

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

Bilgi için www.barobirlik.org.tr/avtr
Sorularınız için avtr@barobirlik.org.tr

"AV.TR" ALT ALAN ADI ALMAK İSTEYENLER İÇİN BİLGİ NOTU

1) "av.tr" Alan adını kimler alabilir:

Avukatlar, Avukatlık Büroları, Avukatlık Ortaklıklarına av.tr altında alan adı, örneğin xyz.av.tr, tahsis edilebilir. DNS yönetimine yapılan başvurular şahsi yapılabileceği gibi bunlar adına servis sağlayıcılar tarafından da yapılabilir.

2) Alan adı başvurunuzu yapmadan www.barobirlik.org.tr/avtr adresinde yer alan [av.tr] Alt Alan Adı Tahsis Kuralları ve [av.tr] Alt Alan Adı Tahsis ve Kullanım Taahhünamesini lütfen dikkatlice okuyunuz.

3) Alt alan adları <https://www.nic.tr> adresinden online başvuru ile başlatılacak bir prosedüre göre verilmektedir. [av.tr] alt alan adı tahsis için öncelikle <https://www.nic.tr> adresine online başvuru yapmanız gerekmektedir. Bu başvuruyu kendiniz yapabileceğiniz gibi sizin adınıza servis sağlayıcınız da yapabilir.

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

Online başvuru prosedürünün ilk adımı olarak bir "sorumlu kodu" almanız gerekmektedir. Sorumlu kodu almak için <https://www.nic.tr> adresinden yapacağınız online başvuru sırasında çalışan bir e-posta adresiniz ve vergi numaranız gerekmektedir. Ayrıca <https://www.nic.tr> adresine yapacağınız online başvuru sırasında yardım menüsünün altında bulunan formlardan **alan adı tescil formunun** başvuru esnasında ODTÜ'ye iletildiğinden emin olunuz. Gereklinim duyabileceğiniz diğer teknik bilgiler için servis sağlayıcınıza danışabilirsiniz.

4) Online başvurudan sonra, 2 numaralı maddede belirtilen belgelerdeki kurallara göre istenen, www.barobirlik.org.tr/avtr sayfasındaki formu doldurduktan sonra çıkartacağınız taahhünameyi, her sayfasını imzaladıktan sonra baronuzla tasdik ettirerek Türkiye Barolar Birliğine ulaştırmanız gerekmektedir.

5) Türkiye Barolar Birliği tarafından başvurunuz incelenerek onaylanması halinde bu onay DNS yönetimine bildirilecektir.

6) DNS yönetimi yapılan online başvurunun ardından Türkiye Barolar Birliğinden verilecek onay üzerine; tarafınıza, almak istediğiniz xyz.av.tr şeklindeki alan adının [yada almak istediğiniz av.tr altındaki alan adının] tahsisinin yapıldığına dair (online başvuru sırasında bildirdiğiniz adrese) bir **elektronik posta gönderecektir**. Bu elektronik postanın tarafınıza ulaşmasını takip eden 5 gün içinde size tahsis edilmiş alan adına ait ödemenin **kredi kartıyla web üzerinden** yapılması şarttır aksi takdirde tahsis edilen alan adı otomatik olarak silinecektir

7) Başvurunu yapıp talepte bulunduğunuz [av.tr] altındaki alan adınız, [yada xyz.av.tr şeklindeki alan adınız] alan adının tahsisine dair elektronik posta geldikten itibaren kullanıma hazırdır. Tahsis işlemi tamamlanan bir alt alan adıyla ilgili ödemeler dahil tüm işlemler web üzerinden yapılacaktır. Ayrıca alan adına ilişkin tüm uyarılar tarafınıza elektronik posta yoluyla iletilecektir.

8) Tarafınıza tahsis edilen alan adına ilişkin tüm kurullar **Avukatlık Kanunu, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Meslek Kurallarına** tabiidir. Avukatın mevzuata aykırı edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA ÖNERİSİ

GELİŞTİRİLMİŞ GEREKÇELİ YENİ METİN

EKİM 2007 / 1. BASKI

ÇIKTI I..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

YIL: 20

SAYI: 74

OCAK-ŞUBAT 2008

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

- Türkiye Barolar Birliği'nin yayın organıdır.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir, TBB'yi bağlamaz.
- İki ayda bir yayımlanır.
- Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Bürosu

Karanfil Sokağı 5/62

06650 Kızılay - Ankara

Tel: (0312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 05 12 - 418 13 46

Faks: 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

admin@barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 42 YTL.

Abonelik: ABONET, Tel: (0212) 222 72 06 Faks: 222 27 10

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi

31.12.2007

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. İ. Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özok
Av. İ. Güneş Gürseler
Av. Soner Kocabey
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Dergi Yayın Kurulu

Av. Oya Günendi
Av. Serkan Açar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. İlker Hasan Duman
Av. Sezercan Bektaş

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Haluk Günuşur (İzmir Ekonomi Ü. Uluslararası İlişkiler AB Bölüm Bşk.)
Prof. Dr. Hamit Hancı (AÜ. Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı Bşk.)
Sabih Kanadoğlu (Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Ü. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Ü. Hukuk Fak. Dekanı)
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Galatasaray Hukuk Fak.)
Av. Talay Şenol (Türk Hukuk Kurumu Önceki Bşk.)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

- 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "*Hakemli Dergi*" olarak yayımlanmaktadır. Bundan böyle "*Hakemli Dergi*" olarak yayımına devam edecektir.
- Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfayı (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. Özellikle hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "*Word for Windows*"un değişik versiyonlarında kaydedilmiş bir diskette birlikte A4 boyutunda iki nüsha bilgisayar çıktısı ile gönderilmelidir.
Bilgisayar çıktılarında 2 satır aralığı kullanılmalıdır.
Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
Yazıların ana bölümlerinde 12 punto, dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğünün ve Times (New Roman) karakterinin kullanılması gerekmektedir.
- Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini, bir adet fotoğrafları ile birlikte göndermelidirler.
- Dergiye verilecek/gönderilecek yazılar Yayın Kurulu'nca ilk değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme/hakemlere gönderilecek; hakemden/hakemlerden gelecek rapor doğrultusunda yazının "*Hakemli Yazılar*" bölümünde basılmasına, yazarından rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara en kısa sürede bildirilecektir.
- Yazarı tarafından "*Hakemli Yazılar*" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
- Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara hemen bildirilecektir. Yazarın, Kurul'un yayımlanmama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
- Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak yazının Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazının basımı için "*olur*" verdiği kabul edilecektir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir.
Yazıda, yazım yanlışlarının olağanın üzerinde olması yazının geri çevrilmesi için yeterlidir.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin yazı dili Türkçe'dir. Ancak, İngilizce, Almanca, Fransızca ve İtalyanca yazılar da yayımlanabilir. Yazı bu dillerden hangisi ile yazılmış olursa olsun, ULAKBİM koşulları için, yazarın olanağı varsa, yazının başlığının Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi ve en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce özetlerin de yazının sonuna konulması gerekmektedir.
- TBB Dergisi*, bilimsel yazı ve makaleler yanında kitap tanıtma yazılarına, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararları kritiklerine ve güncel olayları irdeleyen notlara da yer verecektir. Bu yazılar Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile Dergi'de yer alabilecektir.
- Yazısı kabul edilen yazarlara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARI'nın HAZIRLANMASI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazara üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Özdemir ÖZOK	21	Başkandan
Fatih BİLGİLİ	29	Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu
Taner AYANOĞLU	43	Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği
Hilal SANIOĞLU	77	Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları
Gülperi ELDENİZ	112	Şekle Bağlı Sözleşmelerde İmza
Fatma Burcu SAVAŞ	121	Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı
Köksal KOCAAĞA	149	İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?
Selin SERT CANPOLAT	158	Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının İncelenmesi
Gülnur ERDOĞAN	191	Sosyal Devlette Sanat ve Sanatçının Korunması
Mustafa ALBAYRAK	226	Bölge Adliye Mahkemesi İstinaf İncelemesinde Düzelterek Red (Onama) Kararı Verebilecek mi?
Sezercan BEKTAŞ	246	Sözleşmelerden Doğan Tazminat Davalarında Milletlerarası Yetki
Ömer MAVİ	269	İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu
M. Lamih ÇELİK	282	Meslek Kurallarında Avukat - Mahkeme İlişkileri
Talih UYAR	297	İcra Hukukunda Bono'nun (Emre Muharrer Senet'in) Geçerlilik Koşulları
Yargıtay Kararları	331	
Disiplin Kurulu Kararları	357	
AİHM Kararları	379	Fahriye Çalışkan / Türkiye, Çev.: Senem Uygun Kılıç Ali Albayrak / Türkiye, Çev.: Özlem Yılmaz Veli Tüm ve M.Darı / Birleşik Krallık, Çev.: Hacı Can
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	427	
Ekler	445	
Kitaplar - Dergiler	491	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yüce Divan Yargılaması
Mustafa ÖZEN

Siyasi Partilerin Kapatılması/
Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme/
Müdafiin Dosya İnceleme Hakkının Değerlendirilmesi
Av. Ş. Cankat TAŞKIN

Meslek Kurallarında Avukatın Reklam Yasağı
Av. M. Lamih ÇELİK

Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi/
Gemilerin Haczi ve Paraya Çevrilmesi/
Finansal Kiralama Konusu Malların Haczi/
Mülkiyeti Muhafaza Sözleşmesine Konu Malların Haczi/
Aile Konutunun Haczi
Av. Murat DÖNMEZ

Yasal (Meşru) Savunma
Mehmet ŞAHİN

Çevre ve Anayasa / Askeri Yargı ve Anayasa
Av. Güneş GÜRSELER

editör'den...

Geçtiğimiz Kasım ve Aralık aylarının olayları, terör ve uçak kaçırma eylemleri yanında, zaman zaman onları da geri bırakacak biçimde Anayasa, yargı, hâkim ve savcılar ekseninde yoğunlaştı. Siyasi iktidar bir yandan askeri nitelikte gördüğü 1982 Anayasası'nı tümden değiştirmeye kalkarken, diğer yandan Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda hâkim ve savcıların mesleğe giriş düzenlemesini, 1982 mantığı ile kanunu Anayasa'nın önüne geçirerek düzenledi. Oysa temel kural kanunların Anayasa'ya uygunluğudur. Hükümet ise 1982 uygulamasını benimseyerek kanunda böyledir diye Anayasa yorumu yaptı. 1982 Anayasası "*hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul*"ü, 159. maddenin 3. fıkrasında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun görevleri arasında saymıştır. Anayasa Mahkemesi 1995 tarihli bir kararında "*adaylık süreci*"nin de aynı nitelikte olduğu vurgusunu yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi son kararında kanundaki hükmü, anayasanın yorumunda kullanmış. Danıştay, hâkimlik mesleğine kabulün koşullarının yönetmelikte düzenlenemeyeceğine karar vermiş ve hükümet bu kararı fırsat bilerek yönetmelik hükmünü yasa hükmü haline getirmiştir.

Kimileri, hükümet Danıştay kararını bertaraf etmek için bu kanunu çıkardı diyor, böyle bir yasama faaliyetini uygun bulmuyor. Hatta bu konuda Danıştay'ın Anayasa Mahkemesi'ne başvurmasını istiyor. Yasama faaliyetine sınır koymak, yargı kararı olan konularda yasa çıkaramamak gibi bir düşüncüyü benimsemek kolay değil. Önemli olan yasanın hukuka, Anayasa'ya ve taahhüt altında bulunduğumuz sözleşmelere uygun olup olmamasında. Hükümetin ve hükümet yanlısı yazar ve bilim adamlarının(?), mülakat önce de vardı, 1934'tenberi uygulanıyor veya mülakatı hep Adalet Bakanlığı yaptı yollu savunmaları iki şeyi ortaya koyuyor.

Biz, bütün reform iddialarına karşın işimize geldiği konularda "*böyle gelmiş, böyle gider*" formatına uymak zorundayız. İkincisi, AB standartları, sözleşme ve kararları bizim için sadece istediğimiz konularda geçerlidir. Mesela, ordunun yetki ve konumu konusundaki AB tavsiyelerine bayılıyoruz. Ancak, türban konusundaki AİHM kararları ile yargı reformu ve yapılanma konusundaki görüş ve düşünceler bizden uzak olsun. Gerçekten bağımsız yargı istiyorsak, yargıyı hükümetin, hükümetin ajanı savcılarının baskısından kurtarmak en önemli adım. Sonra Adalet Bakanlığı'nın yargı üzerindeki gölgesi silinmeli. Sanıyorum gerek hâkim ve savcılarının örgütlenmesi, gerekse diğer yargı bağımsızlığı ile ilgili görüşmelerde AB temsilcilerinin aklını, bizim hâkim ve savcı birlikteliği karıştırmaktadır. Birleşmiş Milletler ilke kararlarında, Avrupa Konseyi tavsiye kararlarında, AB raporlarında hâkim ve savcılar ayrı ayrı düşünülüp ilkelere bağlanmışken, biz bunların ikisini birbiriyle bağımlı gibi algılıyoruz. Algılamaktan öte görüyoruz. Savunuyoruz.

Bu konuda hâkim ve savcılarımıza da görev düşüyor. Her şeyden evvel her iki meslek grubu da kendi farklılıklarını öne koyacak şekilde davranmalıdırlar. Yoksa derdimizi kimseye anlatamayacağız.

Saygılarımla.

Teoman Ergül

Baro'dan iddialı anayasa taslağı

Baro'nun hocalara hazırlattığı anayasa, "En özgürlüğü ve en ileri anayasa" olarak tanımlandı. OZOK AKP İKTİDARININ HAZIRLATTIĞI ANAYASA TASLAĞINA DİREKTÖR

Barolar Barolar Birliği (TBB) din açıkladığı anayasa önerisinde, "Türk devletine vatandaşlıkla bağyla bağlı olan herkes Türkiye" tanım yerine, "Türk ulusu, Türkiye Cumhuriyeti yurttaşlarından oluşur. Yurttaş bir babana veya annenin çocuğu Türkiye Cumhuriyeti yurttaşdır" ifadesi



Barolar Birliği'nden yeni Anayasa önerisi
Yargı kuşatılıyor
 AKP, Meclis Adalet Komisyonu'nda görüşmelerine başlanan Hâkim ve Savcı Yasası'nda değişiklik, boş bulunan 4 tane kadroya "yandaş" hâkim ve savcı atamak için kolları sıvadı. Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özok "siyasal iktidarı elinden düşürmek için" da kendi dünya görüşünü ve ideolojisi egemen kılma istiyor" dedi.

Tandoğan'da 'yargı' mi

Hükümete cüppeli uy
gimsizliği herkesin

Yargıdan elinizi çekin'
Yargıya sivil destek



Genç avukatların sorunları tartışılacak

Yargı bağımlı olmaz
Yargıya sivil destek

TÜRKİYE Barolar Birliği, mesleğe yeni başlayan avukatların sorunları ve çözüm yolları için forum düzenliyor.

Hilton Oteli'nde bugün düzenlenen için TBB tarafından genç avukatların çağrıda, "Mesleğimiz toplumdaki her geçen gün yitiriyor. Kan kaybetmiş olmaktan onur duyduğumuz zenginlerci giderek zorlaşıyor. Sorun büyüyor. Kısaık, mesleğe yeni başlayanlar için daha da daralıyor" denildi.

Forumda, genç avukatların sorunları soruların bazıları şunlar:

- Avukatın hizmet alanındaki başka meslek gruplarına aktarılıyor?
- Bir başka avukatın yanında çalışsan avukatın konumu nedir? Sorunlar nasıl çözümlenebilir?
- Sosyal güvenik koşulları nasıl daha yeterli hale getirilebilir?
- Avukatlar arasındaki fırsat eşitsizliği ve hakız rekabet nasıl giderilebilir?
- Meslek örgütlerimiz ne kadar etkili?
- Meslek için eğitim, avukatlık stajı ve hukuk fakülteleri bağlamında, eğitim sorunlarımız nasıl çözümlenebilir?

Bağımsız yargı
Bağımsız yargı tarafsız-adalet

Bağımsız yargı mitingi

Hükümete cüppeli uy
gimsizliği herkesin

Yargıdan elinizi çekin'
Yargıya sivil destek

Genç avukatların sorunları tartışılacak

Yargı bağımlı olmaz
Yargıya sivil destek

Barolar Birliği: Yasaya aykırı
Yeni hâkim-savcı yasası, hukukçular Tandoğan'a dokti

Bağımsız
Yeni hâkim-savcı yasası, hukukçular Tandoğan'a dokti

HAKİM-savcı seçiminde anay sistemi değiştirilen yasaya tepki. Tandoğan MERT ELESİRİ

Anayasa Hâkimleri
 anayasa taslağına ilişkin görüşlerini, başlıkta önemünde politikalarını gündemle oluşturdular" vurgulayan Bahadır, "Yeni yargı, Türkiye Cumhuriyeti'nin Cumhuriyet'i değil, AKP'nin çıkarlarını koruyan bir yapıdır. Bu yapıya, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının Türkiye'de avukatlık yapamayacakları hatırlatıldı."

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ ANAYASA ÖNERİSİNİ AÇIKLADI

Türkiye Barolar Birliği, bir avukat üyenin koordinatörlüğünde yedi bilim adamına hazırlanmış olduğu Anayasa Önerisi'ni 4 Kasım 2007 tarihinde İstanbul'da yapılan bir basın toplantısı ile kamuoyuna açıkladı.

TBB Anayasa Önerisi, madde metinleri, genel gerekçe ve madde gerekçeleri ile birlikte 400 sayfa tutmaktadır. Önerinin bugüne kadar dördüncü baskısı yapılmıştır. Ayrıca, önerinin tam metni www.barobirlik.org.tr sitesinde de yayımlanmaktadır.

“MESLEĞE YENİ BAŞLAYAN AVUKATLARIN SORUNLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI” FORUMU YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, Türkiye Barolar Birliği kurullarında, yasadaki yaş sınırlaması dolayısıyla temsil edilmeyen 0-10 yaş arasındaki meslektaşlarımızın karşı karşıya bulunduğumuz sorunlar hakkındaki görüş ve düşüncelerini öğrenmek, onlarla sağlıklı bir ortamda diyalog kurmak amacıyla forumlar düzenlenmesine karar vermişti. Bu forumların ilki 17 Kasım 2007 Cumartesi günü Ankara'da “Mesleğe Yeni Başlayan Avukatların Sorunları ve Çözüm Yolları” başlığı ile yapıldı.

Forum, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok'un yaptığı açılış konuşması ile başladı. Özok, her türlü yoruma ve eleştiriye açık olduklarını dile getirerek, forumda yapılan konuşmaların kayda alındığını ve bunların kitap olarak basılacağını ifade etti.

Meslek örgütleri, bağımsızlık, eğitim ve ekonomik sıkıntılar şeklinde dört ana başlıkta toplanan sorunlar, katılımcılar tarafından ele alındı, sorgulandı. Mesleğe yeni başlayan avukatlar ve avukat stajyerleri yaşadıkları

zorlukları ve eleştirileri dile getirirken, meslek yaşı olarak kıdem kazanmış avukatlar ise sorunlara kendi bakış açılarından çözüm önerileri sundu.

Forumun kapanış konuşmasını yapan Özdemir Özok, “mesleğe yeni başlayan avukatların sorunları ve çözüm yolları” konulu forumların Türkiye genelinde yapılmaya devam edileceğini ve tespit edilen sorunların ve çözüm önerilerinin değerlendirileceğini belirtti.

Forum tutanakları kitap haline getirilmektedir.

“BAĞIMSIZ YARGI” AÇIK HAVA TOPLANTISI YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği'nin öncülüğünde iki yüze yakın sivil toplum örgütü, 9 Aralık 2007 günü Ankara Tandoğan meydanında “Bağımsız Yargı İçin” toplandı.

Yirmi bini aşkın hukukçu ve vatandaşın, başından sonuna kadar büyük bir ilgi ile izlediği açık hava toplantısında, hakimlik ve savcılık mesleğine kabul konusundaki yeni düzenleme ile yeni anayasa hazırlıklarında siyasetin gölgesindeki yargı için hiçbir yenilik getirilmemesi ve AKP'nin hukuk sisteminde yapmak istediği olumsuz değişiklikler eleştirildi.

Açık hava toplantısında Av.Nazan Moroğlu, Prof. Dr. Süheyl Batum'dan sonra kürsüye çıkan Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok aşağıdaki konuşmayı yaptı.

“Çağdaş, uygar, adil ve aydınlık Türkiye'nin yaratılması adına bizleri yalnız bırakmayan, yürekli, ilkel ve kararlı tüm katılımcılara hoş geldiniz diyor saygı ve sevgilerimi sunuyorum.

Sayın katılımcılar, sevgili meslektaşlarım;

Demokrasi, hukuk devleti ve anayasal rejimimizin güvencesi, halkımızın özgür sesi olan yüzlerce sivil toplum örgütünün yargımız, yargıcımız ve ulusal adaletimiz konusunda gösterdiği duyarlılığın somut bir göstergesi olan bu mitinge Türkiye Barolar Birliği olarak katkı sunmayı, destek vermeyi ve öncülük etmeyi varlık nedenimiz olarak kabul etmekte ve bugün burada sizlerle birlikte olmaktan büyük onur duymaktayız.

Çünkü; Türkiye Barolar Birliği kurulduğu günden bu yana günlük politika açmazlarından ve kimi siyasi polemiklerden uzak 12 Eylül darbe yönetimi dahil her dönemde "eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti" kurum ve kavramlarının yaşama geçmesini Türk ulusu adına yılmadan ve özgürce her koşulda dillendirmiştir.

Sevgili katılımcılar;

Türkiye Cumhuriyeti, kurulduğu 1923 yılından bu yana en sıkıntılı günlerini yaşamakta ulusal ve uluslararası sorunlar sarmalıyla karşı karşıya bulunmaktadır.

Ulu önderimizin Türk ulusuna gösterdiği "çağdaş uygarlık" hedefi yozlaştırılmakta, "yeşil kuşak", "ılımlı İslam" ve "Büyük Ortadoğu" projeleri, bizleri büyük savaşımlar sonucu, ancak Cumhuriyet'le kavuşmuş olduğumuz değerlerden ve en önemlisi "demokratik, laik, sosyal hukuk devleti" hedefimizden uzaklaştırmaktadır.

Büyük önder Atatürk, "Medeniyetin emir ve talep ettiğini yapmak insan olmak için kafidir" ve "Medeni olmayan insanlar, medeni olanların ayakları altında kalmaya mahkumdurlar" sözleriyle çağdaşlaşmayı hedef göstermiştir.

Genç Türkiye Cumhuriyeti kurulduğu günden itibaren bu hedeflere uygun olarak yaşamın her alanında yenilenmeye, çağdaşlaşmaya yönelmiştir. Bu konuda özellikle iki alanda çok önemli atılımlar yapmış ve

önemli hedefler tespit etmiştir. Bunlar, ülkenin aydınlatılması için Milli Eğitim ve Türk Milleti adına adalet dağıtan Yargı'dır. Üzülerek ifade etmek isterim ki her iki konuda da Türkiye beklenen özlenen ve hedeflenen çağdaş norm ve niteliklere kavuşamamıştır. Özellikle son yıllarda milli eğitimde yaşanan olumsuzluklar halkımız tarafından dikkat ve duyarlılıkla izlenmektedir.

Yine bildiğiniz gibi ve bu etkinliğin konusunu oluşturan yargıçlar ve savcılarla ilgili yapılan yeni düzenleme ile hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi büyük darbe almıştır.

Oysa; insanlığın ulaştığı teknoloji ve bilim çağı, insanlar ve toplumlar arasındaki eşitsizliği, adaletsizliği, haksızlığı ve en önemlisi yaşam kaynağı olan milli gelirin paylaşımındaki dengesizliği giderememiştir.

Bu olumsuzlukların en aza indirildiği toplumlarda egemen güç, insan hak ve özgürlüklerine dayanan, hukukun üstünlüğü ve hukuk devletidir. Çünkü, hukuk devletinde her şeyi hukuk belirler. Temel ölçüt bireydir. Teb'a yoktur, özgür insan vardır. Kul yoktur, yurttaş vardır.

Hukuk devleti ilkesi, demokratik yöntemlerle yönetimi elde eden yöneticilerin de yönetilenler gibi kendilerini hukukla bağlı olmalarını öngörür. Bunun doğal sonucu, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulmasını zorunlu kılar. Kuşkusuz bu denetimi yapacak olan yargının bağımsızlığı yanında yargıç güvencesi de hukuk devletinin temel koşulunu oluşturmaktadır.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kurum, kavram ve ilkeleri çağdaş, katılımcı ve çoğulcu demokratik toplumun temel taşlarını oluşturur.

Bu konuda "Yeni bir Avrupa için Paris Şartı"nın önsözünde "Demokrasinin temelini-

de insana saygı ve hukukun üstünlüğü yatar. Hiç kimse hukukun üstünde değildir" denilmek suretiyle hukukun üstünlüğüne ulus üstü bir değer kazandırılmıştır.

Hukuk devletinde, yürütme erkini elinde tutan hükümet üyeleri, hiçbir biçimde yargı temsilcilerini etkileyecek beyan ve davranışta bulunamaz.

Hukuk devletinde, üstünlerin hukukundan değil, hukukun üstünlüğünden söz edilir.

Bu anlamda hukuk devleti kavramının özünde, hukukun üstün kılınması, hak ve adalete saygı ve toplumsal güven duygusunun kurumlaşmış olması yatmaktadır. Kısaca "hukuk devleti" yönetilenlere hak ve özgürlükleri adına hukuksal güvenceler veren, uygar ve demokratik sistemin adıdır.

Başka bir anlatımla, hukukun üstünlüğüne dayalı, çoğulcu bir demokrasiyle yönetilmek ve insan haklarına saygılı olmak, uygar toplum olmanın "olmazsa olmaz" koşuludur.

İşte tüm bu özellikleri ve nitelikleri yapısında taşıyan "hukuk devleti"ni oluşturan en temel unsur "bağımsız yargı denetimi"dir.

Sınırsız güç ve yetkiyi elinde bulunduran yasama ve yürütmeyi hukuka bağlı kılan, onları hukuk içine çeken güç, tam bağımsız yargıdır.

Erkler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin temelini oluşturur.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin bir yasayı, Danıştay'ın bir hükümet tasarrufunu incelemesi ve iptal etmesi yasama ve yürütmeye müdahale ya da üstünlük olarak algılanmayıp, erkler-kuvvetler ayrılığının doğal sonucu olarak kabul edilmelidir.

Ama demokrasiyi amaç değil araç, hukuku güvence değil engel olarak gören zihniyetler bunu anlamak istememekte ve çağdaş demokratik toplumların olmazsa ol-

mazı durumundaki hukukun üstünlüğü, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi gibi kurum ve kavramların içeri boşaltmaya çalışmaktadırlar.

Ülkemizin yetiştirdiği büyük hukukçu Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer hoca bunlar için, "... hukukun bu temel özelliklerine çelme takmak isteyenler, buna cüret edenler, cumhuriyetin daha başlangıcından itibaren ortaya çıkmışlardır; bugün de mevcuttur. Demek ki, bunların beyinlerinin gerçekleri algılar hale gelebilmesi için 80 yıl yeterli değilmiş" demek suretiyle hastalığın tanısını koymuştur.

Ama bu hastalığın virüsü yüz yıllar önce gövdeye girmiştir.

Maalesef ülkemizde, uygar, çağdaş, aydınlık değerlere ve gerçekleştirilen devrimlere, başlangıçtan günümüze kadar bir direnç ve karşı duruş vardır. Büyük Fransız devrimi ve sonrasında yayımlanan 1789 Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi'ne önceleri sessiz kalan Osmanlı İmparatorluğu, daha sonra tüm dünyayı saran ve sarsan bu gelişmelere duyarsız kalamayacağını anlayınca, ihtilalin fikir muhtevasını araştırmak gereğini duymuştur. Yapılan araştırma sonucu ulaşılan gerçeklerin şok etkisi yarattığını Reisülküttab Ahmet Efendi'nin 1789 yılında "Muvazene-i Politikiye" adlı raporundan anlıyoruz.

Ahmet Atıf Efendi tarafından divana sunulan bu raporda etraflıca belirtildiğine göre "Fransız ihtilali, dinsizlerin ve bozguncuların kafalarından çıkmış bir fitne ve fesat ateşinden başka bir şey değildir. Voltaire ve Rousseau denen zındıklar ve onlar gibi diğer maddiyatçılar, uzun zaman, peygamberleri ve hükümdarları küçük düşüren, dinsizliği kışkırtan, eşitlik ve cumhuriyeti ballandıran fikirler yaymışlardır. Halkın büyük bir kısmı da bu zehirli fikirlere kanarak, kendilerini bu dünyada tam mutluluğa kavuşturacak sanısıyla eşitlik ve hürriyet ilkelerine yürekten bağlanmışlardır. Halk vicdanından Allah korkusunu silen

ve onu türlü kötülöklere sevk eden ihtilalin fesatçı ve bozguncu önderleri, bununla da yetinmeyerek, insan hakları adını verdikleri beyannameyi bütün dillere çevirip yaymak suretiyle her yerde halkı meşru hükümdarlara karşı ayaklanmaya davet etmişlerdir”

Bu raporun yazılmasından iki yüzyıl sonra, tüm dünyanın hayranlık ve kıskançlıkla izlediği çağdaş uygarlık yolunda elde edilen kazanım ve devrimlere karşın, “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir lafı koca bir yalan, egemenlik kayıtsız şartsız Allah’ındır” görüş ve düşünce temsilcilerinin iktidar olduğu ölkemizde yaşanan hukuk dışılıkları anlamak güç olmasa gerek.

Türkiye’yi ve toplumun her kurumunu kendi mikro ölçeklerine çekmeye çalışan siyasal anlayış, son yasal düzenlemeyle de yargı erkinin bütününe yönelik sistemli yıkım planını uygulamaya koymuş bulunmaktadır.

Oysa güçlü, etkili ve adalete ulaşmayı sağlayabilecek nitelikte bağımsız bir yargı erki ve güvenceli yargıç olmadan “hukuk devleti”nin gerçekleşmesi mümkün olamayacağı gibi “hukukun üstünlüğü” de sağlanamaz.

Çünkü “hukuk devleti”, “bağımsız yargı” ile ulaşılabilir çağdaş ve ideal bir düzendir. Hükümetlere “müzahir olması” özlenen yargı ile “hukuk devleti” değil, “kanun devleti”, bir diğer deyişle, ancak “polis devleti” kurulabilir.

Siyasal iktidarın, 30 Kasım’ı 1 Aralık’a bağlayan gece yarısı gerçekleştirdiği ve Sayın Gül’ün daha uçaktan inmeden imzalararak yürürlüğe koyduğu 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’ndaki değişikliklerle Anayasa’nın “güçler ayrılığı” ilkesine, “yargı bağımsızlığına, yargıç güvencesine” aykırı bir düzenleme yapılarak, siyasal iktidarların yargıya etki ve müdahalesinin yolu iyice açılmış ve böylece yargının siyasallaşması kaçınılmaz hale gelmiştir.

Büyük bir gizlilik içinde yeterince tartışıl-

madan iktidar gücüne dayanılarak yapılan bu tasarruflar antidemokratik uygulamalardır.

Unutulmamalıdır ki, çağdaş demokrasi, hiçbir kişi ya da grup için dikensiz gül bahçesi değildir. Aksine, güçlerin birbiriyle denge ve uyum içinde çalıştığı, hukukun üstünlüğü, laiklik, yargı bağımsızlığı, katılımcılık ve çoğulculuk gibi ilkelerin egemen olduğu bir ortamdır.

Bunları anlayıp, uyum ve alışma becerisi gösteremeyenlerin laiklik, hukuk ve demokrasi söylemleri asla inandırıcı olamamaktadır.

Bir biçimde elde edilen çoğunluğun, hiçbir denge ve sınır tanımadan davranabileceği düşüncesi yanında, “çoğunlukçu demokrasi”yi tek güç olarak görme özelemlerinin hiç kimseye yarar sağlamadığı yakın siyasal tarihimizde acı örnekleriyle yaşanmıştır.

27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 müdahaleleri genç ve çok deneyimsiz demokratik toplumsal yapımızı derinden etkilemiştir.

Özellikle 12 Eylül 1980 müdahalesi henüz yeni yeni toparlanan ve ayağa kalkmaya çalışan ölkede demokrasisi başta olmak üzere, tüm toplumsal yapıyı altüst etmiş ve bir anlamda ulus bilincini yeniden şekillendirmeyi görev bilmıştır. Sanki gizli bir el, siyasetten-ticarete, eğitimden-yargıya, sağlıktan-güvenliğe, sanattan-kültüre, tüm toplumsal yaşamı yeni baştan oluşturmuş ve 1961 Anayasası’nın öngördüğü çağdaş yurttaş toplumu yerine tebaa-itaat toplumu yaratılmak istenmiştir. Bugünkü siyasal iktidar başta olmak üzere birçok kurum ve kavram 12 Eylül müdahalesi ve onun yarattığı hukuk düzeninin ürünüdür.

Okyanus ötesi merkezlerde planlanan ve Türk ulusuna dayatılan yeni toplumsal model için çok ağır bedeller ödenmiştir.

Yedi bin kişinin idamının istendiği, 1468 kişinin idama mahkum olduğu, biri henüz 17 yaşında olan elli kişinin idam edildiği, 300

kişinin kuşkulu biçimde, 171 kişinin işkencede öldüğü, 650 bin kişinin gözaltına alındığı, 230 bin kişinin yargılandığı, 30 bin kişinin sakıncalı olduğu gerekçesiyle işten atıldığı, gazetelerin 300 gün süreyle kapalı kaldığı, siyasi partilerin, sendikaların, derneklerin kapatıldığı, 132 bin kitabın yakıldığı ülkenin yangın yerine döndüğü karanlık bir dönem yaşanmıştır.

Bu karanlık dönemin külleri üzerinde 1982 anayasası yükselmiş ve bu anayasal yapıda AKP'ye kadar uzanan yeni bir siyasi anlayış ülkeye egemen olmuştur.

Bu dönemde, ırkçı ayrımcılığa dayanan silahlı terör başta olmak üzere, siyasal, sosyal ve toplumsal yapımızda sağlıksız oluşumlar meydana gelmiş, partizan kadrolaşmalar banker ve banka krizleri yanı sıra, Cumhuriyet tarihimizin en büyük rüşvet ve yolsuzluk olayları patlak vermiş,

Ülke yönetimine talip siyasi partiler başta olmak üzere, toplumsal örgütlenmeler sürekli daha olumsuz yapılanmaya gitmiş. Bunun sonucu olarak nitelikli ve üretken insanlar her yerde daha yüksek sayıda elenerek sistem dışına itilmiştir. Kirli düzen içinde yer almayan, yorulup umutsuzluğa kapılan, kahrederek emekliliğini isteyen ya da yurt dışına giden aydınlar, bürokratlar, genç beyinler ülke ve toplumumuz için büyük kayıplar olmuştur.

Türkiye, 12 Eylül sonrası, yaşadığı sosyal, siyasal ve ekonomik krizlerin en ağır bedelini, onuruyla çalışmak, kirlenmeden yaşamak için sistemden kaçanlarla ödemiştir.

Yine bu dönemde 24 Ocak kararları diye anılan ekonomik kararların ürünü olan, üretme dayanmayan, borsa, kağıt, tahvil, dış borç gibi tamamen para ve sermaye politikalarına bağımlı güdümlü bir ekonomik düzen egemen olmuştur.

Ağır mali koşullar altında ezilen halkımız, tüm yakınmalarına karşın, giderilemeyen işsizlik, rüşvet, yolsuzluk, düzensizlik, adalet-

sizlik, eşitsizlik ve benzeri toplumsal sorunlar karşısında öz güvenini yitirmiş ve günlük yaşam biçimini tercih eder olmuştur.

Oysa çağdaş uygar toplumlarda egemen olan sistemlerde eğitilmiş, yargılayan, sorgulayan sorumluluk bilinci yüksek, onurlu bireylerin çoğunlukta olması sistemin temel güvencesini oluşturmaktadır.

12 Eylül müdahalesinin egemen özelliği, bu niteliklerin aksine depolizasyon başta olmak üzere "gemisini kurtaran kaptan" psikozunda kendine, mesleğine ve topluma yabancılaşan itaat ve biat kültürüne uygun toplumsal bir yapı oluşturmalarıdır. Başta siyasal ve sosyal sorunlar olmak üzere, bir çok sorunun temelinde bu olumsuz yapı yatmaktadır.

Sayın katılımcılar, sevgili meslektaşlarım;

Yaşanan bunca olumsuzluğa, bunca hukuksuzluğa, bunca çözülmüşlüğe, bunca iç ve dış işbirlikçisine ve her türlü numaracıya karşın, ülkemizin aydınlık ve çağdaş geleceğinden hiç ama, hiç kuşumuz yoktur.

Tüm bu olumsuzlukların üstesinden gelecek, demokrasiye insan haklarına, hukukun üstünlüğüne, hukuk devleti ilke ve kavramlarına inanan, aydınlık ve çağdaş Türkiye'yi hedefleyen, aynı zamanda bu coğrafyanın moral ve manevi değerlerini iyi algılayan büyük ve sessiz bir kesim bulunmaktadır.

Bu kesim önemli tarihi olaylardan sonra sesini yükseltmekte, olur olmaz durumlarda çoğu kez demokrasiye olan inanç ve saygısı nedeniyle sessiz kalmakta ve çevresindeki olayları sorumluluk bilinciyle dikkatle izlemekte, zaman zaman kendine özgü yöntemlerle tepki vermektedir.

Ülkemiz geleceği için tek güvence, bu büyük ve sessiz grubun bilinçli ve tutarlı demokratik refleksleridir.

*“Ben manevi miras olarak hiçbir doğ-
ma ve donmuş, kalıplaşmış hiçbir düstur
bırakmıyorum. Benim manevi mirasım, ilim
ve akıldır.*

*Manevi mirasçılarım ancak, aklın ve ilmin
rehberliğini kabul edenlerdir” diyen büyük
önden Atatürk’ün manevi mirası olan akıl ve
bilim; yolumuzu sonsuza kadar aydınlatı-
caktır. Çünkü;*

*“Çağdaş bir Türkiye özlemidir bizi yön-
lendiren, Demokrat bir Cumhuriyettir temel
hedefimiz, Özgür yurttaş olmaktır seçimimiz,
insan hakları, hukukun üstünlüğü ve sivil
toplumdur özümsemişimiz, eşitlikçi, dürüst,
erdemli ve demokrat bir yönetimdir isteğimiz”
işte bizi aydınlığa götürecektir bu yoldur.*

*Sizlere bu duygu ve düşüncelerle saygı-
lar, selamlar ve sevgiler sunar, laik demokratik
Cumhuriyetimizin teminatlarının başında
gelen demokratik kitle örgüt yönetici ve
üyeleriyle, yüreğinde yurt ve ulus sevgisi
yanında aydınlık Türkiye özlemi taşıyan sayın
katılımcılara esenlikler dilerim”.*

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ÜYELİĞİ

Görev süresi dolan Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesi üyesi Rıza Türmen’in yerine daha
önce önerilen isimlerin red edilmesi üzerine,
hükümet bu kez Prof. Dr. Ruşen Ergeç’in
yanında Prof. Dr. Işıl Karakaş ile Doç. Dr. Ali
Ulusoy’u önerdi.

“İNSAN HAKLARI- ADALET VE ANAYASA” KONULU TOPLANTI YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları
Araştırma ve Uygulama Merkezi (İHAUM),
İnsan Hakları günü dolayısıyla 8 Aralık günü
Ankara’da bir panel, Karikatür Vakfı ile birlikte
“İnsan Hakları ve Yargı” konulu bir karikatür

sergisi düzenledi. Bir de kitap yayımladı.

Panelde Prof. Dr. Rona Aybay, TBB
Genel Sekreteri Av. Güneş Gürseler, Doç.
Dr.Gökçen Alpkaya ile Av. Barış Aybay-Özay
bire konuşma yaptılar.

Sergi konusunda TBB-İHAUM Başkanı
Rona Aybay’ın Cumhuriyet Gazetesine yap-
tığı açıklamayı aynen aşağıya alıyoruz.

*“- 10 Aralık Dünya İnsan Hakları Günü.
Siz de Türkiye Barolar Birliği’nin İnsan Hakları
Merkezi Başkanısınız. Birlik olarak ne gibi
etkinlikler düzenliyorsunuz?*

Aybay:- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hak-
ları Merkezi Başkanı olduğumdan beri, biraz
mizahi biçimde söyleyeyim, ikinci geleneksel
karikatür sergisi açıyoruz.

Geçen yıl İnsan Hakları Günü dolayısıyla
bir insan hakları ve karikatür sergisi açtık. Bu
yılı insan hakları ve yargı karikatür sergisi.
Eksik olmasınlar Türkiye’nin en önde gelen
karikatüristleri tamamıyla amatör ruhla ve
seve seve bize eserlerini veriyorlar.

Bu sergilerle ilgili bize talepler de gelmeye
başladı. Örneğin Bursa Barosu, Mersin’de
bir STK geçen yıl açtığımız insan hakları ve
karikatür sergisini istediler. Oralarda da sergi
açtık. Bu yılını de eminim daha geniş biçimde
başka illerimizde de sergileyeceğiz.”

TÜRK TİCARET KANUN TASARISI ATÖLYE ÇALIŞMASI

Türkiye Barolar Birliği, temel kanunlarla
ilgili olarak yaptığı çalışmalara bir yenisini
ekledi. Gündemde olan Türk Ticaret Kanunu
tasarısı ile Sapanca’da yirmiyeye yakın Ticaret
Hukuku, Borçlar Hukuku ve Usul Hukuku
öğretim görevli ile bir atölye çalışması yaptı.

25-26 Aralık tarihlerinde yapılan toplantı-
ya önde gelen bilim adamları çağrıldı. Varılan
sonuçlar bir rapor halinde Türkiye Büyük Millet
Meclisi üyelerine dağıtılacaktır.

**TBB-İHAUM BAŞKANI,
TBB ANAYASA ÖNERİSİ
ÇALIŞMALARI HAKKINDA
BİLGİ VERDİ**

Prof. Dr. Rona Aybay, TBB'nin Anayasa Taslağı'na 'Kaale almaya değmez' sözlerine tepki gösterdi ve *Cumhuriyet Gazetesi* yazarı Leyla Tavşanoğlu ile yaptığı söyleşide bu konuda açıklamalarda bulundu.

Söyleşinin bu bölümünü aşağıda bulacaksınız.

- *Türkiye Barolar Birliği'nin anayasa önerisi kitabı çalışması yapan grubun bir üyesisiniz. 400 sayfalık bu kitabı hükümete ulaştırdınız. Ama Başbakan, "Kaale almaya değmez," dedi. Başlangıçta AKP yönetimi herkesin görüşü alınarak yeni anayasa taslağının hazırlanacağını açıklamıştı. Şimdiki bu tavrı nasıl izah ediyorsunuz?*

Aybay: Bu hükümetin yeni bir anayasa hazırlama girişimlerinde samimi olmadığını düşünenler var. Bu düşüncede çok da haklı olmaları muhtemeldir. Ama bir yandan bu anayasa girişimleriyle ilgili olarak hükümetin yetkili ağızları, "Biz böyle bir girişim başlatıyoruz. Siz de katkıda bulunun. STK'lar da katkı versinler," demişti.

Biz de Türkiye Barolar Birliği'nin bize verdiği görevin bir sonucu olarak bu çalışmayı seve seve yaptık. Ortaya kitap haline getirdiğimiz bu taslak çıktı. Burada hükümetin çelişkisi bir yandan STK'ları teşvik ederken öte yandan da onların hazırladığı bir taslağı elinin tersiyle itmesidir. Bu taslak çalışmasını Türkiye'nin önde gelen anayasa hukukçularının içinde bulunduğu bir kurulda yaptık. Ortaya madde gerekçeleriyle, genel gerekçesiyle, ekleriyle bir yapıt çıktı. Çok da ilgi gördü. Bir ay içinde dört defa basıldı. Türkiye Barolar Birliği'nin web sitesinde de kolaylıkla ulaşılabilir. Demek ki ilgi topladı.

- *Peki, böyle bir çalışmayı incelemeye*

değmez bulduğunu söylemek ne anlama geliyor?

Aybay: Bir kere, incelemeye değmez bulduğu sonucuna varmak için önce incelemek lazım. Ben bu incelemeyi yapmış olduklarını var sayıyorum. Türkiye'deki bütün baroların ortak organı olan Türkiye Barolar Birliği'nin bir çalışmasını bu kadar hafife alma girişiminin arkasında hangi kaygılar olduğunu bilemiyorum. Bize şunu söyleyebilseler memnuniyetle karşılırsınız, cevap vermeye de çalışırız: "Şu maddede yanlış yaptınız. Bu madde düzeltilse iyi olur."

Bunlar gayet tabii ki eleştiriye açıktır. Çünkü anayasa konuları hukukun en karmaşık, en çok sözü edilen konularıdır. "İncelemeye bile değmez" buluyorlar. Türkiye Barolar Birliği öyle sıradan bir STK de değil. Unutmayalım ki Türkiye Barolar Birliği'nin yasal görevleri arasında bu da var. Yani kanunlarla, anayasalarla ilgili çalışmalar yapmak, bunları kamuya, ilgililere, parlamentoya sunmak Türkiye Barolar Birliği'nin kanunda belirtilmiş görevleri arasındadır.

- *Yanlış hatırlamıyorsam Türkiye Barolar Birliği bu çalışmalarını geçmişte de defalarca yapmadı mı?*

Aybay: Yapmaz olur mu? Halen de yapıyor. Örneğin şu anda Türkiye Barolar Birliği'nin Ticaret Kanunu'yla ilgili bir çalışması var. Bu aylardır sürüyor. Birliğin yayınlarına bakarsanız nasıl sayısız çalışma yaptığını görürsünüz. Dolayısıyla bu birliğin normal bir işlevi. Yeni anayasa çalışmalarında birlik hareketsiz kalmış olsaydı yasal görevini yapmamış ve kendi geleneklerine aykırı düşmüş olacaktı.

Dolayısıyla da topluma karşı sorumluluklarını yerine getirmemiş olacaktı. Hükümetin bunu incelemeye değmez bulması Türkiye Barolar Birliği'ne de, hukuka karşı da saygısızlık olduğu kadar kendi beyanlarıyla da çelişkili.

- Neyse ki orada, her zaman yaptığı gibi, "Herkes kendi işine baksın," demedi...

Aybay: Onu söyleseydi herhalde Türkiye Barolar Birliği'nden birileri bunun bizim işimiz olduğunu söylerdi. Türkiye Barolar Birliği'ne kanunla verilmiş görevleri arasında ülkedeki kanunların uygulanması, değişmesiyle ilgili araştırmalar, çalışmalar yapmak açıkça var. Demin de söylediğim gibi, birlik bugüne kadar sadece anayasalarla ilgili değil pek çok kanunla ilgili çeşitli çalışmalar yapmıştır. Bundan övünç duymak lazımdır. Demek ki Türkiye Barolar Birliği görevini yapıyor.

- *AKP bir hukukçular kuruluna bir anayasa taslağı hazırlamayı sipariş etti. Bu taslak kamuoyuna sivil anayasa olarak takdim edildi. Sivil anayasa ne demek?*

Aybay: Yarım yüzyıla yakındır bu konularla şöyle ya da böyle ilgileniyorum. Ben sivil anayasanın ya da karşıtının ne olduğunu bilmiyorum. Bu söz bana anlamsız geliyor. Renksiz anayasayı da anlayabilmiş değilim. Renksiz bir anayasa yapacaklarını söylüyorlar. Renksiz anayasa olmaz. Renksiz anayasa kişisiz bir anayasa demektir. Oysa her anayasanın, beğenelim ya da beğenmeyelim ideolojik bir temeli vardır. Devletin ortaya çıkışı, devletin dayandığı temel ilkeler, tarihsel ve sosyolojik gerçekler her anayasada yansımaları bulur. Renksiz anayasa olmaz. Ama olduğunu var sayarsak arkasına ne koyarsanız onun rengini veren bir anayasa demektir. Bu da kabul edilebilir olmaktan çıkıyor. Çünkü anayasadan beklenen renksiz olması değil, devletin dayandığı temel ilkeleri yansıtmasıdır. Türkiye için örneğin, laikliği, cumhuriyetin temel değerlerini, insan haklarına, hak ve özgürlüklere saygıyı yansıtmasıdır. Bunlar boş laflar değil, anayasaya kişiliğini veren temel özelliklerdir. Bunları çekip çıkarırsanız zaten geriye tatsız, tuzsuz bir şey kalır. O zaman da renksiz anayasa yumurtasız omelet gibi olur.

- *AKP'nin yeni anayasasını hazırlayanlar hakkında okuduğuma göre şöyle düşünceler ağır basıyor: "AKP'nin yeni anayasası 1982 Anayasası'na karşı değil, Cumhuriyet anayasalarına karşı hazırlanıyor. Bu anayasa renksiz, yani Kemalist ideolojiden kurtulmuş bir anayasa olacaktır." Sizce bu sözler ne anlama geliyor?*

Aybay: Hükümetin hangi saiklerle, hangi düşüncelerle böyle bir anayasa taslağı girişiminde bulunduğu konusunda herkes dilediği gibi düşünebilir. Olumsuz düşünenler de olabilir. Ben şahsen olumsuz düşünenlerdenim. Bu taslağın Cumhuriyet anayasalarına karşı olduğunu muhtemel görüyorum. Ama bu girişim karşısında sessiz ve hareketsiz kalmak mı doğru, yoksa elimizdeki gibi 190 maddeden oluşan, 400 sayfalık, Cumhuriyet'in temel değerlerine dayanan bir metin koymak mı doğru? Herhalde doğru olan bizim yaptığımızdır. Bir anlamda da AKP hükümetine, "Siz hiç sesinizi çıkarmadınız. Biz de bildiğimiz gibi yaptık," deme fırsatı vermemiş oluyoruz. Ben yanlış bir şey değil, tam tersine doğru bir iş yaptığımızı düşünüyorum. Türkiye Barolar Birliği ve öbür STK'ler bunu yapmasaydı hükümeti yalnız bırakarak görevden kaçmış olacaktı.

- *Bu anayasa taslağı AKP yönetiminin görevlendirdiği bir kurul tarafından oluşturuldu. O zaman bu anayasa bütün Türkiye'nin mi yoksa sadece AKP'nin mi anayasası olacak?*

Aybay: O kurulun nasıl oluştuğu, kendilerine hangi görev tanınımının yapıldığı konusunda herkes tahminde bulunabilir. Ben bilmiyorum. Ancak ortaya çıkan metin bir anayasa olarak hiç tatmin edici değil. Tam tersine oldukça eksiklikler içeriyor. Bu haliyle kabul edilirse Türkiye'nin geleceği bakımından çok sorunlar yaratabilecek bir metindir. Örneğin, çoğunlukçu demokrasi anlayışını yansıtıyor. Yakın tarihimizden de örnek vererek şöyle-

yeyim. 27 Mayıs öncesi DP'nin eylemlerini, yasadışı davranışlarını dayandırdığı, "Çoğunluk iradesiyiz biz. Her istediğimizi yaparız," anlayışına çok benziyor. Teorik, pratik, yakın tarihimize de bakarak kanıtlanmıştır ki bu yanlış, toplumu gerginliğe, krizlere götüren bir anlayıştır. Çağdaş demokrasi Amerikalıların "checks and balances" dedikleri kontrol ve denge sistemi içinde herkesin birbirinin gücü ve iktidarını sınırlayarak bir biçimde denge içinde yürütülmesidir.

Öyle olmayıp da çoğunluğun her istediğini sınırsız bir biçimde yapacağı anlayışı yerleşirse bu son derece sakıncalıdır.

- *Anayasa taslağına göre sadece üniversiteler ve eğitim kurumlarında türban ya da sıkmabaşın serbest olması isteniyor. Öbür kamusal alanlara girmeyecek, deniyor. Bunu nasıl tercüme edebiliriz? Türbanın anayasada ne işi var?*

Aybay: Gerçek, ciddi, hatta kimi vahim sorunlara eğilinmesini beklerken bütün kamuoyunun dikkatini türbana odaklamak niye? Metinde başörtüsü diye geçiyor ama anneannelerimizin başörtüsü başka bir şey. Toplumun üzerinde durulması gereken bunca sorunu varken türban sorununun öne çıkarılması kanımca Türkiye'nin başına örülmüş bir çoraptır. Kim Türkiye'yi böyle uğraştırmak için bunu bulduysa herhalde için için, kıs kıs gülüyordur şimdi. Bu içinden çıkılması gerçekten çok zor bir iş haline geldi.

ANAYASA PLATFORMU ÇALIŞTAYI

Ekonomik ve Sosyal Konsey'in hükümet dışı kanadını oluşturan TOBB, HAK-İŞ, TZOB, TÜRK-İŞ, KAMU-SEN, TESK ve TİSK başkanları tarafından "anayasa hazırlama sürecinin en az anayasanın içeriği kadar önemli olduğu" gerekçesiyle başlatılan "Anayasa Platformu Çalıştayı" 8 Aralık 2007 günü Ankara'da TEPAV salonlarında yapıldı.

Türkiye Barolar Birliği, yapılan ısrarlı çağrılar üzerine, sözü edilen kuruluşlarla daha önce de işbirliği içinde bulunmuş olunması dolayısıyla, toplantıya destek bağlamında katılma karar aldı.

Açılış konuşmasını yapan TBB Bakanı Av.Özdemir Özok, bu çalıştayın varacağı sonuçların benimsenen ilkeleri ile TBB'nin hazırlamış olduğu anayasa önerisinin geliştirileceğini, ancak TBB'nin anayasa konusundaki düşüncesinin somutlaşmış bulunması dolayısıyla çalışmalarına katılmasının mümkün olmayacağı dile getirildi.

İk gün süren Çalıştay sonunda ortaya çıkan görüş ve düşünceler TOBB Başkanı tarafından kamuoyuna açıklandı. Çalıştay'ın ortak vurgusu, Cumhuriyet'in temel niteliklerinin korunması ve özgürlük alanınının genişletilmesi olarak açıklandı.

HAKİMLER VE SAVCILAR KANUNU DEĞİŞİKLİĞİNE JET ONAY

Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda mesleğe giriş konusunda büyük endişe ve tartışmalara neden olan değişiklikler kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanı Abdullah Gül kanunu uçaktan iner inmez, sabaha karşı imzalayarak yayımlanmak üzere iade etti. (Kanun Dergimizin ilgili bölümünde aynen yayımlanmaktadır.)

Cumhurbaşkanının ayağının tozu ile tasarısı onaylanmış bulunması beklenen bir davranış olması yanında, bu konuda yapılan açıklama, hayretle karşılanmıştır. Cumhurbaşkanlığından yapılan açıklamada, tasarının komisyonlarda incelenmeye başlandığı söylenmektedir ki, bu Cumhurbaşkanının yasa tasarıları hakkında yasamaya önceden onay verdiği anlamına gelmekte ve sitemin özüne aykırı bir "işbirliği" kaygısını arttırmaktadır.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

Haz.: Av. D. Derya Yeşiladalı
TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi

• AVRUPA'DA SERBEST DOLAŞIM

Avrupa Birliği'nin 2006/123 sayılı Hizmetler Direktifi üye ülkeler arasındaki engelleri ortadan kaldırarak bir AB üyesi ülke hizmet sunucusunun diğer bir üye ülkede hizmet sunabilmesine olanak vermesini hedeflemektedir. 77/249 sayılı Avukatlık Hizmetleri Direktifi (bu düzenleme bir avukatın üye bir ülkede geçici veya konuk olarak avukatlık yapmasına olanak sağlar) ile, bir AB üyesi ülke avukatının daimi olarak diğer bir üye ülkede avukatlık yapmasına olanak veren 98/5 sayılı Kuruluş Direktifi ile çakışmadığı sürece, avukatlık hizmetlerine de uygulanacaktır. Diğer bir deyişle, 2009 yılı sonuna kadar üye ülkelerce benimsenmesi gereken Hizmetler Direktifi bahsi geçen direktifleri tamamlar bir nitelik arz etmektedir. Bu gelişmelere ilaveten AB Komisyonu; 2008 yılında 98/5 sayılı direktifi gözden geçirerek uygulama farklılıklarını giderecek ve değişiklikler yapacaktır.

• KARA PARA AKLAMA

İngiltere'de üçüncü Kara Para Aklama Direktifi'nin uygulanmasına imkan verecek Kara Para Aklama Yönetmeliği 15 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu düzenlemeye göre hukuk büroları yeni müvekkiller açısından bir risk araştırma usulü geliştirerek kara para aklamanın önlenmesi konusunda uyum sağlayacaklardır. Bu düzenlemenin hayata geçirilmesinde İngiltere ve Galler Barosu'nun rolü büyüktür.

• TÜKETİCİ HUKUKU

AB genelinde tüketici haklarının korunmasına yönelik direktif önerisinin 2008 yılı sonunda gündeme alınacağı tahmin edilmektedir. Amaçlanan yeni düzenlemenin yüksek düzeyde koruma sağlaması hedeflenmektedir. Düzenleme "tüketici" ve "AB'de tüketici ile ilişkilendirilenler" gibi temel kavramlara ilişkin tanımlama da getirecektir. Temel kavramlar tanımlaması; bilgi talep etme, sözleşmeden çekilme, adil olmayan sözleşmeler gibi belirsiz kavramlara da açıklık getirecektir.

• CEZA HUKUKU

Ekim ayında Lizbon'da gerçekleştirilen Adalet ve İç İşleri Bakanları toplantısının en önemli gündem maddesi "*çocukların korunması*" idi. Katılımcılar, çocuk istismarının önlenmesi amacıyla üye ülkeler arasında işbirliği ve koordinasyonun altını çizmişlerdir. Bu bağlamda, AB genelinde somut tedbirler alınmasının gerekliliği yanında kayıp çocuklar kayıt merkezinin oluşturulmasına da dikkat çekilmiştir. Buna ilaveten halihazırda Fransa'da uygulanmakta olan "*kaçırılma alarmı*" adı verilen sistemin geliştirilerek bu sistemin Avrupa'da bulunan tüm polis merkezlerine alarm göndermesi yönteminin gerçekleştirilmesi için gerekli çalışmaların yapılması önerilmiştir.

