıç ve yargı kararı üzerinden yapılmıştır.

5 ***Zygmunt BAUMAN***, "... Yeni ürünlerin asal rolü, dünün ürünlerini eskimiş göstermektir; 'eski' ürünlerle birlikte onların gerçekleşmemiş vaatlerinin anısı da silinir gider. Umut hiçbir zaman tümüyle engellemeye uğramaz; bunun yerine, hep hareket üzerinde odaklanan, hep yeni nesnelere doğru kayan ilgiyle sürekli bir coşku durumunda tutulur..."(197), "... Meta oyunu ödül getirmez; tek ödül oyunun kendisidir..." (215), Yasa Koyucular ile Yorumcular, Modernite, Postmodernite ve Entelektüeller Üzerine, İst.1996.

6 ***ERGÜR***, "...Bireyin tüketiciye tahvil edildiği bu meşrulaştırma sürecinde, toplumsal değerler de aynı şekilde paranın öncelik kazandığı bir yöne dönüşmüşlerdir. Böyle bir dönüşüm, kaçınılmaz olarak kitlesel ölçeklerde çeşitlendirilmiş bir tüketim eyleminin, toplumsal anlam taşıyıcısına dönüşmesine yol açmıştır. Tüketim bir kimlik edinme sürecine dö-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Aslında bu günü yaşamaya dayalı oluşturulan yaşam biçimi, bir yanı ile geçmişinden kopmuş diğer yanı ile gelecek tasarımını yitirmiş dünya[7] anlayışını oluştururken, yaşamın tüm alanlarını değiştiren, dönüştüren ve yeniden üreten bir toplumsal yapının taşlarını var ediyor.

Köklü dönüşümlerin yaşandığı bir sürece tanıklık ediyoruz[8], bu yapı hukuk ve hukukçuları etkiledi mi ya da etkiliyor mu? Yeni, tüketici birey tipine karşılık düşen hukuk alanında mesleki kimlikler; öğretim üyesi, avukat ve yargıç, nasıl değiştiler, değişimi sorguluyorlar mı? Ülkesel ölçekte sorgulama kültürümüz olmamasına[9] rağmen üniversitelerin[10], baroların[11] ve yargıçların[12] önemli çabalarının olduğunu görmek gerekiyor. Mesleki

---

nüşmüş, idealleştirilmiş bir yaşam kurgusuna erişmek için sonsuzca çeşitlenmiş metalar dünyasında *daha iyi bir yaşam* hedefine yönelmiş bireyler, ister istemez süreklilik arz eden bir borçluluk döngüsüne girmişlerdir....."(129); "....Postmodern birey, zamanı yalnızca şimdiki zaman cinsinden ifade edebilendir. Üstelik, öngörüleri ve izdüşürmeleri, Aldo Haesler'in söyleyişiyle bir 'yarınsızlaşmış şimdiki zaman' ve bir 'sonradan edinilmiş gelecek' ekseninde örgütlenen toplumsal yaşam karşısında yok olmaktadır.."(133); "...Bütün bir toplumsal deneyim, şimdiki zamanın, gelecek yönelimi olmaksızın bir dönüşümü olarak tasavvur edilmektedir. Toplumsal eylemi zaman ekseni üzerine izdüşürme amacı artık geçerliliğini yitirdiğine göre, hiçbir pratik yarına bırakılmamalıdır ..."(134).

7 ***Nalan BARBAROSOĞLU***, "Gelecek tasarımını yitirmiş bir dünyada öykü yazmak", Varlık, Günümüzün öyküsü, Arayışlar, eğilimler, yönelimler, Nisan 2005,3.

8 Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesi 1 Haziran 2005'e ertelenmiş, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı tartışmaya açılmıştır.

9 ***Celal ERKUT,*** Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, İstanbul 2004, ".....günümüzde idare yargıcının yetkilerinin, bir çelişkiler yumağı oluşturan 1982 Anayasası düzenlemeleri sistematiğinde oldukça sınırlı ve edilgen bir yapı içine hapsedildiği ve adeta "**yargıç inisiyatifinin tutukluğu**" döneminin başladığı söylenebilir. ...idari tasarruflar hakkında idare yargıcının yürütmenin durdurulması kararı verebilmesini neredeyse imkansız kılan, İdare'nin takdir içeren öğeleri üzerinde bir yargılama yetkisi kullanılmasını engelleyen Kurucu İktidar iradesinin sonradan diğer tüm siyasi iktidarların aynı yöndeki yaklaşımı ile nasırlaşması, Türk Kamu Kudreti inisiyatifinin "tutuk adalet" anlayışının üstünlüğünü tercihe etmesinin en temel göstergesidir. Diğer taraftan, siyasi iktidarların idari yargı düzeni üzerinde yirmi yıldan fazla bir süredir egemen kıldıkları, hukuku küçümseyen ve hatta aldırmaz ve aymaz yaklaşım; idare yargıcını da bezdirmiş ve umutsuzlaştırmıştır. Öyle ki, bu durum idare yargıcının da kabuk değiştirmesine ve 1982 düzeni öncesinde İdareye hukukla bağlılığı emreden "imperium" yetkilerini tamamen unutmasına ve Kamu Kudreti karşısında –saman alevi gibi yanan birkaç kararı dışında- edilgen, çekingen ve hatta ürkek bir tutuma bürünmesine yol açmıştır. ..." (214-215).

10 ***Hasan Ünal NALBANTOĞLU***, "üniversite A.Ş.'de bir 'homo academicus': 'Ersatz' yuppie akademisyen" Toplum ve Bilim, Homo Academicus Alla Turca, Güz 97 2003,7 vd.

11 İstanbul Barosu tarafından Mart 2004'de düzenlenen "Hukuk Devleti ve Yargı Reformu" konulu sempozyumda, Hukuk fakültesi öğretim üyelerinin öğretim üyesi ve avukat kimliklerini birleştirdiklerinde, öğretim üyesi-öğrenci-meslektaş ve öğretim üyesi-yargıç kimliklerine dayalı "hocam" üzerinden kurulan ilişkilerde etik sorunsallaştırma yapılmıştır. Tartışma için bak. Derdest Dosya, 2004/06.

12 ***Mustafa KUTLU***, "Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri", Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi ile İstanbul Barosu tarafından ortaklaşa düzenlenen 'Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar' konulu Sempozyum, HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 7, Hazırlayan: ***Hayrettin ÖKÇESİZ***, İstanbul Barosu Yayını, İst.2003,119 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kimlik anlamında temel tespitlerin; refah düzeyinin yeterli olmaması ve iş yükünün çokluğu üzerinde yoğunlaştığını görüyoruz. Bu iki tespiti de tüketici birey tipinin temellendiği "tüketim" bağlantılı; ekonomik ve iş yükü anlamında yeterince" tüketememek" olarak okuduğumuzda, yaşadığı toplumun izlerini taşıyan ve kendi izlerini bırakan hukukçuların da değiştiğini tespit etmek gerekiyor [13].

II. Sonsuzluğun Kaygan Zeminlerinde Dağıtılan Adaletin Belgesi: Karar

Yargılamaların sonuçları karara dönüşüyor ve yazılıyor. Bunlar her dönemde dağıtılan adaletin yazılı belgesi olarak varlıklarını koruyor ve bazıları üzerinde de yıllarca konuşuluyor Hukukçuların uğraştıkları hukuksal tartışmalar, genel olarak spesifik veya kuşku götüren uyuşmazlıklar ile ilgilidir[14]. Karar, yaşam olayı (olgular) ve yasa olayı (hukuk kuralı) seçimine (nitelendirme) dayalı ise yargıcın hem olgular hem de hukuk kuralı konusunda nicel-nitel gerekli donanıma –bilgiye– sahip olması gerekiyor. Bu genel yaklaşım çerçevesinde yargıç, hukuku uygularken iki soruya cevaplamak zorundadır: 1) Bu kural uygulanabilir mi? 2) Uygulanacak olan kural bu mu? [15]. Aslında günümüz yargıç kararlarına baktığımızda pek çok sorunun cevapsız kaldığını görürken[16],

---

13 a) Bu sadece dikkat çekmeye yönelik bir tespit, çünkü bu çalışmanın daha öte bir amacı yok.

b) Örneğin birey bilimsel ve teknolojik gelişme ile buluştuğunda tüketici kimliğini temsil ediyorsa, hukukçu kimliğinin temsil değeri neyle ifade edilecektir? Burada okur hukukta teknoloji ile hukuk tekniğinin bütünleşmesini, bizim yapmadığımız tartışmayı yapan alanlar üzerinden düşünmelidir: "İnsanların toplumsal varlıklarını yeniden ürettikleri maddesel üretimde nesneleştirdikleri belli bir bilgi ve beceridir. Bunu teknik olarak adlandırıyoruz. Maddesel üretimde eylemin tasarısının nesnesine yaklaşmasının yordamı olan teknik, emek gücünün dışsal bir uzantısı değildir. Teknik, emek-gücünün öz yapılandırılmasını ifade eden bir olgudur..." ***Yaşar GÜNEŞ***, "Bilimsel ve Teknik Gelişme: Emek Gücünün Yapılandırılması", Felsefe Yazın, NİSAN-MAYIS 2005, No 5, 2.

14 ***Stig JORGENSEN***, Hukuk ve Toplum, Yayına hazırlayan: ***Mehmet Tevfik ÖZCAN***, Çeviri: ***Ülker YÜKSELBABA - Nazime BAYSAN***, İst. 2001, 116.

15 ***JORGENSEN***, 120.

16 Bu çalışmanın konusunu oluşturan Danıştay kararı, vergi hukuku dersinin dönem sonunda (2.5.2005) yaptığım pratik çalışmalar için seçtiklerimden bir tanesidir. Kararın bütünüyle incelemeye değer olduğunu düşünüyorum. Örneğin kararda, davacıların talebi ile karar arasında mantıksal bağın nasıl kurulduğunu anlamak mümkün değil, şöyle ki: '...İstemin özeti: Bazı mal ve hizmetlere uygulanacak katma değer vergisi oranlarının tespitine ilişkin 22.12.1992 tarih ve 1992/3896 sayılı Kararnamenin Eki Karara ekli (I) sayılı listeye; 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun kapsamındaki işletme hakkı devir sözleşmesine konu hakların devrinin eklenmesi suretiyle, söz konusu hakların devrinin %1 oranında katma değer vergisine tabi tutulmasına ilişkin 30.7. 2001 tarih ve 2001/2789 sayılı Kararnamenin Eki Kararın; sanayide ve meskenlerde kullanılan elektrik bedeli üzerinden %18 oranında katma değer vergisi hesaplanırken, işletme hakkının devrine ilişkin sözleşmelerden % 1 oranında katma değer vergisi alınmasının Hazinenin kaybına neden oldu-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

öğretim üyeleri ve avukatların da sorulara cevap aramadığının altını çizmek gerekiyor[17].

1. Biçim: bir Danıştay kararı

Danıştay 7. D., 11.3.2003, 4997/555[18];

"Dava, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunun 28'inci maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca 2.8.2001 tarih ve 24481 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 30.7.2001 tarih ve 2001/2789 sayılı Kararnamenin Eki Kararın iptali istemiyle; ...Konsorsiyumu adıyla oluşturulan adi ortaklık ile konsorsiyumda yer alan gerçek kişiler tarafından açılmıştır.

Borçlar Kanununun 520'nci ve devamı maddelerinde düzenlenen adi ortaklık, tüzel kişiliğe sahip değildir. Bu hukuki durum karşısında; tüzel kişiliği olmayan, medeni haklardan yararlanma ve bu hakları kullanma ehliyeti bulunmayan adi ortaklığın, yargı mercilerinde, yargılamanın hiçbir aşamasında taraf olmasına olanak bulunmadığından; dava, gerçek kişi davacılara hasren incelendi:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin 4577 sayılı Kanunla değişik (a) fıkrasında iptal davaları; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır.

ğu; ayrıca GSM tesis ve işletme hakkı devirleri % 17 oranında katma değer vergisine tabi tutulurken, elektrik santrallerinin işletme hakkının devrinin % 1 oranında katma değer vergisine tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmektedir.....TÜRK MİLLETİ ADINA.....Kiralamanın, 3065 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde, teslim ve teslim sayılan haller ile mal ithalatı dışında kalan işlemler arasında bir 'hizmet' türü olarak sayıldığı ve devir sözleşmesi ile işletme hakkını devir alana birçok yükümlülükler getirdiği dikkate alındığında, dava konusu düzenlemede, Anayasanın 73'üncü maddesine ve Bakanlar Kuruluna muhtelif mal ve hizmetler yönünden farklı vergi oranları tespit etme konusunda yetki veren 3065 sayılı Kanunun yukarıda anılan 28'inci maddesine aykırılık görülmemiştir....' (Lebib Yalkın Yayımları, Katma Değer Vergisi Mevzuatı, Cilt (B), Kısım III, Katma Değer Vergisi Kanunu ile ilgili Danıştay Kararları, Sıra No.145). Bu değerlendirmelere baktığımızda dava amaç bağlantılı Bakanlar Kurulunun takdir yetkisini kullanmasında eşitliğe aykırılık üzerine kurulmuşken, karar konu ile ilgili Bakanlar Kurulunun yetkili olduğunu söyler. İkisi arasında mantıksal bağın nasıl kurulduğunu anlamak mümkün görünmüyor ve belki de kurulmadığını söylemek gerekiyor. Ayrıca İYUK 24, (b) ve (e) fıkralarının birlikte değerlendirilmesi gerekiyor. Buda mantıksal olarak davacının iddialarına karşılık gelecek karar gerekçesidir.

17 Vergilendirme alanında pek çok şey hak ettiği biçimde tartışılamıyor. Çünkü sürekli reform(!) yapılıyor. Bu yaklaşımı reform değil ama yasa fetişizmi olarak nitelendirmek gerekiyor çünkü reform adı altında yapılan yasa değişikliklerinin büyük bir çoğunluğu bir önceki yasa değişikliğini tekrar kabul etmekten ibarettir. Bunun *tabula rasa* vergiciler oluşturma politikası olarak genelde başarıya ulaştığını söylemek mümkündür

18 Bakınız dipnot 15.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Hukuk devleti olmanın en başta gelen koşulu idarenin eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranması, bu eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasıdır. Bu koşulun gerçekleştirilmesini sağlayacak araçlardan birisi olarak hukuk düzenimizde yer alan iptal davalarında, hak ihlalinden daha geniş bir kavram olan menfaat ihlalinin ön koşul olarak kabul edilmesi, bu anlayışın bir sonucudur.

Bu itibarla, nihai tüketici olması dolayısıyla katma değer vergisinin asıl yüklenicisi (mükellefi) konumundaki her bireyin, vergi oranları ile ilgili olarak toplumun tümünü ve dolayısıyla kendi menfaatini zedeleyen, kamu yararına ve hukuk devleti esaslarına aykırı olan düzenleyici işlemlere karşı dava açma hakkı bulunduğundan, davalı idarenin, davacıların dava açmakta menfaatlerinin bulunmadığı yolundaki defi yerinde görülmeyerek işin esasının incelenmesine geçildi:...."

2. Yokedici muhalefet: "*...davalı idarenin, davacıların dava açmakta menfaatlerinin bulunmadığı yolundaki defi*"

Karar da ardışık biçimde; dava açmak, menfaatinin bulunması, defi gibi birbirine yakın kavramlar yer alıyor. Karar da bu yakın kavramların yan yana getirilmesiyle ortaya çıkan kavramsal dizin hukuka uygun mudur?

İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 31, ehliyet de dahil bazı konularda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK) uygulanacağını belirlemiştir[19]. O halde biz önce vergi yargısında, dava teorisinin konularından birini oluşturan ehliyet ile ilgili HUMK'nun belirlediği kuralları tespit etmeliyiz, ardından İYUK kuralları ile karşılaştırarak karardaki kavramsal dizinin hukuka uygun olup olmadığının cevabını aramalıyız.

a) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

aa) Dava şartları

Taraflar, dava açmakla istedikleri hukuki korunmayı, belli koşullara bağlanmış olan yargılama sonunda elde edebileceklerdir. Dava şartları[20]

19 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanunun Uygulanacağı Haller (İYUK 31); 1. Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay veya hakim tarafından re'sen yapılır.

2. Bu Kanunun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

20 ***Saim ÜSTÜNDAĞ***, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, Yerel Mahkemelerde Yargılama, Kanun Yolları ve Tahkim, 7. Baskı, İstanbul 2000, 283.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

olarak nitelendirilen bu koşullar usuli ve maddi hukuka ilişkin dava şartları olarak ikiye ayrılır[21]. Usuli dava şartları, mahkeme, taraflar ve dava konusu şeye ilişkin olanlardır[22].

aaa) Taraf ehliyeti

Bir davada taraf olabilmek, HUMK 38'e göre Medeni Kanun (MK) kapsamında belirlenecektir. Taraf ehliyeti, MK 8 ve 48 deki hak ehliyetine karşılık gelir[23].

bbb) Dava ehliyeti

Bir kimsenin bir davayı bizzat veya tayin edeceği bir (iradi) temsilci vasıtasıyla takip edebilmesi veya usuli muameleleri bizzat veya bir temsilci vasıtasıyla yapabilme ehliyetidir[24]. Bu da medeni hukukun hakları kullanabilme ehliyeti (MK 9), fiil ehliyetine karşılık gelir.

bb) Layihalar teatisi

Davalı dava karşısında çeşitli savunma olanaklarına sahiptir. Bunlar usuli ve esasa ilişkin savunma sebepleridir. Usuli savunma sebepleri dava şartları ve iptidai itirazlar[25] olup, esasa ait savunmalar ise inkar, itiraz ve defilerdir[26].

aaa) İtiraz

Maddi hukuk manasında itirazlar, davacının ileriye sürdüğü hakkın doğumuna engel olan veya doğmuş olan hakkı ortadan kaldıran olaylardır[27]. Davanın dayandığı olaylar inkar edilmemekle beraber, hakkın ve talep hakkının bulunmadığını gösteren bazı olay ve sebeplerin ileri sürülmesidir[28]. Bir örnek: hakkın düşmüş olması itirazı.

bbb) Defi

Defi (exceptio), Roma Usul Hukukunda *formula*ya dayanır[29]. Defi, da-

---

21 ***ÜSTÜNDAĞ***, 283.

22 ***ÜSTÜNDAĞ***, 287 vd.

23 ***ÜSTÜNDAĞ***, 288.

24 ***ÜSTÜNDAĞ***, 291.

25 ***ÜSTÜNDAĞ***, 497.

26 ***ÜSTÜNDAĞ***, 343.

27 ***ÜSTÜNDAĞ***, 344.

28 ***Zait İMRE***, Medeni Hukuka Giriş, İst.1971, 293.

29 ***Belgin ERDOĞMUŞ/Bülent TAHİROĞLU***, Roma Usul Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2690, Hukuk Fakültesi, 606, İstanbul 1980, 15 vd.; "*Formula* usulü ise,

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

valıyı koruyan bir kısımdır ve kullanıp kullanmamak davalının arzusuna veya bilgisine bağlıdır[30].

Maddi hukuk manasında defi, borçlanılmış bir edimin devamlı (daimi olarak) veya geçici olarak (yani muayyen zaman için) yerine getirilmesinden kaçınmaya (imtinaa) imkan veren bir haktır[31]. Hak ve talep hakkı vardır, fakat buna rağmen borçlu borcunu yerine getirmekten kaçınmak hakkına haizdir[32]. Bir örnek: zamanaşımı.

b) İdari Yargılama Usulü Kanunu

aa)Dava şartları

Davanın kabul şartları, önkoşullar ve özü ile ilgili şartlardan oluşur.

---

davalıya yeni bir müdafaa imkanı vermişti*: In iure* safhada, kendisine karşı ileri sürülen iddiaların doğru olduğunu kabul etmekle beraber, kendisini mahkumiyetten kurtaracak başka bir hadisenin bulunduğunu ileri sürer ve magistra, *formula*'nın *intentio*'su ile *condemnatio*'su arasına, *exceptio* (defi) denen bir kısım ilave edilerek, hakim önünde bunu ispat ettiği takdirde, beraat etmesini sağlardı. Davalının, *exceptio* ile ileri sürdüğü hadise, *condemnatio*'yu yeni şarta bağlayan bir cümle halinde ifade edilmekte idi. Şu halde defi, *formula*'nın mantığı içinde, şu kadar var ki'; 'yeter ki', gibi sözlerle başlayan bir nevi 'savunma' idi: Bu savunma, davacının *demonstratio*'da ileri sürdüğü hadiseyi, ve *intentio'da* belirttiği hukuki mesnedi reddetmeden, istisnai bir durum dolayısıyla, *condemnatio* ile verilecek kararı kendi lehine çevirecek mahiyette idi. O zaman *formula*'nın mantığı şu şekli alıyordu: 'Hadise şudur *(demontratio)*; davacının hukuki mesnedi ise şunlardır *(intentio)*; gerek hadise, gerekse hukuki mesnetler sabit olursa, hakim davalıyı mahkum edecektir, yeter ki, davalının ileri sürdüğü şu diğer hadise veya hukuki vaziyet de *(exceptio)* doğru olmasın." (***TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ***, Roma Hukuku Dersleri, 4 Basım, İstanbul 2005, (234 vd.) usul hukuku bu kitaba aktarılmıştır. Ancak, bu çalışmada usul hukukunun ayrı olduğu baskısı tercih edilmiştir). ***Ziya UMUR,*** Roma Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1999, 250 vd..; ***DI MARZO S***, Roma Hukuku, Beşinci tab'ından çeviren Ziya Umur, İstanbul 1954, 109-110; ***BUKLAND W. W.,*** A Manual of Roman Private Law, Reprint of the second edition (3 rd printing), Cambridge 1953, Scientia Verlag Aalen,397-399.

30 ***ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU,*** 22-23.

31 ***ÜSTÜNDAĞ,*** 346; ***İlhan E. POSTACIOĞLU***; "Geniş manada defiler de, iki ayrı kategori halinde mütalaa edilebilir: biri, medeni hukuk anlamında itirazlar (Einwendung ve Almanca terimin karşılığı olarak Fransız hukuk literatüründe tutulmuş olmakla beraber daha ziyade İsviçre eserlerinde istimal edilmekte olan (objection); diğeri de, medeni hukuk anlamına göre defiler (Exception) ki, bunlara dar manada defiler de demek mümkündür.." Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1911 Sayılı Kanuna Göre Yazılmış, Altıncı Bası, İst.1975,274.; ***Yavuz ALANGOYA/Kamil YILDIRIM/Nevhis DEREN-YILDIRIM***, Medeni Usul Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 2004, 265, 278.

32 ***İMRE,*** 293; ***Andreas von TUHR***, "..Davacının hakkına mani teşkil eden bu nevi vakıaların ileri sürülmesine yeni medeni hukuk doktrininde ve AMK.da (Einwendung) denilmektedir. Medeni hukukta ve AMK. Istılatında, itiraza defiler tekabül eder. İtiraza muhalif olarak defi, davalı lehine hüküm tevlit eden bir vakıa değil, davalının borçlu bulunduğu edayı hususi sebebe istinaden yerine getirmekten imtina eylemesine müsaade eden bir haktır. İtiraz, dermeyan etmek bir vakıa ileri sürmektir; bir defi dermeyan etmek ise, bir irade beyanı ile bir hakkı kullanmaktır..." Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt:1-2, Çeviren: ***Cevat EDEGE***, Yargıtay Yayınları no:15, Ankara 1983, 27-28.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bunlardan birincisi davanın usulüne ve şekline yani şekli hukuka, ikincisi, esasına yani maddi hukuka ait şartlardır[33].

aaa) Ehliyet

İYUK. 14 madde, iptal davasının ön şartları olarak kabul edilen, dilekçeler üzerinde ilk incelemenin;

a) görev ve yetki,

b) idari merci tecavüzü,

c) ehliyet,

d) idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,

e) süre aşımı,

f) husumet,

g)3 ve 5 maddelere uygun olup olmadığı,

ile ilgili yapılacağını belirler.

Ehliyet, İYUK 31'e göre HUMK göre, HUMK da MK ya göre belirleneceğini söyler. O halde taraflar ile ilgili kurallar, yukarıda tespitini yaptığımız HUMK'nun dava şartları içinde belirlenen taraf ve dava ehliyeti ile ilgili kurallardır.

bbb) Menfaat ihlali

İYUK 2,1,a) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, düzenlenmiştir. Menfaat ihlali, dava şartlarından davacıyla ilgili şartlardandır. İptal davasında menfaat şartı davanın esasına ait olmayan, dışında kalan ve sadece davanın kabulü ve dinlenmesi için aranan bir usul ve şekil şartıdır: menfaatin ihlal edilmiş olması davanın neticesine tesir etmez[34].

---

33 ***Sıdık Sami ONAR***, İdare Hukukunun Umumi Esasları, III Cilt, Üçüncü Bası, İst., 1776; ***Şeref GÖZÜBÜYÜK***, Yönetsel Yargı, Güncelleştirilmiş 20. bası, Ankara 2004, 136.

34 ***ONAR,*** 1781 "*.... Yani menfaatin ihlal edilmemiş olması davanın reddi veya ihlal edilmiş olması davanın kabulü ile bu menfaati ihlal eden hukuki tasarrufun iptali için bir sebep teşkil etmez. Bu şart davada ciddiyeti temin etmek, alakasız kimselerin lüzumsuz müracaatlarla idari kaza mercilerini işgal etmelerine mani olmak için konulmuş şekli bir şarttır: Davacının kararla ciddi ve makul bir alakası olduğu ve binaenaleyh davasının da ciddi ve samimi bulunduğu anlaşılan dava kabul edilir. Esas hakkındaki kararda artık bu menfaat şartının hiç yeri ve tesiri yoktur; menfaatin mevcudiyeti ve ihlal edilmiş olduğu sabit olsa ve fakat idari kararda bir sakatlık, bir iptal sebebi bulunmasa iptal talebi reddedilir ve menfaati ihlal eden karar yürürlükte kalmakta devam eder....*";

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Davanın dinlenmesi için davacıda aranan bu menfaatin maddi nitelikte olması, mali kıymeti ve ehemmiyeti haiz bulunması şart olmamak; ciddi ve makul manevi bir alaka ve menfaat de davanın kabulü için yeterli bulunmakla beraber meşru, şahsi ve halen mevcut bir menfaat olması lazımdır[35].

bb) Tebligat ve cevap verme

aaa) İtiraz

İYUK 16 ıncı maddede dava dilekçelerini ve eklerinin davalıya tebliğ edileceği ve bunlara cevap verilebileceği, haklı sebeplerin bulunması halinde tarafların talebi üzerine otuz günü geçmemek üzere süre verilebileceği düzenlenmiştir. Davalının davanın açılmasına, şekline karşı öne süreceği savunmalardır[36].

bbb) Defi

Davalının davacının iddiasını çürütecek başka iddialar veya hukuki sebepler öne sürülmesidir. İdari muhakeme usulünde de daha çok tam yargı davalarında, fakat, yukarıda söylediğimiz gibi, sınırlı hallerde, defi şeklinde savunmalar yapılabilir. İptal davalarında sebep unsuruna karşı bu neviden bir savunmaya rastlamak mümkündür[37].

3. Değerlendirme

Dava şartları, layihalar teorisinde savunmaya ilişkin usule, defi ise esasa aittir. Dava şartları yargıç tarafından re'sen göz önünde bulundurulur, definin savunma yolu[38] olarak kullanılıp kullanılmaması ise dava edilenin iradesine bağlıdır, yargıç bunu kendiliğinden göz önüne alamaz[39]. O halde dava şartları defi olarak ileri sürülemez.

III.Çağında hazır bulunmak[40] ve uzak bir geleceğin çağdaşı[41] olmak için sadece bir davet

Yaşamın çeşitli alanlarında hukukçu olarak taşıdığımız mesleki kimliklerimiz altında, etik değerler ve mesleki özeni tartışmaya başlamak, çağdaş bir sorumluluk olarak hepimizin önünde duruyor. Bu çalışma sadece bir davet.

---

35 ***ONAR,*** 1781; ***GÖZÜBÜYÜK***, 166.

36 ***ONAR,*** 1978.

37 ***ONAR,*** 1979.

38 ***İMRE***, 292.

39 ***İMRE,*** 293.

40 ***ÇAĞLAR***, adı geçen panel.

41 ***Can ALKOR***, "Nietzsche: Uzak (?) Bir Geleceğin Çağdaşı", Cogito, Nietzsche: Kayıp Bir Kıta, Sayı:25-Kış 2001, 291 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMAR
ÜNİVERSİTE

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

VERGİ KONSEYİ

*Doç. Dr. Hakan UZELTÜRK**

"Ölüm yoktur. Yıldızlar, başka bir kıyıda doğmak için batarlar."
John McCreery

Türkiye'de 1949'dan itibaren yürürlüğe giren vergi kanunları gerçekleştirilen vergi reformu, 1985'de Katma Değer Vergisi ile devam etmiş ve 2002 senesinde Özel Tüketim Vergisi'nin kabulü ile tamamlanmıştır. Fakat bu uzun zaman dilimi vergilerde de tahribatlara yol açmış ve başlangıç zamanları için iyi kabul edilen bir sistem artık sistemsizliğe dönüşmüştür. Bu çalışmaların büyük bir kısmı Vergi Reform Komisyonları tarafından gerçekleştirilmiştir. 1992 senesinden itibaren ise çalışmalar Vergi Konseyi adıyla devam etmiştir.

Türkiye'de ilk olarak 1992 yılında Prof. Dr. Memduh Yaşa başkanlığında faaliyete geçen Vergi Konseyi, kısa bir süre faaliyette bulunmuş, daha sonra 2000 senesinde bu defa Prof. Dr. Halil Nadaroğlu başkanlığında oluşturulmuştur. Bu oluşumlar ve gösterilen iyiniyet Vergi Konseyi'nin sürekli ve düzenli olarak çalışmasına yetmemiştir. Son olarak 2003 senesi Ocak ayında Mustafa Uysal başkanlığında yeni bir Vergi Konseyi oluşturulmuştur. Bu dönemde hukukî altyapı eksikliğine rağmen süreklilik sağlanmış ve bugüne kadar çeşitli çalışmalar yoğun bir şekilde yapılmıştır.

Vergi Konseyi'nin hukukî statüsü 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 33/A maddesi kapsamında ve 5228 sayılı Kanun[1] ile 31.Temmuz.2004 senesinde oluşturulmuştur. Buna göre 33/A maddesi Vergi Konseyi başlığıyla şu şekilde oluşmuştur:

"Bakanlığa vergi politikalarının oluşturulması ve uygulanması ile ilgili olarak görüş bildirmek ve bu konularda araştırma ve çalışmalar yapmak üzere Vergi Konseyi kurulur. Vergi Konseyi bir danışma organıdır.

---

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 RG: 31.7.2004 - 25539.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Vergi Konseyinin oluşumu, üyelerin seçimi, görevlendirilmesi ve görev süreleri ile çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

Vergi Konseyinin başkan ve üyelerinden; uhdesinde kamu görevi bulunanlara (2000), bulunmayanlara (3000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarda ve ayda dört toplantıyı geçmemek üzere, her toplantı günü için damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tâbi tutulmaksızın Bakanlık bütçesinden huzur hakkı ödenir."

Bu tarihten itibaren Maliye Bakanlığı'nın sürekli kurulları arasında yer alan Vergi Konseyi 2005 senesinde Yönetmeliği'nin[2] de yayınlanması ile hukukî altyapısını tamamlamış ve yeni üyeleri ile 14.9.2005 tarihinde Ankara'da ilk toplantısını yapmıştır.

Bakanlığa vergi politikalarının oluşturulması ve uygulanması ile ilgili olarak görüş bildirmek ve bu konularda araştırma ve çalışmalar yapmak üzere kurulan Vergi Konseyi'nin başkan, doğal üyeler, temsilci üyeler ile seçilmiş üyeler olmak üzere toplam 49 üyesi vardır. Konseyin onursal başkanı olan Maliye Bakanı ile bu sayı 50 olmaktadır. Toplam üye sayısının %36'lık bölümünü sivil toplum grubunu temsil eden üyelerden, %28'lik bölüm doğal üyelerin de dahil olduğu kamu kesimi grubu üyelerinden ve %36'lık bölüm akademisyenlerden ve uzman üyelerden oluşmaktadır.