• REKABET HUKUKU

AB Komisyonu kartel ihtilaflarının doğrudan çözümüne olanak sağlayacak bir danışma platformu oluşturmuştur. Bu girişime göre, şüpheli kartellerin "*yazılı sulh beyanı*" vermeleri önerilmekte ve bu şekilde mahkemelere yansıyan ihtilaf sayısında azalma olacağı öngörülmektedir. Konuyla ilgili olarak 773/2004 sayılı yönetmelikte değişikliklerin 2008 yılında yapılması beklenmektedir.

• SAYDAMLIK İNİSİYATİFİ

AB Komisyonu lobiciler ile ilgili olarak kayıt ve etik kuralların getirilmesi için yaptığı öneri konusunda görüşmelere başlayacaktır. İlke olarak AB kurumları ile ilişki içinde olan avukatların da bu kapsama alınabileceği belirtilmektedir. Konu tam belirginlik kazanmamıştır. AB Parlamentosunun mecburi kayıt sistemi ve malvarlığı beyanını mı getireceği yoksa diğer AB kurumlarında bulunan kayıt sistemi gibi bir sistem mi benimseyeceği bilinmemektedir. Ancak görünen şudur ki "*lobicilik*" tanımı AB faaliyet gösteren avukatların bazı faaliyetlerine de gönderme yapmaktadır.

• ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ

AB Parlamentosu Adalet Komitesi, hukuki ve ticari ihtilaflarda arabuluculukla ilgili taslak direktif konusunda bir tartışma başlatmıştır. Bu doğrultuda; mahkemede arabuluculuk, e-arabuluculuk, ticari arabuluculuk, aile ihtilaflarında arabuluculuk gibi konularda sunumlar

yapılmıştır. Bu konu ile ilgili olarak Portekiz’de mahkeme öncesi etkin arabuluculuk ve uzlaşma kurumunun yürürlüğe girmesi dikkatle değerlendirilmiştir. Zira Direktifin amacı AB üyesi ülkelerde uzlaşma ve arabuluculuk kurumlarının yaygınlaştırılmasıdır.

Diğer taraftan mahkemelerin de ihtilafı arabulucuya yönlendirebileceği, ancak arabulucular için mutlaka etik kuralların oluşturulması gibi düzenlemeler yer almaktadır. Görüşmeler ağır bir tempoda ilerlemekte olup Direktifin kabul tarihi belirsiz bulunmaktadır.

• E-ADALET

E-Adalet kavramı giderek yerleşmektedir. Konuya ilişkin önerilerin başında hukuk, ticaret ve ceza konulu ihtilaflarda bilgi alışverişini artıracak bir kanal oluşturulmasıdır. Girişimin ana hedefi “E-Adalet Portalı”nın kurulmasıdır. Bu vasıta ile adli kayıtlar, sabıka kayıtları, iflas kayıtları, ticari kayıtlar ile tapu kayıtları alanında kişi ve şirketlerin ulaşabileceği bir ağ sisteminin oluşturulmasıdır. Avrupa Komisyonu konuyla ilgili çalışmalarını sürdürmektedir.

• VERİLERİN KORUNMASI

AB Adalet ve İç İşleri Komisyonu ceza işlerinde polis ve adli makamlar arasında işbirliğinin sağlanması ve kişisel verilerin işleme konabilmesi için ortak bir standart oluşturulması konusunda anlaşmıştır. Öneri doğrultusunda, kişilik haklarının korunması amacıyla, tüm AB üyesi ülkelerde veriler aynı usule göre muhafaza edilecektir. Bu Çerçeve karar ile AB Komisyonu’nca mahkum ve suçlularla ilgili olarak yürütülmekte olan bilgi alışverişleri de kontrol altına alınacaktır. Daha da önemlisi söz konusu düzenleme verilere ulaşım, düzeltme hakkı, kayıt silme veya blokaj, kuralların ihlali halinde tazminat hakkı ve yasal giderim gibi konulara da açıklık getirecektir.

• İNGİLTERE’DE AVUKATLIK MESLEĞİNİN LİBERALLEŞTİRİLMESİ

İngiltere ve Galler’de avukatlık hizmetlerinde değişiklikler Ekim ayında yürürlüğe girmiştir. Reform niteliğindeki yenilikler avukat olamayanların mesleki faaliyet yapmasına izin verecek ve avukat

olmayan kişiler hukuk büroları açabilecektir. İskoçya'da da benzer değişiklikler için kamu oyu yoklamaları yapılmaktadır.

• İNGİLTERE'DE ÜCRETSİZ DANIŞMA HAFTASI

12 Kasım 2007 tarihinde İngiltere ve Galler'de gönüllü ücretsiz avukatlık hizmetleri(*pro bono*) etkinlikleri yapılmıştır. Bu yıl yapılan etkinliklerle daha çok avukat ve hukuk fakültesi talebesinin bu konuda bilgilendirilmesi hedeflenerek uygulamanın ulusal ve uluslar arası düzeyde yaygınlaştırılması hedeflenmektedir.

AVRUPA BAROLAR KONSEYİ'NDEN HABERLER (CCBE)

• TBB VE CCBE İLİŞKİLERİ

Türkiye Barolar Birliği'nin Avrupa Barolar Konseyi Üyeliği olumlu bir düzeyde sürdürülmekte olup TBB'nin gözlemci üyelik(observer member) sıfatı değiştirilerek ortak üyelik(associate member) sıfatına yükseltilmiştir.

• CCBE KİMLİK KARTLARI

TBB ile CCBE arasında imzalanmış bulunan Lisans Sözleşmesi (Licensing Agreement) doğrultusunda, CCBE ve AB üyesi ülke avukatlarınca kullanılan ve AB genelinde kabul görmüş bulunan plastik CCBE avukat kimlik kartlarının basılmasına başlanmıştır. AB ülke ve kurumları nezdinde kabul görmekte olan söz konusu kimlik kartları, talep eden avukatlara ücret mukabili düzenlenecektir.

• AVRUPA SAYDAMLIK İNİSİYATİFİ VE CCBE

Avrupa Saydamlık İnisiyatifi kapsamında yapılan değerlendirmeler ışığı altında, CCBE "*lobicilik*" kavramı için aşağıdaki tanımı önermiştir:

Avrupa kurum ve kuruluşlarının politika yapma süreçlerini ve karar verme işlevlerini etkilemek amacıyla;

- a. Bir avukatın adli, idari, disiplin veya diğer işlemlerle ilgili olarak bir müvekkili temsilen yaptığı işlemler, ve
- b. Avrupa kurumlarıyla ilgili olarak verilen hukuki görüşler, ile
- c. Avrupa kurumlarının talebi doğrultusunda verilen yanıtlar haricinde yapılan faaliyetlerin lobicilik sayılmasını önermiştir.

CCBE; barolara üye tüm avukat ve hukuk müşavirlerinin yukarıda sayılan bu istisna kapsamına alınması alması gerektiğini düşünmektedir.

• İNSAN HAKLARI GÜNÜ

CCBE, Pakistanlı avukatları desteklemek amacıyla bir Basın Bildirisi yayımladığı gibi 10 Aralık 2007 Uluslar arası İnsan Hakları Günü'nde Pakistanlı avukatları desteklemek adına Brüksel Adalet Divanı önünde bir gösteri düzenlemiştir.

(Aralık, 2007)

BURHAN KARAÇELİK AĞABEYİMİZİ KAYBETTİK

Türkiye Barolar Birliği'nin kurulduğu günden bu yana faal olarak içinde bulunan Zonguldak önceki Baro Başkanı, Zonguldak Milletvekili Burhan Karaçelik ağabeyimizi 8 Kasım 2007 tarihinde kaybettik.

Merhum Burhan Karaçelik 22.7.1927 tarihine Bartın'da doğmuştu. Zonguldak Mehmet Çelikel Lisesi'nden sonra İstanbul Hukuk Fakültesi'ne devam etti, 1952 yılında mezun oldu, Zonguldak'ta serbest avukat olarak çalışmaya başladı.

Uzun yıllar Zonguldak Baro Başkanlığı yaptıktan sonra, 1977 genel seçimlerinde Zonguldak milletvekili olarak 1980 yılına kadar yasama görevi yaptı.

1982 yılından 2001 yılına kadar Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyeliğine ve 1989 yılından sonra da Başkan vekilliğine seçildi.

Bahriye Hanım'la evli Burhan Karaçelik bir çocuk babası olup Bartın'da toprağa verildi.

Ailesi ve meslektaşları ile hemşehrilerine başsağlığı dileriz.

DEMOKRASİ, İNSAN HAKLARI VE HUKUK KAZANSIN

Av. Özdemir ÖZOK*

22 Temmuz 2007 günlü TBMM genel seçimleri öncesi ve sonrası ülkemizde önemli ve ilginç siyasi ve hukuki olaylar yaşanmaktadır. Bizleri olayların siyasi yanından çok hukuki yanı ilgilendirmekte ve sorumluluğumuzun gereği olarak kuruluşumuzdan bu yana savunduğumuz ilkelerin yara almaması için meslektaşlarımızı ve halkımızı bilgilendirmeye çalışmaktayız.

Devletimizin kuruluşunda saptanan kimi ilke ve değerler, hiç ama hiç dikkate alınmamakta, yerleşik siyaset ve hukuk kurum ve kavramlarına aykırı işlem ve eylemlerde bulunmaktadır. Bunun için de genel seçimlerden sonra alınan % 47'lik oy çoğunluğu belirleyici güç ve siyasi dayanak olarak gösterilmektedir. Bu yaklaşım katılımcı, çoğulcu ve çağdaş demokrasiyle uzaktan yakından ilgisi olmayan "çoğunlukçu" bir yaklaşımdır.

Cumhurbaşkanı seçimi öncesi yapılan uyarılar, Anayasa değişikliklerinin referanduma sunulmasından önce yapılan yasal düzenlemelerle ve referandumla ilgili görüş ve düşünceler, 2802 sayılı Yargıçlar ve Savcılar Kanunu'nda yapılan değişikliklerle ilgili haklı ikazlar, siyasal iktidar tarafından ciddiye alınmamış, ezberleri doğrultusunda hareket etmişlerdir.

Antidemokratik uygulamalar siyasal iktidarlar için iyilik ve başarı getirmemekte, yakın tarihimizde aksine örnekleri yaşandığı gibi birçok olumsuzluğa ve sıkıntıya neden olmaktadır. Bu ise sadece siyasal iktidarın değil, tüm toplumun ve halkımızın ağır faturalar ödemesine sonucu vermektedir. Sandık demokrasisine dayanarak, "çoğunluğu kazandım, öyleyse ben yaptım oldu" anlayışıyla karşı görüş ve düşünceleri sadece dinlemek ve bazen ona da tahammül etmeden bildiğini yapmak demokratik bir davranış biçimi değildir.

Ülkemizin geleceği yanı sıra, halkımızı doğrudan doğruya ilgilendirecek Anayasa çalışmaları garip bir üslupta sürdürülmektedir.

Prof. Dr. Ergun Özbudun ve arkadaşlarına ısmarlanan mı, rica edilen

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

mi, yaptırılan mı olduğu bir türlü netleşmeyen bir metin ortaya atılmış; eleştirildiği zaman reddedilen, paylaşıldığı zaman “bizimdir” denilen, anlaşılmaz bir yaklaşım sergilenmektedir. Bu yazının yazıldığı tarihte henüz siyasal iktidar, “bu benim anayasa taslağı metnidir” diye bir metin kamuoyuna sunmamıştır.

Türkiye Barolar Birliği olarak geçmişten gelen sorumluluk bilinciyle Anayasa tartışmaları başlamadan çok önce biz çalışmalarımızı başlattık ve bildiğiniz gibi çok saygın anayasa hukuku hocalarına hazırlattığımız “TBB Anayasa Taslağı Önerisini” 4 Kasım 2007 günü kamuoyuna açıkladık. Bilindiği gibi Türkiye Barolar Birliği olarak 2001 yılında da kamuoyuna bir “Anayasa Taslağı Önerisi” sunmuştuk. Geçen bu süre içinde yaşanan gelişmelerde dikkate alınarak 2001 tasarısı yenilenerek kamuoyunun değerlendirilmesine sunulmuştur.

Bu çalışmalarımızla ilgili olumlu ve olumsuz görüş ve düşünceleri anlayışla karşılıyor sadece bir konuda bize haksızlık edildiğini düşünmüyoruz.

Onca emek ve zaman harcanarak ortaya konulan somut çalışmalarla ilgili olarak kimi kesimler haksız eleştiriler yöneltmektedirler. Bu eleştirilerin en anlamsız da “Siz yeni bir Anayasa Önerisi hazırlamakla siyasal iktidarın bu çalışmasına çanak açıyorsunuz, onun elini güçlendiriyorsunuz” yönündeki yaklaşım ve algılamadır biçimidir.

Türkiye Barolar Birliği hep yinelediğimiz, bu vesileyle bir kez daha anımsatacağımız “Eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti” ilke ve kavramlarının yaşama geçmesi kararlılığı ve yaklaşımının somut sonucu olarak bu çalışmaları yapmaktadır. Yoksa kimilerinin söylediği gibi siyasal iktidarların amaçlarına uygun bir çalışma yapmayı aklından geçirmemiştir, geçirmemektedir. Bunu düşünenlerin en büyük yanlışı, Türkiye Barolar Birliği’nin 1969 yılından bu yana kurucu başkanıımız Prof. Dr. Faruk Erem’le başlayan ve kesintisiz sürdürülen “hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti” savaşımını göz ardı etmeleridir. Bilindiği gibi, Türkiye Barolar Birliği, tüm toplumun üzerine ölü toprağı döküldüğü ve baskının, şiddetin, hukuksuzluğun kol gezdiği 12 Eylül döneminde de dik duruşunu ve özgür sesini yükselterek, 1982 Anayasası’na “hayır” oyu verilmesini öneren tek özgür ve demokrat kurumdur.

Yine her zaman hatırlattığımız bir hususu siz değerli meslektaşlarımızla paylaşmak istiyorum. Çünkü, Anayasa tartışmalarının gündeme geldiği her dönemde Türkiye Barolar Birliği’nin 1982 anayasasıyla ilgili olarak 2-3 Ekim 1982 günlerinde topladığı “olağanüstü genel kurul” sonrası aldığı kararlar ve bu kararlar doğrultusunda düzenlenen “1982 Anayasa Taslağıyla İlgili Genel Kurul Sonuç Raporu” son derece önemli bir

başkandan

tarihi ve hukuki belgedir. Bu raporda 1982 anayasa öneri metninin incelenmesi sonucunda, bu önerinin ülkenin geleceği bakımından yararlı olamayacağı gerekçeleriyle ortaya konmuş ve referandumda "hayır" oyu verilmesi önerilmiştir. (1982 tarihli 1982 tarihli iki metin Anayasa Önerisi kitabının eki olarak yayımlanmıştır. Ayrıca web sitemizden de ulaşılması mümkündür.)

Keşke o dönem Türkiye Barolar Birliği yöneticileri yanlıysaydı ve ülkemiz bugünkü 12 Eylül hukukunun ürünü olan olumsuzlukları yaşamasaydı. Ama bilindiği gibi Türkiye Barolar Birliği yöneticilerinin saydığı tüm sakıncalar ve olumsuzluklar zaman içinde ülke gündemine oturdu ve ülke anlaşılmaz hukuksuzluklar yaşadı. Kanımızca yaşanan bunca sıkıntının özünde 12 Eylül hukuku yatmaktadır.

12 Eylül 1980 tarihi siyaset, ticaret, sanat, hukuk ve tüm toplumsal olayların çözülmeye başlaması bakımından bir anlamda "milat" olmuştur. Çünkü bu tarihten sonra Türkiye bir başka Türkiye olmuş ve bir türlü istikrara, huzura, barışa kavuşamamıştır. Başka bir anlatımla, tüm değerler altüst olmuş, her türlü yolsuzluk, soygun ve suistimal olağan hale gelmiş, halk yaşanan olumsuzluklar nedeniyle "gemisini kurtaran kaptan" psikolojisine girmiştir. Bütün bunlar toplumun devletten beklentisini de etkilemiş böylece geniş insan toplulukları kendi kaderine hükmedemeyen sessiz, güçsüz ve tepkisiz büyük yığınlar haline gelmiştir. Buna bir de yürürlükteki seçim ve siyasi parti yasalarının olumsuzlukları eklenince, halk sadece 4 yıl arayla sandığa giden bir süje olmaktan başka bir işe yaramayan kesim olarak anılmaya başlanılmıştır. Bu ise demokratik toplumlar için en büyük tehlikedir. İşte tam bu noktada sivil toplum örgütleri, sendikalar, kamu niteliğindeki meslek kuruluşlarına çok önemli yaşamsal görevler düşmektedir. Bu görevlerin başında geniş halk kitlelerini gelişmeler hakkında bilgilendirmek gelmektedir. Bu ise tahmin edildiği kadar kolay ve basit bir iş değildir. Bu konu başlı başına bir organizasyon ister. İşte Türkiye Barolar Birliği halkımızın aydınlatılması, bilgilendirilmesi ve örgütlenmesi bakımından kendisine düşenleri yapmakta ve bu çalışmalarını gelecek zaman dilimi içinde yaşama geçirmeyi düşünmektedir.

Bütün bu çalışmalarda beklenen, amaçlanan ülkemizde "eksiksiz demokrasinin, insan haklarının, hukukun üstünlüğünün ve hukuk devletinin" tüm kurum ve kurallarıyla yaşama geçmesidir.

Bu ilke ve kavramları yılmadan ve özgürce savunan Türkiye Barolar Birliği tüzel kişiliği ve onun saygın üyeleri zaman zaman sırf bu davranışları nedeniyle belli bir düşünceyi ve siyasi yaklaşımı savunan kişiler tarafından ağır eleştirilere hedef olmaktadır. Bu haksız ve sübjektif yaklaşımlar yanı sıra büyük bir kesimden de çok anlamlı ve tutarlı

destek görmekteyiz. Bütün bu gelişmeler bizim dışımızda oluşmakta bizi doğrudan etkilememektedir. Biz sadece ve tek bir amaca kilitlenmiş bulunmaktayız. O da ülkemizde barış, kardeşlik ve huzur ortamının olmazsa olmaz koşulu olan tüm kurum ve kurallarıyla yaşama geçmiş “Hukuk Devleti”nin gerçekleşmesidir.

Her türlü iyimserliğe ve hoşgörüyeye karşın siyasal iktidarın geleceğe yönelik plan ve kurguları toplumumuzun büyük kesimlerinde ciddi kaygılara neden olmaktadır. Bu düşünceyi taşıyan insan sayısı oldukça yüksektir.

Karnesinde böylesi kırık notları olan bir siyasal iktidarın uzun vadede geniş halk kitlelerine umut vermesi kolay olmayacaktır. Sınırsız ve akıl almaz olanaklar nedeniyle, önemli bir kesimin desteğini almış görünen iktidarın, ülkede barış ve istikrarı sağlayabilmek için, öncelikle toplumsal uzlaşma kültürüne uygun davranması, çok önemli ve radikal kararlar alması gerekmektedir. “Ben merkezli” yönetim anlayışı sürdürüldüğü takdirde, çok ciddi sosyal, siyasal ve hukuki sorunlarla karşı karşıya gelinecektir.

Her iki kişiden birinin oyunu aldığından söz eden ve buna güvenererek sınırsız güç gösterisine yönelen iktidar, çok yanlış değerlendirmeler yapmaktadır. 22 Temmuz 2007 günü sandık başına giden seçmenlerden AKP’ye oy veren seçmenlerin her biri siyasal iktidarın çeşitli yönlerine olan takdir ve beğenisi nedeniyle oy vermiştir. Oy verenlerin çoğunluğu siyasal iktidarın uygulamaya koyduğu ve koymak istediği birçok konuyu desteklememiş olabilir.

Aksi uygulamalar geniş kitlelerin protestolarına hedef olmaktan kurtulamaz. Siyasal iktidar yetkililerinin bu noktalara duyarlılığı demokratik laik sosyal hukuk devletinin güçlenmesi ve yaygınlaşmasına önemli bir katkı sunması yanında her dönemden daha çok ihtiyacımız olan toplumsal barış ve istikrarın sağlanmasına neden olacaktır. Dileğimiz siyasal iktidarın bu uyarı ve önerilerimize kulak vermesidir.

Çünkü bizim tek hedefimiz ve beklentimiz yapılan uygulamalar sonunda “demokrasimizin, insan haklarının ve hukukun” yaşama geçmesidir. Yaptığımız ve yapacağımız her etkinliğin, her eylemin ve her söylemin temel amacı budur. Günlük siyaset bizim işimiz değildir. Onu ilgilileri kendi usul ve yöntemlerine göre yapsın. Ancak bizim siyasal iktidarın hukuk, yargı ve demokrasi konularındaki uygulamalarıyla ilgili olarak yaptığımız kimi tespit ve değerlendirmelerimizi de siyaset yapıyorlar diye algılanmasını ise asla kabul etmemekteyiz. Bu konudaki takdir ve değerlendirmeyi aydın, uygar ve çağdaş meslektaşlarımıza bırakıyorum.

YARGITAY KARARLARI UYGULAMASINDA 556 SAYILI MARKALARIN KORUNMASI HAKKINDA KHK'YA GÖRE TESCİLLİ MARKANIN KULLANILMASI ZORUNLULUĞU

Fatih BİLGİLİ*

Türkiye’de markalarla ilgili temel düzenleme 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’dir.¹ 556 sayılı KHK m. 5’e göre marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün ürettiği mal veya hizmetlerden ayırt etmek üzere, kişi adları dahil sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi, çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işarettir. Maddedeki sayım sınırlı olmadığından,² örneğin renk veya üç boyutlu şekiller de marka olarak tescil edilebilir.³ Önemli olan işaretin ayırt edicilik sağlayabilmesi ve baskı yoluyla çoğaltılabilesidir.

556 sayılı KHK m. 6’ya göre, bu KHK ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilmektedir. KHK tescilli marka hakkının kazanılması bakımından yalnızca tescili yeterli görmekte, kullanma şartını aramamaktadır.⁴ Tescilden sonra ise kullanma zorunluluğu aranmak-

* Doç. Dr. İur., Balıkesir Üniversitesi Bandırma İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku ABD.

¹ 556 sayılı Markaların Korunması hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 4113 sayılı kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, Bakanlar Kurulu tarafından 24.06.1995 tarihinde kararlaştırılmış, 27.6.1995 gün ve 22326 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanmıştır.

² Ünal, M., *Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, Ankara 2007, s. 17.

³ Marka olarak tescil edilebilecek işaretler konusunda geniş bilgi için bkz., Özdal, Ş., *556 Sayılı KHK’nin 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler*, İstanbul 2005, s. 69 vd.

⁴ Aynı görüşte: Tekinalp, Ü., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 3. bası, İstanbul 2004, s. 423 kn. 2; Sert, S., *Markanın Kullanılması Yükümlülüğü*, Ankara 2007, s. 83. Farklı görüşte olanlar vardır. Bu yazarlar, marka korumasından yararlanabilmek için tescil yanında kullanmanın varlığını da ararlar: Dirikkan, H., “Tescilli Markayı Kullanma Kül-

tadır (m. 14; m 42 f. 1 c). 556 sayılı KHK'da bu zorunluluğun aranmasının nedeni, marka hakkının sağladığı inhisari yetkililerdir.⁵ Zira bu çerçevede marka hakkı sahibi marka olarak tescil edilen işaretin başkalarınınca kullanılmasını yasaklama gibi olağanüstü yetkilere sahip olmaktadır. Bir başka deyişle, marka olarak tescil edilen işaret, tescil ettiren kişinin tekeline tahsis edilmekte, topluma kapatılmaktadır. Bu yüzden markanın, tescilden sonra sahibince gerçekten kullanıldığının denetlenmesinde yarar vardır. Zira kullanma zorunluluğu aranmamış olsaydı, marka sicili belki de hiçbir zaman kullanılmayacak işaretlerin deposu haline gelebilecekti.⁶ Bundan başka, marka sahibi, elde edeceği bir takım koruma ve ihtiyat amaçlı markalarla ya markasına benzer tüm işaretleri adına tahsis ettirebilecek ya da tescil ettirdiği markanın ilgili olduğu mal veya hizmetlerin kapsamını genişleterek mevcut markanın başkalarınınca kullanılmasını iyiden iyiye olanaksız hale getirebilecekti.⁷ İşte bu sakıncaların önlenbilmesinin veya en aza indirgenebilmesinin yolu markanın kullanılması zorunluluğundan geçmektedir. Ayrıca bir başka açıdan bakıldığında, kullanma zorunluluğunun varlığının yararı, markanın sahibince işlevine uygun halde kullanılabilmesinin sağlanmasıdır.

Markayı kullanma zorunluluğu⁸ ile markanın korunması birbirlerinden farklı hususlardır. Şöyle ki, kullanma zorunluluğuna uyulup uyulmadığının anlaşılmasında belirli bir bekleme veya hoşgörü süresi öngörüldüğünden, bu süre zarfında marka, sahibi lehine her halde koruma sağlar. Yani hoşgörü süresi içinde kullanılmayan marka da, sanki kullanılan marka gibi korunur. Kullanma zorunluluğu için hukukumuzda belirlenen hoşgörü süresi KHK m. 14'e göre 5 yıldır. Ancak bu sürenin dolmasından sonra kullanma zorunluluğuna uyulup uyulmadığı iddia edilebilecektir. Bu müddet zarfında ise her halde sa-

feti", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 219; Arkan, S., *Marka Hukuku*, C. II, Ankara 1998, s. 145.

⁵ Tekinalp, s. 423 kn. 1.

⁶ Sert, s. 86.

⁷ Sert, s. 86.

⁸ Türk marka hukuku öğretisinde KHK m. 14'te düzenlenen durum için "kullanma zorunluluğu" ifadesini kullananlar olduğu gibi örneğin, Tekinalp, s. 423, "kullanma külfeti" ibaresini kullananlar örneğin, Dirikkan, s. 219 vd., ve nihayet "kullanma yükümlülüğü" ibaresini tercih yazarlar vardır örneğin, Sert, s. 83 vd. Bu konuda bir tartışmaya girmeden "kullanma zorunluluğu" ibaresinin daha isabetli olacağı düşüncesini taşımaktayız.

hibi lehine koruma mutlaklıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında bu yöne işaret etmiştir:

“Davalı adına ‘İZOSU’ markasının 22.11.1991 tarihinde tescil edildiği ve onun tarafından dava tarihine kadar 5 yılı aşkın bir süredir hiç kullanılmadığı taraflar arasında tartışmasızdır. Mahkemece, davalı tescilli markasının iptali ile birlikte, davalının tescil eyleminin davacıyla haksız rekabet oluşturduğu kabul edilerek davanın olduğu gibi kabulüne karar verilmiş ise de, 556 sayılı KHK’nin 6. maddesi uyarınca tescilli bir markanın anılan KHK uyarınca koruma altında bulunduğu açık olduğundan, tescilli bir markanın tescil işlemi iptal ettirilmedikçe, haksız rekabet yoluyla kullanılmasına mani olunması mümkün bulunmadığı gibi, salt tescil edilmiş fakat hiç kullanılmamış bir markanın da, haksız rekabet teşkil ettiğinden söz edilemez. Bu durumda mahkemece, 556 sayılı KHK hükümleri uyarınca koruma altında bulunan marka sahibinin, salt davaya konu markayı adına tescil ettirmiş olması olgusunun haksız rekabet teşkil etmeyeceğinin kabulü ile davacı isteminin bu yöne ilişkin bölümünün reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ve hatalı gerekçelerle, davalı eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti doğru olmamış ve kararın açıklanan nedenlerle davalı yararına bozulması gerekmiştir.”

Kullanma zorunluluğuna uymamanın müeyyidesi markanın iptalidir. KHK m. 14’e göre, haklı bir neden olmaksızın, tescil tarihinden itibaren 5 yıl süreyle hiç kullanılmaması veya kullanıma 5 yıl süreyle kesintisiz ara verilmesi markanın iptaline yol açacaktır.¹⁰ M. 14’te iptalden kastedilen m. 42 f. 1 (c) anlamında mahkemece markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesidir.¹¹ 5 yıllık sürenin kullanılmadan geçirilmesi her zaman iptale yol açmaz. Özürsüz kullanmama iptale yol açar. Ayrıca, 5 yıllık sürenin kullanılmadan geçirilmesi kendiliğinden iptale yol açmaz. Mahkeme önünde bu konuda ileri sürülen bir iddia (dava) ile bu netice hasıl olabilecektir. Eğer böyle bir iddia yoksa gerçekte kullanmama olgusuna rağmen 10 yıllık koruma süresi içinde sağlanan normal haklardan marka sahibi yararlanmaya devam eder (KHK m. 40).

⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2001/6361, K. 2001/9286, T. 26.11.2001. Karar için bkz. Noyan, E., *Marka Hukuku*, Ankara 2006, s. 493-494.

¹⁰ “556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nın 14. maddesi uyarınca markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma 5 yıl süreyle kesintisiz ara verilmesi halinde marka iptal edilir. Maddenin izleyen fıkrasında ise markanın iptalini gerektirmeyen kullanım halleri sayılmıştır”, Yargıtay 11. HD. E. 2004/3214, K. 2005/1316, T. 17.02.2005. Karar için bkz. Noyan, s. 463, 464

¹¹ Tekinalp, s. 423 kn. 2; Sert, s. 103.

Markanın kullanılmamasının iptal nedeni olabilmesi için, kullanılmamanın marka sahibinin iradesiyle gerçekleşmesi gerekir.¹² Şayet markanın kullanılmaması marka sahibinin elinde olmayan nedenlerle vaki olmuşsa iptal sonucuna yol açmaz.¹³

Markanın iptali istemi dava konusu yapılabilir,¹⁴ defi yoluyla ileri sürülemez.¹⁵ KHK 5 yıllık hoşgörü süresinin dolmasından önce iptal davası açıldığı ve dava esnasında ciddi kullanıma başlandığı durumlarda marka iptal edilemez. Çünkü 5 yıllık süre içinde, marka sahibinin markasını kullanmaya başlamasının iptal tehdidiyle gerçekleşip gerçekleşmemesinin önemi yoktur;¹⁶ zira m. 14'teki 5 yıllık sürenin mutlaka dolması gereklidir.¹⁷

¹² Şanal, O., *Markanın Hükümsüzlüğü*, Ankara 2004, s. 97.

¹³ Markayla ilgili ürünlere uygulanan ithalat kısıtlamaları gibi engeller marka sahibinin isteği dışında bir kullanıma nedeni oluşturduğundan çoğu kez markanın iptaline yol açmazlar. Zira bu tür kısıtlamalar marka sahibinin mallarının veya hizmetlerinin ihracatını veya ithalatını engellemektedir. Savaş, yangın veya doğal afetler yüzünden üretime devam edilememesi; savaş hali nedeniyle uzman işçi bulunamaması; seferlik dolayısıyla marka sahibinin askere alınması; işletmenin devletleştirilmesi; markayı taşıyan ilaçların piyasaya çıkarılmasının Sağlık Bakanlığı'nın deneylerinin uzun sürmesi nedeniyle gecikmesi gibi durumlar mücbir sebebe örnek gösterilebilirler. Marka sahibinin kendinden veya işyerinden kaynaklanan sebepler kullanılmaya haklı neden oluşturmazlar. Marka sahibinin hastalığının ticari mümessil veya vekil tayin ederek işleri yürütülebileceğinden; modanın değişmesinin, üretilen mallarda değişiklik yapılarak bu güçlük aşılabileceğinden, haklı neden teşkil edemeyeceği düşünülmektedir. Krş., Karaahmet, E./Yalçın, Uğur G., *Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları*, Ankara 1999, s. 58, 59; Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 146 vd.; Arkan, S., "Markayı Kullanma Yükümlülüğü", *Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu (24-25 Haziran 1998-İstanbul)*, *Bildiriler*, Kitaplaştıran: Türk Patent Enstitüsü, Ankara, s. 292; Camcı, Ö., *Marka Davaları*, İstanbul 1998, s. 82, 83; Noyan, s. 412.

¹⁴ Karşılık dava yoluyla da mümkündür.

¹⁵ Tekinalp, s. 423 kn. 3.

¹⁶ Sert, s. 92.

¹⁷ "Davalı vekilinin markanın haklı nedenle kullanılmadığı beş yıllık sürenin dolmadığı savunmaları üzerinde yeterince durulmamıştır. Mahkemece, davacı şirketle aynı ortaklar yapısına sahip dava dışı Atomizer AŞ tarafından davalıya yöneltilen dava ve karşılık davalara ilişkin İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 2000/907 E. ve Beyoğlu 2. Ticaret Mahkemesi'nin 1998/172 E. Sayılı dava dosyaları getirtilip incelenerek, dosya kapsamındaki bilgi, belge ve diğer veriler değerlendirildikten ve kararın dayandırıldığı bilirkişi raporuna yönelik davalı vekilince verilen 26.05.2003 tarihli dilekçedeki itirazlar karşılandıktan sonra oluşacak sonuca göre karar verilmek gerekirken, yetersiz inceleme ve araştırma ile yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir", Yargıtay 11. HD. E. 2004/3214, K. 2005/1316, T. 17.2.2005, Noyan, s. 463, 464.

Markanın kullanılmaması haklı bir nedenden kaynaklanıyorsa, 5 yıllık sürenin geçmesine rağmen markanın iptaline karar verilemez. Haklı neden savaş, karışıklık, ambargo gibi olağanüstü durumlardan oluşabileceği gibi, bir ürünün piyasaya hazırlanması, bununla ilgili ruhsat izin gibi bir takım formalite işlemler ile lisans görüşmelerinin uzaması şeklindeki ürün veya piyasaya bağlı nedenlerden ileri gelebilecektir.¹⁸

¹⁸ "KHK'nın 14. maddesi uyarınca marka sahibi, tescilli markasını kural olarak yurt içinde veya ihracatta, kendisi veya izni ile 3. şahıs tarafından sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanılmalı ve markayı kullanmaya kesintisiz beş yıl ara vermemek zorundadır. Ayrıca, markanın tescil edildiği mallardan veya hizmetlerden sadece bir bölümü için kullanılması, diğerleri için de kullanım koşullarının gerçekleştiği anlamına gelmez (556 sayılı KHK m. 42/II). Zira, hakkı devam ettirici kullanma ancak marka sahibi markayı sicile kayıtlı mal veya hizmetler için fiilen kullandığında var olacaktır. Kullanmama aralıksız beş yıl devam etmelidir. Beş yıllık süre, tescilden itibaren başlayacaktır.

Hukukumuzda iflas, anonim şirketler için bir infisah sebebi olarak kabul edilmiştir (TTK m. 434, 1/8). İflas kararı ile birlikte anonim şirketin tüzel kişiliği sona ermeyip, diğer infisah hallerinde (TTK m. 434) olduğu gibi, tasfiye aşamasına girer (TTK m. 439/1). Tasfiye aşamasındaki bir anonim şirketin tüzel kişiliği ise sürer (TTK m. 439/II). İflasın açılması ile anonim şirket hak ve fiil ehliyetini kaybetmez, ancak fiil ehliyeti, tasfiye sonuna kadar, tasfiye amacıyla sınırlı olarak devam eder (TTK m. 439/II, 450, 208). Başka bir anlatımla, anonim şirket tasfiyenin sonuna dek bir hak süjesi olarak kalır. Ancak, anonim şirketin mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisi, iflas kararı ile kısıtlamaya uğrar. Anonim şirketin, mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisi, iflas masasına ilişkin konularda iflas idaresine geçer (TTK m. 437). İflas idaresi görevini yerine getirirken hem müflis anonim şirketin, hem de alacaklıların yararlarını gözetmekle yükümlüdür.

Marka hakkının hukuki işlemlere konu olup olamayacağına gelince; gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir. Marka hakkı çeşitli hukuki işlemlere konu oluşturabilir. Örneğin, marka hakkının hasılat kirasına (BK m. 270) verilmesi mümkündür. 556 sayılı KHK'nın 20 ve 21. maddelerinde marka sahibinin (lisans veren), markasının kullanma hakkını lisans alana verebileceği belirtilmiştir. İşte lisans verme yoluyla kullanma da markanın bir kullanım biçimidir.

Görüldüğü gibi, müflis şirketin yönetim kurulu, genel kulu veya iflas idaresi şirket mal varlığına dahil olan markayı yukarıda açıklanan biçimlerde kullanması mümkün iken, bu yollara başvurmadan şirketin iflas ettiğinden bahisle iflasın KHK'nın 14. maddesinde yazılı kullanmama haklı sebebi olarak ileri sürmesi kabul edilemez. Nitekim öğretime de mali durumun kötüleşmesinin bir uzantısı olarak marka sahibinin iflası haklı neden olarak değerlendirilememektedir (Bkz., Prof. Dr. Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt II, 1998, s. 149).

Bu durumda davalı şirketin iflas etmesi markanın kullanılmaması için başlı başına haklı bir neden oluşturmadığından, davanın esasına girilerek gerekli araştırma ve inceleme yapılarak hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddi doğru değildir", Yargıtay 11. HD. E. 2001/844, K. 2001/3429, T. 9.4.2001. Karar için bkz., Noyan, s. 497-499.

Markanın kullanılması zorunluluğunun yerine getirilmiş olmasından söz edilebilmesi için kullanımın ciddi olması gerekir. Kullanma sayılan haller m. 14 f. 2'de sayılmakla birlikte "ciddi kullanma" ibaresi burada geçmemekte, m. 42 f. 1 (c)'de ifade edilmektedir. Her iki hüküm bir arada göz önünde bulundurulduğunda markanın ciddi kullanılması "markadan işlevlerine uygun bir tarzda yarar elde edecek, yani onun malın veya hizmetin piyasada tanınmasını ve diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayrılmasını sağlayacak şekilde ve yoğunlukta piyasada veya piyasaya hitap eden, piyasayı etkileyen yerlerde kullanılması"¹⁹ anlamını taşır.²⁰

Markayı ciddi kullanma olarak kabul edilmesi gereken haller KHK m. 14 f. 2'de sayılmıştır:

1. Tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması. En doğru olanı markanın tamamen tescil edildiği şekilde kullanılmasıdır. Ancak bunun belli bir esnekliği ve hoşgörü sınırları da vardır. Buna göre, markanın ayırt edici karakterine zarar verilmeden farklı unsurlarla kullanma da tescil edildiği şekilde kullanma olarak kabul edilir. Örneğin birden fazla kelimedenden oluşan sözcük markasında varsa aradaki trenin (kesme çizgisinin) kaldırılarak kullanılması²¹ veya küçük harflerle tescil edilen markanın büyük harflerle kullanılması yahut daire, kare veya üçgen içinde bulunan bir markanın bu çerçeveler bulunmadan kullanılması,²² markanın ayırt edici karakterine zarar verilmeden tescile uygun kullanımı sayılır.

2. Markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında kullanılması. Kullanımın böyle kısıtlı bir nitelik taşıması markanın kullanılmaması olarak görülemez. Aksine md. 14. f. 2'de kullanma olarak anılmaktadır. Bu nedenle markanın yalnızca ihracatta kullanılması veya sadece yurt dışı piyasaları için mal veya ambalajında kullanılması tescile uygun kullanımı kabul edilir. Zira bu ihtimalde kullanma sınırlı bir alana (yurt dışına) yönelse de ciddi ve tescil amacına uygun bir kullanma vardır.

¹⁹ Tekinalp, s. 424 kn. 5.

²⁰ Markanın kullanılması, genellikle ürünün veya ambalajın üzerinde görsel şekilde kullanımı ifade etmektedir. Markanın hizmetlerde kullanılması, işletmenin ticari belgelerinde ve düzenlediği faturalarda kullanılmasıyla gerçekleşir. Markanın ilan ve reklamlarda kullanılması da bir kullanım çeşididir. Ancak, markanın yalnızca tebrik kartlarında yer alması kullanma kabul edilmez. Bkz., Noyan, s. 412.

²¹ Tekinalp, s. 424 kn. 7; Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 150, 151.

²² Oytaç, K., *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku*, 2. bası, İstanbul 2002, s. 199.

3. Markayı taşıyan malın ithalatı. Marka Türkiye’de tescil edilmiş olmakla birlikte markayla ilgili mal veya hizmetler Türkiye’de üretilmiyor olabilir. Malın dışarıda üretilmesi örneğin üretim maliyeti nedeninden kaynaklanıyor olabilir. Ancak bu, markanın tescile uygun kullanımına hanel getirmez. Bu duruma göre, yurt dışında üretilip Türkiye’ye ithal edilen mallar ilgili markayı taşıyorsa marka kullanılıyor addedilir. Malın salt yurt dışında üretilmesi markanın kullanılması olarak anlaşılabilir.

4. Marka sahibinin izni ile markanın başkası tarafından kullanılması. İlke olarak markanın bizzat sahibi tarafından kullanılması gerekmele birlikte, kontrolü altında bir başka şahıs tarafından kullanılması da kullanma olarak değerlendirilir. Zira marka sahibi tarafından bizzat kullanılmama markanın kullanılmaması anlamına gelmez. Buna göre örneğin, lisans verme yoluyla kullanım markanın bir kullanım biçimidir.²³

“Marka hakkının hukuki işlemlere konu olup olamayacağına gelince; gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir. Marka hakkı çeşitli hukuki işlemlere konu oluşturabilir. Örneğin, marka hakkının hasılat kirasına (BK m. 270) verilmesi mümkündür. 556 sayılı KHK’nın 20 ve 21. maddelerinde marka sahibinin (lisans veren), markasının kullanma hakkını lisans alana verebileceği belirtilmiştir. İşte lisans verme yoluyla kullanma da markanın bir kullanım biçimidir.”²⁴

556 sayılı KHK m. 42 f. 1 (c) bendine göre, m. 14’teki kullanma zorunluluğuna uyulmaması halinde mahkemece markanın iptaline (hükümsüzlüğüne) karar verilecektir.²⁵ M. 42 f. 1 (c)’de ayrıca, 5 yılın

²³ Tekinalp, s. 425 kn. 10; Noyan, s. 412.

²⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2001/844, K. 2001/3429, T. 9.4.2001. Karar için bkz. Noyan, s. 497-499.

²⁵ “KHK’nın 14. maddesi uyarınca marka sahibi, tescilli markasını kural olarak yurt içinde veya ihracatta, kendisi veya izni ile 3. şahıs tarafından sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanılmalı ve markayı kullanmaya kesintisiz beş yıl ara vermemek zorundadır. Ayrıca, markanın tescil edildiği mallardan veya hizmetlerden sadece bir bölümü için kullanılması, diğerleri için de kullanım koşullarının gerçekleştiği anlamına gelmez (556 sayılı KHK. 42/II). Zira, hakkı devam ettirici kullanma ancak marka sahibi markayı sicile kayıtlı mal veya hizmetler için fiilen kullandığında var olacaktır. Kullanmama aralıksız beş yıl devam etmelidir. Beş yıllık süre, tescilden itibaren başlayacaktır”, Yargıtay 11. HD. E. 2001/844, K. 2001/3429, T. 9.4.2001. Karar için bkz., Noyan, s. 497-499.

dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanmanın hükümsüzlük nedeni sayılmayacağı; ancak bu kullanma dava açılacağı düşünülerek gerçekleşmişse, mahkemenin davanın açılmasından önceki 3 ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almayacağı ifade edilmiştir.

Şu halde, m. 42 f. 1 (c)'nin ifade ettiği anlama göre, marka kullanılmadan 5'ten fazla yıl geçirilmiş olsa bile, örneğin 6 ya da 7 yıl geçmiş olsa dahi, ciddi kullanıma başlanılmış ise, bundan sonra açılacak iptal (hükümsüzlük) davasıyla markanın hükümsüzlüğü neticesi elde edilemeyecektir. Zira ciddi kullanım karşısında ve dava açılacağı korku ve tehlikesi mevcut olmaksızın 5 yılı aşan süreden sonraki kullanım dahi bu madde hükmüne iptal istemine hak kazandırmaz. Buna karşın, 5 yılın dolmasından sonraki kullanım, dava açılacağı endişesiyle gerçekleşmiş ise, iptal davasının açılması öncesindeki 3 aylık süredeki bu türden bir kullanım markanın iptaline engel olmaz.

KHK d. 14 f. 1'deki "tescil tarihinden itibaren 5 yıllık süre" ifadesinde tescil tarihi ile kastedilen, marka tescil belgesinin verildiği tarihtir.²⁶ Zira marka tescil başvurusunda bulunan kimse marka hakkını başvurusuna karşı yöneltilen itirazlar neticelendikten veya itiraz vaki değilse en erken itiraza ilişkin sürelerin dolmasından sonra kullanabilecektir. Özellikle marka tescil başvurusuna itiraz edilirse bu sürenin ne kadar olacağı baştan belli olmadığından, marka sahibinin hak kaybına yol açılmaması bakımından, tescil tarihi ile ifade edilmek istenenin marka tescil belgesinin verildiği tarih olduğunun kabulü isabetli görünmektedir.²⁷ Markayı kullanma zorunluluğu tescil belgesi verildikten sonra doğmakta, bu tarihten önce kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır.

"Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davalı adına 14.6.1996 tarihinde tescil edilen SUTEN ve 16.6.1996 tarihinde tescil edilen ÇBS SUTEN markalı malları tescil tarihinden itibaren ürettiği ve piyasaya sunduğuna dair davalı tarafın kanıt sunmadığı, tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde haklı bir neden olmadan davalının adı geçen markaları kullanmadığı gerekçesiyle, davalı adına kayıtlı SUTEN ve ÇBS SUTEN markalarının 556 sayılı KHK'nin 14. maddesi gereğince hükümsüz olduğunun tespitine ve sicilden terkinine karar verilmiştir", Yargıtay 11. HD. E. 2003/9332, K. 2004/4315, T. 20.4.2004. Karar için bkz., Noyan, s. 470.

²⁶ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, (basım yeri ve yılı belirtilmemiş), s. 155.

²⁷ Sert, s. 89, 90.

Markanın kullanılmaması halinde iptal davasını zarar gören kişiler, Cumhuriyet Savcıları ve ilgili resmi makamlar isteyebilir. Zarar gören kişilerden anlaşılması gereken, markanın iptalinde hukuki yararı bulunan kişilerdir.²⁸

Kullanma zorunluluğuna aykırılık neticesinde iptal istemi markanın ilgili olduğu tüm mal veya hizmetler için değil de sadece bir kısmı için talep edilecekse, hangilerinin iptale konu edildiği açıkça belirtilmelidir.²⁹ Şu halde, marka kullanımında yalnızca belli mal veya hizmetler bakımından kullanma zorunluluğuna uyulmamışsa sadece kullanılmayan mallar bakımından iptal istenebilecektir:

“Davacı vekili, müvekkilinin “Star” adlı gazetenin maliki olduğunu, aynı ibareli markanın 16. emtia sınıfında kullanılmak üzere adına 10.08.2000 tarihinden itibaren tescilli bulunduğunu, davalı idarenin diğer davalının gazete emtiası için adına 30.10.1995 tarihinde tescil ettirmiş olduğu “Star” ibareli markayı gerekçe göstererek bu emtia bakımından başvuruyu 555 sayılı KHK’nın 7/b maddesi uyarınca kısmen ret ettiğini, ancak davalı firmanın bu markayı 1995 yılından beri gazete emtiasında kullanmadığını, aynı KHK’nın 14. maddesi uyarınca kısmi iptal koşullarının oluştuğunu, müvekkilinin markasının çok tanınmış olduğunu ileri sürerek, davalı şirket adına tescilli “Star” markasının gazete emtiasında kullanılmaması nedeniyle kısmen iptaline, davalı idarenin 10.08.2002 tarihli marka tescil başvurusunun kısmen red kararının kaldırılmasına, “gazete” emtiasının davacı adına tescil edilmesine, müvekkil adına tescilli “Star” markasının çok tanınmış marka olduğunun tespitine, markanın tanınmışlık statüsüne alınmasına ve Resmi Marka Bülteni’nde ilan edilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.”³⁰

“Davacı vekili, müvekkilinin çok uluslu bir “ilaç ve müstahzar” üreticisi ve dağıtıcısı olup Türkiye’de de faaliyette bulunduğunu, davalının ise “saat” piyasasında faaliyette bulunmasına rağmen üretim yapmayıp pek çok yabancı saat ve/veya gözlük firmalarının markasının Türkiye temsilciliğini yaptığını, TPE’ne 5. sınıfa dahil mallar üzerinde (özellikle veteriner ilaçları ve müstahzarları) kullanmak üzere müvekkilince yapılan başvurusunun davalının “QUANTUM” markasını 01.04.1998 tarihinden itibaren 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 28, 29, 30, 31, 32,

²⁸ Dirikkan, s. 266.

²⁹ Sert, s. 95.

³⁰ Yargıtay 11. HD. E. 2004/13968, K. 2005/11564, T. 28.11.2005. Karar için bkz. Noyan, s. 250-251.

33. sınıftan mal ve hizmetler için tescil ettirdiği gerekçesiyle reddedildiğini, oysa davalının anılan markayı tescil ettirilen tüm sınıflarda kullanmadığını, özellikle de 5. sınıf mallarla ilgili hiçbir ticari faaliyetinin olmadığını, davanın açıldığı tarihte “QUANTUM” markası davalı tarafından tescil tarihinden bu yana- beş yıldan fazla bir süredir- 5. sınıf mallar üzerinde kullanmadığını ileri sürerek, davalı adına tescilli “QUANTUM” markasının 5. sınıf mallar, mümkün olmaması halinde, veteriner ilaçları ve müstahzarları için 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 14 ve 42. maddeleri gereği kullanmama nedeni ile kısmi hükümsüzlüne, sicili 5. sınıf mallar silinmek suretiyle düzeltilmesine, ilana karar verilmesini talep ve dava etmiştir.”³¹

“Davacı vekili, müvekkilinin yıllardan beri kullanmakta olduğu “DOĞA” ibareli markasının irmik emtiası için tescili maksadıyla TPE nezdinde başvuru- ruda bulunulduğunu ancak bu markanın davalı şirket adına aynı grupta yer alan mısır unu için tescilli olması nedeniyle başvurunun 556 Sayılı KHK'nın 7/1-b maddesi gereğince reddedildiğini, yapılan itiraz sonucu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun da red kararı verdiğini, müvekkilinin “DOĞA” ibaresi ile tescil edilmiş markaları bulunduğunu ve aynı markayı 10 yılı aşkın süredir kendi ürettiği irmik emtiası içinde kullandığını bu nedenle markanın hakiki sahibi olduğunu, ayırt edici nitelik kazandığını ve davalının “DOĞA” markasını 5 yıldan beri kullanmadığını, davalının mısır unu üretmediğini ileri sürerek, TPE, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun 18.03.2002 tarih ve M-565 sayılı kararının iptaline, müvekkilinin “DOĞA” markasının gerçek hak sahibi olduğundan ve davalının bu markayı kullanmaması nedeniyle davalı markasının mısır unu yönünden iptaline, “DOĞA” ibareli markanın irmikler için müvekkili adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.”³²

İptal davasında, talepte bulunan üçüncü şahıs, marka sahibinin en az 5 yıldır ilgili olduğu mal veya hizmetler bakımından markayı ciddi bir şekilde kullanmadığını iddia ve ispat edecektir. Buna karşın, marka sahibi markayı ayırt edici karakterine zarar vermeden onu farklı bir şekilde de olsa kullandığını, ihraç mallarında veya kendisinin izin veya kontrolünde üçüncü kişilerce kullanıldığını, markalı ürünlerin ithal edildiğini veyahut da haklı nedenlerden dolayı markayı kullanamadı-

³¹ Yargıtay 11. HD. E. 2004/14951, K. 2005/12532, T. 19.12.2005. Karar için bkz., Noyan, s. 274, 275

³² Yargıtay 11. HD. E. 2003/8606, K. 2004/3433, T. 1.4.2004. Karar için bkz. Noyan, s. 302, 303.

ğını savunma olarak ortaya koyacak ve ispat edecektir.³³

Yargıtay bir kararında iptal davasında davacının iddiasının sübutu bakımından bilirkişilerin yalnızca evrak üzerinden inceleme yapmasının kafi gelmediğini, davacının iddiası ile ilgili delillerin mahkemece toplanması gerektiğine hükmetmiştir:

“Dava açıldıktan sonra yargılama sırasında da bazı ürünlerde markanın kullanıldığını savunma olarak getiren davalının markasını kullanıp kullanmadığı üzerinde durulmamış; raporları hükme esas alınan bilirkişiler incelemesini evrak üzerinden yapmış, mahkemece bu nokta üzerinde hiçbir tartışma ve gerekçe ortaya konmamıştır. Bu durumda mahkemece, davacının iddiası ile ilgili kanıtlar toplanmak, gerektiğinde davalının ticari defter ve faturaları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, KHK'nin 14. maddesinde markanın kullanıldığı varsayılacak haller olarak sayılan kullanma biçimlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususu aydınlığa kavuşturulmak, sonucuna göre karar verilmek gerekirken, bu noktada hiçbir gerekçe ve tartışma ortaya konmadan eksik inceleme sonucu davanın kabulü bozmayı gerektirmiştir.”³⁴

“Davalı vekilinin markanın haklı nedenle kullanılmadığı beş yıllık sürenin dolmadığı savunmaları üzerinde yeterince durulmamıştır. Mahkemece, davacı şirketle aynı ortaklar yapısına sahip dava dışı Atomizer AŞ tarafından davalıya yöneltilen dava ve karşılık davalara ilişkin İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 2000/907 E. ve Beyoğlu 2. Ticaret Mahkemesi'nin 1998/172 E. Sayılı dava dosyaları getirtilip incelenerek, dosya kapsamındaki bilgi, belge ve diğer veriler değerlendirildikten ve kararın dayandırıldığı bilirkişi raporuna yönelik davalı vekilince verilen 26.05.2003 tarihli dilekçedeki itirazlar karşılandıktan sonra oluşacak sonuca göre karar verilmek gerekirken, yetersiz inceleme ve araştırma ile yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”³⁵

Bir başka kararında Yüksek Mahkeme, davalının markayı kullandığını ispatlaması gerektiğine işaret etmiştir. Nitekim kararda,

“Mahkemece, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporuna nazaran, davacı şirketin “CARLA” markasını 1984 yılından beri tescilsiz olarak kullandığı, davalının tescilli markasını tescil tarihinden itibaren 28.10.1998 tarihine kadar kullandığını gösterir bir kanıt ibraz etmediği, davalı markası

³³ Sert, s. 100.

³⁴ Yargıtay 11. HD. E. 2000/7005, K. 2000/7974, T. 9.10.2000, Noyan, s. 504-506.

³⁵ Yargıtay 11. HD. E. 2004/3214, K. 2005/1316, T. 17.2.2005, Noyan, s. 463, 464.

açısından KHK'nın 14. ve 42 maddelerindeki koşulların gerçekleştiği gerekçeleriyle"³⁶

kullanımı ispat edilememiş markanın iptali öngörülmüştür. Yargıtay bir başka kararında yine davalının markayı kullandığını ispatlaması gerektiğine işaret etmiştir:

*"Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davalı adına 14.6.1996 tarihinde tescil edilen SUTEN ve 16.6.1996 tarihinde tescil edilen ÇBS SUTEN markalı malları tescil tarihinden itibaren ürettiği ve piyasaya sunduğuna dair davalı tarafın kanıt sunmadığı, tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde haklı bir neden olmadan davalının adı geçen markaları kullanmadığı gerekçesiyle, davalı adına kayıtlı SUTEN ve ÇBS SUTEN markalarının 556 sayılı KHK'nın 14. maddesi gereğince hükümsüz olduğunun tespitine ve sicilden terkinine karar verilmiştir."*³⁷

Kullanma zorunluluğuna uyulmaması halinde açılan iptal davasının ne kadar sürede açılacağı belirsizdir. Zira m. 42 tanınmış markalar dışındaki markalar bakımından hükümsüzlük davasında belli bir süre getirmemiştir. Konu Türk doktrininde tartışmalıdır.³⁸ Yüksek Mahkeme ise hükümsüzlük davalarında 5 yıllık süreyi kabul eden içtihadını yerleştirmiştir:

Nitekim "Sabuncakis" kararında³⁹ Yargıtay'a göre,

"...556 sayılı KHK'da marka tescili başvuruları değerlendirilirken ilgililere, itiraz olanağı ile birlikte sonradan marka tescilinin hükümsüz sayılması için dava açma olanağı da tanınmasına rağmen, bu davanın hangi sürede açılacağı hususunda bir düzenleme getirilmemiş ise de, yine anılan KHK'nun 42. maddesinde Paris Konvansiyonuna göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde açması gerekeceğinin belirtilmesi ve bu hususta dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile de bağdaşmayacağı naza-

³⁶ Karar için bkz., Sert, s. 101, 102.

³⁷ Yargıtay 11. HD. E. 2003/9332, K. 2004/4315, T. 20.4.2004. Karar için bkz., Noyan, s. 470.

³⁸ Tartışmalar için bkz., Karahan, S., *Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları*, (basım yeri ve yılı belirtilmemiş), s. 144-148; Tekinalp, s. 438-440 kn. 10-14.; Bilgili, F., *Markanın Hükümsüzlüğünün İleri Sürülmesinde Süre:Yargıtay'ın 17.11.2005 Tarihli "Meşhur Sultanahmet Halk Köftecisi" Kararının Değerlendirilmesi*, *Terazi*, Yıl: 2, Sayı: 8, Nisan 2007, s. 8, 9; Sert, s. 103, 104.

³⁹ Yargıtay 11. HD. E.1997/5417, K. 1997/9676, T. 25.12.1997. Karar için bkz. Yasaman/Yusufoğlu, *Marka Hukuku*, C. II, İstanbul 2004, s. 880, 881.

ra alındığında, bu husustaki yasal boşluğun, yukarıda sözü edilen tanınmış markalar için öngörülen 5 yıllık sürenin en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak doldurulması Dairemizce uygun görülmekte(dir)..."

Ülker kararında⁴⁰ Yargıtay'a göre,

"1. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasa-ya aykırı bir yön bulunmamasına ve 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 15/2. maddesi hükmü gereğince tescilli marka sahibine karşı, aynı marka üzerinde üstün ve öncelikli sahibi olduğunu ileri sürenlerin açacakları marka terkinin davaları için 6 ay ve 3 yıllık hak düşürücü süreler getirilmiş iken, 556 sayılı KHK'da, marka tescil başvuruları değerlendirilirken, ilgililere, itiraz olanağı ile birlikte sonradan marka tescilinin hükümsüz sayılması için dava açma olanağı da tanınmasına rağmen, bu davanın hangi sürede açılacağı hususunda bir düzenleme getirilmemiş ise de, yine anılan KHK'nın 42. maddesinde Paris Konvansiyonuna göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde açması gerekeceği belirtilmiş, dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının da yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı gözetilerek bu yasal boşluğun yukarıda sözü edilen tanınmış markalar için öngörülen 5 yıllık sürenin, en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak yasal boşluğun doldurulması dairemizce uygun görülmüştür..."

Merinos kararında⁴¹ Yargıtay'a göre,

"...Ayrıca, marka üzerinde üstün ve öncelikli hak sahibi olduğunu ileri sürenlerin açacakları marka terkinin davaları için 556 sayılı KHK'da dava açma olanağı tanınmasına rağmen, bu davanın hangi sürede açılacağı konusunda bir düzenleme getirilmemiş ise de, yine anılan KHK'nın 42. maddesinde, Paris Konvansiyonu'na göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açması gerekeceği belirtilmiş, dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı gözetilerek yukarıda sözü edilen sürenin en

⁴⁰ Yargıtay 11. HD. E. 2000/5607, K. 200076604, T. 11.09.2000. Karar için bkz., Yasaman/Yusufoğlu, C. II, s. 882-884.

⁴¹ Yargıtay 11. HD. E. 2001/10860, K. 2002/3275, T. 8.4.2002. Karar için bkz., Yasaman/Yusufoğlu, C. II, s. 884-887.

azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak yasal boşluğun doldurulması dairemizce uygun görülmüştür...”.

Ve yine Dr. Renaud kararında⁴² Yargıtay,

“Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki kanıtlara nazaran, kural olarak hükümsüzlük davalarının zamanaşımına uğraması söz konusu değilse de Paris Konvansiyonu’nun 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markalarla ilgili hükümsüz davasının tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde açılması gerektiğine ilişkin hükmün, uygulamada diğer marka sahiplerine de genişletildiği(ni)...” belirtmektedir.

Anılan bu kararlarda Yargıtay bu sürenin hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi olup olmadığına herhangi bir açıklık getirmemişti. Nihayet Yargıtay *“Meşhur Sultanahmet Halk Köftecisi”* kararında 5 yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğunu açıkça ifade etmiştir:

“1. Dava, 556 sayılı KHK’nın 42. maddesine dayalı olarak açılmış marka hükümsüzlüğüne ilişkindir. Anılan maddeye dayanılarak hükümsüzlük talebinde bulunulabilmesi için davanın hak düşürücü sürede açılmış olması gerekmektedir.

*Davacı, hükümsüzlük nedeni olarak 556 sayılı KHK’nın 7/1-b ve 8/1-b maddelerine dayanmıştır. Markanın hükümsüzlüğünü talep hakkı marka tescilinden itibaren 5 yıllık hak düşürücü sürede kullanılmalıdır. Mahkemece resen gözetilmesi gereken husus üzerinde durulmaksızın doğrudan işin esası hakkında hüküm kurulmuş olması bozmayı gerektirmiştir.”*⁴³

Tanınmış markalar kullanma zorunluluğu bakımından ayrı bir statüye tabi değildir⁴⁴ (KHK m. 14; m. 42 f. 1 c).

⁴² Yargıtay 11. HD. E. 2004/12267, K. 2005/12577, T. 20.12.2005. Karar için bkz., Noyan, s. 446-448.

⁴³ Karar için bkz., Yargıtay 11. HD. E. 2004/11834, K. 2005/11118, T. 17.11.2005, Noyan, s. 432, 433.

⁴⁴ Sert, s. 111.

TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU TAHKİM KURULU'NUN İŞLEVI VE KARARLARININ NİTELİĞİ

Taner AYANOĞLU*

Giriş

Son dönemlerde futbolla ilgili çevrelerde sıkça dile getirilen “*Tahkim Kurulu, futbolun en üst yargı merciidir*” biçimindeki söylemler, Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Tahkim Kurulu’nun konumu ve işlevi konusunda ciddi bir kavram karmaşası olduğunu açıkça göstermektedir. Bu karmaşa, özellikle Tahkim Kurulu’nun bir yargı merci olup olmadığı, kararlarına karşı dava veya temyiz gibi yargısal başvuru olanaklarının bulunup bulunmadığı ve eğer bulunuyor ise bunun hangi yargı düzeninde yapılacağı konularında odaklanmaktadır. Bu karmaşayı besleyen etkenlerin başında, 3461 ve 3813 sayılı kuruluş kanunlarında¹ Türkiye Futbol Federasyonu’nun hukuki konumunun “*özel hukuka tabi tüzel kişilik*” nitelenmesi esasından dolayı kurgulanması ve böylelikle de bu kurumun bütün işlem ve eylemlerinin “*özel hukuk alanı*”nda kaldığı düşüncesi yer almaktadır. Ayrıca buna bağlı olarak, kanunla özel hukuka tabi kılınan Türkiye Futbol Federasyonu’nun bütün faaliyetlerinin sözleşme veya taahhütname biçimindeki “*özel hukuk işlemleri*” vasıtasıyla yürütülmesi zorunluluğu da varmış gibi bir kanaat yerleştirilmeye çalışılmaktadır. Keza, federasyonun özel hukuka tabi tüzel kişilik olması esasını, aynı zamanda, Türkiye Futbol Federasyonu

* Yard. Doç. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ 27.05.1988 tarih ve 3461 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu’nun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 07.06.1988 tarih ve 19835 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Daha sonra çıkarılan 03.07.1992 tarih ve 21273 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanarak yürürlüğe giren 17.06.1992 tarih ve 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile 3461 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

Tahkim Kurulu'nun kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu savının temellendirilmek istendiği zeminlerden biri konumundadır. Hemen belirtelim ki, Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu savı, sadece Türkiye Futbol Federasyonu'nun özel hukuka tabi olması esasına dayandırılmakta olmayıp, ayrıca 3461 ve 3813 sayılı kanunlarda yer alan "*Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğu*" şeklindeki pozitif düzenlemelerden de çıkarsanmaya çalışılmaktadır. Bu ve benzeri görüşlerin etkisiyle, Türkiye Futbol Federasyonu'nun bir kamu tüzel kişisi değil özel hukuk tüzel kişisi olduğu, Tahkim Kurulu'nun futbol ile ilgili uyuşmazlıklarda tek ve nihai çözüm mercii konumunda bulunduğu ve bu kurulun kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu şeklinde özetlenebilecek çeşitli kanaatler yaygınlık kazanmış bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, TFF Tahkim Kurulu'nun konumu ve işlevi, kararlarının niteliği sorunlarına ilişkin konular, Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi gibi yüksek mahkemelerin önüne de gelmiştir. Anılan yüksek mahkemeler, doğru hukuki nitelermeler ile aşılabilir olan sorunlar karşısında, tatmin edici çözüm üretmek yerine, futbol deyimi ile söylemek gerekirse "*topu taca atmak*" yolunu tercih etmişlerdir. Özellikle Anayasa Mahkemesi ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, önlerine gelen uyuşmazlıklarda, Tahkim Kurulu'nun niteliği ve işlevi ile kararlarının niteliğinin ne olduğu konusunu açıklığa kavuşturacak açıklama ve gerekçelerden ihtiyatla kaçındığını belirtelim.

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun konumu ve işlevi, kararlarının niteliği konularına ilişkin olarak yukarıda genel çerçevesi çizilen kimi kanaatlerin yaygınlık kazanması ve hukuki bir karmaşanın ortaya çıkmış olması, bu konunun idare hukuku açısından irdelenmesini adeta kaçınılmaz kılmaktadır.

I. Türkiye Futbol Federasyonu'nun Tüzel Kişiliğinin Niteliği

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu kararlarının niteliği ve bunlara karşı yargı yoluna başvurulup başvurulamayacağı, başvurulacaksa hangi yargı düzeninin görevli olduğuna ilişkin tartışmanın başlangıç noktası, Türkiye Futbol Federasyonu'nun özerkleştirilmesi girişimidir. Dolayısıyla, Tahkim Kurulu'nun işlevi ve kararlarının niteliği sorunu ile ilgili sağlıklı değerlendirmeler yapabilmek ve doğru çı-

karımlara varabilmek için, öncelikle Türkiye Futbol Federasyonu'nun tüzel kişiliğinin niteliğine ilişkin tartışmaya değinmek ve bu kurumun geçmişinden bugüne doğru geçirdiği evrim sürecini incelemek gerekmektedir.

Türkiye Futbol Federasyonu, 21.05.1986 tarih ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca Başbakanlığa bağlı, katma bütçeli ve tüzel kişiliğe sahip Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'ne bağlı ve tüzel kişiliği bulunmayan bir idari teşkilat birimi² iken; 27.05.1988 tarih ve 3461 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu'nun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile "profesyonel futbol faaliyetlerini millî ve milletlerarası kaidelere göre yürütmek, teşkilâtlandırmak, geliştirmek ve Türk futbolunu yurt içinde ve yurt dışında temsil etmek üzere; özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip" bir şekilde yeniden yapılandırılmıştır.³ Daha sonra çıkarılan 17.06.1992 tarih ve 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile 3461 sayılı kanunu yürürlükten kaldırılmış ve Türkiye Futbol Federasyonu'nun kurulması, teşkilât, görev ve yetkilerine ait esas ve usuller yeni baştan düzenlemiştir.⁴

Hemen belirtelim ki, Türkiye Futbol Federasyonu'nun bugünkü yapılanmasının temelleri asıl olarak 3461 sayılı kanun ile atılmış bu-

² Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar*, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2004, s. 396: "Futbol Federasyon(nun), (...) 3530 sayılı Yasaya göre katma bütçeli bir kuruluş olan Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü'ne bağlı "teknik bir organ" olduğu ve "spor faaliyetlerinin düzenlenmesinin ve denetlenmesi görevi(nin) bir kamu hizmeti olarak bu idareye" verildiği kabul ediliyordu."

³ 3461 sayılı kanun, Türkiye Futbol Federasyonu'nun teşkilât, görev ve yetkilerine ait esas ve usulleri düzenlemektir. Ancak bu kanun uyarınca kurulan Türkiye Futbol Federasyonu'nun, her ne kadar bu kanunda açıkça belirtilmemiş ise de, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesindeki Futbol Federasyonu'nun hukuki ve fiili halefi ve devamı olduğundan kuşku duyulmamaktadır.

⁴ Türk futbolun teşkilatlanmasına ilişkin tarihsel aşamalar ana hatlarıyla, 1903-1922 yılları arasında futbol kulüplerine dayalı federatif bir yapı olan futbol birlikleri; 1922-1936 yılları arasında futbol dışındaki branşları da içine alan federatif bir yapı olan Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı; 1936-1938 tarihleri arasında yarı federatif Türk Spor Kurumu; 1938-1988 yılları arasında Türk İdaresine dahil bir kamu kuruluşu olan Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü'nün (daha sonraki adıyla Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü) ana hizmet birimi şeklindeki bir federasyon örgütlenmesi; 1988'den günümüze kadar olan dönem boyunca da özel hukuka tabi ve özerk Türkiye Futbol Federasyonu şeklindedir. Bkz., Devocioğlu, Sebahattin / Çoban, Bilal, "Türkiye Futbol Federasyonu'nun Özerkliği", *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, Cilt: VIII, Sayı:3, Temmuz 2003, s. 52.

lunduğundan, her ne kadar bugün yürürlükte bulunmasa dahi, öncelikle bu kanun ile geçilmek istenen sistemin özelliklerinin incelenmesi gerekmektedir.

3461 sayılı kanun çerçevesinde yeni yapılandırmanın temel unsurlarını, **a)** Federasyonun tüzel kişilik sahibi olması, **b)** Federasyonun özel hukuka tabi olması, **c)** TFF Genel Kurulu üyelerinin futbol faaliyeti ile ilgili kişi, grup ve örgüt temsilcilerinden oluşması **d)** Federasyon Başkanının Genel Kurul'ca seçilecek üç aday arasından Başbakanca atanması, **e)** Tahkim Kurulu, Denetleme Kurulu ve Yönetim Kurulu üyelerinin Genel Kurul'ca seçilmesi, **f)** Tahkim Kurulunun Kurulması ve bu Kurula federasyon ve kulüpler veya kulüplerle oyuncular veya iki kulüp arasında çıkacak ihtilaflarla ceza kurulu kararlarını, ilgililerin itirazları üzerine inceleyerek kesin karara bağlama görevi verilmesi, **g)** profesyonel futbol dalında faaliyet gösteren kulüplerin Yönetim Kurulu'nca tespit edilecek şartlar ve taahhütlere göre federasyona tescil edilmesi, tescil sırasında Tahkim Kurulu'nun kararlarına uyacaklarına dair taahhütnameyi imzalamak zorunda olmaları ve tescil edilmeyen veya taahhütlerini yerine getirmeyen kulüplerin müsabakalara iştirak edememeleri biçiminde sıralamak mümkündür. Diğer taraftan, Türkiye Futbol Federasyonu'nun geçirdiği bu evrime rağmen, 3461 sayılı kanununun 2. maddesinde bu kuruma verilen "*a) Profesyonel futbol faaliyetlerini yürütmek, profesyonel futbolun gelişmesini ve yurt sathına yayılmasını sağlamak, bu konularda her türlü düzenlemeyi yapmak, kararlar almak ve uygulamak, b) Milli ve milletlerarası kaidelerin ve her türlü talimatın uygulanmasını sağlamak ve Türkiye'yi, futbol ile ilgili konularda, yurt dışında temsil etmek, c) Yurt içi ve yurt dışı profesyonel futbol faaliyetleri ile milli müsabakalar için plan, program ve benzeri her türlü düzenlemeyi yapmak ve başarılı sonuç sağlanması için gerekli tedbirleri almak*" şeklindeki kamu hizmeti niteliği ağır basan görevler, kanunla özel hukuka tabi kılınan bu kurumun işlevsel bakımdan saf bir özel hukuk kişisi olarak kabul edilmesinin önündeki en büyük engellerden biri olarak ortaya çıkmıştır.

Bugün yürürlükte bulunan 3813 sayılı kanun, bazı istisnalar kenara bırakılırsa, temel olarak 3461 sayılı kanunla getirilen yeni yapılandırmanın ana unsurlarını muhafaza etmiştir. 3813 sayılı kanunun 3461 sayılı kanundan temel yapılanmaya ilişkin farklı düzenlemelerinden birincisi TFF Başkanı'nın doğrudan Genel Kurul'ca seçilmesi, ikincisi federasyon ve kulüpler veya kulüplerle oyuncular veya iki kulüp ara-

sında çıkacak ihtilafların doğrudan Tahkim Kurulu'nda çözümlenmesi yerine önce Yönetim Kurulu'nda çözümlenmesi ve Yönetim Kurulu kararına karşı ilgililere Tahkim Kurulu da itiraz hakkının tanınması, üçüncü ise kulüplerin tescil sırasında Tahkim Kurulu'nun kararlarına uyacaklarına dair taahhütname imzalamak zorunda olmalarına ilişkin hükme yer verilmemesidir. Bununla birlikte, 3813 sayılı kanunun 10. maddesinin (d) bendi uyarınca Yönetim Kurulu'nun "*Kulüplerin futbol dalı kurmak için yapacakları başvuruları karara bağlamak, bununla ilgili faaliyet ve taahhütleri denetleme*" görevinin bulunması ve 26. maddesinin "*Futbol kulüpleri ile diğer spor kulüplerinin futbol şubeleri federasyona bağlıdır. Bunlar hakkında bu kanun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılacak esaslar uygulanır. Federasyon, kulüpleri Yönetim Kurulu'nca tespit edilecek esaslar çerçevesinde kayıt ve tescil eder. Kaydı yapılmayan veya herhangi bir vecibesini yerine getirmeyen kulübün kayıt ve tescili iptal edilir. Bu kulüpler müsabakalara iştirak ettirilmez.*" hükmü çerçevesinde federasyonun tescil için başvuran kulüplerden Tahkim Kurulunun kararlarına uyacaklarına dair taahhütname istemesi olanaklı bulunmaktadır.⁵

Türkiye Futbol Federasyonu'nun bugünkü yapılanmasının temellerini atan mülga 3461 sayılı kanunun düzenlemelerine geri dönersek, bu kanunun getirdiği yenilikler, çıkarıldığı dönemde kamuoyuna "*Futbolun özerkleştirilmesi*" olarak takdim edilmiştir.⁶ Bununla birlikte, bu kanunda federasyonun sıfatları arasında "*özerklik*" kavramı hiçbir şekilde sayılmamış olup, sadece federasyonun "*özel hukuk hükümlerine tabi*" olduğu nitelemesine yer verilmiştir. Kavramsal olarak "*özel hukuk hükümlerine tabi olma*" ile "*özerklik*"in özdeş olmadıkları, aralarında önemli bir fark olduğu açıktır.⁷ Öte yandan, 3461 sayılı kanunda, Tür-

⁵ Belirtelim ki, 3813 sayılı kanunun düzenlemeleri çerçevesinde Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu savı, kulüplerin vereceği taahhütnamelerden ziyade bu kanunun 13. ve 14. maddelerindeki Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğu yönündeki düzenlemeye dayandırılmaktadır.

⁶ Yurtcan, Erdener; "*Özerk Futbol mu Dediniz?*" *Cumhuriyet*, 05.04.1989: "*Sayın Başbakanımızın zihninde oluşan düşünce doğrultusunda, ülkemizde profesyonel futbolun özerk hale getirilmesi ile bu alanda daha başarılı olunacağı varsayılmıştır. Acele ile hazırlanan bir tasarı ile Futbol Federasyonu, Beden Terbiyesi örgütünü dışına çıkarılmıştır. Bundaki amaç, ülkede profesyonel futbolun, futbolun içinde yer alan kişi, grup ve örgütlere bırakılması, futbolun, futbol adamları tarafından yönetilmesi idi. Özerk futbol sloganı ile yola çıkanlar, yasal düzenlemede de bu amacı ortaya çıkaran kurallara yer vermeliydiler. - Oysa bu alanda bugün içinde bulunulan hukuksal durum hiç de belirtilen amaçlarla bağdaşmıyor. (...)*"

⁷ Bu noktada, Türkiye Futbol Federasyonu'nun organlarının seçimle oluşturulma-

kiye Futbol Federasyonu'nun özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasına ilişkin düzenlemeyi tamamlayacak başkaca düzenlemelere de yer verilmeye çalışılmıştır. Bu düzenlemeler içinde, özellikle, 3461 sayılı kanunun 22. maddesinde yer alan "*Profesyonel futbol dalında faaliyet gösteren kulüpler, Yönetim Kurulu'nca tespit edilecek şartlar ve taahhütlere göre federasyona tescil edilirler ve Yönetim Kurulu'nca belirlenecek tescil ücretini öderler. Tescil sırasında kulüpler; Tahkim Kurulu'nun kararlarına uyacaklarına dair taahhütnameyi imzalamak zorundadırlar. Tescil edilmeyen veya taahhütlerini yerine getirmedikleri için tescili iptal edilen kulüpler müsabakalara iştirak edemezler.*" şeklindeki hüküm dikkat çekicidir. Bu ve benzeri nitelikteki düzenlemeler ile ulaşılmak istenen nihai amaç, Federasyon ile kulüpler arasındaki ilişkilerin özel hukuka tabi olarak kurulmasıdır. Başka bir deyişle, bir tarafını Federasyonun öbür tarafını ise kulüplerin teşkil ettiği sözleşmesel nitelikte ilişkilere dayalı bir futbol örgütlenmesi temelinde futbol faaliyetlerinin organizasyonu ve yürütülmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Görülüyor ki, kurulmak istenen sistem çerçevesinde, özel hukuka tabi olan federasyonun kulüpler üzerinde kullanacağı yetkilerin kaynağı da kendiliğinden, "*Federasyon ile kulüpler arasında serbest irade ile kurulan özel hukuka tabi sözleşmesel ilişki*" olarak ortaya çıkmaktadır.

Hemen belirtelim ki, 3461 sayılı kanunun temel amacı, Türkiye Futbol Federasyonu'nun özel hukuka tabi olduğunu belirtmek suretiyle futbol faaliyetlerinin özelleştirilmesi⁸ ise, tek başına bu nitelime-

sının ve federasyonun tüzel kişi olarak kurulmasının öngörülmesinin özerkliğin unsurları olduğu ve bu sebeple 3461 sayılı kanunun metninde özerkliğe yer verilmemesinin bir eksiklik oluşturmadığı düşünülebilir. Aksi takdirde, özerklik ile özel hukuka tabiliğinin birbirine karıştırıldığı veya özerklik sloganı adı altında özel hukuka tabilik unsurunun gizlenmeye çalışıldığını düşünmek gerekecektir. Bununla birlikte, 3461 sayılı kanun ile federasyona verilen yeni şekil ve güvencelerin bütünü dikkate alırsa, bu kurumu "özerk" saymak pek kolay değildir. Ancak, 3461 sayılı Kanun'da Federasyonun özerk olarak nitelenmemesinin bir eksiklik olduğunu kanun koyucu da düşünmüş olmalı ki, 3461 sayılı kanunun aksine 3813 sayılı kanunda Federasyonun nitelikleri arasında "özerk" nitelmesine yer verilmiştir.

⁸ 3461 sayılı kanun ile amaçlanan bir tür özelleştirme olduğu öğretisi tarafından da dile getirilmiştir. Nitekim Özay, bu hususa şu şekilde değinmektedir: "*Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun*" iddia edildiğine göre, "*özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzelkişiliğe sahip*" bir örgüt modeli öngördüğünden, bu spor dalının organizasyonunu bir kamu hizmeti olmaktan çıkarıp "*özelleştirme*" operasyonuna tabi tutmuş." Özay, İl Han; "Futbolda Özelleştirme" *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Sayı:1-3, Yıl:11 İstanbul, 1990, s. 31.

nin hiçbir şekilde yeterli ve uygun bir araç olduğu söylenemez. Futbol alanında bir özelleştirmeden bahsetmek için öncelikle özel kişilerin kuracakları örgütlenmelerin de futbol faaliyetlerini yürütmelerine olanak sağlayacak serbestleşmenin sağlanması gerekir. Futbol faaliyetlerini organize edecek ve yürütecek örgütlenmenin özel hukuk alanına bırakılması isteniyor ve bunun için de kulüplerin kuracakları veya katılacakları bir özel hukuk yapılanması düşünülüyor ise, örgütlenme ve faaliyet yürütümü konularında tam serbestleşme sağlanarak bu alandan devletin bütünüyle elini çekmesi ve dileyen futbol kulüplerinin diledikleri şekilde örgütlenmelere gitmelerinin önünün açılması gerekir. Böyle bir yapılanma için de futbol faaliyetlerini düzenlemek ve yürütmek amacıyla kurulmuş herhangi bir "kuruluş"un üyelik için bünyesindeki tahkim kurulu kararlarına uyma taahhüdü istemesi doğal karşılanabilir. Çünkü böyle bir taahhütte bulunmak istemeyen kulübün kurulmuş veya kurulacak başka bir örgüt içinde yer almak gibi bir olanağı bulunacaktır.

Genel olarak Türkiye'de futbol alanındaki serbestleşme iki şekilde olabilir: Birincisi, kanunla Türkiye Futbol Federasyonu veya benzeri bir kurum kurulmaksızın, futbol alanındaki faaliyetleri organize edecek özel hukuk örgütlenmelerinin çerçevesini çizen bir yasal düzenleme yapmak ve bu örgütlenmelerin tamamen özel hukuka tabi özel hukuk kişilerinin iradeleriyle kurulmasının önünü açmaktır. İkincisi, Türkiye Futbol Federasyonu'nun varlığını muhafaza etmesi ancak özel hukuka tabi bir tüzel kişi biçiminde kurulması arzu ediliyorsa, buna uygun bir yapılanmanın en temel unsuru, futbol kulüplerinin serbest iradeleriyle bu yapının içinde yer almalarını temin için, bu yapının dışında kalmak isteyen kulüplerin futbol faaliyetlerini organize edecek ve Türkiye Futbol Federasyonu'na alternatif olabilecek örgütlenmelere gidebilme haklarının olmasıdır. Buna karşılık, 3461 sayılı kanunla, bir yandan profesyonel futbol faaliyeti ve bununla ilgili diğer görevler, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesi dışında bir tüzel kişi olan Türkiye Futbol Federasyonu'na münhasır olarak verilmekte ve bu görevleri yürütecek alternatif örgütlenmelere olanak tanınmamakta, öte yandan federasyonun özel hukuka tabi olduğu öngörülmektedir. 3813 sayılı kanunun düzenlemeleri de temel olarak aynı şekildedir.⁹

⁹ 3813 sayılı kanunun 1. maddesine göre, Türkiye Futbol Federasyonu, "her türlü futbol faaliyetlerini millî ve milletlerarası kurallara göre yürütmek, teşkilâtlandırmak, geliştirmek ve Türkiye'yi futbol konusunda yurt içinde ve yurt dışında temsil etmek üzere" ve

Kanunla kurulan ve futbol faaliyetlerini düzenleme ve yürütme tekeli verilen ve yine asıl olarak kanundan aldığı yetkileri kullanan Türkiye Futbol Federasyonu'nun faaliyetlerinin kamu hizmeti, kullandığı yetkilerin kamu kudreti kullanımını niteliği taşıdığı kolaylıkla anlaşılmaktadır. Böyle bir tüzel kişiyi, sırf özel hukuka tabi olduğu yolundaki düzenleme uyarınca özel hukuk tüzel kişisi saymak doğru bir yaklaşım olamaz. Tekraren vurgulayalım ki, Türkiye Futbol Federasyonu'nun bir özel hukuk tüzel kişisi olduğunu söyleyebilmek için, bu kurumun futbol faaliyetini organize etme ve yürütme konusunda tekel hakkının ortadan kaldırılması ve de futbol faaliyeti organize etme konusunda birçok özel örgütlenmenin yapılabilmesine ve bunların birbirine rakip olabilmesine olanak tanınması gerekir.

Türkiye Futbol Federasyonu'nun özel hukuka tabi olmasına bağlanmak istenen temel sonuçlarından biri, Türkiye Futbol Federasyonu ile futbol kulüpleri arasında sözleşmesel bir hukuki ilişki kurulması ve bu ilişkinin idare hukuku dışında bırakılmasıdır. Ancak bu amacı gerçekleştirmek için futbol faaliyetlerini organize etme işinin kamu hizmeti olmaktan çıkarılması ve özel hukuk kişilerin serbest iradeleleriyle futbol faaliyetlerini organize edecek özel hukuk kişileri kurmalarına olanak sağlanması gerekirken, bunun yapılmamış olması sistemin kurgusu bakımından yapılan en büyük yapısal hata olmuştur. Dolayısıyla, bu yapısal hata ortada dururken, ederasyon ile kulüpler arasındaki ilişkileri özel hukuk ilişkisi biçiminde kurgulamak mümkün değildir. 3461 sayılı kanunda yer alan federasyonun özel hukuka tabi olduğu yolundaki hüküm de bu yapısal hatayı onarmaktan ziyade çelişkileri derinleşmesine yol açmıştır. Dolayısıyla, federasyonun özel hukuka tabi olduğu yolundaki hükme rağmen, kulüpler ile federasyon arasındaki ilişkilerin asıl çerçevesinin idare hukuku alanında kalması sebebiyle, kulüplerin federasyona tescili sırasında Tahkim Kurulu kararlarına uyacaklarına dair taahhütte bulunmaları da anlamsız zorunluluk olarak görünmektedir. Gerek Türkiye Futbol Federasyonu'nun,

“özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip, özerk” bir yapıda kurulmaktadır. Bu kanunun 2. maddesinde ise Federasyonun görevleri, “a) Futbol faaliyetlerini yürütmek, futbolun gelişmesini ve yurt sathına yayılmasını sağlamak, bu konularda her türlü düzenlemeyi yapmak, kararlar almak ve uygulamak, b) Milli ve milletlerarası kuralların ve her türlü talimatın uygulanmasını sağlamak ve Türkiye’yi futbol ile ilgili konularda yurt dışında temsil etmek, c) Yurt içi ve yurt dışı futbol faaliyetleri ile milli müsabakalar için plan, program ve benzeri her türlü düzenlemeyi yapmak ve başarılı sonuç sağlanması için gerekli tedbirleri almak” şeklinde sayılmaktadır.

gerekse Tahkim Kurulu'nun yetkisinin kaynağı, kulüplerin verdikleri taahhütnameler değil, kanundur. Kanımızca, bu durum, Türkiye Futbol Federasyonu'nun özel hukuka tabi bir tüzel kişi olarak kurgulanmasındaki çelişkiyi açık seçik gözler önüne sermektedir.

Diğer taraftan, 3461 ve 3813 sayılı kanunlarda Türkiye Futbol Federasyonu'nun "özel hukuk hükümlerine tabi" bir tüzel kişi olarak ön-görülmesi, bu kurumun kamu tüzel kişisi mi, yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğu konusunda da bir tartışma başlatmıştır. Özellikle yargı kararlarında, Türkiye Futbol Federasyonu'nun "özel hukuka tabi bir tüzel kişi olması"na ilişkin yasal düzenlemeler esas alınmak suretiyle, bu kurumun bir "özel hukuk tüzel kişisi" olduğu, idare teşkilatının dışında yer aldığı, işlemlerinin özel hukuk işlemi niteliği taşıdığı¹⁰ ve bu işlemlerden doğan davaların da adli yargı düzeninin görevine girdiği yönündeki saptama ve görüşlere sıkça yer verilmektedir.¹¹

Öncelikle belirtelim ki, özel hukuka tabi olan veya özel hukuk kişisi olan tüzel kişilerin hiçbir şekilde idari işlem yapamayacakları söylenemez.¹² Nitekim bir Danıştay kararında da ifade edildiği üze-

¹⁰ Danıştay 10. Dairesi, bir kararında, idare mahkemesinin şu şekilde özetiği "... 6. İdare Mahkemesi'nce, (...) Yasanın bu kuralları karşısında Türkiye Futbol Federasyonu'nun genel idarenin dışında kalan ve kamu kurumu niteliği taşımayan bir özel hukuk tüzel kişisi olması nedeniyle idari işlem niteliği bulunmayan 1996-1997 sezonu Yayın Talimatına ..." kararını onamıştır. D10.D, E.1997/972, K.1997/2081, T.27.5.1997, Bal, Yakup / Karabulut, Mustafa / Şahin, Yahya, *İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları*, Seçkin, Ankara, 2003, s. 322-323. Danıştay'ın, Türkiye Futbol Federasyonu'nun özel hukuka tabi tüzel kişi olmasından dolayı işlemlerinin idari işlem değil, özel hukuk işlemi niteliği taşıdığı yönünde başka kararları da vardır. Ancak bu yöndeki kararlarda ortaya konulan yaklaşımlar eleştiriye açıktır. Bir tüzel kişi, özel hukuka tabi olduğu için veya özel hukuk tüzel kişisi olduğu için işlemleri her durum ve koşulda idari işlem niteliğinden yoksun sayılamaz. Aynı zamanda o tüzel kişi tarafından tesis edilen işlemin unsurlarının ve özelliklerinin de dikkate alınması gerekir. Buna karşılık, Türkiye Futbol Federasyonu'nun sadece işlemlerinin idari niteliğinden dolayı kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunu söylenmek de doğru olmaz. Bunun yanında, federasyonun kanunla kurulmuş olması, görevlerinin kamu hizmeti niteliği taşıması ve Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesindeki ana hizmet birimi olan Türkiye Futbol Federasyonu'nun halefi olması gibi unsurlar kamu tüzel kişiliğinin göstergeleri arasında yer almaktadır.

¹¹ D10.D, E.1989/2924, K.1991/547, T.20.02.1991, DD.82-83, s. 1005-1007: "... 3461 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle, Türkiye Futbol Federasyonu'nun genel idarenin dışında yer alan bir özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştüğü ... anlaşılmaktadır." Aynı yönde bkz., D10.D, E.1999/5415, K.2001/2323, T.14.6.2001, Bal/Karabulut/Şahin, a. g. e., s. 318-319.

¹² Genel olarak Fransa'da Conseil d'Etat, özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücü ayrıcalıkları içeren işlemlerini idari işlem saymaktadır. Örneğin Conseil d'Etat, özel

re, “3461 sayılı yasanın 1.maddesinde, Türkiye Futbol Federasyonu’nun özel hukuk hüükümlerine tabi olduğunun hükme bağlanmış olmasının salt bu nedenle federasyonca veya federasyon bünyesinde yer alan kurullarca tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağı da açık bulunmaktadır.”¹³ Bir tüzel kişinin özel hukuka tabi olması veya biza-tihi özel hukuk kişisi olması halinde, o tüzel kişinin işlemlerinin özel hukuk işlemi niteliği taşıdığına düşünülmesi doğaldır. Ancak, özel hukuka tabi olan veya özel hukuk kişisi sayılan bir tüzel kişinin, kendisine tekel hakkı tanınan bir konuda, kamu gücü kullanımı biçiminde tezahür eden ve yürüttüğü kamu hizmeti ile ilgili olan işlemlerini, bunların doğasını ve karakteristik özelliklerini hiç dikkate almaksızın, sırf tüzel kişinin sıfatına bağlı olarak “özel hukuk işlemi” saymak doğru değildir. Şöyle ki, bir özel hukuk tüzel kişisine istisnaen kamu kudreti ayrıcalıkları tanınmış olmasının, tek başına o tüzel kişiyi kamu tüzel kişisi haline getirmediği bilinmektedir. Dolayısıyla, bir tüzel kişinin kamu tüzel kişi olarak nitelenebilmesi için, kamu kudreti kullanma ayrıcalığına sahip olma unsurunun yanında ayrıca Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrasındaki hüküm çerçevesinde “ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” bir idari işlemle kurulmuş olması da gerekmektedir.¹⁴

Vurgulamak gerekir ki, Türkiye Futbol Federasyonu, gerek 3461 sayılı kanun ve gerekse 3813 sayılı kanun ile, “özel hukuk tüzel kişisi” olarak değil, “özel hukuka tabi tüzel kişi” olarak nitelenmiştir. Her iki niteleme arasındaki fark önemlidir. Her ne kadar, Türkiye Futbol Federasyonu’nun görevleri ve kullandığı yetkiler dikkate alındığında kanun koyucunun bu kurumu “özel hukuka tabi tüzel kişi” olarak nitelemesi yanlış ise de, tek başına bu niteleme uyarınca Türkiye Futbol Federasyonu’nu özel hukuk tüzel kişisi saymaya olanak bulunmadığı

hukuk tüzel kişisi niteliğinde olan Basketbol Federasyonu’nun yarışmalara katılma şartlarını tespit eden kararlarını ve Bisiklet Federasyonu’nun sporculara verdiği disiplin cezalarını idari işlem saymış ve denetlemiştir. Bkz., Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 552. Gözler, ayrıca Türkiye Futbol Federasyonu ve Türkiye Jockey Kulübü birer özel hukuk tüzel kişisi olsa ve keza özel hukuka tabi tüzel kişiler olsalar da, bunların “kamu gücü ayrıcalıkları”na dayanan işlemlerini idari nitelikte saymak, dolayısıyla da bu tür işlemlere idare hukukunu uygulamak ve bunlardan doğan uyuşmazlıklara idari yargıda bakmak gerektiğini de belirtmektedir. Bkz., Gözler, a. g. e., s. 553.

¹³ D10.D, E.1991/1149, K.1911/2286, T.17.06.1991, DD. 84-85, s. 695-697.

¹⁴ Bkz., Gözler, a. g. e., s. 146.

unutulmamalıdır. Öte yandan, kamu gücü kullanma ayrıcalığı asıl olarak kamu tüzel kişilerinin sahip olabilecekleri bir olanak ve ayrıcalık olmakla birlikte, bu ayrıcalıktan yoksun kamu tüzel kişileri kurulmasının önünde bir engel yoktur. Bununla birlikte, bir tüzel kişinin kanunla özel hukuka tabi olarak kurulması, o tüzel kişiyi kamu tüzel kişisi sıfatından yoksun bırakmaz ise de, Bilgen'in de işaret ettiği gibi, kamu hizmeti gören ve kamu kudreti usulleri kullanabilen bir tüzel kişinin kuruluş kanununda "özel hukuk tüzel kişisi" olarak nitelenmesi doğru değildir. Eğer böyle bir niteleme yapılmış ise, ya özel hukuk tüzel kişileri kamu kudretinden yararlanamayacakları için idari işlem yapma yetkisi veren hüküm, ya da idari işlem yapma yetkisi mutlaka kanunla kabul edilecekse özel hukuk tüzel kişisi olduğunu ifade eden hüküm Anayasa'ya aykırıdır.¹⁵ Dolayısıyla, yürüttüğü kamu hizmetinin yapısı ve özellikleri gereği, kamu gücü kullanması olanağı ve olasılığı bulunmayacak olan kamu tüzel kişilerinin kuruluş kanunlarında bunların özel hukuka tabi olarak faaliyet göstereceklerinin öngörülmesi mümkün olmakla birlikte; yürüttüğü kamu hizmetlerinin ve faaliyetlerin yapısı ve özelliği gereği kamu kudreti kullanma ayrıcalığı tanınacak kamu tüzel kişileri bakımından, kuruluş kanunlarında bunların özel hukuka tabi olduğu nitelemesinin yapılması doğru değildir. Bu sebeple, Türkiye Futbol Federasyonu'nun, kuruluş kanununda "özel hukuka tabi" olduğu nitelemesi yapılmasına rağmen, bünyesi ve taşıdığı özellikler dikkate alınarak kamu tüzel kişisi niteliğinde bir kuruluş olarak kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁶

¹⁵ Bilgen, Pertev, *İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, s. 14.

¹⁶ Nitekim Türkiye Futbol Federasyonu'nun Uyuşmazlık Mahkemesi'nce yalın bir "özel hukuk kişisi" gibi düşünülmesini eleştiren Özey'a göre, " ... bazı kuruluşların özel hukuk hükümlerine tabi tutulması onların ille de özel hukuk tüzel kişisi olduğu anlamını taşımaz. Nitekim İdare Hukuku öğretisinde ... kuruluş yasalarına göre tümü özel hukuk hükümlerine tabi Devlet iktisadi kuruluşlarının birer "kamu tüzel kişisi" olduğunda kuşku yoktur. ... Şu halde "özel hukuk hükümlerine tabi olma" kuruluşun türünü kendiliğinden değiştirip onu "İdare"nin dışına çıkarmaz, doğrusu çıkaramaz." Özey, a. g. m., s. 33. Anayasa Mahkemesi'ne göre de, "Kamu tüzel kişilerinin, nitelik ve özellikleriyle bağdaştığı ve statülerinin elverişli ölçüde, özel hukuk tüzel kişileri gibi genel hükümlere göre bazı yetkiler kullanmaları mümkün olmakla beraber, açık bir hüküm bulunmadıkça, bu hal onların hukuk rejimi olan idare hukuku ve kamu kanunlarına bağlılık ilkesini ortadan kaldırmaz. Kamu tüzel kişilerinin kurulması, organları, görev ve yetkileri, işleyiş ve çalışma usulleri, yasal ve idari işlemlerle her zaman düzenlenebilir. Çünkü Anayasa'nın 123. maddesinde kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulacağı hükmü yer almış bulunmaktadır. Bu durumda, kanun koyucunun, kamu tüzel kişiliğini genel yararın belirlediği ihtiyaca göre kurması ve onu kimi yetkilerle donatması

Türkiye Futbol Federasyonu'na 3813 sayılı kanun ile verilen ve münhasıran bu kurumun yetkisine bırakılan futbol ile ilgili görevler "kamu hizmeti" özelliği gösterdiği gibi, bu görevleri yürütmek üzere bu kurum tarafından tesis edilen tek taraflı işlemler de idari işlem niteliği¹⁷ taşımaktadır. Nitekim öğretide de Türkiye Futbol Federasyonu'nun özel hukuk tüzel kişiliği ile hiçbir ilgisinin olmadığı¹⁸ ve bu kurumun kamu tüzel kişiliğinin ağır bastığı¹⁹ genel kabul görmektedir.

asıldır. Anayasa'da bir kamu tüzel kişiliğinin kurulması halinde, ona varlık verecek olan kanunda ne gibi kurallara ve ilkelere uyulacağı öngörülmemiş ise bu husus tamamen kanun koyucunun takdirine bırakılmış demektir." AYM, E.1985/7, K.1985/22, T.28.11.1985, RG,21.01.1986-18995.

¹⁷ Danıştay 10. Dairesi, bir kararında Futbol Federasyonu tarafından çıkarılan Türkiye Ligleri Statüsü'nün ülke çapında uygulanan düzenleyici işlem niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. (Bkz., D10.D, E.1983/1068, K.1984/818 K.17.04.1984, DD.56-57, s. 372-378). Dolayısıyla, 3461 ve 3813 sayılı kanunlar ile statüsünde değişiklik olsa da TFF'nin yaptığı işlemlerin idari işlem niteliği değişmemiştir. D10.D, E.1991/1149, K.1911/2286, T.17.06.1991, DD.84-85, s. 695-697: "... 3461 sayılı yasanın 1.maddesinde, Türkiye Futbol Federasyonu'nun özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun hükmüne bağlanmasının salt bu nedenle federasyonca veya federasyon bünyesinde yer alan kurullarla tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağı da açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, idare mahkemesinin uyuşmazlığın çözümünün idari yargının görev alanında olduğunu kabul ederek işin esasını incelenmesi gerekirken, davayı görev yönünden reddetmesi hukuka aykırı görülmüştür."

Ancak aksi yönde Danıştay kararları da vardır. Bkz., D10.D, E.1999/5415, K.2001/2323, T.14.6.2001, Bal/Karabulut/Şahin, a. g. e., s. 318-319; D10.D, E.1999/992, K.1998/1375, T.12.4.1999, Bal/Karabulut/Şahin, a. g. e., s. 318-319; D10.D, E.1995/1669, K.1997/4877, T.25.11.1997, Bal/Karabulut/Şahin, a. g. e., s. 320-322; D10.D, E.1997/972, K.1997/2081, T.27.5.1997, Bal/Karabulut/Şahin, a. g. e., s. 322-323.

¹⁸ Yurtcan, a. g. m., "İkinci nokta, belki biraz teknik hukuk alanını ilgilendiren bir konu olacak, ama federasyonun "özel hukuk hükümlerine tabi" bir tüzel kişiliğe sahip olması ne demek? Hukukta tüzel kişilerin çerçevesi bellidir. Özel hukuk alanı denince bundan dernekler ve vakıfları ilk planda hatırlamak gerekir. Federasyon bir dernek mi vakıf mı? Bunların hiçbirinin olmadığı ortada. Federasyon, futbol hizmeti gören bir kamu tüzel kişilik olarak belirtmek gerekir. Yasanın öteki kurallarından da anlaşıldığı gibi federasyonun özel hukuk ile hiçbir ilgisi yoktur."

¹⁹ Bkz., Özay, a. g. m., s. 33. Federasyonun kamu hukuku tüzel kişisi kabul edilmesi yönündeki görüşün ağır bastığını belirten Tan, bir özel hukuk tüzel kişisinin "özerk" olduğunun belirtilmesine gerek olmamasının ve Federasyonun Başbakanlığın "ilgili kuruluşu" statüsünde kabul edilmesinin bu görüşü güçlendirdiğini belirtmektedir. Ayrıca, Tan'a göre, "TFF'nin yayıncı kuruluşla sözleşme yapması ticari bir iş sayılmakla beraber, Federasyon'un yayın hakkının tek elden pazarlanması veya "havuz sistemi" adı verilen uygulamayı tek yanlı bir kararı ile başlattığına göre, bu karar kamusal yetki kullanılarak yaptığı bir işlem olarak, idari yargının denetimine girecektir. Ancak, idari yargı yerlerinin bu işlemi denetlemekte kendilerini görevli sayması kuşkuludur." Tan, Turgut, "Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya örnekleri)", *Rekabet Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 4, 2000,

II. Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Organik Bakımdan Konumu

Öğreti ve uygulamada, "tahkim yargılaması"nın alternatif bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak nitelenmesinin de etkisiyle olacak ki, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun organik olarak yargısal kimlikli, işlevsel olarak da yargısal yetkiler kullanan bir merci olduğu kanaati genel bir yaygınlık kazanmıştır. Ancak hemen belirtelim ki, bu kanaatin ne organik ne de işlevsel bakımdan hukuki hakikat sayılması mümkün değildir.

Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, önce 3461 sayılı kanun, daha sonra ise 3813 sayılı kanun ile düzenlenmiştir. Halen yürürlükte bulunan 3813 sayılı kanunun 13. maddesiyle Tahkim Kurulu'nun

s. 22; Gözübüyük / Tan'a göre, "Futbol Federasyonu Başkanlığı'nın Başbakanlığın "İlgili Kuruluşu" olarak görünmesi ve Devlet Bakanları arasında görev bölüşümüne ilişkin Başbakanlık genelgelerinde Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile beraber bir Devlet Bakanının sorumluluğuna verilmesi de, 3046 sayılı yasanın "ilgili kuruluş" tanımına göre bir hukuki, idari ve mali statüye sahip hizmet yerinden yönetim kuruluşu kabul edildiğinin bir göstergesidir." Gözübüyük / Tan, a. g. e., s. 396. (Altı tarafımızdan çizilmiştir). Türkiye Futbol Federasyonunun bağımsız bir idari otorite olmadığını belirten Giritli / Bilgen / Akgüner'e göre, "Türkiye Futbol Federasyonu, Türk İdare örgütü içinde kendine özgü (sui generis) özellik gösteren bir yapı ve kuruluş olarak görülmelidir." Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 393. Yurtcan'a göre, "İkinci nokta, belki biraz teknik hukuk alanını ilgilendiren bir konu olacak, ama federasyonun "özel hukuk hükümlerine tabi" bir tüzel kişiliğe sahip olması ne demek? Hukukta tüzel kişilerin çerçevesi bellidir. Özel hukuk alanı denince bundan dernekler ve vakıfları ilk planda hatırlamak gerekir. Federasyon bir dernek mi vakıf mı? Bunların hiçbirinin olmadığı ortada. Federasyon, futbol hizmeti gören bir kamu tüzel kişilik olarak belirtilmek gerekir. Yasanın öteki kurallarından da anlaşıldığı gibi federasyonun özel hukuk ile hiçbir ilgisi yoktur." Yurtcan, a. g. m., (Altı tarafımızdan çizilmiştir). Türkiye Futbol Federasyonu'nu futbol etkinlikleri ile ilgili düzenleme yapan, bu sektörü denetleyen, yasaya aykırı eylem ve durumlar hakkında yaptırım uygulayan, bireysel önlemler alabilen bir bağımsız idari otorite olarak tanımlayan Akıncı'ya göre, "Türkiye Futbol Federasyonu, ne bir dernek veya vakıf ne de bir ticaret şirkettir. O halde Federasyon bir özel hukuk tüzel kişisi değildir. Ayrıca Federasyon bir yasa ile kurulmuş olduğundan, özel hukuk tüzel kişileriindeki gibi, onu oluşturan üyelerin iradeleri ile ortadan kaldırılamaz. Öyle ise Türkiye Futbol Federasyonu'nu özerk bir "kamu tüzel kişisi" olarak değerlendirmek gerekir." Akıncı, Müslüm, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta, İstanbul, 1999, s. 261. Yazar ayrıca şu değerlendirmeyi de yapmaktadır. "Türkiye Futbol Federasyonu'nun Türk hukuk dizgesi içinde "kendine özgü" (sui generis) bir yapısının olduğunu belirtmek gerekir. Federasyon, bir yandan "özel hukuk hükümlerine tabi", öte yandan "özerk bir tüzel kişi"; başka bir yönden "bütün faaliyet ve işlemleri Bakan'ın gözetim ve denetimine tabi", ne olduğu tam olarak anlaşılamayan bir "hukuk garabeti"dir.", s. 262.

oluşum şekli, toplanma ve karar alma usulü,²⁰ 14. maddesiyle²¹ ise Tahkim Kurulu'nun görevleri düzenlenmektedir. İlk bakışta, Tahkim Kurulu'nun organik konumunu belirlemek için 3813 sayılı kanunun 13. ve 14. maddelerin yeterli olmadığı düşünülebilir. Ancak, aynı kanunun 3. ve 4. maddeleri hükümleri, bu kurulun organik konumunu tereddüde mahal bırakmayacak biçimde aydınlatmaktadır. Gerçekten kanunun 3. maddesine göre, *"Türkiye Futbol Federasyonu, merkez, yurt içi ve yurt dışı teşkilatından meydana gel(mekte)"* olup; 4/e maddesinde *"Federasyon'un merkez teşkilatı"* organlarından birisi olarak *"Tahkim Kurulu"* gösterilmektedir.²² Bu hükümler çerçevesinde, Türkiye Futbol Federasyonu merkez teşkilatı organlarından birisi olan *"Tahkim Kurulu"*nun organik bakımdan konumunun, hiç şüphesiz içinde bulunduğu federasyonun hukuk düzenindeki konumuna bağlı olduğu görülmektedir. Kanaatimizce, kamu tüzel kişiliğine sahip olan Türkiye Futbol Federasyonu'na ve onun Tahkim Kurulu'na Türk İdare Teşkilatı içinde yer vermekten kaçınmak mümkün değildir.

Diğer taraftan, Tahkim Kurulu'nun organik anlamda yargı örgütü içinde bulunduğunu söylemeye de olanak yoktur. 3813 sayılı kanunun

²⁰ 3813 sayılı kanun, madde 13: *"Tahkim Kurulu; iki asıl ve iki yedek üyesi üniversitelerin hukuk fakülteleri veya spor yüksekokullarında görev yapan öğretim üyelerinden olmak üzere beş asıl, beş yedek hukukçu üyeden oluşur. Tahkim Kurulu üyeleri dört yıl görev yapmak üzere Federasyon Genel Kurulunca seçilirler.*

Üyeler kendi aralarından bir Başkan seçerler.

Kurul görevinde bağımsızdır. Üyeler istifa etmedikçe veya çekilmiş sayılmadıkça yerlerine yenisi görevlendirilemez.

"Kurul beş üyenin katılımı ile toplanır, kararlar oy çokluğu ile alınır. Asıl üyenin katılmadığı toplantıya yedek üye iştirak eder. Tahkim Kurulunun kararları kesindir."

²¹ 3813 sayılı kanun, madde 13: *"Tahkim Kurulu, Federasyon ile kulüpler; Federasyon ile hakemler, Federasyon ile futbolcular, teknik direktörler ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktör, antrenör, oyuncu temsilcisi ve masörler; kulüpler ile oyuncular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak itilaflar hakkında Yönetim Kurulunca verilecek kararlar ile disiplin kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin karara bağlar."*

²² Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu belirtmektedir: *"Yasanın 4. maddesinde de, "Tahkim Kurulu"na, Federasyon'un örgütü içinde yer verilmiştir."* Bkz., AYM, E.1997/47, K.1997/55, T.10.06.1997. Diğer taraftan Tahkim Kurulu'nun teşkilatı, faaliyetleri ve görevlerini yerine getirme esas ve usullerine ilişkin talimatnameler, 3813 sayılı kanunun 30. maddesinin *"Bu Kanunda belirtilen teşkilatın çalışma usul ve esasları ile Kanunun uygulanmasına dair diğer hususlar, Genel Kurulun yapacağı Ana Statü ile Yönetim Kurulunun yapacağı statü ve talimatlarla belirlenir."* hükmü uyarınca TFF Yönetim Kurulu'nca çıkarılacaktır. 3813 sayılı kanun'un 14. maddesi uyarınca TFF Yönetim Kurulu'nun kararlarına karşı yapılacak itirazları çözümleyecek olan Tahkim Kurulu'na ilişkin talimatların Yönetim Kurulu'nca yapılmasındaki çelişki ve garabet açıktır.

13/1. maddesine göre *“Tahkim Kurulu; iki asıl ve iki yedek üyesi üniversitelerin hukuk fakülteleri veya spor yüksekokullarında görev yapan öğretim üyelerinden olmak üzere beş asıl, beş yedek hukukçu üyeden oluşur. Tahkim Kurulu üyeleri dört yıl görev yapmak üzere Federasyon Genel Kurulunca seçilirler.”* Halbuki, Anayasa'nın 9. maddesine göre, yargı yetkisini kullanacak *“bağımsız mahkemelerin”*, yine Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 9. maddesi ve *“Yargı”*ya ilişkin 138 vd. maddeleri çerçevesinde, yargı yetkisini kullanacak mercilerin *“mahkeme”* adını taşıması ve *“mahkeme”* adını taşıyan bu kurumlarda *“hakim”* sıfatını taşıyan kişilerin bulunması gerektiği kolaylıkla anlaşılabilir bir husustur. Dolayısıyla, *“mahkeme”* olarak nitelenmeyen ve üyeleri *“hakim”* sıfatını taşımayan *“Tahkim Kurulu”*nun, *“Yargı”* teşkilatı içinde konumlandırıldığını söylemek imkansızdır. Kısacası, *“Yürütme”* ve *“İdare Cihazı”* içinde konumlandırılmış bir tüzel kişilik olan Türkiye Futbol Federasyonu'nun bünyesinde yer alan Tahkim Kurulu da organik bakımdan *“Yürütme”* ve *“İdare Cihazı”* içinde konumlandırılmıştır. Bu çerçevede, organik konumuna bağlı olarak Tahkim Kurulu'nun *“yargı yetkisi”* değil, *“yürütme ve idare yetkisi”* kullandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

III. Tahkim Kurulu'nun Görevleri ve İşlevi

3813 sayılı kanununun 14. maddesine göre, *“Tahkim Kurulu, Federasyon ile kulüpler; Federasyon ile hakemler, Federasyon ile futbolcular, teknik direktörler ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktör, antrenör, oyuncu temsilcisi ve masörler; kulüpler ile oyuncular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflar hakkında Yönetim Kurulunca verilecek kararlar ile disiplin kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin karara bağlar.”* Bir ön tespit yapmak gerekirse, Tahkim Kurulu, biçimsel olarak, futbol ile ilgili uyuşmazlıkları değil, belli konulara ilişkin olarak Yönetim Kurulu'nca verilecek kararlar ile Disiplin Kurulu kararlarını itiraz üzerine inceleyerek kesin karara bağlamaktadır. Daha açık bir deyişle, Tahkim Kurulu'nun hem incelemesinin konusu hem de bu incelemenin neticesinde kesin olarak karara bağlayacağı şey, TFF Yönetim Kurulu'nun ve Disiplin Kurulu'nun kararlarıdır. Dolayısıyla, örneğin TFF Merkez Hakem Kurulu kararlarına karşı Tahkim Kurulu'na baş-

vurulması olanağı yoktur.²³ Hatta kanunun 14. maddesinin lafzı uyarınca, “Federasyon ile kulüpler”, “Federasyon ile hakemler”²⁴, “Federasyon ile futbolcular, teknik direktörler ve antrenörler”, “kulüpler ile teknik direktör, antrenör, oyuncu temsilcisi ve masörler”, “kulüpler ile oyuncular” ve “kulüpler ile kulüpler” arasında çıkacak “*ihtilaflar*”ı²⁵ öncelikle karara bağlama yetkisine, Tahkim Kurulu değil, Yönetim Kurulu sahiptir. Bu noktada açıkça görülmektedir ki, Tahkim Kurulu’nun görevi, uyuşmazlıkları doğrudan doğruya çözümlmek değil, Yönetim Kurulu’nun uyuşmazlıkları çözümlmek amacıyla verdiği kararlarını incelemektir.²⁶

TFF Yönetim Kurulu’nun görevleri ve karara bağlayacağı hususlar, 3813 sayılı kanunun 10. maddesinde uzun bir liste halinde sayılmıştır.²⁷ Ancak hemen belirtelim ki, TFF Yönetim Kurulu’nun her

²³ Nitekim Danıştay 10. Dairesi de bir kararında Merkez Hakem Kurulu kararlarına karşı idari yargıda doğrudan dava açılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz., D10.D, E.1991/1149, K.1911/2286, T.17.06.1991, DD. 84-85, s. 695-697: “*Kamu idaresince kamu gücü kullanılarak tek taraflı olarak tesis edilen ve ilgililerin hukukunu etkileyen işlemlerin idari işlemler olduğu idare hukukununun bilinen ilkelerindedir. -Uyuşmazlık konusu olayda, dava Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığı Merkez Hakem Kurulunca tesis edilen ve futbol hakemi olan davacının klasmanın (A) grubundan (B) grubuna düşürülmesine ilişkin olan işlemin iptali istemiyle açılmıştır. - Bu haliyle dava konusu işlem, 3461 sayılı Yasa ile Tüzel kişilik kazanmış bulunan Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığına bağlı Merkez Hakem Kurulu’na tek taraflı olarak davacının hukukunu etkileyecek birimde tesis edilmiş idari bir işlem niteliğindedir. - Bu nedenle idari nitelikteki dava konusu işlemde doğan uyuşmazlığın idari yargı yerince çözümü gerekir. - Öte yandan, 3461 sayılı yasanın 1.maddesinde, Türkiye Futbol Federasyonu’nun özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun hükmüne bağlanmış olmasının salt bu nedenle federasyonca veya federasyon bünyesinde yer alan kurullarca tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağı da açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, idare mahkemesinin uyuşmazlığın çözümünün idari yargının görev alanında olduğunu kabul ederek işin esasını incelenmesi gerekirken, davayı görev yönünden reddetmesi hukuka aykırı görülmüştür.*”

²⁴ 3461 sayılı kanunun 14. maddesinde, TFF Tahkim Kurulu tarafından çözümlenecek ihtilaflar arasında, “federasyon ile hakemler arasındaki uyuşmazlıklar” sayılmamış idi. Ancak bugün yürürlükte bulunan 3813 sayılı kanunun 14. maddesine göre, “Federasyon ile hakemler arasındaki uyuşmazlıklar” önce Yönetim Kurulu’nda arkasından da Tahkim Kurulu’nda çözümlenecek uyuşmazlıklardandır.