Vergi Konseyi'nin İlkeleri

1. Tarafsız bir yaklaşımla ve objektif esaslara göre görüş ve öneriler oluşturur.

2. Uluslararası gelişmeleri ve ülke koşullarını gözetir.

3. Katılımcılığa ve ortak akla dayanan uzlaşmayı esas alır.

4. Değişimi ve yenilikleri önceden fark ederek, sonuç odaklı çalışma kültürünü benimser.

5. Sistemin tüm paydaşlarının güvendiği saygın bir kurum olmayı hedefler.

Vergi Konseyi'nin Görevleri

Vergi Konseyi, vergi ve diğer mali yükümlülüklerle ilgili konulardaki araştırma ve çalışmalarını, toplumun çeşitli kesimleri ve gelir politikalarını belirleyen kurumlarla paylaşmak, uluslararası gelişmelerin ışığında ekonomi ile uyumlu, adil, etkin, hukukun üstünlüğüne ve toplumsal uzlaşmaya dayalı çağdaş bir vergi sisteminin oluşturulması çerçevesinde aşağıdaki görevleri üstlenmiştir:

---

2 RG: 22.3.2005 - 25763.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

1. Türk vergi sisteminin, vergi idaresinin ve vergi denetim işlevinin geliştirilmesi ile ilgili görüş ve önerilerde bulunmak ve gerektiğinde bu öneriler doğrultusunda mevzuatla ilgili çeşitli taslaklar hazırlamak, sistemde aksayan ve uygulamada sorun yaratan konularda toplumun çeşitli kesimlerinin beklentilerini de tespit etmek suretiyle, çözüm önerileri getirmek ve bunları ilgili birimlere aktarmak.
2. Vergi hukuku, vergi politikası ve vergi teorisine ilişkin çağdaş ve uluslararası gelişmelerle ve yargı kararlarını izleyerek bu maddede belirlenen amaçlara uygun bir vergi sistemi oluşturulması için önerilerde bulunmak, bu amaçla ulusal ve uluslararası panel ve benzeri toplantılar ve yarışmalar düzenlemek, üniversitelerle işbirliği içinde ortak projeler geliştirmek, ilgili kuruluşlar ile işbirliği yapmak suretiyle vergi araştırmaları ile ilgili organizasyonlar oluşturmak.
3. Bakan, müsteşar veya genel müdür tarafından incelenmesi istenilen kanun teklif ve tasarıları ile diğer düzenleyici işlemlere ilişkin çalışma, araştırma ve incelemelerde bulunarak görüş bildirmek.
4. Talep edildiği takdirde Türkiye Büyük Millet Meclisinin ilgili komisyonlarında görüş bildirmek.
5. Yukarıdaki hususlarda belirlenen görüş ve önerileriyle ilgili olarak yapılan çalışmaları izlemek, sonuçlarını değerlendirmek, kamuoyunu bilgilendirmek ve gerektiğinde yaptığı çalışmaları yayınlamak.

Konseyin Organları ve Görevleri

Vergi Konseyi üyelerinden oluşan Genel Kurul, yıllık iş planını görüşür ve onaylar, toplantı gündeminde belirlenen konularda veya hazırlanan raporlarla ilgili görüş bildirir ve gündeme alınması gereken konularda önerilerde bulunur.

Konsey başkanı Konseyi yönetir ve temsil eder. Başkanın yetki vermesi halinde, diğer üyeler de temsil yetkisini kullanır. Başkan, Konseyin etkin ve verimli çalışmasını sağlar ve toplantılara başkanlık eder.

İcra kurulu, Konsey'in yürütme organıdır. Başkan tarafından, bir yıl süre için konsey amaçlarını gerçekleştirmek, çalışmalarını yönetmek, koordine etmek, Bakanlık ve diğer kuruluşlarla ilişkileri yürütmek, çalışma programları hazırlamak üzere, ihtiyaca göre konsey üyeleri arasından 7 ila 11 kişilik bir icra kurulu oluşturulur. Konsey başkanı, icra kurulunun da başkanıdır.

Ayrıca Konsey'in çalışmalarının sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi amacıyla Konsey bünyesinde oluşturulan bir Sekretarya birimi bulunmaktadır.

Bunların yanında Konsey, kendi üyeleri arasından veya dışarıdan belirleyeceği kişilerden oluşmak üzere çalışma grupları ve komisyonlar kurabi-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lir. Bunlar, konsey tarafından kendilerine verilecek olan görev kapsamında, görüş ve önerileri ile gerektiğinde bu öneriler doğrultusunda mevzuat taslakları hazırlar, çalışmaları yürütür ve sonuçlandırarak raporlarını icra kuruluna sunar. Bu kişilerin görev süreleri, çalışma grupları ve komisyonlarının çalışma süresi ile sınırlıdır.

Vergi Konseyi Başkanı, Konsey çalışmaları ile ilgili olarak, gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi ve yardım alabilir. Kamu kurum ve kuruluşları bu çerçevede talep edilen bilgi ve yardımı sağlarlar.

Vergi Konseyi, çağdaş ülkelerde yer alan bir kurumdur. Bu kurumun faaliyetleri özellikle Avrupa Birliği müzakereleri çerçevesinde çok daha fazla önem kazanacaktır. Herşeyden önce gerek Konsey gerekse alt çalışma grupları hesaba katıldığında Türkiye'nin vergiler ve bağlantılı alanları bakımından sahip olduğu bilgi birikimi çalışmalara yansıtılabilmektedir. Çalışmalara siyasi iktidar tarafından verilecek destek ortaya çıkan çalışmaları daha da verimli hale getirecektir. Burada önemli bir görev İcra Kurulu'na düşmektedir. İcra Kurulu, Genel Kurul'un daha verimli ve sonuç odaklı çalışmasına yardımcı olacaktır.

Vergi Konseyi benzeri kurumların çalışmalarına toplum tarafından verilecek destek çalışmaların yönünü de belirleyecektir. Sonuç odaklı çalışma aynı zamanda toplumun çeşitli kesimlerine de ulaşma ve yapılan çalışmaları takip edebilme ile gerçekleşir. Bu takip bütün toplum tarafından yapılmak zorundadır. Ayrıca çalışmalarda başarının bir başka şartı da diğer düzenlemelerin eksiksiz ve uyumlu yapılmasıdır. Vergi düzenlemeleri dışındaki düzenlemelerin farklı yapılarda olması sadece düzensizlik değil adaletsiz ve uyumsuz bir sistem oluşmasına da sebep olur. Bu nedenle vergi düzenlemeleri çalışmaların sadece bir boyutudur. Çalışmalar diğer alanlardaki düzenlemeler ve hükümetin tavırları ile değerlendirilmelidir. Vergi Konseyi'nin benimsediği çalışmalar sadece kanunlaştırma yolundaki ilk adımdır.

Uluslararası alandaki gelişmelerden uzak bir çalışma yapmak amaca hizmet etmez. Bu sebeple bugüne kadar çok tecrübeli bir kadro tarafından yapılan bu çalışmaların sebep ve sonuçlarıyla ve geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekmektedir. Bugüne kadar yapılan çalışmaların toplumda yeterince takip edilmemiş olması ve uygulamaya geçirilememesi birer eksikliktir. Bu eksiklik toplum ve devlet birimlerindeki sahiplenme ve yenileşme eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple Vergi Konseyi tarafından yapılan çalışmaların dikkatli ve yakından takip edilmesi gerekmektedir. Ancak bu sayede yapılan çalışmaların ne kadarının mevcut uygulamaya yansıdığı ve bunun nedenleri konusunda fikir sahibi olunabilir. Bu analiz toplum tarafından yapılmadıkça sadece vergi çalışmaları yapılması bizi çağdaş dünya seviyesine getirmeyecektir. Bundan sonra Vergi Konseyi'nin yapacağı çalışmalar ve sonuçları bu sebeple çok yakından ve dikkatle takip edilmelidir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNİN VERGİ HUKUKUNDA KAYNAK DEĞERİ ÜZERİNE

*Prof. Dr. Billur Yaltı**

GİRİŞ

Ulusal hukuk-uluslararası hukuk ilişkisi birçok çetrefil hukuki sorunu barındırır. Bunların en önemlerinden biri, iki hukuk alanı arası hukuki değer problemidir. Uluslararası hukuku devletler/örgütler yapar, uygulayıcılarından biri de yargıçlardır. Bununla beraber, bu son cümle, basit ve problemsiz bir biçimde hukuk yaşamına geçirilebilen bir cümle değildir. Ulusal hukukun uluslararası hukuk kaynaklarına atfettiği değer, yargıcın ilk sınır alanıdır. İkinci sınır, yargıcın, atfedilen değere yönelik olarak yaptığı yorumda ortaya çıkar. Ama artık, ne ulusal hukukun değer belirleyici pozitif hukuk normları, ne de ulusal yargıçların bunlara yönelik milli yorumları, tam anlamıyla "milli"dir. Ekonomi, siyaset ve kültür küreselleşirken, hukukun bu rüzgarın dışında kaldığı söylenemez. Hukukun da küreselleştiği süreçlerde, söz konusu hukuk pradigmaları etkileşimsiz ve kapalı bir biçimde oluşamaz. Çünkü artık hukukun "söylendiği" mekanlar da "yegane" bir biçimde 'ulusal makamlar' değildir. Nitekim, bu hukuki dönüşümün zorlayıcı etkisi, ülkemizde de bir dizi hukuk reformunun ardındaki temel parametrelerden biridir.

Anayasamızda yapılan bir dizi değişiklikten biri de ulusal hukuk-uluslararası hukuk ilişkisine ilişkin normun değiştirilmesidir. AY, 90/5'te yapılan değişiklik, iki hukuk alanı ilişkisinde çatışmayı çözmeye yönelen, uluslararası hukuk metinlerine ulusal hukuk karşısında üstün kaynak değeri atfeden bir düzenlemedir, ancak sınırlı bir düzenleme olarak kodifiye edilmeye çalışılmıştır: temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalar ulusal yasalara üstündür.

Vergi hukuku alanına geçtiğimizde, verginin yükümlünün temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale oluşturduğu tartışmasızdır[1]. Bu müdahalenin

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 "Vergi düzenlemeleri hemen hemen tüm hak ve özgürlükleri ilgilendirip etkileyen yasama işlemleridir. Devletin akçalı olanaklarının en önemli kaynağı olmak yönünden vergi, bu hak ve özgürlükleri kullanma ve bunlardan yararlanmayı, tümüyle ya da bir bölümüyle olanaklı ya da olanaksız kılar", Anayasa Mahkemesi, 7.11.1989, 6/42, RG.T. 6.4.1990.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hukukilik sınırını belirleyen yegane metin Anayasa değildir, diğer bir dizi uluslararası anlaşmadaki düzenleme (ve bunların uluslararası yargıçlarca okunma biçimi), devletin vergilendirme yetkisini hukukilik temelinde sınırlayıcı etki yaratır. O nedenle de, 90/5 değişikliğinin vergi hukuku alanındaki sonuçlarını değerlendirmek gerekir. Bu değerlendirme, eskiden akademik düzeyde kalan, "vergi yasalarının insan hakları sözleşmelerine aykırı olamayacağı" yönündeki cümlemizi, artık yargıçların da -uygulayıcılar olarak- söyleme dönüştürüp dönüştürmeyecekleri sorusunun yanıtını da içerecektir.

I- Anayasa, 90/5'in Normlar Hiyerarşisine Dair Anlamı: Açık Çatışma Normu

Açık çatışma normu[2], ulusal hukuk-uluslararası hukuk çatışması karşısında uluslararası anlaşmaların iç hukuka üstünlüğünü açıkça ifade eden anayasal kuraldır. Anayasanın 90/5 inci maddesi, 2004 yılı değişikliğinden önce, normlar hiyerarşisi bakımından "açık bir çatışma normu" içermemiş; dolayısıyla ulusal hukuk-uluslararası hukuk ilişkisinin belirlenmesinde uluslararası hukukun en tartışmalı konularından birini oluşturmuştur. Buna karşılık, 2004 yılında yapılan anayasa değişikliği[3] ile 5 inci fıkraya bir cümle eklenmiş, kapsam bakımından kısmi, fakat içerik bakımından açık bir çatışma normu anayasaya dahil edilmiştir. Değişiklikten sonraki metin şöyledir:

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır".

Bu metnin bugünkü değerlendirmelerine geçmeden önce bir adım geri gidelim ve kısaca geçmiş yorum ve görüşlere değinelim. Burada amacım, yeni norm yorumlandığında, hukuk düzeninin geçmişe nazaran kazançlarını tespit edebilmek.

1. Düne Dair Bir Not: Uluslararası Hukukun Üstünlüğü Meselesine İlişkin Görüşler

a. Teorisyenler

Eski haliyle, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile

---

2 ***ÇAĞLAR, BAKIR***, "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Analizi", Anayasa Yargısı, Ankara, 1989, s.120.

3 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, 7.5.2004 (RG.22.5.2004).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" şeklindeki düzenleme, uluslararası anlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini açıkça belirlemediğinden, iç hukuk- uluslararası hukuk ilişkisi öğretide çeşitli görüşler etrafında değerlendirilmiştir. Bu görüşler, uluslararası anlaşmaların yasaların üstünde yer aldığı, yasalarla eşit seviyede bulunduğu, insan haklarına ilişkin sözleşmelerin ayrılması gerektiği ve bunların Anayasanın üzerinde yer aldığı şeklinde sınıflandırılabilir[4].

Uluslararası anlaşmalara üstünlük tanıyan görüşün argümanları şöyle olmuştur: *Anlaşmalara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamıyor olması, onları yasalardan farklı kılar, dolayısıyla, Anayasamız, anlaşmaları yasaların üstünde bir konuma yerleştirmiştir*[5]. *Bu kural, anlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini belirler ve Anayasanın bir kısım maddeleri ile birlikte "Anayasanın uluslararası hukuka açıklığını" ortaya koyar*[6]. O tarih-

---

4 Bu konuda en son yapılmış toparlayıcı çalışmalar için bkz., ***FENDOĞLU, TAHSİN***, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu", Anayasa Yargısı, 17, Ankara, 2000, s.372 vd; ***ŞAHBAZ, İBRAHİM***, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", TBBD, S.54, Eylül-Ekim 2004, s.88 vd.

5 a) ***AKİPEK, ÖMER İLHAN***, Devletler Hukuku, 1.Kitap, Ankara, 1963, s.28; ***ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ***, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara, 1996, s.66-67; ***BAYKAL, FERİT HAKAN***, İçsularda ve Karasularında Devletin Yargı Yetkisine Getirilen Sınırlamalar, Yayınlanmamış Doçentlik Çalışması, İstanbul, 1995, s.93; ***TEZİÇ, ERDOĞAN***, Anayasa Hukuku, 2.Bası, İstanbul, 1991, s.9; ***BATUM, SÜHEYL***, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, 1993, s.56-57.

b) ***SOYSAL***, "Anayasa andlaşmalara yasalardan "üstün" bir güç değil, onlara "eşit" bir güç kazandırmıştır. İç hukukta ise, belli bir konudaki en son kural, aynı konuda daha önce çıkarılmış olan kuralın yerini alır" demiştir. Yazar, daha sonra, insan hakları sözleşmesi açısından şu değerlendirmeleri yapmıştır: "O halde, bir devlet uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak kendisi açısından da hüküm ifade eder duruma getirirken, koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor demektir. Bu, uluslararası sözleşmelere anayasalardan biraz farklı, Anayasa'ya yaklaşıcı, en azından Anayasa'ya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor. Uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine göre, o hükümleri de Anayasa'yla birlikte düşünmek ve Anayasa'yı onlarla birlikte yorumlamak gerekecektir", bkz., ***SOYSAL, MÜMTAZ***, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 5.Bası, İstanbul, 1979, s.251; ***SOYSAL, MÜMTAZ***, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı, Ankara, 1986, s.16-17.

6 a) ***YÜZBAŞIOĞLU, NECMİ***, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, 1993, s.3; Anayasanın uluslararası hukuka açıklığını ortaya koyan düzenlemeler, Başlangıç, m.2, m.15, m.16., m.42, m.90, m.92, m.138; Ayrıntılı bilgi için bkz., ***YÜZBAŞIOĞLU***, Anayasallık Bloku, s.1-6; 1961 Anayasasının çeşitli hükümlerinin uluslararası hukuka açıklık açısından değerlendirilmesi için bkz., ***AKİPEK***, s.27-30.

b) ***ÇAĞLAR***, "15. madde kuralından uluslararası hukuka açıklık prensibini çıkarmak mümkündür" diyerek, bu kuralı yazısız çatışma normu (örtülü çatışma normu) şeklinde nitelendirmiştir, Normatif, s.119, 121; Aynı yönde, ***ALİEFENDİOĞLU***, Anayasa Yargısı, s.103-105.

c) ***TARHANLI***, Anayasanın 2 maddesi ilk basamak olarak alındığında, Anayasanın milletlerarası hukuka atıf yapan 15,16,47, ve 92 gibi maddelerini "gücün belirleyici olduğu alan-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

te benim de, yaptığım uluslararası vergi hukuku çalışmalarında bu görüşe katıldığımı ifade etmem gerekir[7].

Uluslararası anlaşmalarla yasaları eşdeğerde kabul eden görüşün argümanları ise şöyle olmuştur: *Anayasadaki hüküm açık değildir ve çeşitli yorumlara olanak tanır. Anlaşma ile yasa arasındaki öncelik sorunu, çeşitli ülke anayasalarındakinin tersine Anayasamızda açıkça düzenlenmediğine göre, anayasa, yasa ile anlaşmaları eş değerde görmektedir. Yasa ile anlaşma arasında herhangi bir çatışma durumunda yasa biçimini alan anlaşmalar da, her yasa gibi, sonraki hukuk kuralı (lex posterior derogat legi priori) ya da özel hüküm-genel hüküm ilkeleri çerçevesinde ele alınmalıdır*[8].

İnsan haklarına ilişkin sözleşmelerin anayasa ile eşit[9] veya Anayasa üstü değer yükleyen görüşün[10] argümanı ise, *bir yandan insan hakları bel-*

---

larda koruyucu ve bu anlamda da gücün belirleyici olmasını önleyici" hükümler şeklinde nitelendirmiştir, ***TARHANLI, TURGUT***, Anayasa Mahkemesinin 43.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle düzenlenen "Türk Anayasası'nın Avrupa Anayasası'na Uyum Sorunu" konulu Toplantının Değerlendirme Oturumunda yaptığı konuşmasından, 28-29 Nisan 2005, Ankara (Yayınlanmadı).

7 Bkz., ***YALTI SOYDAN, BİLLUR,*** Uluslararası Vergi Anlaşmaları, İstanbul, 1995, s.77 vd; ***YALTI SOYDAN, BİLLUR***, Gümrük Birliğinin Hukuki Yapısı, İSMMMO Yayınları, İstanbul, 1997, s.19 vd.

8 a) ***MERAY, SEHA***, Uluslararası Hukuk ve Örgütler, Ankara, 1977, s.51-52; ***PAZARCI, HÜSEYİN,*** Uluslararası Hukuk Dersleri, C.1, 3.Bası, Ankara, 1992, s.34-35; ***AYBAY, RONA*** "Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık-Üstlük İlişkisi", II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Ankara, 1993, s.283-284; ***ÖZBUDUN, ERGUN***, Türk Anayasa Hukuku, 7.Bası, Ankara, 2002, s.381.

b) Anlaşmaya aykırı hükümler içeren sonraki yasa, uluslararası hukuk bakımından getireceği bütün sorumluluklara karşın iç hukuk açısından geçerli olarak kabul edilmelidir (***PAZARCI***, Uluslararası, C.1, s.34). Öncelikle, çatışan hükümler getiren sonraki tarihli yasa ile anlaşma hükümlerinin bağdaştırılması, her ikisinin de uygulanmasını sağlayacak bir yoruma gidilmesi gerekir. Bu yapılmadığı takdirde, yargı organları, yasa koyucunun sonraki iradesi ile bağlı olmalıdır; ancak bunun için, yasa koyucunun, anlaşma düzeninden sapmak ve bu düzeni ihlal etmek niyetini açıkça ortaya koyması gerekmektedir (***TOLUNER, SEVİN***, Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler, İstanbul, 1973, s.595; ***GÜNDÜZ, ASLAN***, "İktidarın Milletlerarası Sınırları", İstanbul Barosu Dergisi, S.2-3, 1990, s.61-62).

9 Anayasanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun yorumlanması gerektiği, ***TEZİÇ***, s.9; ***ÇELİK, EDİP***, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması" (AİHS), İHİD, Prof.Dr.Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, Yıl:9, S.1-3, 1988, s.52.

10 ***AKILLIOĞLU***, anlaşmaların iç hukuka üstünlüğü ilkesine yer verilmemiş olduğundan, anlaşmaları yasalarla eşdeğerde kabul etmiş, ancak, uluslararası insan hakları kurallarını içeren andlaşmaları öteki andlaşmalardan ayrı tutmuştur. Yazar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine anayasa üstü değer tanıdığını belirtmiştir, ***AKILLIOĞLU, TEKİN***, İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara, 1995, s.68-69; ***YÜZBAŞIOĞLU***, Anayasallık Bloku, s.58; ***GÖZÜBÜYÜK, ŞEREF***, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı" İnsan Hakları Derneği Yayınları, 35.yıl, C.9, Ankara, 1987, s.3; ***KABOĞLU, İBRAHİM,*** Özgürlükler Hukuku, 4.Bası, İstanbul, 1998,s.132.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

gelerinin devletlere yüklediği sorumluluklara[11], *diğer yandan anayasanın uluslararası hukuka açıklığına dayanmıştır*[12].

b. Yargıçlar

Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS)[13], "yürürlükteki her anlaşma, tarafları *bağlar* ve taraflarca iyi niyetle *uygulanmak* zorundadır" (m.26) ve "taraflardan biri, iç hukukunun hükümlerini, bir anlaşmanın *uygulanmamasına* özür olarak öne süremez"(m.27) demektedir. Uluslararası hukukun "söze bağlılık" (pacta sund servanda) ve "iyiniyet" (good-faith) ilkelerini ifade eden bu kurallar karşısında, bir devletin taraf olduğu anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmediğinin ölçüm cihazının yargı mekanları olduğunu düşünmek gerekir. Dolayısıyla, yargıçların, yasama ve yürütmenin (idarenin) anlaşmaları uygulayıp uygulamadıklarını ölçümlemesi, aksi halde uygulaması beklenir. Bir hukuk kuralının uygulanması, onun yorumlanmasından ayrılamaz[14]. Bu çerçevede, yargıcın rolü, "hukuk söylemek" (jus dicere) değil, "hukuk yaratmak" (jus dare)tır[15]. Peki, bizde yargıçlar hukuku ne kadar yaratmıştır?[16]

aa. Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi (AYM), bugüne kadar verdiği kararlarda, insan hakları belgelerini tek başına bağımsız ölçü norm olarak kullanmamış, bunlardan Anayasa hükümlerine destek ölçü norm olarak yararlanmıştır[17].

---

11 ***TEZİÇ***, s.9.

12 ***YÜZBAŞIOĞLU***, Anayasallık Bloku, s.57-58.

13 ***GÜNDÜZ, ASLAN***, Açıklamalı Bibliyografyalı Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar ile İlgili Temel Metinler (Temel Metinler), İstanbul, 1987. VAHS, anlaşmalar hukukunun temel ilkeleri konusunda öteden beri oluşan uluslararası teamül kurallarının somutlaştığı ve özetlendiği bir metindir. Uluslararası hukukun asli kaynaklarından birini oluşturan uluslararası teamül kuralları, ortaklaşa ve sürekli bir uygulamayı anlatmaktadır. Bu kuralların, aynı zamanda, devletlerce bir hukuk kuralı olarak kabul edilmiş olmaları gerekir. Söz konusu unsurları taşıyan bu yöndeki bir kural devletleri bağlar. Sözleşme, bu niteliği ile, taraf olmasa dahi bir devletin uymak zorunda olduğu kurallar bütünü olarak ele alınmaktadır, ***MERAY***, Uluslararası, s.42-43; Teamül kuralları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., ***PAZARCI***, Uluslararası, C.1, s.217-230.

14 ***ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ***, "Anayasal Yargıda Yorum", AİD, S.1-4, 1995, s.3.

15 ***ÇAĞLAR, BAKIR***, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", İHİD, Yıl:5, S.1-3, Aralık 1984, s.18.

16 Bu konuda bkz., ***TARHANLI, TURGUT***, " 'Bilinçaltındaki' Devlet Haklarından İnsanın Haklarına: Türkiye Hukuk Düzeninde Uluslararası Hukuk", Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Adalet içinde, Edip F.Çelik'e Armağan, İstanbul, 1995, s.366 vd.

17 a) ***TANÖR, BÜLENT/YÜZBAŞIOĞLU, NECMİ***, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, 2001, s.473.

b) AYM, kuruluşundan 2003 yılı sonuna kadar 61 kararında uluslararası sözleşmelere gönderme yapmış, bunlardan 37'sinde İHAS'a, 4'ünde de İHAM kararlarına yer verilmiştir, bkz., ***GEREK, ŞAHNAZ, AYDIN ALİ RIZA***, "Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Yeri", Amme İdaresi Dergisi, C. 37, s.3 Eylül 2004'ten ayrı bası, s.87.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Mahkeme, İHAS ile Anayasanın uyumlu olduğu durumlarda, Sözleşmeden, denetlediği kuralın anayasaya aykırı olduğunu saptarken yararlandığı gibi, kuralı anayasaya uygun bulurken de yararlanmıştır[18]. AYM'nin uluslararası belgeleri "Anayasaya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgeler"[19] olarak değerlendirmesinin sonucu, hukukun politika kıskacında[20] şekillendiği süreçlerde, Mahkemenin, ulusal anayasa ve yasa hükümlerini İHAS'a ve içtihatlarına uygun yorumlayacak yerde, Sözleşme hükümlerini iç hukuk hükümlerine uygun yorumlamak yolunu seçmesine neden olmuştur[21]. Bu da, İHAM içtihatlarına neredeyse hiç başvurmayan AYM'nin pozitivist ve statükocu bir konuma yerleşmesi[22], ulusal egemenlikçi tavırdan ödün vermemesi[23] anlamına gelmiştir. Söz konusu süreçlerde, aynı zamanda, Sözleşme-Anayasa çatışması ya da Sözleşme-Yasa çatışması hallerinde, Sözleşmenin *bağımsız ölçü norm olarak doğrudan uygulanması* söz konusu olamamıştır[24].

Anayasa Mahkemesi, 1997 yılında verdiği bir kararında, uluslararası anlaşmaların yasa ile eşdeğer olduğu görüşünü açıkça ifade etmiştir[25]:

"Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe ko-

---

18 Örneğin bkz. ***TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU***, s.474, dp.97,98'deki kararlar; ***TEZİÇ***, s.8, dp.3'teki kararlar.

19 Anayasa Mahkemesi, 23.9.1996, E.1996/15,K.1996/34,AMKD, S.32/2, s.807 (***TURHAN, MEHMET,*** "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı, 20, Ankara, 2003, s.227, dp.32).

20 ***ÇAĞLAR, BAKIR,*** Anayasa Bilimi - bir çalışma taslağı, İstanbul, 1989, s.4.

21 ***TURHAN***, s.226-227; ***ÇAĞLAR***, anlaşmaların iç hukuka uygun yorumunu, yargı organlarının ürettiği yeni bir çatışma normu olarak nitelendirmektedir, Normatif, s.119.

22 ***ARSLAN, ZÜHTÜ***, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", Anayasa Yargısı, 17, Ankara, 2000, s.285.

23 ***ERKUT, CELAL,*** Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, İstanbul, 2004, s.144.

24 ***TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU,*** s.477.

25 a) Anayasa Mahkemesi, 27.2.1997, E.1996/55, K.1997/33, RG.24.3.2001.

b) AYM Başkanı Mustafa Bumin, "...Kimi ülkelerde uluslararası antlaşmaların yasa üstü ve hatta anayasa üstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu yönde görüşler bulunmasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaksızdır. Anayasa Mahkemesi kararlarında da açıklandığı gibi, uluslararası antlaşmaların ulusal yasalarımıza üstünlüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, uluslararası antlaşmalara kararlarında "destek norm" olarak başvurmakta ve bu antlaşmalarla milli yasalar arasında çatışma veya çelişki bulunması halinde iç hukukumuza ait iki yasa arasında çelişki olması durumunda izlenecek yöntemle (örneğin, özel yasa – genel yasa, önceki yasa - sonraki yasa gibi) uyuşmazlığa çözüm getirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Anayasa'nın 90. maddesinde öngörülen kural ve buna göre mahkemelerce geliştirilen içtihatlara göre, ulusal yasalarımızla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında çatışma bulunması halinde mahkemelerce sözleşme hükümleri uygulanamamakta, bireyler, uluslararası hukuktan doğan haklarını ulusal yargı organları aracılığıyla elde edememeleri sonucu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmaktadırlar" demiştir, Anayasa Yargısı, 18, Ankara, 2001, s.3.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Kimi ülkelerde, uluslararası andlaşmaların yasaüstü ve hattâ Anayasaüstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa'da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir andlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur.

İç hukuk yönünden; anlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir".

Elbette AYM kararlarının genel değerlendirmesini anayasa hukukçularına bırakmak gerekir, fakat söz konusu süreçlerde, vergi yasalarının anayasaya uygunluk denetiminde, İnsan Hakları Sözleşmelerinin "destek ölçü norm" olarak dahi kullanılmadığı ayrıca belirtilmelidir[26].

bb. Danıştay

Danıştay'ın bu konuda verilmiş çok sayıda kararı yoksa da, uluslararası anlaşmaların ulusal hukuka üstünlüğünün kabul edildiği kararları[27] ve İHAS'ın doğrudan uygulandığı[28] veya ulusal yasanın yorumunda destek ölçü norm olarak kullanıldığı kararları[29] olmuştur. Bu çerçevede, Danıştay, uluslararası anlaşmaların iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını söylemiştir.

Buna karşılık, Danıştay'ın İHAS'ı ne doğrudan ne de dolaylı olarak uyguladığı bir vergi davası olmamıştır.

cc. Yargıtay

Yargıtay, uluslararası hukuk kurallarından sadece yardımcı kaynak olarak yararlanmış, kararlarının asıl dayanağı olarak iç hukuku esas almış-

---

26 a) Bkz.,***YALTI SOYDAN, BİLLUR,*** "Taxation and European Convention on Human Rights in Turkey", European Taxation, Vol.42, no.2, February 2002.

b) AYM'nin İHAS, 4 no.lu Protokole değinen VUK, 359 kararını saklı tutmak gerekir, Anayasa Mahkemesi, E.2002/55, K.2003/8, 11.3.2003, RG.16.12.2003, 25318.

27 Danıştay, 5.D., 22.5.1991, E.1986/1723, K.1991/933, D.D, S.84-85, s.325.

28 Danıştay, 5.D., 22.5.1991, E.1986/1723, K.1991/933, D.D, S. 84-85, s.325; Danıştay, 1.D., 22.4.1992, E.1992/136, K.1992/147, D.D, S.86, s.53.

29 Danıştay, 3.D., 22.11.1978, E.1978/1158, K.1978/1213, D.D, S.34-35, s.194; Danıştay, İBK, 7.12.1989, E.1988/6, K.1989/4, D.D, S.78-79, s.50.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tır[30]. Bununla beraber, Mahkeme bir davada İHAS,m.6/3'ü doğrudan uygulamış, kararına, Ceza Usul Yasası kurallarının "genel", İHAS,m.6/3'ün ise "özel" kural olmasını gerekçe göstermiştir[31].

Yargıtay'ın vergi ceza davalarında İHAS'ı uygulaması ise söz konusu olmamıştır.

2. Yarına Dair Bir Not: Uluslararası Hukukun Üstünlüğü Meselesinde Kültür Dönüşümü

Anayasa değişikliği yarına dair bir not düşmemizi gerektirir niteliktedir. Tarihsel süreçte, yüksek yargı organlarının İHAS ve diğer insan hakları belgelerini uygulama sorunu bir yorum sorunu[32] olmuştur. Bu konuyu yargıcın hukuk kültürü belirler. Bugüne kadar ki içtihadın gelişmesi o şekildedir ki, özellikle anayasa yargıçları hukuksal milliyetçiliğin klinik örneklerini[33] vermişler, hukuk devleti pratiğinde o veya bu gerekçe ile gelişen siyaset frenini hukuksal alana taşımışlardır[34]. Bu da, örneğin AYM düzeyinde hak-eksenli yorum yerine amaç-eksenli yorum şeklinde yansımıştır[35]. Dolayısıyla, yargıçlar bireysel hukuki kültür dönüşümünü gerçekleştirmedikleri sürece, 90/5'in uygulanmasına ilişkin sorunların devam etme potansiyeli vardır.

Buna karşılık, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, insan hakları projesi dahilinde insan hakları sözleşmeleri konusunda 225 yargıcın eğitildiğini, bu yargıçların, eğitim sonrası yapılan ankette, öğrendikleri bilgileri önlerindeki davalarda uygulayacaklarını beyan ettiklerini, anayasa değişikliğinden önce yapılan araştırmada, alt mahkemelerin (ceza-idare-hukuk mahkemesi) 135 kararda İHAS ve İHAM kararlarına atıf yaptığını, özellikle mülkiyet ve ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda yargıçların İHAM testlerini uyguladıklarını açıklamıştır[36]. Anayasa değişikliği sonrasında,

---

30 PAZARCI, Uluslararası, C.1, s.25-28.

31 Yargıtay, Ceza Genel Kurulu Kararı, 2.3.1996, E.1996/6-2, K.1996/33, Yargıtay Kararları Dergisi, C. 22, S.4, Nisan 1996, s.621.

32 Karş.,***CHARLESWORTH, ANDREW/CULLEN, HOLLY,*** European Community Law, London, 1994. s.88.

33 Karş., ***ÇAĞLAR, BAKIR***, "Anayasa ve Topluluk Hukuku", 2.Avrupa Hukuku Haftası, İstanbul, 1980, s.5,23,29. (Yazar, Topluluk üyesi devletlerin anayasal yargı yerlerinin, "hukuksal milliyetçiliğin klinik örneklerini verdiklerini ve bütünleşme sürecinin karşı ağırlık ve iç frenleri durumunda olduklarını" belirtmiştir).