²⁵ Bir tarafını hakemlerin öbür tarafını kulüplerin veya futbolcuların oluşturduğu uyuşmazlıklar kapsamı dışında bırakılmıştır.

²⁶ Yukarıda da vurguladığımız üzere, 3461 sayılı kanun uyarınca Tahkim Kurulu’nun bu uyuşmazlıkları doğrudan çözümlene yetkisi var idi.

²⁷ 3813 sayılı kanun, madde 10 – “*Yönetim Kurulunun görevleri şunlardır:*

a) Futbol takımlarını kayıt ve tescil etmek, bunları liglere ve gruplara ayırmak, liglerin isimlerini belirlemek, ligleri düzenlemek, uygulanacak terfi ve tenzil statüsünü belirlemek,

türlü kararı değil, belli koşulları taşıyan kararları Tahkim Kurulu'nca incelenebilecek niteliktedir. 3813 sayılı kanununun 14. maddesi uyarınca, hakkında Tahkim Kurulu'na başvurulacak TFF Yönetim Kurulu kararlarının **a.** bir uyuşmazlık (=ihtilafı) üzerine verilmesi ve uyuşmazlığı karara bağlaması, **b.** bu uyuşmazlığı çözümlene görevinin Yönetim

b) Müsabaka sonuçlarını tescil etmek, müsabakaları ertelemek, ileriye kaydırmak, yarım kalan müsabakalar ile olaylı ve anlaşmalı müsabakalar hakkında karar vermek,

c) Futbol ile ilgili idareci, yetiştirici, teknik eleman, hakem, futbolcu, masör ve benzeri elemanları eğitmek, bu elemanların gelişmesi için her türlü tedbiri almak, sosyal güvenlik haklarını sağlamak, bunların kulüp değiştirmeleri ve çalışmaları ile ilgili usul ve esasları tespit etmek,

d) Kulüplerin futbol dalı kurmak için yapacakları başvuruları karara bağlamak, bununla ilgili faaliyet ve taahhütleri denetlemek,

e) Futbol takımlarını, futbolcularını ve çalıştırıcılarını ödüllendirmek,

f) Federasyonun merkez, taşra ve yurt dışı görevlerinde çalışan personelin ücretleri ile sosyal haklarını ve gerekli görölen federasyon kurullarının huzur haklarını, tazminatlarını, yolculuk ve ikamet giderlerini ve yolluklarını tespit etmek,

g) Genel Kurul'dan alınan yetki doğrultusunda müsabaka, eğitim ve sağlık ile ilgili tesisler yapmak, yaptırmak,

h) Federasyon faaliyetleri ile ilgili olarak tesis kiralamak, işletmek, işlettirmek ve futbol faaliyetlerinin her türlü araç, gereç, malzeme ve benzeri ihtiyaçlarını sağlamak,

ı) Federasyonun yurt içi ve yurt dışı teşkilatlarını kurmak,

i) Görev alanına giren konularda düzenleme yapmak, uygulamak ve futbol ile ilgili her türlü faaliyetleri yürütmek,

j) Futbol ile ilgili televizyon, radyo, basılı eser yayınları ile her türlü reklam konusunda ticari ve mali hakları düzenlemek ve denetlemek,

k) Başkan tarafından teklif edilen yan kurulları onaylamak,

l) Kulüpler, futbolcular, teknik yönetici ve öğreticiler, hakemler, müsabaka görevlileri ile futbol alanında görevli diğer ilgililerin başvurularını karara bağlamak,

m) Genel Kurul toplantılarını hazırlamak,

n) Bütçeyi hazırlamak,

o) Genel Kurulun verdiği yetkileri kullanmak,

ö) Birinci ve ikinci Başkan vekilini belirlemek,

p) Ulusal ve uluslararası kurulların ve her türlü talimatın uygulanmasını sağlamak,

r) Ülkemizde mevcut ise; akredite belgesine sahip olan Doping Kontrol Merkezinde, sporcuların anti doping kontrollerini yaptırmak, dopingli çıkan futbolcularla ilgili ulusal ve uluslararası kurulların kararlarını uygulamak,

s) Yönetim Kurulu'nca her yıl belirlenecek limiti aşan harcamalar için, Başkan ile birlikte bir Yönetim Kurulu üyesine yetki vermek,

t) Sporda şiddetin önlenmesi için gerekli tedbirleri almak ve aldırmak,

u) Bu Kanun, ana statü ve diğer mevzuatla verilen görevleri yapmak.

ü) Başkan tarafından teklif edilen Merkez Hakem Kurulu'nun Başkanı ile asıl ve yedek üyelerini atamak."

Kuruluna ait olması²⁸ ve c. bu uyuşmazlığın maddede sayılan “*taraf*”lar arasında ortaya çıkmış olması gerekir. TFF Yönetim Kurulu’nun aralarında uyuşmazlık çıkan taraflardan herhangi birinin veya her iki tarafın başvurusu üzerine uyuşmazlığı çözmek üzere toplanması ve konuyu bir karara bağlaması gerekli bulunmaktadır. Bu noktada, “*kulüpler ile teknik direktör, antrenör, oyuncu temsilcisi ve masörler*”, “*kulüpler ile oyuncular*” ve “*kulüpler ile kulüpler*” arasında çıkan anlaşmazlıkların TFF Yönetim Kurulu’nca çözümlenecek bir uyuşmazlık olarak nitelenmesinde bir sorun yoktur. Buna karşılık, bir tarafta federasyonun öbür tarafta ise “*kulüpler, hakemler*” futbolcular, teknik direktörler ve antrenörler” kümesinden birinin yer aldığı ve TFF Yönetim Kurulu’nca çözümlenecek uyuşmazlık türü üzerinde biraz durmak gerekir. Şöyle ki, “*kulüpler, hakemler, futbolcular, teknik direktörler ve antrenörler*” ile federasyon arasında bir uyuşmazlık var olabilmesi için, ortada bu uyuşmazlığın doğumuna sebep olabilecek bir karar olmalıdır. Bu şekildeki bir uyuşmazlığın doğumuna yol açabilecek kararlar ise, 3813 sayılı kanunun 8. maddesinin (a) bendi uyarınca federasyonu temsil yetkisine sahip “*Federasyon Başkanı*”nın aldığı kararlar olabileceği gibi, kanunun 10. maddesindeki görevleri sebebiyle “*Yönetim Kurulu*”nun aldığı kararlar da olabilir. Görülüyor ki, TFF Yönetim Kurulu,²⁹ ya kendisinin ya da federasyon başkanının aldığı bir karar sebebiyle doğmuş bulunan bir uyuşmazlığı çözümlenmek durumundadır.³⁰ Ancak, 3813 sayılı kanunun bu sisteminin mantıksal bakımdan yerinde olmadığını kaydedelim.³¹

²⁸ Bkz. Y13.HD, E.2003/16256, K.2004/5446, T.13.4.2004 “*Davacı alacağıının dayanağının tek tip sözleşme dışında düzenlenen 31.8.2010 tarihine kadar geçerli olan özel ek sözleşme olduğunu bildirdiğine göre, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları çözmeye görevi Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu’na değil, adli yargı yerine aittir.*” Aynı yönde bkz., Y13.HD, E.2004/14650, K.2005/3214, T.03.03.2005. Futbolcu ile kulüpler arasındaki uyuşmazlık, TFF Yönetim Kurulu’nca karara bağlanması gereken bir uyuşmazlık değilse ise, doğaldır ki o konuda Tahkim Kurulu da görevli değildir.

²⁹ 3813 sayılı kanunun 8/b maddesi uyarınca TFF Yönetim Kurulu’na TFF Başkanı’nun başkanlık ettiğini hatırlatalım.

³⁰ TFF Yönetim Kurulu’nca çözümlenecek ve taraflardan birini federasyonun diğerini kulüplerin, hakemlerin, futbolcuların, teknik direktörlerin veya antrenörlerin oluşturduğu “*uyuşmazlıklar*”ın, TFF Başkanı veya Yönetim Kurulu kararından doğmuş olmasının şartının olmadığı ve TFF Yönetim Kurulu’nun önüne gelen herhangi bir konuyla ilgili verdiği karar esnasında bunun bir uyuşmazlık olarak nitelenmesinin yeterli olduğu ileri sürülebilirse de, bu şekildeki bir Yönetim Kurulu kararını uyuşmazlık çözümlen bir karar olarak nitelenmek zordur.

³¹ 3813 sayılı kanunun düzenlemeleri uyarınca, TFF Yönetim Kurulu kararlarını uyuşmazlık doğuranlar ve uyuşmazlık çözenler şeklinde ikiye ayırmak gerekiyor. Yöne-

Tahkim Kurulu önünde itiraza konu yapılabilecek bir diğer konu da TFF Disiplin Kurulu'nun kararlarıdır. Bilindiği üzere Tahkim Kurulu önünde itiraza konu yapılabilecek Yönetim Kurulu kararlarının "uyuşmazlık çözümleyici" nitelikte olması gerekmektedir. Buna karşılık, Disiplin Kurulu kararlarına karşı Tahkim Kurulu'na itiraz edilebilmesi için bu kararların "uyuşmazlık çözümleyici" nitelikte olması şart değildir. 3813 sayılı kanunun 17. maddesinin (a) bendi uyarınca, federasyonun faaliyet ve işlemlerinin yürütülmesi için gerekli yan kurullardan biri olan Disiplin Kurulu, aynı kanunun 25. maddesine göre, milli ve milletlerarası teamüllere uygun olarak Federasyon Yönetim Kurulu tarafından hazırlanacak esaslarla tespit edilen futbol müsabaka ve çalışmalarında kulüpler ve kişilerce disiplin ve sportmenliğe aykırı fiiller ve bunlara uygulanacak yaptırımları uygulamakla görevlendirilmiştir.

Diğer taraftan, 3813 sayılı kanunun 14. maddesinde, TFF Yönetim Kurulu veya Disiplin Kurulu'nun kararlarının, Tahkim Kurulu'nca, "ilgililerin itirazı üzerine" inceleneceği ve kesin karara bağlanacağı öngörülmektedir.³² Her ne kadar kanunun 14. maddesinde "ilgililer" in kimleri kapsamına aldığı açıkça gösterilmiş değilse de, TFF Yönetim Kurulu kararlarına itiraz edecek ilgililerin Yönetim Kurulu'nca çözümlenen uyuşmazlığın tarafları olacağını düşünmek yanlış olmaz.³³

tim Kurulu'nun uyuşmazlık doğuran kararlarına karşı Tahkim Kurulu'na başvurma olanağı olmadığından, bu kararlardan doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesi için tekrar Yönetim Kurulu'na başvurmak gerekmektedir.

³² Doğaldır ki, 3813 sayılı kanun uyarınca, ilgililerin itirazının konusunu TFF Yönetim Kurulu kararı veya Disiplin Kurulu kararları oluşturmaktadır. Buna karşılık, 3461 sayılı kanun çerçevesinde, -ilgilerinin itirazının konusunu ceza kurulu kararları oluşturması halini ve de federasyon ile kulüpler arasındaki uyuşmazlığın TFF Yönetim Kurulu'nun bir kararından kaynaklanması halini dışarıda bırakırsak-, özellikle "kulüplerle oyuncular veya iki kulüp arasında çıkacak ihtilaflar" in ilgililerin itirazı üzerine Tahkim Kurulu önüne getirilmesi için konuyla ilgili bir TFF Yönetim Kurulu kararı bulunması şart değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 3461 sayılı kanun uyarınca Federasyon ile kulüpler arasındaki uyuşmazlığın TFF Yönetim kurulunun bir kararından kaynaklanması halinde, Tahkim Kurulu'nun asıl görevi, Yönetim Kurulu kararının hukukiliği denetimi olmayıp, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümlenmektedir. Ancak, Tahkim Kurulu'nun buna ilişkin incelemesinde TFF Yönetim Kurulu kararının hukukiliğini uyuşmazlığın çözümünün bir unsuru olduğu ölçüde denetlemesinin gerektiği açıktır. Halbuki, 3813 sayılı kanun uyarınca TFF Yönetim Kurulu kararlarına itiraz edildiğinden dolayı, Tahkim Kurulu incelemesinin asli önceliğini Yönetim Kurulu kararların denetlenmesi oluşturmaktadır.

³³ TFF Tahkim Kurulu Talimatı'nın 8. maddesinin 1. fıkrasının "Kurulun görev alanına giren konularda, başvurular, ilgili kişiler veya kulübü temsile yetkili kişiler tarafından, Tahkim Kurulu Başkanlığına hitaben yazılmış dilekçeyle yapılır." şeklindeki düzenlemesi de

Dolayısıyla, “kulüpler ile teknik direktör, antrenör, oyuncu temsilcisi ve ma-sörler”, “kulüpler ile oyuncular” ve “kulüpler ile kulüpler” arasında çıkan anlaşmazlıklar bakımından “ilgililer” kavramı, bu uyuşmazlıkların taraflarını ifade etmektedir. Taraflardan birini federasyonun diğerini kulüplerin, hakemlerin, futbolcuların, teknik direktörlerin veya antrenörlerin oluşturduğu uyuşmazlıklar bakımından ise, haklarında karar verilen kulüpler, hakemler, futbolcular, teknik direktörler veya antrenörler “ilgililer” olarak nitelenebilir.³⁴ Keza, Disiplin Kurulu kararları bakımından da, hakkında disiplin cezası uygulanan kişi ve kulüplerin “ilgililer” olduğu şüphesizdir.³⁵

Bununla birlikte, TFF Yönetim Kurulu’nun veya Disiplin Kurulu’nun herhangi bir kararının doğrudan muhatabı olmayan kişi ve kulüplerin bu kararlarla muhtelif sebeplere binaen ve değişik derecelerde ilgili olması mümkündür. Ancak, 3813 sayılı kanunun 14. maddesinin lafzı, bu madde kapsamı dışındaki gerçek ve tüzel kişilerin “ilgili” olsalar dahi TFF Yönetim Kurulu veya Disiplin Kurulu kararlarına itiraz edebilmelerine engeldir.³⁶

3813 sayılı kanunun 14. maddesinde, Tahkim Kurulu’na başvuru yapacak olanların “taraflar” olarak değil de, “ilgililer” olarak tanımlanmasının anlamsız olmadığını da vurgulayalım. Bununla birlikte, TFF Yönetim Kurulu’nun veya Disiplin Kurulu’nun, kararlarını itiraz üzerine inceleyen ve kesin karara bağlayan Tahkim Kurulu’na, kendi ka-

“ilgililer” kavramının içini doldurmaktan uzaktır.

³⁴ Bununla birlikte, 3813 sayılı kanunun 14. maddesi uyarınca, kulüpler ile hakemler veya futbolcular ile hakemler arasındaki uyuşmazlıklar, önce TFF Yönetim Kurulu, sonrasında Tahkim Kurulu tarafından çözümlenecek uyuşmazlıklardan değildir.

³⁵ 04.08.2006 tarih ve 26249 sayılı *Resmi Gazete*’nin “Çeşitli İlanlar” bölümünde yayınlanarak yürürlüğe giren Türkiye Futbol Federasyonu Futbol Disiplin Talimatı’nın 62/A maddesi uyarınca “Amatör ve Profesyonel Futbol Disiplin Kurulları’nın kararlarına, cezalandırılan kişi veya bağlı olduğu kuruluş itiraz edebilir. Karar kuruluş hakkında verilmiş ise, itiraz, kuruluş başkanı veya görevlendireceği kuruluş yetkilisi tarafından yapılır.” Yine aynı talimatın 61/b maddesi uyarınca, “Soruşturma mercileri de aynı süre içinde cezanın artırılması talebi ile itiraz etme hakkına sahiptir.” ve “Sürekli hak mahrumiyeti cezaları, itiraz konusu yapılmasa dahi, Tahkim Kurulu’na doğrudan incelenir.” Görülüyor ki, bu düzenlemeler çerçevesinde, bir kulübe veya futbolcuya uygulanan cezanın artırılmasında menfaati olan diğer kulüpler itiraz hakkı olan “ilgililer” kapsamında sayılmamaktadır.

³⁶ Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin E.1997/47, K.1997/55 sayı ve 10.06.1997 tarihli kararına konu olayda, bir yayıncı şirketin bir kulüp ile yaptığı yayın sözleşmesi TFF Yönetim Kurulu tarafından onaylanmamıştır. Kulübün Tahkim Kurulu’na itiraz hakkı var iken, yayıncı şirketin bu hakkı yoktur.

rarları aleyhine itiraz başvurusu yapmaları düşünülemediği gibi;³⁷ Tahkim Kurulu'nca yapılan incelemeye "taraf" olarak katılmaları da söz konusu olamaz.³⁸

Her ne kadar "ilgililer" kavramı belli noktalarda müphem de olsa, Tahkim Kurulu, "ilgililer" in "TFF Yönetim Kurulu veya Disiplin Kurulu kararlarına" karşı "itirazı" üzerine inceleme yapan ve "TFF Yönetim Kurulu veya Disiplin Kurulu kararlarını" kesin olarak karara bağlayan bir kuruldur. Daha açık bir deyişle, Tahkim Kurulu, TFF Yönetim Kurulu veya Disiplin Kurulu kararlarını incelemekte ve bunlar hakkında bir karar vermektedir. Dolayısıyla yaptığı inceleme neticesinde doğru ve yerinde bulunduğu kararları onaylayacak, yerinde bulmadığı kararları ise kaldıracaktır. Ancak, Yönetim Kurulu ve Disiplin Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazları Tahkim Kurulu'nun "kesin olarak" karara bağlayabilmesi için, bu kurulun incelediği ve yerinde bulmadığı kararları kaldırmakla yetinmemesi, ayrıca o konuda yeni bir karar tesis etmesi de gerekli olmaktadır.³⁹ Bu çerçevede, Tahkim Kurulu'nun ka-

³⁷ Aksi kanaatte olan Küçükgüngör, Tahkim Kurulunun, Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu tarafından verilen kararlar ile Futbol Disiplin Kurulu kararlarını, ilgililerin veya Yönetim Kurulu'nun müracaatı üzerine üst kurul olarak incelemekte ve denetlemekte olduğunu belirtmektedir. Bkz., Küçükgüngör, Erkan, "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, Sayı 2, Ankara, 2001, s. 138.

³⁸ Buna karşılık, 3813 sayılı kanunun 13. ve 14. maddeleri uyarınca Tahkim Kurulu incelemesini yargısal bir faaliyet saymaya olanak yok ise de, bu kanunun uygulanması amacıyla çıkarılan (ancak bu kanuna aykırı birçok hüküm içeren) Tahkim Kurulu Talimatı'nun özellikle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun sistematik ve kavramlarını temel alan düzenlemelerinde, Tahkim Kurulu'nun yapılan itirazları inceleme ve karara bağlamasına ilişkin esas ve usulleri adeta yargısal uyumsuzlukları çözümleme esas ve usulleri gibi düzenlenmiştir. Örneğin, Tahkim Kurulu Talimatı'nun 8. maddesinde kurula başvuru dilekçesinde karşı tarafın gösterilmesi gerektiği öngörülmekte, 10. maddesinde Futbol Disiplin Kurulları'nın kararlarına karşı yapılan itirazlarda taraf teşekkül ettirilmeyebileceği belirtilmektedir. Tahkim Kurulu'na yapılan incelemenin konusunu Yönetim Kurulu ve Disiplin Kurulu kararları oluşturduğundan, itiraz eden tarafın karşı tarafında ilk planda bu kurulların yer alması gerekecektir. Ancak, taraf kavramının neyi ifade ettiği ve tarafların nasıl teşekkül ettirileceği gibi konulara ilişkin talimattaki düzenlemeler yetersizdir.

³⁹ Tahkim Kurulu'nun itirazları "kesin olarak karara bağlaması" idari kesinlik anlamı taşımaktadır. Ayrıca konuyu "kesin olarak karara bağlama" yetkisi verilen bir merciin o konudaki ihtilafı nihayete erdirmesi de gerekmektedir. Dolayısıyla itiraz idari nitelikli olsa dahi, itiraz merciinin itirazda bulunanın aleyhine karar vermesi olasıdır. Örneğin bir aylık cezayı iki aya da çıkarabilir. Çünkü Tahkim Kurulu, "hukuk verilmesi gereken karar" ne ise "o kararı" verme yetkisine sahiptir. Kesin olarak karara bağlama yetkisi, incelenen kararın yanlışlığı halinde, bu kararın kaldırılması

rarlarının TFF Yönetim Kurulu veya Disiplin Kurulu kararlarının yerine geçmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, Tahkim Kurulu, TFF Yönetim Kurulu'nun uyuşmazlık çözümüne ilişkin verdiği bir kararın yerine yenisini tesis ederken, Yönetim Kurulu'nun uyuşmazlık çözümleme işlevini üstlenerek, aynı nitelikte bir karar verecektir. Sonuç olarak, Tahkim Kurulu kararlarının, TFF Yönetim Kurulu veya Disiplin Kurulu kararlarından farklı nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.⁴⁰

IV. Tahkim Kurulu Kararlarının Kesinliği

Bilindiği üzere Tahkim Kurulu, 3813 sayılı kanunun 14. maddesi uyarınca, Yönetim Kurulu'nca verilecek kararlar ile Disiplin Kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin karara bağlama yetkisine sahiptir. Aynı kanunun 13. maddesinin 4. fıkrası uyarınca da Tahkim Kurulu'nun kararları kesindir. Ancak, kanımızca, Tahkim Kurulu kararlarının kesin olması esassından hareket ederek, Tahkim Kurulu'nun yargı yeri, faaliyetinin ve kararlarının yargısal nitelikli olduğu sonucuna ulaşmak da mümkün değildir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, "kesinlik" kavramı, en genel hukuksal anlamıyla "değişmezlik/değiştirilemezlik" anlamı taşır. Bu kavram, bir hukuki işlem için kullanıldığında ise, "işlemin değişmezliği/değiştirilemezliği" anlamı taşımaktadır. Söz konusu olan bir yargısal işlem ise, bu durumda kesinlik kavramı, "kesin hüküm" anlamına gelmekte olup, bu niteliği taşıyan işlemin hiç bir yargı mercii tarafından değiştirilemeyeceğini ifade eder.

Diğer taraftan, "kesinlik" ya da "kesin hüküm" kavramlarını yargı-

suretiyle konunun yeni karar verilmesi için kararı incelenen makama havalesini yasaklamaktadır. Bu sebeple, konuyu nihayete erdirecek kararın o konuyu kesin karara bağlama yetkisine sahip merci tarafından verilmesi zorunludur. Bu merci de, o olay ve uyuşmazlıkta hukuka uygun karar ne ise, o yönde hüküm kuracaktır. Tahkim Kurulu da bu yetkilere sahiptir. Nitekim Tahkim Kurulu Talimatı'nın 15. maddesine göre de, "Kurul, başvuru veya itirazın kısmen veya tamamen kabulüne veya reddine ya da başvuru veya itiraz konusu kararın değiştirilerek karara bağlanmasına hükmedebilir." Ayrıca bkz., Küçükgüngör, a. g. m., s. 139.

⁴⁰ Başka bir deyişle, Tahkim Kurulu'nun yargı mercii olduğunu, yargı yetkisi kullandığını ve yargılama yaptığını söyleyebilmek, ancak TFF Yönetim Kurulu veya Disiplin Kurulu'nun yargı mercii olmasına, yargı yetkisi kullanmasına ve yargılama yapmasına bağlı bulunmaktadır. Her iki kurul da yargı yetkisi kullanmadığına göre Tahkim Kurulu da yargı yetkisi kullanmamaktadır.

sal kararların ayrılmaz bir özelliği olarak düşünmemek de gerekir. Her yargısal karar, verildiği anda “kesinlik” ve “kesin hüküm” özelliği taşımaz. Bir yargısal kararın kesin hüküm niteliği taşıması için, ya belli bir süre o karara karşı başka bir yargısal mercie itiraz edilmemiş olması ve/veya itiraz edilmişse itirazın reddedilmiş olması, ya da doğrudan kanun ile yargısal kararın kesin nitelikte olduğunun belirlenmesi⁴¹ gerekir. Görülüyor ki, kesinlik ve kesin hüküm özelliği, yargı kararlarının belli koşullarda taşıdığı bir özelliktir. Ancak herhangi bir karar, yargı kararı olduğu için kesindir denilemeyeceği gibi, kesin olduğu için yargı kararıdır da denilemez.⁴² Başka bir deyişle, Tahkim Kurulu’nun kendisine yapılan itirazları kesin olarak karara bağlamasından, “Tahkim Kurulu kararları kesin olduğu için yargısal nitelik taşımaktadır” sonucu çıkarılamaz. Tahkim Kurulu kararlarının yargısal kararlar gibi “kesin hüküm” niteliği taşıması için, öncelikle bu kararların ya yargısal karar olması, ya da yargı yolu kapalı idari işlem niteliği taşıması gerekir. Dolayısıyla, kanun koyucunun Tahkim Kurulu kararlarına “kesinlik” özelliği vermek suretiyle, TFF Yönetim Kurulu ve Disiplin Kurulu kararlarından doğan uyuşmazlıkları çözümleme konusunda “son sözü söyleme yetkisi”ni⁴³ Tahkim Kurulu’na verdiği savı, Tahkim Kurulu’nun organik bakımdan ya yargı mercii ya da kararlarına karşı yargı yolu kapatılmış bir idari merci olması halinde geçerli olabilir. Tahkim Kurulu’nun yargı organı içinde değil yürütme organı içinde konumlandırılması gerektiğine yukarıda işaret etmiş bulunmaktayız. Bu sebeple, yürütme organı içinde konumlanan Tahkim Kurulu kararlarının organik bakımdan idari nitelikte olduğu da aşikârdır. Ayrıca, Anayasa’nın 125/1. maddesinin “İdarenin her türlü eylem ve işleme karşı yargı yolu açıktır.” şeklindeki hükmü karşısında, ne Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğunu, ne de kuru-

⁴¹ Bu halde, kanun koyucunun amacı, yargı kararına karşı başka yargı mercilerine başvurulmasını önlemektir.

⁴² Bu noktada, yargı kararının kesinlik niteliği ile bağlayıcı olup olmadığı konusunu birbirine karıştırmamak gerekir.

⁴³ Yargısal işlevin doğasında “son sözü söyleme” niteliği bulunmaktadır. Bu nitelik, yargı işlevinin yürütme işlevinden ayırt edilmesindeki en belirgin unsurdur. Bkz., Oder, Burak / Ayanoglu Taner,; İstanbul Bilgi Üniversitesi 2004-2005 Yılı İdari Yargılama Hukuku Ders Notları (Yayımlanmamıştır), s. 3: “... yargıdaki “proses”in, idarenin hukuku uygulamasından farkı, yargılama faaliyetinin hukukun uygulanması bakımından nihai (son verici, sonsal) olmasıdır. Yani, olgular veya hukuk değişmedikçe, somut olayda hukukun ne dediği bellidir. Bu ise, faaliyetin doğasından ve niteliğinden değil, faaliyeti yürüten organın niteliğinden ve işlevinden çıkmaktadır.”

lun önüne itiraz yoluyla gelen konularda “son söz söyleme mercii” olduğunu söylemek olanaklıdır. O halde, Tahkim Kurulu kararlarının kesinliği kavramına “idari kesinlik”ten öte bir anlam yüklemek doğru sayılamaz.⁴⁴ Gerçekten, 3813 sayılı kanunun gerek 13. maddesinin 4. fıkrasındaki Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğu yolundaki ve gerekse 14. maddesindeki TFF Yönetim Kurulu ve Disiplin Kurulu kararlarının Tahkim Kurulu’na itiraz üzerine incelenerek kesin olarak karara bağlanacağı yolundaki düzenlemeler ile amaçlananın, Tahkim Kurulu kararlarına karşı hiçbir idari makama başvurulmaması olduğu konusunda bir şüphe yoktur.

Bununla birlikte, Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğuna ilişkin yasal düzenlemenin bu kararlara karşı yargı mercilerine başvurulmasını önlediği yönünde görüşler de dile getirilmektedir.⁴⁵ Öğretide

⁴⁴ Kaldı ki, herhangi bir itiraz üzerine belli bir konunun “kesin olarak karara bağlanması” yetkisi sadece Tahkim Kurulu’na da özgü değildir. Örneğin, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 8/b. maddesi uyarınca, belediye meclislerince veya valiliklerce onaylanarak yürürlüğe giren ve tespit edilen ilan yerlerinde bir ay süre ile ilan edilen imar planlarına karşı yapılan itirazları, belediye meclisleri veya valilikler de inceleyerek kesin karara bağlamaktadırlar ve hiç bir şekilde kesin nitelikli bu kararların yargısal nitelik taşıdığı düşünülmemektedir.

⁴⁵ Gözübüyük / Tan, Federasyon’un taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümünün Federasyon içinde yer alan Tahkim Kurulu’na kesin olarak çözümleneceğine ilişkin düzenlemeyi, anılan uyuşmazlıkların “idari yargının dışına çıkarılması” olarak görmektedir. Gözübüyük / Tan, a. g. e., s. 396. Keza, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında Tahkim Kurulu kararlarının kesinliğinin “bu kararların başka hiçbir merci nezdinde tartışma ve uyuşmazlık konusu yapılamayacağı anlamı” taşıdığını belirtmiştir. Bkz., YHGK, E.2004/13-722, K.2004/707, T.15.12.2004: “Taraflar arasında 13.10.1998 günü düzenlenen ve Türkiye Futbol Federasyonunca da 15.10.1998 günü onaylanan “Tek Tıp Geçici Transfer ve Karşılıklı Futbolcu Değişimi Sözleşmesi” başlıklı sözleşmenin 5. ve 6. maddelerinde, uyuşmazlık halinde Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun vereceği kesin kararlara taraflarca aynen uyulacağı belirtilmiştir. Esasen, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 13. maddesinde, Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğu, 14. maddesinde de, Tahkim Kurulu’nun, Federasyon ile kulüpler; Federasyon ile hakemler; Federasyon ile teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktörler ve antrenörler; kulüpler ile oyuncular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflar hakkında yönetim kurulunca verilecek kararlar ile disiplin kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin karara bağlayacağı belirtilmiştir. - Gerek anılan kanun ve gerekse taraflar arasındaki sözleşmenin ilgili hükümleri uyarınca, davalı hakkında davacı tarafından uygulanan para cezasının onanmasına ilişkin, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun 10.06.1999 günlü kararının kesin nitelikte olduğu açıktır. - Hemen belirtilmelidir ki, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu kararlarının, ilgili kanundan ve taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan kesinliği, sadece, bu kararların başka hiçbir merci nezdinde tartışma ve uyuşmazlık konusu yapılamayacağı anlamında olup, yerel mahkemenin ve özel dairenin kabullerinin tersine, bu

bazı yazarlar Tahkim Kurulu'nun yargı yetkisi kullandığını belirtmektedirler.⁴⁶ Bazı yazarlar ise Tahkim Kurulu'na verilen görevin devlet mahkemelerinin yargı yetkisini ortadan kaldırdığını belirtmektedirler. Örneğin Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını belirten Küçükgüngör, arkasından, "Haklarının ihlal edildiği inancında olan kişilerin mahkemelere müracaat etmek zorunda olmaları kuralının istisnası, "tahkim" söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. O halde bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine müracaat edilmeksizin çözülmesine yönelik olan tahkim, devletin yargı yetkisinin yerine geçen bir yargılama türüdür ve bu anlamda devletin genel yargı yetkisi yanında istisnai bir nitelik taşımaktadır." demektedir. Ayrıca Küçükgüngör, 3183 sayılı kanun, TFF Ana Statüsü ve Tahkim Kurulu Talimatı gibi düzenlemelerdeki TFF Tahkim Kurulu tarafından verilen kararların kesin olduğu ve bunlara karşı idari ve adli herhangi bir mercie başvurulamayacağı yolundaki hükümleri dayanak olarak göstermek suretiyle, bu kurulun futbol ile ilgili uyuşmazlıkları karara bağlama konusunda kanundan kaynaklanan bir "zorunlu tahkim" yetkisi olduğunu ileri sürmektedir.⁴⁷ Ancak, belirtelim ki, tahkim yargılamasına, hiçbir şekilde Anayasa'nın 9. maddesi anlamında yargı yetkisinin istisnası olarak bakılmamalıdır. Tahkim kurumunun özünde yatan, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların, üzerinde tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlığı karşılıklı olarak anlaşarak çözümlene iktidarlarını, üçüncü kişi konumundaki hakemlere yine kendi irade uyuşumları ile bırakmaları olgusudur. Hakemler veya tahkim kurulları, yargı yerlerinin uyuşmazlık çözümlene usullerine benzer şekillerde taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözümleneler dahi, bunların uyuşmazlığı çözümlenmek için kullandıkları iktidarın kaynağı, o uyuşmazlığın taraflarının

kesinlik, anılan kararlara ilam hükmünde belge niteliği kazandırmaz. Gerçekten de, hangi belgelerin ilamların İcrası hakkındaki hükümlere tabi bulunduğu, İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesinde tahdidi olarak sayılmış; mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, temyiz kefaletnameleri ile İcra dairesindeki kefaletlerin, ilamların İcrası hakkındaki hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir. - Açıklanan bu yasal duruma göre, uyuşmazlığa konu para cezasının onanmasına ilişkin Tahkim Kurulu kararının ilam hükmünde bir belge niteliği taşımadığı açıktır." (Altı tarafımızdan çizilmiştir.)

⁴⁶ Akıncı, a. g. e., s. 261: "Tahkim Kurulu, yargı yetkisi kullanan bir organdır ve kararları ancak temyize götürülebilir."

⁴⁷ Küçükgüngör, a. g. e., s. 141-143. Aynı yönde bkz., Özbek, Mustafa, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2004, s. 410. Yazar, TFF Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvuru olanağının bulunmamasını zorunlu tahkimin bir unsuru olarak görmektedir.

iradesidir. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında, hakemler ya da tahkim kurulları, hiçbir şekilde, Anayasa'nın 9. maddesi anlamında "egemenlik" kavramının bir unsuru olan "yargı yetkisi"ni kullanmamaktadırlar, kullanamazlar. Bunun önemli bir diğer sonucu ise, taraflar arasında yapılan tahkim anlaşmalarının, hiçbir şekilde tarafların yargı yoluna başvurmaları yolunu kapatacak bir nitelik taşımaması gerektiğidir. Sonuç olarak, hakemler veya tahkim kurulları, uyuşmazlıkları çözümlerken yargı yetkisi kullanmadıkları gibi, bunların faaliyetleri ve işlevleri Anayasa'nın 9. maddesinin istisnası niteliğinde de değildir.

Tahkim Kurulu'nun kararlarını yargısal nitelikli saymak için bu Kurulun yargı merci olmasının şart olmadığı ve Tahkim Kurulu'nun, **a.** tarafları bulunan bir uyuşmazlığı, **b.** yargısal usuller izleyerek **c.** son sözü söylemek üzere çözümlendiği söylenebilirse de, Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca, bir kararın yargı kararı olarak nitelenmesi için öncelikle organik bakımdan bir mahkemeden sadır olması şarttır. Dolayısıyla, Tahkim Kurulu kararlarının, maddi niteliği ne olursa olsun, yargı kararı olarak nitelenmesi olanak dışıdır. Kısacası, Tahkim Kurulu kararlarının "kesinliği" kavramından, hiçbir şekilde "yargı mercilerine başvurulamaz" anlamı çıkarılamaz. Kaldı ki, bir an için Tahkim Kurulu kararlarının kesin olması özelliği sebebiyle yargı kararı niteliği taşıdığı sonucu çıkarılsa dahi, tahkim yargılamasının Anayasa'nın 9. maddesine aykırı olmamasının temel şartlarından biri tahkim kararlarına karşı yargı yolunun açık olması zorunluluğudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, hakem veya Tahkim Kurulu'nun kararını benimsemeyen taraf bakımından yargı yolunun açık tutulması gereğine işaret etmektedir.⁴⁸

⁴⁸ AYM, E.2003/98, K.2004/31, T. 03.03.2004: "Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümünü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu durumda yasa koyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının

Kaldı ki, idari yargı düzeninde dava konusu edilecek nitelikte olan idari tasarruflardan (idari işlem, idari eylem ve idari sözleşmeler) doğan uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden değildir. Dolayısıyla, gerek Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama hürriyeti, gerekse 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" düzenlemesi çerçevesinde, idari dava konusu yapılacak tasarruflardan doğan uyuşmazlıkların yargı yoluyla değil tahkim yoluyla çözümlenmesinin öngörülmesi mümkün değildir.⁴⁹ Anayasa ile konulan bu kurala ancak Anayasa ile istisna getirilebilir. Nitekim bu kuralın tek istisnası da, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir." şeklinde ifade edilmiştir.

Bu çerçevede, 3813 sayılı kanunun 14. maddesiyle, TFF Tahkim Kurulu'na "yargı yetkisi" kullanma yetkisi verildiğini söylemek, bizzat bu maddenin Anayasa'nın 9. maddesine aykırı olduğunu teyit etmek anlamını taşıyacaktır. Gerçekten, TFF Tahkim Kurulu'nun, organik olarak yargı teşkilatı içinde konumlandırılması olanaklı olmadığından "mahkeme" sıfatını taşıması da söz konusu olamamaktadır. Bu sebeple de TFF Tahkim Kurulu'na kanunla bile olsa yargı yetkisi kullanma yetkisi verilmesi Anayasa'nın 9. maddesine aykırı olacaktır. Öte yandan, TFF Tahkim Kurulu'nun yargı yetkisi kullanmasa dahi zorunlu tahkim müessesesi olduğu iddiası da Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerinin açık hükümleri karşısında ileri sürülemez. Çünkü 3813 sayılı kanunun 14. maddesindeki TFF Yönetim Kurulu ve Disiplin Kurulu kararlarına karşı TFF Tahkim Kurulu'na başvuruyu öngören düzenlemenin, Yönetim Kurulu ve Disiplin Kurulu kararlarından doğan uyuşmazlıkların yargı yoluna başvurulmasının önünü kapatan zorunlu bir tahkim yolu olması, Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olarak idari işlemlere karşı yargı yolunun kapatılması anlamına gelecektir. Görülüyor ki, Tahkim Kurulu kararlarının kesinliğinin idari kesinlikten öte bir anlam taşıdığını ve bu sebeple bunlara karşı dava ve kanun yolu gibi yargı yollarına başvurulamayacağını kabul etmek için kuvvetli bir

oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkele-riyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir." (Altı tarafımızdan çizilmiştir)

⁴⁹ Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre, "tahkim yolu", "yargı yolu"ndan farklı bir müessesedir.

argümana ihtiyaç vardır.⁵⁰ 3813 sayılı kanunun 13/4. ve 14. maddelerindeki “kesinlik” nitelemesine dayanarak, Tahkim Kurulu’nun kararlarının yargı yolu kapalı idari işlem niteliği taşıdığı söylemek, aynı zamanda bizatihi bu düzenlemelerin Anayasa’nın 36. maddesindeki hak arama hürriyetine⁵¹ ve 125. maddesindeki “idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır” hükmüne aykırı olduğunu da söylemek demektir.⁵²

Tahkim Kurulu kararlarının kesinlik özelliğinden yola çıkılarak bir an için bunların “yargısal nitelikli” olduğu sonucuna ulaşılsa bile, bunun anlamı bu kararların “nihai hüküm” niteliği taşıdığı olacaktır ki, bu durumda dahi nihai hüküm şeklindeki yargı kararlarına karşı olan kanun yolu başvurusu yapmak mümkündür. Dolayısıyla, Tahkim

⁵⁰ Hemen belirtelim ki, Anayasa ve kanun düzeyinde pozitif dayanağı bulunan bir argüman arayışı içinde olduğumuzdan dolayıdır ki, TFF tarafından çıkarılmış bulunan Türkiye Futbol Federasyonu’nun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Ana Statü’nün değişik 50/9. maddesinin “Tahkim Kurulu kararları kesinlerdir. İdari veya yargısal mercilerin onayına tabi olmadığı gibi, bu kararlara karşı idari ve yargısal mercilere başvurulamaz.” hükmünün ve Tahkim Kurulu Talimatı’nın 13. maddesindeki “Tahkim Kurulu kararları kesinlerdir; idari ve yargısal mercilerin onayına tabi olmadığı gibi, bunlara karşı idari ve yargısal mercilere başvurulamaz.” hükmünün bu aşamada bir değeri yoktur. Çünkü bu hükümlerin hukuka uygunluğu ancak anayasal ve yasal düzeyde Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargısal mercilere başvurulamasının olanak dahilinde sayılmasına bağlı bulunmaktadır. Dolayısıyla kanunla dahi getirilemeyecek olan bir yargı kısıntısının talimatla getirilmesi düşünülemez bile. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre de, “hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi de zorunludur.” Bkz., AYM, E.2003/98, K.2004/31, T. 3.3.2004.

⁵¹ Yurtcan, a. g. m., “Futbol kulüpleri ile futbolcuları bekleyen bir başka karabulut, federasyon örgütlenmesi içinde yer alan tahkim kurulu ve bunun görevi ile ilgilidir. Bu kurul hukukçulardan oluşmakta, uyumsuzlukları çözümlenmek yetkisi ile donatılmış bulunmaktadır. Fakat kurulun kararları kesindir. Bunun yanı sıra kulüpler federasyona tescil edilecekler ve tahkim kurulu kararlarına uyacaklarına dair taahhütname imzalayacaklardır. Bu taahhütlerini yerine getirmedikleri takdirde, tescilleri iptal edilecek ve karşılaşmalara iştirak edemeyeceklerdir. - Demek ki bugün için futbolu yönetenler, yaptıkları işlemler ve aldıkları kararlara karşı yargı denetiminden rahatsızdırlar. Kararların kesin olması, taahhütname imzalamak başka bir şekilde yorumlanamaz. Ancak bu noktada anayasanın 36. maddesini hatırlatıyorum: Hak arama özgürlüğünü düzenleyen bu madde karşısında, yasanın bu kurulları açıkça anayasaya aykırıdır. Anayasanın tanıdığı bir özgürlüğü, yargı organları önünde iddia ve savunma hakkına sahip olmak olanağını kısıtlayan kurullar, anayasamızla bağdaşmaz. Bunların anayasal yargı denetimi yoluyla iptali gerekir. Yoksa kulüplerin ve futbolcuların federasyon karşısında boynu bükük kalmaları kaçınılmaz bir sonuçtur.”

⁵² TFF Tahkim Kurulu kararları, Anayasa’da yargı yolunun kapalı olduğu öngörülen istisnalardan da değildir.

Kurulu kararlarına karşı hiç olmazsa kanun yolunun açık olduğunu kabul etmek kaçınılmaz olmaktadır. Diğer taraftan, eğer Tahkim Kurulu kararlarının kesin olması özelliğine dayanılarak bu kararlara karşı kanun yoluna başvurunun kapalı olduğu ileri sürülmekte ise, o takdirde bu Kurulun kararlarının yargısal nitelikli olduğu savı için “kesinlik” kavramından başka bir argüman gerekli bulunmaktadır. Görülüyor ki, ne TFF Tahkim Kurulu’nu yargı organı saymak, ne kararlarını yargısal nitelikli kabul etmek, ne de bu kararlara karşı kanun yolu anlamında yargı yolunun kapalı olduğunu varsaymak olanaklıdır. Kısacası, Tahkim Kurulu kararlarının yargısal nitelikli değil idari nitelikli olduğunu ve bunlara karşı yargı yolunun açık bulunduğunu kabul etmekten başka çare yoktur. Kanaatimizce, Tahkim Kurulu kararlarına karşı başvurulacak yargı düzeni de idari yargıdan başkası değildir.

Bu noktada, TFF Tahkim Kurulu’nun görevi ve işlevi bakımından önemli sayılabilecek yüksek mahkemelerin kimi kararlarının irdelenmesi de gerekir. Bunlar içinde özellikle Anayasa Mahkemesi’nin 10.06.1997 tarihli kararına⁵³ değinilmelidir. Çünkü öğretilerde, bazı yazarlar, Yüksek Mahkeme’nin bu kararında, “Tahkim Kurulu’nun futbol faaliyetlerine ilişkin uyuşmazlıklarda nihai ve kesin kararı vermekle yetkili bir kurul olduğu” saptamasının yer aldığını ileri sürmektedirler.⁵⁴ Anayasa Mahkemesi’nin, ilk inceleme aşamasında başvuran mahkemenin yetkisizliği sebebiyle başvurunun reddi yolunda verdiği bu kararında yer alan esasların doğru bir şekilde saptanması gerekir.⁵⁵ Yüksek Mah-

⁵³ AYM, E.1997/47, K.1997/55, T.10.06.1997: “İstanbulspor Spor Faaliyetleri ve Ticaret AŞ ile Prime Prodüksiyon Hizmetleri AŞ arasında yapılan yayın sözleşmesi Futbol Federasyonu tarafından onaylanmamıştır.- Bu durumda ve bu aşamada Federasyon ile kulüp arasında yayın sözleşmesinin onaylanmaması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığın dava yoluyla değil, ilgililerin itirazı üzerine Tahkim Kurulu’na incelenerek kesin karara bağlanması gerekmektedir. – Açıklanan nedenle Tahkim Kurulu’na incelenerek kesin karara bağlanması gereken bir konuda, bu yol izlenmeksizin açılan davada Yasa’nın 29. maddesinin ikinci tümcesinin Anayasa’ya aykırılığı savında bulunulmasına olanak görülmediğinden itirazın, başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.”

⁵⁴ Örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin bu kararının bağlamını ihmal eden Küçükgüngör’e göre “Anayasa Mahkemesi’nin yayın sözleşmesine ilişkin olarak vermiş olduğu 10.06.1997 tarihli bir kararında, Tahkim Kurulu’nun futbol faaliyetlerine ilişkin uyuşmazlıklarda nihai ve kesin kararı vermekle yetkili bir kurul olduğu belirtilmiştir.” Küçükgüngör, a. g. m., s. 144.

⁵⁵ Yüksek Mahkeme, TFF Yönetim Kurulu kararına karşı Tahkim Kurulu’na başvurulması gerekirken dava yoluna başvurulamayacağını, 3813 sayılı kanuna göre TFF Yönetim Kurulu kararına karşı Tahkim Kurulu’na başvurulması gerektiğini, bu yol izlenmeden dava açılmayacağından, açılan dava bakımından yetkisiz olan mah-

keme, bu kararında, 3813 sayılı kanunun Tahkim Kuruluna başvuru düzenleyen hükmünün sadece tekrarı ile yetinmiş; ancak kesin ve net bir şekilde “*Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaz*” esasına yer vermemiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararından çıkarılacak ilk sonuç, TFF Yönetim Kurulu kararlarına karşı doğrudan dava açılmayacağıdır. İkinci sonuç ise, niteliği ne olursa olsun TFF Yönetim Kurulu kararlarına karşı başvurulacak tek makamın Tahkim Kurulu olduğudur.⁵⁶ Yüksek Mahkeme’ye göre, Tahkim Kurulu’na yapılan başvuru bir dava başvurusu olmayıp, bir itiraz başvurusudur.⁵⁷ Ancak, Yüksek Mahkeme’nin Tahkim Kurulu’na yapılan itirazı kesin bir şekilde idari bir başvuru olarak gördüğünü ya da görmediğini söylemek olanağı da yoktur. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi, TFF Yönetim Kurulu kararlarına karşı dava değil Tahkim Kurulu’na itiraz yoluna başvurulması zorunluluğunu belirtmektedir. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme’nin itiraz yolunu, yargı yoluna alternatif ve onun yerine kaim yol olarak mı, yoksa dava yoluna başvurulmadan önce başvurulması gereken bir başvuru türü olarak mı gördüğü açık değildir. Hatta kararın gerekçesi, bu konuya özellikle girmekten kaçınıldığı izlenimi doğurmaktadır. Bununla birlikte, karar metnindeki “*bu durumda ve bu aşamada*” ifadesi, çok açık olmasa da, Yüksek Mahkeme’nin TFF Yönetim Kurulu kararına karşı dava yoluna başvurulamayacağı sonucunu sadece “*uyuşmazlığın bulunduğu durum ve aşama*” ile sınırlı olarak kabul ettiğini ve Tahkim Kurulu’na yapılan

kemenin Anayasa’ya aykırılık itirazında bulunmasının mümkün olmadığını söylemektedir.

⁵⁶ Kanımızca, Anayasa Mahkemesi kararında yer alan bu esas, sadece 14. maddedeki ilgililer bakımından doğrudur. Yüksek Mahkeme’nin önündeki uyuşmazlıkta TFF Yönetim Kurulu kararına karşı adli yargı düzeninde doğrudan doğruya dava açan “Prime Üretim Hizmetleri AŞ” hiçbir şekilde 3813 sayılı kanunun 14. maddesindeki “ilgililer”den sayılamaz. Bu sebeple, bu şirket bakımından Tahkim Kurulu’na başvuru zorunluluğundan bahsedilmesi yanlıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin bu karara karşı oy yazan Selçuk Tüzün, Yalçın Acargün ile Fulya Kantarcıoğlu da bu hususu karşıoy yazılarında “*Sözleşmenin tarafı olan yaygın kuruluşunun, Federasyon’un onay vermemesi sonucu zarara uğradığı ve bu nedenle dava yoluna gittiği açıktır. Yasa’da, spor kulübü ile Federasyon arasındaki bu tür uyuşmazlıklarda tahkim yolunun öngörülmüş olması, yaygın şirketinin Federasyon’a karşı dava açma hakkını ortadan kaldırmaz.*” şeklinde ifade etmişlerdir.

⁵⁷ Kanımızca, bir idari karara karşı, yargı yolu yerine kaim olacak ve bu yolu kapatacak bir tahkim başvurusu yapılması zorunluluğu getirilmesi (AY m. 125 I’deki imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri istisnası hariç) mümkün olmamakla birlikte, yargı yoluna başvurmadan önce idari bir başvuru yapılması zorunluluğu getirilebilir. TFF Tahkim Kurulu’na yapılan başvuru da bu niteliktedir.

itirazdan sonra dava yoluna baş vurulması olanağını yadsımadığını göstermektedir.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi dışındaki diğer yargı yerlerinin kararlarını incelediğimizde, başvurulacak yargı düzeni konusu bir kenara bırakılır ise, birkaç istisna dışında,⁵⁸ genel olarak Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Bu çerçevede, örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi⁵⁹ ve Danıştay 10. Dairesi,⁶⁰ TFF Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğuna ve bu kurulun kararlarının yargısal denetiminin adli yargı düzeninin görevine girdiğine karar vermiştir. Gerek Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ve gerekse Danıştay'ın TFF Tahkim Kurulu kararlarına karşı adli yargı düzeninin görevli olduğunu söyleyen kararlarındaki temel gerekçe, "TFF'nin özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişilik olması"dır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TFF Yönetim Kurulu kararlarına karşı Tahkim Kurulu'na başvurulmaksızın açılan birçok davada Danıştay 10. Dairesi, Tahkim Kurulu'na başvuru yapıp yapılmamasını hiç dikkate almamış, sadece "TFF'nin özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişilik olması" gerekçesiyle adli yargı düzenini görevli kabul etmiştir.⁶¹

⁵⁸ Bkz., YHGK, E.2004/13-722, K.2004/707, T.15.12.2004: "... Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu kararlarının, ilgili kanundan ve taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan kesinliği, sadece, bu kararların başka hiçbir merci nezdinde tartışma ve uyuşmazlık konusu yapılamayacağı anlamında olup ..."

⁵⁹ UM, E.1990/12, K.1990/12, T.21.5.1990.

⁶⁰ D10D, E.1989/2924, K.1991/547, T.20.02.1991, DD.82-83, s. 1005-1007: "..., 3461 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle, Türkiye Futbol Federasyonu'nun genel idarenin dışında yer alan bir özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştüğü Futbol Federasyonu ile kulüpler arasında çıkan uyuşmazlıkların tahkim kurulunca incelenerek kesin karara bağlanması gerektiği ve çalışmalarını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre yürütülmesi öngörülen Tahkim Kurulunca verilen kararlarında HMK'nda düzenlenen tahkim usulü uyarınca adli yargı yerinde incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır." D10D, E.1997/3478, K.1998/826, T.25.2.1998, Bal/Karabulut/Şahin, a. g. e., s. 319-320: "... 2. İdare Mahkemesi Tahkim Kurulunun 3813 sayılı Yasaya göre tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olarak kurulan Türkiye Futbol Federasyonu'nun organı olduğu, özel hukuk hükümlerine tabi olarak tesis edilen işlemlerin ise kamu hukuku kurallarına dayanılarak tesis edilen idari işlem niteliği taşımadığı, dolayısıyla uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı yerine ait olduğu gerekçesiyle davayı görev yönünden reddetmiştir. ... temyiz isteminin reddine ve anılan kararın onanmasına ... karar verildi."

⁶¹ D10.D, E.1999/5415, K.2001/2323, T.14.6.2001, Bal/Karabulut/Şahin, a. g. e., s. 318-319; D10.D, E.1999/992, K.1998/1375, T.12.4.1999, Bal/Karabulut/Şahin, a. g. e., s. 318-319; D10.D, E.1995/1669, K.1997/4877, T.25.11.1997, Bal/Karabulut/Şahin, a. g. e., s. 320-322; D10.D, E.1997/972, K.1997/2081, T.27.5.1997, Bal/Karabulut/Şahin, a.

Burada özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi'nin anılan kararındaki gerekçenin irdelenmesi gerekmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "...27/5/1988 günlü, 3461 sayılı kanunun 1. maddesi ile, bu kanunun 26. maddesi gereğince Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe konulan Ana Statü'nün 10. maddesine göre "özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip Türkiye Futbol Federasyonu'nun Tahkim Kurulu, çalışmaları Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre yaptığı"ndan bu kurulun verdiği kararlara karşı başvuruların da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun "Tahkim" başlıklı "Sekizinci Bab"ındaki 516-536. maddeleri hükümlerine tabi olması, dolayısıyla bu kararların incelenmesinin, adli yargı yerlerinin görevine girmesi gerekmektedir."⁶² Görülüyor ki, Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulacağı konusunda tereddüt yoksa da, yukarıda da belirtildiği üzere, yargı yolu olarak adli yargı kabul edilmektedir ve bu tercihin iki gerekçesi vardır: Birincisi, TFF'nin özel hukuka tabi olması ve dolayısıyla onun bünyesi içindeki Tahkim Kurulunun kararlarının özel hukuk işlemi sayılması, ikincisi TFF Ana Statüsü'nün 10. maddesindeki "Tahkim Kurulu çalışmalarını FIFA kurallarına ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre yapar" hükmüdür.⁶³ Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde TFF'nin özel hukuka tabi olması, onun kamu tüzel kişiliğini ortadan kaldırmadığı gibi, TFF ve onun bünyesindeki Tahkim Kurulunun kararlarının idari işlem niteliğini de sona erdirmemektedir. Dolayısıyla, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1. maddesi uyarınca idari işlemde doğan davaların doğal yargı düzeni idari yargıdır. TFF Tahkim Kurulu kararlarından dolayı doğacak uyuşmazlıkların adli yargı düzeyinde görüleceğine ilişkin ne bir kanun hükmü ne de Ana Statü veya talimat hükmü vardır.⁶⁴ Kaldı ki, eski Ana Statüde ve Tahkim Kurulu

g. e.,s. 322-323.

⁶² UM, E.1990/12, K.1990/12, T.21.5.1990.

⁶³ 27.06.2000 gün ve 24092 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Futbol Federasyonu'nun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Ana Statü'nün değişik 50/8 maddesinde "Tahkim Kurulu çalışmalarını, 3813 sayılı kanun, bu Ana Statü hükümleri ile FIFA ve UEFA kurallarına ve yargılamaya ilişkin kanunların ilgili hükümlerine göre yapar ve inceleme sonunda başvuru konusu talebin kısmen veya tamamen kabulü veya reddi ya da değiştirilerek karara bağlanmasına karar verir." düzenlemesine yer verilmiş olup; önceki Ana Statü'deki "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümlerine göre yapar" şeklindeki düzenleme kaldırılmıştır.

⁶⁴ Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin ve yargı düzenlerinin görevleri ancak kanunla düzenlenebileceğinden, Ana Statü veya Talimat gibi idari düzenleyici işlemlerde görevli yargı düzeni tayini mümkün değildir.

Talimatı'nda yer alan Tahkim Kurulu'nun çalışmalarını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre yapacağına ilişkin hükümler de hiçbir şekilde görevli yargı düzenini ve mahkemeyi gösteren bir düzenleme değildir.

Sonuç

Kanaatimizce, Anayasa ve 3813 sayılı kanun çerçevesinde, TFF Tahkim Kurulu, Türk İdare Teşkilatı'na dahil bir tüzel kişilik olan TFF'nin bünyesinde görevli bir "idari mercii"dir ve bu sebeple de kararları "idari işlem" niteliği taşımaktadır. Tahkim Kurulu'na yapılan itiraz ise, TFF'nin organlarından olan Yönetim Kurulu ve Disiplin Kurulu'nun kararlarının denetimi için oluşturulmuş özel bir "idari itiraz mercii"ne yapılan özel bir idari başvurudur. Bunun sonucu olarak da, Tahkim Kurulu kararlarından doğan uyuşmazlıkların idari yargı düzeninde görülmesi ve çözümlenmesi gerekmektedir. 3813 sayılı kanun hükümlerinin bu şekilde yorumlanmasına karşı hiçbir hukuki engel olmadığı gibi, aksine anılan düzenlemelerin başka bir şekilde okunmasına ve yorumlanmasına olanak da yoktur.

Belirtelim ki, önce 3461 sayılı kanun ve sonrasında 3813 sayılı kanun ile geçilmek istenen sistemin bu olmadığı da açıktır. Amaçlanan futbol faaliyetlerinin, bu faaliyetlerin organizasyon ve teşkilatının salt özel hukuka tabi olması ise, mevcut düzenlemelerin bunu gerçekleştirme araçlarından yoksun olduğu ortadadır. Bununla birlikte, kitleleri peşinden sürükleyen bu sporun organizasyon ve örgütlenmesine devletin ilgisiz kalması da çok kolay değildir. Anayasa'nın 123. maddesindeki esaslar çerçevesinde futbol örgütlenmesinin kurgulanmasının işin doğasına pek uygun olmadığı da başka bir vakıadır. Ancak, hukuksal olarak Anayasal ilke ve kuralların dışına çıkılması, pek mümkün değildir.

İşte bu zıt gerekleri birbiri ile uyumlu bir şekilde bağdaştıran bir sistemin kurulamamış olması, sonuçta ne deve ne kuş, sadece bir "devekuşu" görüntüsü arz eden bugünkü TFF'yi ve onun Tahkim Kurulu'nu doğurmuştur.

KAYNAKÇA

- Akinci, Müslüm, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, Beta, İstanbul, 1999.
- Bal, Yakup / Karabulut, Mustafa / Şahin, Yahya, *İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları*, Seçkin, Ankara, 2003.
- Bilgen, Pertev, *İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.
- Devecioğlu, Sebahattin / Çoban, Bilal, "Türkiye Futbol Federasyonu'nun Özerkliği", *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, Cilt: VIII, Sayı:3, Temmuz 2003.
- Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2004.
- Küçükgüngör, Erkan, "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, Sayı: 2, Ankara 2001.
- Oder, Burak / Ayanoglu Taner, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2004-2005 Yılı İdari Yargılama Hukuku Ders Notları (Yayınlanmamıştır).
- Özay, İl Han, "Futbolda Özelleştirme" *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Sayı:1-3, Yıl: 11 İstanbul, 1990.
- Özbek, Mustafa, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2004
- Tan, Turgut, "Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya örnekleri)", *Rekabet Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 4, 2000.
- Yurtcan, Erdener; "Özerk Futbol mu Dediniz?", *Cumhuriyet*, 05.04.1989.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA İNSAN HAKLARI

Hilal SANIOĞLU*

BİRİNCİ BÖLÜM

AB HUKUKUNUN TEMEL ÇERÇEVESİ VE İNSAN HAKLARININ NORMATİF KAYNAKLARI

I. Genel Olarak İnsan Hakları

A. İnsan Hakları Kavramı

“Bütün insanlar özgür, onurlu ve eşit haklarla doğarlar”. Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 1. maddesinde yer alan bu ifade, insanların, insanlık tarihi boyunca insan olma özelliğinden doğan temel haklarını kazanma ve koruma yönündeki mücadelelerinin temel dayanağını oluşturmaktadır.¹

İnsan hakları, günlük hayatta her an karşımıza çıkabilecek hukuki ve sosyal bir kavramdır. Genel kabul gören tanıma göre, insanların; doğuştan kazandıkları, sırf insan olmaları nedeniyle sahip oldukları, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez hakların bütününe *“insan hakları”* denmektedir.

İnsan hakları; insanın içinde bulunduğu somut tehlikelerden kaynaklanan bir özgürlük arayışı ve insanın onurlu bir varlık olarak, özgürlük içinde yaşama isteğidir. İnsanlar, gerek toplum içindeki ve gerekse devlet ile olan ilişkilerinde sürekli olarak özgürlük alanlarını

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, LLM.

¹ Uygun, Oktay, *“İnsan Hakları Kuramı”*, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2003, s. 12, 13; İktisadi Kalkınma Vakfı, *Demokrasi ve İnsan Hakları*, İstanbul 1997, s. 53.

genişletme çabası içinde olmuşlardır. Ancak bu çaba insan haklarının kendiliğinden sağlanarak korunmasına yeterli olmayıp; insan hakları aynı zamanda insanların kurumlaşmış ve hukuken bağlayıcı şekillerde, keyfi güce ve devletin ve toplumun tehditlerine karşı korunmayı da gerektirmektedir.²

İnsan haklarının felsefi temelinde esas olarak, doğal (tabii) haklar anlayışı bulunmaktadır. *Doğal haklar*, yazılı hukuktan önce gelen ve ondan üstün olan, insanın doğuştan sahip olduğu haklardır. Doğal haklar herkes için eşit niteliktedir ve sosyal düzenin bu hakları güvence altına alacak biçimde olması gerekmektedir. Devlet bu hakları sağladığı ve koruduğu ölçüde insanların gözünde meşru olacaktır.

B. İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi

İnsan hakları kavramı, tarihsel süreç içerisinde değerlendirildiğinde, insan haklarına ilişkin temel ilkelerin oluşturulmasına, Antik Çağ'dan itibaren her toplum kendine özgü yapısı ve değer yargıları çerçevesinde katkıda bulunmuştur. Antik Çağ'da, siyasi iktidarın sınırlandırılması öğretisiyle insan hakları kavramını gündeme getiren Çin'den, *bireylerin kanunlar önünde eşitliği ilkesi* ve *demokrasi* kavramlarını yaratan eski Yunan şehir devletlerine ve bu kavramı geliştirip yazılı hukuk sistemine dönüştüren Roma'ya kadar, insanlık tarihinin belli başlı uygarlıkları insan hakları kavramının gelişiminde önemli rol oynamıştır.

İnsan haklarının korunması düşüncesi, çok eskilere kadar gitmekle birlikte, genellikle ilk uygulama örneğinin İngiltere Kralı Yurtsuz John'un 1215 yılında ilan ettiği "*Magna Charta Libertatum*" olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu belgenin taraflarının kral ile yüksek kilise ve feodalite temsilcileri olması nedeniyle kişi bakımından kapsamı çok dar kalmıştır ve hür olmayan kimseler bu hak ve özgürlüklerden mahrum bırakılmıştır.³ Dönemin İngiltere kralı Yurtsuz John'un iktidarını belirli ölçüde sınırlandıran, bu arada baronlara bazı haklar veren bir ferman olan bu metinden sonra, İngiltere'de sırasıyla 1628 tarihli "*Petition of Rights*", 1679 tarihli "*Habeas Corpus Act*", 1689 tarihli "*Bill Of*

² Ünal, Şeref, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Ankara 1997, s. 23.

³ Erdinç, Tahsin, *Batı Demokrasilerinde Klasik Kamu Özgürlüklerinin Gelişmesi Alanında Görülen Sapmalar*, İstanbul 1998, s. 57.

Rights" ve 1701 tarihli "*Act Of Settlement*" ile birlikte hak ve özgürlüklerin kapsamının sürekli genişlediği görülmektedir.

İnsan hakları kavramlarının bugünkü anlamıyla gündeme geldiği; bireyin doğuştan eşit ve devredilemez haklarla donatılmış olduğu yaklaşımının ilk kez devletin anayasal ve hukuk düzeninin bir parçası olarak algılanmaya başladığı dönem, XVII ve XVIII. yüzyıllardır.

İngiliz belgeleri daha çok uygulamadaki ihtiyaçlara göre şekillenen ve evrensel olarak bütün insanları kapsamayan metinlerdir. Amerikan ve Fransız insan hakları bildirileri ise bireylerin hak ve özgürlüklerini belirleyen ve bütün olarak ilan eden ilk resmi insan hakları belgeleridir. 1776 tarihli *Virginia Haklar Bildirisi* ve 1778 tarihli *Amerikan Bağımsızlık Bildirisi*, bütün insanların eşit ve devredilemez haklarla yaratıldığını; *yaşama hakkı, özgürlük hakkı mutluluğu arama hakkı* olarak tanımlanabilecek bu temel haklardan vazgeçilemeyeceğini belirtmiştir. 1789 *Fransız İhtilali ise; insan haklarının evrenselliğini ve dokunulmazlığını vurgulamış* ve bu yönüyle Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nin de önüne geçmiştir. Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nde yer alan ilkeler hemen hemen bütün Avrupa ülkelerince benimsenmiş ve pek çok devletin anayasasında yerini bulmuştur.

XVII. ve XIX. yüzyıllar arasındaki dönem, Avrupa ve Kuzey Amerika'da insan haklarının gelişerek kökleştiği bir dönem hâline gelmiştir. İnsan hakları kavramı XX. yüzyılda toplumsal ve ulusal tanımlamaların ötesine geçerek *evrensel bir boyut kazanmıştır*. Yani insan hakları değişik inanışlar, değişik kültürler ve değişik anlayışlar çerçevesinde değiştirilemeyecek, farklı yorumlanamayacak, dolayısıyla yeknesak bir anlam kazanacaktır.

İnsan haklarının tüm insanlar için geçerli olduğu anlayışının tüm devletlerce benimsenmesi ve uluslararası hukuk kapsamında değerlendirilmesi, özellikle II. Dünya Savaşı sırasında yaşanan insanlık dışı muamelelere ve insan hakları ihlallerine duyulan tepkiler sonucu gerçekleşebilmiştir. ABD Başkanı Franklin D. Roosevelt'in Kongre'ye sunduğu ünlü "*Dört Özgürlük*" demeci, insan hakları ve özgürlüklerinin uluslararası boyut kazanmasında önemli bir faktör olmuştur. *Bu dört özgürlük şunlardır:*

- Söz ve anlatım özgürlüğü,
- Vicdan özgürlüğü,

- Yoksulluktan kurtulma özgürlüğü,
- Korkudan kurtulma özgürlüğü.⁴

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 50 devlet tarafından 1945 yılında imzalanan BM Antlaşması, insan hakları ve temel özgürlüklerini *ilk kez resmen "uluslararası hukuk" alanına çıkarmış* ve onlara evrensel bir değer kazandırmıştır. 10 Aralık 1948 tarihinde BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi kabul ve ilan edilmiştir. Bildiride öncelikle kişilik hakları ve siyasal özgürlükler yer almakta, onları sosyo-ekonomik ve kültürel haklar izlemektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi hukuki *bağlayıcılık niteliği bulunmaması* ve hakları koruma *mekanizmadan yoksun bulunması* gibi özelliklere rağmen o döneme kadar düzenlenen belgeler içinde, insan haklarını somut anlamda ve geniş bir çerçevede ele alması noktasında oldukça önemlidir. Nitekim daha sonraki pek çok belgeye de ilham kaynağı olmuştur.

Son yıllarda yaşanan gelişmeler, insan hakları kavramının *"etkili bir eylem"* olarak küreselleşmesine, insan haklarının korunması üzerine çalışan uluslararası sivil toplum kuruluşlarının ortaya çıkmasına ve giderek önem kazanmasına sahne olmuştur.⁵ İnsan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda uluslararası hukukun hâlen başlıca ilkelerinden birisi olan *"içişlerine karışmama"* nın devre dışı kalacağı genel kabul görmektedir.⁶

İnsan haklarının bölgesel korunmasında atılmış en önemli adım ise; Avrupa Konseyi tarafından 1950 yılında imzalanan ve 1953 yılında yürürlüğe giren *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)*'dir. AİHS'de, BM Bildirisi'nde olduğu gibi insan hak ve özgürlüklerinin sadece genel ilkeler yoluyla sayılması ile yetinilmemiş, bunların mümkün olduğunca somut ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi yoluna gidilmiştir. AİHS, *etkin koruma mekanizması* getirmiştir. Ancak diğer bölgesel düzenlemelerin hiçbiri AİHS kadar etkili olamamış ve AİHS kadar etkili bir koruma mekanizması getirememiştir.

⁴ Gülmez, Mesut, *İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi*, Ankara 2001, s. 4-5.

⁵ Keyman, Fuat, "Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye Katılımcı Demokrasi ve İnsan Hakları", *İnsan Hakları Gençlik Araştırması*, <http://www.hiih.org> 2003, s. 91.

⁶ Akal, Bali / Erözden, Ozan / Akbulut, Olgun / Zeybekoğlu, Emre, *İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi*, <http://www.hiih.org> 2003, s. 21.

II. Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmalarında İnsan Hakları

A. Genel Olarak

AB Anayasası 1. madde, birliğin tanımına yer vermiştir ve şöyle demektedir: “*Sahip oldukları ortak hedeflere ulaşmak amacıyla üye devletlerin yetki verdiği bu Anayasa, ortak bir gelecek oluşturacak şekilde, Avrupa ülkelerinin ve vatandaşlarının iradesini yansıtarak, AB’yi meydana getirir*”. AB Anayasası’na göre AB, *sui generis* bir birliktir. Başlangıçta ekonomik bir bütünleşme olarak ortaya çıkan AB günümüzde siyasal karakteri ön plana çıkan bir birlik haline gelmiştir. AB açısından da temel hak ve özgürlükler konusu topluluğun oluşumundan bu yana önemli bir konu olmuştur. Ancak Avrupa Topluluğu’nu kuran Roma Antlaşması’nın ekonomik bir bütünleşmeyi hedef alması sebebiyle temel hak ve özgürlükler geri planda kalmış; topluluk hukukunun öncelikleri arasında yer almamıştır. İlkesel olarak temel hak ve özgürlükler topluluk açısından her zaman önemli olsa da; topluluk hukuku içinde korunması konusu asıl olarak topluluk bütünleşmesinin derinleşmesi sürecinde gündeme gelmiştir.

Avrupa bütünleşmesi sürecinde, temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda ATAD önemli sorumluluklar üstlenmiş, adeta *hak ve özgürlükler hukuku* oluşturmuştur. Buna paralel olarak, temel hak ve özgürlükler konusu, Avrupa Parlamentosu, konsey ve komisyonun çabalarıyla giderek kurucu antlaşmalarda da yer almaya başlamıştır. Ancak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’na kadar AB bünyesinde bir temel haklar katalogu bulunmamıştır.

B. Kurucu Paris ve Roma Antlaşmaları

Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT)’nu kuran ve aynı zamanda AB’nin temelini oluşturan Paris Antlaşması; 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu antlaşmada özetle, Avrupa’da ekonomik ve politik işbirliği hedeflenmiştir; insan haklarına yönelik önemli bir adım atılmamıştır. İnsan haklarına ancak değinilip geçilmesinin nedeni, o zamanlarda ilgi odağının bireyler değil, halklar olmasıdır.⁷ Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET) ise 1957’de Roma’da kabul edilmiştir. Bu antlaşma *ekonomik bütünleşmenin yanı sıra para birliğini ve siyasi işbirliğini* de amaçlamıştır.

⁷ Duparc, Christiane, *AT ve İnsan Hakları*, Ankara 1992, s. 11.

AET Antlaşması'nda kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı düzenlenmiş; kadın ve erkekler için ücretlerde eşitlik ve genel olarak ayrımcılık yasağı gibi konulara yer verilmiştir. Bununla beraber Roma Antlaşması'nda "*işçilere ve bağımsız çalışanlara tanınan dolaşım serbestisi*" ve "*milliyet ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasaklaması*" zaman içerisinde bu konulardaki birçok önemli mevzuatın ve içtihadın temelini oluşturmuştur.

C. Avrupa Tek Senedi

1987'de yürürlüğe giren Avrupa Tek Senedi'nde; İnsan haklarının topluluk içinde korunması, üye devletlerin anayasaları ve yasaları ile Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne atıfta bulunularak üçüncü ülkelerle ilişkilerde insan haklarının korunmasından söz edilmiştir. AİHS ve Avrupa Sosyal Şartı'na gönderme yapılmış ve topluluğa üye ülkelerde, *özgürlük, eşitlik ve sosyal adaletin gerçekleştirilmesi* konusunda önemli gelişmeler sağlanmıştır.

D. Maastricht (Avrupa Birliği) Antlaşması

Üzerinde durulması gereken bir diğer önemli antlaşmada; Maastricht'tir. 1993'te yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması'nda; *yaşama hakkı, özel yaşamın korunması hakkı, işkence yasağı, yargılanma hakkı, düşünce ve basın özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkı gibi hak ve özgürlüklerden bahsedilmiştir*. Ayrıca Maastricht Antlaşması'nın giriş bölümünde özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukuk devleti ilkelerine bağlılık vurgulanmıştır. Antlaşmada topluluk hukuk düzeninde temel hakların iki kaynağından bahsedilmiştir. Bunlar üye devletlerin *ortak anayasal gelenekleri* ve *AİHS'dir*. AB vatandaşlarının Birlik düzeyinde haklarını ve çıkarlarını korumak üzere "*Avrupa Vatandaşlığı*" kavramı da Maastricht Antlaşması'nda ifadesini bulmuştur.

E. Amsterdam Antlaşması

1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile; insan hakları, demokrasi, temel özgürlükler ve hukukun üstünlüğü ilkelerine verilen önem vurgulanmıştır. Ayrıca temel hakların korunması hususun-

da AİHS devre dışı bırakılarak topluluğa özgü bir koruma mekanizması oluşturulmuştur.

Amsterdam Antlaşması ile temel haklar alanında getirilen en önemli yenilik, antlaşmanın 46. maddesi'ne eklenen bir hükümlle Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD)'nin birlik kurumlarının yaptıkları eylem ve düzenlemelerde temel haklara uygunluğunu denetlemekle yetkili kılınmasıdır.⁸ Ancak bu yetki ATAD'ın yetkili olduğu durumlar⁹ için geçerlidir. Bu konu Amsterdam Antlaşması'yla yapılan düzenlemenin en çok eleştirilen yönüdür.¹⁰

Birlik düzeyinde temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla ilgili olarak Amsterdam Antlaşması'yla atılan bir diğer adım, 6. madde'de ifade edilen özgürlük, demokrasi, hukuk devleti, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı gibi, birliğin temelinde yer alan ortak ilkelerin üye devletlerce "ağır ve sürekli ihlali" halinde başvurulacak bir yaptırım mekanizması getirmesidir. 7. maddenin 1. paragrafına göre, devlet veya hükümet başkanları düzeyinde toplanan konsey, üye devletlerin üçte birinin ya da komisyonun önerisi ve Avrupa Parlamentosu'nun onayı ile, şikâyet edilen üye devletin konuya ilişkin raporunu aldıktan sonra, oybirliğiyle şikâyet konusu olan üye devletin temel ilkelere aykırı davrandığını saptayabilir.¹¹

Amsterdam Antlaşması'yla temel hak ve özgürlüklere ilişkin önemli gelişmelerden biri de; topluluk hukuku kaynaklarında yer alan bazı hak kategorilerinin kurucu antlaşmalara eklenmesi veya kurucu antlaşmalarda yer alan bazı hak kategorilerinin içerik bakımından zenginleştirilmesi olmuştur.

F. Nice Antlaşması

AB sürecindeki bir diğer önemli gelişme de, Nice Antlaşması'dır. 12 Aralık 2000 tarihinde kabul edilmiş, 1 Şubat 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Nice Antlaşması ile; üye devletlerden 1/3'ünün ya da Avrupa Parlamentosu veya komisyonunun teklifi üzerine, parlamentonun uygun görüşü alındıktan sonra konsey 3/5 çoğunluk ile karar

⁸ Avrupa Birliği Ansiklopedisi, s. 32.

⁹ AB ve AT'yi kuran antlaşmalar uyarınca.

¹⁰ Avrupa Birliği Ansiklopedisi, s. 33.

¹¹ Daha ayrıntılı bilgi için, bkz., Avrupa Birliği Ansiklopedisi, s. 33, 34.

vererek bir üye devlette, AB Antlaşması'nın 6. maddesinin 1. paragrafında belirtilen ilkelerin ciddi ihlaline ilişkin bir riskin bulunduğunu saptayabilir. Nice Antlaşması ile sağlanan bir diğer gelişme de, 7. madde uyarınca kendisine karşı yaptırım uygulanan üye devlete karşı *Adalet Divanı'na gitme yolunun* açılmış olmasıdır. Üye devlet, ihlal tespitinin yapıldığı tarihten itibaren bir ay içerisinde divan önünde dava açabilecektir.¹² Üye devletlerin, parlamentonun veya komisyonun üçte birinin teklifi üzerine, konsey, kendi üyelerinin beşte dördlük çoğunluğuyla hareket ederek ve Avrupa Parlamentosu'nun mutabakatıyla, bir üye devletin temel hakların ciddi bir ihlalini işlemesi yönünde açık bir tehlikenin var olduğunu ilan edebilir ve söz konusu üye devlete uygun tavsiyelerde bulunabilir.

G. Avrupa Birliği Anayasası

Şüphesiz günümüzdeki en önemli gelişme AB Anayasası'dır. Birliğin, temel haklar şartında ortaya konulan hak ve özgürlükleri tanıdığı, AİHS tarafından belirlenen temel hakların birlik hukukunun genel ilkelerini oluşturduğu ifade edilmektedir. Her ne kadar AB'nin yargısal mekanizmasını oluşturan ATAD (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı) AİHS ve AİHM kararlarını destekleyici norm olarak ele alsada, AİHS'nin birlik tarafından tanınması çalışmaları, yapılan atıflardaki artışlar ve AB Anayasası'ndaki 7. madde göz önünde bulundurulduğunda AİHS'nin ileride ölçü norm olarak kabul edileceğini söylemek yerinde olacaktır.

III. İkinci Derece Kaynaklarda İnsan Hakları

AB hukukunun ikinci derece kaynakları topluluk kurumlarının tasarruflarını oluşturur. Bunlar; *tüzük, yönerge (direktif), karar ve tavsiyelerden (ve görüşlerden)* oluşur, topluluğun kuruluşundan bugüne kadarki hukuksal birikimini de ifade eder.

¹² Özcan, Mehmet / Tezcan, Ercüment / Yonar, Özlem, *AB 'de İnsan Haklarının Gelişimi*, Derleyen, Kar, Muhsin / Arıkan, Harun, *AB Ortak Politikaları ve Türkiye*, İstanbul 2003, s. 412.

A. Bağlayıcı Niteliği Olan Belgeler

a. Tüzükler ve Kararlar

Tüzükler, topluluk hukukunun tüm üye devletlerde aynı şekilde uygulanmasını sağlar. Tüzük, genel bir geçerliliğe sahiptir; tüm yönleriyle bağlayıcıdır ve üye devletlerde doğrudan uygulanabilir. AT Antlaşması'nda tüzükler genellikle komisyonun önerisi üzerine konsey tarafından çıkartılır. Ancak komisyon da, kendi girişimiyle veya konseyden aldığı yetkiyle tüzük çıkartabilir. Tüzüklere örnek olarak temel haklara ilişkin olarak 1612/68 nolu karar gösterilebilir. Bu düzenlemede işçilerin serbest dolaşımı ve sendikalaşma hakkı gibi haklar yer almıştır.¹³

AKÇT Antlaşması'nın 14. maddesi'ne göre kararlar tüm yönleriyle bağlayıcıdır. Kararlar, kişilere şirketlere veya devletlere yöneltilmiş olarak, anlaşma hükümlerinin özel durumlarda uygulanmasını sağlamak için çıkarılır. AT Antlaşması'nda öngörülen tüzüklerle AKÇT Antlaşması'nda öngörülen genel kararlar aynı yapısal özellikleri gösterir. Gerek gerçek, gerekse tüzel kişileri ilgilendiren kararlar, bu kararların ilgili kişilere bildirimini ile birlikte bağlayıcı nitelik kazanırlar.¹⁴

Tüzük ve genel kararlar;

- Genel ve soyut kuralları kapsarlar,
- Tüm yönleriyle bağlayıcıdırlar,
- Üye devletlere doğrudan uygulanırlar,
- Hukuk sujeleri bakımından hak ve yükümlülükler doğururlar.

b. Direktifler (Yönergeler)

AT Antlaşması'nın 189 ve AAET Antlaşması'nın 161. maddelerine göre, direktifler (yönergeler) şekil ve yöntemler bakımından yetkiyi ulusal kurumlara bırakarak, yöneldiği devleti varılacak sonuçlar bakımından bağlar. Topluluk hukukunun ulusal hukuk sistemlerine uyumlu hâle getirilmesinde, çoğunlukla bunun dolaylı olarak gerçekleştirilmesi eğilimi vardır. Bu yüzden, direktifler, en çok tercih edilen

¹³ Gemalmaz, Esra, *AT Hukuku'nda İnsan Hakları, Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 1990, s. 33.

¹⁴ Günüşur, Haluk, *AT Hukuku*, Ankara 1993, s. 91.

Topluluk yasama şeklidir. Direktifler, bir tür çerçeve kanun oluşturdıklarından etkilerini doğurmaları, onların ulusal hukuk düzenlerine aktarılması ile mümkün olmaktadır.¹⁵

Direktife örnek olarak konseyin yabancı uyruklu kişilerin dolaşması ve yerleşme özgürlüğüne ilişkin 64/221 ve 25 Şubat 1964 tarihli direktif gösterilebilir.¹⁶

B. Bağlayıcı Niteliği Olmayan Belgeler: Tavsiye ve Görüşler

Konsey ve komisyonun, görevlerini yerine getirmek için antlaşmanın hükümlerine uygun olarak aldıkları tavsiye ve görüşlerin topluluk hukukunun bir kaynağı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu tartışmalıdır. AT m. 189'a göre, tavsiye ve görüşler bağlayıcı değildir. Bununla beraber, mesleki hastalıktan dolayı para talep eden bir göçmen işçinin, bu gibi durumlarda para ödenmesini düzenleyen komisyon tavsiyesini ileri sürmesiyle ilgili olan *Grimaldi* davasında ATAD, ulusal mahkemelerin, özellikle bağlayıcı AT mevzuatına eklemek niyetiyle yapılan ya da AT mevzuatını uygulamak üzere kabul edilen ulusal hükümlerin yorumlanmasına açıklık sağlayan topluluk tavsiyelerini, önlerine gelen bir davada karar verirken göz önüne almak zorunda olduklarına karar vermiştir.¹⁷

IV. Diğer Düzenlemelerde İnsan Hakları

A. Bildiriler

Avrupa Parlamentosu, konsey ve komisyon 5 Nisan 1977 tarihinde ortak bir bildiri yayınlamışlardır. Ayrıca, 7-8 Nisan 1978 tarihinde Kopenhag'da toplanan üye devletler hükümet ve devlet başkanları da "*Demokrasi Bildirisi*" yayınlamışlardır. Avrupa Zirvesi'nin 29 Haziran 1991'de yayımladığı bildirmede *hakların evrenselliği ve bölünmezliği vurgulanmakta*, uluslararası izleme mekanizmalarının güçlendirilmesinin önceliği belirtilmektedir.¹⁸

¹⁵ Bozkurt, Enver / Özcan, Mehmet / Köktaş, Arif, *AB Hukuku*, Ankara 2001, s. 119.

¹⁶ Gemalmaz, Esra, *a. g. e.*, s. 34.

¹⁷ Çavuşoğlu Naz, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve AT Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, Ankara 1994, s. 51.

¹⁸ Duparc, *a. g. e.*, s. 21.

Avrupa Parlamentosu, 12 Nisan 1989 tarihinde aldığı bir kararla Temel Hak ve Özgürlükler Bildirisi'ni kabul etmiştir. Bu belgede, yaşama hakkı, düşünce özgürlüğü, yasa önünde eşitlik, insan onurunun dokunulmazlığı, özel yaşamın korunması, ailenin korunması, mülkiyet hakkı, dilekçe hakkı, eğitim hakkı, tüketicinin korunması hakkı gibi hak ve özgürlükler düzenlenmiştir.

B. Şartlar

Adı “*şart*” olarak belirlenen insan hakları belgeleri de bulunmaktadır. Bunların bir kısmı hukuksal açıdan yükümlülük doğuran antlaşma niteliğini taşıırken bir kısmı da siyasal mahiyettedir.

a. Avrupa Sosyal Haklar Şartı

Avrupa Sosyal Haklar Şartı, 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Şartın amaçlarından ilki hiçbir ırk, cinsiyet, renk, din, siyasi görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayrımı yapmadan bütün insanlara sosyal haklardan yararlanma imkânının sağlanmasıdır. İkincisi ise gerekli çalışmalarla kent ve kırsal nüfusun yaşam standartlarının ve refahının yükseltilmesidir. Şart, grev hakkını ilk kez telaffuz etmiş olması noktasında da son derece önemlidir. Ayrıca sosyal çerçevede insan hakları ayrıntılı olarak düzenlenmiş ancak şartın tümüyle benimsenmesi koşulu getirilmemiştir.

b. AB Temel Haklar Şartı

2000 tarihinde kabul ve ilan edilen AB Temel Haklar Şartı, birlik düzeyinde temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir katalog oluşturmasının ötesinde, sadece birlik yurttaşları için değil, birlikteki tüm yurttaşları kapsayan hak ve özgürlükleri de içermesi açısından önemlidir. AİHS'den esinlenen şart, Avrupa kimliğinin kazanılmasında önemli bir dayanak teşkil etmiştir. Şartta bölünmez ve evrensel değerler olarak *insan onuru, özgürlük, eşitlik ve dayanışmadan* söz edilmektedir. Bu ortak değerler ve haklar Avrupa kimliği olarak takdim edilmiştir.¹⁹ Şartın

¹⁹ Arsava, Füsün, *Nice Anlaşması Sonrasında Avrupa Birliği'nin Geleceği*, Ankara 2003, s. 7.

içeriğine bakıldığında, oldukça kapsamlı bir temel hak ve özgürlükler listesi içerdiği görülmektedir. Şartta kişisel (medeni), siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan başka yeni haklar olarak adlandırılan teknoloji, tıp ve biyolojideki gelişmeler çerçevesinde ortaya çıkan haklara da yer verilmiştir. Şartta kişiler bakımından iki tür hak grubuna yer verilmiştir. Kişisel temel hak ve özgürlükler ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, Birlik vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın herkes bakımından geçerli olan haklardır. Vatandaşlık hakları gibi haklar ise sadece AB'ye üye devlet vatandaşlarının kullanabileceği hak ve özgürlüklerdendir. Hakların bu şekilde ayrı kategorilerde ifade edilmesi vatandaşlar bakımından şeffaflığa sağlamış, temel haklar katologunun içeriği noktasındaki karışıklıkları bertaraf etmiştir. Kaldı ki; AB Temel Haklar Şartı, AB Anayasası'nın bir bölümü olarak düzenlenmesi nedeniyle, Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra AB'nin kurucu antlaşmaları değerinde bir belge olarak nitelendirilebilecektir. Ancak tüm bu olumlu özelliklerine rağmen hak ve ilkelerle ilgili bir ikilemi de beraberinde getirmiştir. Bu bildirmede medeni ve siyasi haklar ile sosyal haklar bir arada düzenlenmiştir. Ekonomik ve sosyal hakların klasik haklarla yer almaları aynı hukuki değere sahip oldukları anlamına gelmemektedir.

c. Kopenhag Kriterleri

1993 tarihinde yapılan Kopenhag Zirvesi'nde, adaylık için başvuruda bulunan ülkelerin tam üyeliğe kabul edilmeden önce karşılaşması gereken kriterleri de belirtmiştir. Bu kriterler siyasi, ekonomik ve topluluk mevzuatının benimsenmesi olarak üç grupta toplanmıştır. Bizim dikkatimizi çeken siyasi kriterlerdir. *Siyasi kriter olarak, demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını ve azınlık haklarını* güvence altına alan kurumların varlığı aranmıştır. Kopenhag Kriterleri, birliğe üye olma yolunda ilerleyen ülkeler bakımından yön gösterici kriterlerdir. Siyasi kriterlerden "*azınlık haklarının korunması ve saygı gösterilmesi*", üzerinde en çok konuşulan konulardan birisidir. Ancak burada yanlış bir politika dikkatimizi çekmektedir. AB, azınlık haklarını ilk kez dolaylı olarak Maastricht'te değinmiş, tam anlamıyla ise; Kopenhag'da ele almıştır. Kopenhag Kriterleri'nin sadece üye olacak devletler için bağlayıcı olduğunu göz önünde bulundurursak azınlık haklarının korunması kavramı üye olacak ülkeler için bir "*olmazsa olmaz*" olurken; üye ülke-

lerin bu hususu ne derece gerçekleştirdikleri dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla üye devletler içerisinde de pek çok azınlık grup yer almasına rağmen bunları bağlayıcı düzenleme olmaması nedeniyle birlik devletleri kendilerini sıkıntıya sokmayacak ve meydana gelebilecek karışıklıkları bertaraf etmiş olacaklardır; bu da açıkça ikili oynandığının bir göstergesidir.

İKİNCİ BÖLÜM İNSAN HAKLARININ AVRUPA BİRLİĞİ KURUMLARI ÇERÇEVESİNDE ELE ALINMASI

AB'nin insan hakları politikası, AB'nin yaratmış olduğu özgün sistemin, gerek AB içinde gerekse global düzeyde meşruluğunu arttırmada bir araç olmaktadır. Bu nedenle, AB'de insan haklarının siyasi kaynaklarını demokratik meşruluğunu sağlayan kurumların bu konudaki çaba ve katkılarında aramak yararlı olacaktır.

I. Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi ve İnsan Hakları

A. Genel Olarak

AB Bakanlar Konseyi, yönlendiren, yöneten, dış ilişkileri düzenleyen, bütçede önemli yetkileri haiz olan, hukuk koymada en fazla yetkiye sahip bulunan, bunlar ile AT Antlaşması'nı yürüten üye ülkelerin ekonomik politikalarının koordinasyonunu sağlayan; ortak dış politika ve güvenlik konuları ile cezai hususlarda polise ait ve adli konularda politika belirleme gücü bulunan; tarım, sanayi, enerji, çevre, taşıma, ekonomi ve bunun gibi konularda siyasi sorumluluk taşıyan bakanlardan oluşan organdır.²⁰ Konsey, topluluğu şekillendiren, yöneten ve dış politikasını belirleyen organdır.

Birlik iradesinin oluşumunu sağlayan karar organı olarak konsey, birlik sözleşmelerini de aşan konularda, üye devletlerin temsilcilerinden oluşan bir kurum olarak kararlar alır.

Bunlar:

²⁰ Tekinalp, Gülören / Tekinalp, Ünal, *AB Hukuku*, İstanbul 2000, s. 208.

- Her bir ülkede doğrudan uygulanması zorunlu ve ulusal yasalara denk bağlayıcılığı olan *Tüzük*,

- Sadece kendisinden belirlenen amaçların gerçekleştirilmesi konusunda üye ülkeleri yükümlü kılan ama buna yönelik aracın seçiminde onları serbest bırakan *Yönerge*,

- Üye ülkelere, işletmelere ve kişilere yönelik olabilecek bağlayıcı hukuk normu olan *Karar*,

- Yasal bağlayıcılığı olmayan ama siyasal ve manevi ağırlığı itibarıyla önemli olan *Öneri*'lerdir.²¹

Konulara bağlı olarak kararlarını basit çoğunluk, nitelikli çoğunluk ya da oybirliği ile almaktadır. Kararların büyük bölümünü "*nitelikli çoğunluk*" ile alır. Oybirliği şartı aranan bazı konular ise şunlardır: Yeni bir ortak politikanın uygulamaya konulması, yeni bir üye devletin kabulü, yeni bir ortak dış politika ve güvenlik politikası geliştirilmesi gibi. Konsey, komisyonun yasama önerilerinde oybirliğiyle değişiklik yapabilir. Merkezi Belçika'nın başkenti Brüksel'dedir, ancak bazı toplantıları Lüksemburg'da yapılır.²²

AB'nin yasama organı olması nedeniyle Bakanlar Konseyi'nin yetkilerini nasıl kullandığı, siyasal birlik açısından genel tartışma konusu olmuştur. AB Antlaşması ile, ortak politikada alınacak ortak tavra esas teşkil eden prensip kararlarının oybirliği, bu tavrın uygulanmasına yönelik yan kararların ise nitelikli çoğunluk esasına göre alınması prensibi getirilmiştir. Ama bir ortak tavra son verilmesi durumunda ne olacağı hususunda Antlaşma yeterince açık değildir.²³

B. AB Bakanlar Konseyi'nin İnsan Hakları Politikası

Topluluğun da temel haklarla bağlı ve kendine özgü bir temel hak düzenine sahip olduğu anlayışı, 5 Nisan 1977 tarihli parlamento, konsey ve komisyonun ortak açıklamasına yansımıştır. *Ortak Açıklama* ile topluluk organları, topluluk hukukunun yazısız genel ilkeleri arasın-

²¹ Tartan, Hakan, *AB 'de Yasama Faaliyeti ve Sosyal Tarafların Katılımı*, Ankara 2000, s. 27.

²² Dura, Cihan/ Atik, Hayriye, *Avrupa Birliği, Gümrük Birliği ve Türkiye*, Ankara 2000, s. 117.

²³ Tartan, a. g. e., s. 28.

da yer alan ve üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ile AİHS'den kaynaklanan topluluk temel hak anlayışı ile bağlı olduklarını vurgulamıştır. Ortak açıklama, topluluğun ilk bakışta siyasi niteliğini ağır basan esnek kurallardan biri gibi gözükse de, *normatif değere* sahiptir.²⁴

a. Demokrasi ve Kalkınmaya İlişkin Düzenlemeler

Topluluğa üye devletlerin dışişleri bakanları, Temmuz 1986 tarihinde insan hakları konusunda yaptıkları açıklamada, insan haklarının dünyadaki endişe verici durumunu, birey özgürlüklerinin çiğnenmediğini, birçok ülkedeki zorbalıkları ve şiddet uygulamalarını, pek çok insanın açlık, hastalık ve imkânsızlıklar nedeniyle acı çektiğini dikkate alarak, insan hakları ihlallerine karşı siyasal işbirliği içinde davranma kararlılıklarını belirtmişlerdir. AT ile üye devletlerin, üçüncü ülkelerle ilişkilerinin geliştirilmesinde ve mali yardımların dağıtılmasında temel hak ve özgürlüklerin durumunun özellikle dikkate alınacağını vurgulandığı bu açıklamayı takiben AT'nin ve üye devletlerin insan hakları politikalarının değerlendirilmesi amacıyla bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Bu çerçevede konsey başkanlığı, AT'nin ve üye devletlerin bu alandaki faaliyetleri ile ilgili olarak her yıl bir rapor hazırlayarak parlamentoya göndermektedir.²⁵

İnsan haklarına ilişkin bir diğer önemli karar da, insan hakları, demokrasi ve kalkınmaya ilişkin karardır. Kararda yardım alan ülkelere, demokrasi ve birey haklarına saygı bakımından elde ettikleri sonuçlara göre farklı uygulamalar yapılması öngörülmekte ve olumlu yaklaşım gereği vurgulanmaktadır.

Bakanlar Konseyi'nin Kasım 1994 tarihli kararı da insan haklarına ilişkin önemli bir karardır. Topluluk, Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda (Viyana, Haziran 1993) *evrensellik, bölünmezlik ve insan hakları, demokrasi ve kalkınmanın karşılıklı bağımlılığı ilkelerini* vurgulamıştır.

²⁴ Oder, Betil Emrah, "Avrupa Topluluklarında Temel Hak Koruması", Tekinalp, / Tekinalp, a. g. e., s. 485.

²⁵ Durnagöl, Engin, "Avrupa Toplulukları Hukuk Sisteminde Temel Hak ve Özgürlüklerin Düzenlenmesi ve Kısıtlanması Sorunu", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998, s. 50.

b. Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile İlgili Düzenlemeler

İlk kez 1986 yılının Haziran ayında Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Bildirge kapsamında dile getirilen ırkçı tavır ve şiddet olaylarına yönelik ortak önlemler alınması yönündeki yaklaşım, somut önlemler içermemesi ve komisyon tarafından yayınlanan bir tebliğle sınırlı kalması nedeniyle etkin bir uygulama alanı bulamamıştır. Bu konuda daha somut adımlar atılması gerektiğinden hareketle 29 Mayıs 1990 tarihli konsey toplantısında “ırkçılık ve yabancı düşmanlığına karşı mücadeleye ilişkin bir karar” kabul edilmiştir.²⁶

Söz konusu kararda “ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadelenin, temel hakların korunmasına ilişkin genel çerçevenin bir parçası olduğu” ifade edilmek suretiyle önemli bir adım atılmış, ırkçılık ve yabancı düşmanlığına karşı eylemlerin engellenmesi için çeşitli önlemler üzerinde anlaşma sağlanmıştır. Üye devletlerin alabilecekleri önlemler:

1. Irk esasına dayalı her türlü ayrımcılığa karşı mücadeleye katkıda bulunan uluslararası belgeleri henüz onaylanmamış bulunan üye devletlerin bu belgeleri onaylaması,

2. İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 25. maddesi ile Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 14. maddesinde atıfta bulunulan bireysel başvuru haklarını henüz tanımamış olan üye devletlerin bu hakkı tanınması ve gerekliyse Yurttaşlık Hakları ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin ihtiyari protokolünün onaylanması,

3. Ayrımcılığın ve yabancılara karşı düşmanca eylemlerin önlenmesi veya bastırılması amacına yönelik yasaların kararlılıkla uygulanması ve henüz bu tür yasaları çıkarmamış olan üye devletlerin bu yasaları çıkarması,

4. Farklı toplulukların uygun bir biçimde bütünleştirilmesi için ülke ve bölge düzeyi ile yerel düzeyde çalışmalar yapılması ve uygun durumlarda, ulusal aracılık usullerinin geliştirilmesi,

5. Irkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadeleyle ilgili kuruluşlara, ilgili üye devletin hukuk sistemi ile bağdaştığı ölçüde dava açma ve davalara müdahil olarak katılma hakkının tanınması,

²⁶ Ünal, a. g. e., s. 139.

6. Haklarını korumak isteyenlerin ilgili üye devletin hukuk sisteminin kurallarına uygun olarak yararlanabilecekleri bir hukuki yardım mekanizmasının geliştirilmesi,

7. Irkçılık ve yabancı düşmanlığına dayalı ayrımcı eylemlerin çocuklar üzerindeki olası etkilerini gidermek üzere gerekli önlemlerin öneminin ortaya konması şeklinde ifade edilmiştir.

II. Avrupa Birliği Konseyi (Zirve) ve İnsan Hakları

A. Genel Olarak

Kurucu antlaşmalarda öngörülme, ancak 1970'lerin ikinci yarısından itibaren fiilen etkili olmaya başlayan "Avrupa Zirvesi", AB'nin en üst düzeyde yetkili politik organıdır. Birliğin temel politik ve stratejik eğilimlerini bu zirve belirler. AB Zirvesi ilk kez 1975'te toplanmıştır. Devlet ve hükümet başkanları ile komisyon başkanından oluşur. Zirve yılda en az iki kere toplanır; başkanlık üye devletlerce sırasıyla üstlenilir ve süresi altı aydır. Mali konular dışında bütün kararlar çoğunlukla alınır.

AB üzerinde tartışılan en önemli konulardan biri de, konsey başkanlığının değişikliği hususudur. Konsey başkanlığını, her üye devlet altı ayda bir üstlenir, ancak, dönem başkanlığı olarak adlandırılan bu yöntem, yeni anayasada kaldırılmıştır. Anayasa'ya göre, konsey başkanlığına daimi bir başkan getirilecek; başkan üye devlet liderlerinden oluşan Avrupa Konseyi tarafından nitelikli çoğunlukla 2.5 yıllığına seçilecektir. Özellikle küçük ülkeler, bunun, büyük ülkelerin çıkarına olacağını savunarak, dönüşümlü sistemin değişmesine büyük tepki göstermiştir.

B. AB Konseyi (Zirve)'nin İnsan Hakları Politikası

AB ülkelerinin, *insan haklarına saygılı olmamaları hâlinde*, birliğin başvurabileceği tedbirler Amsterdam Antlaşması ile getirilmiştir. Bu mekanizmayı harekete geçirmek için, komisyon ya da üye devletlerin 1/3'ünden bir teklif gelmesi gerekir. Bir üye devletin insan haklarını ciddi ve ısrarlı bir şekilde ihlal ettiği ve bu konuya müeyyide uygulanması talebi, devlet başkanları ya da hükümet başkanları düzeyinde toplanan konsey tarafından incelenir ve oybirliği ile karara bağlanır.

Kararın alınması üzerine, bu defa bu duruma düşen bir devlete hangi yaptırımların uygulanacağını karara bağlanması gerekir. İnsan haklarını ihlal ettiği saptanan devlete karşı haklarını askıya alma yaptırımı uygulanabilir. Bu haklara, konseyde oy kullanma hakkı da dahildir.

a. Demokrasi, Hukukun Üstünlüğü ve Sosyal Haklara İlişkin Düzenlemeler

Konsey, 8 Nisan 1978 tarihli demokrasi hakkındaki “Kopenhag Açıklaması” ile, *temsili demokrasi, hukukun üstünlüğü, sosyal adalet ve insan haklarına saygı prensiplerinin* korunması kararlılığını ifade ederken tüm üye devletlerde parlamenter demokrasi ile insan haklarına saygının, topluluğa üyeliğin esaslı bir ögesini oluşturduğunu vurgulamıştır.²⁷

Konseyin Avrupa Zirvesi Kopenhag Toplantısı’nda açıklamış olduğu Demokrasi Bildirgesi’nde “Avrupa Kimliği’ne İlişkin Kopenhag Bildirgesi’ne” atıf yapılmış ve aynı zamanda Ortak Bildirge’ye taraf bulunduğu beyan edilmiştir.

Avrupa Topluluğu’nun devlet ve hükümet oluşturduğu 9 Aralık 1989 “Strasbourg Zirvesi”nde, İngiltere dışında tüm üye devletlerce kabul edilen Avrupa Topluluğu Sosyal Şartı temel haklar sorununda değinilmesi gereken bir belgedir. Avrupa Topluluğu Sosyal Şartı’nın içerdiği haklar şunlardır: Serbest dolaşım hakkı (m. 1, 2, 3), daha iyi yaşam ve çalışma koşullarına sahip olma hakkı (m. 7, 8, 9), sosyal korunma hakkı (m. 10), örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı (m. 11, 12, 13, 14), mesleki eğitim hakkı (m. 15), kadın-erkek ayrımcılığının yasaklanması (m. 16), işçinin bilgi alma, danışma ve katılım hakkı (m. 17, 18), işyerinde sağlık ve güvenlik hakkı (m. 19), çocukların ve gençlerin korunma hakkı (m. 20, 21, 22, 23), yaşlıların korunma hakkı (m. 24, 25), özürlü kişilerin hakları (m. 26).²⁸

²⁷ 14 Aralık 1973 tarihli Avrupa Kimliğine İlişkin Belge’de “Dokuzlar, bağlı oldukları hukuki, siyasi ve ahlaki düzenlerine niteliğini veren değerlere saygı gösterilmesini sağlamak ve ulusal kültürlerin zengin çeşitliliğini muhafaza etmek arzusunda olduklarını, bireyin ihtiyaçlarının karşılanması temeline dayanan bir toplum kurma kararlılığının temelinde aynı hayat anlayışını paylaştıklarını belirttikten sonra, temsili demokrasi, hukukun üstünlüğü, ekonomik ilerlemenin nihai amacı olan sosyal adalet ve insan haklarına saygı ilkelerini savunma azminde olduklarını ve bu ilkelerin aynı zamanda Avrupa kimliğinin temel unsurları olduğunu” belirtmiştir.

²⁸ Oder, a. g. e., s. 605 vd.

Bir diğer önemli düzenleme de Kopenhag Zirvesi'dir. Özellikle siyasi kriter üzerinde tartışılan en önemli kriterlerden biri olmuştur. Yukarıda ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz için burada tekrar ele almaya gerek yoktur.

10-11 Aralık 1999 tarihinde Helsinki Zirve Toplantısı'nda kabul edilerek yayımlanan "Millenium Bildirisi"nde de demokrasi, insan hakları ve temel hürriyetlere atf yapılarak şu cümlelere yer verilmiştir: "AB'nin temelleri demokrasi ve hukuk devletidir. Birliğin vatandaşları hürriyet, hoşgörü, eşitlik, dayanışma ve kültürel farklılık ortak değerleriyle bağlıdır."²⁹ Millenium Bildirisi'ne göre; AB demokrasi ve hukukun temel prensipleri çerçevesinde kurulmuş olan, vatandaşlarına barış, istikrar ve refah sağlamayı amaçlayan bir kurumdur. Helsinki Zirvesi'ne göre; Avrupa vatandaşlığı ortak değerlerde eşitlik, hoşgörü, dayanışma ve kültürel çeşitlilik üzerine kurulacaktır.

b. Irkçılığın Önlenmesi ve Ayrımcılıkla Mücadele Hususundaki Düzenlemeler

1990 tarihli "Dublin Avrupa Zirvesi - Antisemitizm, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına İlişkin Bildirge"de, bu mücadelenin "meşru ve sürekli bir görev" olduğu vurgulanmıştır.

9-10 Aralık 1991 tarihinde Maastricht Zirvesi sonrasında yayınlanan "Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına İlişkin Bildiri"de de Avrupa'da gerek AB üyesi ülkelerde gerek üye olmayan ülkelere ırkçılık ve yabancı düşmanlığı yönündeki eğilimin artış içinde olduğuna dikkat çekilmiştir.

III. Avrupa Birliği Komisyonu ve İnsan Hakları

A. Genel Olarak

Avrupa Komisyonu üye devlet vatandaşı olan ve *komiser* olarak adlandırılan üye devletlerin atadığı üyelerden oluşur. Komisyonun başlıca görevleri antlaşmanın 155. maddesinde sayılmıştır. Komisyon-da, her bir üye devletten en az bir, en fazla iki üye bulunmak zorun-

²⁹ Beşe, Ertan, "AB'de İnsan Hakları Hukuki ve Siyasi Perspektifler", Aykaç, Mustafa/ Parlak, Zeki, *Tüm Yönleriyle Türkiye - AB İlişkileri*, İstanbul 2000, s. 453.

dadır. Komisyon, topluluk yasalarının hazırlanmasından sorumludur. *Merkezi Brüksel'dir*. Komisyon, antlaşmaların sağladığı güç ve konseyin verdiği yetkiler nedeniyle önemli bir *özerkliğe* sahiptir.

B. Komisyon'un İnsan Hakları Politikası

Komisyon, temel haklar sorunu konusundaki yaklaşımını ilk kez 1975 yılında, *Topluluk için bir temel hak kataloğu* hazırlanması yönünde görüş bildirerek açıklamıştır.

7 Aralık 2000 tarihinde Fransa'nın Nice kentindeki AB devlet ve hükümet başkanları zirvesinde kabul edilen "*AB Temel Haklar Bildirgesi*" ilk defa komisyonun 4 Nisan 1979 tarihli Memorandum'u ile gündeme gelmiştir. Söz konusu memorandum, toplulukların AİHS'yi imzalamasına ilişkin olmakla birlikte temel hakların korunmasında AİHS'ye katılımı ilk adım olarak görmüştür.

IV. Avrupa Birliği Parlamentosu ve İnsan Hakları

A. Genel Olarak

Avrupa Parlamentosu, 1957 tarihli Roma Antlaşması'nda belirtilen ifadesiyle, Avrupa Topluluğu (AT) tarafından bir araya getirilen devletlerin insanlarını temsil eden bir kurumdur.

Avrupa Parlamentosu klasik ve anayasa hukuku anlamında bir parlamento değildir. Çünkü, hukuk koyma usulüne istisnaen ortak olarak katılması ve yine bu hususta istisnaen konseyle işbirliği yapması dışında, önerme, yasama ve vergi koyma erkine sahip bulunmamaktadır.³⁰ Avrupa Parlamentosu kendi üyeleri arasından başkan ve başkanlık divanı seçer. Parlamento, *Strasbourg'da toplanır*.

B. Parlamento'nun İnsan Haklarının Korunması ile İlgili Girişim ve Çabaları

Avrupa Parlamentosu, üyelerinin genel oyla seçilmesi nedeniyle topluluğun *demokratik unsuru* ve *Avrupa halklarının temsilcisi* durumundadır. Bu nedenle temel hak ve hürriyetlerin korunmasına yönelik

³⁰ Tekinalp / Tekinalp, *a. g. e.*, s. 195.

politikaların oluşturulmasında önemli bir kurumdur. Demokratik bir toplum olmanın gereği, siyasi kurumların temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında öncü bir rol oynamasıdır. Bu noktada, Avrupa Parlamentosu'nun aktif bir insan hakları politikası izlemesi gerekmektedir. Avrupa Parlamentosu, insan hak ve hürriyetleri ile ilgili olarak; üçüncü ülkelerle mali ve siyasi her türlü ilişkilere yönelik anlaşmalar gündeme geldiğinde, insan hakları uygulama ve ihlallerine dayalı raporların değerlendirilmesi, üye ülkelerdeki insan haklarını ilgilendiren ve ortak yararlarına olan ırkçılık, yabancı düşmanlığı, ölüm cezaları, yoksulluk, şiddet, ayrımcılık, iltica hukuku ve politikasının uyumlaştırılması gibi konularda tartışılması; dış ziyaretlerde insan hakları konularına dikkat çekilmesi gibi konulara ağırlık vermiştir.³¹

Birliğin siyasi kurumları içinde insan haklarına en büyük önemi parlamento vermektedir. Avrupa Parlamentosu, insan hakları ve demokrasi kavramlarının Birliğin temel değerleri arasında yer almasına önemli bir katkıda bulunmuştur. *Parlamento'nun insan haklarına yaklaşımı şu ana ilkelere dayanmaktadır:*³²

- İnsan haklarının geniş bir biçimde ele alınması,
- İnsan haklarının bölünmezliği: medeni ve siyasi hakların, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan ayırt edilmezliği,
- İnsan haklarının evrenselliği: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin her türlü ulusal, kültürel veya dini hükümden üstün olduğu,
- Demokratik ilkelerle kalkınma politikalarının eşgüdümü.

a. Hakların Korunması ile İlgili Görüşmelerde Kabul Edilen Bağlayıcı Olmayan Metinler

Avrupa Parlamentosu'nun temel hakların korunması ile ilgili girişim ve çabaları, 10 Şubat 1972'ye kadar dayanır. Bu tarihte kabul edilen deklarasyonda; üye devletlerin anayasalarında ve AİHS'den kaynaklananlar başta olmak üzere, temel hakların korunmasına öncelikle önem verdikleri, yetkilerini kullanırken ve topluluğun hedeflerini gerçekleştirmeye çalışırken bu haklara saygı gösterecekleri özellikle belirtilmiştir.

³¹ Beşe, a. g. e., s. 441.

³² Türkmen, Füsun, "AB ve İnsan Hakları", Derleyen: Dedeoğlu, Beril, *Dünden Bugüne AB*, İstanbul 2003, s. 51.

Avrupa Parlamentosu, 11 Temmuz 1990'da AB'ye yönelik olarak kabul ettiği kararında insan onuruna saygı, yaşam hakkı, yasa önünde eşitlik, düşünce ve vicdan özgürlüğü, özel hayatın ve ailenin korunması, mülkiyet hakkı, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, mesleki özgürlükler, eğitim hakkı ve mahkemelere başvuru hakkı gibi hak ve ilkelerin yer aldığı bir temel hak ve özgürlükler bildirisi ile ırkçılık ve yabancı düşmanlığına karşı resmi bir bildirgenin Maastricht Antlaşması'na eklenmesini istemiştir. Bildirgedeki en önemli noktalardan biri, temel hak ve özgürlüklerin topluluğa karşı korunması ile ilgili şikâyetlerin, bütün iç hukuk yolları tüketildikten sonra ATAD'ye götürülmesinin öngörülmüş olmasıdır. Kararda ayrıca, topluluğun AİHS'ye katılması da istenmiştir. Bunun üzerine, Avrupa Parlamentosu Kurumlar Komisyonu 25 Mart 1992 tarihli kararında, Maastricht Antlaşması'nda "*temel hak ve özgürlüklerin ve yurttaşlığın korunmasının yeterli bir şekilde ele alınmaması, özellikle de bir hak ve özgürlükler bildirgesinin antlaşmaya dâhil edilmemesi*" konusundaki üzüntüsünü dile getirmiştir.³³

Konsey, komisyon ve parlamento arasındaki 5 Nisan 1977 tarihli *ortak deklarasyonla* temel hakların korunması konusundaki kararlılık belgelenmiştir. Bu deklarasyon ATAD'nin temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak mevcut içtihatlarının ortaya koymuş olduğu ilke ve prensiplerinin bir sonucu olmuştur.

b. Yıllık Raporlar

AB'nin insan hakları politikasının oluşum sürecinde, Avrupa Parlamentosu'nun katkısını sağlayan diğer bir araç da, AB'nin insan haklarıyla ilgili faaliyetleri ve diğer ülkelere karşı izlediği insan hakları politikası konusunda, özellikle 1986'dan itibaren komisyon tarafından sunulan raporlardır.

c. Diğer Girişim ve Çabalar

AB'nin temel haklara ve insan haysiyetine saygıya dayanan bir hukuk topluluğu olduğunu belirten 12 Nisan 1989 tarihli *Temel Hak ve Hürriyetler Bildirgesi*'nde ATAD'nin temel hakları koruma içtihadının

³³ Özcan/Tezcan/Yonar, a. g. e., s. 398.

ve AİHS'nin önemi vurgulanırken, AİHM'in kararları da Sözleşme'nin kapsamı içinde değerlendirilmiştir.