34 ***KABOĞLU***, "İnsan hakları alanında 90.maddenin yorum ve uygulamasının Anayasa'nın öteki maddeleri [2,5,138] ışığında daha türdeş ve uluslararası sözleşmeler lehine ortaya çıkması beklenirdi. Fakat Anayasa'nın 20 yılı aşkın uygulama döneminde bu gerçekleşmedi" demektedir, ***KABOĞLU, İBRAHİM***, "Hukukta Yeni Düzenleme", Radikal Gazetesi, 27.7.2004.

35 ***ARSLAN***, Z., s.290.

36 ***ARIKAN, AYŞE SAADET,*** Barolar Birliği'nin "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, Md.90/son)" başlıklı toplantısında sunulan tebliğ, 5 Kasım 2004, Ankara, s.104.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

AYM Başkanlığı'nın görüşü, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaların yasa üstünde olduğu, diğerlerinin ise yasayla eşdeğer olduğu şeklindedir. Danıştay Başkanlığı ise insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaların yasaların üstünde olduğunu ve bunların doğrudan uygulanacağını belirtmiştir[37]. O halde, bugün, söz konusu alt mahkemelerdeki sürecin, vergi mahkemelerinin ve yüksek yargı organlarının kararlarına da yansımasını beklemek durumundayız.

II- Anayasa, 90/5'in Teorik Anlamı: İnsan Hakları Sözleşmelerinin Doğrudan Uygulanabilirliği

Anayasa 90/5'te öngörülen çatışma normu, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" şeklindedir[38]. Bu maddenin gerekçesinde ise, "Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90.maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir" denmiştir[39]. Şimdi bu normun teorik düzeyde değerlendirmesini tamamen vergi hukuku açısından yapalım.

1. Kapsam: *"Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar"*

Uluslararası hukuk-ulusal hukuk çatışmasında, çatışmanın çözümlenmesinde *hangi Sözleşmelerin* üstün uygulama alanı bulacağına dair soru normun kapsamına dair bir sorudur. Sorunun 90/5'teki yanıtı sınırlıdır, yani ulusal hukuka nazaran üstünlük atfedilen uluslararası anlaşmalar "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar"la sınırlandırılmıştır. Diğer anlaşmalar bu normun kapsamı dışında bırakılmıştır. O halde, vergi hukuku alanında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar iç hukuka üstün değerdedir.

"Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar" kavramından ne anlaşılacaktır? Madde gerekçesinde de geçen sekliyle "insan hakları-

---

37 AYM Başkanı Mustafa Bumin ve Danıştay Başkanı Ender Çetinkaya'nın konuşmasından, Barolar Birliği'nin "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, Md.90/son)" başlıklı toplantısı, s.13, 18.

38 Bir önceki anayasa değişiklik paketinde yer alan, fakat daha sonra geri çekilen düzenleme metni şöyleydi: "Kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır", bkz., TBMM, Dönem:21, Yasama Yılı:3, S.Sayısı:737, Anayasa Komisyonu Raporu 2/803.

39 TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, S.Sayısı:430.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

na" ilişkin anlaşmalar bu sorunun asgarisini oluşturur, yani öncelikle Anayasanın ikinci kısmında yer alan (m.12-74) bütün hak ve özgürlüklerle ilgili Sözleşmeler bu kapsamdadır[40]. Buna karşılık, 90/5 insan hakları ile ilgili anlaşmalara anayasa üstü değer yüklemediğinden, Anayasada yer almayan bir hak ve özgürlüğe dair mevcut bir uluslararası düzenleme ile çatışma, ya da yasal boşluk bu alanın problematik konularından birini oluşturmaya devam etmektedir[41]. Bu konunun zor alanlarına dair teorik değerlendirmeleri anayasa hukukçularına bırakarak, vergi hukuku alanında İHAS ve BM kaynaklı uluslararası insan hakları sözleşmelerinin vergi yasalarına nazaran üstün değerde bulunduğunu belirlemek gerekir.

Buna karşılık, 90/5'teki "temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşma" deyimi, normatif açıdan sadece konu itibariyle düzenleme içeren Sözleşmeler şeklinde değerlendirilemez. Konu itibariyle, doğrudan temel hak ve özgürlükleri düzenleyen Sözleşmelerin yanı sıra, temel hak ve özgürlükler üzerinde sonuç doğuran anlaşmalar da bu kapsamdadır. Haklara *'ilişkin anlaşma'* deyimi, bireyin temel hak ve özgürlükleri bakımından sonuç doğuran metinleri de içeren bir deyim olarak algılanmalıdır. Bu açıdan, uluslararası vergi anlaşmaları, vergi yükümlüsünün mülkiyet hakkı üzerinde sonuç doğuran etkisi itibariyle kapsam içindedir[42].

2. Konu: *"Kanunun Aynı Konuda Anlaşmadan Farklı Hükümler İçermesi"*

a. "Kanun"un Karşılığı: *"Hukuk"*

AY, 90/5.maddede, kanun kavramının kullanılmış olması, sadece deyimsel yorum yapıldığı takdirde, Sözleşmenin üstünlüğünün sadece Sözleşme

---

40 a) ***KABOĞLU***, Hukukta, Radikal, 27.7.2004; ***ÇİMEN***, terimin, Anayasanın 2 ila 74.maddeleri arasında zikredilen tüm hak ve özgürlüklerle sınırlı bir anlam içerdiği görüşündedir, ***ÇİMEN, YILMAZ***, Barolar Birliği'nin "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, Md.90/son)" başlıklı toplantısında sunulan tebliğ. s.94.

b) ***GÜLMEZ***, ister kişisel ve siyasal hakları, ister ekonomik, kültürel ve sosyal hakları, isterde üçüncü hatta dördüncü kuşak olarak nitelenen görece yeni insan hakları olsun, onaylanan veya onaylanacak bütün insan hakları sözleşmelerinin kapsam dahilinde olduğunu belirtmektedir, ***GÜLMEZ, MESUT***, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", TBBD, S.54, Eylül- Ekim 2004, s.153.

c) ***KABOĞLU***, uluslararası belgenin adının önemi olmadığını, TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu bütün uluslararası belgelerin bu kapsamda değerlendirmesi gerektiğini belirtmektedir, Hukukta, Radikal, 27.7.2004.

41 Bkz., ***ŞAHBAZ***, s.209 vd.; ***GÜLMEZ***, s.155.

42 Barolar Birliği'nin "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, Md.90/son)" başlıklı toplantısında, *konuşmacıların değerlendirmeleri etrafında ortaya çıkan panoramanın* uluslararası vergi anlaşmalarının kapsam dahilinde olmadığı sonucu verdiği değerlendirmesini yaptığımı, o değerlendirmenin toplantı materyalleri üzerine olduğunun altını çizmem gerekir, bkz., s. 186-191.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ile vergi yasaları arasında çıkan çatışmalar halinde kabul edileceği, buna karşılık yasa altı olan ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile Sözleşme arasındaki çatışmaların kapsam dışı kalacağı sonucuna varmayı gerektirir. Oysa burada amaçsal yorum yapmak ve dayanağı vergi yasası olan düzenleyici metinlerde yer alan ve Sözleşme ile çatışan hükümlerin de çatışma normunun konusunu oluşturduğunu düşünmek gerekir[43].

Bu gibi hallerde, yürütmenin düzenleyici işleminin yasaya uygun ve fakat Sözleşmeye aykırı olması, çatışmanın esas olarak yasa ile Sözleşme arasında olduğunu gösterir. Bu alternatifte, söz konusu yasa ile anayasa arasında uyum olduğu da varsayılırsa, çatışmaya bir de Sözleşme-anayasa çatışması eklenir. Yasa ile Sözleşmenin uyumlu olduğu konularda, düzenleyici işlemin farklı hüküm içermesi hali ise işlemin yasaya aykırılığını gündeme getirir. Bununla beraber, Anayasa 90/5'in, çeşitli alternatifler altında çoğaltılabilecek varsayımlardan bir kısmına hiçbir çözüm üretmediği de belirtilmelidir. Bu konuya yeniden döneceğim, fakat burada altını çizmek istediğim, anayasada geçen kanun kavramının, geniş anlamıyla, genel düzenleyici işlemleri de kapsar şekilde, "hukuk" olarak anlaşılması gerektiğidir.

b. "Farklı Hükümler İçerme"nin Karşılığı: "*Çatışma*" veya "*Çelişme*"

AY, 90/5 çerçevesinde İHAS'la vergi kanunlarının aynı konuda farklı hükümler içermesinden ne anlaşılması gerekir? Uluslararası hukuk metinlerinin soyut, genel, ayrıntılı olmayan hükümler içerdiği bilinir. Örneğin İHAS'ın mülkiyetin korunmasına ilişkin maddesinde (P.1-1/2)"...*ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak veya vergiler ile diğer mali yükümlülük ve cezaların ödenmesini sağlamak için Devletin gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma yetkisini ortadan kaldırmaz*" denmektedir. Bu metnin pozitif hukuktaki bir vergi yasasında aynı hüküm şeklinde düzenlemesi eşyanın doğasına aykırıdır. Dolayısıyla bütün vergi yasası hükümleri, İHAS,P1-1 anlamında "aynı konuda" hükümlerdir. Bir vergi yasasının, İHAS'tan farklı hüküm içermesi ise ancak söz konusu maddeye aykırı olup olmadığı ile belirlenebilir. Dolayısıyla, eşyanın doğası gereği, ulusal yasa ile uluslararası anlaşma arasında her zaman kazuistik, deyimsel ve birebir karşılık bulunamayacağına göre[44] , buradaki farklı hüküm içerme, yasa ile anlaşma metninin

---

43 Karş., ***GÜLMEZ***, s.155, Bkz., ***YÜZBAŞIOĞLU, NECMİ***, Barolar Birliği'nin "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, Md.90/son)" başlıklı toplantısında sunulan tebliğ, s.83 vd.

44 Buradaki "farklı hüküm" ifadesinin, vergi hukukunda uluslararası çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları açısından daha anlamlı olduğunu belirtmek gerekir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

"*çatışması*" veya madde gerekçesinde de belirtildiği gibi "*çelişmesi*" şeklinde anlaşılabilir. Bu da bir *tespit* sürecidir[45].

Bir vergi yasası hükmünün İHAS'la çatışıp çatışmadığını tespit için, İHAS'daki sözel metin bu hukuk kuralının anlam ve kapsamını belirlemeye yetmeyeceğinden, anlaşma kavramlarının İHAM içtihatlarında aldığı şekil ve anlamlar da göz önüne alınmalıdır[46]. Yani uluslararası bir sözleşmenin uluslararası yorum yerlerince değerlendirmeleri öncelik kazanır, çünkü bir uluslararası metnin yeniden yorumlanarak ulusal anlamının belirlenerek uygulanması değil, evrensel anlamıyla uygulanması gerekir. Dolayısıyla vergi hukukunda İHAM'ın standart ve testleri ayrı bir önem kazanmıştır.

3. Yetki: *"Uyuşmazlık Çıkması Hali"*

AY,11 çerçevesinde AY, 90/5 bütün devlet organlarını bağlar; yasama, yürütme ve yargı organı açısından bağlayıcı nitelik taşır. Elbette ki yasama organının, İHAS ve diğer insan hakları metinlerine aykırı bir vergi yasası çıkarmama, veya çatışma halinde olan bir yasayı yürürlükten kaldırma sorumluluğu bulunmaktadır. Fakat AY,90/5'te "uyuşmazlık" kavramı geçtiğine göre, bir vergi yasası ile İHAS arasında çatışma bulunup bulunmadığını tespit makamı ulusal yargı yerleridir. Anayasa yargısı açısından tıkanıklık noktalarını ve vergi yargısı yerlerinde çatışma tespitinin ne anlama geldiği ve bunun hukuki sonucunu bir sonraki bölümde ele alacağım. Burada değinmek istediğim, "uyuşmazlık" meselesinin sadece yargı bağlamında değil, idari organlar önündeki uyuşmazlıklar bağlamında da ele alınması gerektiği.

Şöyle ki, *"[y]önetsel organlar önündeki uyuşmazlıklarda da, uluslarara-*

---

45 a) "Milletlerarası andlaşmaların genellikle, genel çerçeveli ve bir kanun hükmü kadar somut olmayan kurallar içerdiği, buna göre, aynı konuda farklı hükümler içeren, aynı içerikte andlaşma ve kanun hükmü uyuşmazlığının fazlaca olmayacağı, ülkemizdeki kimi kanunların normatif yapısı itibariyle, tüzük hatta yönetmelik ve hatta genelge kadar ayrıntılar içerdiği durumlarda, böylesi bir kanun kuralı ile oldukça soyut ve geniş çerçeveye sahip andlaşma kuralının aynı konuda farklı hükümler içerdiği sonucuna varabilmenin güç olduğu" görüşü (***KARAGÜLMEZ, ALİ,*** "5170 sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90.maddesinde Yapılan Değişikliğe bir Bakış", TBBD, S.54, Eylül- Ekim 2004, s.172) kabul edildiği takdirde, 90/5'in hiçbir alternatif altında uygulanamayacağı ve yasa koyucunun abesle iştigal ettiği sonucuna varmak gerekir.

b) Farklı hüküm kavramının "lehe düzenleme" olarak anlaşılması gerektiği, ŞAHBAZ, s.207.

46 a) ***GÜLMEZ***, s.153.

b) İHAS'ın İHAM kararları ile ilgili maddesi şöyledir: Kararların bağlayıcılığı ve uygulanması- m.46: 1. Yüksek Taraf Devletler, taraf oldukları davalarda Mahkemenin nihai kararlarına uymayı taahhüt ederler; Bu konuda bkz., ***DOĞRU, OSMAN***, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", Anayasa Yargısı, 17, Ankara, 2000, s.194 vd; ***YILDIRIM, KADİR***, "Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği", Anayasa Yargısı, C.17, Ankara, 2000, s.295.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

*sı antlaşmalara aykırı olan bir yasaya ya da bu yasaya dayanılarak çıkarılmış düzenleyici metinlere göre bir karar verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda da uluslararası antlaşmaların "**esas**" alınması gerekir. Başka bir anlatımla, kamu yetkililerine, yönetsel organlara yapılan başvuru ya da yakınmalar dolayısıyla onaylanan sözleşmeler ile yasalar arasında uyuşmazlıklar çıkması durumunda da, uluslararası antlaşmaların yetkililerce doğrudan uygulanması gerekir"*[47]. Bunun vergi hukukundaki karşılığı, vergi idaresi makamlarının "*düzeltme*" taleplerinde, vergilendirme işleminin dayanağını oluşturan vergi yasasının İHAS'la çatışıp çatışmadığının değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. İlkesel olarak bu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerekir, çünkü vergi hukukunda düzeltmenin konusu bir yorum uyuşmazlığı değildir. Bu konuya ileride yeniden değineceğim.

4. Hukuki Sonuç: *"Milletlerarası Andlaşma Hükümlerinin Esas Alınması"*

AY, 90/5 çerçevesinde, vergi yasası ile İHAS arasındaki çatışmanın tespiti halinde, uyuşmazlığın çözümünde İHAS hükümlerinin esas alınması gerekmektedir. Buradaki "esas alma" ne anlama gelir?

Metinde üstünlük, ya da uygulanmak gibi terimler kullanılmamıştır. VAHS'de, "yürürlükteki her anlaşma, tarafları *bağlar* ve taraflarca iyi niyetle *uygulanmak* zorundadır" (m.26) ve "taraflardan biri, iç hukukunun hükümlerini, bir anlaşmanın *uygulanmamasına* özür olarak öne süremez"(m.27) denmiştir. Demek ki, "esas alma" kavramını açıklayabilmek için, uluslararası hukukta geçen bazı kavramların açıklanması gerekiyor:

Uluslararası hukukta, "*uluslararası hukukun bağlayıcılığı*" (binding), "*uluslararası hukukun iç hukukta doğrudan uygulanması*" (direct applicability), "*uluslararası hukukun doğrudan etkisi*" (direct effect), "*uluslararası hukukun kendiliğinden hüküm doğurması*" (self-executing) gibi kavramlar, her ne kadar birbirlerini ikame eder şekilde kullanılıyorsa da, hepsi aynı anda bir bütün olarak birbirinin yerine kullanılabilir kavramlar değildir, çünkü aslında her biri farklı bir hukuksal durumu izah eder. Bu kavramların, bir kısmı ikame olarak kabul edilebilir; ancak yine de, aralarındaki nitelik farklarının ortaya konulması gerekir.

a. Bağlayıcılık, Doğrudan Uygulama, Doğrudan Etki

aa. Bağlayıcılık

Bir uluslararası hukuk kuralının bağlayıcılığı, bu kurallara uyulması zorunluluğunu içerir; ancak, bu zorunluluk bir uluslararası yükümlülüğü ifade eder. Uluslararası hukuk kuralının bağlayıcılığı, devlet açısından diğer bir devlet veya devletler ya da uluslararası örgütlere karşı yüklenilen bağ-

---

[47] ***GÜLMEZ***, s.157; Aynı zamanda bkz, ***KABOĞLU***, Hukukta, Radikal, 27.7.2004.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

lanma iradesini ortaya koyar. Diğer bir deyişle, bağlayıcılık, devletler bakımından ancak uluslararası düzeyde hüküm taşır.

Bir uluslararası anlaşmanın tarafı olan bir devlet, bu anlaşma ile diğer devletlere karşı bağlanmıştır. Bu devletin, anlaşmanın yerine getirilmesi konusunda üstlendiği zorunluluk diğer devletlere karşı üstlenilen bir zorunluluktur. Uluslararası düzeyde, bir devlet anlaşmada somutlaşan irade beyanı ile bağlıdır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirir[48].

bb. Doğrudan Uygulama ve Doğrudan Etki

Bir uluslararası hukuk kuralının uluslararası düzeydeki etkisi, konunun sadece bir boyutudur. İkinci boyut, uluslararası hukuk kuralının ulusal hukuktaki etkisidir. Uluslararası hukukun doğrudan uygulanabilirliği, uluslararası hukukun ulusal hukukla ilişkisini niteleyen temel kavramdır ve bir uluslararası hukuk kuralının iç hukukta uygulanabilmesi için herhangi bir ulusal aktarma işlemine gerek olmadığını ortaya koyar[49]. Kendiliğinden hüküm doğurma kavramı da, bu anlamı içerecek şekilde kullanılır[50].

Avrupa Birliği hukukunda kaynağını bulan "doğrudan etki" kavramı, bir uluslararası hukuk kuralının mahkemeler önünde doğrudan uygulanabileceği, diğer bir ifadeyle, mahkemelerin, önlerindeki davada uluslararası hukuk kuralını uygulanacak kural olarak kullanabilecekleri anlamını taşır. Bu konu, bir uluslararası hukuk kuralının gerçek ve tüzel kişiler lehine haklar yaratması ve bu hakların mahkeme önünde iddia edilebilmesini içerir. Bir uluslararası hukuk kuralının doğrudan etki doğurup doğurmadığı sorusu, iç hukuka giren bu tür bir kuralın "hemen uygulanabilir kural" olarak, mahkemeler tarafından doğrudan uygulanıp uygulanmayacağını ifade eder[51]. Birçok metinde doğrudan etki kavramı, doğrudan uygulanabilirlik kavramının ikinci boyutu olarak ele alınır[52].

---

48 ***JACOBS-ROBERTS*** (ed), The Effect of Treaties in Domestic Law, United Kingdom National Committee of Comparative Law, vol.7, London, 1987, s.xxiv-xxvi; ***BATUM***, Avrupa, s.123-128.

49 a) ***BATUM***, Avrupa, s.42.

b) İkici görüş ve tekçi görüş bağlamında ayrıntılı bilgi için bkz., ***YALTI SOYDAN***, Gümrük Birliği, s.27 vd. ve orada atıf yapılan eserler.

50 ***BROWNLIE, IAN***, Principles of Public International Law, 3rd Edition, Oxford, 1979, s.53.

51 ***HARTLEY, T.C.,*** The Foundations of European Community Law, 2nd Edition, Oxford, 1989, s.182.

52 a) ***BATUM***, Avrupa, s.37, 42.

b) ATAD, "doğrudan uygulanabilirlik" kavramı ile "doğrudan etki" kavramı arasında ayrım yapmamaktadır. Divan, her iki kavramı da, birbirlerini ikame eder şekilde kullanmaktadır. Bir boyutuyla, Topluluk hukuku, üye devletler hukukunda doğrudan uygulanabilir niteliktedir; yani, bu hukuk kurallarının uygulanabilmesi için herhangi bir tamamlayıcı ulusal norma ihtiyaç yoktur (direct applicability). İkinci boyutuyla, ulusal hukuka dahil olan bir

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bir uluslararası hukuk kuralının doğrudan uygulanması/doğrudan etki yaratması, mahkemelerin ulusal kuralı değil uluslararası kuralı uygulamaları demektir. Bunun için de, uluslararası hukuk kuralının tamamlayıcı nitelikte bir ulusal tasarrufu gerektirmeyen içeriğe sahip olması gerekir. Bir anlaşmanın iç hukuk düzeninde doğrudan etkisinin bulunup bulunmadığı, tarafların amaçları, anlaşma kurallarının konusu ve anlaşma hükümlerinin şekline bakılarak belirlenir[53]. İHAS, amaç[54], konu[55] ve şekil (yazılış ve düzenleniş biçimi)[56] bakımından devletlerde doğrudan uygulanacak metinlerdendir[57].

b. "Esas Alınma"nın Karşılığı: Doğrudan Uygulama

Bu çerçevede, esas alınma kavramının, doğrudan uygulamadan daha farklı bir içeriğe sahip olduğunu düşünmek doğru değildir. Çünkü gerekçede de "*anlaşmanın öncelikle uygulanması*" denmiştir. Bu durumda, esas alma demek, uyuşmazlığa anlaşma ile çatışan ulusal yasanın değil, anlaşma hük-

---

Topluluk normu, gerçek ve tüzel kişiler lehine haklar doğurur ve bu haklar, ulusal yargı organları önünde hak sahipleri tarafından ileri sürülebilir (direct effect), ***MATHIJSEN, P.S.R.F.***, A Guide to European Union Law, 6th Edition, London, 1995, s.149; Bkz., ***YALTI SOYDAN***, Gümrük Birliği, s.22, dp10- s.39, dp.58.

53 a) ***BATUM***, Avrupa, s.43.

b) Uluslararası Adalet Divanı, "Yerleşik hukuk ilkelerine göre, uluslararası anlaşma bireyler arasında doğrudan hak ve yükümlülükler doğurmaz. Ancak imzalayan tarafların istekleri doğrultusunda, bir anlaşmanın konusunun, bireyler için doğrudan hak ve yükümlülükler getiren ve ulusal yargı yerlerince uygulanma imkanı olan belirli kuralları meydana getirmeye yönelik olması da gözden kaçırılamaz" demiştir, ***YÜZBAŞIOĞLU***, Anayasallık Bloku, s.34; ***BATUM***, Avrupa, s.36.

54 a) İHAS'ın 1.maddesinde, "İnsan haklarına saygı yükümlülüğü- m.1 Yüksek Akit Taraflar kendi kaza haklarına tabi herkese işbu Sözleşmenin birinci bölümünde tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar" denmiştir. BATUM, bu maddede, sadece devletleri bağlayıcı bir terim olan "tanımayı üstlenirler" deyimi yerine, "güvence altına alır (tanırlar)" deyiminin kullanılmasının kesin bir zorunluluğu ifade ettiğini, sadece Devletleri bağlamak değil kişilere doğrudan haklar tanımak amacına yönelik bir düzenleme olduğuna delil teşkil ettiğini belirtir. Ayrıca Sözleşmenin 13. maddesinde, " bu Sözleşmede öne sürülmüş olan hak ve özgürlükleri çiğnenen herkesin,.. ulusal bir makam önünde etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır" denilmekle, Sözleşmenin sadece devletleri bağlama değil, kişilere doğrudan haklar tanıma amacını gösterdiğine işaret eder, ***BATUM,*** Avrupa, s.43-44; Aynı yönde, ***ÇELİK***, s.52.

55 ***BATUM***, İHAS'ın herhangi bir uygulama kuralına ihtiyaç göstermediğine 3-4-5 ve 7. maddeleri örnek vermektedir. Bu maddeler, kesin yasaklar ve bu anlamda da olumsuz yükümlülük içeren maddelerdir, Avrupa s.44.

56 ***BATUM***, Avrupa, s.45.

57 ***AKILLIOĞLU***, "genelde uluslararası andlaşmaların konusu uluslararası hukuk özneleri arasındaki ilişkilerin düzenlenmesidir. Başka bir deyişle "dış alanın" düzenlenmesi amaçlanır. İnsan haklarına ilişkin olanlarda ise ağırlık "iç alanın" ya da iç hukukun düzenlenmesidir" demiştir, ***AKILLIOĞLU, TEKİN,*** "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", AÜSBFD, C.XLIV, S.3-4, 1989, s.156.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

münün "uygulanması" demektir[58]. AY, 90/5, İHAS'ın vergi yasalarına üstünlüğü sonucunu verir, Sözleşme ile çatışan vergi yasalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, vergi yasasının bir yana bırakılması ve Sözleşme hükmünün uygulanması anlamına gelir. Burada, sözleşme hükümlerine aykırılık içeren bir vergi yasasının uyuşmazlığa uygulanmaması yani "ihmal edilmesinden" bahsedilmektedir, yoksa yasanın "ilga edilmesi" söz konusu değildir[59].

III- Anayasa, 90/5'in Pratik Anlamı: İnsan Hakları Sözleşmelerinin Doğrudan Uygulanabilirliği

1. Anayasa Mahkemesi: Anayasallık Bloku ve İHAS

AY, 138'e göre, hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Bu maddede geçen "hukuk" kavramının uluslararası sözleşmeleri de içerdiği tartışmasızdır. Buna karşılık, AY, 148'de "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz" denmiştir. Anayasa değişikliğinde "kurumsal düzenleme ile bağlantı"[60] kurulmadığına göre, "anayasallık bloku"nda bir değişiklik olması mümkün müdür?

Anayasallık bloku, AYM'nin, yasaların anayasaya uygunluk denetiminde kullandığı tüm ölçü normlardır[61]. Anayasa Mahkemesi, uygunluk denetiminde, yalnızca anayasa kuralları ile yetinmemiş, anayasanın başlangıcı, uluslararası metinler ve hukukun genel ilkelerine de dayanmıştır. Mahkeme, uluslararası metinlere dayanarak verdiği kararlarında, bunları tek başına, bağımsız birer ölçü norm olarak değil, dayandığı Anayasa kurallarına destek-ölçü norm olarak kullanmış[62], uluslararası anlaşmaları doğrudan uygulamamıştır[63]. Peki, bu durum değişecek midir?

Bu sorunun yanıtı, yeni çatışma normunun kapsamına ve bu konuda

---

58 ***GÜLMEZ***, s.156.

59 ***KARAGÜLMEZ,*** s.74.

60 ***KABOĞLU***, Hukukta, Radikal, 27.7.2004.

61 ***TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU***, s. 468, dp.71.

62 ***TEZİÇ***, ***ERDOĞAN***, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi", Anayasa Yargısı, Ankara, 1986, s. 27-28; ***TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU***, s.470 vd.; ***BATUM***, Avrupa, s.55-56; ***ÇAĞLAR***, Yorum s.10, 15; ***AKILLIOĞLU***, konuyu "yeni hukuksallık kümesi" şeklinde ele alır, ***AKILLIOĞLU***, İnsan Hakları, s.64-65.

63 Bkz., Böl.1,II, 1/b-aa.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

varsayım konusu edilebilecek alternatiflerin -anayasa bütünü içinde- yorumlanmasına bağlıdır. Eğer AYM'nin görevini belirleyen 148. madde dar yorumlanırsa, 90/5'in, anayasallık bloku ve anayasa yargısı açısından pozitif hukuk anlamında bir fark yaratmayacağını düşünmek mümkündür. Anayasa bütünü içinde kurumsal bir değişiklik yapılmadığı sürece AYM'nin, Sözleşme-Anayasa çatışmasını (Anayasanın Sözleşmeye aykırılığı) ya da Sözleşme-Yasa (Yasanın Sözleşmeye aykırılığı) çatışmasını kendi görev alanında görmemesi ve denetlememesi beklenebilir.

Çünkü AY, 90'a göre, Sözleşme "kanun" hükmündedir, AYM'nin uygunluk denetimi ise yasanın yasaya uygunluğu tespitini içermez[64]. AY, 148 çerçevesinde, *"..kanunların... anayasaya uygunluğunu... denetleme"* görevi olan Mahkemenin, yasanın Sözleşmeye aykırılığını tespit etmemesi[65], ve bugüne kadar yaptığı gibi yasanın anayasaya aykırı olup olmadığı değerlendirmesinde İHAS'ı destek ölçü norm olarak kullanmaya devam etmesi mümkündür. 90/5 değişikliğinden sonra anayasa altı ve fakat yasa üstü kaynak değerine sahip Sözleşme ile bir vergi yasasının Sözleşmeden farklı hüküm içerdiği (Sözleşmeye aykırı olduğu) iddia olunduğunda[66], bu aynı zamanda yasanın anayasaya da aykırı olduğunu belirtir (ki bu halde sorun yoktur), ya da eğer anayasaya uygun ise o halde anayasa –Sözleşme çatışması vardır, ki sistem bu son çatışmanın çözümüne olanak tanımaz.

Diğer yandan, 90/5'in bir anayasa hükmü olarak etki ve değer bakımından diğer Anayasa kuralları ile eşdeğer olduğu[67] ve 90/5'e eklenen cümlenin, artık insan haklarına ilişkin yasa hükmündeki uluslararası sözleşmeler ile yasaların çelişip çelişmediğine bakılmasını gerektirdiği de söylenebilir[68].

---

64 "Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi sırasında, iptali istenen kuralın öteki yasalara karşı olan durumunun, onlarla çelişir veya çelişmez nitelikte oluşunun değil, Anayasa ilkelerine ve ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının araştırılması gereklidir", Anayasa Mahkemesi, E.1966/9, K.1968/25, 19.6.1968 (***GEREK, ŞAHNAZ, AYDIN, ALİ RIZA***, "Anayasa'nın 90.Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim", TBBD, S.55, Kasım-Aralık 2004, s.233, dp.14).

65 Anayasa Mahkemesi, "...uluslararası antlaşmaların Anayasa'nın 90.maddesi uyarınca yasa hükmünde sayıldığı, KHK'nin ya da yasanın sözleşmeye uygunluk denetiminin ise Anayasal denetim kapsamına girmediği..." değerlendirmesini yapmıştır, E.1988/5, K.1988/55, 22.12.1988. Mahkeme bir başka kararında, "Anayasa'ya uygunluk denetiminde ölçü olarak kanun hükümlerinin değil, Anayasa kurallarının ele alınması gerektiği ortadadır" demiştir, E.1969/37, K.1971/8, 21.1.1971 (***ŞAHBAZ***, s.200, dp.62).

66 Anayasanın veya yasanın Sözleşmeden daha lehte hükümler içermesi halini saklı tutmak gerekir, bkz., ***KABOĞLU***, Hukukta, Radikal, 27.7.2004; ***ŞAHBAZ***, 213.

67 "Anayasa'nın kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup, hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur", Anayasa Mahkemesi, E.1990/32, K.1990/25, 16.10.1990, RG.30.11.1990. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., ***YÜZBAŞIOĞLU***, Anayasallık Bloku, s.111-112.

68 ***GEREK/AYDIN***, Anayasal Denetim, s.233; Salt 90/5'e aykırılığın, bir yasanın iptaline yetmeyeceği görüşü için bkz., ***KARAGÜLMEZ***, s.176-177.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bununla beraber, yasanın Sözleşme ile farklı kurallar içerip içermediğine ilişkin değerlendirme, sadece 90/5'e aykırılığın tespitini değil, bu maddeyle birlikte anayasanın diğer kuralları yönünden de incelenmesini içermek durumundadır. Çünkü AYM'nin görevine ilişkin madde, yasanın Sözleşmeye aykırılığının değil anayasaya aykırılığının incelenmesini gerektirir. O halde, bir yasanın eklenen cümleye aykırılığı iddiası ile AYM'de açılan bir dava, 90/5 ve diğer Anayasa kuralları çerçevesinde anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulacak, Sözleşme ise yine destek referans kaynağı olacaktır[69].

Demek ki, bir vergi yasasının anayasaya aykırılık iddiası ile AYM'nin önüne geldiği *"uyuşmazlıklar"*da, yasa ile anlaşmanın farklı hükümler içerdiğini tespit eden Mahkeme'nin anlaşmayı *"uygulaması"* ne demektir sorusu ancak şöyle yanıtlanabilir. Burada AYM'nin, ***ancak***, *"yasayı Sözleşmeye aykırılıktan dolayı iptal ederek değil, anayasayı Sözleşmeye uygun yorumlamak suretiyle, yasayı anayasaya aykırılıktan dolayı iptal ederek Sözleşmeyi uygulayacağı"* sonucunu çıkarmak gerekiyor[70]. Bu da, Sözleşme-yasa çatışmasında esas muhatabın AYM'den ziyade, yargıç, savcı ve idare organları gibi uygulayıcıların olacağı[71] iddiasını doğrular. O halde, anayasal denetimde 90/5 ile beklenecek tek değişim, yargıçların yorum potansiyelindeki değişim olmak gerekir. Bu yorum potansiyelini belirleyecek olan da yargıçların İHAS içtihatlarına açıklığı ve insan hakları kültürüdür.

Burada iki konuyu daha ilave etmek gerekiyor:

Birincisi, Sözleşmenin esas ve doğrudan uygulayıcıları adli ve idari yargı bünyesindeki yargıçlar olacağına ve 90/5 bu anlamda yargıçların yorumunu ön plana çıkardığına göre, herhangi bir yasanın Sözleşmeye aykırılığı nedeniyle ihmal edildiği durumlarda, yasa yasama organınca değiştirilinceye ya da yürürlükten kaldırılıncaya veya AYM tarafından anayasaya aykırılıktan dolayı iptal edilinceye kadar yürürlükte kalmaya devam edecektir[72]. Bu

---

69 Bkz.,***GEREK/AYDIN***, Anayasal Denetim, s.235.

70 Oysa, TESEV, "Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Avrupa Birliği'ne Üyeliğini ve Türk Hukuk Sisteminin Birliğin Hukuk Düzenine Uyumunu Sağlamak Üzere Önerilen Anayasa Değişikliği Teklifi"nde ilgili maddeler kurumsal değişikliği de ihtiva etmiştir: 1. Anayasanın 90. maddesinin halihazırda mevcut bulunan 5 fıkrası aynen muhafaza edilmek suretiyle anılan maddeye aşağıdaki hükümler 6. ve 7. Fıkralar şeklinde eklenmelidir: "T.C Devleti'nin uluslararası kuruluşlarla, insan haklarının alanını genişletmek, bu hakların güvencelerini güçlendirmek ve demokrasinin geleceğini korumak amacı ile yaptığı anlaşmalar, Türk hukuk sisteminde kanunların üzerinde bir yere sahiptir. Bunlar aleyhine anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine dava açılamaz. Kanunların 6. Fıkrada tasrih olunan milletlerarası anlaşmalara esas yönünden uygunluk denetimini yapma yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir. 2. Anayasanın, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. Maddesi aşağıdaki gibi değiştirilmelidir: "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve meclis içtüzüğünün anayasaya uygunluğunu şekil ve esas bakımından, kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin 90. Maddenin 6. Fıkrasında yer alan milletlerarası anlaşmalara uygunluğunu ise esas bakımından denetler". http://www.tesev.org.tr/90madde.php

71 ***ŞAHBAZ***, s.214.

72 Karş., ***GEREK/AYDIN,*** Anayasal Denetim, s.237.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

durumda, yargıç yorumuna göre farklı uygulamalar, bir davada yasanın ihmali bir davada yasanın uygulanması söz konusu olabileceği gibi, yargıçlar, idari veya adli otoritelerin Sözleşmeye aykırı bir yasayı devam eder şekilde uygulama karar ve işlemleri ile karşılaşabileceklerdir. Bu sonuç bir hukuk devletinde kabul edilebilir olmamakla beraber, AY,90/5 bu konularda hiçbir çözüm üretmemektedir.

İkincisi, AY,90/5 ve AY,148'in ortak okuması ile ortaya çıkan tıkanıklık noktaları Fransa'da yaşanan bir süreci akla getiriyor: 1958 Fransız Anayasası'na göre, usulüne uygun olarak onaylanan veya uygun bulunan anlaşmalar, ilanlarından itibaren yasaların üstünde yer almaktadır. Bu uygulama, karşılıklılık esasına bağlanmıştır(m.55). Böyle olmakla birlikte, Fransız Mahkemeleri, Anayasa'da yer alan bu kuralı sınırlı bir şekilde uygulamıştır. Bunun yanı sıra, Fransız Yüksek İdare Mahkemesi, 1968 yılında verdiği ve içtihat haline dönüşen bir kararı ile anlaşmaların sonradan çıkarılan yasalara üstünlüğü sorununu görev alanı içinde görmemiştir. Mahkeme, görevinin, yasaların anayasaya veya uluslararası anlaşmalara uygunluğunu değil, yasaların uygulanmasını denetlemek olduğunu belirtmiştir. Fransız Anayasa Mahkemesi de, konunun idari veya adli mahkemelerin görev alanına girdiğini belirterek, açılan davaları reddetmiştir. Bu nedenle, Fransa'da uluslararası anlaşmalara aykırı yasalar anayasanın 55. maddesine aykırılıkları nedeniyle yargı önüne çıkarılamamıştır. 1989 yılında Fransız Yüksek İdare Mahkemesi'nin (Conseil d'Etat) 77-729 sayılı yasanın Roma Anlaşması'na aykırılığına ilişkin bir davayı kabul etmesi ile 21 yıllık uygulama tersine dönmüştür. Bu davada, mahkeme, yasanın anlaşmaya aykırı olmadığına karar vermişse de, Fransız Anayasası'nın işlemez hale dönüşen 55 inci maddesi uygulama gücü kazanmıştır[73]. Türkiye'de de AYM ve Danıştay'ın[74] görev nedeniyle benzer bir tıkanıklık yaratacak şekilde karar vermesi de 90/5'in işlemez hale dönüşmesine neden olabilir.

---

73 a) ***KERGALL, YANN,*** "Treaties v. Domestic Laws: Landmark Decision of the French Supreme Administrative Court", Intertax, no.2, 1990, s.133-134. Ayrıca bkz., ***ERKUT, CELAL***, Hukuka Uygunluk Bloku- İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul, 1996, s.86-88; ***LASOK/BRIDGE***, Law & Institutions of the European Communities, 5th Edition, London, 1991, s.377-384; ***KARAKAŞ, AYŞE IŞIL,*** Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği, İstanbul, 1993, s.155-176.

b) Bu karar ünlü *Nicolo* kararıdır. Kararla ilgili bir değerlendirme için de bkz., ***ERKUT***, Tutuk Adalet, s.148.

74 "2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 148.maddesi uyarınca, Kanunların Anayasa'ya aykırılığı denetiminin ancak Anayasa Mahkemesi tarafından yapılabileceği belirtilmiş olup, yürürlükteki Kanun hükümleri iptal edilmedikçe mahkemelerin bu hükümleri uygulamak zorunda bulundukları açıktır", Danıştay 4.D, E.2003/1434,K.2003/1657, 2.6.2003, Lebib Yalkın Yayımları, Vergi Usul Kanunu ve Mevzuatı, C.C., Danıştay Kararları, Sıra no.436.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. Danıştay/BİM/Vergi Mahkemesi: Hukuka Uygunluk Bloku ve İHAS

AY,138'e göre, hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Bu maddede geçen "hukuk" kavramı uluslararası sözleşmeleri de içerir. İdari yargı süreçlerinde idare yargıçlarının hukuka uygunluk denetiminde Sözleşmeye de dayanmaları yeni bir olgu değildir. Anayasallık denetiminde anayasa yargıcının anayasallık blokuna dahil ettiği referans normları genişletmesi gibi, idare yargıcı da aynı süreç içindedir. İdare yargıcının, hukuka uygunluk denetimi çerçevesinde gerçekleştirdiği yargılama işlevi dolayısıyla "ölçü norm" olarak yararlandığı kurallar bütünü "hukuka uygunluk blokunu"[75] oluşturur. Anayasa yargıcının belirlediği anayasal normlar ve prensipler ile idare yargıcının belirlediği hukukun genel prensipleri hukuka uygunluk blokunun ayrılmaz parçaları olarak değerlendirilir. İdare yargıcının, hukuka uygunluk denetiminde, Anayasa hükümlerini ve AYM kararlarını veya uluslararası sözleşme ve metinlerini doğrudan ölçü norm olarak kullanmamakla beraber, yasaya ya da "hukuk devleti", "hak, adalet ve eşitlik" gibi hukukun genel ilkelerine destek ölçü norm olarak[76] değerlendirdiği bilinir[77].

Vergi hukukunda Sözleşmeye atıf yapan bir karar mevcut olmamakla birlikte, Danıştay vergi davalarında da hukuka uygunluk blokunu Anayasa ve hukukun genel ilkelerini de içerecek şekilde genişletmiştir[78].

---

75 ***ERKUT***, Hukuka Uygunluk, s.81.

76 Örneğin, Danıştay.12.D., E.1977/1349, K:1978/955, AİD, C.11, S.4, s.100-102. Bu kararda, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Anlaşması Nihai Belgesi referans norm olarak kullanılmıştır. Karar hükmü şöyledir: Yukarıda yer alan *yasal ve **uluslararası düzenlemelerin** ve genel hukuk kurallarının **ışığında**,...* hukuksal isabet görülmemektedir".

77 ***ERKUT***, Hukuka Uygunluk, s.82-90; Aynı zamanda bkz., ***PAZARCI***, Uluslararası C.1, s.31-32; ***AKILLIOĞLU, TEKİN***, "Danıştay Kararlarına Göre Uygulamada Temel Haklar", AİD, C.16, S.3, 1983, s.32-49; ***BEREKET, ZUHAL***, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara, 1996.

78 a) DİBK, E.1988/5, K.1989/3, RG. 27.10.1989 (VUK,112'de yer alan gecikme faizi hakkındaki bu kararda, Anayasanın 73. maddesi ve kanunların geriye yürümezliği ilkesi referans norm olarak kullanılmıştır). DİBK, E.1990/4,K.1993/1, RG. 25.7.1993 (Bu kararda, GVK, mük.116'da düzenlenen Hayat Standardı Esasında, temel göstergenin, aile reisi beyanında her eş için ayrı ayrı uygulanması ele alınmış ve Anayasanın mali güce göre vergilendirme, çalışma özgürlüğü, sosyal devlet ilkeleri referans norm olarak kullanılmıştır).

b) 1.2.1995 tarihinde yürürlüğe giren, fon oranının artırılmasına ilişkin 95/6428 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının Eki Kararın, 1994 takvim yılı gelirlerine ilişkin vergiler hakkında da uygulanacağına ilişkin 2.maddesi, geçmişe yürümezlik ve belirlilik unsurlarını içeren hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde hukuka uygun bulunmayarak iptal edilmiştir, (DİDDGK, E.1998/316, K.1999/169, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no. 332). 99/13230 sayılı kararnamenin yatırım indirimi üzerinden gelir vergisi stopajı yapılmasına ilişkin hükmü iptal edilirken , AY,73- yasallık ilkesi bağlamında değerlendirme yapılmıştır, (Danıştay 4.D., E.1999/5648, K.2000/1914, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sı-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu durumda, AY,90/5 karşısında vergi yargısı süreçlerinde "hukuka uygunluk bloku"nda ne mahiyette bir değişiklik meydana gelebilir? Sorunun yanıtı için, konu, iki boyutta incelenmek durumundadır. Birincisi, yürütmenin düzenleyici işlemlerinin hukuka uygunluğunun Danıştay tarafından denetlenmesi; ikincisi ise bireysel vergilendirme işlemlerinin vergi mahkemesi/BİM/Danıştay tarafından hukuka uygunluğunun denetlenmesi sürecidir[79].

a. Danıştay: Düzenleyici İşlemlerin Hukuka Uygunluk Denetimi

AY, 8'de, yürütme yetkisi ve görevinin.... Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiştir. AY, 123'e göre de, idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. Yürütme organı, vergi hukukunda da, tüzük (AY,115) ve yönetmelik (AY,124) gibi anayasada belirtilen veya anayasada belirtilmemekle beraber -verginin yasallığı ilkesi sınırları içinde olmak kaydıyla- yasal yetkiye dayalı olarak bakanlar kurulu kararları veya Maliye Bakanlığı'nın genel tebliğleri gibi adsız düzenleyici işlemler olmak üzere genel düzenleyici işlemler yapabilir[80]. Bu türden işlemler söz konusu olduğunda, sınır, yasal idare ilkesi[81] ile belirlenir ve

---

ra no.352). Yatırım indiriminin tevkifata konu olup olamayacağına ilişkin İçtihadı Birleştirme kararında ise, AY,73'teki yasallık ilkesi açısından değerlendirme yapılmıştır ("...Gelir Vergisi Kanununda yer almayan bir hükmün tevkifat oranlarını düzenleyen Bakanlar Kurulu kararnamesine eklenerek vergi kapsamına alınması Anayasada yer alan vergileme ilkelerine aykırılık teşkil eder..") Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, E.2002/3, K.200273, RG. 13.12.2002.

c) 67 No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği ile getirilen yıl sonu itibariyle vadesi gelmemiş mevduat hesapları ile repo gelirlerinin değerleme suretiyle gelir gösterilmesine ilişkin uygulamanın yürürlüğünün durdurulması kararında AY,73-yasallık ilkesi destek ölçü norm olarak değerlendirilmiştir (Danıştay, 4.D., E.2000/1320, Yürürlük durdurma, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.353).

79 Danıştay Kanunu, 23, 24; Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, 6, 7, 8; İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2.

80 Adsız düzenleyici işlemler için bkz., ***ÖZAY, İL HAN***, İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim, İstanbul, 1994, s.374, 375 vd.; Vergi hukuku açısından bkz., ***SABAN, NİHAL***, Vergi Hukuku, 2.Bası, İstanbul, 2003, s. 49 vd.

81 a) Yasal idare ilkesi çerçevesinde, kamu kuruluşlarının, özellikle temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren, kişileri yükümlülük altına sokan davranışlarda bulunabilmeleri, ancak yasaların açıkça öngördüğü durumlarda olabilir. Bunlar açıkça yasal yetki isteyen konulardır, ***GÖZÜBÜYÜK, ŞEREF***, Yönetim Hukuku, 8.Bası, Ankara, 1995, s.25.

b) "İdarenin Yasallığı ilkesi, bilindiği gibi, idari kuruluşların yapısıyla bunların görev ve yetkilerinin yasalara dayanmasından ibarettir. ...Ayrıca İdarenin, temel hak ve özgürlükleri, yasal bir yetkinin öngörülmüş olmadığı durumlarda sınırlayamayacağında kuşku yoktur. Yalnız burada önemli bir sorun, yasanın İdarenin bir temel hak ve özgürlüğü sınırlamasına olanak tanırken, bu sınırlamanın yetki, hukuki nedenlerini veya koşullarını öngörmemiş olması durumunda ortaya çıkmaktadır... Bu ise Hukuk Devleti ilkesinin alt ilkelerinden biri olan İdarenin Yasallığı ilkesine açıkça aykırıdır", ***AZRAK, ÜLKÜ***, "İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Sorunlar", Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, TBBB Yayın no.2, Ankara, 2001, s.444.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bunların hukuka uygunluk denetimi Danıştay'ın görev alanına girer.

Bugüne kadar Danıştay, vergi konusundaki düzenleyici işlemlere ilişkin uyuşmazlıklarda, getirilen düzenlemenin "Anayasaya ve vergi mevzuatına" aykırılığı[82], "yasal bir dayanağının bulunmaması"[83], "yasaya uyarlık bulunmadığı"[84] ya da "hukuka uygun görülmediği"[85] gerekçeleriyle iptal etmiştir.

---

82 Örneğin, Danıştay 4.D., E.1999/5648, K.2000/1914, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.352 ("Sonuç olarak bütün bu hükümler ve Kanunun lafzı ve sistematiği birlikte değerlendirildiğinde, ne Gelir Vergisi ne de Kurumlar Vergisi Kanunlarından yatırım indirimi nedeniyle tevkifat yapılabileceğine ilişkin açık bir hükmün bulunmaması karşısında vergiden istisna edilmiş bir kazanç ve irat olmadığı anlaşılan yatırım indiriminden faydalanan tutarın, bu konuda sadece tevkifat oranlarını belirleme yetkisi bulunan Bakanlar Kurulunca, tevkifata tabi tutulması yolunda yapılan düzenlemede yasaya uyarlık görülmemiştir...")(Bozma kararı için bkz., DVDDGK, E.2000/196, K.2000/409, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.358). İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz., E.2002/3, K.200273, RG. 13.12.2002 (Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarında, "yatırım indirimi"nin uyuşmazlık döneminde "vergi tevkifatına" tabi olduğuna dair bir hükmün bulunmaması, yatırım indirimi ve istisna müesseselerinin farklı vergi sistemlerini ifade etmesi ve Anayasanın 73 üncü maddesiyle verilen yetkinin sadece tevkifat oranlarını belirleme yetkisi olması karşısında, Bakanlar Kurulunca 99/13230 sayılı karar ile 1999 hesap döneminde "yatırım indirimi"nin vergi tevkifatına tabi tutulması yönünde düzenleme yapılması hukuken mümkün değildir").

83 a) Örneğin, Danıştay, 4.D., E.2000/1320, Yürürlük durdurma, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.353 ("...düzenlemeye dayanak gösterilen Gelir Vergisi Kanunu'nun 38 ve 39 uncu maddeleri ile Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13 üncü maddesi, bu maddelere konu ilkeler nedeniyle vadesi dolmamış faiz gelirinin değerleme günü esas alınarak gelir kaydına olanak vermemektedir. Diğer yandan söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak gerek Vergi Usul Kanunun'da gerekse Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanununda Maliye Bakanlığı'na düzenleme yapma yetkisi veren herhangi bir madde bulunmamaktadır. Vergilerin kanunla konulup, değiştirileceği veya kaldırılacağı yolundaki Anayasa hükmü de bu şekilde bertaraf edilmiş olmaktadır....67 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin dava konusu edilen bölümü ile getirilen düzenlemenin yasal bir dayanağının bulunmaması, gelirin elde edilmesi ve değerlemeye ilişkin mevcut düzenlemelere aykırı nitelik taşıması nedeniyle yürütmenin durdurulması için Kanunda öngörülen iki koşulun da gerçekleştiği sonucuna varılmıştır". İptal kararı için bkz., Danıştay 4.D., E.2000/2098, K.2000/5056, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.363. Onama kararı için bkz.,, DVDDGK, E.2001/172, K.2001/311, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.373.

b) Aynı zamanda bkz., Danıştay 4.D., E.2000/1856, Yürürlük durdurma, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.354. İptal kararı için bkz.,, Danıştay 4.D. E.2000/1856, K.5057, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.360. Bozma kararı için bkz., DVDDGK, E.2001/89, K.2001/30, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.372.

84 Örneğin, Danıştay 4.D., E.2000/1856, K.2000/5057, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.360; Danıştay 4.D., E.2001/1982, K.2001/1685, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.368. Danıştay 4.D., E.995/3804, K.1996/1619, Lebib Yalkın Yayımları, Kurumlar Vergisi Mevzuatı, C.B., Danıştay Kararları, Sıra no.101. Danıştay 4.D., E.1995/2669, K.996/1076, Lebib Yalkın Yayımları, Kurumlar Vergisi Mevzuatı, C.B., Danıştay Kararları, Sıra no.100. Danıştay 11.D., E.1998/4856, K.2000/1115, Lebib Yalkın Yayımları, Katma Değer Vergisi Mevzuatı, C.B., Danıştay Kararları, Sıra no.132.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu noktada, AY,90/5'e eklenen cümle çerçevesinde, vergilendirme alanında Bakanlar Kurulu Kararlarının ya da Maliye Bakanlığı Genel Tebliğlerinin denetiminde Sözleşmenin nasıl "uygulanacağı" sorusuna yanıt verilmelidir. Öncelikli yanıt, bu türden davalarda hukuka uygunluk blokuna dair bir değişimin olacağı tespitidir. Bu çok önemlidir, çünkü bugüne kadar vergi davalarında İHAS'a doğrudan veya dolaylı bir atıf yapan bir karar yoktur. Açıklayalım:

Yürütmenin genel düzenleyici işlemlerinin, verginin yasallığı ilkesine aykırı bir biçimde yasal yetki sınırlarını aşar mahiyette olduğu hallerde, söz konusu işlemin daha önce de olduğu gibi yasaya ve hukuka uygun olmadığından hareketle iptal edilmesi söz konusu olur. Bu türden davalarda, yasanın kapsamının ve yetkinin aşılıp aşılmadığına ilişkin denetimde yargıç, bugüne kadar göz önüne aldığı anayasa metni dışında İHAS'ı da dikkate alabilir, ancak bu, doğal olarak, yasanın Anayasa-Sözleşmeye uygun yorumundan daha ileri gitmez. Bu gibi davalarda yasa- anayasa- sözleşme uyumludur, ancak işlemin bu blokta öngörülen ilke ve kurallara aykırılığı belirlenir.

AY,90/5'in içeriği ve uygulama alanı bakımından, mesele, yetki veren vergi yasasının Sözleşme ile çatışması halinde ortaya çıkar. Dolayısıyla, burada yürütmenin düzenleyici işlemi yasaya uygun ve fakat Sözleşmeye aykırı olabilir. Bu durumda, Danıştay'ın denetimi, yasa-Sözleşme çatışmasını "tespit" ve yasayı "ihmal" yoluyla Sözleşmeyi "uygulayarak" işlemin iptaline karar vermesi ile sonuçlanmalıdır. Elbette, böylesi bir karar ile söz konusu yasanın Anayasaya-Sözleşmeye aykırılığının *içkin bir biçimde* tespitine dair problem, ihmal edilen bir yasanın hala hukuk düzeninde varlığını sürdürmesinden kaynaklanan problem, ya da Danıştay'ın kendini görevli saymayıp davayı AYM'ye yöneltme olasılığından kaynaklanabilecek problem gibi tıkanıklık noktalarının varlığı göz ardı edilmemelidir. Danıştay'ın bir idari işlemi doğrudan Sözleşmeye aykırı bularak iptal edebileceği davalarda AY,90/5 ve 138'in ortak okuması ile yargıç "yasa ekranı"nı kaldırmak durumundadır[86]. Bu aynı zamanda yasal idare ilkesinin de bir sonucudur, çünkü idare vergilendirme alanındaki işlemleri yasalara ve yasaya eşit ve daha üstün kaynaklara (Anayasa ve anlaşmalar gibi) uygun olarak yapmak zorundadır[87].

---

[85] Örneğin, Danıştay 4.D., E.2000/2022, K.2000/2809, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.366. Bozma kararı için bkz., DVDDGK, E.2000/313, K.2001/53, Lebib Yalkın Yayımları, Gelir Vergisi Mevzuatı, C.D., Danıştay Kararları, Sıra no.367. Danıştay 4.D., E.1997/636, K.1997/3797, Lebib Yalkın Yayımları, Kurumlar Vergisi Mevzuatı, C.B., Danıştay Kararları, Sıra no.104.

[86] a) ***AZRAK, ÜLKÜ***, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", Anayasa Yargısı, S.9, Ankara, 1992, s.323-324.

b) Bunun (bir yasanın) anayasaya uygunluk denetimini de içerip içermediği meselesini ise idare ve anayasa hukukçuları tartışmak durumundadır. İdare hukukunda anayasaya uygunluk problemi ve yasa ekranı hipotezinin aşılması için bkz., ***AZRAK***, İdari Yargıda, s.327-330.

[87] ***ÇAĞAN, NAMİ***, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul, 1982, s.145-146.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

b. Vergi Mahkemeleri: Vergilendirme İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetimi

AY,90/5'in pratik etkinliğini en çok vergilendirme işlemlerine karşı açılan davalarda beklemek gerekir. Vergilendirme işlemleri hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı için açılan iptal davalarında (İYUK,2), idare yargıcının hukuka uygunluk denetiminin kapsamı İHAS'ı da kapsar. Bu konuda vergi hukukunda beklenen gelişme, "idare yargıcının etkin yargılama işlevinin doğrudan doğruya Kamu Kudreti ya da bizatihi yargıcın kendisi tarafından kısıtlanması olgusu"nu ifade eden "tutuk adalet anlayışı"nın[88] aşılmasıdır. AY,90/5, vergi yargıcının, idari işlemin vergi yasalarına uygunluğunu saptama ile yetinen ve yasa ekranının ötesine geçmeyen yargısal işlevden çıkmasını gerektirir[89].

Bunun pratik anlamı, yargıcın, vergilendirme işleminin hukuka uygunluğunu denetlerken, işlemin hukuki sebebini teşkil eden vergi yasasına aykırı olup olmadığının ötesine geçerek, İHAS-Yasa değerlendirmesi yapmak durumunda olduğudur. Çünkü vergi yargıcı İHAS-Yasa çatışmasının tespit merciidir. Vergilendirme işleminin dayanağını teşkil eden vergi yasası ile İHAS arasında bir çatışma olmadığı, işlemin de yasaya uygun olduğu durumlarda hukuki bir problem yok demektir. Buna karşılık, işlemin yasaya uygun olduğu, ve fakat vergi yasasının İHAS'la çatıştığı durumlarda, yargıcın hukuka uygunluk denetimi yasanın ihmal edilmesi yoluyla vergilendirme işlemini iptal etmesini içerecektir. Vergi yargıçlarının, ya da temyiz incelemelerinde Danıştay yargıcının bir tür içkin anayasallık tartışması yapıp yapmadığı, bu anlamda göreve dair problematik alanlar olup olmayacağı uygulamanın ortaya koyacağı hukuk problemleridir.

Bunlar bir yana bırakıldığında, vergi yargıcının, ya da Danıştay'ın ihmal ettiği vergi yasası hukuk alanında varlığını koruyacağına göre, çelişen içtihat veya idari uygulama olasılıkları da ayrı bir problematik alandır. Dolayısıyla, yargısal süreçlerde "ihmal" edilen, ama sadece emsal olay bakımından uygulama alanı bulmayarak askıya alınan bir vergi yasasının akıbeti ne olacaktır sorusuna anayasa yanıt vermez. İHAS'a aykırılığı vergi yargıcınca belirlenen bir vergi yasası için yasama organının sadece etik bir sorumluluğu mu vardır, buradaki hukuksal sorumluluk nasıl yaşamsal ifade bulacaktır sorusu da yanıtsızdır. En son hazırlığı yapılan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik Taslağı[90] düşünüldüğünde konu daha da ilginçleşmektedir. Çünkü burada kanun taslaklarının üst hukuk

88 ***ERKUT***, Tutuk Adalet, s.32.

89 ***ERKUT***, Tutuk Adalet, s.145 vd. (Yazar konuyu perde-yasa teorisi olarak ifade eder).

90 http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/basbakanlik/birimler/idareyigelistirme/igb.doc (RG.17.2.2006)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

normlarına aykırı olamayacağı ve eş düzeydeki mevzuatla çelişmeyeceği (m.4(1)(a)), taslaklar hazırlanırken yargı kararlarının göz önünde bulundurulacağı (m.4(1)(d)) ilke olarak düzenlenmiştir. O halde, mevzuatın üst hukuk normlarına ve bu arada İHAS'la çatışmamasını sağlama yönünde neden kurumsal bir öndenetim mekanizması kurulmadığı sorusu da yanıtsızdır.

Bütün bunlara karşın, Türk vergi hukuku düzeninde, AY, 90/5'in öncelikle yansıyacağı ve yargı kararlarının içeriğini değiştireceği beklenmesi gereken alan vergi yargısıdır. Bu nedenle, vergi yasalarının İHAS'la çatışması halinde, İHAS metni de pozitif hukuk bağlamında başka bir tür uygulama anlamı getiremeyeceğine göre, İHAS-Yasa çatışmasını belirleyen yargıcın yasayı ihmal yoluyla işlemi iptal etmesi, İHAS'ın vergi hukuku alanında esas alınması yani uygulanması anlamına gelecektir. Bu nedenle de, artık, vergilendirme işlemlerinin hukuka aykırılık iddiası, dayanak vergi yasasının da İHAS'la çatışıp çatışmadığı iddiasını da içermek durumundadır.

3. Maliye Bakanlığı: Düzeltme Kurumu ve İHAS

Vergi hukukunda düzeltme, vergi uyuşmazlıklarının idari, barışçıl çözümleri arasında yer alan bir yoldur (VUK,116-126)[91]. Hatalı vergilendirme işleminin geri alınmasını ifade eden düzeltme yolu idari bir süreçtir; ancak sonuçta hatalı işlemlerin özel bir yol ile iptalini de sağladığından düzeltme yolu vergi yargısı ile de bir köprü kurar[92]. Buna karşılık, düzeltme yolunun konusu yorum uyuşmazlığı değil[93], hesap veya vergilendirme hatalarından kaynaklanan yanlışlıklardır. Vergilendirme işleminin dayanağını oluşturan yasanın yorumu, uygulanışı, olayın nitelendirilmesi gibi hukuki tartışmalar ancak yargıç önünde yapılabilir, bu nedenle de düzeltme kurumu mahiyeti, işlemin dayanağını oluşturan yasa (veya düzenleyici işlemin) İHAS'a uygun olup olmadığını tartışma olanağını vermez. Buna karşılık, düzeltme kurumunun işleyişine hakim idari usul hükümlerinin, olay temelinde, İHAS'a aykırılığı ileri sürülebilir. Bu durumda, düzeltme mercii insan haklarına dayalı iddiaları da değerlendirmek durumundadır.

Sonuç Yerine

Başlangıçta sorduğumuz sorunun yanıtını verelim: Anayasa değişikliği öncesinde sıkça sarf ettiğimiz "vergi yasalarının insan hakları sözleşmelerine aykırı olamayacağı" yönündeki cümlemizin, artık yargıçlarca da söyleme dönüştürülmesi zorunludur.

---

91 ***ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN***, Vergi Hukuku, 11.Bası, Ankara, 2003, s.173.

92 ***ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN***, s.174.

93 ***ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN,*** s.176-177.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

SAĞLIK MESLEĞİ MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİ SUÇU (TCK m. 280)

*Yrd.Doç.Dr. Özlem Yenerer ÇAKMUT**

I. Genel Olarak

Yeni Türk Ceza Yasası m. 280'de düzenlenmiş bulunan "Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi" suçu, Yasa'nın özel hükümleri düzenleyen İkinci Kitabının, Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlıklı Dördüncü Kısmı'nın İkinci Bölümü'nde Adliyeye Karşı Suçlar arasında yer almaktadır.

Bu hüküm, "*Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır./Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

765 sayılı eski Türk Ceza Yasası m. 530'da bu suç; aşağıda değineceğimiz bazı farklılıklara rağmen, benzer biçimde kaleme alınmıştı. 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın kaynağını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Yasası m. 439'da da bu suç düzenlenmiştir[1].

II. Suçla Korunan Hukuki Menfaat

Bu suç, yeni Yasa'nın Adliyeye Karşı Suçlar Bölümü'nde yer aldığından, korunan hukuki menfaat, adliyenin korunması olarak karşımıza çıkmaktadır[2].

Devlet adına adalet dağıtan, hukuku gerçekleştirerek uyuşmazlıkları çözüme ulaştıran güç "Adliye"dir[3].

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları IV, Ankara 1981, 258 vd.

2 G.Arslan / B. Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, 1123.

3 D. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, 537.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Ceza Muhakemesi Kanunu'na[4] göre, suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturan delilleri elde eden Cumhuriyet savcısı, iddianame düzenleyerek kamu davasını açacaktır (CMK m. 170/2). Maddi gerçeği[5] araştıracak olan yargı makamı açısından, Cumhuriyet savcısının yapacağı soruşturma evresi ilk adımı oluşturmaktadır. Bu nedenle, kamu düzenini bozan bir suç işlendiğine ilişkin verilerin, adaleti sağlamak amacıyla faaliyette bulunacak olan makamlara iletilmesi, toplum ve bireylerin hak ve menfaatleri açısından olduğu kadar, suç ve suçlulukla mücadele bakımından da önemlidir. Bu esastan yola çıkan yasa koyucu, adli mekanizmanın çalışmasını engelleyecek ya da geciktirecek fiilleri cezalandırmak gereği hissetmiş ve bu suçları düzenlemiştir.

III. Suçun Faili

Suçun faili sağlık mesleği mensubu olan kimselerdir. Dolayısıyla bu suç, özgü suç niteliğindedir. Hükmün ikinci fıkrasında "*sağlık mesleği mensubu*" kavramının, hekim (tabip), diş hekimi, ezcacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri kapsadığı ifade edilmiş ve ayrıca Madde Gerekçesi'nde[6], bu kavramın hüküm metninde sayılanlarla sınırlı olmadığı, örneğin, bir tahlil laboratuarında görev yapan kişilerin de bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiştir. Ancak, madde çerçevesinde esas alınan insan sağlığı olduğundan, veteriner hekimler kapsam dışındadır[7].

İnceleme konusu hükümde sayılmış bulunan meslek sahiplerinin, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Yasa hükümleri çerçevesinde sanatlarını icraya yetkili kimseler olarak kabulü gerekir[8]. Aksi halde 1219 sayılı Yasa'nın 25. maddesinde düzenlenmiş bulunan, diploması olmadığı halde hasta tedavi etme veya hekim unvanı takınma suçunun işlenmesi söz konusu olacaktır[9].

Muayene ve tedavi birden çok kişi tarafından yapılmışsa, her birinin suçu bildirme yükümlülüğü vardır. İçlerinden birine yetki verilmişse, yetkiyi verdikleri kişinin ihmal veya gecikme göstermesi durumunda sorumlu olan, sadece yetki verilen değil, onunla birlikte hepsidir[10]. Ancak, bildirme

---

4 4.12.2004 gün ve 5271 sayılı Yasa (RG. 17.12.2004 No. 25673).

5 Bu konuda bak.N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, 5; N.Kunter/F.Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2000, N. 2. 1 (11) vd.; E. Cihan, "Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi", İHFM XXVIII, 3-4 (1963), 709 vd.

6 N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005, 459.

7 F. Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler III, Ankara 1993, 2582.

8 11.4.1928 Gün ve 1219 sayılı Yasa (RG. 14.4.1928 No. 863).

9 V.Savaş/S.Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu IV, Ankara 1999, 5937; S.Akdağ, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 197, 895; Majno, 261; Erem, 2582.

10 Erem, 2582; İ. Malkoç/M. Güler, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler IV (461-592'nci Maddelerin Açıklamaları), Ankara Tarihsiz, 4903.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

yükümlülüğü olanlardan birinin bunu yerine getirmiş olması yeterli sayılır[11].