Topluluğun sosyal politikasını ortaya koyan ve 9 Aralık 1989 tarihli AT İşçilerinin Temel Sosyal Haklar Şartı da Avrupa Parlamentosu'nun Temel Hak ve Hürriyetler Bildirgesini, sosyal haklar alanında tamamlayıcı bir girişim olarak son derece önemlidir.³⁴

Bu gelişmelere bakıldığında; AB kurumlarının insan haklarıyla ilgili önemli girişimlerde bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak, kurumsal yapıdaki birtakım aksaklıklar. Kurumların çalışmalarında demokrasi eksikliğini ortaya koymuştur. Bu da şüphesiz kurumların gerek insan hakları gerekse diğer konularda aldığı kararlara da yansımıştır. AB kurumlarının yetki ve sorumlulukları her antlaşmada değişiklik göstermiştir. Değişiklikler parlamentoyu, komisyon ve Bakanlar Konseyi karşısında güçlendirmiştir. Birliğin politikalarını uygulayan ana kurum komisyondur. Ancak meşru bir kurum değildir. Çünkü; aldıkları kararlarda Avrupa halkına karşı herhangi bir sorumlulukları yoktur. Bakanlar Konseyi ise en önemli karar organıdır. AB mevzuatları Bakanlar Konseyi'nin onayından sonra yürürlüğe girer. Konseyin dolaylı bir meşruluğu vardır. Dolayısıyla tek meşru kurum parlamentodur. Özellikle komisyon üzerinde kontrol yetkisi mevcuttur. Kurumlar da tam anlamıyla meşruluğun sağlanamaması, demokrasi ve insan hakları konusunda yapılan çalışmalar noktasında da belli eksiklikleri gündeme getirmiştir. Bu noktada kurumun yetki ve sorumlulukları yeniden gözden geçirilmesi, eksiklikler ortadan kaldırılmalıdır. Ancak bu temel değişiklikler yapıldığında, kurumsal yapı tam anlamıyla oturtulduğunda daha aktif bir politika izlenebilecek, kurumların daha geniş alanlarda daha iyi kararlar almaları ve hayata geçirmeleri sağlanabilecektir. Bu yeni kurumsal yapının da anayasayla desteklenmesi gerekmektedir.

³⁴ Beşe, *a. g. e.*, s. 436.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNSAN HAKLARININ YARGISAL DÜZEYDE KORUNMASI

I. Genel Olarak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Yargı Yetkisi

ATAD, kurucu antlaşmaların ve ikincil hukuk normları olarak adlandırılan tüzük ve yönergelerle alınan kararların uygulanmasından ve yorumlanmasından sorumlu organdır. ATAD 1952 Paris Antlaşması ile kurulmuştur. Roma Antlaşması, topluluk hukukunun yorum ve uygulanmasından doğan uyumsuzluklarda tek yetkili organ olarak ATAD'yi öngörmüştür.

ATAD bir anayasa mahkemesi sıfatıyla çalışmakta ve topluluk organlarının yaptıkları işlemlerin kurucu antlaşmalara uygunluğunu denetlemektedir. Avrupa Birliği Anayasası'na göre; birliğin yargı organı olan Adalet Divanı da, Avrupa Adalet Divanı, üst derece mahkemesi ve uzmanlaşmış mahkemelerden oluşacaktır. Divan, iptal, ihlal, tazminat, hareketsizlik ve personel davaları gibi davalara bakmakla görevlidir. Adalet Divanı işin özelliğine göre muhakeme usulü uygular. Muhakeme yazılı ve sözlü olmak üzere iki şekilde yürütülür.

ATAD'nin Topluluk hukukunun gelişmesindeki rolü büyüktür. Adalet Divanı'nın verdiği kararlar kesindir. Ulusal mahkemeler için bağlayıcıdır. Bu noktada üye devletlerin yargı yerleri de, ATAD'nin verdiği kararların uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür.

II. Temel Hakların Korunması Hususunda İçtihadî Gelişim

Toplulukların, antlaşmalarında yer alan hedeflerini gerçekleştirmek üzere yetkili ve görevli kurumlarından biri de ATAD'dir (AT Antlaşması m. 4). ATAD, antlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlamakla yetkili ve yükümlüdür.

Divan 1960'ların sonlarına dek oldukça ihtiyatlı bir tutum almıştır. Bunun, bir yandan üye devletleri bir anlamda ürkütme çabasının, öte yanda ise buna bağlı olarak, kendi varlığını sağlamlaştırma çabasının ürünü olduğu söylenebilir. Ama belirtilen siyaset sadece bir dizi ince hesapların sonucu olmaya da indirgenemez. Bir başka etken de, uluslararası boyutta genel olarak insan haklarını tanıma, koruma ve

geliştirme birikiminin ancak 1960'ların sonlarına doğru somutlaşmaya başlamış olmasıdır. ATAD'nin bu gelişimden etkilenmesi belli bir zaman almıştır. Bir diğer faktör ise, topluluğun yapılaştırdığı mekânizma ve prosedürlerin çalışmasının, kişi hakları bağlamında yarattığı etkilerin ve sorunların, ancak belli bir birikim ve deneyim sonucunda açıkça gözlenebilmiş olmasıdır. Normların konması yetmez, normlar topluluk organları tasarruflarıyla canlılık kazandıkça, kısaca normlar yaşama geçirildiği oranda, onların temel hakları ilgilendiren yönleri de kavranabilmektedir. Dördüncü bir etken olarak da Avrupa Konseyi ve onun ayrılmaz parçası olan AİHS sistemi ile topluluk sisteminin, belli bir yetkinleşme evrimi bağlamında, zamanla daha çok karşılıklı etkileşime girmesi, giderek bütünleşmesi gerçeğidir.³⁵

ATAD içtihatları, 1970'lerden itibaren insan haklarıyla daha ilgili hâle gelmiştir. ATAD, erken dönem içtihatlarında öncelikle AİHS'ye yollama yapmakla yetinmiştir.³⁶ ATAD'nin özellikle, AİHS ile kurmuş olduğu bağlantı gerek doktrinde gerekse topluluk düzeyinde Topluluğun AİHS'ye katılıp katılmaması veya topluluğun kendine özgü bir temel haklar şartının gerekli olup olmadığı yönünde tartışmaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur.³⁷ ATAD, verdiği kararlarda hukukun genel ilkelerinin birlik hukukunun kaynaklarından olduğunu ve insan haklarının da hukukun genel prensiplerinden ayrılamayacağını vurgulamıştır.

III. Koruma Altına Alınan Haklar

A. Kişisel Nitelikteki Haklar

ATAD tarafından koruma altına alınan haklardan en önemlisi hiç şüphesiz kişisel nitelikteki haklardır. Aslında AB ekonomik amaçlarla oluşturulmuş bir birliktir. ATAD kararlarına baktığımızda daha çok sosyal ve ekonomik haklarla ilgili düzenlemelere rastlamaktayız. Ancak ATAD; verdiği kararların pek çoğunda değerlendirmelerini yaparken kişisel nitelikteki haklara da yollamalar yapmış, bu noktadaki ihlalleri de göz ardı etmemiştir.

³⁵ Gemalmaz, Mehmet Semih, "İnsan Hakları Temellendirilmesinden Tanımlanmasına", *Bahri Savcı'ya Armağan*, Ankara 1988, s. 244-259.

³⁶ Tezcan, a. g. e., s. 200.

³⁷ Döner Ayhan, *İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması ve Avrupa Sistemi*, Ankara 2003, s. 121.

ATAD verdiği kararlarda;

- İnsan onuru,
- Eşitlik ilkesi,
- Adil yargılanma hakkı,
- Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi,
- Özel yaşamın gizliliği,
- Konut dokunulmazlığı,
- Mülkiyet hakkı,
- Düşünceleri açıklama özgürlüğü

gibi birtakım özgürlükler koruma altına alınmıştır.

Gravier kararında, ATAD Belçikalı öğrenciler için alınmayan eğitim harcının, Belçika'da eğitim gören Fransız vatandaşı bir öğrenciden alınmasını topluluk hukukuna aykırı bulmuştur. Ayrımcılık yasağının da altı çizilmiştir. Üye devlet vatandaşlarının farklı bir üye devlet ülkesinde kendi vatandaşlarına uygulanan standartların dışında bir uygulama yapılmaması gerektiğine de vurgu yapılmıştır. Yine *Cowan* kararında da, Fransa'ya turist olarak gelen ve bu sırada saldırıya uğrayan bir üye devlet vatandaşı, Fransız makamlarına karşı Fransız mahkemelerinde açtığı tam yargı davasında, tazminat miktarının hesaplanmasında vatandaşlıktan kaynaklanan ayrımcılığa uğramaması vurgulanmıştır.

Şüphesiz en çok dikkat çeken davalardan biri de *Grogan* davasıdır. Dublin davasının tecavüz sonucu hamile kalan genç bir kıza çocuğunu düşürme izni vermemesi ile başlamıştır. Katolik İrlanda Anayasası gönüllu olarak bebek düşürülmesine izin vermemektedir. AT Antlaşması bu tür temel hakları korumaktadır.³⁸ İrlanda Anayasası'nda kürtaj yasaktır. İrlanda'da üniversite öğrencilerine hizmet veren üç dernek, hamile olan ve kürtaj yaptırmak isteyen kadınlara yardım etmek üzere komşu ülke Birleşik Krallık'ta kürtaj yapan kliniklerin isimleri, yerleri, irtibat yollarını anlatan kitapçıklar veya broşürler yayınlamıştır. Ancak hiçbirisi kürtajı savunmamış ve sadece bilgi vermekle yetinmişlerdir. Kürtaja karşı olan bir başka dernek, bunun üzerine harekete geçerek bu faaliyetin durdurulması ve yapanların cezalandırılması amacıyla bir İrlanda mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme davayı kabul ederek ilk üç dernek yetkilileri aleyhine karar vermiştir. Sonunda dava

³⁸ Akman, Vedat, *Avrupa Topluluğu ve Türkiye Uluslararası Andlaşmalar ve Ekonomik Birliğin Ötesinde Bir Avrupa*, İstanbul 1997, s. 24.

İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme de kürtajla ilgili bilgi vermenin İrlanda hukukuna aykırı olduğu yönünde karar vermiştir. Ancak dava, daha Yüksek Mahkeme'nin önündeyken davalılar, kürtajla ilgili bilgi vermenin Topluluk hukukuna uygun olduğunu, İrlanda hukukunun topluluk hukukuna aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.³⁹ Her şeyden önce topluluğa üye devletlerde hizmetlerin serbest dolaşımı söz konusudur. Ve mahkemenin yaptığı değerlendirme bu ilkeyi zedelemektedir. Yine bu davada ifade özgürlüğünün de zedeleniği söylenebilir. Bu davada dernekler başka bir üye devlette, kürtaj uygulamasının olduğu noktada, kliniklerin isimleri, yerleri hususunda taraflara bilgi vermekle yetinmiştir. Bilgi alıp verilmesi de ifade özgürlüğünün içerisinde yer almaktadır. Söz konusu derneklerin hiçbirisi zaten kürtajı savunmamıştır, yalnızca bilgi vermekle yetinmiştir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırları içinde kalınmıştır. Oysa mahkeme bu hususlara son derece katı bir tutumla yaklaşarak karar vermiştir.

Bir diğer önemli karar ise *Prais* kararıdır. *Prais* kararında Divan, topluluk bünyesinde çevirmenlik için açılan sınava başvuran Vivien Prais'in dini inançlarına uygun olmadığı için sınav gününün değiştirilmesine ilişkin isteminin topluluk konseyi tarafından reddedilmesini incelemiştir. Prais'in açtığı davanın konusu, konseyin yeni bir sınav günü belirlenmesini reddeden kararının iptali istemidir. Divan, yazılı sınavın bütün adaylar için aynı gün olması gerektiğini ifade etmiş; davanın ancak gün kesinleşmeden önce ilgili makamları uyarması hâlinde, başvurusunun dikkate alınarak dinî inançlarına aykırı olmayan bir sınav gününün belirlenebileceğini hükme bağlamıştır. Prais'in davanın reddi, bu başvuruyu zamanında yapmaması nedeniyledir.⁴⁰

ATAD vermiş olduğu pek çok kararıyla şüphesiz bir topluluk içti-hadı oluşturmaya başlamıştır. AB bölgesel bir örgüttür. AB'nin varoluş amaçlarından biride dünya barışını korumak ve çatışmaları önlemektir. Ancak içinde bulunduğumuz yüzyılda dünyanın çeşitli bölgelerinde yaşanan olumsuzlukları dikkate aldığımızda insan haklarına her defasında vurgu yapan ve üyelik için ülkelere bunu önkoşul olarak da-

³⁹ Gündüz, Aslan, "AB 'de İnsan Haklarının Yeri Kurumsal Düzenleme ve Bireyin Hakları", *Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Dergisi : Orhan Oğuz 'a Armağan*, İstanbul 1999, s. 105.

⁴⁰ Çavuşoğlu, a. g. e., s. 169.

yatan AB’de uygulamaların çok da iç açıcı olduğundan söz edilemez. Yakın tarihte şahit olduğumuz Irak, Filistin, Bosna-Hersek gibi ülkelerdeki çatışmalar ve bunların önüne geçilememesi, gerekli tedbirlerin alınamaması da aslında insan hakları politikasının ne kadar gerilerde kaldığını ortaya koymaktadır. Bu nedenle ekonomik ve politik kaygılardan uzaklaşılmalı, insani ve vicdani duygularla hareket edilmeli, çözüm arayışlarında bu hususlar ön planda tutulmalı ki; etkin insan hakları politikaları oluşturulabilsin ve ihlaller önlenebilsin.

İnsan hakları son derece kapsamlı bir konudur ve her geçen gün artan insan hakları ihlallerini de düşündüğümüzde mekanizmalar-daki eksiklikler daha net ortaya çıkmaktadır. Bu noktada daha etkin kurumlar oluşturulmalı, kurumsal yapıdaki mevcut eksiklikler de yeniden gözden geçirilerek gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

B. Ekonomik ve Sosyal Nitelikteki Haklar

AİHS’de yer almayan ekonomik ve sosyal nitelikli hak ve ilkelerin, Topluluk sisteminde yer aldığı ve bunların etkin olarak korunduğu görülür.

Sosyal ve ekonomik haklar kapsamında; eğitim-öğretim hakkı, ailenin korunması, sosyal güvenlik hakkı, çalışma ve dinlenme hakkı gibi haklardan bahsetmek mümkündür.

ATAD’ın *Morson ve Jhanjan* kararına göre, topluluk tüzüğü’nün 10. maddesi’ne göre göçmen işçilere sağlanan haklar, aile üyelerinin değil, işçinin statüsüne bağlıdır. Bu haklar, üçüncü devlet vatandaşlarının üye devlet vatandaşı olan akrabalarıyla birlikte bir başka üye devlette yaşamalarına imkan vermez. Bu gibi durumlarda, üçüncü ülke vatandaşı olan akrabalar göçmen işçilerin sahip oldukları haklara sahip değildir. Bu kararın konusu, Hollanda vatandaşı olan ve Hollanda’da çalışan çocuklarının bakımına muhtaç olan ve onlarla birlikte bu ülkede yaşamak isteyen Surinam’lı iki annedir. Hollanda kanunlarına göre annelerin girişine izin verilmeyince, onlar da topluluk hukukuna dayanarak bu ülkeye girme ve çocuklarıyla birlikte yaşama hakkına sahip olduklarını ileri sürmüşlerdir. Bunun üzerine ATAD, herhangi bir üye devlet vatandaşı olmayan annelerin, bir üye devlette çocuklarıyla birlikte yaşama haklarının olmadığına karar vermiştir. Tüzüğü’nün bu hükümlerinde yer alan “eş” kavramı, işçiyle evli olan kişi anlamı-

na gelmekte olup işçinin birlikte yaşadığı kişiyi kapsamamaktadır. Bir üye devlet vatandaşı olan işçinin, üçüncü devlet vatandaşı olan eşi, birbirlerinden ayrılırsalar dahi, evlilikleri resmen sona erinceye kadar o ülkede oturma hakkına sahiptir. Göçmen işçinin kendisiyle yaşamasına izin verilen aile üyeleri üçüncü ülke vatandaşları bile olsa, ev sahibi ülkede ekonomik faaliyette bulunma, yani bir ücret karşılığı çalışma hakkına sahiptir.⁴¹

Topluluğun üye devlet vatandaşları için öngördüğü pazar özgürlükleri (malların, hizmetlerin, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımı) öncelikle ekonomik niteliktedirler. *Gravier Luisi ve Carbone* kararında, hizmetlerin serbest dolaşımı; *Kraus* kararında, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı; *Steinhauser* kararında, yerleşme özgürlüğü kullanılmıştır.

Neticede, ATAD, içtihatlarını oluştururken davalardaki kararlarında hakları geniş yorumlamış, özellikle pazar özgürlükleri konusunda yalnızca bu hakların ekonomik boyutunu ele almamış, derinlemesine ve çok boyutlu bir inceleme yapmıştır. Dolayısıyla kişisel haklar ön planda tutulmuş ve öncelikle bu kapsama dâhil edilebilecek karar örnekleri ortaya çıkmıştır.

IV. Hakların Korunması Çerçevesinde Yararlanılan Kaynaklar

A. Üye Devletlerin Ortak Anayasal Gelenekleri

Adalet Divanı baştan itibaren, topluluk düzeyinde temel hakların varlığını ve bunların korunması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, temel hakların korunması, topluluk hukukunun genel ilkelerinin bir parçasıdır ve bu niteliğiyle, topluluk hukukunun normları hiyerarşisinde birincil nitelikli kaynaklar arasında yerini alır. Adalet Divanı'nın bu yöndeki yaklaşımı, 1974'ten bu yana devam etmektedir. Ancak Adalet Divanı ortak anayasal geleneklerinden ziyade, AİHS'ye yönelmektedir. Çünkü, AİHS, Divan'a tüm devletlerin kabul ettiği hak ve ilkeleri bir arada bulundurma ve tek yargısal organca yorumlama imkanını sağlamaktadır.

⁴¹ Köktaş, a. g. e., s. 111.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Konumu

a. AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Bağlı Olup Olmadığı Konusu

Topluluğun kurulmasından önce üye devletler tarafından imzalanan uluslararası antlaşmaların toplulukları bağlayıp bağlamadığı sorusu, topluluğun AİHS ile bağlı olup olmadığı konusunu gündeme getirmektedir.

ATAD, yetkisini üye devletlerin kendisine devrettiği egemenlikten almaktadır. İnsan hakları, Birlik hukukunda hiyerarşik olarak genel hukuk ilkelerinden daha yüksek bir seviyede değildir. Yalnızca bireysel davalarda ileri sürülebilir ve o çerçevede ATAD tarafından ele alınabilir.

Adalet Divanı, insan haklarıyla ilgili uluslararası belgelerden yararlanması gerektiğini kabul etmektedir, ancak birliğin bu sözleşmelerle bağlılığı noktasında herhangi bir görüş bildirmemektedir.

b. AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımı Konusu

AİHS, Avrupa'da insan hakları, temel hak ve hürriyetlerin korunması konusunda en önemli yasal enstrümandır. AB'nin AİHS'ye taraf olmamasına rağmen üye ülkelerin hepsinin AİHS'ye taraf olması nedeniyle temel hak ve özgürlükler alanında AB ve AİHS'nin ortaklaşa geliştirdiği bir Avrupa hukukundan bahsetmek mümkündür.⁴²

Kurucu antlaşmalarda insan haklarına ilişkin hükümlerin bulunmaması, topluluk hukukunun önceliğiyle ilgili topluluk hukuku ile tam örtüşmeyen birtakım içtihatların kabul edilmesine neden olmuştur. Adalet Divanı, bu yıllarda izlediği içtihat politikasında, AİHS'nin temel hakların korunması çerçevesinde önemli bir esin kaynağı olduğunu belirtmiş, topluluk kurumlarına ve üye devletlere topluluk hukukuyla ilgili düzenlemelerde temel haklara uymaları gerektiğini vurgulamıştır.

Topluluğun AİHS'ye katılma fikrine, Avrupa Parlamentosu ve Ekonomik ve Sosyal Komite katılıma olumlu yaklaşımlarına rağmen, bu

⁴² Beşe, a. g. e., s. 456.

konuda öncülüğü komisyon yapmıştır. AB'nin, AİHS'ye taraf olması, kurucu antlaşmalarda yapılacak değişikliklere bağlıdır. Ancak bu da tek başına yeterli değildir. AB'nin, AİHS'ye katılımının gerçekleşmesi, aynı zamanda sadece Avrupa devletlerinin üyeliğine açık olan Avrupa Konseyi Statüsü'nde de değişiklik yapılmasını gerektirmektedir.

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Destekleyici Norm Olarak Kullanılması

Adalet Divanı birçok kararında AİHS'ye göndermede bulunmuştur. Divan tarafından yapılan bu göndermeler çerçevesinde AİHS, topluluk ve divan açısından yalnızca bir referans olup, herhangi bir hukuksal bağlayıcılığa sahip değildir. Aynı biçimde, gerek Komisyon'un gerekse de Avrupa Parlamentosu'nun temel hakların korunması bağlamında sözleşmeye göndermede bulunmaları, hukuksal bir yükümlülükten değil, moral bir yükümlülükten kaynaklanmaktadır. Adalet Divanı önceleri, topluluk hukukunu temel haklar açısından kontrol etmeyi reddetmiştir. 4 Şubat 1959 ve 12 Şubat 1960 tarihli kararlarla, Alman Anayasası tarafından teminat altına alınan temel haklar açısından, topluluk düzenlemelerinin geçerliliğini kontrol etmeyi kabul etmemiştir. Ancak Adalet Divanı, bu tutumunu 12.11.1969 tarihli *Stauder* ve 17 Aralık 1970 tarihli *International Handelsgesellschaft* kararlarıyla değiştirmiş ve temel hakların, topluluk hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğunu ifade etmiştir. Aslında Adalet Divanı, bu tutum değişikliğiyle, temel hakların korunması konusunda topluluk çapında hazırlanacak bir sistemin, güçlü bir bütünleşme faktörü ve meşruiyet unsuru olabileceğine adeta o tarihte dikkat çekmiştir. Divan önünde taraflar tarafından açıkça ileri sürülmesine rağmen, Adalet Divanı 14 Mayıs 1974 tarihli Nold kararında, AİHS'yi açıkça zikretmekten kaçınarak, "üye devletlerin katıldığı ya da taraf olduğu uluslararası düzenlemeler" biçiminde üstü kapalı olarak AİHS'ye göndermede bulunmuştur. Divan'ın bu ihtiyatının tek nedeni, henüz o dönemde Fransa'nın AİHS'ye katılmamış olmasıdır. 3 Mayıs 1974 tarihinde Fransa'nın sözleşmeye kesin olarak taraf olmasından sonra Divan, AİHS'ye ilk kez 28 Ekim 1975 tarihli Rutili kararında açıkça gönderme yapmıştır. Divan bu kararında, sözleşmenin 8-11. maddelerine ve 4 No'lu Protokol'ün 2. maddesine açıkça göndermede bulunmuştur. Divan, insan haklarının sınırlandırılması konusunda, sınırın sınırını belirlemede bir de-

ğerlendirme yapmıştır ve yine çok açık bir biçimde AİHS'nin ilgili maddelerine atıfta bulunmuştur. ATAD, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında hukuka uygunluk ölçütlerinden biri olan “*kamu güvenliği*” ölçütünün sınırını, hakkın özünün korunması, demokratik toplumda zorunluluk, orantılılık, iyi niyet yoksunluğu ve ölçülülük ilkeleriyle değerlendirmiştir. Davada ATAD, 1612/68 sayılı Topluluk Tüzüğü'nün, üye devletlere yabancıların denetimi bağlamında tanıdığı yetkileri, AİHS'nin çeşitli hükümlerinde tanınan ilkelerden daha sınırlayıcı olduğu sonucuna varmıştır. Bu değerlendirme, aynı zamanda topluluğun kamu politikasına ilişkin hükümler içeren aynı konudaki 64/22L sayılı direktif açısından da geçerlidir. ATAD'ye göre adı geçen belgeler AİHS'nin 8., 9. ve 10 maddeleriyle 4 No'lu Protokol'ün 2. maddesindeki ilkeleri ihlal etmektedir.⁴³ Aynı şekilde divan, *Johnston, Wachauf ve ERT* kararlarında AİHS'ye açıkça göndermede bulunmuştur.⁴⁴

ATAD, AİHS sistemine kapı aralayarak, topluluk antlaşmalarında yer verilen üye devletlerin daha önceki taraf oldukları uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükleriyle bağlı oldukları normunu dayanak noktası yapmıştır. ATAD tarafından hükme bağlanan çok sayıda uyuşmazlık içerisinde, sadece birkaç hükümle AİHS, somut olarak topluluk hukukunun bir parçası konumuna getirilmiştir. Örneğin divan, *Hauer* davasında AİHS 1 No'lu Protokol'de düzenlenen hakkı, topluluk hukuku sınırlamalarına konu olur biçimde kabul ederek, yani bu maddede düzenlenen mülkiyet hakkının AİHS'de olduğu gibi topluluk hukukunda da sınırlamalara tabi olduğunu belirterek, topluluk hukukunun içerisinde değerlendirmiştir.

Bununla birlikte, Adalet Divanı'nın temel hakların korunması bağlamında AİHS'yi referans göstererek kabul ettiği yorumlar, bazı durumlarda AİHM'nin yorumlarıyla tamamen örtüşmemekte, iki mahkeme arasında doğal olarak, topluluk hukukunun niteliğinden kaynaklanan birtakım içtihat farklılıkları bulunmaktadır.⁴⁵

Yukarıdaki karar örnekleri ve açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda; ATAD'nin, AİHS'yi ve AİHM kararlarını *destekleyici norm* olarak ele aldığı ortaya çıkmaktadır. AB'nin henüz resmî olarak

⁴³ Tangör Burak, “AB'de AİHS”, *Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, cilt 3, Sayı 1, Ankara 2001, s. 240.

⁴⁴ Tezcan, a. g. e., s. 216.

⁴⁵ Tezcan, a. g. e., s. 219.

AIHS'yi tanımaması ve ATAD-AİHM arasında içtihat farklılıklarının görülmesi bunu desteklemektedir. Ancak, devam eden süreçte, bir yandan AIHS'nin birlik tarafından tanınması çalışmaları hızla devam ederken, diğer yandan da ATAD'nin AIHS'ye ve AİHM kararlarına yaptığı atıflardaki artış dikkate alındığında; AIHS'nin yakın gelecekte ölçü norm olarak da kullanılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

SONUÇ

AB oluşum süreci ve tüm bu kurucu antlaşmaları göz önünde bulundurduğumuzda; hiç şüphesiz çok önemli adımlar atılmış, büyük mesafeler kat edilmiştir. Bununla beraber Birliğin her daim üzerinde durup vurguladığı, ancak vicdani ve insani duygulardan ziyade; siyasi ve ekonomik amaçlarla hareket edilmesi nedeniyle her seferinde bir adım daha geriye gidildiği insan hakları politikasının, 1980'lerden, 1990'lardan çok daha geride olduğu söylenebilir. Aslında pek çok çarpıcı gelişme de bunu gözler önüne sermektedir. AB, çoğu ülkeyi eleştirip demokrasi dersi verirken kendi içerisindeki aksaklıkları görmezden gelmektedir. Türkiye de, yaşadığı sıkıntılı dönemler dikkate alınrsa bu konudan en çok muzdarip olan ülkelerden birisidir. Türkiye'nin AB üyelik sürecinde önüne çıkan en önemli engel; insan hakları ve azınlıkları koruyucu mekanizmaların zayıflığıdır. Türkiye şu anda BM'nin tüm temel insan hakları sözleşmelerine taraftır. Nitekim AIHS ek protokolüyle kaldırılan ölüm cezaları, 2004 Anayasa değişiklikleriyle tamamen bertaraf edilmiştir. İnsan hakları eğitim projeleri başlatılmış, hatta bu çalışmaları yakından izlemek amacıyla proje izleme grubu oluşturulmuştur. Yine, illerde ve ilçelerde insan hakları kurulları kurulmuştur. TBMM bünyesinde de İnsan Hakları İnceleme Komisyonu oluşturulmuştur. Tüm bunlar önemli gelişmelerdir ancak, Türkiye'de her gün yaşanan olayları göz önünde bulundurduğumuzda; bu çalışmaların ne derece etkili olduğu kuşkuludur.

AB'nin kendi içerisindeki çelişkileri şu örneklerle ifade etmek istiyorum: Birlik içerisinde yer alan ülkeler kendi içlerinde gerçekleştiremedikleri katı politikaları üye olacak devletlere uygulama yoluna gitmektedirler. Sözelimi; Fransa 1945'te Cezayir'le ciddi hak ihlalleri iddialarına dayanan olaylar yaşamıştır. Türkiye'nin 1915-1917 yıllarında soykırım yaptığından kuşku duyanların suçlu sayılmasını isteyen yasa tasarısını gündeme getiren Fransız Parlamentosu söz konusu Ce-

zayir olayında sessiz kalmayı tercih etmiştir. Yine, Almanya'daki bazı eyaletlerde birtakım Türkçe kelimelerin kullanılması yasaklanmıştır. Soykırım iddialarının gündemde olduğu dönemlerde Hollanda'da bazı Türk vatandaşlarının pek çok işlemlerinin geçiştirildiği ifade edilmektedir. Bu örnekleri arttırmak mümkündür. Devletlerin yasalarında eşitlik ilkesi açıkça düzenlenmiştir ve bu ilkeye göre dil, din, ırk ayrımı ve benzeri ayrımcılıklar söz konusu olmaksızın herkes haklardan açık bir şekilde istifade eder. Günümüzde sıkça gündeme getirilen etnik gruplaşmalar, bu ilkeyi zedelemekten başka bir amaca hizmet etmemektedir. Ülke yeterince açıktır. Böyle bir gruplaşmayı, bu ilkelerin amacından uzaklaşarak yorumlamak; siyasi kaygılarla hareket eden ve bölücülükler yol açmak isteyen grupların eylemleridir.

AB hukukunda insan haklarının korunması noktasında, kurumsal, siyasal ve yargısal yapılanmalarda önemli gelişmeler sağlanmıştır. Her ne kadar AB kurucu antlaşmalarından Paris ve Roma antlaşmalarında, insan hakları kavramı önemini bulamasa da, daha sonra imzalanan antlaşmalar çerçevesinde insan hakları ön planda tutulmuş ve geniş bir platformda koruma altına alınmıştır. Aynı şekilde, Birliğin siyasi mekanizmalarından olan konsey, komisyon ve parlamento bünyesinde düzenlenen belgelerde de insan haklarının önemi vurgulanmıştır.

Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin, 1950'de Roma'da imzaladıkları ve 1953'de yürürlüğe giren "AİHS", hiç şüphesiz dünyada insan hakları alanında düzenlenmiş mevcut sözleşmelerin en etkili ve en gelişmiş olanıdır. Ne var ki AB, AİHS'yi ne olduğu gibi bünyesine dahil etmiştir, ne de AİHS'nin güvence sistemini uygulamıştır. Yine de insan haklarını ilgilendiren sorunlarda AİHS'yi kendine referans yapmıştır.

AB'de, temel hakların korunması noktasında geliştirdiği içtihatlarla dikkat çeken en önemli birim, "ATAD"dır. ATAD tarafından geliştirilen korumaya yapılan en büyük eleştiri, bu korumanın sistematik olmadığı, Adalet Divanı'nın önüne gelen davalara göre bu korumanın bir gelişim gösterdiği yönündedir.

Benzer bir eleştiri, temel haklara ilişkin topluluk çapında bir temel haklar katalogunun bulunmamasıyla ilgili olarak yapılmaktadır. Yani, vatandaşlar sahip oldukları hakları başlangıçta bilmemektedirler. Aynı şekilde, kurumlarda riayet etmekle yükümlü oldukları hakları önceden bilememektedirler. Dolayısıyla, başlangıçta sorun çıkmaması engellenememekte, ancak sorun çıktıktan sonra, Adalet Divanı'nın

sonradan bir müdahalesiyle sorun çözülmeye çalışılmaktadır. Bu defa, temel hakların korunması için her defasında Adalet Divanı'nın müdahalesi mi gerekli sorusu haklılık kazanmaktadır.⁴⁶

Bir diğer ciddi eleştiri, topluluk üyesi olmayan üçüncü ülke vatandaşlarıyla ilgilidir. Bu kişiler AT Antlaşması'nın 230. maddesindeki genel ifadeden hareketle, topluluk organlarının kendilerini etkileyen işlemlerine karşı iptal davası açma hakkına sahiptirler. Ancak birtakım kısıtlayıcı unsurlar bu hakkın kullanılmasını adeta imkânsızlaştırmaktadır. Bu kişiler dava açsa bile, topluluk yargı organları önünde açtıkları davanın sonucundan memnun olmamaları hâlinde, bu kararı "AİHM" organları önüne götürmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla nedeni ne olursa olsun üçüncü ülke vatandaşları için de birtakım eksikliklerin bulunduğunu unutmamak gerekir.⁴⁷

AB, barışın korunmasında, uluslararası güvenliğin pekiştirilmesinde, demokrasi ile hukuk devletinin ve insan hakları ile temel özgürlüklerin daha da sağlamlaştırılmasında rol almaktadır. Temel çıkarlarını ve bağımsızlığını korumaya özen gösterirken, Avrupa'nın tarih boyunca katkıda bulunduğu insancıl ve evrensel değerlerden güç almaktadır.

⁴⁶ Tezcan, *a. g. e.*, s. 220.

⁴⁷ Özcan/Tezcan/YONA, *a. g. e.*, s. 420.

ŞEKLE BAĞLI SÖZLEŞMELERDE İMZA

Gülperi ELDENİZ*

GİRİŞ

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde sözleşmelerde şekil özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Buna göre sözleşmenin tarafları sözleşmenin kurulmasını sağlayan iradelerini diledikleri şekilde açıklayabilirler.¹ Borçlar Kanunu'nun buna ilişkin 11. maddesi; *"Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir. Kanunun emrettiği şeklin derecesi şümul ve tesiri hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz"* demek suretiyle sözleşmelerde şekil özgürlüğü ilkesini benimsemiştir. Hal böyle olunca, kişiler sözleşmelerini sözlü, adi yazılı, resmi yazılı şekilde yapma özgürlüğüne sahiptirler. Ancak madde bu özgürlüğün mutlak bir özgürlük olmadığını *"kanununda sarahat bulunan"* hallerde sözleşmenin geçerliliğinin bu şekilde yapılmasına bağlı olduğunu hükme bağlamıştır. Bir başka ifadeyle, yasa bir sözleşmenin şekle bağlı olmasını emredebilir. Kuşkusuz yasanın şekil koşulu aramadığı hallerde, taraflar da bizzat kendileri sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler.

Bu kısa açıklamamıza göre sözleşmelerin geçerlilikleri bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak taraflar yapacakları sözleşmenin yazılı şekle tabi olacağını kararlaştırabilecekleri gibi, yasa da bazı sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasını öngörebilir. Birinci halde anlaşmaya dayanan (iradi; rızai), ikinci halde ise yasaya dayanan (kanuni) şekilden söz edilir. Burada kısaca BK m. 11 de hükme bağlanan geçerlilik şekli ile ispat şekli arasındaki farka da değinelim; BK m. 11. hükmünün düzen-

* AÜHF Ticaret Hukuku Yüksek Lisans öğrencisi.

¹ Esener Turhan, *Borçlar Hukuku*, Ankara 1969, C. I, s. 168; Reisoğlu Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2005, s. 66.

lemesi geçerlilik şekliyle ilgilidir. Buna göre yasanın istisnai hallerde öngördüğü şekle uygun olmadan yapılan bir sözleşme geçersizdir. Nitekim aynı maddenin 2. fıkrası yasanın şekli aradığı hallerde bu şekle uygun olmadan yapılan sözleşmenin geçerli (sahih) olmayacağını belirtmektedir.

İspat şekli ise, bir hukuksal işlemle ilgili olarak taraflar arasında bir uyuşmazlık doğduğunda, hukuksal işlemin varlığı ya da ifası için aranan şekildir. Bu husus HUMK m. 288’de hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, değeri YTL olarak belirli bir miktarı aşan hukuksal işlemlerin varlığı ya da ifası gibi bir konuda uyuşmazlık doğduğunda “*senetle*” yani belgeyle ispat edilmesi gerekir. Burada sözleşmenin geçerli olup olmaması değil, varlığı ya da ifası gibi bir konuda bir uyuşmazlık doğduğunda iddia sahibinin bunu bir ispat aracıyla kanıtlaması söz konusudur. Yasa bunun ancak belgeyle kanıtlanabileceğini öngörmüştür.

Bütün bunlar dışında TTK’da kambiyo senetlerinde geçerlilik koşuluna yer verilmiştir. Bu koşullardan birisi kambiyo senedinin borç altına giren kişi tarafından imza edilmesidir.

İster geçerlilik ister ispat şekli isterse kambiyo senetlerinde imza önem taşımaktadır. Aşağıdaki açıklamalarımız bu üç kurum için de geçerlidir. Şöyle ki;

I. YAZILI ŞEKLE BAĞLI SÖZLEŞMELERDE İMZA

A. İMZA AŞAMASI

Yazılı geçerlilik şekline bağlı bir sözleşme iki aşamada gerçekleşir; birinci aşama taraf iradelerinin yazıya dökülmesidir, ikinci aşama ise imza aşamasıdır. Tarafları bağlayıcı aşama, imza aşamasıdır. Bu nedenle taraf iradelerinin kimin tarafından kaleme alındığı, yazıya döküldüğü önem taşımaz. Hazırlanan yazı yani metin imza edilmediği sürece sözleşme kurulmaz ve imza etmeyen kişi için bağlayıcı olmaz. İmza, bir şahsın yazılı bir beyanın kendisine ait olduğunu ve yazılı beyanda yer alan hususları kabul ettiğini, o şahsın kimliğini ortaya koymasını neticesinde gösteren bir işarettir.²

² Esener, s. 174, Tunçomağ Kenan, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 1965, C. I, s. 149, Eren Fikret, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 1988, C. I, s. 253.

B. EL İLE İMZA

1. El ile İmza Kuralı

BK m. 14 f. I imzanın ne ile atılması gerektiğine ilişkin kuralı *“İmza, üzerine borç alan kimsenin el yazısı olmak lazımdır”* demek suretiyle ortaya koymuştur. Bu hükme göre, imzanın el ile atılması gerekir. Yasa koyucu bu hükümle bir sözleşmede bağlanma iradesinin sözleşmenin tarafınca ortaya konulması bir başka ifadeyle o iradenin sahibinin ürünü olmasını aramıştır. Bunun sonucu olarak burada sözü edilen *“el ile”* ifadesini dar değil geniş yorumlamak gerekir. Önemli olan yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmede borç altına giren tarafın bağlanma iradesini imza dediğimiz bir işaretle ortaya koymasıdır. Bunun sonucu olarak *“elini”* kullanamayan bir kişinin ayak parmaklarını ya da ağzını kullanarak da imza atabilmesi mümkündür.

Yasa koyucu yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmede *“kimin imzasının”* aranması gerektiği sorusunu *“üzerine borç alan kimse”* şeklinde yanıtlamıştır. Buna göre, yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşmede, üzerine borç alan kimsenin imzası aranacaktır. Bu çözüm tarzı doğrudur. Zira yazılı geçerlilik koşulunun aranmasının sebebi, borç altına giren kişinin daha dikkatli ve düşünceli hareket etmesini sağlamak, gelişigüzel kararlar vermesini önlemektir. Bu amaçlar böyle bir sözleşmede borç altına girecek taraf için söz konusu olur. Örneğin: Kefalet sözleşmesi BK m. 484 gereğince yazılı geçerlilik şekline bağlıdır. Yasa koyucu kefilin başkasının borcu için bir risk üstlendiğini, bu nedenle bu konuda gelişigüzel kararlar vermemesini, daha dikkatli davranmasını ve düşünmesini aramıştır. Bunun sonucu olarak yazılı yapılması zorunlu olan kefalet senedinde imzası aranan kişi kefil olmalıdır. Alacaklının kefalet senedinde imzasının bulunmaması sözleşmeyi geçersiz hale getirmez.

2. Bir Alet Vasıtasıyla İmza

BK m. 14 f. I el ile imza kuralını koyduktan sonra 2. fıkrasında bu kuralın istisnasına yer vermiştir. Bu fıkra hükmüne göre; *“Bir alet vasıtasıyla vazolunan imza, ancak örf ve adetçe kabul olunan hallerde ve hususiyile çok miktarda tedavüle çıkarılan kıymetli evrakın imzası lazım geldiği takdirde kafi addolunur”*. Yasa koyucu istisnai hallerde el yerine bir alet vasıtasıyla imzaya ihtiyaç olabileceğini düşünerek bu hükmü getirmiştir. Bu hükme göre bir alet vasıtasıyla imza ancak *“örf ve adetini”* kabul ettiği

hallerde mümkündür. Yasa buna örnek olarak “*özellikle çok miktarda tedavüle çıkarılan kıymetli evraki*” vermiştir. Bu anlamda olmak üzere piyasaya sürülen çok sayıdaki şirket hisse senedinin el ile imzası imkansız ya da oldukça güçtür. Bu durumda imza bir alet vasıtasıyla atılabilir.

3. Elektronik İmza

Teknoloji, hukuk kurallarının da değiştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Borçlar Kanunu’nun kabul edildiği 1926 yılında bilgisayar teknolojisi bilinmemekteydi. Ancak günümüzde bilgisayar yaşantımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiş olup internet yoluyla haberleşme ve hukuksal işlemler yapabilme bir ihtiyaç haline dönüşmüştür. Yurtiçi ya da dışında iki kişi gerek geçerlilik şekline bağlı bir sözleşmeyi (örneğin: BK m. 162 gereğince yazılı geçerlilik şekline bağlı bir alacağın temlik sözleşmesi; 5846 sayılı yasanın 52. maddesi gereğince eserle ilgili yazılı geçerlilik şekline bağlı olan mali hakkın devri sözleşmesi) akdetmek isteyebilir ya da yazılı geçerlilik şekline tabi olmadığı halde ispat şeklini elde etmek isteyebilir. İşte bu ihtiyaçlar BK m. 14’te yer alan “*el ile imza*” kuralına önemli bir istisna getirmeyi gerekli kılmıştır. Bu ihtiyacı karşılamak üzere 23.01.2004 tarihinde 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Bu yasanın 3. maddesinde “*elektronik imza*” şu şekilde tanımlanmıştır; “*Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri*”. Aynı maddede elektronik imza sahibi ise; “*Elektronik imza oluşturmak amacıyla bir imza oluşturma aracını kullanan gerçek kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. 5070 sayılı yasa elektronik imzanın el ile atılan imza ile aynı hukuksal sonucu doğuracağını kabul etmiştir. Burada son olarak elektronik imzanın adi yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmeler için mümkün olduğunu, resmi yazılı şekle bağlı sözleşmelerin (örneğin; taşınmaz satımı ya da motorlu araç satımı) elektronik yolla ve elektronik imza ile mümkün olmadığını ifade edelim.

C. İMZANIN ŞEKLİ

Yasalarımızda imzanın şekli ile ilgili bir hüküm ve sınırlandırma mevcut değildir. Zira önemli olan imzanın şekli değil, borç altına giren kişinin bağlanma iradesini ortaya koyan bir işaret olmasıdır. Kişi imzasını inkar ettiğinde yapılacak teknik incelemede “*imza olarak kullanılan işaretin*” o kişinin el ürünü olup olmadığı araştırılacaktır. Yapılan

incelemede o işaretin o kişinin ürünü olduğu ortaya çıkarsa sözleşme o kişi için bağlayıcı olacaktır.

D. İMZA YERİ

Yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmelerde imzanın yeri konusunda yasada bir sınırlandırıcı hükme yer verilmemiştir. İmza genellikle yazılı sözleşmede metnin altına atılır.³ Ancak metnin diğer bir tarafına atılan imza da geçerlidir. İmzanın yeri borçlar hukukunda yazılı geçerlilik şekli bakımından önem taşımadığı halde, diğer hukuk dallarında önem taşıyabilir. Örneğin: Kambiyo senetlerinde senedin önyüzüne keşideci dışında atılan her imza aval hükmündedir.

II. GÖRME ENGELLİLER VE İMZA ATAMAYAN KİŞİLERDE İMZA

Görme engelliler ve imza atamayan kişiler, yazılı şeklin aranmadığı her türlü hukuksal işlemleri yapabilirler. Ancak yazılı şeklin arandığı hallerde, karşımıza imza atamayan kişilerin bu tür hukuksal işlemleri nasıl gerçekleştirecekleri sorunu çıkar. Yasa koyucu bunu göz önünde tutarak 14 ve 15. maddeleri getirmiştir. Şöyle ki:

A. GÖRME ENGELLİLER

1. 07.07.2005 Tarihine Kadar

Görme Engellilerin Yazılı Sözleşmeleri

BK m. 14 f. III görme engelli kişilerin yazılı geçerlilik koşuluna tabi bir sözleşmede nasıl imza atabileceklerini hükme bağlamıştır. Bu hükme göre; “Amaların imzaları usulen tasdik olunmadıkça yahut imza ettikleri zaman muamelenin metnine vakıf oldukları sabit olmadıkça onları ilzam etmez”. Bu hükümle amalar için yazılı geçerlilik koşuluna tabi bir sözleşmeyi yapabilmeleri için iki olanak getirilmiştir:

a. Onaylı İmza Kullanmaları

Görme engelli kişi imza atabilecek durumda olsa bile, yazılı geçerlilik koşuluna tabi sözleşme akdedemez. Yasa koyucu görme engelli bu kişilerin imza atabilecek durumda olsalar bile, imza ettikleri metni

³ Reisoğlu, s. 73, Eren, s. 260.

okuma olanağından mahrum olmaları nedeniyle suistimal edilmelerini önlemek istemiştir. Bu nedenle görme engelli kişinin imzasının usulüne uygun olarak onaylanmış olması gerekir.

b. Sözleşme Metninden Bilgi Sahibi Olduğunun Kanıtlanması

Görme engelli kişinin yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşme-deki imzası usulüne uygun olarak onaylanmamış ya da bu mümkün olmamışsa, bu sözleşmenin geçerli olabilmesinin ikinci yolu “görme engelli kişinin sözleşme metninden bilgi sahibi olduğunu kanıtlanmasıdır”. Örneğin, sözleşmeyi imza ederken, iki tanık hazır bulunmuşsa, sözleşme metninin görme engelliye okunduğuna bu kişiler tanıklık etmişse ve daha sonra görme engellinin bu metnin altına imza attığını da beyan ettikleri takdirde bu sözleşme geçerli olacaktır.

2. 07.07.2005 Tarihinden Sonra

Görme Engellilerin Yazılı Sözleşmeleri

BK m. 14 f. III hükmü 5378 sayılı “Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 50. maddesi ile 07.07.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Türk Borçlar Kanunu’nun kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu’nda böyle bir değişiklik yapılmamıştır. Bizde yapılan bu değişikliğin gerekçesi mevcut değildir. Ancak bu değişiklikle görme engelli kişilerin artık adi yazılı şekle bağlı sözleşmeleri yapmaları olanakları kaldırılmış olup bu kişilerin yazılı şekle bağlı bütün sözleşmeleri noterde yapabilmeleri kabul edilmiştir. Bu tarihten itibaren görme engelli kişinin adi yazılı şekle bağlı olan alacağın temliki, kefalet gibi bir sözleşmeyi ancak noterde yapması mümkün olacaktır. Bu değişiklik yapılırken BK m. 14 f. III hükmü yerine 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 73 ve 75. maddelerine görme engellilerin yapacakları yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmelere ilişkin hükümler eklenmiştir. Hal böyle olunca, Noterlik Kanunu’nun 5378 sayılı yasa ile değiştirilen 73. maddesi şu şekli almıştır; “Noter, ilgilinin işitme, konuşma veya görme özürlü olduğunu anlarsa, işlemler özürünün isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin işitme veya konuşma özürlü olması ve yazı ile anlaşma imkanının da bulunmaması halinde,iki tanık ve yeminli tercüman bulundurulur”. Bu hüküm imza atabilen görme engelliler için getirilmiştir. İmza atamayan görme engelliler için 75. madde hükmü getirilmiştir. Görme engelli

kişi imza atabiliyorsa, 73. madde uyarınca, bu kişinin isteğine bağlı olarak noter yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşme için iki tanık bulunduracaktır. Görme engelli talep ettiği halde iki tanık bulundurulmadan yapılacak sözleşme geçersiz olacaktır. Noterlik Kanunu'nun 5378 sayılı yasa ile getirilen 75. maddesinin II. fıkrası ise şu şekli almıştır; *"İmza yerine işaret, mühür veya parmak izi kullanılması. Bir noterlik işleminde imza atılmış veya imza yerine geçen el işareti yapılmış olmasına rağmen, ilgilisi ister veya adına işlem yapılan ve imza atabilen görme özür-lüleri hariç olmak üzere noter veya işlemin niteliği, imzayı atan veya el işare-tini yapan şahsın durumu ve kimliği bakımından gerekli görürse, yukarıdaki fıkradaki usul dairesinde ilgili, tanık, tercüman veya bilirkişinin parmağı da bastırılır. Mühür kullanılması halinde parmağın bastırılması zorunludur"* Burada imza atamayan görme engellilerinin yazılı geçerlilik koşuluna bağlı sözleşmeleri söz konusudur. Maddede bu kişiler için yapılacak işlemlerde iki tanık bulundurulması zorunlu hale getirilmiştir. Görme engelli kişi istesin ya da istemesin bu durumda sözleşmenin geçerliliği iki tanık bulundurulmasına bağlıdır.

B. İMZA ATAMAYANLAR

Buraya okuma yazma bilmedikleri ya da bedensel özürlü oldukları için imza atamayan kişiler girerler. BK m. 15 bu kişiler için şu hükümü getirmiştir; *"İmza vaz'ına muktedir olmayan her şahıs, imza yerine usulen tasdik olunmuş ve el ile yapılmış bir alamet vazetmeğe yahut resmi bir şahadetname kullanmağa mezundur. Kambiyo poliçesine müteallik hükümler mahfuzdur"*. Yasa bu hükmüyle imza atamayan kişilerin geçerlilik şekline bağlı sözleşmeleri nasıl yapacaklarını düzenlemiştir. İmza atamayan kişilerin bu tür sözleşmeleri yapabilmeleri için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

1. Kişinin İmza Atamaması

BK m. 15 hükmü imza atamayanlar için getirilmiştir. İmza atabilecek kişilerin bu hükümden yararlanması düşünülemez. Buna göre imza atabilecek bir kişinin, imza yerine geçmek üzere bu maddede öngörülen usulüne uygun olarak onaylanmış ve el ile yapılmış bir işareti ya da resmi bir şahadetnameyi kullanması mümkün değildir. Zira BK m. 14 f.I hükmü açık bir biçimde *"el ile imza"* kuralını öngörmüştür. Bu kuralın istisnası ancak 15. maddedeki sınırlı koşullarda mümkündür.

2. İmza atamayan Kişinin El ile Yapılmış ve Usulüne Uygun Olarak Onaylanmış Bir İşaret Kullanması

a. İmza atamayan kişinin imza yerine geçmek üzere herhangi bir işaret kullanması mümkün değildir. Bu işaretin el ürünü olması zorunludur. El ürünü olan bu işaret bir madde üzerine yapılmalıdır. Örneğin, bir gümüş madeni parçanın üzerine kazılmış olan işaret.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) "el ile yapılmış işaret" kavramı yerine "el ile yapılmış bir işaret veya mühür"den söz etmektedir (m. 297). Buna göre imza atamayan kişi el ile yapılmış bir işaret veya mühür kullanabilir. Mühür bizzat imza atamayan kişi tarafından değil, bir başkası tarafından kazılmış olan bir işarettir. Buna göre imza atamayan kişi bizzat kendi el ürünü olan bir işareti imza yerine geçmek üzere kullanabileceği gibi, başkası tarafından kazılmış mührü de imza yerine geçmek üzere kullanabilir.

b. Borçlar Kanunu imza atamayan kişinin imza yerine geçmek üzere el ile yapılmış her işaretini kabul etmemiştir. Bu işaretin "usulüne uygun olarak onaylanmış" olması koşuluna yer vermiştir. El ile yapılmış işaret ya da mühür noter tarafından daha önceden onaylanmış olmalıdır.

Bu iki koşul birlikte gerçekleştiğinde imza atamayan kişi yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşmeyi yapabilecektir. Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da imza atamayan kişinin el ile yapılmış ve usulüne uygun olarak onaylanmış bir işaret yerine parmak izini kullanarak yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşme yapıp yapamayacağıdır? Öğretide parmak izinin de imza yerine geçmek üzere kullanılabilmesinin BK m. 15'deki koşulları gerektirdiği kabul edilmektedir.⁴ Buna göre imza atamayan kişinin parmak izini daha önceden noterde onaylatmış olması kaydıyla imza yerine kullanması mümkündür. Tapu Sicili Tüzüğü (TST) taşınmazlarla ilgili olarak tapuda yapılan resmi işlemlerde parmak izini imza yerine geçmek üzere usulüne uygun olarak daha önceden onaylanmış olması koşulunu aramadan kabul etmektedir. Bu tüzüğün 18. maddesi şu hükmü içermektedir: "Taraflardan biri veya birkaçı imza bilmiyorsa, sol elin başparmağı, yoksa diğer parmaklardan biri ilgili belgeye bastırılır ve hangi parmağın bastırıldığı

⁴ Tekinay, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 1988, s. 160; Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Ankara 2007, s. 87.

yazılır. Mühür kullanılması halinde parmağın da bastırılması zorunludur” Görüldüğü gibi TST tapuda yapılacak olan işlemlerde imza atamayan kişiler için parmak izini kullanabilme olanağı getirmiş olup, bunun için parmak izinin daha önceden noterde onaylatılmış olması koşuluna yer vermemiştir. Tüzük bu konuda daha da ileri giderek, imza atamayan kişilerin usulüne uygun olarak onaylattıkları mühür olsa bile, mühür yanında parmak izinin de alınmasını şart koşturmuştur. Noterlik Kanunu’nun 75. maddesinin 1. fıkrası da noterlerde yapılan resmi işlemlerde imza atamayan kişilerin imzası yerine geçmek üzere parmak izinin alınabileceğini hükme bağlamıştır.

3. İmza Atamayan Kişinin Resmi Şahadetname Kullanması

Maddede sözü edilen “resmi şahadetname”den kasıt, resmen belgeleme ya da resmen onaylatmadır. Burada imza atamayan kişi yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşmeyi resmi memura sözlü olarak anlatmakta bu anlatımlarını resmi memur imzalamakta ve onun iradesine uygunluğunu onaylamaktadır.

4. Hukuksal İşlemin Kambiyo Senetleriyle İlgili Olmaması

BK m. 15 “Kambiyo poliçesine ilişkin hükümler mahfuzdur” hükmünü getirmiştir. Borçlar Kanunu’nun saklı tuttuğu poliçelere ilişkin düzenleme TTK’da yer almaktadır. Poliçelerle ilgili olarak TTK m. 668 şu hükmü getirmiştir; “Poliçe üzerindeki beyanların el yazısı ile imza edilmesi lazımdır. El yazısı ile olan imza yerine mihaniki herhangi bir vasıta veya el ile yapılan veyahut tasdik edilmiş olan bir işaret yahut resmi bir şahadetname kullanılamaz. Amaların el yazısı ile imzalarının usulen tasdik edilmiş olması lazımdır” Görüldüğü gibi Türk Ticaret Kanunu’nu poliçelerin mutlaka el ile imza edilmesi koşulunu getirmiş, imza atamayan kişilerin BK m. 15’te olduğu gibi el ile yapılmış bir işaret yahut resmi bir şahadetname kullanmalarına imkan tanımamıştır.

HAKSIZ FİİL TAZMİNATININ TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN İŞLEMENE BAŞLAMA ANI

Fatma Burcu SAVAŞ*

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen borç kaynakları; sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olmak üzere üç tane olmakla birlikte; kanundan doğan borçlar da bulunmaktadır.

Haksız fiiller, Borçlar Kanunu'nun (BK) 41 ila 60. maddelerinde düzenlenmektedir. BK'nın 41. maddesinin 1. fıkrası uyarınca;

"Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye zarar veren şahıs bu zararın tazminine mecburdur".

Söz konusu düzenleme uyarınca, haksız fiil sorumluluğunun dört unsuru bulunmaktadır.¹

* Arş. Gör., Bahçeşehir Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Söz konusu unsurlardan zarar ve illiyet bağı genel nitelikli iken; hukuka aykırı fiil ile kusur unsurları haksız fiil sorumluluğuna özgü unsurlardır. Bkz., Tercier, Pierre, *le Droit des Obligations*, Zurich 1999, s. 233.

Söz konusu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2006, s. 140-155; Tekinay, Sulhi Selahattin / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 474-576; Akıntürk, Turgut, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 2005, s.77-83; Kaplan, İbrahim, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*, Ankara 2001, s. 123-131; von Tuhr, Andreas, *Borçlar Hukuku 1-2*, Ankara 1983, s. 361-382, (Çev. Cevat Edege); Beyazyüz, Selçuk / Zapata, Tan Tahsin, *Borçlar Hukuku*, Ankara 2005, s. 63-76; Saymen, Ferit H. / Elbir, Halid K., *Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, C. I, İstanbul 1958, s. 373-481; Oğuzman, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2005, s. 483-535; Gökcan, Hasan Tahsin, *Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Ankara 2003, s. 21-35; Uçakhan Güleç, Sema, *Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması*, Ankara 2002, s. 129-147.

Bu unsurlar; hukuka aykırı fiil,² zarar, kusur³ ve illiyet bağıdır.⁴

Maruz kaldığı haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan kişinin, kanunda öngörülen ispat şartlarını gerçekleştirmek ve zamanaşımı süresine riayet etmek suretiyle bu zararını tazmin ettirmesi mümkündür. Ancak haksız fiilden doğan tazminat davasının tabi olduğu zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren işlemeye başladığının tespiti her zaman kolay olmamakta, bu nedenle zamanaşımı süresinin geçmesinden sonra yargı yoluna başvurulması söz konusu olabilmektedir. Bu durumda da açılan tazminat davası, karşı tarafça zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi ihtimalinde reddedilmekte ve kişi bir kez daha mağdur konumuna düşmektedir.

Söz konusu çalışmamızda; haksız fiilden doğan tazminat davası ile zamanaşımı kavramına genel olarak değinildikten sonra, tazminat davasının her iki tarafı için de büyük önem arz eden haksız fiilden doğan tazminat davasının tabi olduğu zamanaşımı süresi ile bu sürenin başlangıç kriterleri çeşitli ihtimaller dahilinde, Türk ve İsviçre mahkeme kararlarına da yer verilerek irdelenecektir.

² Maddede kapsamı açıklanmamakla birlikte, hukuka aykırı fiili; hukuk düzeninin kişilerin malvarlığını veya şahıs varlığını korumaya yönelmiş kurallara aykırı fiil olarak tanımlamak mümkündür. Bununla birlikte kamu kudretinin kullanılması, özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması, zarar görenin rızası, bilimsel eleştiriler, meşru savunma, zorunluluk hali, kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma, üstün kamu yararının bulunması, üstün özel yarar bulunması halleri fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran hallerdir.

³ Borçlar Kanunu'nda kural olarak kusur prensibini benimsendiğinden; haksız bir fiille başkasına zarar veren kişinin kusurlu olması gerekmektedir. Ancak kusur ilkesinin mutlak kabulü, her zaman adalete ve toplumsal düşüncelere uygun sonuçlar meydana getirmedeğinden; kanun koyucu "kusursuz sorumluluk" başlığı altında kusuru bulunmasa bile bazı kişilerin de haksız fiil sonucu meydana gelen zarardan sorumlu olabileceğini düzenlemiştir. Fakat kusursuz sorumluluk hallerinde de kusur dışında haksız fiil sorumluluğunun diğer şartları olan haksız fiil, zarar ve illiyet bağının varlığı şarttır.

⁴ Haksız fiil ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bir diğer deyişle, söz konusu haksız fiilin genel hayat tecrübesine, olayların normal akışına göre böyle bir zarara sebep olabilmesi, meydana gelen zarar ile arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunması ve söz konusu illiyet bağının kesilmemiş olması gerekmektedir. Nitekim mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru veya eylemi, mağdurun kusuru veya eylemi illiyet bağını kesen sebepler olarak nitelendirilmektedir.

I. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN DAVA: TAZMİNAT DAVASI

Bir haksız fiil sonucu zarara uğrayan kişinin, uğradığı zararın tazminini talep etmesi mümkündür. Her ne kadar tazminat alacağı zararın meydana gelmesi ile doğsa da tazminatın tarzı ve miktarı iki şekilde belirli hale gelmektedir.

İlk hal, tazminatın belirlenmesi hususunda tarafların anlaşmasıdır. Söz konusu anlaşma, sözleşmelere ilişkin kurallara tabi olup; geçerliliği için şekil şartı öngörülmemiştir.

Tarafların tazminatın tarzı ve miktarı hususunda anlaşamadıkları takdirde ise; zarar gören kişinin başvuracağı yol olan ikinci hal; kanunda öngörülen zamanaşımı süresi içinde tazminat davası açmaktır. Bu durumda hakim karar ile tazminatın tarzı ve miktarı belirli hale gelmektedir.⁵ Söz konusu durumda tazminat davasının konusunu teşkil eden tazminat alacağının mahiyeti ile zamanaşımı kavramları ön plana çıktığından; söz konusu hususların da ana hatları ile ortaya konmaları gerekmektedir.

A. Tazminat Alacağının Mahiyeti

Bir eda davası olan tazminat davasının konusu; haksız fiilden sorumlu olan kişi veya kişilerin mağdurun uğradığı maddi veya manevi zararı tazmine mahkûm edilmesidir. Bir zararın tazmini aynen ya da nakden olmak üzere iki tarzda mümkün olmaktadır. Türk hukukunda hükmedilecek tazminatın türünün belirlenmesi hakim takdirine bırakılmış bir husustur. Bu nedenle dava, nakdî tazminata ilişkin olsa bile hakim aynen tazmine hükmetmesi veya bu durumun aksi mümkündür. Nakdi tazminata ya bir defada toptan verilecek bir miktar para şeklinde ya da aylık, üç aylık gibi iratlar şeklinde hükmedilebilmektedir. Hükmedilecek tazminatın en yüksek haddini ise; uğranılan zarar teşkil etmektedir.

Tazminat alacağı bir alacak hakkıdır ve dolayısıyla da nisbi bir haktır. Bu nedenle tazminat alacağı ancak belli bir kişiye veya belli kişilere karşı ileri sürülebilmektedir. Nitekim tazminat davasında davalı, haksız fiilin yol açtığı zararı tazminle yükümlü kişidir. Bir diğer deyişle davalı, haksız fiili işleyen kişi olabileceği gibi bu kişinin fiilin-

⁵ Oğuzman / Öz, s. 537.

den kanunen sorumlu olan kişi de olabilmektedir. Eğer birden çok sorumlu varsa; davanın müteselsil sorumlulardan birine, birkaçına veya hepsine karşı açılması mümkündür. Sorumlunun ölmesi halinde ise; tazminat yükümlülüğü mirasçılara geçmektedir.

Maddi tazminat davasında davacı konumunda, haksız fiilden zarara uğradığını iddia eden kişi, bu kişinin cüzi veya külli halefleri yer alabilmektedir. Maddi tazminat davası açma hakkı malvarlığını ilgilendirdiğinden; zarara uğrayan kişi bu hakkını başkasına temlik edebilmekte ve ölmesi halinde de söz konusu hak, mirasçılara geçebilmektedir. Buna karşılık Medeni Kanun'un 25. maddesinin 4. fıkrasında da belirtildiği üzere manevi tazminat isteme hakkının ancak karşı tarafça kabul edildiğinde devredilmesi ve miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olduğunda mirasçılara geçmesi mümkündür. Manevi tazminat talebinin sorumlu kişinin kabul etmesi sonucu başkasına devredilebilmesinin nedeni; tazminat talebinin tarafların anlaşmalarından sonra bu anlaşmaya dayanan bir alacağa dönüşmesidir. Sorumlu kişi bu anlaşmadan doğan borcu, alacak temlik edilmişse alacağı devralan üçüncü kişiye ödeyecektir. Borcun ifa edilmemesi ihtimalinde ise; alacaklı konumundaki kişinin açacağı dava tazminat davası değil, borcun ifası davası olacaktır.⁶

Kural olarak sadece doğrudan zarara uğrayanların dava hakkı olmakla beraber; hukuka aykırılık bağının bulunduğu hallerde yansıma zarara uğrayanların da tazminat isteme hakları mevcut olmaktadır. Nitekim haksız fiil sonucu kişinin ölmesi halinde, ölenin desteğinden yoksun kalanlara bu yansıma zararları için tazminat isteme hakkı tanınmıştır. Haksız fiilden zarar görenin tüzel kişi olması durumunda ise; tazminat davası yetkili organı tarafından tüzel kişi adına açılacaktır.

B. Zamanaşımı Kavramı

Genel olarak, kamu düzeni ile kamu menfaati nedeniyle kanunda öngörülen⁷ ve özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, belli bir sürenin geçmesi ile alacağa bağlı dava açma hakkını felce uğratan bir kurumdur.⁸

⁶ Bkz., Oğuzman / Öz, s. 689.

⁷ Oftinger, Karl / Jeanpetre, Raymond, *Borçlar Kanunu'nun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları*, Ankara 1990, s. 248-249, (Çev. Kemal Dayınlarlı).

⁸ Tercier, s. 197; Werro, Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2005, s. 354.

Her ne kadar BK'nın 3. babında borcu sona erdiren sebeplerden biri olarak düzenlense de zamanaşımı, borcu sona erdiren değil; borcun dava yolu ile elde edilebilme olanağını ortadan kaldıran bir sebeptir.⁹ Bu nedenle söz konusu düzenleme şekli doktrinde eleştirilmektedir.

Bu niteliği itibari ile zamanaşımı, tazminat davasında davalı olarak yer alan borçlu açısından bir savunma aracı teşkil etmektedir. Davalı, zamanaşımı def'ini ileri sürerek ve söz konusu durumu ispatlayarak; davacının alacak hakkının doğmuş olduğunu, ancak bu hakkın zamanaşımına uğradığı için edimi ifa etmek zorunda olmadığını ifade etmekte ve böylelikle davanın reddini sağlamaktadır.¹⁰ Bununla birlikte, eğer davalı zamanaşımı def'ini ileri sürmezse; hakim bu durumu re'sen nazara alamayacak ve şartlar mevcutsa tazminata hükmedecektir. Ayrıca sorumlu kişinin haksız fiilden doğan zararı kendiliğinden ödemesi sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyeceği için; ödediği parayı geri isteyemeyecektir.

II. HAKSIZ FİİL TAZMİNATININ TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRELERİ VE BU SÜRELERİN BAŞLAMA ANI

A. Genel Olarak

1. Borçlar Kanunu Düzenlemesi

Haksız fiilden doğan tazminat davasının tabi olduğu zamanaşımı süreleri; BK m. 60. maddede düzenlenmektedir. Tazminat ilişkisinden doğan talepler, hukuki nitelikleri itibariyle alacak hakkı teşkil etseler de; kanun koyucu, bunların tabi oldukları zamanaşımı süresini alacak

⁹ Karacabey, Ö. Faruk, "Haksız Fiillerde Zamanaşımı", *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ekim 1978, C. 4, S. 4, s. 483; Tutumlu, Mehmet Akif, *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*, İstanbul 1991, s. 6; Gürbüz, Metin, *Beden Tamlığının İhlali (Sakatlık) ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini*, Ankara 2001, s. 164.

¹⁰ Bununla birlikte, davalının zamanaşımı def'ini ileri sürmesinin Medeni Kanun'un 2. maddesine aykırılık teşkil etmemesi, yani her hak gibi bunun da kötüye kullanılmaması gerekmektedir. Kötüye kullanma ancak açıkça görüldüğü takdirde; hakim tarafından re'sen engellenmeli ve söz konusu suiistimale karşı çıkılmalıdır. Açıkça kötüye kullanmadan anlaşılması gereken; mantıklı olarak ve objektif bir kıstasa göre değerlendirildiğinde; borçlunun tutumuyla alacaklının dava açmamasının anlaşılır görünmesidir. Bkz., Oftinger / Jeanpetre, s. 249-251.

haklarına ilişkin zamanaşımı süresini düzenleyen BK m. 125-140. maddede hükümlerinden ayırarak, özel olarak düzenlemiştir. Bununla birlikte bu ayrık durum, sadece süreler ve bunların başlama anlarına ilişkin olup; zamanaşımının durması, kesilmesi, sürelerinin hesabına ilişkin konular gibi hususlarda zamanaşımına ilişkin genel düzenlemeleri teşkil eden Borçlar Kanunu'nun 125-140. maddeleri, İsviçre Borçlar Kanunu'nun da 127-142 maddeleri uygulanmaktadır.¹¹

Söz konusu madde sadece BK m. 41-60'da düzenlenen kusura dayalı ya da kusursuz sorumluluk hallerine değil; özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş olması kaydıyla BK'nın diğer maddelerinde ve başka kanunlarda düzenlenen haksız fiillere de uygulanan bir düzenlemedir.¹²

60. maddenin ilk iki fıkrası;

“Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ittilai tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz.

Şu kadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur” şeklindedir.¹³

¹¹ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2006, s. 794; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002, s. 321; Deschenaux, Henri / Tercier, Pierre, *la Responsabilité Civile*, Berne 1982, s. 205; Werro, s. 355.

¹² Karacabey, s. 484-485; Tutumlu, s. 23; Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 1969, s. 320; Gürkanlar, Metin, *Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu* (BK m. 50), Ankara 1982, s. 116; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 1976, s. 708; von Tuhr, s. 386-387.

Nitekim özel kanunlarda haksız fiil nedeniyle tazminat alacağının bir yıldan daha uzun (Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesi maddi tazminat talepleri bakımından iki yıllık bir süre öngörmüştür) veya daha kısa (Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142. maddesi karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgiliye tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabileceğini öngörmektedir) olarak tayin edildiği haller de bulunmaktadır. Bkz., Kılıçoğlu, s. 322-323.

¹³ İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin zamanaşımını düzenleyen 60. maddenin ilk iki fıkrasının fransızca metni:

“L'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du

Görüldüğü üzere 60. maddede haksız fiillerle ilgili olarak normal, azamî ve istisnai olmak üzere üç kategori süre öngörülmektedir. Zarar görenin faili ve zararı öğrenmesinden itibaren işlemeye başlayan bir yıllık süre; oldukça kısa ve nisbi niteliklidir. On yıllık azamî zamanaşımı süresi ise; objektif nitelikli bir şart olan haksız fiilin meydana gelmesinden itibaren işlemeye başlamaktadır. İstisnai nitelikli ceza zamanaşımı süresi ise; zarar verici fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi ve bu fiil için ceza kanununun daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmesi şartları gerçekleştiğinde devreye girmektedir. Bununla birlikte söz konusu maddede öngörülen süreler BK m. 127. maddesinde “işbu üçüncü bapta tayin olunan zamanaşımı süreleri sözleşme ile değiştirilemez” şeklinde düzenlenen zamanaşımı sürelerinden olmadıklarından; tarafların anlaşmaları ile uzatılmaları veya kısaltılmaları mümkündür.¹⁴

2. Borçlar Kanunu Tasarısı Düzenlemesi

BK'nın 60. maddesini karşılayan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın “E. Zamanaşımı /I. Kural” kenar başlıklı 77. maddesi iki fıkradan oluşmaktadır. Tasarı'nın 77. maddesinin 1. fıkra düzenlemesi;

“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazmin yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır” şeklindedir.

Görüldüğü üzere tasarıda, bir yıllık zamanaşımı süresi yetersiz bulunması nedeniyle iki yıla çıkartılmış ve söz konusu sürenin başlangıcı ileride değinilecek olan doktrindeki eleştirilerin¹⁵ dikkate alınma-

dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit.

Toutefois si les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile” şeklinde olup; aynı düzenlemedir.

¹⁴ Eren, s. 794.

İsviçre Hukuku'nda da, “bu bapta tayin olunan zamanaşımı süreleri sözleşme ile değiştirilemez” şeklindeki 129. madde düzenlemesi 60. maddede düzenlenen zamanaşımı sürelerine uygulanmadığından; söz konusu sürelerin tarafların anlaşmaları ile uzatılması veya kısaltılması mümkündür. Bkz., Deschenaux / Tercier, s. 200; Werro, s. 358.

¹⁵ Bkz., Bölüm. II.B.1.b.

sı suretiyle zarar görenin tazminat yükümlüsünü ve zararı öğrenme anı olarak düzenlenmiştir. Yirmi yıl olarak tespit edilen azamî sürenin başlama anı olarak ise “*filin işlenme tarihi*” belirlenmiştir. Söz konusu düzenlemede “*zarara müstelzim fil*” yerine sadece “*fil*” ifadesi kullanılmıştır. Bunun nedeni ise; Yargıtay’ın depreme ilişkin kararlarında¹⁶ yer alan haksız fiilin “*zarar*” unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklindeki yorumunu uygulama dışı bırakmaktır. Bu nedenle kısa kabul edilen on yıllık süre yerine yirmi yıllık süre öngörülmüştür.¹⁷

B. Başlangıç Kriterlerinin Özel Olarak İrdelenmesi

1. Normal Süre (Bir Yıllık Süre) ve Başlama Anı

Bir yıl gibi kısa bir zamanaşımı süresinin kabul edilmesinin nedeni; hukuka aykırı fiillerden dolayı zarara uğrayan kişinin bir an önce mağduriyetten kurtulmasının sağlanması ve haksız fiile dayanarak oluşturulacak kanıtların önceden hazırlanmasının ve uzun süre korunmasının güç olmasıdır.¹⁸

BK’nın 60. maddesinin 1. fıkrası zarar gören lehine bir düzenleme öngörmekte¹⁹ ve bir yıllık zamanaşımı süresinin zarar görenin, fail ve zararı öğrendiği andan itibaren işlemeye başlayacağını belirtmektedir.²⁰ Bu iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekmekte, sadece birinin öğrenilmesi zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için yeterli olmamakta²¹ ve hangi unsur daha sonra öğrenilirse; o tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlamaktadır.

¹⁶ Bkz., Bölüm, II.B.2.a.

¹⁷ Kuntalp, Erden / Barlas, Nami / Ayanoglu Morali, Ahu / Işintan Çavuşoğlu, Pelin / İpek, Mehtap / Yaşar, Mert / Koç, Sedef, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul 2005, s. 53.

¹⁸ Tutumlu, s. 23.

¹⁹ Feyzioğlu, s. 708.

²⁰ Sorumlu kişi ile zararın öğrenilmesi ile açılan davada, davacı tazminat alacağını bir kısmını dava etmiş ve geri kalan kısım için haklarını saklı tutmuş ise; dava dışı bırakılarak saklı tutulan kısım için zamanaşımı süresi işlemeye devam edecektir. Bkz., Kılıçoğlu, s. 323-324.

²¹ Kılıçoğlu, s. 323; Feyzioğlu, s. 708; Çelik, Ahmet Çelik, *Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı*, İstanbul 2004, s. 66.

a. Zarar Görene İlişkin Çeşitli İhtimaller

Şayet zarar gören bir tüzel kişi ise; tüzel kişi adına dava açmaya karar verme yetkisini haiz kişinin veya yetkili organın zarar vereni ve zararı öğrendiği tarihte zamanaşımı süresi işlemeye başlamaktadır.²² Örneğin; anonim şirketlerde zarar vereni ve zararı öğrenmesi önemli olan müdür değil, şirket adına dava açmak hususunda karar vermeye yetkili organ olan yönetim kurulu olduğundan; yönetim kurulunun zarar vereni ve zararı öğrendiği tarihte zamanaşımı süresi işlemeye başlamaktadır.²³

Öğrenmenin ne şekilde gerçekleştiği de önemli değildir, tüzel kişinin işlerinin yürütülmesi sırasında, özel olarak veya rastlantı sonucu öğrenme arasında bir fark bulunmamaktadır. Tüzel kişinin yetkili organı birden çok kişiden oluşuyorsa ve hiçbirinin tüzel kişiyi tek başına temsil yetkisi yoksa zamanaşımının işlemeye başlayabilmesi için bütün kişilerin faili ve zararı öğrenmesi gerekmektedir.²⁴

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.01.2002 tarihli, E. 2001/7668, K. 2002/68 sayılı kararı "*zarar görenin tüzel kişi olması durumunda zamanaşımının başlangıç tarihi, tüzel kişinin dava açmaya emir vermeye yetkili organının, başka bir deyişle, o makamı işgal eden kişi ya da kurulun durum hakkında bilgilenmesi ile başlar. Onlardan başka bir organın bilgi sahibi olması, tüzel kişilerin zararı ve zarar verenin kim olduğunu bilmesi anlamında değildir*" şeklindedir.²⁵

Zarara uğrayanın küçük veya kısıtlı olduğu durumda; mağdurun temyiz kudretine sahip olup olmadığına göre ikili bir ayırım yapılmalıdır. Eğer küçük veya kısıtlı temyiz kudretine sahip değil ise, bir diğer deyişle tam ehliyetsiz ise; hem maddi hem de manevi tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı süresi, kanuni temsilcisinin faili ve zararı öğrenmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Eğer küçük veya kısıtlı temyiz kudretine sahip ise, bir diğer deyişle sınırlı ehliyetsiz ise;

²² Beyazyüz / Zapata, s. 100; Oğuzman / Öz, s. 541; Karacabey, s. 495-496; Gürkanlar, s. 118; Feyzioğlu, s. 713; Tutumlu, s. 38; Reisoğlu, s. 228; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 717, 1 numaralı dipnot; Çelik, s. 145, 157.

²³ Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara 1961, s. 358.

²⁴ Gürkanlar, s. 118.

²⁵ Aynı yönde bkz., Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 12.06.1989 tarihli, E. 1989/ 6367, K. 1989/3541; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 28.03.2002 tarihli, E. 2001/12800, K. 2002/3736 ve 27.01.2003 tarihli, E. 2002/10674, K. 2003/844 sayılı kararları. (<http://www.kazanci.com.tr>).

belirtilen durum maddi tazminat davaları açısından da geçerli olacaktır. Buna karşılık manevi tazminat isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan; manevi tazminat davası temyiz kudretine sahip küçük veya kısıtlı tarafından açılacaktır ve bir yıllık zamanaşımı süresi küçüğün veya kısıtlının faili ve zararı öğrenmesinden itibaren başlayacaktır.²⁶

Zarar gören faili ve zararı öğrenmeden ölmüş ise; bir yıllık zamanaşımı süresi mirasçısının faili ve zararı öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Ancak zarar gören her iki unsuru da öğrenmiş olup, dava açmadan ölmüşse; zamanaşımı süresi işlemeye başlamıştır. Bu nedenle ölüm ile zamanaşımının kesilmesi ve mirasçısının bizzat öğrendiği tarihten itibaren yeni bir sürenin işlemeye başlaması mümkün değildir.²⁷

b. “Sorumlu Kişinin” Öğrenilmesi ve Çeşitli İhtimaller

Madde metninde yer alan “fail” ifadesinin, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinin Almanca metninde yer alan “(...) und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat” ifadesi dikkate alınmak suretiyle “sorumlu kişi” olarak anlaşılması gerekmektedir. Çünkü bu ifade, kusura dayanan sorumlulukta, kusursuz sorumlulukta ve de BK 50. madde düzenlemesi uyarınca düzenlenen haksız fiillerde müteselsil sorumlulukta uygulanma imkanına sahiptir.²⁸

Sorumlu kişinin öğrenilmesi demek; bu hususta kesin, emin ve dava açmak için yeterli bilgi sahibi olunması demektir. Kişinin tahmini olarak bilinmesi veya şüphe edilmesi öğrenmek değildir.²⁹ Sorumlu kişinin öğrenilmesinden ne anlaşılması gerektiği hususunun şu şekilde açıklanması mümkündür. Eğer kişinin elinde sorumlu kişi hakkında dava açmaya yeterli delil var ise, hukuk davası kabul edilecek; aksi takdirde ise dava reddedilecektir. Yeterli delil bulunmamakla beraber

²⁶ Oğuzman / Öz, s. 540, 173 numaralı dipnot; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 717, 1 numaralı dipnot.

²⁷ Gürkanlar, s. 117.

²⁸ Oğuzman / Öz, s. 541; Karacabey, s. 500; Gürkanlar, s. 117; Gürbüz, s. 164-165; Koç, s. 131; Tutumlu, s. 38; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 718; Çelik, s. 145-146.

²⁹ Gürkanlar, s. 117; Karacabey, s. 500; Gürbüz, s. 165; Feyzioğlu, s. 712; von Tuhr, s. 387; Tutumlu, s. 38; Reisoğlu, s. 227; Eren, s. 796; Werro, s. 364.

daha önceden açılmış bir ceza davası varsa; söz konusu dava hukuk hakimi açısından bekletici mesele teşkil edecektir. Ceza davası sonucunda mahkûmiyet kararı verilirse; bu karar ile maddi gerçek tespit edilmiş olduğundan hukuk davası açısından da yeterli delil oluşmuş olacak ve dava görülmeye başlanacaktır. Ancak ceza davası sonucunda maddi gerçeğin ortaya konamaması nedeniyle beraat kararı verilirse; hukuk hakimi de delil yetersizliğinden davayı reddedecektir.

Davalı olacak kişinin adının yanlış bilinmesi, dava sırasında bu yanlışlığın düzeltilmesinin mümkün olması nedeniyle zamanaşımının işlemeye başlamasına engel teşkil etmemektedir.³⁰ Ayrıca sorumlu kişinin kusur oranının da bilinmesi gerekmemektedir.³¹ Bununla birlikte zarar görenin sorumlu kişinin sorumluluğunun dayandığı hukuki sebebi bilmemesi zamanaşımının işlemeye başlamasına engel teşkil etmemektedir.³²

Aynı zarardan birden çok kişi değişik sebeplerle sorumlu ise; her birinin sorumluluğu için açılacak tazminat davasında kendisinin öğrenilme tarihi önem taşımaktadır. Örneğin, istihdam edene karşı bir yıllık zamanaşımı süresi; zarar verene karşı dava zamanaşımına uğramış olsa bile, zarar görenin istihdam ilişkisini ve istihdam edenin kimliğini öğrendiği tarihten itibaren başlayacaktır.³³

c. Zararın Öğrenilmesi ve Çeşitli İhtimaller

Zarar kavramından, zarara neden olan fiil değil, söz konusu fiilin mağdurda meydana getirdiği sonuçlar anlaşılmalıdır.³⁴ Zararı öğrenmek kavramından anlaşılması gereken ise, haksız fiil sonucunda meydana gelen zararların tüm kapsam ve ayrıntısı ile kesin olarak öğrenilmesi değil; açılacak bir tazminat davasına dayanak oluşturacak yeterlilikte ve nitelikte güvenilir bilgilerin elde edilmiş olmasıdır.³⁵ Bir

³⁰ Çelik, s. 145; Karacabey, s. 500.

³¹ Karacabey, s. 500.

³² Koç, Nevzat, *Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu* (BK m. 58), Ankara 1990, s. 131; Werro, s. 359.

³³ Beyazyüz / Zapata, s. 100.

³⁴ Deschenaux / Tercier, s. 201.

³⁵ Tutumlu, s. 37; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 718-719; Çelik, s. 145, 147; Feyzioğlu, s. 709-710; Gürbüz, s. 165; Gürkanlar, s. 119; Reisoğlu, s. 227, 5 numaralı dipnot; Oğuzman / ÖZ, s. 541.

Aynı yönde bkz., Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 04.12.1986 tarihli, E. 1986/6073, K.

diğer deyişle zararın varlığı, niteliği ve kapsamı hakkında tazminat davası açabilmek için yeterli bilgiye sahip olunmalıdır.³⁶ Bu nedenle şüphe veya bilmeye mecbur olma hali zararın öğrenilmesi demek değildir.³⁷ Ancak açık ve herkesçe bilinen bir olayın varlığı zararın bilinmesini de zorunlu kılmaktadır.³⁸

Zararın öğrenilmesi, zararın gerçekleşmesini, zarar verici fiilin veya olayın sona ermesini gerektirdiğinden; haksız fiil devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz.

Bazen hem haksız fiil hem de zarar devam etmektedir. Bu durumda haksız fiil devam etmekte ve zararın miktarı da ortaya çıkmamaktadır. Zarar, devam eden haksız fiilin sonunda doğacaktır.³⁹ Mesela haksız rekabet fiili devam ettiği müddetçe durum bu şekildedir. Buna "zararın tekliği kuralı" denmektedir.⁴⁰ Bu kural uyarınca; aynı ihlal fiili veya olayından doğan sonuçlar bir bütün oluşturur ve zarar gören, zarar devam ettiği sürece bunu tam olarak öğrenemez.⁴¹ Haksız fiilin

1986/8188 sayılı kararı ve Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 30.04.2002, E. 2002/1951, K. 2002/3666 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com.tr>).

³⁶ Deschenaux / Tercier, s. 201; Werro, s. 360.

³⁷ Feyzioğlu, s. 709; Karacabey, s. 491; Çelik, s. 147.

³⁸ Karacabey, s. 491; Çelik, s. 147.

³⁹ Kılıçoğlu, s. 323; Deschenaux / Tercier, s. 201.

⁴⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.01.1981 tarihli, E. 1980/12753, K. 1981/415 sayılı kararında; " "Zararın birliği prensibi" olarak tanımlanan ve Alman ve İsviçre uygulamasında da yerleşmiş bir içtihat olarak benimsenen bu temel prensibe göre; haksız fiilden doğan zararların tümü, birbirinden bağımsız ayrı ayrı zararlar toplamı olarak değil de, bir birlik olarak ele alınır; bundan dolayı, zarar gören genel olarak zararın varlığını öğrendiği anda, ileride doğacağı öngörülebilene başkaca zararlı sonuçları da öğrenmiş sayılır ve bir birlik olarak düşünülen zararın tümü için zamanaşımı da bu andan işlemeye başlar. Ancak zamanaşımı yönünden zararın tekliği ve bölünmezliği (bütünlüğü) esas alınarak tespit ve kabul edilen bu kuralın bazı özel durumlarda uygulanması mümkün değildir; mesela; zarar görenin zararın varlığını öğrendiği anda ileride doğabileceğini öngöremediği zararlar sonradan ortaya çıkarsa, bu zararların tazmini için zamanaşımı, bunları öğrendiği günden işlemeye başlar. Yine bu cümleden olarak hukuka aykırı eylemin veya sorumluluğu doğuran sebebin sürekli müdahalesinden, kendi bünyesinde bütünleşmiş tek tek özel zararlar doğması halidir ki, bu halde her bir zarar için bağımsız bir zamanaşımı söz konusudur" ifadesi ile söz konusu prensibe açıkça yer verilmiştir. (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁴¹ Bu kural, devam eden zarar halinde zaman süresi içinde gerçekleşen her zararı ayrı bir zarar olarak anlamaya elverişli olmadığı gibi zararı zararların toplamı olarak nitelendirmeye de elverişli değildir. Bkz., Eren, s. 795.

Nitekim haksız yere alınan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz nedeniyle uğranılan zararlar için açılacak tazminat davaları açısından zamanaşımının haksızlığın açıklığa kavuştuğu ihtiyati tedbiri kaldıran kararın veya hacze konu malların mülkiyet durumuna dair kararın kesinleştiği andan itibaren işlemeye başlayacağı kabul edil-

son bulunduğu andan itibaren zarar belli olacağından; eğer sorumlu kişi de biliniyorsa bu tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.⁴² Buna karşılık haksız fiil sona erdiği halde zarar devam etmekte ve sonuçları belirsiz bulunmakta ise; bir diğer deyişle zararın kapsamını belirleyecek husus gelişmekte olan bir durum ise; bir yıllık zamanaşımı süresi işlemez.⁴³ Bu duruma örnek olarak haksız fiil nedeniyle bir şeyin kiraya verilememesi veya işletilememesi neticesinde uğranılan kar mahrumiyeti, vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zararlar verilebilir.⁴⁴

Nitekim sürekli olarak sakat kalmış olmaktan dolayı yoksun kalınacak kazançlardan ibaret zarar iddialarında; bir yıllık sürenin başlangıcı zarar görenin kendisinin sakat kaldığını öğrendiği tarih olan kesin raporu öğrendiği tarihtir.⁴⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.02.1994 tarihli, E. 1993/6410, K. 1994/1301 sayılı kararında da; *"tren kazasında davacının yaralandığı tarih 05.01.1979 olup, kesin sakatlık derecesi 25.11.1992 tarihli raporla belli olmuş; bu tarihten sonra açılan tazminat davasında henüz zamanaşımının dolmadığı"* sonucuna varılmıştır.⁴⁶ Buna karşılık devam eden zararlar zararın niteliğinden kapsamını tayin etmek mümkün ise; zamanaşımı işlemeye başlamaktadır.⁴⁷

Teselsül eden haksız fiillerde ise; teselsülü temin eden her fiil ayrı

mektedir. Bkz., Oğuzman / Öz, s. 541; Tandoğan, s. 358-359, 58 numaralı dipnot.

⁴² Kılıçoğlu, s. 323; Feyzioğlu, s. 709; Tutumlu, s. 38; Çelik, s. 147; Karacabey, s. 498; Oğuzman / Öz, s. 542; Eren, s. 795; Sungurbey, İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları*, C. I, İstanbul 1973, s. 98 ve devamı; Deschenaux / Tercier, s. 201.

Aynı yönde bkz., İsviçre Federal Mahkemesi'nin 01.10.2003 tarihli, 4C.150/2003 kararı, (<https://www.swisslex.ch>).

⁴³ Kılıçoğlu, s. 323; Çelik, s. 147-148; Karacabey, s. 498; Gürkanlar, s. 119; Reisoğlu, s. 227, 5 numaralı dipnot; Tutumlu, s. 37; Oğuzman / Öz, s. 542; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 719; Werro, s. 363.

Doktrinde zararın her gün devam etmesi nedeniyle her günkü zarar için yeni bir zamanaşımının başlayacağını savunan görüş için bkz., Tandoğan, s. 357.

⁴⁴ Vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zarar; tedavi giderleri, geçici veya sürekli kazanç kaybı, ekonomik geleceğin sarsılması gibi çeşitli kalemlerden oluşmaktadır. Zarar görenin dava açabilmesi bu kalemlerden oluşan genel zararı öğrenmesine bağlı olduğu için; bir yıllık süre her bir zarar miktarının değil, en son zarar kaleminin gerçekleşip toplam genel zararın öğrenildiği anda işlemeye başlar. Bkz., Eren, s. 796.

⁴⁵ Feyzioğlu, s. 710; Tutumlu, s. 37; Eren, s. 796; Werro, s. 362.

⁴⁶ Aynı yönde bkz., Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 19.06.2006 tarihli, E. 2005/9285, K. 2006/7428 sayılı kararı, (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁴⁷ Oğuzman / Öz, s. 541.

bir haksız fiil olduğundan her birine ilişkin zarar açısından o zararın öğrenilmesinden itibaren ayrı bir zamanaşımı işlemeye başlar. Bu gibi durumlarda son fiile ilişkin zararın öğrenilmesinden sonra tek zamanaşımı süresinin işleyeceği görüşünde olanlar mevcutsa da⁴⁸ Ceza Kanunu bakımından geçerli olan bu görüşün haksız fiil tazminatı bakımından dayanağı bulunmamaktadır.⁴⁹

Öte yandan on yıllık azami süre içinde zarar gören, zaman içerisinde yeni olayların sonucunda önceden tahmin edemeyeceği ve haksız fiile uygun illiyet bağı ile bağlı olan yeni bir zarara uğrarsa; yeni bir tazminat hakkı doğar ve bu yeni tazminat istemine ilişkin bir yıllık zamanaşımı süresi de zarar görenin bu yeni zararı öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar.⁵⁰

Destekten yoksun kalma tazminatı ileride doğacak zararlara dayandığından; olay tarihi değil, desteğin ölüm tarihi zararı öğrenme tarihi olarak kabul edilmektedir.⁵¹

Tazminattan doğan rücu davalarında ise, rücu hakkı bulunanın esas tazminat alacaklısına ödemedede bulunması ile malvarlığında ek-silme gerçekleşeceğinden; bir yıllık süre ödeme günü işlemeye başlar.⁵² Nitekim Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 14.10.2004 tarihli, E. 2004/6482, K. 2004/9286 sayılı kararında "... zaman aşımının başlangıcı faile ve zarara ıttıla tarihidir. Zarara ıttıla gelirler yönünden gelirlerin onay tarihi, masraflar yönünden her bir masrafın sarf ve ödeme tarihidir" ifadesi yer almaktadır.⁵³

⁴⁸ Nitekim Tandoğan, karı koca ilişkilerinin bir üçüncü şahıs tarafından ihlali gibi, haksız fiilin çeşitli zamanlarda vaki olan tek tek kısmi fiillerin birleşmesinden meydana gelmesi halinde, zamanaşımının sonuncu kısmi fiilden kaynaklanan zararın öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayacağını savunmaktadır. Bkz., Tandoğan, s. 357.

⁴⁹ Oğuzman / Öz, s. 542-543; Eren, s. 796; Sungurbey, s. 110-116, 143-146; Feyzioğlu, s. 709; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 719, 2b numaralı dipnot; Gürkanlar, s. 119-120; Reisoğlu, s. 227, 3b numaralı dipnot; Tutumlu, s. 37-38.

⁵⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 719; Çelik, s. 148; Feyzioğlu, s. 710; von Tuhr, s. 387; Karacabey, s. 498; Gürkanlar, s. 119; Oğuzman / Öz, s. 542; Eren, s. 796; Tandoğan, s. 356-357.

⁵¹ Gürbüz, s. 165.

⁵² Karacabey, s. 495.

⁵³ Aynı yönde bkz., Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.04.2001 tarihli, E. 2001/3212, K. 2001/6529; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 21.01.1997, E. 1997/240, K. 1997/173 sayılı kararları. (<http://www.kazanci.com.tr>).

2. Azami Süre (On Yıllık Süre) ve Başlama Anı

Hukuki güvenliği sağlamak adına ihtiyaç duyulan hak aramanın üst sınırını teşkil eden on yıllık süre⁵⁴ tali nitelikli olup; ancak bir yıllık sürenin şartlarının bulunmadığı hallerde uygulama alanı bulabilmektedir.⁵⁵ Ayrıca on yıllık süre içinde zarar ile tazminat sorumlusunun öğrenilmesinden itibaren bir yıllık sürenin dolması halinde on yıllık azami sürenin bir rolü kalmamaktadır.⁵⁶

Bir yıllık süre ile on yıllık süre arasındaki en önemli fark; sürelerin başlama anlarındadır. Nitekim 60. maddenin 1. fıkrasında da belirtildiği üzere, on yıllık zamanaşımı süresi zararın ve failin öğrenilip öğrenilmediğine bakılmaksızın haksız fiilin meydana geldiği günden itibaren işlemeye başlamaktadır. Zararın sonradan meydana gelmesi de sürenin işlemeye başladığı anı değiştirmemektedir. Bu nedenle öğrenme tarihinden itibaren bir yıllık süre on yılın bitim tarihini aşıyorsa; aşan sürenin on yıllık süreye eklenmesi söz konusu olamayacağından; bir yıllık zamanaşımı süresi tam olarak uygulanmayacak ve on yılın bitimi için kalan süre ile sınırlı olacaktır.⁵⁷ Aksi halin kabulü on yıllık zamanaşımı süresini uzatacağından böyle bir sürenin konulmasını ve varlığını anlamsız kılacaktır.⁵⁸

Bununla birlikte eğer zarar verici eylem süregelen bir nitelik taşıyor ise, on yıllık zamanaşımı süresi de eylemin tamamlandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağından;⁵⁹ doktrinde söz konusu sürenin eylemin işlendiği gün değil, zarara yol açan eylemin tamamlandığı gün işlemeye başlayacağını söylemenin daha doğru olduğunu ve burada da zararın tekliği ilkesinin söz konusu olduğunu savunanlar mevcuttur.⁶⁰ Nitekim Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 23.03.1999 tarihli, E. 1998/9048, K. 1999/1982 sayılı kararında "*on yıllık zamanaşımının haksız eylem gününden değil, iş göremezlik oranının oluştuğu tarihten başlayacağı*" belirtilmiştir.⁶¹

⁵⁴ Feyzioğlu, s. 713; Çelik, s. 159.

⁵⁵ Tunçomağ, s. 321; Gürkanlar, s. 120; Deschenaux / Tercier, s. 202.

⁵⁶ Oğuzman / Öz, s. 543; Deschenaux / Tercier, s. 202.

⁵⁷ Karacabey, s. 502; Kılıçoğlu, s. 324; von Tuhr, s. 387; Feyzioğlu, s. 713-714; Oğuzman / Öz, s. 543; Eren, s. 797; Tandoğan, s. 360; Werro, s. 365.

⁵⁸ Eren, s. 797.

⁵⁹ Oğuzman / Öz, s. 543-544; Gürkanlar, s. 120; Kılıçoğlu, s. 324; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 720; Werro, s. 365.

⁶⁰ Oğuzman / Öz, s. 543-544; Çelik, s. 159; Eren, s. 797-798.

⁶¹ Çelik, s. 162; Gürbüz, s. 165-166.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 19.06.2006 tarihli, E. 2005/9285, K. 2006/7428 sayılı kararında⁶² da; 23.09.1992 tarihinde gerçekleşen trafik kazası sonucu meydana gelen zarar gelişme gösterdiğinden; gelişen durum sürdükçe zamanaşımının işlemediği ve ancak gelişen durumu tespit eden 03.12.2004 tarihli raporu öğrenme ile bir yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı belirtilmiş ve trafik kazasının meydana geldiği tarihten itibaren on iki yıl geçmiş olmasına rağmen zamanaşımı süresinin dolmadığına hükmedilmiştir.

a. Azami Sürenin Güncel Problemlerde Uygulanması

Her ne kadar madde metninde haksız fiilden doğan tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı sürelerinin başlama anları belirtilmiş olsa da; söz konusu anın tespiti somut olayın koşulları uyarınca her zaman kolay olmamakta kimi zaman da gelişen teknoloji ile güncel sorunlar nedeniyle adil bir sonuca ulaşılamamaktadır.

Nitekim günümüzde çevresel atıkların yol açtığı zararlar, nükleer füzyon, nükleer reaktörlerin çevreye verdiği zararlar fiilin üzerinden on yıl geçtikten sonra bile ortaya çıkabildiğinden; olayın meydana geldiğinden itibaren on yıllık sürenin geçmesi ile tazminat hakkının zamanaşımına uğramasını öngören düzenlemeyi eleştirenler bulunmaktadır. Eleştiri sahipleri bu durumlarda gerçek olmayan bir yasa boşluğunun olduğunu ve söz konusu boşluğun toplumdaki hakkaniyet anlayışı ile *ratio legis*'e uygun olarak, Medeni Kanun'un 1. maddesinin verdiği yetki uyarınca hakim tarafından doldurulması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüş uyarınca olayın üzerinden on yıl geçse bile zararın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl içinde dava açılması mümkün olabilmelidir.⁶³

Türk hukukunda ise, Yargıtay'ın 17.Ağustos.1999 tarihinde meydana gelen deprem nedeniyle uğranılan zararların tazmini için açılan davalarda verdiği kararlar ileri sürülen görüşle benzerlik arz etmekle beraber; söz konusu kararlarda hem bir yıllık hem de on yıllık zamanaşımı sürelerinin deprem tarihi itibarıyla başladığı belirtilmektedir.

⁶² *Yargı Dünyası, Aylık, İçtihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi*, S. 133, İstanbul Ocak 2007, s. 106-107.

⁶³ Gürbüz, s. 165; Çelik, s. 161-165.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi çeşitli kararlarında,⁶⁴ zamanaşımının binanın tamamlanıp teslim edildiği tarihten mi yoksa zararın meydana geldiği tarihten yani deprem tarihinden itibaren mi başlayacağı hususunu incelemiş ve binanın yapılmasının üzerinden on yılı aşkın bir sürenin geçmesine rağmen, deprem tarihinden itibaren bir yıl içinde davanın açılabilirliğini kabul etmiştir.⁶⁵ Mahkeme, söz konusu sonuca şu yolu izleyerek ulaşmıştır:

“(...) Zamanaşımı, bir maddi hukuk kurumu değildir. Diğer bir anlatımla zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da, yargılamayı yapan yargıç tarafından yürüttüğü görevinin bir gereği olarak kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasada öngörülen süre ve usul içinde ileri sürmesi zorunludur. Demek oluyor ki zamanaşımı, borcun doğumu ile ilgili olmayıp, istenmesini önleyen bir savunma olgusudur. Şu durumda zamanaşımı savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır.

İşte bundan dolayı, yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işleme-ye başlayabilmesi için öncelikle talep konusu hakkın istenebilir bir konuma, duruma gelmesi gerekmektedir. Yasalarda hakkın istenebilir konumuna, diğer bir anlatımla yerine getirilmesinin gerektiği güne, ödeme günü denmektedir. Bir hak, var olsa bile, o hakkın istenmesi için gerekli koşullar gerçekleşmedikçe istenemez.

Sorumluluk hukukunun genel kuralı gereğince, bir kimsenin haksız eylem nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, öncelikle hukuka aykırı bir eylemin

⁶⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 29.04.2003 tarihli, E. 2002/12847, K. 2003/5544 sayılı; 13.05.2002 tarihli, E. 2002/4491, K. 2002/5701 sayılı; 03.02.2005 tarihli, E. 2004/7039, K. 2005/746 sayılı; 11.12.2001 tarihli, E. 2001/8406, K. 2001/12825 sayılı; 18.12.2002 tarihli, E. 2002/13842, K. 2002/14290 sayılı; 27.03.2003 tarihli, E. 2002/12845, K. 2003/3673 sayılı; 15.02.2005 tarihli, E. 2004/7718, K. 2005/1296 sayılı; 28.04.2003 tarihli, E. 2003/4407, K. 2003/5412 sayılı kararları bu doğrultudadırlar. (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁶⁵ Bu görüşü paylaşmayan Yargıtay üyeleri karşı oy yazılarında; kanun maddesinin kesin ifadesi karşısında on yıllık zamanaşımı süresinin yapının yapıldığı tarihte zarara sebep olan eylemin varlığının kabul edilerek; bu tarihten itibaren işlemeye başladığının kabulü gerektiğini, farklı bir yorumun kanunda öngörülme-yen bir zamanaşımı türünün meydana çıkmasına neden olacağını belirtmişlerdir.

bulunması, bir zararın meydana gelmesi, zararın meydana gelmesinde kusurun bulunması ve haksız eylemle zarar arasında da uygun illiyet bağının olması gerekir.

(...) (Olayda kusur ile uygun illiyet bağının mevcut olup olmadığı tespit edildikten sonra zamanaşımı hususunun irdelenmesine geçilmiştir.)

Bu faslın içinde yer alan 60. madde ise, "Mürürüzaman" başlığını taşımaktadır. Anılan bu madde de, haksız bir eylem sonucu meydana gelen zarar nedeniyle zarar görenin, zararı ve zarar vereni öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her durumda, zararın meydana gelmesine neden olan eylemden itibaren de on yıl içinde istemde bulunmasını öngörmüştür. Devamında ise, haksız eylemin suç teşkil etmesi durumunda, bu sürelerin ceza yasasında öngörülen sürelerle bağlı olacağı hüküm altına alınmıştır. Yine aynı maddenin, "...zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren..." biçimindeki düzenlemede hukuka aykırı eylemin yanında zararın da gerçekleşmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Diğer bir anlatımla, hukuka aykırı eylemin varlığına karşın, zarar gerçekleşmemişse, zamanaşımı süresinin başlaması söz konusu olmayacaktır. Somut olayda, hukuka aykırı eylem daha önce, zarar ise depremin meydana gelmesi ile gerçekleşmiştir.

Maddenin bu düzenleniş biçimi, somut olaya uygulandığında, şöyle bir sonuca varmak gerekir. Bir kimsenin, ödence isteminde bulunabilmesi için öncelikle bir zararın doğması ilk koşuldur. Çünkü davanın hukuki nedeni ödence olunca, öncelikle bunun var ve miktarının da belli veya belirlenebilir olması gerekir. Öte yandan ve en önemli koşul, bu zararın tazminat olarak istenebilir bir duruma gelmiş olmasıdır. Davaya konu edilen olayda olduğu gibi, davalının hukuka aykırı eylemi, yapının yapıldığı tarihte gerçekleşmiştir. Ancak o tarihte davacının eldeki davaya konu ettiği tür ve kapsamda bir zararı doğmamıştır. Bu tür bir zarar olmayınca, davacının eldeki gibi böyle bir dava açma olanağı da bulunamayacağı doğaldır. Zamanaşımı, harekete geçememek, istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez.

Hukuki düzenleme ve eldeki bu olgulara göre, binanın yapımı, yönetmeliğe aykırı olsa bile, o tarihte zarar doğmadığından davacının anılan tarihte bir talep hakkı da olamayacaktır. Bir hakkın, bu bağlamda ödence isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başla-

tılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar. Binanın yapım tarihinde, davalının hukuka aykırı olan eylemi gerçekleşmiştir. Ancak ortada henüz bir zarar bulunmamaktadır. Somut olayda olduğu gibi, her hukuka aykırı eylem, zararın oluşmasına neden olmayabilir. Binanın yapımı sırasındaki hukuka aykırılık eylemi nedeniyle, depremin oluşumu sonucu zarar doğmuştur”.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun deprem nedeniyle uğranılan zararların tazmini hususundaki kararlarında,⁶⁶ Yargıtay'ın da aynı görüşü benimsediğine de değinilerek; on yıllık zamanaşımı süresinin deprem tarihi itibarıyla başladığının kabul edilmesi gerektiği şu şekilde gerekçelendirilmiştir;

“(...) Her ne kadar, BK'nın 60. maddesinde, “... Dava ... herhalde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunamaz.” Hükmü yer almakta ve böylece, ilk bakışta fiil tarihinden itibaren on yıl geçtikten sonra zamanaşımının mutlak surette gerçekleşeceği gibi bir anlam çıkmakta ise de, gerçekte böyle bir sonuca varılmasına olanak yoktur. Öncelikle, anılan hükümde yer alan “zararı müstelzim” ifadesindeki müstelzim sözcüğünün “gereken, gerekli, gerektiren” şeklindeki sözlük anlamından farklı olarak “neden olan” şeklinde; “zararı müstelzim” sözlerinin de “zararı doğuran, zarara neden olan” şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret edilmiştir. Böylece, “zararı müstelzim” ifadesi, “zararı gerektiren” şeklinde değil, “zararı doğuran” şeklinde anlaşılmalıdır. Buna bağlı olarak BK'nın 60. maddesindeki “... Her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra...” söz dizini, “Her halde zararı doğuran haksız fiilin işlenmesinden itibaren on sene geçtikten sonra” şeklinde anlaşılmalıdır. Bu takdirde ise, söz konusu hükme özellikle “zararı doğuran” sözlerine gereken vurgu yapılarak anlam yüklendiğinde, Yasa'nın on yıllık sürenin başlayabilmesini de, ortada, bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş, zarar doğuran bir fiilin bulunması koşuluna bağladığı sonucuna varılır.

Söylenenler biraz daha açılırsa: Hukuka aykırı ve ancak henüz herhangi bir zarar doğurmamış bir fiilin işlenmiş olması, tek başına yasal on yıllık zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için yeterli değildir. Zira, yukarıda değinildiği üzere, bir fiilin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için, diğer koşullar yanında, onun bir zarara neden olması

⁶⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.2003 tarihli, E. 2003/4-603, K. 2003/594 ve 04.06.2003 tarihli, E. 2003/4-400, K. 2003/393 sayılı kararları. (<http://www.kazan-ci.com.tr>).

da zorunludur. Kendisinden kaynaklanan bir zarar bulunmadıkça, bir fiilin hukuka aykırılığından söz edilebilirse de, henüz bir haksız fiil olarak kabulü mümkün değildir. Böyle durumlarda, zarar doğuncaya kadar, ortada sadece hukuka aykırı bir fiil bulunur; dolayısıyla, bu aşamada, haksız fiilin unsurlarından sadece hukuka aykırılık ve –koşulları varsa– kusur unsurları gerçekleşmiş olur. **O fiilin, hukuka aykırı bir fiil olmaktan çıkıp, haksız fiil niteliğine dönüşebilmesi ise, ancak diğer iki unsurun; bir zararın doğması ve zarar ile fiil arasında nedensellik bağının bulunması unsurlarının birlikte gerçekleşmesiyle mümkündür.** Kısaca, hukuka aykırı bir fiil, bütün bu koşulların birlikte gerçekleştiği andan itibaren haksız fiil niteliğine bürünür; o potansiyeli taşıdığı halde henüz nedensellik bağını da içeren bir zararı doğurmamış olan hukuka aykırı nitelikteki bir fiil, zararın doğacağı ana kadar haksız fiil olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla, haksız fiil, zorunlu olarak, bir zarar doğurduğu anda bütün unsurlarıyla tamam olur ve ancak o tarihte işlenmiş sayılabilir.

Özetlemek gerekirse: **BK'nın 60. maddesi, gerek bir ve gerekse on yıllık sürelerin başlayabilmesini, bir zarara neden olmuş, dolayısıyla haksız fiil olarak varlık kazanmış bir fiilin varlığına bağlamaktadır.** Dolayısıyla, neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir."

Görüldüğü üzere Türkiye gerçeklerinden birini teşkil eden deprem sonucu açılan tazminat davalarında verilen kararlarda Yargıtay tarafından "zarar gerçekleşmedikçe ne bir yıllık ne de on yıllık zamanaşımı sürelerinin işleyeceği" şeklinde bir yorum geliştirilmiştir. Doktrinde söz konusu uygulamanın kabulü ile *ratio legis* ve çağın gereksinimlerine uygun bir karar verildiğini ileri sürenler bulunmaktadır.⁶⁷

Kanaatimizce mağduru koruyabilmek adına benimsenen bu görüş, kanunda öngörülen düzenlemenin amaca odaklı olarak değiştirilmesine neden olduğundan; hukuki niteliği tartışmalıdır. Nitekim daha önce de değinilen Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 77. madde düzenlemesi de görüşümüzü destekler niteliktedir. Söz konusu düzenlemede kısa kabul edilen on yıllık azami süre yerine yirmi yıllık süre öngörülmüş ve bu sürenin başlama anı olarak da Yargıtay'ın söz konusu kararlar vasıtasıyla geliştirdiği kavramı uygulama dışı kılabilmek için "*fiilin işlenme tarihi*" belirlenmiştir.

⁶⁷ Çelik, s. 164-165.

Bununla birlikte gelişen teknolojinin beraberinde getirdiği çevre zararları, deprem zararları gibi yeni zararlar açısından konu ele alındığında; bu husulara ilişkin olarak mevcut teknik bilgilerden istifade etmek suretiyle uygun ve ayrı bir zamanaşımı süresinin belirlenmesi veya hiçbir şekilde zamanaşımının öngörülmemesi hem hukuka hem de menfaatler dengesine uygun olacaktır.⁶⁸

3. İstisnai Süre (Ceza Zamanaşımı Süresi) ve Başlama Anı

BK 60. maddenin 2. fıkrasında da belirtildiği üzere, haksız fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ve ceza kanununda bu fiil nedeniyle ceza davası açılabilmesi için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüş ise;⁶⁹ bu haksız fiil nedeniyle açılan maddi veya manevi tazminat davası da ceza davasına ilişkin zamanaşımına tabi olmaktadır ve zamanaşımı süreleri zarar verici fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır.⁷⁰ Bu kural, hem bir yıllık hem de on yıllık zamanaşımı

⁶⁸ Ayrıca mağdurun somut şartlar dahilinde ayıba karşı tekeffül hükümlerine de başvurması mümkündür. Mağdurun satıcı ile arasında satım sözleşmesi olduğu ihtimalinde; satım sözleşmesi çerçevesinde BK'nın 215. maddesinde düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerine mülkiyetin devrinden itibaren beş sene içinde başvurabilecektir. Belirtilmesi gereken bir diğer husus da, mağdurun müteahhit ile arasında eser sözleşmesi olması ihtimalinde; eser sözleşmesi çerçevesinde BK'nın 363. maddesinde düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilecek ve bu şekilde uğradığı zararı müteahhitten tazmin ettirebileceğidir. Söz konusu halde de eserin ayıpları dolayısıyla talep hakkı teslim alma tarihinden itibaren beş senenin geçmesi ile zamanaşımına uğramaktadır. Ancak her iki durumda hile ile ayıp gizlenmiş ise, bu sürelerden istifade edilemeyeceği de unutulmamalıdır.

⁶⁹ Burada söz konusu olan ceza veya infaz zamanaşımı değil, dava zamanaşımıdır.

⁷⁰ Feyzioğlu, s. 719; Kılıçoğlu, s. 331; Oğuzman / Öz, s. 544; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 725; Engel, Pierre, *Traité des Obligations en Droit Suisse: Dispositions Générales du CO*, Berne 1997, s. 387; İNAN, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İkinci Kitap*, Ankara 1973, s. 463; Deschenaux / Tercier, s. 204.

⁷¹ Aynı yönde bkz., Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 05.05.2003 tarihli, E. 2003/1832, K. 2003/5814 ve 08.02.2001 tarihli, E. 2000/10138, K. 2001/1232 sayılı kararları. (<http://www.kazanci.com.tr>).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 07.07.2003 tarihli, E. 2003/7515, K. 2003/8906 sayılı kararında gelişen bir durumun söz konusu olması halinde, gelişen durumun sona erdiği tarihten itibaren ceza zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. (<http://www.kazanci.com.tr>).

Buna karşılık sadece ceza zamanaşımı süresinin uzunluğunun nazara alınıp; sürenin işlemeye başlamasının BK 60. maddenin birinci fıkrasında öngörülen şartlara tabi tutulması yönündeki görüş için bkz., Eren, s. 800.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesinde daha uzun ceza zamanaşımının sadece maddi tazminat talepleri için uygulanacağı öngörülmekle beraber; Yargıtay

süreleri için geçerlidir. Eğer ceza zamanaşımı süresi bir yıllık süreden fazla, on yıllık süreden az ise; sadece bir yıllık süreyi uzatacak, on yıllık sürede hiçbir değişiklik gerçekleşmeyecektir. Böylece BK'nun söz konusu düzenlemesi uyarınca; cezayı gerektiren fiillerden kaynaklanan haksız fiillerde zamanaşımının süre ve kapsamı bakımından ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ilişki düzenlenmiştir.⁷¹

Söz konusu düzenleme sadece Türk Ceza Kanunu'na değil, tüm ceza kanunlarına atıfta bulunduğu; Gümrük Kanunu, Orman Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gibi diğer kanunlardaki zamanaşımı sürelerinin de dikkate alınması gerekmektedir.⁷²

Bu düzenlemenin öngörülmesinin nedeni; davacının ceza davası görüldüğü sürece davaya katılarak tazminat isteyebilmesinin mümkün olması ve bu yüzden failin devletçe kovuşturulmasına olanak bulunduğu sürece ona karşı tazminat davası açılmasını reddetmenin menfaatler dengesini bozacak, adalet duygusuna ve hukuk mantığına aykırılık yaratacak olmasıdır.⁷³

Söz konusu düzenlemenin haksız fiilin failine karşı açılan davalarda uygulama alanı bulacağı hususunda⁷⁴ hiç şüphe olmamakla birlikte; failin ölümü halinde mirasçıları hakkında ceza zamanaşımının uygulanıp uygulanmayacağı hususunda doktrin ve uygulamada görüş ayrılığı bulunmaktadır. Yargıtay'ın da benimsediği görüş, failin ölümü halinde mirasçıların daha avantajlı bir durumda olmaları düşünülemeyeceğinden; bu kişilere karşı açılan davalarda da bu düzenlemenin uygulanacağı yönündedir.⁷⁵ Buna karşılık söz konusu düzenlemenin

içtihatlarında manevi tazminat talepleri için de bu sürenin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bkz., Kılıçoğlu, s. 336-337.