Fail, kamu görevlisi olmamalıdır. Eğer fail, devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensubu ise, kamu görevlisi sayılacağından, suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmış olması halinde TCK m. 280 değil, TCK m. 279'da düzenlenmiş bulunan "kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" suçunu işlemiş olacaktır[12].

IV. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsuru

Suçun maddi unsuru, sağlık mesleği mensubunun *görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde belirtiyle karşılaşmış olmasına rağmen, bu durumu yetkili makamlara bildirmemesi* veya *bildirimi gecikerek gerçekleştirmesidir.*

TCK m. 280'de düzenlenmiş bulunan suçun gerçekleşebilmesi için öncelikle sağlık mesleği mensubunun, görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması gerekir. Dolayısıyla, bu suçtan dolayı sorumlu olunabilmesi için; 1) *görevin yapıldığı sırada,* 2) *bir suçun işlendiği yönünde,* 3) *belirtiyle karşılaşılması,* gereklidir.

1) *Görevin yapıldığı sırada:* Sağlık mesleği mensubunun TCK m. 280'de düzenlenmiş suçtan dolayı sorumlu olabilmesi için bildirim yükümlülüğü söz konusu olan suçla görevini yaptığı sırada karşılaşmalıdır. Sağlık mesleği mensubunun görevi, 1219 sayılı Yasa ve ilgili mevzuat tarafından çizilmiştir. Dolayısıyla, bu kapsamda gerçekleştirilen görev sırasında, bir suçun işlendiği yönünde belirti ile karşılaşılması, böyle bir durumun görülmesi halinde bunun yetkili makamlara bildirilmesi gereklidir. Görev dışında, örneğin izindeyken, bir suç belirtisiyle karşılaşılmış ancak, durum yetkili makama bildirilmemiş ya da bu hususta gecikme gösterilmişse fiil, TCK m. 280'de gösterilen suçu oluşturmaz[13].

2) *Bir suçun işlenmesi:* Yasa, sağlık mesleği mensubunun yetkili makama bildirmek veya bildirim konusunda gecikme göstermemek yükümlülüğünü getirdiği suçun niteliği konusunda bir ayrım yapmamıştır. Dolayısıyla, bildirilmemiş veya geç bildirilmiş bulunan suç, kasıtlı veya taksirli bir suç olabileceği gibi, re'sen ya da şikayet üzerine kovuşturulan bir suç da olabilir. Öte yandan, bildirim yükümlülüğü bulunan suç kişilere veya mala karşı ya da başka hukukî menfaatlere yönelik olabilecektir. Dolayısıyla, bil-

---

11 Savaş/Mollamahmutoğlu, 5937.

12 TCK m. 280'in Gerekçesi, Centel/Zafer/Çakmut, 459.

13 Arslan/Azizağaoğlu, 1123 - 1124; M.E. Artuk/A. Gökcen/A.C. Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2004, 460-461.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dirim yükümlülüğü getirilen ve bunun ihlâli sonucu sorumluluğun ortaya çıkmasına neden olan fiilin yasayla düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmış olması yeterlidir. Bu bakımdan herhangi bir sınırlama getirilmemiştir[14]. Bu konuya, TCK m. 280 üzerinde yapılan görüşmelerde değinilmiş ve kapsamın böylesine geniş tutulmasının, sağlık hakkını zedeleyeceği, doğru olmayacağı belirtilerek, hekimleri tedaviye ihtiyacı olan kişilere gereken sağlık yardımını yapmaktan alıkoyacağı ifade edilmiştir[15].

3) *Suçun işlendiği yönünde belirtiyle karşılaşılması:* Belirti, gerçek olarak kabul edilen dış dünyada varlığı olan olaydır ve mahkemeler dava konusu uyuşmazlığı çözüme bağlarken bunlardan da yararlanabilirler. Dolayısıyla belirti, belge ve beyan gibi delil çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, belirtiyi, belge ve beyan delilinden ayıran özellik bunların "dolayısı ile delil" sayılması, yani ispat edilecek olayı "dolayısı ile" ortaya koymasıdır. Belirti genel nitelikte olduğundan, müşahhas temsil yeteneği diğer delillerle desteklenmeli ve sabit olmalıdır. Belirti delili "*tabiî belirti*" ve "*sun'î belirti*" olmak üzere ikiye ayrılır. *Tabiî belirti,* olayın bir parçasıdır ve olayı doğal şekilde temsil eder, ancak bu temsilin, üzerinde inceleme yapılan olaya ilişkin olup olmadığının titizlikle araştırılması gerekir. Suçta kullanılan tabanca, bıçak, arabanın bıraktığı fren izi veya kan grubu gibi olgular tabiî belirtilerdir. *Sun'î belirti* ise olayı doğal olarak değil, yapay olarak temsil eden insan yapısı işaretlerdir[16]. Örneğin, bir şapkanın kime ait olduğunu gösterir işaretler, damga, takılan nişan üniforma vb. olgular sun'î belirtilerdir. Dolayısıyla bir olayda, bu tip suç işlendiğini gösterir belirtilerle karşılaşan sağlık mesleği mensubunun durumu yetkili makamlara gecikmeksizin bildirmesi gereklidir.

Suçun oluşabilmesi için fail, görevini yaptığı sırada bir suç işlendiğini gösterir belirtiyi görüp de yetkili makamlara durumu bildirmez ya da geç bildirirse TCK m. 280'e göre cezalandırılacaktır. Dolayısıyla, failin durumu "yetkili makama" bildirmesi veya bunda geç kalmaması halinde ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

"*Yetkili makam*" kavramı, bildirimi kabul etme yetkisi olan, daha açık bir anlatımla, bildirim üzerine soruşturmaya başlama yetkisi bulunan veya kendisine yapılan bildirimi soruşturma yapmaya yetkili makama iletmekle yükümlü tutulmuş olan makamdır[17]. Ceza Muhakemesi Yasası'nın 158.

---

14 Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, 967-970; N.Güney /K. Özdemir /Y.S. Balo, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, 796-797.

15 Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, 967, 969-970.

16 Kunter/Yenisey, 43.1 (342), 43.16 (357), 43. 17 (358). Ayrıca bak. M. Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, 68 vd.; E. Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1994, 249 vd.

17 Artuk/Gökcen/Yenidünya, 462.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

maddesinde bu esas açıkça düzenlenmiştir. CMK m. 158/1'e göre, bildirim veya şikâyet Cumhuriyet Başsavcılığı'na veya kolluk makamlarına yapılacaktır. Ayrıca, Cumhuriyet Başsavcılığı'na iletilmek üzere valiliğe, kaymakamlığa ya da mahkemeye de bildirim yapılabilecektir (CMK m. 158/2). Öte yandan, sağlık mesleği mensubu görevi sırasında suç işlendiğini gösterir bir belirtiyle karşılaştığında, durumu, gecikmeksizin Cumhuriyet Başsavcılığı'na iletilmek üzere, ilgili kurum veya kuruluşun idaresine bildirdiğinde de suçu "yetkili makama" iletilmiş olacak (CMK m. 158/4) ve sorumluluk doğmayacaktır[18].

Yetkili makama yapılacak bildirim yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olabilir (CMK m. 158/5).

Suçun yetkili makama bildirilmemesi veya geç bildirilmesi, yasadan doğan bir nedenden, başka bir anlatımla, haklı bir nedenden kaynaklanmış olmamalıdır. Böyle bir hal, örneğin mücbir neden, söz konusu olduğunda, suçun yetkili makama bildirilememesi ya da geç bildirilmesi durumunda, TCK m. 280'de düzenlenmiş bulunan suçun oluştuğundan söz edilemez[19].

Ayrıca, suçun bildirileceği makamın yetkisi konusunda hata faildeki kastı kaldıracaktır[20].

TCK m. 280'de düzenlenmiş bulunan suçun işlenebilmesi için failin, bir suçun işlendiğini gösterir belirtiyle karşılaştıktan sonra durumu yetkili makama hiç bildirmemesi veya bildirim konusunda gecikme göstermesi gereklidir. Dolayısıyla söz konusu suçun oluşabilmesi için fail, ya *bildirimi hiç yapmamış olmalıdır*. Yani fail durumu yetkili makamlara hiçbir şekilde haber vermemiş bulunmalıdır veya *bildirimi yapma konusunda gecikme göstermiş olmalıdır*. Gecikmeden ne anlaşılması gerektiği konusunda, Yasa'da bir açıklık bulunmamaktadır. Ne kadar süre geçerse gecikmenin var sayılacağının tespiti hususu ve yapılan bildirimin geç yapılmış sayılıp sayılamayacağının değerlendirilmesi, her somut olay bakımından hakim tarafından belirlenip karara bağlanacaktır[21].

Öte yandan, bildirim ve şikayetin düzenlendiği CMK m. 158'de de işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili makamlara yapılan bildirimlerin "*gecikmeksizin*" Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderileceği belirtilmiş, ancak, *gecikmeksizin kavramının* kapsayacağı süreye ilişkin bir açıklık getirilmemiştir. Benzer şekilde ölüm olaylarının da "*derhal*" Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirileceği (CMK m. 159) hükme bağlanmış, ancak, bu konuda sü-

18 Artuk/Gökcen/Yenidünya, 462.

19 F. Erem/N. Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1999, 184-185; Artuk/Gökcen/ Yenidünya, 463.

20 Erem/Toroslu, 184.

21 Aynı yönde bkz. Erem / Toroslu, 184.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

re bakımından bir netlik getirilmemiştir. Dolayısıyla, somut olayda hakim, olayın özelliğine göre bildirimin yapılabilmesi için gerekli makûl süreyi tespit ettikten sonra, bu sürenin aşılıp aşılmadığını yani gecikmenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyecektir.

2. Manevi Unsuru

TCK m. 280'de düzenlenmiş bulunan sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu, kasten işlenen bir suçtur[22]. Bu suçun taksirle işlenmesi söz konusu olmaz. Dolayısıyla, fiilin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi yeterli ve gereklidir. Saik önemli değildir. Genel kast yeterlidir. Fail karşılaştığı durumu yetkili makama bilerek ve isteyerek bildirmeyecek ya da bunu gecikerek gerçekleştirecektir.

Öte yandan, TCK m. 280 ile sağlık mesleği mensuplarına getirilen bildirim yükümlülüğünün kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin işlediği suçları da kapsayıp kapsamayacağı hususu Yasa'da açıklığa kavuşturulmamıştır. İlgili kişilere getirilen bildirim yükümlülüğü istisnasız herkesi kapsar nitelikte gibi görünse de, 1982 Anayasası m. 38/5'de yer alan, "*hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*" hükmünün ayrık bir durum getirmiş bulunduğunu kabul gerekecektir[23]. Gerçekten, üst norm olan Anayasa hükmü ile birlikte TCK m. 280'i değerlendirdiğimizde, suçu bildimek yükümlülüğü altındaki sağlık mesleği mensubu kendisinin veya yakınının bir suç işlediği belirtisiyle, görevini yaptığı sırada karşılaşırsa durumu yetkili makamlara bildirmekten kaçınabilecektir. Böyle bir durumda ise TCK m. 280'den dolayı cezalandırılması söz konusu olmamalıdır. Anayasa, *hiç kimse* kavramını kullanarak kapsamı geniş tutmuş ve bu hale istisna getirmemiştir[24].

Anayasa hükmünde yer alan "*yakın*" kavramının kimleri kapsayacağı, Türk Medeni Yasası'nın kan ve kayın hısımlıklarına ilişkin hükümleri esas alınarak değerlendirilmelidir (MK m.17-18)[25]. Eski Türk Ceza Yasası'nda, yasanın uygulanmasında "*akraba*" kavramının neyi ifade edeceği gösteril-

---

22 Kast ve taksir kavramları konusunda bak.N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005, 390 vd.

23 Aynı yönde bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, 465.

24 Artuk/Gökcen/Yenidünya, 465.

25 Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri şöyledir: MK m. 17: "Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısıyla belli olur./ Biri diğerinden gelen kişiler arasında üst soy-alt soy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yan soy hısımlığı vardır." MK m. 18: "Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur./ Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz."

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mişti (765 sayılı eski TCK m. 259)[26]. Ancak, sözkonusu hüküm, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Yasası'na alınmamıştır. Hal böyle olunca, kavramın kapsamı genel hükümlere göre belirlenecektir.

V. Suça Etki Eden Nedenler

Türk Ceza Yasası 280. maddede düzenlenmiş bulunan suç için herhangi özel ağırlaştırıcı ya da hafifletici neden öngörülmüş değildir.

VI. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

TCK m. 280'de düzenlenmiş bulunan suçun tamamlanabilmesi için failin, suçu yetkili makama bildirmemesi veya geç bildirmesi gerekir. Dolayısıyla, bu suç ihmali bir suç niteliğindedir. Öğretide kabul edilen genel görüş, ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmayacağı yönündedir. Bu düşünceyi benimseyenlere göre, ihmali suçlar bakımından yasada yapılması öngörülen hareketin yapılmamasıyla birlikte suç tamamlanacağından, bu tür suçlara teşebbüs mümkün olmaz. Bu durum, hareketin neticesine bitişik olmasından, başka bir anlatımla, ortada şekli bir suç bulunmasından kaynaklanmaktadır. Emredilen hareketi yapma konusundaki her tereddüt, fiilin tamamlanmasını ifade etmektedir[27].

Öğretideki diğer görüş ise, ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğu yönündedir. Bu düşünceyi savunanlar, ihmali suçlarda yasa koyucunun yapılmasını emrettiği hareket için belirli bir süre öngörmüş olması durumunda, bu süre doluncaya kadar söz konusu suçlara teşebbüsün mümkün olacağını belirtirler[28].

Öğretide genel olarak kabul edildiği gibi, ihmali bir suç olan, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun teşebbüse elverişli olmadığı kanaatindeyiz. Bu suça teşebbüs söz konusu olamaz.

2. İştirak

TCK m. 280'de düzenlenmiş olan suçun iştirak halinde işlenmesi mümkündür. Yasa, bu suçla ilgili olarak iştirake ilişkin özel bir düzenleme getir-

---

26 765 sayılı eski TCK m. 259 hükmü şöyleydi: "Ceza Kanunu itibariyle akrabadan murat, karı koca ile usul ve füru ve kardeş ve kız kardeş ve amca ve dayı, hala ve teyzelerle yeğenler ve bunlar derecesindeki sıhrî akrabadır."

27 Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 475; N. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket - Netice - Sebebiyet Alakası), İstanbul 1955, 55; H. Hakeri Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, 263, 265; H. Zafer, Faile Yardım Suçu ve Müdafiin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004, 190.

28 A. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III, İstanbul 1992, 429. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Hakeri, 264; Zafer, 190; N. Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara 2005, 199.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

memiştir. Ancak, bu konuda TCK m. 40/2 gözden uzak tutulmamalıdır. TCK m. 40/2'ye göre, "*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettirme veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*"

Bu hüküm ışığında, TCK m. 280'i ele alacak olursak, sağlık mesleği mensuplarının bu suçu iştirak halinde işlemeleri mümkündür ve böyle bir halde iştirakin her şekliyle suçun işlenişine katılmak söz konusu olabilir. Ancak, sağlık mesleği mensubu olmayanların suça iştirakçi sıfatıyla katılmaları durumu özellik arzetmektedir. Çünkü, TCK m. 280 özgü bir suçtur. Suçun yasal tanımında yer alan fiili gerçekleştirenlerin sağlık mesleği mensubu olmaları gereklidir. Bunun dışındaki kişiler suça azmettiren (TCK m. 38) veya yardım eden (TCK m. 39) olarak katılabileceklerdir.

Dolayısıyla TCK m. 280'de yer alan suçun birden fazla kimse tarafından birlikte işlenmesi halinde, katılanların sıfatını ve sorumluluklarını belirlemek bakımından, TCK m. 40/2'nin belirlediği çerçevede, faillerin sıfatlarına dikkat etmek gerekecektir.

3. İçtima

Suçların içtimaına ilişkin özel bir norm, bu suç bakımından düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, TCK m. 42-44 arasında düzenlenmiş bulunan suçların içtimaı hallerinin söz konusu olması somut olayda mümkün olabilecektir ve sorun bu kurallar çerçevesinde çözüme ulaştırılacaktır[29].

VI. Kovuşturma ve Yaptırım

TCK m. 280'de düzenlenmiş bulunan suç re'sen kovuşturulan bir suçtur ve Ceza Muhakemesi Yasası hükümlerine tabidir. Ancak bildirilmeyen veya gecikerek bildirilen suç terör suçu ise Terörle Mücadele Yasası'ndaki usul hükümleri uygulanacaktır[30].

Bu suçtan dolayı faile bir yıla kadar hapis cezası verilebilecektir. Alt sınırı özel olarak belirlenmemiş olduğuna göre bunun bir aydan başladığını kabul gerekecektir (TCK m. 49/1).

VIII. 765 Sayılı Eski Türk Ceza Yasası'ndaki Düzenleme İle Karşılaştırma

5237 sayılı yeni Türk Ceza Yasası m. 280'de yer alan suça ilişkin düzenleme bazı farklarla 765 sayılı eski Türk Ceza Yasası'nda "cürmü haber ver-

---

29 Arslan / Azizağaoğlu, 1124.

30 S. Erman / Ç.Özek, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), İstanbul 1992, 183.Terör suçu konusunda bak.H. Zafer, Ceza Hukukunda Terörizm, İstanbul 1999, 9 vd.; H. Zafer, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, İstanbul 1999, 1 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

mekte zühul" başlığı altında 530. madde olarak yer almaktaydı. Sözkonusu hüküm şöyleydi: "*Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları eşhas aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse -bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere- otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olurlar.*"

Öncelikle belirtilmelidir ki, maddede yer alan suç, 765 sayılı eski Türk Ceza Yasası'nda kabahat sayılarak cezalandırılmıştı. Suçun faili olarak hekim, cerrah, ebe veya "sair sıhhıye memurları" gösterilmişti. Sıhhiye memurları kavramının sağlık mesleğini yerine getiren kimseler olarak anlaşılması gerekeceği, dolayısıyla yan sağlık hizmeti icra eden (eczacı, ilaç üreten gibi) kimselerin suçun faili olamayacakları[31] belirtilmişti. Oysa, yeni Yasa bu konuya açıklık getirerek kapsamı genişletmiştir.

Eski TCK m. 530'a göre bildirim yükümlülüğünün sadece kişiler aleyhine suçlarla sınırlı tutulmuş olmasına karşılık; yeni Yasa'da bu sınır da kaldırılmış, tüm suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.

Bildirilecek suçlar eski Yasa'ya göre cürüm niteliğindeki suçlardır. Yeni Yasa, suçların cürüm ve kabahat olarak ayrılmasına son verdiğinden, bu konuda da sınır artık kalkmış olmakta, tüm suçlar bildirim yükümlülüğü kapsamına girmiş bulunmaktadır.

Eski Yasa'da, bildirimde bulunmadan önce sağlık mesleği mensubunun sanatının gerektirdiği yardımı yapmış olması daha sonra bildirimde bulunması zorunluluğu arandığı halde; bu duruma yeni Yasa'da yer verilmemiştir. Bu düzenlemenin amacı, insan sağlığı gibi önemli bir konuda, bildirim zorunluluğunun, yapılması gereken yardımın gecikmesine engel olmasını önlemekti[32]. Yeni Yasa'da böyle bir ifadeye yer verilmemesi, bildirim zorunluluğunun tıbbi yardımın önüne geçeceği şeklinde anlaşılmamalıdır. İnsan sağlığı ve onun korunması temel değerlerden olduğuna göre, öncelikli olan insana ve sağlığına gereken önemi vermektir. Sağlık mesleği mensubu önüne gelen bir olayda, mesleğinin gerektirdiği yardımı öncelikle yapmalı, sonra Yasa'nın kendisine yüklediği bildirim yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Yapılan müdahalenin ardından bildirim şartının yerine getirilmiş olup olmadığı veya gecikme bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

Öte yandan, eski Yasa'daki hükme göre, yapılacak bildirim, kendisine yardım edilen kişiyi kovuşturmaya maruz bırakacak ise, zorunluluk oluşturmamakta, yani böyle bir durumda kişi bildirimden kaçınabilme hakkına sahip olmaktaydı. Bu düzenleme, yeni Yasa'daki ilgili hükme alınmamıştır.

---

31 Erem, 2582.

32 Erem, 2583.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bu düzenlemenin yeni Yasa'ya alınmaması yerinde değildir. Bu durum, sağlık görevini yürüten kişilerin "muhbir" veya "casus" olarak görülebileceği[33], kişilerin bildirim zorunluluğu nedeniyle tıbbi yardımdan kaçınabilecekleri, ayrıca bir yandan "tanıklıktan çekinme" hakkı (CMK m. 46/2) tanınırken[34] diğer yandan da bildirim zorunluluğunun getirilmiş olmasının hukuk devletinde çelişki yaratacağı endişesiyle, eleştiriye açıktır.

IX. Sonuç

765 sayılı eski TCK m. 530'da yer almış bulunan sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu, 5237 sayılı yeni TCK m. 280'de yeniden kaleme alınarak düzenlenmiştir. Yeni düzenleme temel noktalarda eskiyle benzerlikler gösterse de, bildirim zorunluluğu getirdiği suçların kapsamını genişletmesi, yardım edilen kişinin kovuşturmaya maruz kalıp kalmayacağı noktasının göz ardı edilmiş olması bakımlarından kanaatimizce eleştiriye açıktır. Hekim-hasta arasında kurulan ilişki, özellikle güvene dayanır ve sağlık hakkının gereklerinin yerine getirilebilmesi için yapılması zorunlu olanların derhal yapılması yükümlülüğünü doğurur. Hastanın suç işleyip işlemediğine dikkat edilmesi, hukuki bir anlam ifade eden suç belirtisinin değerlendirilmesi, hekimin işi olmamalıdır. Bunları hekime yüklemek, öncelikle işinde bunlara dikkat etmesini istemek, hem onu bazı içgüdüsel tepkilerle işini yapmaktan alıkoyabilir hem de hastanın, bildirim yapılıp yakalanması ihtimali dolayısıyla korku ve endişeye kapılarak hastaneye gitmekten ya da tıbbi yardım almaktan çekinmesine neden olabilir. Dolayısıyla, eski Yasa'da yer alan bu çekinceye yeni Yasa'da yer verilmemiş olması bir eksikliktir kanaatindeyiz.

---

33 Erem, 2580.

34 Yeni TCK m. 280'e ilişkin olarak 07.07.2004 tarihinde Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmede, tanıklıktan çekinme hakkının suça ilişkin olan konularda tanınmadığı, sağlık mesleği mensubunun bir suç belirtisi ile karşılaştığında bu durumu mutlaka ve istisnasız olarak bildirmesi gerektiği, aksi halde hukuk düzeninde ciddi suistimaller olacağı, tanıklıktan çekinme hakkının ise suç oluşturmayan olaylara ilişkin bulunduğu ifade edilmiştir. Bkz.Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, 967.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

TASARRUF MEVDUATI SİGORTA FONU'NUN TAKİP VE TAHSİL YETKİSİ

*Prof.Dr.Turan YILDIRIM**

I- Yürürlükten kaldırılan Bankalar Kanununun 15.maddesinde düzenlenen TMSF, 5020 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, BDDK bünyesindeydi.15.maddenin 4.fıkrasının önceki düzenlemesine göre; TMSF, Kurulca (BDDK) hazırlanacak Fon Yönetmeliği dahilinde Kurum tarafından idare ve temsil olunmaktaydı. TMSF'nin karar organı olan Fon Yönetim Kurulu ise, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Başkanı, İkinci Başkan ve Kurulun kendi üyeleri arasından seçeceği üç üye ile Kurulca belirlenecek Fon Başkan Yardımcısı ve Kurum Başkan Yardımcısından oluşmaktaydı.

Bankalar Kanununda yapılan değişiklikle TMSF, BDDK bünyesinden çıkarılarak bir kamu tüzel kişisinin bir başka kamu tüzel kişisi tarafından idare ve temsil olunması uygulamasına son verilmiştir. BDDK'nın görev ve yetkilerinin önemi göz önünde bulundurulduğunda, yeni düzenlemenin hizmet gereklerine de uygun olduğu açıktır. Ayrıca, hisseleri TMSF'ye devredilen banka sayısının çokluğu, bankacılık sektörünü düzenlemek ve denetlemekle görevli olan Kurumu, aynı zamanda banka yöneticisi de yapmış olacaktı. TMSF'nin BDDK'dan ayrılması bu garip durumu da ortadan kaldırmıştır. Hisseleri devralınan bankaların tasfiyesi, başka bankalara devri, sigorta kapsamındaki mevduatın ödenmesi ve ödenen paraların banka ortaklarından tahsili gibi ağır ve yoğun iş yükünün BDDK tarafından yürütülmesi de sağlıklı olmayacaktı.

5411 sayılı,19.10.2005 tarihli, Bankacılık Kanunu da aynı sistemi sürdürerek, TMSF'yi ayrı bir kamu tüzel kişisi olarak düzenlemiş ve bağımsızlığını vurgulamıştır. Kanunun 111.maddesine göre: "Tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, malî bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlan-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

dırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî özerkliğe sahip Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kurulmuştur. Fon görevini yaparken bağımsızdır. Fonun kararları yerindelik denetimine tâbi tutulamaz. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Fon Kurulunun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez."

TMSF'nin karar organı Fon Kurulu, yürütme organı ise TMSF Başkanıdır. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu, Bakanlar Kurulu tarafından atanan, biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere yedi üyeden oluşur. Fon Kurulu Başkanı Fonun da başkanıdır(m 112.). Merkezi İstanbul'da olan TMSF, Bakanlar Kurulu kararıyla, sayısı üçü geçmemek kaydıyla görevlerinin yoğun olduğu illerde temsilcilik ve tahsilat birimi açabilecektir.

Bilindiği üzere, 2004 senesine kadar faaliyeti durdurulan ve Fon'a devredilen bankalardaki mevduatın tamamının garanti edilmiş olması, Türkiye ekonomisine ağır yük getirmiştir. Kamu tarafından ödenen miktarın tahsili için 5020 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle TMSF'nin alacakların takip ve tahsilindeki yetkileri arttırılmış; Bankacılık Kanunu, bu yetkileri korumuştur. Aşağıda, TMSF'nin tahsil ve takip yetkisini düzenleyen hükümler incelenecektir.

II- Bankacılık Kanununun 132. maddesine göre; TMSF, Kanunun130. maddesinde sayılan gelirlerinin; 108.[1] ve 135. maddedeki alacakların takip

---

1 "Banka kaynaklarının istismarı

MADDE 108. — 71 inci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi hükümlerine göre faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların hâkim ortakları ve yöneticileri, bu Kanunun şahsi sorumluluğa ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kullandıkları kaynakları ve bu suretle uğranılan zararları Fon tarafından verilecek süre içerisinde iade ve tazmin etmekle mükelleftir.

Bu maddenin uygulanmasında, bankaların hâkim ortaklarının ve yöneticilerinin; yönetim kurulu, kredi komiteleri, yöneticiler, şubeler ve diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle, banka kaynaklarını ve varlıklarını; rehnetmek, teminat göstermek, açıldığı tarih itibarıyla kredibilitesi olmadığı aşikâr bulunan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak, yurt içi ve yurt dışı banka ve malî kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek ve sair şekillerde doğrudan veya dolaylı olarak kendileri veya başkaları lehine para, mal, her türlü hak ve alacak temini amacıyla kullandıkları veya başkalarına kullandırdıkları banka kaynakları ve varlıkları, dolanlı kaynak olarak kullanılmış sayılır.

Bu madde kapsamında kullanılan kaynaklar ve maruz kalınan zarar kapsamında iade ve tazmin talebine mesnet teşkil edecek işlemler ile iade ve tazmine konu edilecek tutarlar, ilgili bankada Kurumca yapılacak incelemeler sonucu ulaşılacak tespitler de dikkate alınarak Fon Kurulunca belirlenir.

Bankanın faaliyet izninin kaldırılması hâlinde Fon tarafından verilecek süre içerisinde iade ve tazmin edilemeyen tutarlar Fon alacağı haline gelir ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilir.

Bankanın Fona devrinden sonra Fon tarafından verilecek süre içerisinde kullanılan kaynakların ve bu suretle uğranılan zararın iade ve tazmin edilmemesi veya Fon tarafından uygun görülecek biçimde teminatlandırılmaması veya bu ortaklara ait hisselerin Fon tara-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ve tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerini uygulayacaktır. 6183 sayılı Kanunun Maliye Bakanlığı tahsil dairesi ve diğer makam, merci ve komisyonlara verdiği yetkiler, TMSF'ye de tanınmıştır. Borçlu veya borçlunun malları başka mahallerde bulunduğu takdirde, Fon, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerini, kendi tahsil dairesi aracılığı ile uygulayabileceği gibi, tahsil dairesi bulunmayan mahallerde, o mahaldeki Maliye Bakanlığı tahsil dairesi aracılığıyla da uygulayabilir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca takip edilen alacaklara ilişkin her türlü teminatın paraya çevrilmesinde 6183 sayılı Kanun hükümleri uygulanabilir. Ayrıca Fon, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapacağı satışlarda; satış bedelinin vadeli tahsiline karar verebilir. Ancak, bu durumun ve vadeli satış şartlarının, satış ilânında ve satış şartnamesinde belirtilmesi zorunludur.

Bankacılık Kanununun 132. maddesi TMSF'ye takip ettiği alacaklar ile ilgili olarak iskonto da dâhil olmak üzere, her türlü tasarrufta bulunmak, sulh olmak, satmak, geri almak, alacağına mahsuben menkul ve gayrimenkul mallar ile her türlü hak ve alacakları belirleyeceği koşullar ile devralmak ve alacağın yeniden itfa plânına bağlanması da dâhil olmak üzere borçlularla anlaşma yapmak ve borçlularla yaptığı anlaşmalar kapsamında Fon Kurulunca belirlenecek usûl ve esaslar dâhilinde muhafaza tedbiri uygulayıp uygulamamak, dava açıp açmamak veya açılmış bulunan hukuk davalarının yapılan anlaşma süresince durdurulmasını mahkemeden istemek yetkisini tanımıştır. Ayrıca TMSF, borçlu gerçek kişiler ile tüzel kişilerin kanunî temsilcileri hakkında 5682 sayılı Pasaport Kanununun 22 nci maddesi hükümlerinin uygulanması için talepte bulunabilir.

III- Bankacılık Kanunu 134. maddesiyle, alacağın tahsilinde çok önemli bir yetkiyi düzenlemiştir. Maddeye göre: "Fon, alacağının tahsili bakımından yarar görmesi halinde ve Fona borçlu olup olmadıklarına bakılmaksızın, Fon bankalarının;

---

fından verilecek süre içinde üçüncü kişilere devredilmemesi hâlinde bu zarar veya kullanılan kaynakların miktarı dikkate alınmaksızın ortaklara ait hisseler başkaca bir işleme gerek kalmadan Fona intikal eder. Bu suretle Fona intikal eden söz konusu hisselerin üçüncü kişilere satışını müteakip Fon tarafından elde edilen tutar hâkim ortakların bankaya ve/veya Fona olan borçlarına mahsup edilir.

Bu madde kapsamında kullanılan banka kaynağı ve bu suretle uğranılan zarar, Fon tarafından verilen süre içinde iade veya tazmin edilse veya Fon tarafından uygun görülecek biçimde teminatlandırılsa dahi bilançoda görülen bakiye zararın özkaynakları aştığının tespiti hâlinde Fon, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasını Kuruldan istemeye yetkilidir. Bilançoda görülen zararın özkaynakları aşmaması hâlinde ise, Fon en az beş üyesinin aynı yöndeki oylarıyla alınan Fon Kurulu kararıyla hâkim ortaklar dışındaki ortaklara ait hisseleri, zararın ödenmiş sermaye tutarından düşülmesi suretiyle hesaplanacak sermaye esas alınmak üzere bulunacak bedel üzerinden Fon Kurulunca belirlenecek süre içinde banka hissedarlarına ödenmesi karşılığında devralmaya yetkilidir."

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

a) Yönetim ve denetimine sahip olduğu iştiraklerinin,

b) Hakim ortağı olan tüzel kişilerin,

c) Gerçek ve tüzel kişi hâkim ortaklarının hâkim ortak olduğu şirketlerin,

d) Yukarıda sayılan kişiler adına hareket eden veya onlar hesabına kendi adına para, mal veya hak edinen şirketlerin ortaklarının,

Bu maddede belirtilen şirketlerde sahip oldukları hisselerinin tamamına ve/veya bir kısmına ilişkin temettü hariç ortaklık hakları ile bu şirketlerin yönetim ve denetimini devralmaya ve şirket ana sözleşmesinde belirlenen yönetim, müdürler ve denetim kurulu üyelerinin sayılarıyla bağlı kalmaksızın ve imtiyazlı hisselere dayanılarak atanıp atanmadıklarına bakılmaksızın görevden almak ve/veya üye sayısını artırmak ve/veya eksiltmek suretiyle bu kurullara üye atamaya yetkilidir."

Madde, yönetimine el konulan şirketlerdeki borçlulara ait her türlü hakkın satışına imkan tanımaktadır. Ayrıca şirket ve iştiraklerin yüzde kırkdokuzundan fazlası ile bunlara ait her türlü mal, hak ve varlıklar, gayrimenkullerle ilgili özel kanunlarındaki kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla yabancı gerçek ve tüzel kişilere satılabilir.

TMSF'ye alacak tahsili için şirketlere el koyma yetkisi veren 134.madde,uzun ve karmaşık yazılmıştır.[2] Yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Ban-

---

2 "Fon, alacağının tahsili bakımından yarar görmesi hâlinde ve Fona borçlu olup olmadıklarına bakılmaksızın, Fon bankalarının;

a) Yönetim ve denetimine sahip olduğu iştiraklerinin,

b) Hâkim ortağı olan tüzel kişilerin,

c) Gerçek ve tüzel kişi hâkim ortaklarının hâkim ortak olduğu şirketlerin,

d) Yukarıda sayılan kişiler adına hareket eden veya onlar hesabına kendi adına para, mal veya hak edinen şirketlerin ortaklarının,

Bu maddede belirtilen şirketlerde sahip oldukları hisselerinin tamamına ve/veya bir kısmına ilişkin temettü hariç ortaklık hakları ile bu şirketlerin yönetim ve denetimini devralmaya ve şirket ana sözleşmesinde belirlenen yönetim, müdürler ve denetim kurulu üyelerinin sayılarıyla bağlı kalmaksızın ve imtiyazlı hisselere dayanılarak atanıp atanmadıklarına bakılmaksızın görevden almak ve/veya üye sayısını artırmak ve/veya eksiltmek suretiyle bu kurullara üye atamaya yetkilidir.

Doğrudan ya da dolaylı olarak Fonun yönetim ve denetimini devraldığı bankaların veya şirketlerin ve/veya bu madde uyarınca yönetimini ve denetimini devir aldığı şirketlerin ve Fon iştiraklerinin ortak sayısının, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve özel kanunlarda belirtilen zorunlu ortak sayısının altına düşmesi hâlinde tüzel kişiliklerine halel gelmez.

Fonun yönetim ve denetimine sahip olduğu şirketlerin ve/veya bu fıkra uyarınca yönetimini ve denetimini devir aldığı şirketlerin, Fon tarafından atanan yönetim ve denetim kurulu üyeleri ve müdürleri ile Fonun atadığı bu yöneticiler tarafından şirketi temsil ve ilzam ile yetkili kılınan genel müdür, genel müdür yardımcısı ve müdür gibi şirket çalışanları veya Fon, bu fıkrada sayılan gerçek veya tüzel kişilere ait şirket hisselerinin ve/veya bu şirketlerdeki lisans, ruhsat, 13.4.1994 tarihli ve 3984 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesi hükmü kapsamında geçici frekans ve kanal kullanımı ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan hakları dahil olmak üzere diğer tüm hak ve varlıklarının ve/veya bu hisselerle orantılı aktiflerinin satışını gerçekleştirmeye ve bu satış-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kalar Kanununun 15/7. maddesinde de bulunan hükümlerin, daha açık ve anlaşılır olarak yazılması gerekirken, uzun ve karmaşık yazma yöntemi tercih edilmiştir. Banka ortak ve yöneticilerinin malvarlıklarının takibine ilişkin bu düzenleme,özellikle başka ülkelerin adli ve idari makamlarının işlemlerine konu olduğunda,açıklaması zorlaşmaktadır.Bankacılık Kanununun 134. maddesinde, maddenin kimler hakkında uygulanacağının bendler halinde açıkça yazılması ise olumlu bir gelişmedir.

134. maddede düzenlenen yetkilerin olağanüstülüğü açıktır; ancak geçmişte yaşanan batık banka olayları sebebiyle ortaya çıkan bir ihtiyacın ürünüdür. Bu yetkiler, sadece takip ve tahsil kolaylığı niteliği taşımamaktadır.

---

lardan elde edilen tutarları Fon alacaklarına mahsup etmeye veya şirketlerin kamu borçları ve/veya Sosyal Sigortalar Kurumuna borçları ile sair borçlarını ödemede kullanmaya ve bu işlemler ile ilgili kararlar almaya 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 324 üncü maddesi ile bağlı kalmaksızın yetkilidirler.

Bu şirket ve iştiraklerin yüzde kırkdokuzundan fazlası ile bunlara ait her türlü mal, hak ve varlıklar, gayrimenkullerle ilgili özel kanunlarındaki kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla yabancı gerçek ve tüzel kişilere satılabilir.

Fon alacaklarının tahsilini teminen, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerler ile lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan haklar ve bu varlıkların feri veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmelerden doğan, ancak başlı başına iktisadî değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm hak ve varlıkları bir araya getirerek, ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturarak alıcısına geçişini sağlayacak şekilde satışına, hacizli malların birden fazla borçluya ait olması ve/veya birden fazla alacaklının haczi olması hâlinde de satışı yaptırmaya, ihale bedelinin ödenme şeklini, para birimini, alıcıların sahip olması gereken şartları, ödeme tarihini ve ihalenin sair usûl ve esasları ile satış şartlarını 6183 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmaksızın belirlemeye, satışa konu ticarî ve iktisadî bütünlüğü alacağına mahsuben satın almaya, satışa konu varlıkların ait olduğu şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye veya ihale alıcısına ödetmeye Fon Kurulu yetkilidir. Fon Kurulu, satış kararıyla birlikte, bu satışı gerçekleştirmek üzere en az üç kişiden oluşan bir satış komisyonu oluşturur ve başkanını belirler. Satış komisyonu, toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile karar alır. Ticarî ve iktisadî bütünlüğün muhammen bedeli, satış komisyonu tarafından, uzman gerçek veya tüzel kişilerin kıymet takdiri raporu dikkate alınarak, daha önce bütünlüğü oluşturan varlıkların ayrı ayrı kıymet takdirlerinin yapılmış olması ile bağlı olmaksızın düzenlenecek rapor çerçevesinde Fon Kurulu tarafından belirlenir. Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturan mahcuzlar üzerinde birden fazla kişinin aynî veya şahsî hakkının bulunması veya bunların mülkiyetinin birden fazla kişiye ait olması durumunda, bu mal, hak ve/veya varlıkların değeri ayrı ayrı tespit edilir. Bu madde hükümleri uyarınca yapılacak satış sürecinde, satış ilânının Resmî Gazetede yayımlanması ilgililere yapılacak tebliğ hükmündedir. Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturduğuna karar verilen mahcuzların satışı, kapalı zarf veya açık artırma usûllerinden biri veya ikisi birlikte uygulanmak suretiyle yapılır. Bundan sonra, Fon Kurulunun gerekli görmesi hâlinde, ihalelere pazarlık usûlü ile devam edilebilir. Bu usûllerden hangisinin uygulanacağına, ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturan mal, hak ve varlıkların nitelikleri dikkate alınarak Fon Kurulu tarafından karar verilir. İhale bedelinin dağıtımına esas sıra cetveli satış komisyonu tarafından düzenlenir. İhalenin sonuçlanması, Fon Kurulunun onayına bağlıdır. Bu hüküm uyarınca yapılan satışlarla ilgili ihalenin feshi davaları, Fonun merkezinin bulunduğu yer idare mahkemelerinde görülür. Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturulmasına karar verilmesinden itibaren iki yıl içerisinde ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturan mahcuzların, Fonun izni olmaksızın imtiyazlı alacaklılar dâhil üçüncü kişiler tarafından muhafaza altına alınması ve satışı talep edilemez, mahcuzların malîklerinin iflasına

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Bankacılık esaslarına aykırı, kötü niyetli davranışları önleyici,caydırıcı yetkilerdir.

Bilindiği gibi, Bankalardaki mevduat, bankaların rahat çalışabilmeleri, ekonomik krizlerde zor duruma düşmemeleri için garanti edilmiştir. Ancak, bankacılık sektörünün güvenli çalışması için tüm mevduat tutarının garanti edilmiş olması, uygulamada banka sahip ve yöneticileri tarafından kötü-

---

karar verilemez, ilgili takyidatlar hakkında zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez.

Yukarıdaki hüküm çerçevesinde telekomünikasyon, enerji, ulaşım, radyo, yazılı ve görsel medya ve diğer sektörlerdeki, yönetim ve denetimi veya hisseleri Fon tarafından devir alınan şirketlere tanınmış imtiyaz sözleşmesi, lisans, ruhsat, işletme izni, ön izin, yayın izni, 3984 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesi hükmü kapsamında geçici frekans ve kanal kullanımı ve benzeri izinlerin yeni alıcıları adına devri ve tescili işlemleri, Fonun bildirimi üzerine ilgili kurum, kuruluş ve üst kurullarca, gerekli bilgi ve belgelerin tamamlanmasını müteakip başkaca bir işleme gerek kalmaksızın en fazla bir ay içinde tamamlanır.

Bu hüküm uyarınca yapılacak satışlara ilişkin diğer esas ve usûller Fon tarafından çıkarılacak yönetmelikle tespit edilir.

Bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde varlıkları ticarî ve iktisadî bütünlük kapsamında satılan şirketlerin kamu kurum, kuruluşları ve üst kurullara olan ve satış tarihine kadar tahakkuk etmiş borçları satış bedelinden garameten tahsil edilir. Garame ile dağıtım sonrasında bakiye borç kalması, lisans, ruhsat, imtiyaz sözleşmesi, geçici frekans ve kanal kullanımı ve benzeri hakların devri ve yeni alıcısı tarafından işletilmesi için gereken ve kamu kurum ve kuruluşları ve üst kurullarca yapılması gereken devrin tescil ve nakli işlemine engel teşkil etmez.

Bu Kanunun 71 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi hükmü uyarınca faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankalar ile tasfiyeye tâbi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan bankaların, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen gerçek ve tüzel kişiler ile gerçek kişilerin kan ve kayın hısımlarının edindikleri ve/veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacakların banka kaynağı kullanılmak suretiyle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilir. Bu gerçek kişiler ile tüzel kişiler tarafından edinilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında bu madde hükümlerini uygulamaya Fon yetkilidir. Bu suretle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar üzerinde ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanıldığı tarihten sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı aynî hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen aynî ve şahsi her türlü hak Fona karşı hüküm ifade etmez. Bu hukuki işlemlere taraf olan, küllî ve cüz'i halefleri dâhil tüm şahısların, yukarıda belirtilen işlemlerin gerçekleşmesinden sonra edindikleri ve/veya edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu madde hükümleri uygulanır.

Yukarıda belirtilen işlemlere taraf olan üçüncü kişiler bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya yönetim ve denetiminin Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle, bu maddenin birinci fıkrasında sayılan kişiler ise bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya yönetim ve denetiminin Fona devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeniyle iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya yönetim ve denetiminin Fona devrinden önce satış, kira, devir ve temlik gibi işlemler ile aynî ve şahsi hak tesisine ilişkin işlemlere taraf olan üçüncü kişiler iyiniyetli olduklarını kanıtlamak zorundadırlar.

Bu maddenin birinci fıkrasında sayılan gerçek ve tüzel kişilerin yönetim ve/veya denetimindeki şirketlerde ve/veya işletmelerinde iş akdine bağlı ve/veya bağlı olmaksızın geçici veya sürekli olarak istihdam edilen şahısların kurucusu, ortağı, yöneticisi veya denetçisi olduğu şirketlerin; bir iş akdine bağlı olmaksızın, yukarıda sayılan şahısların vekâleten ve/veya ticarî mümessil ve/veya ticarî vekil sıfatıyla ve/veya vekâletsiz iş görme hükümleri gibi herhangi bir hukukî ilişkiye dayanarak geçici ve/veya sürekli olarak temsil eden şahıslar ile temsil ettikleri gerçek ve/veya tüzel kişilerin; bu fıkrada belirtilen şahıslar dışındaki ve/veya bunlar tarafından kurulan şirketlere bankacılık mevzuatına ve/veya teamüllerine uyulmadan ve/veya teminatsız ve/veya yetersiz teminat ile kredi kullandırılan ve/veya genellikle faaliyet yeri olarak aynı adresi kul-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ye kullanılmış; bankalar kötü niyetle zarara uğratılarak, banka sahip ve yöneticilerine haksız kazançlar aktarılmıştır.

Bankaların güvenli ve rahat çalışmaları için getirilen mevduat garantisinin kötüye kullanılması, Türkiye Cumhuriyeti'ne yirmi beş milyar ABD Doları yük getirmiştir. Çünkü, banka ortak ve yöneticilerinin kötü niyetli işlemleri sebebiyle faaliyetine son verilen bankalardaki mevduat, TMSF tara-

---

lanan ve/veya yapılan sözleşmelere cayma hakkı ve/veya borcun nakli gibi hükümler koymak suretiyle kullandıkları kredileri ve/veya banka kaynaklarını bankanın yönetim ve denetimini doğrudan ve/veya dolaylı olarak tek başına ve/veya birlikte elinde bulunduran gerçek ve tüzel kişilere ve/veya bunların ve/veya bankanın iştiraklerine ve/veya doğrudan veyahut dolaylı bağı bulunan şahıs ve şirketlere yukarıdaki fıkralarda sayılan gerçek veya tüzel kişilere aktarılmasını sağlayan gerçek veya tüzel kişilerin kullanmış oldukları krediler ve/veya banka kaynakları bankanın yönetim ve denetimini doğrudan ve/veya dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklar tarafından kullanılmış banka kaynağı sayılır ve bu şahıslar ile edindikleri ve/veya üçüncü kişilere edindirdikleri para, her türlü mal, alacak ve haklar hakkında bu madde hükümleri uygulanır.

Bu Kanunun 71 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi hükmü uyarınca faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankanın hâkim ortakları, yönetim kurulu üyeleri, denetim kurulu üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve bunların eş ve çocukları ile evlatlıklarının, bunların diğer kan ve kayın hısımlarının ve imzaya yetkili banka mensuplarının kendi aralarında veya üçüncü kişilerle yaptıkları taşınır ve taşınmaz rehni, ipotek, üst hakkı, intifa hakkı ve oturma hakkı gibi her türlü sınırlı aynî hak tesisine ilişkin sözleşmeler mahsus siciline veya defterine kayıt ya da şerh edilmiş olsun veya olmasın her türlü şahsi haklar ve/veya zilyetliğin devrine dair sözleşmeler dâhil her türlü tasarrufları ile kara, hava ve deniz taşıtları gibi taşınır ve yalı, villa, ada, site, tüm eklentileri ile çiftlik gibi taşınmazlarla ilgili adi ve hasılat kira sözleşmeleri, taşınır veya taşınmaz mal, finansal kiralama sözleşmeleri, uydu ve kablolu yayın kanalı kullanma hakkı, televizyon kanalı ile gazetelerin yayım hakkı, marka ve lisansı devir ve kullanma hakkı veren sözleşmeleri, idare ve hizmet vekâleti ile Avrupa Birliği standartları üzerinde prim ödemek suretiyle yapılan hayat, bireysel emeklilik, ihtiyarlık ve sağlık sigorta sözleşmeleri ve limitli veya limitsiz kredi kartı ile ATM kartı sözleşmeleri ile münferit veya karşılıklı verilen banka teminat mektupları, kabul kredileri ve avaller ile her türlü hisse devir sözleşmeleri Fon Kurulunun kararıyla geçersiz sayılır. Bu sözleşmelerin geçersizliğinden dolayı karşı tarafça açılacak tazminat davalarında sözleşmede muvazaa bulunmadığını ve sözleşmeyle ödenen bedelin muvazaalı olmayan rayiç bedel olduğunu ispat yükü davacıya aittir.

Borçlunun, haline münasip konut kiralamasına ilişkin sözleşme yukarıdaki fıkra kapsamı dışındadır.

Fon, bu maddede sayılan alacaklara ilişkin para, mal, her türlü hak ve alacaklara ihtiyatî haciz koymaya, muhafaza altına almaya ve Fon tarafından belirlenecek kurum ve kuruluşlarca hazırlanacak raporları dikkate alarak tespit edeceği değeri üzerinden, alacağına mahsuben devralmaya yetkilidir.

Bu alacaklara zararın ve/veya alacağın doğmasına sebebiyet veren haksız işlemin yapıldığı tarihten itibaren 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen oranda gecikme faizi uygulanabilir.

Fon tarafından bu madde hükümlerine istinaden tesis edilen işlemlere karşı idarî yargı mercilerinde açılan davalarda mahkemelerce yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için teminat şartı aranmaz.

Fon tarafından bu madde hükümlerine istinaden yapılacak işlemlerde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bu işlemler her türlü vergi, resim ve harçtan istisna tutulur. Bu madde ile Fona tanınan yetkiler Fon tarafından başkaca bir işleme gerek olmaksızın Fon Kurulunun karar alması ile tekemmül eder. Yapılan işlemlerden tescile tâbi olanlar Fonun talebi üzerine tescil ve gerektiğinde ilân olunur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

fından mevduat sahiplerine ödenmiş; ancak ödenen paraların ortak ve yöneticilerden tahsili mümkün olamamıştır. TMSF'nin etkin tahsil yetkisine sahip olmaması ve mal kaçırmaya yönelik işlemler, kötü yönetilen bankaların bedelini topluma yüklemiştir. TMSF'nin mali gücü ortaya çıkan zararı karşılamaya yetmediği için, mevduat sahiplerinin paraları Devlet Hazinesinden alınmış, bu paralar banka ortak ve yöneticilerinden tahsil edilememiştir.

Batık banka olarak adlandırılan bankaların ortak ve yöneticilerinin sebep oldukları zararlara rağmen kişisel yaşantılarını eskisi gibi sürdürmeleri, bu bankalarda parası olduğu için zor duruma düşen insanları ve bu zararı ödemek zorunda kalan toplumu rahatsız etmektedir. Araba, ev, yat gibi mallarını bu malların başka şirketlere ait olduğunu ileri sürerek kullanmaya devam etmeleri Türkiye'de yaşayan herkesin rahatsız olduğu şikayet ettiği bir husustur. Bu sebeple, Bankalar Kanununda, başka şirketlerin hatta başka insanların malı olarak görünen malların satışına imkan tanıyan değişiklikler, toplumda hiç tepki görmemektedir. Açılan davalarda ileri sürülen Anayasaya aykırılık itirazlarının ciddi bulunmaması, el koyma işleminin yasal dayanağının, kamu yararı amacına yönelik olduğuna işaret etmektedir.

Halk üzerindeki yükün büyümesi, borcun asıl sorumlularının takibinin etkin hale getirilmesini kaçınılmaz kılmıştır. Yasa hükümleri, banka mevduatının garanti edilmesinden faydalanarak, elde edilen hukuk dışı ve olağanüstü büyük miktardaki paraların devlet tarafından tahsilini düzenlediği için kamu yararınadır. Ülke ekonomisinin zor durumda olması, Devletin üstlendiği yükün artmasını önleyecek olağanüstü tedbirler almasını zorunlu kılmıştır. Yürürlükten kalkan Bankalar Kanununa 5020 sayılı Kanunla eklenen yetkiler, Bankacılık Kanununda da korunmuştur.

Hisseleri TMSF'ye devredilen bir bankanın, yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran tüzel kişi ortaklarının gerçek ve tüzel kişi ortaklarına kadar uzanan takip ve tahsil yetkisi, banka kaynaklarını menfaatleri için kullananların tüzel kişilik perdesi arkasına sığınmasını engellemektedir. Türk Medeni Kanununun 2. maddesine göre, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Bu hüküm, kötüniyetle, sorumluluktan kurtulmak amacıyla tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanmayı önlemektedir[3].

Bir bankanın mevduat olarak topladığı para, bankacılık esaslarına uygun bir şekilde yönetilmemişse, topluma ödetilen bu parayı, TMSF'nin tahsil edebilmesi için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekmektedir. Hukuk dışı yollarla elde edilen paraların, başka tüzel kişilere aktarılmış olma-

---

3 Yanlı,V., Anonim Ortaklıklarda Tüzelkişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000, s.70. vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

sı, bu paraların asıl sahibinin bulunmasını engellemez. Bankacılık Kanunu, toplumdan kaçırılan paraları kendisine aktaranlara ulaşabilmek imkanını sağlamaktadır.

Bankacılık Kanunu'nun 134. maddesi,hangi hallerde şirketlere el konulacağını düzenlememektedir. Madde, "alacağın tahsili bakımından yarar görülmesi" ifadesini kullanarak, TMSF'ye geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ayrıca, Bankacılık Kanunu'nun 111. maddesinde, TMSF kararları yerindelik denetimine tabi tutulamaz, hükmü vardır. Bu durumda maddenin uygulanmasında kullanılan yetkilerin yargısal denetimi sorunu ortaya çıkmaktadır.

Esasen, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde de, idari yargı mercilerinin yerindelik denetimi yapamayacağı kuralı bulunmaktadır. Bankacılık Kanunu ve İYUK hükümlerinden hareketle, şu cevabı vermek mümkündür: Bankacılık Kanunu, alacağın tahsili bakımından yarar olup olmadığını belirleme yetkisini herhangi bir sınırlama olmaksızın, TMSF'ye tanımıştır. TMSF'nin bu konuda vereceği kararların Kanuna aykırılığının denetlenmesi mümkün değildir. Böyle bir denetim yerindelik denetimi sayılır.

Ancak şu hususun da not edilmesi gerekir: İdari yargı uygulamasında,takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı kabul edilmekte ve hukuka uygunluğu denetlenmektedir. İdari yargının yerleşik içtihadına göre; takdir yetkisi hizmet gereklerine ve kamu yararına uygun olarak kullanılmalıdır.

Takdir yetkisinin hizmet gereklerine uygun kullanılması zorunluluğu, alacağın tahsili bakımından yarar görülen hallerin somutlaştırılmasını gerektirir. Örneğin şu hallerin varlığında, alacağın tahsilinde yarar bulunduğu kabul edilebilir

- TMSF ile alacağın ödenmesi konusunda uzlaşmaya çalışılmaması,

- Üzerinde anlaşılan ödeme planına uygun davranılmaması,

- Borcu ödemek yerine borcun miktarını azaltmaya yönelik taleplerde bulunulması,

- Yapılan anlaşmaya rağmen borcun ödenemeyeceğinin anlaşılması,

- Borçlunun yurtdışına kaçması veya kaçmaya teşebbüs etmesi,

- Mal kaçırmaya yönelik girişimlerde bulunulması,

- TMSF'ye beyan edilmeyen malvarlığının tespit edilmesi,

- Şirketlerin, TMSF alacağının tahsilini zorlaştıracak ölçüde kötü yönetilmesi

İdari yargı uygulamasında Danıştay 10. Dairesi, 2003/2896 Esas sayılı Davada verdiği yürütmeyi durdurma kararında, "alacağın tahsilinde yarar

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

görme" yetkisini hiç tartışmaksızın yönetimine el konulan şirketin, 15.maddenin 7. fıkrasının (a) bendinde gösterilen şirketlerden olup olmadığını incelemiştir. 10.Daire'ye göre: "...Fonun alacaklarının tahsilinde yarar görmesi halinde, anılan Kanunun 15.maddesinin 7/a bendinin son cümlesi uyarınca Bankanın,gerçek ve tüzel kişi ortaklarının yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya elinde bulundurduklarının saptanması halinde,... A.Ş.hakkında bu maddenin uygulanabileceği açıktır..."

10. Dairenin bu kararından anlaşıldığına göre TMSF işleminin yargısal denetiminde, sadece yönetimine el konulan şirketin maddede belirtilen şirketlerden olup olmadığına bakılacak; alacağın tahsili bakımından yarar olup olmadığı hususu incelenmeyecektir.

Bankaların sebebiyet verdiği zararın büyüklüğüne bakıldığında, yukarıda açıklanan görüşe karşılık, alacağın tahsili bakımından yarar olup olmadığını belirleme yetkisini, TMSF'ye tanımanın hizmet gereklerine daha uygun düştüğü de söylenebilir. Danıştay 10. Dairesi'nin kararı bu bakımdan önemlidir. Alacağın tahsilinin tehlikeye düşüp düşmediği, borçlularla yakın ilişkileri olan TMSF görevlileri tarafından daha isabetli belirlenebilir. Konuyla teorik düzeyde ilgilenenlerin tespit edemeyeceği hususlar, hizmeti gören TMSF görevlilerince ortaya konabilir. Bu sebeple, alacağın tahsili bakımından yarar olup olmadığını belirleme yetkisi, TMSF'ye bırakılabilir. Takdir yetkisinin kullanımında açık ve ağır hataya düşülmediği sürece, idari yargı mercii, TMSF'nin yetkisini tartışmayabilir.

Ayrıca, 134. madde, takip ve tahsilin 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacağını belirtmekle birlikte, ihale ve satış esaslarını belirleme yetkisini TMSF'ye bırakmıştır. Mülkiyet ve özel girişim özgürlüğünü ortadan kaldıran nitelikteki yetkilerin yasayla daha ayrıntılı düzenlenmesi Anayasa gereğidir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin yasama yetkisinin devredilmezliği ve kanuni idare ilkesini açıkladığı yakın tarihli bir kararda şöyle denilmektedir:

"Yasayla düzenleme ilkesi,düzenlenen konudan yalnız kavram,ad ve kurum olarak söz edilmesi değil,bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise,düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda,yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz,geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.."[4]

IV-Bankacılık Kanunu'nun 135. maddesi, sigortaya tabi mevduat ve katılım fonu tutarının eksik beyanı halinde uygulanacak takip ve tahsil usullerini düzenlemektedir. İmar Bankasının faaliyetlerinin durdurulmasından sonra, Bankadaki mevduatın beyan edilmediği,gizlendiği ortaya çıkmıştır.

Bu noktada, İmar Bankası olayına ilişkin olarak şu hususu belirtmekte yarar bulunmaktadır: 1.6.2000 tarihli, 2000/682 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 3.maddesinde sigortaya tabi mevduat hakkında şu hüküm bulunmaktaydı: "Bu Kararın yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak açılan ya da yenilenen hesaplara uygulanmak üzere, 1 inci maddede tanımlanan hesapların anapara ve faiz tutarları toplamının, 31/12/2000 tarihine kadar uygulanmak üzere 100 milyar Türk Lirasına, 1/1/2001 tarihinden itibaren uygulanmak üzere 50 milyar Türk Lirasına kadar olan kısmı sigorta kapsamındadır."

Bakanlar Kurulu kararına göre mevduatın 50 Milyar liraya kadar olan kısmı sigorta kapsamındayken; 3.7.2003 tarihli, 1083 sayılı BDDK kararıyla mevduatın, 3/7/2003 tarihinden itibaren uygulanmak üzere tamamı, 5/7/2004 tarihinden itibaren uygulanmak üzere 50 milyar Türk Lirasına kadar olan kısmı sigorta kapsamına alınmıştır.

Aynı gün alınan 1084 sayılı BDDK kararıyla ise İmar Bankasının faaliyetleri durdurulmuştur. İlk kararla mevduatın tamamının garanti altına alınması ve ikinci kararla İmar Bankası hakkında işlem tesis edilmesi, İmar Bankası sebebiyle ortaya çıkan zararda BDDK'nın sorumluluğunu göstermektedir. Bankadaki mevduatın gerçek tutarından haberdar olunmadığı savunması, İmar Bankası yönetiminde temsilcisi bulunan BDDK bakımından kabahatten büyük özür niteliğindedir. Ancak ne yazık ki bu kabul edilemez ihmal ve ihtimal gerçekleştiği için, önce 4696 sayılı Kanunun Geçici 2. ve sonra Bankalar Kanunu'nun Ek 1.maddesiyle boşluk doldurulmuştur. Bankacılık Kanunu'nun 135. maddesinde yer alan hüküm şu şekildedir:

"1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu ile bu Kanun uyarınca banka tarafından yetkili mercilere beyan edilen sigortaya tâbi mevduat ve katılım fonu tutarı ile Fon tarafından tespit edilen mevduat ve katılım fonu tutarı arasında bir fark bulunması hâlinde, bu fark nispetinde bankanın yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, ge-

4 Yıldırım,T.,Türkiye'nin İdari Teşkilatı,İstanbul,2005,s.17.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nel müdür yardımcıları, imzaları bankayı ilzam eden memurları ve şube müdürleri ile yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının, kendilerine, eşlerine ve çocuklarına ait bankalar ve banka dışı malî kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki, kiralık kasa mevcutları da dahil olmak üzere, hak ve alacakları, döviz tevdiat hesapları ve limitli ve limitsiz kredi kartı ve ATM kartları hesapları dahil tüm banka hesaplarının dondurulmasına, kara, hava ve deniz taşıtları dâhil her türlü taşınır ve taşınmaz, kıymetli evrak ve yurt içi veya yurt dışı hazine bonosu, devlet tahvili, hisse senedi, yatırım fonları katılım belgeleri gibi diğer menkul değerlerle, bağımsız ticari işletme, fabrika ve tesisler, bu tesislerin işletilmesine yönelik marka ve lisans hakları, kamu imtiyaz sözleşmelerinden doğan televizyon kanalı, elektrik santralı gibi bir tesisin kurulması ve işletilmesi yetkilerini veren lisans, ruhsat ve işletme hakları ile bu tesisleri lisans hakkına dayanarak veya lisans hakkı bulunmadan kuran ve işleten şirketlere ait hisse senetleri, hak ve alacakların üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen veya kısmen kaldırılmasına, belirtilen tüm mal, kıymetli evrak, nakit ve diğer değerlerin zaptına ve/veya resmî sicillerdeki kayıtları üzerinde ihtiyatî tedbir konulmasına, bunların bir tevdi mahalline yatırılmasına ve hak ve alacakların üzerine diğer tedbirlerin konulmasına, bunlardan elde edinilmiş her türlü taşınır ve taşınmaz, hak ve alacaklar ile kıymetli evrak, nakit, bir tesisi işletme ve kurma hakkı veren marka ve lisans hakları, bu tesisleri lisans, ruhsat ve işletme hakkı ile veya bu hakları bulunmadan işleten, kuran ve hak sahibi niteliğini haiz şirketlere ait hisse senetleri hakkında belirtilen tedbirlerin alınmasına, Fonun talebi üzerine ilgili bankanın merkezinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimi, yargılama sırasında ise mahkeme tarafından karar verilir.

Yukarıda belirtilen farkın bu Kanunda yer alan hükümler dahilinde takip ve tahsiline Fon tarafından karar verilebilir. Bu hükümler, yukarıda sayılan kişiler adına hareket eden veya onlar hesabına kendi adına para, mal veya hak edinen kişiler hakkında da uygulanır.

Tedbire ilişkin talepler, hâkim veya mahkeme tarafından evrak üzerinde yapılacak inceleme sonucunda derhal ve nihayet yirmidört saat içinde sonuçlandırılır. Gecikmesinde sakınca görülen hallerde Cumhuriyet başsavcılıkları da hak ve alacakların dondurulmasına karar verebilir. Cumhuriyet başsavcılıkları bu kararı en geç yirmidört saat içinde sulh ceza hâkimine bildirir. Hâkim en geç yirmidört saat içinde bu kararı onaylayıp onaylamamaya karar verir. Hâkim tarafından onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır.

Sulh ceza hâkimince verilen tedbirler, tedbir kararını veren mahkemenin bulunduğu yerdeki nöbetçi icra dairesi tarafından infaz olunur ve Fonun, bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izninin kaldırıldığı tedbir kararlarının verildiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde suç duyurusunda bulunmaması ve/veya 6183 sayılı Kanuna

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

göre alacağın tahsili yolunda takip başlatmaması ve/veya alacağın tahsili yolunda hukuk mahkemelerinde dava açmaması hâlinde sona erer. Bu süre içerisinde suç duyurusunda bulunulması ve/veya Fon tarafından 6183 sayılı Kanuna göre alacağın tahsili yolunda takip başlatılması ve/veya alacağın tahsili yolunda hukuk mahkemelerinde dava açılması hâlinde tedbirler, Fon alacakları tamamen tahsil edilinceye kadar devam eder. Mahkeme, bu Kanun hükümlerine göre Fon tarafından ödenen ve/veya ödenecek miktarın, sorumlular tarafından doğrudan Fona ödenmesine karar verir. Bu takdirde tedbirler, hükmolunan meblağın sorumluların bu fıkra uyarınca tedbirlere konu edilen, para, mal, hak ve alacakları ile diğer malvarlığından tahsiline kadar devam eder.

Yukarıdaki fıkralarda yer alan hükümlerin konusu olup, sorumluların boşanmış veya dul eşlerinin, diğer kan hısımları ile kayın hısımları ve üçüncü kişilerin mülkiyeti ve tasarrufuna geçirilmiş bulunan tüm mal, sınırlı aynî veya şahsi hak ve alacaklar hakkında da bu madde hükümleri uygulanır. Tüm bu mal, hak ve alacaklara ilişkin olarak açılmış veya açılacak davalarda bu kişiler 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 3 üncü maddesindeki iyiniyet karinesi ile 985 inci maddesindeki mülkiyet karinesinden ve tüm resmî sicillere iyiniyetli güven ilkesinden yararlanamaz. İyiniyetle edinmiş olduklarını ispatladıkları takdirde, yaptıkları ödemelerin muvazaalı olmayan rayiç değer olduğunu belgelendirmeleri şartıyla ödediklerinin asli sorumluların malvarlığı ve diğer varlıklarından alınmasına mahkemece karar verilir.

Bankacılık işlemleri yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izni kaldırılan bir banka nezdinde mevduat ve katılım fonu hesabı bulunmamasına rağmen sahte olarak düzenlediği belgeler veya sahte olduğunu bildiği belgeleri ibraz ederek veya ettirerek, kendisine veya bir başkasına ödeme yapılmasını talep eden kişiler hakkında, zimmet veya dolandırıcılık ile belgede sahtecilik, işlemlerin kayıtdışı bırakılması ve gerçeğe aykırı muhasebeleştirme veya bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçlarından dolayı gerçek içtima hükümlerine göre cezaya hükmolunur.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen fiiller nedeniyle, bu madde hükümlerine göre Fon tarafından ödeme yapılmasına veya yapılacak olmasına sebebiyet veren kişiler ile bunların eş ve çocuklarına ait her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu madde hükümleri uygulanır."

135. madde, takip ve tahsil konusunda hem mahkemelere hem de TMSF'ye yetki tanımaktadır. Ancak, mahkeme kararı olmaksızın 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil yapılmasının mümkün olup olmayacağı açık şekilde belirtilmemektedir. Maddenin bir üst fıkrasına göre takip ve tahsil mümkündür, ancak bir sonraki fıkrada, mahkeme kararından söz edilmektedir. İmar Bankası kararı sonrasında ortaya çıkan sorun karşısında, önceki karmaşık düzenleme, ivedilik gerekçesiyle açıklanabilir;

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

fakat, Bankacılık Kanunu aynı konuda daha anlaşılır, idarenin yetkilerinin daha belirgin gösteren bir kural koymalıdır. Çünkü, madde, mülkiyet ve özel girişim özgürlüğünü doğrudan ilgilendirmekte, gerektiğinde son verilmesini öngörmektedir.

Bankadaki gerçek mevduat ile beyan edilen mevduat arasında fark olması, kabul edilir bir davranış değildir. TMSF'nin bu sebeple ödeyeceği tutarı, maddede sayılan kişilerin belirtilen malvarlıklarından tahsil etmesi, ağır bir uygulama olmakla birlikte, daha önce de belirtildiği üzere gerekli ve caydırıcıdır. Ancak bu ağır sonuçları olan takip ve tahsil yetkisinin karmaşık düzenlenmesi, sorun çıkaracaktır. Tedbir kararını mahkemeye bırakan Kanun,alacağın tesbit ve ödenmesini de mahkeme kararına açıkça bırakmalıdır. Batırılan bankalardaki paraların akıl almaz yöntemlerle kaçırılması, bu maddenin haklı gerekçesidir. Fakat, bu maddenin yargılama usulü süzgecinden geçerek uygulanması, başka haksızlıkları önlemek bakımından gereklidir.

Tekrar belirtmek gerekirse, 135. madde, borcun varlığına mahkemenin karar verebileceği şekilde düzenlenmeli, idarenin 6183 sayılı Kanunu, ancak yargı kararı sonrasında uygulayabileceği açıkça belirtilmelidir.

Bankacılık Kanunu, önceki Bankalar Kanununda yapılan değişikliklerdeki kuralı koruyarak, Kanunun önceki fillerde de uygulanacağını hüküm altına almıştır. 135. maddenin son fıkrasına göre: "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen fiiller nedeniyle, bu madde hükümlerine göre Fon tarafından ödeme yapılmasına veya yapılacak olmasına sebebiyet veren kişiler ile bunların eş ve çocuklarına ait her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu madde hükümleri uygulanır."

Maddede, Kanunun geçmişe yürütüleceğinin açıkça belirtilmesi, bu noktaya değinmeyi gerektirmektedir. Anayasanın 38. maddesine göre: "Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." Ceza sorumluluğu konusunda bu ilke çok açıktır. Kimse daha sonra suç sayılan bir eylemle cezalandırılamaz; kimseye işlendiği tarihteki cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Anayasada bu madde dışında kanunların geçmişe yönelik uygulanamayacağı şeklinde genel bir ilke bulunmamaktadır. Bu sebeple, konuyu inceleyen Teziç, kanunların geriye yürümezliğinin, suç ve cezalar dışında genel bir ilke olmadığı görüşündedir.[5] Bu görüşe katılmakla birlikte bir başka eserde, kişilere ödev ve sorumluluk yükleyen kanunların geçmişe yürütülmemesi gerektiği açıklanmaktadır.[6]

---

5 Teziç,E., Anayasa Hukuku, İstanbul, 2001, s.53.

6 Tanör,B.-Yüzbaşıoğlu, N., Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2001, s.281.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Anayasa Mahkemesi'ne göre: "Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği,kural olarak tüm yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar.Bu nedenle kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca yasalar yürürlüğe girdikten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceğinden sonradan çıkan bir yasa yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanamaz.

Anayasa Mahkemesi aynı kararında şunları da eklemektedir: Önceki yasa yürürlükte iken başlamakla birlikte henüz sonuçlanmamış hukuksal ilişkilere yeni yasa kuralının uygulanması geriye yürüme olarak nitelenemez."[7]

Anayasa Mahkemesi kanunların geçmişe yürümezliği ilkesini, kazanılmış hakların korunmasında daha sık kullanmaktadır. Kazanılmış hakların korunması, yürürlükteki kurallara göre kesinleşen, bireyselleşen durumların, daha sonraki kanun değişikliğiyle ortadan kaldırılmasını engeller[8]. Bir başka ifadeyle; kanunların geriye yürümezliği, mevcut kanunlara dayanılarak elde edilen hakların ihlal edilmesi durumunda kolaylıkla ileri sürülebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen kararına bakarak,kanunların geçmişe yönelik uygulanamayacağı şeklinde bir yerleşik içtihat bulunduğu söylenemez. Çünkü aksi yönde kararlar da vardır. Örneğin vergi kanunlarının geçmişe yönelik olarak uygulanması bir başka kararda Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Bu davada Anayasa Mahkemesi, sosyal ve ekonomik koşulların zorunlu kıldığı nedenlerle, kamu yararının varlığı gerekçesiyle, vergi kanununun geçmişe yönelik uygulanmasını iptal etmemiştir.[9]

Bir bankanın kötü yönetilmesiyle topluma verdiği maddi zarar, ne yolla yapılmış olursa olsun, kamu alacağıdır ve TMSF tarafından takip ve tahsil edilebilir. TMSF'nin bu tür alacağı tahsilini kolaylaştıran kanun hükümleri, geçmişe yönelik ceza olarak nitelenemez. Çünkü yapılan tahsil işlemleri ceza değil, hukuka aykırı yollarla topluma ödetilen bedelin karşılanmasıdır. Esasen, Bankacılık Kanunu bakımından geçmişe yürürlük sözkonusu olmayacaktır. Çünkü, Bankalar Kanunu ve 4696 sayılı Kanun, aynı kuralı içermekteydi. Dolayısıyla, Bankacılık Kanunundan önceki fiiller bakımından boşluk söz konusu değildir.

V-Bankacılık Kanununun 141. maddesi, Bankacılık Kanunundan kaynaklanan TMSF alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresini yirmi yıl olarak düzenlemiştir. Bu hükme göre, 6183 sayılı Kanundaki beş yıllık zamanaşımı süresi, TMSF alacaklarında yirmi yıldır. Sürenin uzun

---

7 E. 2001/392, RG.18.12.2003

8 Oğurlu, Y., Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı beklentiler Sorunu, Ankara, 2003

9 E. 1999/51, RG.29.03.2002

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

tutulması, sonradan tespit edilen malvarlığının takip ve tahsilini mümkün kılması bakımından, yararlıdır.

Kanun, önceki kötü niyetli uygulamaları ve Ülke ekonomisine verdiği zararları gözönünde bulundurarak, bu tür davranışları caydırıcı hükümler içermektedir. Kamunun ödediği bedelin, takip ve tahsilinin kolaylaştırılması kamu yararı bakımından gereklidir. Ancak, ilgili maddelerin, daha kısa, açık yazılması; TMSF'nin yetkilerinin Kanuni idare ilkesine göre daha belirgin düzenlenmesi gerekmektedir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

ÖZEL YETKİLİ AĞIR CEZA MAHKEMELERİNİN GÖREVİNE GİREN SUÇLARDA MUHAKEME USULÜ

*Doç.Dr.Hamide ZAFER**

I. Genel Olarak

Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nın beşinci kitabı, özel yargılama usullerine ayrılmıştır. Bu Kitap'ta muhakeme usulü olarak gaip ve kaçakları yargılama usulü ile bazı suçların muhakeme usulüne yer verilmiştir[1]. Bu Kitabın dördüncü bölümü, "*Bazı Suçlara İlişkin Muhakeme*" başlığını taşımaktadır.

Eski Yasa'da dört maddede yer verilen bu hükümlere yeni Yasa'da, hemen hemen aynı içerikle, ancak üç maddede yer verilmiştir (CMK m.250-252).

Belirtelim ki, "Bazı Suçlara İlişkin Muhakeme" kurallarına ilişkin gerek eski CMUK m.394/a-394/d'deki, gerekse yeni CMK m.250-252'deki düzenlemeler, "Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"daki düzenlemelere büyük ölçüde benzemektedir.

Yasa'ya göre, gösterilen suçlar dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığı'nın önerisi üzerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yargı çev-

---

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Belirtelim ki, bu Kitap'ta "Tüzel Kişilerin Soruşturmada ve Kovuşturmada Temsili"ne de (m.249) yer verilmiştir. Kanımızca, bu kurumun yeri burası değildir. Tüzel kişinin, soruşturmaya ve kovuşturmaya katılması sözkonusudur. Bu nedenle, bu kurumun *davaya katılma* kurumu içinde düzenlenmesi sistematik açıdan daha yerinde olacaktı. Tasarı metninde, tüzel kişilerin yargılanma usulüne yer verilmişti. Tasarı'daki düzenleme, tüzel kişinin ceza sorumluluğunun bulunduğu ve dolayısıyla şüpheli sanık olabileceği şeklindeki görüşe uygundu. Tasarı'da, tüzel kişiye karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, tüzel kişinin ceza davasında temsili, tüzel kişinin temsilcisine uygulanacak tedbirler ve tüzel kişiye uygulanacak yükümlülükler kapsamlı olarak belirtilmişti (Tasarı m.259-263). Tasarı'da, gerçekten tüzel kişiler hakkında özel bir yargılama usulü öngörülmüştü. Ancak, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunmayıp güvenlik tedbiri sorumluluğu bulunabileceği görüşünün kabul edilmesi üzerine, tüzel kişinin ceza sorumluluğunun bulunduğu görüşüne uygun yapılan usul düzenlemeleri de Tasarı'dan çıkarılmış, ancak hükmün yeri değiştirilmemiştir (Bak.7.3.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na Sunulan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı, m.259-263).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

resi belirlenerek görevlendirilen ağır ceza mahkemelerinde yargılanacaktır. Yasa'da, bu mahkemeler, özel yetkili ağır ceza mahkemesi olarak adlandırılmamıştır. Bu mahkemeler de, ağır ceza mahkemesidir; ancak bu makalede, diğerlerinden ayırabilmek ve anlaşılmayı kolaylaştırmak için, bu mahkemeler özel yetkili ağır ceza mahkemeleri, diğerleri ise genel yetkili ağır ceza mahkemeleri olarak adlandırılmaktadır.

II. Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Kaldırılış Süreci

1961 Anayasası'nın "Mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri ile işleyiş ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir" hükmünü içeren 136. maddesine, 15.3.1973 gün ve 1699 sayılı Yasa ile şöyle bir hüküm eklenmişti: "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya devlet güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli Devlet güvenlik mahkemeleri kurulur. Ancak sıkıyönetim ve savaş haline ilişkin hükümler saklıdır". Maddenin daha sonraki fıkralarında bu mahkemelerin yapısı belirtilmiştir. Anayasa'nın bu maddesinde yapılan değişiklikle, Devlet güvenlik mahkemeleri anayasal bir kurum haline gelmişti.

Anayasa'nın 136. maddesine eklenen hüküm doğrultusunda, 11.7.1973 gün ve 1773 sayılı "Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"la Devlet güvenlik mahkemeleri kurulmuş ve göreve başlamıştır. Bu Kanun'un 1 ve 6. maddelerinin Anayasa'nın eşitlik ve doğal yargıç ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi, Yasa'yı biçim yönünden iptal etmiştir[2]. Mahkemenin iptal kararı, bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Ancak, bu süre içersinde yeni yasa çıkartılamamıştır. Devlet güvenlik mahkemeleri, iptal edilen Yasa'ya göre üç yıl süreyle görev yapabilmiştir.

1982 Anayasası'nın 143. maddesinde, Devlet güvenlik mahkemelerine anayasal bir kurum olarak tekrar yer verilmişti.

Gerek 1961 ve 1982 Anayasalarındaki, gerekse 1773 sayılı ve 2845 sayılı Yasaların gerekçelerine göre, "bütün Dünyada olduğu gibi, memleketimizde de son yıllarda yeni suç ve suçluluk kavramının ortaya çıkmış olması dolayısıyla suçluların ve suçların kovuşturulması için yeni usuller aranılması zorunlu olmuş, özellikle (Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren) suçların kovuşturma ve yargılamasında ceza müessiriyetini artırmak, süratli yargılamayı sağlamak, özellik arz eden bu suçların ihtisaslaşmış mahkemelerde görülmesini mümkün kılmak için Devlet güvenlik mah-

2 AyM, 6.5.1975-35/126 sayılı kararı. RG 11.10.1975 No.15388.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

kemelerinin kurulması faydalı görülmüştür. Filhakika Devletin varlığı ve devamlılığı ile ilgili bazı eylemler vardır ki, bunların işlenmesi halinde hem çabuk ve hem de en isabetli karara varabilmek şarttır. Bu da özel uzmanlık ister. Anayasamıza göre, belli bir eylem için o eylemin işlenilmesinden sonra özel mahkeme kurulamaz. İşte bunun için belirtilen suçlara ilişkin davalara bakmak üzere, daha önceden ve bir ihtisas mahkemesi olarak Devlet güvenlik mahkemelerinin kurulması kabul edilmiştir"[3].

1982 Anayasası'nın 143. maddesinde şöyle denilmekteydi: Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasa'da belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli Devlet güvenlik mahkemeleri kurulur. Devlet güvenlik mahkemesinde bir başkan ve iki asıl ve iki yedek üye ile bir savcı ve yeteri kadar savcı yardımcısı bulunur. Başkan, bir asıl ve bir yedek üye ile savcı, birinci sınıfa ayrılmış hakim ve Cumhuriyet savcıları arasından; bir asıl ve bir yedek üye, birinci sınıf askeri hakimler arasından; savcı yardımcıları ise Cumhuriyet savcıları ve askeri hakimler arasından özel kanunlarında gösterilen usule göre atanır.

Anayasa m.143'ün emri doğrultusunda, 16.6.1983 gün ve 2845 sayılı "Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"la, Devlet güvenlik mahkemeleri yeniden kurulmuştu. Yasa'da, Devlet güvenlik mahkemelerinin örgütlenme şekli belirtilmişti (DGMK m.2). Devlet güvenlik mahkemelerinin hangi ilde kurulacağı ve bu mahkemelerin yargı çevrelerinin hangi illeri kapsayacağı Yasa'da açıkça belirtilmişti. Adalet Bakanlığı, gelen iş durumunu gözönünde bulundurarak, aynı yerde birden fazla Devlet güvenlik mahkemesinin kurulmasına karar verebilirdi. Bu halde mahkemeler numaralandırılırdı. Bir Devlet güvenlik mahkemesine gelen iş durumunun veya olağanüstü bir halin gerekli kılması durumunda, bir mahkemenin yargı çevresinde bulunan il ve ilçeler, Adalet Bakanlığı'nın önerisi üzerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararıyla, başka yerdeki Devlet güvenlik mahkemesine bağlanabilir ve bu karar Resmi Gazete'de yayımlanırdı (DGMK m.2).

Devlet güvenlik mahkemelerinde, bir asıl üye ile bir yedek üyenin birinci sınıfa ayrılmış askeri hakimler arasından atanması, askeri hakimlerin Milli Savunma Bakanlığına bağlı olmaları ve bu hakimlerin özlük işlerinin Milli Savunma Bakanlığı'nca yerine getirilmesi, Devlet güvenlik mahkemelerinin bağımsızlığının ve meşruluğunun sürekli tartışılmasına neden olmuştur.

---

3 TC Anayasası Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Ankara 1983, 210-211'den aktaran, O.K.Keskin, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Yapısı, Görevleri ve Yargılama Usulleri, Ankara 1987, 17-18; S.Keskin, "Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Organize Suçlardaki Yetkilerinin İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi", Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele, Panel 5 Ekim 2001, 121.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

18.6.1999 gün ve 4388 sayılı Yasa'yla[4], Anayasa'nın Devlet Güvenlik Mahkemelerini düzenleyen 143.maddesinde, 22.9.1999 gün ve 4390 sayılı Yasa'yla[5] Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 5. maddesinde yapılan değişiklikle, *askeri hakimlerin* Devlet güvenlik mahkemelerinde görev yapmalarına son verilerek bu mahkemeler sivilleştirilmişti. Bu süreçte özellikle AİHM'nin İncal davasında verdiği karar[6] ve Kopenhag kriterleri etkili olmuştur. AİHM, İncal kararında, Devlet güvenlik mahkemelerinde askeri hakimlerin yer alması nedeniyle, bu mahkemelerin dışa karşı bağımsızlığını yitirdiğini ve dolayısıyla bu mevcut yapının AİHS'nin 6/1. maddesindeki bağımsız ve tarafsız hakim önünde yargılanma hakkını ihlal ettiğini ortaya koymuştur[7].

Devlet güvenlik mahkemeleri, ayrı bir yasayla önceden kurulmuş mahkemeler olmaları nedeniyle olağan, özel, adliye dışı ihtisas mahkemeleri görünümündeydiler[8].

Nihayet, 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Yasayla önce devlet güvenlik mahkemelerinin anayasal dayanağını oluşturan Ay m.143[9] yürürlükten kaldırılmıştır. Daha sonra, 16.6.2004 gün ve 5190 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun'la da[10], Devlet Güvenlik Mahkemelerinin varlığına son verilmiştir. Ancak, Devlet Güvenlik Mahkemeleri tarafından yargılanan suçlar açısından özel soruşturma ve kovuşturma usulüne duyulan ihtiyaç ortadan kalkmamıştır. Yasakoyucu, aynı Yasa'da, bir taraftan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu kaldırırken, diğer taraftan 1412 sayılı eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na "*Bazı Suçlara İlişkin Muhakeme Usulü*" başlıklı yeni bir fasıl eklemiştir. Bu fasılda, tek tek sayılan belirli suçlar için özel soruşturma ve ko-

---

4 RG 18.6.1999 No.23729.

5 RG 22.6.1999 No.23733.

6 AİHM'nin 9 Haziran 1998 tarihli ve 41/1997/825/1031 sayılı karar metni için bak. O.Doğru; İnsan Hakları Kararları Derlemesi, İstanbul 1998, 395-418; AİHM, 28.10.1998 tarihli Çıraklar kararında da, İncal kararında ileri sürdüğü nedenleri tekrarlamıştır. B.Öztürk/M.R.Erdem/V.Ö.Özbek; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2002, 950.

7 N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, İstanbul 2003, Paragraf 71, 77.

8 Olağan ve olağanüstü ayırımında ölçüt, mahkemenin suçtan önce kurulup kurulmadığıdır. Mahkemenin genel veya özel olması bu konuda bir ölçüt olamaz. Anayasa Mahkemesi de, Devlet güvenlik mahkemesini özel bir mahkeme türü olarak kabul etmiştir (Ancak belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi, bu mahkemeler için genel adliye içi mahkeme nitelemesi de yapmıştır). AyM, 15.4.1975-1973-19/87, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi 13, 483. Bu konudaki tartışmalar için bak.O.K.Keskin, 22, 28-30.

9 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun. RG 22.5.2004 No.25469.

10 RG 30.6.2004 No.25508.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

vuşturma usulleri öngörülmüş ve bu suçları yargılama görevi, örgütlenmesi yine bu fasılda belirtilen ağır ceza mahkemelerine verilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda da aynı hükümler benimsenmiştir.

III. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin Güncel Örgütlenmesi

26.9.2004 gün ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 8. maddesinde, adliye ceza mahkemeleri sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri olarak belirlenmiştir[11]. Bu mahkemeler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığı'nca kurulur (Adli Teşkilat K.m.9). Yasa'da adliye ceza mahkemeleri (sulh, asliye ve ağır ceza mahkemeleri) dışında, özel yasalarla da ceza mahkemelerinin kurulabileceği ve bunların özel yasalarda gösterilen dava ve işleri göreceği ifade edilmiştir (Adli Teşkilat K. m.8,15). Sulh, asliye ve ağır ceza mahkemeleri, birbirlerinden bağımsız ceza mahkemeleridir. Ancak, bu mahkemeler birlikte adliye teşkilatını oluşturmaktadırlar.

Genel yetkili ağır ceza mahkemeleri, il ve ilçelerde kurulur. Yargı çevreleri de bulundukları il merkezi ve ilçelerle bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır. Ancak, coğrafî durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak, bir ceza mahkemesinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine, özel yasalarında yargı çevresi belirtilmemiş olan diğer ceza mahkemelerinin yargı çevresinin belirlenmesine, Adalet Bakanlığı'nın önerisi üzerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca karar verilir (Adli Teşkilat K. m.15).

Görüldüğü üzere, (genel yetkili) ağır ceza mahkemeleri, kural olarak, il veya ilçelerde kurulmaktadır. İş durumuna göre, bu mahkemelerin daireleri oluşturulabilecektir (Adli Teşkilat K. m.9/4).

Buna karşılık, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 250. maddesinde, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin örgütlenme şekli belirlenmiştir.

Belirtelim ki, CMK 250. maddede Adalet Bakanlığı'nın önerisi üzerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek ağır ceza mahkemelerinin *görevlendirilmesinden* sözedilmektedir (CMK m.250/1). Gelen iş durumuna göre, yine Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca, aynı yerde birden fazla *ağır ceza mahkemesinin kurulmasından ve mahkemelerin numaralandırılmasından* sözedilmektedir (CMK m.250/2). Aynı yerde birden fazla özel yetkili ağır ceza mahkemesinin kurulacağını ve bu mahkemelerin numara-

11 RG 7 Ekim 2004 No.25606.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

landırılacağı ifadesi yanlıştır. Bir yerde bir mahkeme kurulur, iş durumuna göre, o mahkemenin daireleri oluşturulur ve bu daireler numaralandırılır. Dolayısıyla, bu hükmün kaleme alınış şekli hatalı olmuştur.

Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev ve yargı çevresini belirleyen CMK'nun 250. maddesinden, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin, genel yetkili ağır ceza mahkemesi bulunan yerlerde o mahkemelerin görevi ve yargı çevresi özel olarak belirlenmiş bir dairesi mi, yoksa genel ağır ceza mahkemesinin dışında ayrı teşkilatlanmış ancak adı ağır ceza mahkemesi olan başka bir mahkemenin mi sözkonusu yapıldığı açık bir şekilde ortaya konulmamıştır. Maddenin kaleme alınışı hatalı olmuştur.

Ceza Muhakemesi Yasası m.250'de, ağır ceza mahkemelerinin kuruluşundan değil, görevlendirilmesinden sözedilmektedir. Kanımızca CMK m.250'de, Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 9. maddesine göre Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak kurulmuş olan ağır ceza mahkemelerinin özel yetkili daireleri oluşturulmuştur. CMK m.250, adli yargı ağır ceza mahkemelerinin dairelerinin yargı çevresini ve görevini düzenlemektedir.

Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yasa hükümlerine göre, Adalet Bakanlığı bir ilde bir ağır ceza mahkemesi kurabilir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da, iş durumuna göre, bu ağır ceza mahkemesinin yargı çevresini birkaç ili kapsayacak şekilde belirleyebilir ve bu ağır ceza mahkemesini CMK m.250'deki suçları yargılamakla görevlendirilebilir. İş durumuna göre, bu ağır ceza mahkemesinin daireleri oluşturulabilir ve tüm daireler CMK m.250'de sayılan suçları yargılamakla görevlendirilebilir. Bu halde, özel yetkili ağır ceza mahkemesinden sözedilecektir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, oluşturulan daireler arasında şu şekilde de işbölüşümü yapabilir: Bazı daireleri CMK m.250'deki suçları, bazı daireleri ise Teşkilat Kanunu'nun 12. maddesindeki suçları yargılamakla görevlendirebilir. Bu halde, genel yetkili ağır ceza mahkemelerinin özel yetkili ağır ceza dairesinden sözedilecektir[12].

Özel yetkili mahkemelerin veya dairelerin, başkan ve üyeleri adli yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez (CMK m.250/2).

Kanımızca, CMK m.250'deki düzenleme, Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun hükümleri karşısında gereksizdir.

---

[12] Adliye dışı özel mahkemeler ve genel yetkili mahkemelerin özel yetkili daireleri hakkında bak.N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, 347 vd.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

IV. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinde Görev Yapan Cumhuriyet Savcıları

Mahkeme kuruluşu bulunan her il merkezi ve ilçede o il veya ilçenin adıyla anılan bir Cumhuriyet başsavcılığı kurulur. Cumhuriyet başsavcılığında, bir Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı bulunur (Adli Teşkilat K. m.16).

Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlarda soruşturma, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu Cumhuriyet savcıları Cumhuriyet Başsavcılığı'nca başka mahkemelerin ve dairelerin görevine giren suçların soruşturulması ve kovuşturulmasıyla ya da başka işlerde görevlendirilemez (CMK m.251/1).

Belirtelim ki, bu Cumhuriyet savcılarının soruşturma işlemlerini mümkün olduğunca kolluğa bırakmayıp bizzat veya kollukla beraber yapması gerekir (CMK m.251/1).

Özel yetkili Cumhuriyet savcıları, sözkonusu suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında hakim tarafından verilmesi gerekli kararları, varsa Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu işlerle görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyelerinden, aksi halde yetkili adli yargı hakimlerinden (yani soruşturma evresinde sulh ceza hakiminden) isteyebilirler (CMK m.251/2).

Bu özel yetkili savcılar, soruşturmanın gerekli kıldığı hallerde, suç mahalli ile delillerin bulunduğu yerlere gidilerek soruşturma yapılabilir. Suç, ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer dışında işlenmiş ise Cumhuriyet savcısı, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısından soruşturmanın yapılmasını isteyebilir (CMK m.251/3). Savcılar arası istinabe öngörülmüştür. Suç askeri bir mahalde işlenmiş ise, Cumhuriyet savcısı ilgili askeri savcılıktan soruşturmanın yapılmasını isteyebilir. Soruşturma yapmak üzere görevlendirilen suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcıları ile askeri savcılıklar, soruşturmayı öncelikle ve ivedilikle yaparlar (CMK m.251/4). Hemen belirtelim ki, savcılar arası istinabe diğer suçların soruşturmasında da öngörülmüştür (CMK m.1161/1).

Suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kolluk, soruşturma ve kovuşturma nedeniyle şüpheli veya sanığı, tanığı, bilirkişiyi ve suçtan zarar gören şahsı, ağır ceza mahkemesi veya başkanının, Cumhuriyet savcısının, mahkeme naibinin veya istinabe olunan hakimin emriyle, belirtilen gün, saat ve yerde hazır bulundurmaya mecburdur (CMK m.251/6).

Cumhuriyet savcıları, soruşturmanın gerekli kılması halinde, geçici olarak, bu mahkemelerin yargı çevresi içindeki genel ve özel bütçeli idarelere, kamu iktisadi teşebbüslerine, il özel idarelerine ve belediyelere ait bina, araç, gereç ve personelden yararlanmak için istemde bulunabilirler. Türk Silahlı Kuvvetleri kıt'a, karargâh ve kurumlarından istemde bulunulması

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

halinde istem, yetkili amirlikçe değerlendirilerek yerine getirilebilir (CMK m.251/7-8).

V. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin Madde (Görev) Yönünden Yetkisi

Hangi suçların özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yargılanacağı, Yasa'da sayma yoluyla belirtilmiştir.

Türk Ceza Yasası'nda yer alan, 1)örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, 2)haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar, 3)(305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), İkinci Kitap Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar.

Bu suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun, bu Yasa'yla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümlerle, savaş ve sıkıyönetim hali dahil, askeri mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır (CMK m.250/3).

Sözkonusu suçlar, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcısınca re'sen doğrudan doğruya soruşturma yapılır (CMK m.251/1).

VI. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Suçlarda Soruşturmanın Özellikleri

Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlarda, aşağıda belirtilen istisnalar dışında, Ceza Muhakemesi Yasası hükümleri uygulanır.

1. Yakalama ve gözaltına ilişkin özellikler

Sözkonusu suçlardan yakalananlar için gözaltı süresi, kırksekiz saat olarak uygulanır. Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren kırksekiz saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre, oniki saatten fazla olamaz[13].

Belirtelim ki, kırksekiz saatlik süreye yol süresi dahil değildir. Çünkü, CMK m.251'de sadece gözaltı sürelerine yollama yapılmıştır. Gözaltı süreleri dışındaki hükümler, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin (veya dairelerinin) görevine giren suçlar için uygulanabilirliğini devam ettirmektedir.

---

[13] Aksi görüş için bak.V.Ö.Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) Ankara 2005, 976.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Toplu olarak işlenen suçlarda, gözaltı süresi CMK m.91 uyarınca, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı tarafından her defasında bir günü geçmemek üzere, iki gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Gözaltı süresinin uzatılması emri, gözaltına alınana derhal tebliğ edilir.

Ancak, Anayasa'nın 120. maddesi uyarınca olağanüstü hal ilân edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında, toplu olarak işlenen suçlardan dolayı dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir. Hakim, karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler (CMK m.250/5).

2. Tutuklulukta geçecek sürenin özelliği

Bu suçlardan dolayı tutuklulukta geçecek süreler, diğer suçlar için belirlenmiş olan tutuklulukta geçecek sürelerden farklı belirlenmiştir.

1 Nisan 2008 Tarihine kadar, soruşturma evresinde tutukluluk süresi en fazla altı aydır. İddianamenin kabulü kararıyla *kamu davasının açılması halinde,* bu süre, soruşturma evresinde tutuklulukta geçen süre dahil iki yılı geçemez. Soruşturmanın veya yargılamanın özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması nedeniyle, yukarıda belirtilen sürelerin sonunda kamu davası açılamamış veya hüküm kurulamamış ise soruşturma konusu fiilin Yasa'da gösterilen cezasının alt sınırı yedi seneye kadar hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılır. Yedi sene ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda ise tutuklama nedenine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre, tutukluluk halinin devamına veya sona erdirilmesine veya uygun görülecek nakdi kefaletin verilmesi koşuluyla[14], tahliyeye karar verilebilir (1412 sayılı eski CMUK m.110)[15].

Belirtelim ki, bu tutukluluk süreleri, *1 Nisan 2008 tarihinden sonra* farklı hükümlere tâbi olacaktır. CMK m.102'de, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde sözkonusu olan tutukluluk süresi en çok iki yıl olarak öngörülmüştür. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez. Toplam tutukluluk süresi beş yıl olabilir. Bu hüküm, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlardan bazıları için iki katı olarak uygulanacaktır (CMK m.252/2). Tutukluluk süresinin iki katı olarak uygulanacağı suçlar şunlardır: TCK'nun, 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. maddeler hariç, İkinci Kitabı-

---

14 Yeni CMK'ya göre, güvence (kefalet) karşılığında salıverme, adli kontrol yükümlülüklerinden biridir ve bu tedbire hükmedilebilmesi için, suçun cezasının belirli bir sınırı aşmaması koşulu geçerli değildir (CMK m.109/1-f).

15 23.3.2005 Gün ve 5230 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.12 uyarınca, CMK'nun 102. maddesi, sözkonsu suçlar açısından 1 Nisan 2008 tarihinde yürürlüğe girer. Bu süre zarfında, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 110 uncu maddesinin uygulanmasına devam olunur.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

nın Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar.

3. Diğer özellikler

Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren sözkonusu suçların bazılarının[16] soruşturulmasında özel soruşturma usulleri uygulanabilmektedir.

Yasa'da belirtilen suçların soruşturma veya kovuşturmasında bu suçların işlendiği ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde şüpheli veya sanığa ait CMK m.128'de belirtilen ve belirtilmeyen tüm malvarlığı[17] değerlerine elkonulabilir. Belirtelim ki, bu tedbir, uygulamada genel müsadereye yol açacak bir tarzda uygulanmaya müsaittir[18].

Yine aynı şekilde özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlardan Yasa'da belirtilenlerin bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde şirket yönetimi için kayyım tayini sözkonusu olabilir (CMK m.133).

Belirtelim ki, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi veya teknik araçlarla izleme de Yasa'da belirtilen özel suçlar için başvurulan soruşturma işlemlerindendir (CMK m.139,140). Bu soruşturma usullerine (tedbirlere) özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren bazı suçların soruşturulmasında da başvurulabilir.

VII. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Suçlarda Kovuşturmanın Özellikleri

1. Genel olarak

Özel yetkili ağır ceza mahkemelerindeki duruşmanın özellikleri şu şekilde belirlenmiştir:

Bu suçlar acele işlerden sayılır ve bunlarla ilgili davalara adli tatilde de bakılır (CMK m.252/1-a).

Sanık sayısının çok fazla olması durumunda, sanıkların bir kısmının duruşmanın bazı oturumlarıyla ilgileri bulunmuyor ise duruşmanın bu oturumlarının, yokluklarında yapılmasına mahkemece karar verilebilir. Ancak, bu sanıkların yokluklarında yapılan oturumlarda kendilerini etkileyen bir

---

16 Belirtelim ki, her bir özel koruma tedbirine ilişkin düzenlemede sözkonusu koruma tedbirinin hangi suçların soruşturulmasında uygulanabileceği liste halinde belirtilmiştir.

17 Taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaplarına, her türlü hak ve alacakları gibi.

18 Anayasa mahkemesinin benzer konudaki iptal kararı için bak.AyM.3.6.1988-1987-28/16, RG 20.8.1988 No.19905.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

hal ortaya çıktığı takdirde, buna ilişkin söz ve işlerin esaslı noktaları sonraki oturumlarda kendilerine bildirilir (CMK m.252/1-b).

Mahkeme, güvenliğin sağlanması bakımından duruşmanın başka bir yerde yapılmasına karar verebilir (CMK m.252/1-c). Bu halde, mahkeme (veya daire) süjeleriyle beraber başka bir yere naklolunur.

Bu davalarda, esas hakkındaki iddiasını bildirmek için Cumhuriyet savcısına, katılan veya vekiline, iddialara karşı savunmasını yapmak için sanık veya müdafiine makûl bir süre verilir. Savunma süresinin verilmesi zorunlu, ancak sürenin miktarı takdiridir. Bu süre, savunma hakkının sınırlanması anlamına geleceği durumlarda re'sen uzatılabilir (CMK m.252/1-d). Uzatılan süre, hakim tarafından belirlenen takdiri süredir.

Mahkeme, duruşmanın düzen ve disiplinini bozan sözlü veya yazılı beyan ve davranışlarla mahkemeye, mahkeme başkanı veya üyelerden herhangi birine, Cumhuriyet savcısına, müdafie, zabıt kâtibine yahut görevlilere tahkir veya hakaret oluşturan söz ve davranışlar hakkında yayım yasağı koyabilir (CMK m.252/1-e).

Mahkeme başkanı, duruşmanın düzenini bozan sanığı veya müdafii o günkü oturumun tamamına çıkmamak üzere, duruşma salonundan çıkartır. Bunların, sonra gelen oturumda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacak davranışlara devam edecekleri anlaşılırsa ve hazır bulunmaları gerekli görülmezse, yokluklarında duruşmaya devam olunmasına mahkemece karar verilebilir. Bu karar, esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak biçimde uygulanamaz ve sanığın kendisini başka bir müdafi ile temsil ettirmesine izin verilir. Duruşma salonundan çıkartılan sanık veya müdafiin, bundan sonraki oturumlarda da duruşmanın düzenini bozmakta ısrar etmeleri halinde, bir daha aynı dava ile ilgili oturumların tamamına veya bir kısmına katılmamalarına da karar verilebilir. Bu hüküm müdafi hakkında uygulandığı takdirde, durum ilgili baroya bildirilir. Bu halde de, sanığın kendisini başka bir müdafi ile temsil ettirmesi için uygun bir süre verilir. Oturumların bir kısmına ya da tamamına katılmamasına karar verilen müdafi, Baro tarafından görevlendirilmiş ise durum, kendisini tayin eden mercie de bildirilir. Duruşma salonundan çıkartılan sanık veya müdafi tekrar duruşmaya alındıklarında, yokluklarında yapılan iş ve işlemlerin esaslı noktaları kendilerine bildirilir. Sanık ya da müdafi isterlerse, yokluklarındaki tutanak örnekleri de kendilerine verilir. Duruşma salonundan çıkartılan veya oturumlara katılmamalarına karar verilen sanık veya müdafiler, mahkemenin tayin edeceği süre içerisinde yazılı savunma verebilirler (CMK m.252/1-f).

Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri (veya daireleri) ile genel yetkili ağır ceza mahkemeleri (veya daireleri), aynı derecede mahkeme ve dairelerdir. Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri veya daireleri, iddianamenin kabulün-

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

den sonra, yargılamanın genel yetkili ağır ceza mahkemelerinin veya dairelerinin görevine girdiği gerekçesiyle her zaman görevsizlik kararı verebilirler (CMK m.252/1-g).

Kovuşturma esnasında, sanığa veya onun adına tebligat yapılacak kimselere tebligat yapılmaması hallerinde, işin iveliliğine göre basın veya diğer kitle iletişim araçlarıyla tebligat yapılabilir (CMK m.252/1-h).

2. Tanık dinlemenin özelliği

Özellikle örgütlü suçluluk kapsamında işlenen suçların tanıklarının korunmaya ihtiyacı vardır. Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar örgütlü suçluluk kapsamında değerlendirilen suçlardır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması esnasında, tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa, kimliklerin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliğin saklı tutulması için tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir (CMK m.58/2).

Ayrıca, kovuşturma evresinde duruşmada, hazır bulunanlar huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa, hakim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılabilecektir. Bu yöntemle tanığın dinlenmesi ona soru sorulmasını engellemez (CMK m.58/3). Tanığın ve yakınlarının tanıklıktan önce ve sonra korunması ile ilgili kanun çalışmaları sürdürülmektedir.

VIII. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Suçlarda Kanun Yollarının Özellikleri

1. Genel olarak

Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri (veya daireleri) tarafından verilen son kararlara karşı olağan ve olağanüstü kanun yollarına başvurulabilir. Ancak, belirtelim ki, istinaf mahkemeleri kuruluncaya kadar bu mahkemelerin (dairelerin) kararlarına karşı 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası hükümleri uyarınca, temyiz yoluna başvurulabilecektir. Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin (veya dairelerinin) son kararları başvurulacak olan kanun yolları bakımından bir özellik taşımamaktadır. Ancak, hakimlik ve yasada belirtilen hallerde mahkemenin ara kararlarına karşı başvurulabilecek olan itiraz kanun yolu, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin (veya dairelerinin) örgütlenmesi açısından özellik taşımaktadır. Aşağıda sadece bu kanunyolu ile ilgili açıklamalara yer verilmiştir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

2. İtirazın özelliği

Ceza Muhakemesi Yasası'na göre, hakimlik kararları ile yasanın gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı, itiraz kanun yoluna gidilebilir (CMK m.267).

Hakim veya mahkeme kararına karşı itiraz, yasanın ayrıca hüküm koymadığı hallerde, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde, kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşuluyla, zabıt katibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı, mahkeme başkanı veya hakim onaylar. Kararına itiraz edilen hakim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan (üst) mercie gönderir. İtirazı incelemeye yetkili merciler şunlardır: a) Sulh ceza hakiminin kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları asliye ceza mahkemesi hakimine aittir. b) Sulh ceza işleri, asliye ceza hakimi tarafından görülüyorsa, itirazı inceleme yetkisi ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanına aittir. c) Ağır ceza mahkemesi ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir (CMK m.268).

Yasa'da gösterilen suçların soruşturma evresinde, hakimlik kararları, eğer Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca görevlendirilmiş ise ağır ceza mahkemesi yedek hakimi tarafından; aksi halde, adli yargı (sulh ceza) hakimi tarafından verilir (CMK m.251/2). Yasa'da, soruşturma evresinde, bu hakimin kararlarına itiraz söz konusu olduğunda ve hakim kararını kendisi değiştirmediğinde bu itirazı inceleyecek mercii özel olarak belirtilmemiştir. Belirtelim ki, Devlet güvenlik mahkemeleri döneminde bu husus açıkça düzenlenmişti (DGMK m.13).

Aynı şekilde, kovuşturma evresinde, özel yetkili ağır ceza mahkemesinin (dairesinin) kararlarına karşı itiraz edilip de kararı veren özel yetkili ağır ceza mahkemesinin (dairesinin) kendi kararını değiştirmediği hallerde, bu itirazı incelemeye yetkili merci de belirtilmemiştir.

Kanımızca, özel suçların muhakemesi sırasında itiraz edilebilir kararlar verildiği hallerde, CMK m.268/3-c'ye göre, itirazı incelemeye yetkili daire veya mahkeme belirlenecektir. Bir ilde, söz konusu özel suçları yargılamak üzere, bir tek ağır ceza mahkemesi kurulmuş ve bu mahkemenin dairesi yok ise bu halde en yakın yerdeki ağır ceza mahkemesi itirazı inceleyecektir. En yakın yerdeki ağır ceza mahkemesinin, özel yetkili ağır ceza mahkemesi olup olmaması veya bu mahkemenin özel yetkili dairesinin bulunup

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

bulunmaması, önemli değildir. En yakın ağır ceza mahkemesi, bu itirazı inceleyebilecektir.

Bu özel suçları yargılayan mahkeme, ağır ceza mahkemesinin bir dairesi olarak görev yapıyorsa, bu dairenin kararlarına karşı yapılan itirazları, kararına itiraz edilen özel yetkili daireyi numara olarak izleyen daire, merci sıfatıyla inceleyecektir. Özel yetkili daireyi izleyen daire, diğer bir özel yetkili daire olabileceği gibi; genel yetkili bir daire de olabilir. Örneğin, bir ağır ceza mahkemesinin üçüncü dairesi özel yetkili mahkeme olarak görev yapıyorsa ve o mahkemenin başka özel yetkili dairesi de yoksa, bir numaralı genel yetkili daire itirazı inceleyebilmelidir. Diğer yargı çevresindeki özel yetkili dairenin merci olarak görev yaptığını kabul etmek, yürürlükte olmayan DGMK m.18 hükmünü uygulamaya devam etmek anlamındadır.

Kanımızca, uzman olmayan bir mahkemenin veya dairenin itiraz konusunu değerlendirmesi endişe yaratmamalıdır. Çünkü itirazı inceleyecek olan hakim, mahkeme ve daireler suçluluk konusunda bir değerlendirme yapmayacaktır. Merci, itiraza konu ara kararın veya hakimlik kararının haklılığını inceleyecektir. Bu tür incelemeler uzmanlığı zorunlu kılmamaktadır. İtirazı inceleyen mercilerle kararı veren merciler, işbölümü esasına göre çalışırlar.

IX. Sonuç

Adliye mahkemeleri teşkilatı içinde yer alan özel yetkili ağır ceza mahkemeleri, uzmanlaşmayı sağlamak üzere, genel mahkemelerin ihtisas dairesi olarak görev yapmaktadırlar. Bu dairelerin veya tek daire var ise mahkemenin genel ağır ceza mahkemelerinden bağımsız bir yapıları bulunmamaktadır. Adli teşkilat içinde yer alan özel daireler, işbölümü esaslarına göre çalışırlar. Bu nedenle yargılama birliği içinde yer alırlar[19]. İhtisas mahkemelerinin (veya dairelerinin) görev alanına giren suçlarda soruşturma ve kovuşturma evrelerinde genel muhakeme kurallarından ayrılınması; diğer bir söyleyişle genel muhakeme kurallarına istisnalar getirilmesi bu suçların özelliğinden kaynaklanabilir ve bu tür suçlulukla mücadele için zorunlu da olabilir. Ancak bu istisnai düzenlemelerin şüpheli veya sanığın özellikle savunma hakkını kısıtlayıcı nitelikte olmaması gerekir. Bu özel suçların takibine ilişkin olarak savunma hakkını zedeleyici nitelikteki istisnai hükümler özellikle müdafi ile görüşme hakkına ilişkin sınırlamalar eski CMUK'da yapılan değişikliklerle kaldırılmış ve bu tutum yeni CMK'da da sürdürülmüştür.

Ancak, gerek 5271 sayılı CMK ve gerekse 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yet-

19 N.Kunter/F.Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, İstanbul 2002, N.7.4(78).

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

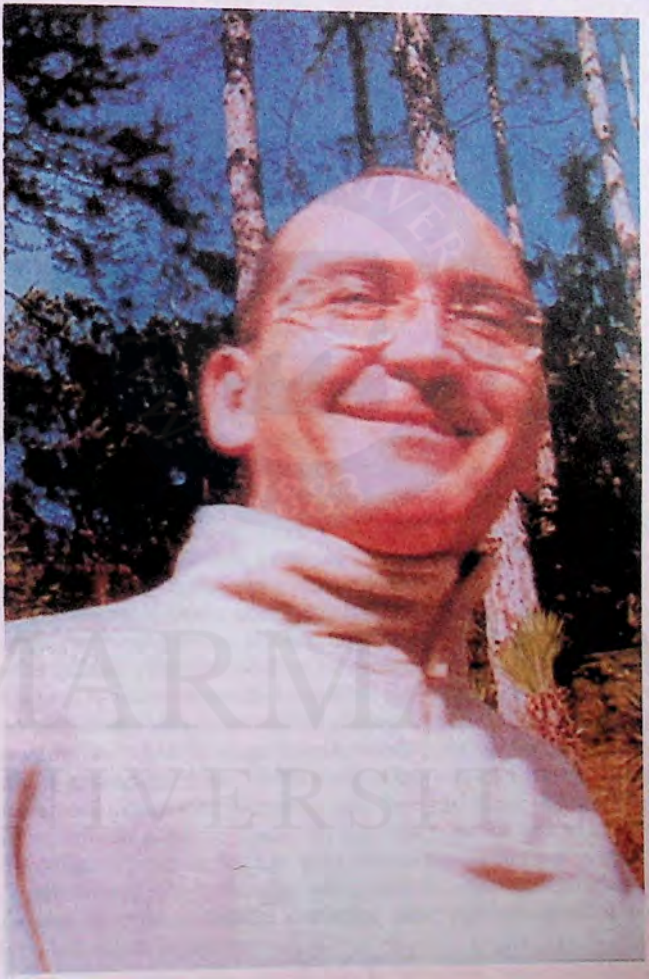
kileri Hakkında Kanun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yasalaşma sürecinin aceleye gelmesi nedeniyle yasalar arasında uyum sağlanamamıştır. İncelediğimiz konuyla ilgili boşluklar ve çelişkiler meydana gelmiştir. Örneğin itiraz kanunyoluyla ilgili olarak yürürlükte olmayan DGMK m.18 hükmünün uygulanmasına devam edilmektedir. Kovuşturma evresinde tutuklamaya ilişkin bir karara itiraz edildiğinde, tek ihtisas dairesinin görev yaptığı yargı çevrelerinde dosya en yakın yerdeki ihtisas mahkemesine (veya dairesine) gönderilerek sanığın makul sürede yargılanma hakkına zarar verilmektedir. Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin (veya dairelerinin) adli yargı içinde değerlendirilmesi ve itirazı inceleyecek merciin CMK m.268'e göre belirlenmesi gerekir.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

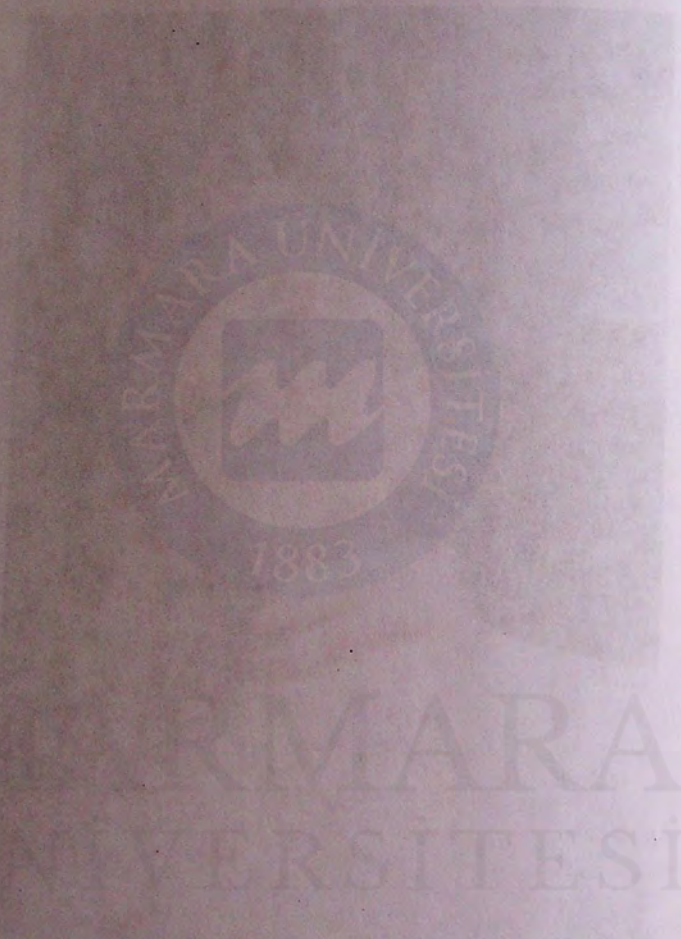
MARMARA
ÜNİVERSİTESİ

ANILAR



Doç. Dr. Mehmet SOMER
(1958 - 2003)

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ



Yaşamın ne getireceğini bilebilmek çok mümkün değilse de her şey olup bittikten sonra bazı anlar insanın dikkatini çekiyor. Burada küçük bir anımı paylaşmak isterim. Ben yıllardan beri zaman zaman şiir yazarım. Mehmet'in hastalığından kısa bir süre önce, fakültede odamda oturuyordum. Ders bitmişti, eve dönmek için Mehmet'in mesaisinin bitmesini bekliyordum. Akşamüzeri, güneş batmak üzere...Muhteşem bir manzara... Bir süre manzaraya dalıp gittim. İnsana o kadar güzel duygular veriyordu ki. Kağıdı kalemi aldım, şu dizeleri karaladım:

Yaşadığımız ikinci bahar değil
Yalancı bahar gülüm
Kara bulutlardan korkma
Onlar yağmur getirir
Beyaz bulutların ardından ansızın
Çıkıp geliverir ölüm.

Ne hissettiklerim ne de manzara bu dizeleri çağrıştırıyordu. Niye yazdım? Bilmiyorum. Ama gerçekten ölüm ansızın çıkıp geldi.

Mehmet... Fakültede meslekdaşım, evde eşim, ailemde çocuklarımın babası, hayatta hiç tereddüt etmeden sırtımı dayadığım dostum, destekçim... Her ölüm, her ayrılık bizden bir şeyler götürür; ama aynı anda bu kadar çoğunu götüreni azdır. Hayatıma girdiği andan itibaren her zaman bana çok şey öğretti. Ölümü bile... ölümü bile bunu bozmadı. Böyle bir olayın arkasından bu kadar çabuk toparlanabilmem de yine O'nun sayesinde oldu; sevgisini hep yüreğimde, elini hep omzumda hissettim. Teşekkürler Mehmet! Verdiğin ve vermeye devam ettiğin her şey için...

Ve kızlarımız, prenseslerimiz, Zeynep ile Pelin. Zaten hep çok özel iki çocuk oldular. Biz onlarla hep açık, dürüst, sevgi dolu saygı dolu ilişkiler içinde olduk. Babaları onlar için hep özel bir insan oldu, hayatlarının her anını dolduran bir babanın hastalandığını, yattığını görmek; onun ile gezmenin, onunla alış veriş yapmanın, gösterilerini onunla paylaşabilmenin eksikliğini hissetmek hiç de kolay olmadı. Hastalığın adını belki onların yanında telaffuz etmedik ama süreci hep birlikte yaşadık ve özellikle hiçbir zaman onları dışarıda tutmadık. Üzüldüğümüzde onlar da üzüldü, sevindiğimizde onlar da sevindi, küçücük kafalarından geçen kaygıları korkuları gidermek için hep yanlarında olduk. Çoğu büyük insanın göstermeyi başaramayacağı bir direnç ve inançla ayakta durdular. Belki biraz erken olgunlaştılar ama demek ki yaşamaları gereken bir deneyimdi. Hayatlarında, her şeyin hak ettikleri şekilde güzel gerçekleşmesi en büyük dileğim. Kolay bir sene değildi. Zaman zaman kemoterapi sonrasında o sıkıntılı zamanlarda, her şeye yetişmeye çalışırken yorgun düştüğüm dönemlerde, radyoterapi için hastaneye yattığımızda onlar ile ilgilenemedim demeyeceğim ama daha az ilgilenebildiğim zamanlar oldu; bunları olgunlukla ve anlayışla karşıladılar. Onları çok seviyoruz.

Mehmet, kendisini uzun süre göremeyip özlediği için "nerelerdesin" diye soranlara, gülerek Atatürk'ün şu sözünü söylerdi; "beni görmek behamahal yüzümü görmek demek değildir". O bizim hep yanımızda, ya biz? İşte bu sorunun cevabı elinizde tuttuğunuz Armağan'dır.

25 Mayıs 2003 de sevgi ve gözyaşları ile uğurladık O'nu. Bu Armağan ile ait olduğu yere, hayatlarımıza tekrar giriyor. Bir kez daha hoş geldin Mehmet. Sevgiyle ve saygıyla...

Doç. Dr. Pervin SOMER
Haydarpaşa-Kasım 2005

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MEHMET SOMER'E MEKTUP

Brüksel dönüşü sizin fakülteye gelmiştim, biliyorsun. Çok az tanıdığım vardı o dönemde, M.Kemal Omağ dekan yardımcısıydı (fakülteden sınıf arkadaşım) öteki yardımcı da sendin, öğrenciler tüm sorunlarıyla sana bağlıydılar hatırladığım kadarıyla. İşte senin en temel özelliğini o zaman görmüştüm, ne kadar gergin, kızgın, sinirli de olsan belli etmez, hem onlara, hem bizlere hep yumuşak, sakin yüzünle yaklaşırdın. Hâlini anlayıp da sorduğumda gene sakin, dudağının kenarında o küçük gülümsemeyle anlatırdın, tabii elinde de sigaran...

Bazen bunalıp dolaşmak için koridora çıktığında rastlardım sana, yüzünü kararmış görünce şakalaşırdım seninle biraz havanı değiştirmek için. O zaman hemen yüzün değişir, gene o güzel gülümsemen gelir yerine otururdu.

Gerek yönetimdeki gerek öğrencilerle olan ilişkilerinde, gerekse dostlarınla aynı sakin, saygılı ve sevimli çizgini hep korudun.

Bazen senin kapının önünden geçerken, içimden gelir, kapıyı açar "selam ..... Mehmet" (o sözcüğü yazmıyorum,aramızda, herkes bilmez) diye seslenir, sen de bir an masadan başını kaldırır, daldığın sıkıntılı âlemden çıkar, gene o sessiz kahkahalarından birini atardın. Tanıdığım kadarıyla sıkıntılarını hiç dışarıya vuramazdın ki.....

Ha bir de son yediğimiz yemek var, yerini hatırlamıyorum, siz, biz, Dinçkol'lar ve bir de Nihal Saban, ne kadar eğlenmiştik, orada da yaptığım bir şakayı önce sen anlamış, sessiz sessiz gülmüştün.

Mektubumu yakında duyduğum ama çok beğendiğim bir fıkrayla bitirmek istiyorum; iki arkadaş uzun bir yolculuk için gara gelmişler, bakmışlar gecikme var, oturmuşlar garın içindeki lokantaya yiyip içmeye başlamışlar. Gecikme uzamış, yemek uzamış derken birden düdükler çalmış, tren hızla gara girmiş, arkadaşlar ayağa fırlamış biri gelen trene atlayıp gitmiş. Kalan ise bir yandan dövünüyor, bir yandan da gülmekten katılıyormuş. Gardakiler şaşırmış, ne oluyor diye sormuşlar. Adam cevap vermiş; "yahu trene ben binecektim, o beni yolcu etmeye gelmişti, o bindi gitti, ben kaldım."

Güle güle sevgili Mehmet.....

Mehmet AKAD*

* Prof. Dr., Kadir Has Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Mehmet Somer; sadece bir meslektaş değil, candan bir dost.

1985 yılında Haydarpaşa'nın henüz harap binasında başlayan "oda arkadaşlığı", dudaklarından eksik olmayan sigarası, gülümseyişi ve bulaşıcı neşesi.

Disiplinli, çalışkan bir akademisyen.

Her daim kalabalık sınıflarda, öğrencilerin dersini dinlemekten zevk duydukları başarılı bir öğretim üyesi.

Yine bir dönem, birlikte yaptığımız Dekan Yardımcılığı görevi. Gayet uyumlu bir mesai ile bir işi, birbirimize tanımlamaya bile gerek görmeden neredeyse aynı sonuca ulaştıran titiz çalışma anlayışı. İşin yoğunluğundan şikayet etmeyen, daima destekleyici, çözüm üretici bir çalışma insanı.

Hafta sonları arkadaşlarla yaptığımız gezilerde keyifli bir eğlence adamı.

Yıllar geçtikçe ailelerimizin büyümesi, ancak eksilmeyen birliktelikler. Saatlerce süren akşam yemeklerinde Mehmet'in hep var olan neşesi.

Sevecen bir baba.

Aynı zamanda bir hayvansever.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kuruluşuna katkıda bulunmak üzere ayrıldığım 2001 yılından itibaren en fazla birlikte çalışmayı arzu ettiğim kişi. Bu arzum tam gerçek olacak iken ve kendisinin Fakültemize katılma işlemleri gerçekleştirilirken, aramızdan ayrılışının üzüntüsünü yaşadığım "insan".

Ancak hep o keyifli haliyle, capcanlı belleğimde.

Her daim de öyle kalacak.

Abdullah DİNÇKOL*

---

* Prof. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

SEVGİLİ MEMOCUM

Bu yazıyı yazmak için notebookumun başına oturduğumda, küçük oğlum elinde üzerinde mumu yanan pasta ile salondan içeriye girdi. Onu gördüğümde gözlerimden akan yaşları saklamak için yerimden hiç kalkmadan sırtım onlara dönük koltuğuma gömüldüm. Çünkü ortanca oğlum Mehmet Mert'in doğum gününü kutladığımız bugün, Mehmet'in de doğum günü. Mehmet'le aynı ismi taşıyan oğlumun doğum günleri de aynı gün olduğu için, sağlığında Mehmet'in doğum günü partilerine hiç katılamadım. Mehmet'e daha önce uğrar, doğum gününü kutlar, durumu izah eder ve eve oğlumun doğum gününü kutlamaya gelirdim. Üç oğlumdan Mehmet'le aynı gün doğan ortanca oğluma, Mehmet ismini, Mehmet'i tanımadan önce vermem ile kendi doğum günüm olan 25 Mayıs günü Mehmet'in naşını ebedi istirahatgahına ellerimle yerleştirmem bir rastlantı mıdır, bilemiyorum. Mehmet'le İstanbul Hukuk Fakültesi'ne aynı yıl girmemize rağmen birbirimizi görmeden ve tanımadan okul yıllarımızı geçirmişiz. Mehmet'le ortak dostumuz Seçkin Erel vasıtası ile tanışıp, uzun yıllar birlikte çalıştık. Sigaradan nefret ettiğimden, sigarayı bırakmaları için tüm çevremle hep mücadele etmişimdir. Mehmet'le ilk tanıştığım anlardan itibaren sigarayı bırakması için mücadele ettim. Mehmet kendisine ilk evini aldığında "içine girdiğim gün söz veriyorum sigarayı bırakacağım" diyerek bana söz verdi. Sözünün gereğini yerine getirerek sigarayı bıraktı. 15 gün sonra bir araya geldiğimizde yarım ay şeklinde bir göbek yapmış olan Mehmet, "Bak Hakkuş, sana söz verdiğim için sigarayı bıraktım, ama kilo almaya böyle devam edersem sağlığım bozulacak. Bizim ailede babam 70 yaşında, gençliğinden beri iki paket sigara içer ama hiçbir sağlık sorunu yok, böyle kilo almaya devam edersem ailede kalp rahatsızlığından ölen çok, bu sebeple kalpten öleceğim" diyerek benden verdiği sözü bozabileceğini söylememi istedi. Maalesef onun beni ikna etmesine izin verdiğim için 10 yıl sonra bu felaketin başımıza geldiğine inanıyorum. Çünkü ilk önce sigaradan dolayı hiçbir şey olmadığını söylediği çok sevdiğimiz babasını, sigaranın sebep olduğu hastalıktan kaybettik. Daha sonra da sevgili Mehmet'i. Sevgili Mehmet göz kamaştırıcı, parıltılı bir zekaya sahipti. Çok engin hukuk bilgi ve dehasına sahipti. Önüne gelen dosyayı çok seri olarak kavrar ve sonuçlandırırdı. İş hayatındaki sert görünüşlü yapısının tersine, özel hayatında aşırı denilecek kadar muzip olan Mehmet, sevgi dolu, tüm aile ve çevresinin derdine ortak olan, kucaklayan çok iyi bir dosttu. Somer soyadını, Atatürk'ün yakın arkadaşı olan dedesine, soyadı kanunu çıktığında Atatürk'ün bizzat kendi el yazısı ile "Somer" yazarak verdiğini ve O'nun bu soyadına gerçekten çok yakışan "Adam gibi adam" olduğunu tüm dostları bilirdi. Mehmet gezmeyi çok severdi. Arkadaşlarımız ile birlikte İznik'te bulunan evime gider, orada gündüz çevreyi gezer, bazen de göl kenarında futbol oynardık. Yaptığımız futbol müsabakasını, sevgili Serap

T.C. MARMARA ÜNİVERSİTESİ
Dokümantasyon

Helvacı kameraya almıştı. Bu kaseti CD'ye çekmek için hocamdan alıp seyrederken, Mehmet'in attığı golden sonra tişörtünü başına geçirip göbeğini oynatırken, o neşe ve yaşama sevincini görüp, isyan etmemek mümkün değil. O kadar hayat doluydu ki! Murat Canyürek musalla taşındaki Mehmet'in naşının önüne geçmiş içi kan ağlayarak, kendisi dururken Mehmet'in ölmesine içerleyerek "Ölüm sana yakışmadı" diye haykırıyordu. Evet bu görüntüleri seyrettikçe ölümün ona hiç yakışmadığını haykırmak, isyan etmek istiyorum. Yan yana çalıştığımız odada hapşırsam hemen yanıma gelir "Hakkuş ölüyor musun helvanı mı yiyeceğiz" diyerek alay ederdi. Sevgili Mehmet doçentlik kadrosunu alıp, tüm özel üniversitelerin gözdesi olduğu, çok sevdiği Dikili'den yazlığını alıp artık tam dinlenip rahat edeceği günlerini maalesef yaşayamadı. Yazlık evini yeni yerleştirdiği mayıs ayında, bacağındaki ağrısından dolayı İstanbul'a gelmişti. Mehmet o zaman hastalığını hissetmiş ve bize babası gibi hastalandığını söylemişti. Kendisini, çok kuruntu yaptığını söyleyip susturduktan sonra, nöroloji profesörü olan arkadaşımdan randevu alarak birlikte yanına gittik. Mehmet, muayenesinde televizyon kaldırdığından dolayı belini incittiğini söylemişti. Bu sebeple ciddi bir araştırma yapmadan sebebin bu olduğunu zannederek üzerine düşmediğimiz bu hastalığını, 3 ay sonra akciğer filmi çekildiğinde öğrendiğimizde hepimiz şok olduk. Kaderci bir insan değilim ama tüm bu yaşadıklarımın tesadüf olduğunu da kabul edemiyorum. Bizi bir araya getiren, bizi birbirimize iten ve zamansız ayıran bir sebebin olduğuna inanıyorum. Mehmet'le belki en çok tartışıp kavga edenin de, üzülenin de ben olduğumu sanıyorum. Mehmet ile ilgili kitaba anılarımı yazmak, benim için çok zor. Öncelikle onunla birlikte yaşadıklarımın ve tüm anılarımın yeniden canlanması canımı acıttı. Sevgili dostum Memomun eşi Pervin hocamın, Mehmet'in geri döneceği hikayesine, yalandan da olsa inanıp üzüntülerimizi azaltıp bir nebze olsun teselli bulsak da, bugün Memocum maalesef yok.

Sevgili Memocum, seni çok seviyorum. Ancak unutulup hatırlanmayanlar ölür. Sen hep kalbimizdesin, seni hiçbir zaman unutmayacağım. Resmin hep gözümün önünde masamda, gülen gözlerin ve yüzünle hep karşımdasın, bana bakıyorsun. Yokluğuna hiç alışamadım, hasretinden içim acıyor, yüreğim kanıyor ve ağlıyorum.

İsmail Hakkı GÜLHAN

---

* Avukat, İstanbul Barosu

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Okulda çay ocağında işe başladığımda ilk Mehmet Hocamla tanıştım. Gerçekten en iyi müşterimdi. Okulda çok sevildiğinden misafiri eksik olmazdı. Bu da benim daha çok çay-kahve satmam demekti. Çay ocağında yeni olduğum için Hocamdan çay hesabı isteyemiyordum, çekiniyordum, hesabı da çoğalmıştı. Bir cuma günü, Tarık çay hesabım kaç para, neden söylemiyorsun diye sordu. Hocam çekindiğimden söyleyemedim dedim. Neden çekiniyorsun söyle dedi. Bende kırkikimilyon, yalnız Pervin Hocamınkileri de size yazdım dedim. Oh dedi, Pervin içsin paraları ben ödeyeyim, oh ne ala memleket. Mehmet Hocam, Pervininkileri de bana yaz, paranı da haftada bir iste dedi. Bundan sonra, hafta sonu geldiğinde, beni görünce hemen bir yeşillik verirdi.

Tarık KIYI

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Sponsor: KILIÇ HUKUK

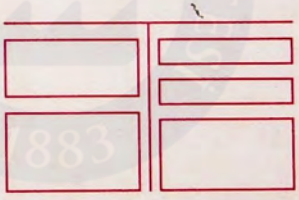
M.Ü. Kütüphane ve Dokümantasyon
Daire Başkanlığı
M0141476

PROF. DR. HALUK SUMER

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

EINFÜHRUNG IN DIE EDV - UNTERSTÜTZTE

BUCHFÜHRUNG



MARMARA ÜNİVERSİTESİ

İSTANBUL 2003