⁷¹ Kılıçoğlu, s. 325; Werro, s. 366-367.

⁷² Tunçomağ, s. 321; Gürkanlar, s. 121; Feyzioğlu, s. 718; Kılıçoğlu, s. 329; Saymen / Elbir, s. 529; Oğuzman / Öz, s. 544; Tutumlu, s. 28; Eren, s. 799; Tandoğan, s. 362.

⁷³ Gürkanlar, s. 121; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 722; Feyzioğlu, s. 714; Saymen / Elbir, s. 528; Tutumlu, s. 24; Engel, s. 387; Eren, s. 799; Kılıçoğlu, s. 325-326; . Deschenaux / Tercier, s. 204; Tandoğan, s. 362; Werro, s. 366-367.

⁷⁴ Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, trafik kazaları nedeniyle açılan tazminat davalarında, aynı kanunun 109. maddenin 2. fıkrasında öngörülen ceza zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı kişiler; sadece haksız fiili işleyen sürücü ve yardımcıları değil; motorlu taşıtla ilgili tüm gerçek ve tüzel kişilerdir. Bkz., Çelik, s. 256-262.

⁷⁵ Saymen / Elbir, s. 528; Reisoğlu, s. 230; Oğuzman / Öz, s. 546; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 726; Beyazyüz / Zapata, s. 100; Eren, s. 800.

Zarar görene halef olanların haksız fiilin failine açacakları davada da ceza zama-

failin cezadan kaçmasını önleme amacı ile öngörüldüğünden ve mirasçılarının ölenin fiilinden cezaen değil hukuken sorumlu olduklarından dolayı; sadece haksız fiilin failine karşı açılan davalar açısından geçerli olduğunu savunanlar da mevcuttur.⁷⁶

Kanaatimizce söz konusu düzenlemenin odak noktasını haksız fiilin faili değil, fiilin kendisi teşkil etmektedir ve failin ölmesi haksız fiilin suç niteliğini de değiştirmemektedir. Nitekim mirasçılara karşı açılan davada da ceza zamaşımının uygulanmasının kabulü onları ölenin fiilinden cezaen sorumlu tutma anlamına da gelmemekte, maddede öngörülen durumun uygulanması teşkil etmektedir. Bu nedenle failin ölümü halinde mirasçılarının karşı açılan davalarda da bu düzenleme uygulama alanı bulmalıdır.

Benzer görüş ayrılığı organlarının suç niteliğindeki haksız fiilleri nedeniyle tüzel kişiye karşı açılacak tazminat davaları açısından da geçerlidir. Medeni Kanun'un 48. maddesinin ikinci fıkrası gereği tüzel kişilerin organlarının eylemlerinden dolayı sorumlu oldukları kabul edilmekle beraber, ancak bu sorumluluğun kusur sorumluluğu olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Gerçeklik kuramından hareket edenler burada organın iradesinin tüzel kişinin iradesi sayılması gerektiği, bu yüzden organın kusurlu eyleminin de tüzel kişiye ait bir eylem olduğu ve kusura dayanan bir sorumluluk karşısında bulunduğu görüşündedirler. Buna karşılık tüzel kişinin niteliği gereği kendisinin bir kusur işleyemeyeceğini, organ sıfatını taşıyan gerçek kişilerin kusurlu eylemlerinden kendi kusuru olmaksızın sorumlu tutulduğunu ileri sürerler de bulunmaktadır.⁷⁷ Bu durumda ilk görüş uyarınca söz konusu

naşımını uygulamak gerektiği yönündeki görüş için bkz., Feyzioğlu, s. 717.

Aynı yönde bkz., İsviçre Federal Mahkemesi'nin 03.04.1996 tarihli, ATF 122 III 225 kararı (<https://www.swisslex.ch>).

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin 27.12.1995 tarihli, 4C.94/1995 kararında ilk defa, zarar görenin yakınlarının haksız fiil nedeniyle uğradıkları manevi zararın tazmini için açacakları davanın da ceza kanununda öngörülen daha uzun zamaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmiştir. 09.06.1997 tarihli, ATF 123 III 204 kararında ise; zarar gören ile sorumlu kişi arasında sözleşmesel bir ilişkinin mevcudiyetinin zarar görenin yakınlarının manevi tazminat taleplerine sözleşmesel ilişki için öngörülen zamaşımı süresinin uygulanamayacağını, bu durumun aksinin sözleşmelerin nisbiliği prensibine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir. (<https://www.swisslex.ch>).

⁷⁶ von Tuhr, s. 388; Kılıçoğlu, s. 329-330; Tutumlu, s. 30-31; Tunçomağ, s. 321-322.

⁷⁷ Uçakhan Gülec, s. 212.

maddenin uygulama alanı bulacağı kabul edilirken;⁷⁸ ikinci görüş bu durumun aksini kabul etmektedir.⁷⁹

Kanaatimizce gerçeklik kuramından hareketle organın fiilinin tüzel kişinin fiili sayıldığıının ve tüzel kişiyi doğrudan doğruya tazmin yükümlüsü yaptığıının kabulü ile ceza kanunundaki daha uzun zamanasını süresi organlarının suç niteliğindeki haksız fiilleri nedeniyle tüzel kişiye karşı açılacak tazminat davalarında da uygulama alanı bulmalıdır.⁸⁰

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bu hususta 1986 yılında içtihat değişikliği yapmıştır. Federal Mahkeme; organların tüzel kişinin bir parçasını teşkil ettiklerini, hareketlerinin 3. kişilerin hareketi olarak nitelendirilemeyeceğini belirttikten sonra; organların suç niteliğindeki haksız fiillerinden ötürü tüzel kişiye karşı açılan tazminat davalarında da söz konusu düzenlemenin uygulama alanı bulacağına karar vermiştir.⁸¹

BK 60. maddenin 2. fıkrası istihdam edenler ile aile başkanları aleyhine açılan davalarda uygulanma alanı bulmamaktadır meğerki bu kişilerin davranışları suç teşkil etsin.⁸² Bununla birlikte zarar görenin, araç işletenin sigortacısına karşı sahip olduğu doğrudan doğruya dava hakkında ceza zamanasını süresi uygulanır.

Ceza zamanasının uygulanabilmesi için failin cezalandırılması zorunlu değildir, zarar verici eylemin cezayı gerektirir nitelikte olması yeterlidir.⁸³ Bu nedenle ceza mahkemesinde henüz dava açılmamış

⁷⁸ Reisoğlu, s. 230; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 725; Eren, s. 800; Çelik, s. 270-273.

⁷⁹ Tutumlu, s. 32; Sungurbey, s. 126 ve devamı.

⁸⁰ Bununla birlikte meydana gelen haksız fiilin failinin organları tarafından seçilen ve görev verilen yardımcı kişi olması durumunda; tüzel kişi yardımcı kişinin eyleminden duruma göre BK madde 55 veya BK madde 100 uyarınca sorumlu olacaktır. Bu durumda ise; BK'nın 60. maddesinin 2. fıkrası uygulanma alanı bulmayacaktır. Bkz., Çelik, s. 271.

⁸¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 08.04.1986 tarihli, RO 112-II-172 kararı. (<https://www.swisslex.ch>).

⁸² Koç, s. 133; Beyazyüz / Zapata, s. 100; Kılıçoğlu, s. 329; Reisoğlu, s. 230; Saymen / Elbir, s. 529; Oğuzman / Öz, s. 545; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 725; Tutumlu, s. 31-32; Tunçomağ, s. 322; Eren, s. 800-801; Sungurbey, s. 126 ve devamı.

⁸³ Buna karşılık BK 60. maddenin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için failin ceza ehliyetine sahip olmasının gerekip gerekmediği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Failin ceza ehliyetine sahip olması gerektiği yönündeki görüş için bkz., Reisoğlu, s. 229-230; Tekil, Fahiman, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 1981, s. 155.

olsa bile hukuk hakimi haksız fiilin cezayı gerektirir nitelikte olup olmadığını tam bir bağımsızlık içinde incelemeye yetkilidir.⁸⁴

Ceza hakiminin verdiği mahkûmiyet kararı hukuk hakimini bağlamaktadır. Buna karşılık ceza hakiminin verdiği beraat kararının hukuk yargılamasına etkisi doktrinde tartışmalı bir husustur. Çoğunluk beraat kararının ceza davası zamanaşımının uygulanmasını engellediğini savunurken;⁸⁵ azınlıkta kalan grup beraat kararlarını ayrıma tutarak sadece failin suçlu olmadığını kesin şekilde tespit eden beraat kararlarının bu hükmü engellediğini, buna karşılık failin kusursuzluğuna ya da delillerin yetersizliğine dayanan beraat kararlarının hukuk hakiminin fiilin cezayı gerektirir nitelikte olup olmadığını araştırma yetkisini bertaraf etmediğini savunmaktadır.⁸⁶

Kanaatimizce ceza hakiminin maddi gerçeğin tespitine ilişkin kararlarının hukuk hakimini bağlayacağı kabul edilmelidir. Bu durumda ceza hakiminin örneğin delil yetersizliği nedeniyle verdiği beraat kararı meydana gelen fiilin suç niteliğini etkilemediğinden; hukuk hakiminin haksız fiilin cezayı gerektirir nitelikte olup olmadığını araştırma yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir.

Haksız fiilden doğan tazminat taleplerinde daha uzun olan ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için fail aleyhinde cezai takibatın yapılmış olması da gerekmemektedir. Ayrıca, söz konusu suçun kovuşturması şikayete bağlı ise; ceza zamanaşımının uygulanması için şikayetin yapılmış olması da gerekli değildir. Çünkü şikayet, cezalandırılabilme şartı değil, kovuşturmanın yani ceza davasının bir şartıdır. Cezalandırılabilme şartı eksikse ortada suç yoktur, buna karşılık kovuşturma şartı olan şikayet olmasa da suç vardır, sadece zarar görenin

Aksini savunan görüş için ise bkz., Kılıçoğlu, s. 327; Çelik, s. 244-245; Tutumlu, s. 29; Tandoğan, s. 363.

Kanaatimizce söz konusu maddede aranan tek koşul haksız fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi olduğu için; failin ceza ehliyetine sahip olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır.

⁸⁴ Feyzioğlu, s. 715; Tunçomağ, s. 322; von Tuhr, s. 388; Tutumlu, s. 28; Reisoğlu, s. 229; Oğuzman / Öz, s. 544-545; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 723; Gürkanlar, s. 121; Engel, s. 389; Tekil, s. 155; Kılıçoğlu, s. 327; Deschenaux / Tercier, s. 205; Tandoğan, s. 362; Werro, s. 368.

⁸⁵ Kılıçoğlu, s. 333-334; Tunçomağ, s. 322; von Tuhr, s. 388; Reisoğlu, s. 229-230; Gürkanlar, s. 121; Engel, s. 389; Tekil, s. 155.

⁸⁶ Feyzioğlu, s. 715-716; Tutumlu, s. 28-29; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 723; Çelik, s. 240-242; Tandoğan, s. 362-363.

şikayeti olmadıkça bir kovuşturma söz konusu olamamaktadır.⁸⁷

Af halinde ise ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Genel af kanununun söz konusu olması halinde, fiil cezai niteliğini kaybettiğinden; ceza davası zamanaşımının uygulanması mümkün değildir. Eğer henüz ceza davası açılmadan genel af kanunu çıkmışsa; af kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren, ceza davası açılmışsa; bu sebeple ceza davasının düşmesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık özel afta, suç bütün unsurları ile mevcut olduğundan ve sadece cezanın tamamen kalkması veya daha az takdir edilmesi söz konusu olduğundan; ceza davası zamanaşımı uygulama alanı bulmaktadır.⁸⁸

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 27.03.1980 tarihli kararında;⁸⁹ davalıların ölüme ve yaralanmaya sebebiyet suçundan mahkûm olmalarından sonra çıkan 1803 sayılı Af Kanunu ile kamu davası ortadan kalkmış ve böylece davalılara izafe edilen haksız eylemler cezai nitelik ve vasıflarını kaybetmişlerdir. Bu nedenle söz konusu eylemlerden doğan tazminat davasında ceza değil hukuk zamanaşımının uygulanması gerekeceği, ceza davası devam ettiği sürece hukuk zamanaşımının işlemeyeceği ve söz konusu sürenin başlangıç tarihinin af nedeniyle verilen ortadan kaldırma kararının kesinleştiği tarih olduğu belirtilmiştir. Ceza davası devam ettiği sürece hukuk zamanaşımının da işleyeceği yönündeki kabulün çoğu zaman ceza davasını af ile ortadan kalkması ile beraber zarar görenin tazminat davası açma olanağı da ortadan kalkmasına neden olacağı ve bu durumun mantıken ve hukuken izahının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

⁸⁷ Feyzioğlu, s. 715; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 724; Tutumlu, s. 29; Kılıçoğlu, s. 332; Engel, s. 388; Eren, s. 800.

Aynı yönde bkz., İsviçre Federal Mahkemesi'nin 18.12.1992 tarihli, 4C.42/1992 kararı. (<https://www.swisslex.ch>).

⁸⁸ Kılıçoğlu, s. 335-336; Reisoğlu, s. 229, 12 numaralı dipnot; Saymen / Elbir, s. 529; Oğuzman / Öz, s. 545; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 724; Tutumlu, s. 29; Feyzioğlu, s. 711; Eren, s. 799-800.

Fail veya zararın bu tarihten sonra öğrenilmesi durumunda; son öğrenilen unsurun öğrenilme tarihinden itibaren bir yıllık zamanaşımının işlemeye başlayacağı unutulmamalıdır. Bkz., Oğuzman / Öz, s. 545.

⁸⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 27.03.1980 tarihli, E. 1980/1509, K. 1980/1582 sayılı kararı (<http://www.kazanci.com.tr>).

KAYNAKLAR

Eserler

- Akıntürk, Turgut, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 2005.
- Beyazyüz, Selçuk / Zapata, Tan Tahsin, *Borçlar Hukuku*, Ankara 2005.
- Çelik, Ahmet Çelik, *Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı*, İstanbul 2004.
- Deschenaux, Henri / Tercier, Pierre, *la Responsabilité Civile*, Berne 1982.
- Engel, Pierre, *Traité des Obligations en Droit Suisse: Dispositions Générales du CO*, Berne 1997.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2006.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 1976.
- Gökcan, Hasan Tahsin, *Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Ankara 2003.
- Gürbüz, Metin, *Beden Tamliğının İhlali (Sakatlık) ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini*, Ankara 2001.
- Gürkanlar, Metin, *Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu* (BK m. 50), Ankara 1982.
- İnan, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İkinci Kitap, Ankara 1973.
- Kaplan, İbrahim, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*, Ankara 2001.
- Karacabey, Ö. Faruk, "Haksız Fiillerde Zamanaşımı", *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ekim 1978, C. 4, S. 4, s. 477-502.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002.
- Koç, Nevzat, *Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu* (BK m. 58), Ankara 1990.
- Kuntalp, Erden / Barlas, Nami / Ayanoglu Morali, Ahu / Işıntan Çavuşoğlu, Pelin / İpek, Mehtap / Yaşar, Mert / Koç, Sedef, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul 2005.
- Oftinger, Karl / Jeanpetre, Raymond, *Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları*, Ankara 1990, (Çev. Kemal Dayınlı).
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2005.

- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2006.
- Saymen, Ferit H. / Elbir, Halid K., *Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, C. I, İstanbul 1958.
- Sungurbey, İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları*, C. I, İstanbul 1973.
- Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara 1961.
- Tekil, Fahiman, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 1981.
- Tekinay, Sulhi Selahattin / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993.
- Tercier, Pierre, *le Droit des Obligations*, Zurich 1999.
- Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 1969.
- Tutumlu, Mehmet Akif, *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*, İstanbul 1991.
- von Tuhr, Andreas, *Borçlar Hukuku 1-2*, Ankara 1983, (Çev. Cevat Edege).
- Uçakhan Güleç, Sema, *Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması*, Ankara 2002.
- Werro, Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2005.
- Yargı Dünyası*, Aylık, İçtihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi, S. 133, İstanbul Ocak 2007, s. 106-107.

İnternet Sayfaları

<http://www.kazanci.com.tr>

<https://www.swisslex.ch>

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE İŞİ ZAMANINDA TESLİM ETMEYEN YÜKLENİCİNİN ÖDEMESİ KARARLAŞTIRILAN MEBLAĞ CEZAİ ŞART MI YOKSA GÖTÜRÜ TAZMİNAT MIDIR?

Köksal KOCAAĞA*

1. Günümüzde, başta arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmeleri olmak üzere, hemen hemen bütün inşaat sözleşmelerinde, işi zamanında bitirip teslim etmeyen yüklenicinin, gecikme süresine bağlı olarak (her ay, her hafta, her gün) belirli bir miktar para ödeyeceğine ilişkin kayıtlara yer verilmektedir. Böylece, bir yandan yüklenicinin aslî yükümlülüğü olan işi zamanında bitirip teslim etmesi teminat altına alınırken;¹ diğer yandan da iş sahibinin, gecikme nedeniyle ileri sürebileceği tazminat talepleri kolaylaştırılmış olmaktadır. İnşaat sözleşmelerinde yer verilen bu tür kayıtlar, BK m. 158/II'de düzenlenmiş olan ifaya eklenen cezaî şart mı, yoksa işin geç teslimi nedeniyle tazmini gereken muhtemel zarar miktarının önceden ve götürü olarak belirlenmesi, yani götürü tazminat mıdır? Bunun tespiti, birçok bakımdan önem taşımaktadır. Bu yazıda, cezaî şart ile götürü tazminat arasındaki ilişki ve bu iki kurum arasındaki farklar üzerinde duracağız.²

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

¹ Stotz, Feliks, Die Leistungspflicht und die Mängelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag, Bern-Frankfurt-New York 1989, s. 149; Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, s. 384; Schlechtriem, Peter: Richterliche Kontrolle von Schadensersatzpauschalierungen und Vertragsstrafen, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, Kollogium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer, Karlsruhe 1973, s. 54.

² Özellikle Alman hukukunda, cezaî şart ile götürü tazminat arasındaki ilişki üzerinde sıkça durulmuş, bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Geniş bilgi için bkz. Fischer, Detlev, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Frankfurt am Main 1981, s. 90 vd.; Bötticher, Eduard, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, in: ZfA 1970, s. 3 vd.; Beuthien, Volker: Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, sh.495 vd.; Larenz, s. 383 vd.

2. Borçlunun, alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ya da öngörülen yerde veya zamanda ifa etmemesi hâlinde ödemeyi taahhüt ettiği, asıl borca bağlı (fer'i), ekonomik değeri bulunan edime cezaî şart denir.³ Cezaî şartın amacı (işlevleri) konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte, esas itibariyle iki temel amacı vardır. Bunlardan biri, borçluyu edimini ifaya zorlamak suretiyle asıl borcun ifasını teminat altına almak; diğeri ise, borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü olarak tespit etmek ve böylece alacaklının tazminat talebini kolaylaştırmaktır.⁴ Götürü tazminat ise, tazmin edilmesi gereken muhtemel zarar miktarının taraflarca önceden ve götürü olarak belirlenmesini ifade eder.⁵ Götürü tazminatın amacı, alacaklıyı zararın varlığı ve miktarı konusunda ispat yükünden kurtarmak⁶ ve ödenecek tazminatın azamî miktarını tespit etmektir.⁷

3.a. Sözleşmede yer alan kaydın cezaî şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğunun tespiti, ifanın kabulü sırasında, alacaklının cezaî şart-

³ Bkz. Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 521; Bentele, Roland, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Diss. Freiburg 1994, s. 5; Becker, Hermann: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), 2. Aufl., Bern 1941, Art. 160, N. 1; Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./ Schmid, Jörg/ Rey, Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I-II, 8. Aufl., Zürich 2003, N. 4000; Koller, Alfred, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), Bau- und Bauprozessrecht, Ausgewählte Fragen, Herausgeber, Alfred Koller, St. Gallen 1996, N. 8. Bazı yazarlar ise cezaî şartı, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya bir edimde bulunmayı taahhüt etmesi şeklinde bir hukuki işlem olarak tanımlamaktadırlar. Bkz., Schoch, Walter: Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1935, s. 13; Bilge, Necip, *Cezaî Şart, Esat Arsebük Armağam'ndan* Ayrı Bası, Ankara 1957, s. 39; BGE 122 III 420, 422 E.2a.

⁴ Cezaî şartın, bu iki temel amacı dışında, bir diğeri amacı da, borçlunun, cezaî şartı ödemek suretiyle sözleşmeden kolayca dönmesini sağlamaktır. Bu tür cezaî şarta, ifayı engelleyen cezaî şart veya dönme cezası adı verilir. Cezaî şartın amacı (işlevleri) konusunda geniş bilgi için bkz. Kocağa, Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart*, Ankara 2003, s. 40 vd.

⁵ Beuthien, s. 498; Stotz, s. 152; Bentele, s. 19. Karş. Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 4071.

⁶ Bucher, s. 525; Beuthien, s. 509; Bentele, s. 19; Larenz, s. 383; Wiemer, Emmanuel A., Die Bedeutung der Vertragsstrafe für Know-how-Verträge, eine rechtsvergleichende Untersuchung an Hand des deutschen, französischen und belgischen Rechts, Diss. München 1977, s. 138.

⁷ Bentele, s. 19; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 4071.

tı veya götürü tazminatı talep hakkını saklı tutmuş olup olmaması bakımından önem taşımaktadır. Gerçekten, sözleşmede yer alan kaydın cezaî şart olduğu sonucuna varılması hâlinde, ifanın kabulü sırasında alacaklı bunu talep hakkını saklı tutmamışsa, sonradan cezaî şartı isteyeemez (BK m 158/II). Cezaî şartı isteme hakkını saklı tutmaksızın asıl borcun ifasını kabul etmiş olan alacaklı, cezaî şartı istemekten zımnen ferâgat etmiş sayılır.⁸ Buna karşılık, sözleşmede yer alan kaydın götürü tazminat olduğu sonucuna varılırsa, ifanın kabulü sırasında alacaklı bunu talep hakkını saklı tutmamış olsa bile, sonradan zamanaşımı süresi içerisinde götürü tazminatı isteyebilir.⁹

b. Hâkimin müdahalesi yönünden cezaî şart ile götürü tazminat arasında fark bulunup bulunmadığı; başka bir ifadeyle, cezaî şartta olduğu gibi (BK m. 161/III), aşırı derecede yüksek götürü tazminatın da hâkim tarafından indirilip indirilemeyeceği tartışmalıdır. Götürü tazminatın aşırı derecede yüksek olması hâlinde, cezaî şarta ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle bunun indirilebileceğini kabul edenler olduğu gibi,¹⁰ aksi görüşte olanlar da vardır.¹¹

⁸ Bkz., Bentele, s. 104; Becker, Art. 160, N. 31; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 4025; Koller, N. 95 ve 165 vd.; Oser, Hugo/ Schönenberger, Wilhelm, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, Erster Halbbd.: Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929, Art. 160, N. 3; Kocağa, s. 198.

⁹ Yargıtay 15. HD, 4. 10. 1988, E. 1988/88, K. 1988/3118: "...Sözleşmenin 2. maddesinde, inşaatın 30 aylık süre içinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL. tazminat ödeyecekleri yazılıdır. Görüldüğü üzere bu hüküm, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminatı düzenlemektedir. Anılan tazminat taraflarca kararlaştırılan maktu kira tazminatı niteliğindedir. Diğer bir deyimle, davaya konu edilen tazminat sözleşmedeki özelliği itibarıyla, BK'nın 158/2. maddesinde belirtilen ifaya eklenen ceza niteliğinde olmayıp, kira tazminatı (götürü tazminat) bulunduğundan teslimde arsa sahibinin (alacaklının) ihtirazi kayıt ileri sürmesi gerekmediği..." (Kostakoğlu, Cengiz, İċtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Bası, İstanbul 2006, s. 543). Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, 26.10.1988, E. 1988/1469, K. 1988/3388 (Kostakoğlu, s. 541); Yarg. 15. HD, 5.5.1999, E. 1999/1119, K. 1999/1769 (Kostakoğlu, s. 541); Yarg. 15. HD, 2.5.1989, E. 1988/4095, K. 1989/2245 (Kostakoğlu, s. 542).

¹⁰ Bkz., Bentele, s. 21; OR-Ehrat: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Hrsg. Honsell/ Vogt/ Wiegand, 2. Aufl., Basel/ Frankfurt am Main 1996, Art. 160, N. 12; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 4071; Bucher, s. 525. Alman hukukunda, götürü tazminatın aşırı olması durumunda cezaî şarta ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle tazminatın indirilebileceğini savunan yazarlar arasında bkz., Staudinger/Kaduk, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der

4.a. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların sözleşmelere koydukları kayıtların hukukî niteliğinin belirlenmesinde öncelikle üzerinde durulması gereken husus, bu kayıtların hangi hâllerde cezaî şart, hangi hâllerde götürü tazminat olarak nitelendirilebileceği konusudur. Zira, cezaî şart ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesi ve farkların ortaya konulması büyük önem taşımaktadır. Ancak, belirtmek gerekir ki, cezaî şart ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesi ve bu iki kurum arasındaki farkların ortaya konulması pek kolay değildir.¹²

b. Borçlar Kanunu'nda, cezaî şart ile götürü tazminat arasındaki farkı ortaya koyan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla, doğrudan doğruya bir kanun hükmünden hareketle bu iki kurum arasındaki farkları ortaya koymak ve aralarındaki sınırı tespit etmek mümkün değildir. Yargı kararlarında da bu konuda sağlıklı bir değerlendirme yapıldığı ve genel ilkelerin tespit edildiği söylenemez. Aynı durum doktrin bakımından da söz konusudur. Hatta bazı yazarlar, cezaî şartın götürü tazminattan başka bir şey olmadığı görüşündedirler.¹³ Bu durumda, özellikle götürü tazminat kavramının tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi bakımından, tazminat hukukunun genel ilkelerinden ve dolaylı olarak cezaî şarta ilişkin düzenlemelerden hareket etmek gerekir.

c. Götürü tazminat kavramı, tazmin edilmesi gereken muhtemel zarar miktarının taraflarca önceden belirlenmesini ve böylece somut zararın miktarı konusunda taraflar arasında meydana gelecek ihtilâfın

Schuldverhältnisse (§§ 328-397 BGB), 12. Aufl., Berlin 1994, Vorbem. zu §§ 339 ff. BGB, N. 89; Soergel/Lindacher, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln 1990, Vorbem. § 339 BGB, N. 27; Palandt/Heinrichs: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurz-Kommentar, Bd. 7, 2. Buch, 2. Abschnitt, 4. Titel: Draufgabe, Vertragsstrafe, 51. Aufl., München 1992, § 343 BGB, N. 2.

¹¹ Bkz. Stotz, s. 154; Koller, N. 18; Beuthien, s. 501 vd.; Larenz, s. 383; Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 7. Aufl., Berlin/New York 1985, s. 97.

¹² Larenz, s. 384; Stotz, s. 149; Bentele, s. 87. İsviçre Federal Mahkemesi de, çeşitli kararlarında, cezaî şart ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesindeki zorluklara işaret etmektedir. Bkz., BGE 110 II 380 vd. ve özellikle 385 vd.; 109 II 462 vd. ve özellikle 467 vd.

¹³ Alman hukukunda Belke, Schlechtriem ve Hager (Bkz., Fischer, s. 72 vd.) ile hukukumuzda Tunçoğlu, (Kenan, *Türk Hukukunda Cezaî Şart*, İstanbul 1963, s. 29-30) bu görüştedir.

ortadan kaldırılmasını ifade eder.¹⁴ Görüldüğü üzere, götürü tazminat, asıl borcun ifasını teminat altına almaktan çok, tazminatın hesaplanmasında taraflara, özellikle alacaklıya kolaylık sağlama amacına yöneliktir.¹⁵ Gerçekten, cezaî şartın aksine, götürü tazminatın borçlu üzerinde psikolojik baskı yapmak suretiyle borçluyu ifaya zorlama ve böylece asıl borcun ifasını teminat altına alma amacı söz konusu değildir.¹⁶ Götürü tazminat, alacaklıyı yalnızca zararın varlığı ve miktarı konusunda ispat yükünden kurtarır. Yani, götürü tazminatta zararın varlığını ve miktarını ispat yükü alacaklıya ait olmayıp; zararın bulunmadığını veya götürü tazminattan az olduğunu ispat yükü borçluya aittir. Ancak, cezaî şarttan farklı olarak, götürü tazminat talebinin ileri sürülebilmesi için, alacaklının mutlaka bir zararın bulunması ve bunun sonucu olarak borçlunun tazminat yükümlülüğünün doğması gerekir.¹⁷ Bununla birlikte, götürü tazminat, niteliği itibariyle bir tazminat olduğundan, bunun, meydana gelen zarar miktarını aşması mümkün değildir. Zira tazminat, hiçbir şekilde zarara uğrayanın haksız zenginleşmesine yol açmamalıdır.¹⁸ Oysa BK m. 159/I'e göre, alacaklı zarara uğramasa bile, borçlu kararlaştırılan cezaî şartı ödemekle yükümlüdür. Taraflar, asıl borcun zamanında ifa edilmemesi hâlinde ödenecek cezaî şart miktarını önceden karşılıklı iradeleriyle tespit etmiş olduklarından, ayrıca zararın varlığını ve kapsamını ispata gerek yoktur.¹⁹ Bu hususta Borçlar Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, aksi yönde bir düşüncenin kabulü, cezaî şartın niteliğine aykırı düşer.

¹⁴ Beuthien, s. 498; Stotz, s. 152; Bentele, s. 19. Karş. Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 4071.

¹⁵ Bentele, s. 19; Schlechtriem, s. 54; Stotz, s. 152; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 4071; Larenz, s. 384.

¹⁶ Bentele, s. 20-21; Larenz, s. 383 vd.; Wiemer, s. 139. Karş. Beuthien, s. 497. Oysa cezaî şartın en önemli işlevlerinden biri, borçlu üzerinde baskı yapmak suretiyle, borçluyu edimini ifaya zorlamaktır.

¹⁷ Bkz., Stotz, s. 153; Bucher, s. 525; OR-Ehrt, Art. 160, N. 12; Bentele, s. 19; Koller, N. 18; Beuthien, s. 498; Fikentscher, s. 96; Larenz, s. 384.

¹⁸ Beuthien, s. 515-516.

¹⁹ Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 160-163, N. 12; Tunçomağ, s. 48; Bilge, s. 84. Diğer taraftan, kanun koyucu, asıl borcun ifa edilmemiş olmasının alacaklıya hiçbir zarar vermediğini borçlunun ispat etmesine de imkân tanımamıştır. Bkz. Schoch, s. 38. Karş., Bötticher, s. 36; Bentele, s. 20, dn. 85. Ancak, her ne kadar borçlu, alacaklının hiçbir zararının bulunmadığını ispat etmek suretiyle cezaî şartı ödemekten kurtulamaz ise de, acaba taraflar, alacaklının zararı ispat etmesini sözleşmeyle kararlaştırabilirler mi? Bilge'ye göre, taraflarca kararlaştırılan böyle bir şart, tespit edilmiş bulunan ek edimin cezaî şart niteliğini kaybetmesine yol açar. Bkz., Bilge, s. 85.

d. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, sözleşmede yer alan bir kaydın cezaî şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğunun belirlenmesinde, taraflarca yapılan nitelendirme tek başına yeterli değildir.²⁰ Zira tecrübeler, sözleşmelerde yer alan bu tür nitelendirmelerin, her zaman tarafların gerçek amacını yansıtmadığını göstermektedir.²¹ O itibarla, burada tarafların sözleşmeyi yaparken takip ettikleri gerçek amacın ne olduğu araştırılmalıdır.²² Tarafların gerçek amaçları araştırılırken, onların irade açıklamaları güven ilkesine göre yorumlanmalı ve sözleşmenin lafzı ile diğer hâl ve şartlar göz önünde bulundurulmalıdır.²³ Yapılacak olan bu yorum önemlidir. Zira götürü tazminat niteliği itibarıyla bir tazminat olduğundan, cezaî şarta ilişkin kuralların, kıyas yoluyla dahi, götürü tazminata uygulanması mümkün değildir.²⁴ O halde, götürü tazminatla ilgili bir sorunla karşılaşıldığında, tazminat hukukuna ilişkin kurallardan yararlanılmalıdır. Buradan hareketle, karşılaştırılan götürü tazminat miktarının meydana gelen zarara oranla yüksek olması hâlinde, bunun indirilmesi için, cezaî şartın indirilmesine ilişkin hükümlere (BK m. 161/III) değil, tazminata ilişkin hükümlere başvurulması gerekir.²⁵

5.a. Yargıtay, işi zamanında teslim etmeyen yüklenicinin, gecikme süresine bağlı olarak belirli bir meblağ ödeyeceğine ilişkin kayıtları, bazı kararlarında cezaî şart, bazılarında ise götürü tazminat (mak-

²⁰ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bu hususa açıkça işaret etmiştir. Bkz., BGE 95 II 539, Erw. 5; 109 II 468.

²¹ Bkz., Becker, Art. 160, N. 39; Stotz, s. 155.

²² Becker, Art. 160, N. 39. Fikentscher, tarafların sözleşmede karşılaştırdıkları cezaî şart kaydının asıl amacının zararın tazmini olduğu durumlarda, tarafların nitelendirmesine bakılmaksızın, söz konusu anlaşmanın ilke olarak cezaî şart değil, götürü tazminat olarak görülmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz., Fikentscher, s. 97.

²³ BGE 122 III 424, Erw. 3a; 121 III 118E. 4b/aa; 119 II 449E. 3a. Federal Mahkemenin bir kararında, alacaklı lehine öngörülen cezaî şart taahhüdünün yorumunda, bu kayıtlarla hangi amaca ulaşılmak istendiği hususuna ağırlık verilmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Bkz., BGE 46 II 339, Erw. 2.

²⁴ Larenz, s. 384; Stotz, s. 154. Aksi görüşte Bentele, s. 21; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 4071; Bucher, s. 525; OR-Ehret, Art. 160, N. 12; Staudinger/Kaduk, Vorbem. zu §§ 339 ff. BGB, N. 89.

²⁵ Larenz, götürü tazminattan bahsedebilmek için, karşılaştırılan meblağın, ortaya çıkan zarara oranla önemli ölçüde yüksek olmaması gerektiğini; aksi takdirde borçlunun, ortada yalnızca götürü bir tutarın söz konusu olduğunu, götürü tazminat veya cezaî şartın bulunmadığını iddia edebileceğini belirtmektedir. Bkz. Larenz, s. 384.

tu tazminat)²⁶ olarak nitelendirmiştir. Gerçekten, bir kararına göre, “Yanlar arasındaki 22.6.1993 tarihli Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi’ne göre inşaat süresi sözleşme tarihinden itibaren 34 aydır. Sözleşmenin 9. maddesine göre daireler süresinde teslim edilmezse geçen her ay için daire başına 3.000.000.- TL tazminat ödenecek, 6 aydan sonra tazminat miktarı daire başı 6.000.000.- TL olacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan bu bedel ifaya ekli ceza-i şart niteliğindedir...”²⁷ Buna karşılık Yargıtay, benzer bir olayda, sözleşmede yer alan meblağın, cezaî şart değil, götürü tazminat olduğuna karar vermiştir. Bu karara göre, “Sözleşmenin 2. maddesinde, inşaatın 30 aylık süre içinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyecekleri yazılıdır. Görüldüğü üzere bu hüküm, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminatı düzenlemektedir. Anılan tazminat taraflarca kararlaştırılan maktû kira tazminatı (götürü tazminat) niteliğindedir. Diğer bir deyimle, davaya konu edilen tazminat sözleşmedeki özelliği itibarıyla, BK’nın 158/2 maddesinde belirtilen ifaya eklenen ceza niteliğinde olmayıp, kira tazminatı (götürü tazminat)...”dır.²⁸

b. Belirtmek gerekir ki, uygulamada, başta arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmeleri olmak üzere, inşaat sözleşmelerinin çoğunda, iş (arsa) sahiplerinin ifanın geç yapılmasına karşı belirli bir meblağ öngörmelerinin asıl sebebi, işin geç tesliminden dolayı yoksun kalacakları kira bedellerini elde etmek, yani muhtemel zarar miktarını önceden belirlemektir. Ancak, bundan, inşaat sözleşmelerinde, ifanın öngörülen zamanda yapılmaması nedeniyle gecikilen her ay için belirli bir meblağ ödeneceği kararlaştırılan bütün hâllerde, bu meblağın götürü tazminat olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira, gecikilen her ay için belirli bir meblağ ödeneceği kararlaştırılmış olmakla birlikte, bununla taraflar, tazmin edilmesi gereken muhtemel zarar miktarının önceden belirlenmesini değil; borçluyu ifaya zorlamayı ve böylece asıl borcun ifasını teminat altına almayı amaçlamış olabilirler. Bu itibarla, işin zamanında teslim edilmemesi hâlinde, yüklenicinin gecikilen her ay için belirli bir meblağ ödeyeceğine ilişkin kaydın götürü tazminat

²⁶ Yargıtay, bazı kararında götürü tazminatı “kira tazminatı” olarak adlandırmaktadır. Bkz., Yarg. 15. HD, 4. 10. 1988, E. 88, K. 3118 (Kostakoğlu, s. 543); Yarg. 15. HD, 4.11.1988, E. 1988/3278, K. 1988/3583 (Kostakoğlu, s. 525-526).

²⁷ Yargıtay 15. HD, 8.7.2004, E. 2003/6165, K. 2004/3813 (Kostakoğlu, s. 496). Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, 3.3.2004, E. 2004/629, K. 2004/1163 (Kostakoğlu, s. 497).

²⁸ Yargıtay 15. HD, 4. 10. 1988, E. 88, K. 3118 (Kostakoğlu, s. 543). Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, 11.4.1980, E. 1980/960, K. 1980/959 (Kostakoğlu, s. 544).

olarak nitelendirilebilmesi için, bu meblağın, tazmin edilmesi gereken muhtemel zarar miktarının taraflarca önceden belirlenmesi ve bu suretle somut zararın miktarı konusunda taraflar arasında ortaya çıkacak ihtilâfın önlenmesi amacına yönelik olması; borçlu üzerinde psikolojik baskı yapmak suretiyle onu ifaya zorlamak ve böylece asıl borcun ifasını teminat altına almaktan çok, tazminatın hesaplanmasında taraflara, özellikle alacaklıya kolaylık sağlama amacının bulunması gerekir.

KAYNAKLAR

- Becker, Hermann, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), 2. Aufl., Bern 1941.
- Bentele, Roland, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Diss. Freiburg 1994.
- Beuthien, Volker, Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, sh.495 vd.
- Bilge, Necip, *Cezai Şart, Esat Arsebük Armağanı*'ndan Ayrı Bası, Ankara 1957.
- Bötticher, Eduard, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, in: ZfA 1970, s.3 vd.
- Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- Fischer, Detlev, Vertragsstrafe und vertragliche Schadenersatzpauschalierung, Frankfurt am Main 1981.
- Fikentscher, Wolfgang, Schuldrecht, 7. Aufl., Berlin/New York 1985.
- Gauch, Peter/ Schlupe, Walter R./ Schmid, Jörg/ Rey, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I-II, 8. Aufl., Zürich 2003.
- Kocağa, Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, Ankara 2003.
- Koller, Alfred, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), Bau- und Bauprozessrecht, Ausgewählte Fragen, Herausgeber: Alfred Koller, St. Gallen 1996.
- Kostakoğlu, Cengiz, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 5. Bası, İstanbul 2006.
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.
- OR-Ehrat, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Hrsg. Honsell/ Vogt/ Wiegand, 2. Aufl., Basel/ Frankfurt am Main 1996.

- Oser, Hugo/ Schönerberger, Wilhelm, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V., Obligationenrecht, Erster Halbbd.: Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929.
- Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurz-Kommentar, Bd. 7, 2. Buch, 2. Abschnitt, 4. Titel, Draufgabe, Vertragsstrafe, 51. Aufl., München 1992 (Palandt/ [İşleyen]).
- Schlechtriem, Peter, Richterliche Kontrolle von Schadensersatzpauschalierungen und Vertragsstrafen, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer, Karlsruhe 1973.
- Schoch, Walter, Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1935.
- Soergel, Theodor, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln 1990 (Soergel/ [İşleyen]).
- Stotz, Felix, Die Leistungspflicht und die Mängelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag, Bern- Frankfurt- New York 1989.
- Tunçomağ, Kenan, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul 1963.
- Von Staudinger, Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 328-397 BGB), 12. Aufl., Berlin 1994 (Staudinger/ [İşleyen]).
- Wiemer, Emmanuel A., Die Bedeutung der Vertragsstrafe für Know-how-Verträge, eine rechtsvergleichende Untersuchung an Hand des deutschen, französischen und belgischen Rechts, Diss. München 1977.

ANONİM ORTAKLIKLARDA AZINLIK HAKLARININ İNCELENMESİ

Selin SERT CANPOLAT*

GİRİŞ

Anonim ortaklıklarda çoğunluğun iradesine karşı korunmak istenen azınlığa çeşitli haklar tanınmıştır. Tanınan bu haklar, azınlığın çoğunluk karşısında daha güçlü olmasını sağlamaya yöneliktir.

Azınlık hakları, Türk Ticaret Kanunu sisteminde olumlu ve olumsuz azınlık hakları olarak sınıflandırılmamasına rağmen; doktrinde anonim ortaklıkta kullanılan azınlık haklarının niteliğine göre bu çeşit bir sınıflandırma tercih edilmektedir.

Çalışmamızda, azınlık hakları kavramı açıklandıktan sonra, olumlu ve olumsuz azınlık hakları kullanım şekillerine ve özelliklerine göre anlatılmaya ve incelenmeye çalışılacaktır.

I. AZINLIK HAKLARI KAVRAMI VE TANIMI

A. Azınlık Hakları Kavramı

Azınlık hakları, Kara Avrupası hukuklarında, “*koruyucu haklar*” diye adlandırılan grup içerisinde yer alırlar ve çoğunluğa karşı azınlıkta kalanları korumayı amaçlayan haklar olarak karşımıza çıkmaktadırlar.¹

* Av., TC Kültür Bakanlığı Telif Hakları ve Sinema Müdürlüğü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora öğrencisi.

¹ Ünal Tekinalp, “Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi”, (Sistem), *TTK'nın 30. Yıl Semineri*, İstanbul 1988, s. 231.

Türk Ticaret Kanunu'nda azınlık kavramını belirtmek üzere, bazı maddelerde (TTK m. 348) "azlık", bazı maddelerde ise (TTK m. 341, m. 366, m. 377) "azınlık" kavramının kullanılmış olması, doktrinde de terim birliği konusunda karışıklığa yol açmıştır. Domaniç,² Arslanlı³ ve Poroy⁴ "azlık" terimini tercih ederken, İmregün,⁵ Doğanay,⁶ Birsell⁷ ve Sümer,⁸ "azınlık" terimini benimsemiştir.

Doktrinde oluşan terim tartışmalarının yanında, azlık ve azınlık kavramları ile ortaklık sermayesinin onda birini temsil eden ortaklara tanınmış haklar olarak ifade edilmektedir. Tek bir kişi esas sermayenin onda biri oranında paya sahip olsa dahi, azınlık haklarını kullanabilir.⁹ Kabul edilen yüzde onluk oranın, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle azaltılabilmesine karşın, bu oranın artırılmasına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.

TTK m. 366, azınlık haklarından genel kurulu toplantıya davet etme ve gündeme madde ekletme hakkı bakımından, esas sözleşme ile onda birlik oranın azaltılması imkânı kabul edilmektedir. Bu istisnanın, diğer azınlık hakları için de geçerli olup olmayacağı Türk doktrininde tartışma konusu yapılmıştır. Erem'e göre, kanunun tayin ettiği yüzde on oranı esas sözleşme ile çoğaltılmadığı gibi, TTK m. 366 dışında bu oranın azaltılması da mümkün değildir.¹⁰ İmregün de aynı görüştedir: "Ticaret Kanunumuz olumlu azınlık haklarını sadece azınlığı koruma

² Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C.II, İstanbul 1988, s. 814.

³ Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler*, C.I, Umumi Hükümler, İstanbul 1960, s. 234 vd.

⁴ Reha Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, İstanbul 2005, s. 432 vd.

⁵ Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, (Anonim), İstanbul 1989, s. 308.

⁶ İsmail Doğanay, "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Anonim Şirketlerde, Azınlıkta Kalan Payscalelerinin, Genel Kurul Kararlarını İptal Ettirebilmeleri Hali", *İmran Öktem'e Armağan*, Ankara 1970, s. 359.

⁷ Mahmut Birsell, "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", *İmran Öktem'e Armağan*, Ankara 1970, 625.

⁸ Ayşe Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, İstanbul 1991, s. 5 vd.

⁹ Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, Ankara 1982, s. 255; Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Arasında Genel Kurul Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunların Telif Çareleri, (Menfaat İhtilafları)*, İstanbul 1962, s. 47; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 432; Nurten Erdoğan, "Konsolidasyonda Azınlık Paylarına İlişkin Yaklaşımlar", *Prof. Dr. İlhan Cemalçılar'ın Hatırasına Armağan*, Eskişehir 1990, s. 317.

¹⁰ Turgut Erem, *Ticaret Hukuku Prensipleri*, C.II, İstanbul 1980, s.284 (dnpn. 29).

amacı ile değil, genel kurulda azınlık ve çoğunluk arasında çıkabilecek çıkar anlaşmazlıklarını bağdaştırmak için düzenlediğinden, Ticaret Kanunu'ndaki özel ve açık hüküm müstesna, bu oranlar sözleşme ile ağırlaştırılmadığı gibi hafifletilemez de. Oranı azaltılabileceği yolundaki hüküm bu konuda istisnai mahiyettedir, istisnanın kıyasen uygulanmasına cevaz yoktur."¹¹

Tekil'e göre, azınlığın tüm haklarını esas sözleşme ile hafifletebilecek bir orandaki sermayeye sahip gruba verilmesine olanak tanınmalıdır. Bu talep hakkını haiz kimselerin sahip olmaları gereken payların miktarı, esas mukavele ile daha az miktara indirilebilir, sınırlayıcı bir anlam taşımamaktadır.¹²

Domaniç, "müktesep hakların da üstünde yer alan ve ortakların muvafakati olsa dahi ortadan kaldırılamayan emredici haklarla, ancak ortakların rızası ile ortadan kaldırılabilen müktesep hakların söz konusu olduğu anonim şirketlerde, esas mukavele ile yüzde ondan daha az bir pay grubuna azınlık hakkı tanınmasının çok sakıncalı olduğu" görüşündedir.¹³ Esas sözleşme ile yeni azınlık hakları kabul etmenin mümkün olduğunu kabul ettikten sonra, nisaplarda azınlık lehine değişiklik yapılmayacağı kabulü menfaatler dengesine ters düşer.¹⁴ Yani, esas sözleşme ile yüzde onluk oran aşağı düşürülebilir.¹⁵

B. Azınlık Haklarının Tanımı

Azınlık hakları, anonim ortaklıklarda ortaklık sermayesinin onda birini temsil eden ortaklara, çıkar çatışmalarında çoğunlukla azınlık arasında denge sağlamak amacıyla tanınan haklardır. Azınlığın tek yanlı irade açıklamaları ile kural olarak yöneltildiği organın onayına bağlı bulunmadan kullanılan, hakkın kötüye kullanılması denetimine tabi olan talep hak olarak ifade edilmektedir.¹⁶

¹¹ Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, (Kara Ticareti), İstanbul 1987, s. 444.

¹² Fahiman Tekil, *Şirketler Hukuku*, İstanbul 1989, s. 402 vd.

¹³ Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması*, s. 814.

¹⁴ Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", (Azınlık Hakları), Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 302; Ali Dural, "Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi", s. 181.

¹⁵ M. Hulusi Altınel, "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", *Mükellefin Dergisi*, Nisan 2001, S. 100, s. 119.

¹⁶ Helvacı, (Azınlık Hakları), s. 309.

Ticaret Kanunu'nda ve doktrinde, azınlık haklarının tanımı yapılmamış, sadece azınlık hakları ayrı ayrı incelenmiştir.

Doktrinde azınlık hakları, olumlu ve olumsuz azınlık hakları olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir. Olumsuz azınlık hakları, genel kurulda yeterli sayı sağlanmasına rağmen, azınlığın olumsuz oy kullanarak kararın alınmasını engellediği durumları ifade etmektedir. Olumlu azınlık hakları ise, çoğunluk iradesine aykırı olmasına rağmen, azınlığın irade beyanı ile hakkını haklı bir talep veya dava şeklinde kullanılmasını ifade eder.

C. Sermaye Piyasası Kanununda Azınlık Hakları

Sermaye Piyasası Kanunu m. 11/8 hükmü uyarınca, Türk Ticaret Kanunu'nun 341, 348, 356, 359, 366, 366 ve 377. maddelerinde esas sermayenin en az onda birini temsil eden pay sahiplerine tanınan haklar, halka açık anonim ortaklıklarda, ödenmiş sermayenin en az yirmide birini temsil eden pay sahipleri tarafından kullanılır. Ancak TTK m. 310 hükmündeki, azınlık sahipleri bu kolaylıktan yararlanamaz.

II. TÜRK TİCARET KANUNUNDA AZINLIK HAKLARI

Azınlık hakları, olumlu ve olumsuz azınlık hakları olmak üzere olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Azınlık haklarını, bu ayrıma uygun olarak incelemeye çalışacağız.

A. Olumsuz Azınlık Hakları

Olumsuz azınlık hakları, azınlığın olumsuz oy kullanarak kararın oluşmasına engel olduğu hallerdir.¹⁷

1. Ağırlandırılmış Yetersayı Halleri

Ağırlandırılmış yetersayı halleri, TTK da azınlık hakkı olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, doktrinde azınlık hakkı olarak¹⁸ de-

¹⁷ Birsal, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s. 632.

¹⁸ Karşı görüş için bkz., "Ağırlandırılmış yetersayılar, azınlığı korumak amacıyla ön-görülmemiştir. Kanun koyucunun amacı, önemli kararların alınmasında pay sa-

ğerlendirilmektedir.¹⁹ Ağırlaştırılmış yeter sayıya göre toplanacak olan genel kurula, azınlığın katılmaması, çekimsiz kalması veya olumsuz oy kullanması, kararın oluşmasını engeller.²⁰

Kanun koyucu, ortaklık veya pay sahiplerinin menfaatleri yönünden önemli saydığı bazı kararların alınmasında toplantı veya karar nisaplarını veya her iki nisapta da belirli bir ekseriyeti öngörmek suretiyle azınlığı korumuştur.²¹ Anonim ortaklık genel kurulunda toplantı nisaplarını belirlerken esas sermaye ölçü olarak alınmıştır.

Olağan işlerde ilk toplantı için gerekli yeter sayı $\frac{1}{4}$ dür, esas sermayenin $\frac{1}{4}$ 'ünün asaleten veya vekâleten temsil olunması yeterlidir. Bu nisap, ilk toplantıda sağlanamazsa, ikinci toplantıda nisap aranmaz, temsil olunan sermaye miktarına bakılmaksızın toplantı yapılır.

Ağırlaştırılmış toplantı nisabı halleri, TTK m. 388'de belirtilmiştir. Ağırlaştırma yapılırken, görüşülecek konunun önemi dikkate alınmıştır. Ortaklığın tabiyetinin değiştirilmesi veya pay sahiplerinin taahhütlerini artırmak gibi konularda bütün pay sahiplerinin muvafakati aranmıştır.

Ortaklık nevinin değiştirilmesine ilişkin genel kurul toplantılarında, esas sermayenin üçte ikisine malik olan pay sahipleri veya temsilcilerinin hazır bulunması, ilk toplantıda gerekli çoğunluk sağlanamazsa ikinci toplantıda pay sahiplerinden esas sermayenin yarısını temsil edenlerin bulunması yeterli kabul edilmiştir. Aynı oranlar, esas sermayenin azaltılması, tahvil ihracı, fesih ve kamu tüzel kişisi tarafından devralınma kararlarında da uygulanacaktır.

Birinci ve ikinci fıkra dışındaki esas sözleşme değişiklikleri için

hibinin katılımını sağlamaktır. Ağırlaştırılmış yetersayının öngörüldüğü hallerde bir talep hakkı niteliği yoktur. Yani, bu durumda teknik anlamda bir azınlık hakkı yoktur" ., Dural, *Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi*, s. 189.

¹⁹ İmregün, (Menfaat İhtilafı), s. 23-24; Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, s. 18-19; Birsnel, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s. 631.

²⁰ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 433; İmregün, (Menfaat İhtilafı), s. 23-24; Seda Ulaş Kısa, "Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar", *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s. 522; Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması", (Çoğunluk Pay Sahiplerinin Korunması), *BATIDER* 1994, C.17, s. 51.

²¹ Birsnel, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s. 631.

yapılacak genel kurul toplantılarında, ortaklık esas sermayesinin en az yarısına sahip olan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin bulunması gerekir. İlk toplantıda çoğunluk sağlanmazsa, ikinci toplantıda bu oran 1/3 tür.

Kanunen aranan yeter sayıya göre toplanan genel kurulda, TTK m. 388/1 hükmü haricinde, kararlar çoğunluk iradesi ile alınır.

TTK m. 388 hükmünde belirlenen oranların, esas sözleşme ile değiştirilmesi imkanı hususunda kanunda bir açıklık yoktur.²² Ancak, bu hükümlerin pay sahiplerini korumak amacı ile kanunda yer aldığı düşünüldüğünde, nisapların ağırlaştırılmayacağı sonucuna ulaşmamız mümkündür.²³

Gerek adi, gerekse ağırlaştırılmış karar yeter sayıları genel kurul kararının mevcudiyeti için gerekli değildir. Çünkü adi ekseriyetten daha zayıf nisaplarla da bütün paysahiplerini bağlayıcı kararlar alınabilmektedir. Karar yetersayılarına ilişkin hükümler ortaklar arası ve ortakların ortaklıkla ilişkilerini düzenleyen nisbi emredici hükümlerdir ve bunlara aykırı kararların iptali gerekir.²⁴

Diğer görüşe göre ise, karar, belirli oranda oyun genel kurulda aynı yönde kullanılması ile oluşan bir hukuki işlemdir. Hukuki işlem olan kararın kurucu unsuru, beyandır. Beyan yoksa hukuki işlem hiç

²² "TTK m. 388 hükmündeki nisaplar emredici niteliktedir ve değiştirilemez. Değiştirilebilmeleri için kanunda açık bir hüküm bulunması gerekir"., Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 433; "TTK m. 279 hükmü, toplantı ve karar nisaplarının esas mukavelece tanzim edilebileceği esasını vaz ve m.385 de bazı hususlarda ittifak şartı dahi konabileceğini beyan ettiğine göre, kanunen aranan mevsuf ekseriyetler daha da ağırlaştırılabilir, hafifletilemez. Bu hükümler, azınlığın korunması amacıyla matuf olup emredici niteliktedir". İmregün (Menfaat İhtilafları), s. 53; "Emredici hükümlerle tespit olunan ağır nisaplar, toplantı ve kararlarda aranan asgari yetersayılardır. Bu nedenle bunların hafifletilmesi mümkün değildir. Buna karşı azınlığı korumak amacı ile kanunen kabul edilen bu ağır nisapların, esas mukavele ile daha da ağırlaştırılması mümkündür", Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması*, s.949; "Esas sözleşme değişikliklerindeki toplantı ve karar yeter sayılarının aşağı çekilmesi küçük grupların, çoğunluk adına hareketle, genel kurullarda isteklerini kolayca elde etmelerine imkan vermektedir. Azınlık haklarının kuvvetlendirilmesi bakımından, yeter sayılarda ağırlaştırma yapılabilmesine kanunen bir engel bulunmamaktadır". Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, s. 21-22.

²³ Oğuz İmregün, "Anonim Ortaklıkta Azınlığın Himayesi", (Himaye), *Banka ve Ticaret Hukuku Haftası*, Ankara 1964, s.176.

²⁴ Moroğlu, (Hükümsüzlük), s. 84-87.

doğmamış kabul edilir. Genel kurulda bir karar alınabilmesi için, kanunda veya esas sözleşmede belirlenen toplantı ve karar yeter sayılarına uyulmadan karar alınması durumunda karar yok hükmündedir.²⁵

2. Kurulardan Dolayı Sorumlu Olanların Sulh ve İbraları

TTK m. 310 hükmüne göre, anonim ortaklığın kuruluşundan sorumlu olanlar, ortaklığın tescilinden itibaren dört yıl geçmedikçe, bu sorumluluktan kurtulamazlar.

Dört yıllık süre geçtikten sonra da, sulh ve ibra yapılabilmesi için azınlığın bu konuda olumsuz oy kullanmaması gerekmektedir. Kurulustaki sorumluluk sebebiyle azınlığa ibrayı engelleme hakkı tanınmıştır. İbrayı engellemek için azınlıkta kalanların çekimser kalmaları yeterli olmayıp, açıkça aleyhte oy kullanmaları gerekir.²⁶

Doktrindeki baskın görüş, TTK m. 310 hükmünde, azınlığa, olumsuz oy kullanmak suretiyle genel kurulda bir kararın oluşmasına engel olma imkânını veren olumsuz bir azınlık hakkının var olduğunu kabul etmektedir.²⁷

İkinci bir görüşe göre, kurucularla ilk yönetim kurulu üyelerinin kurulardan dolayı sorumluluklarından sulh ve ibralarına engel olmalarını düzenleyen TTK m. 310 hükmündeki hakkın talep şeklinde kullanılmaması nedeniyle teknik anlamda bir azınlık hakkı olmadığı ifade edilmiştir. Azınlığı korumak maksadı ile sevk edilen bütün hükümler teknik anlamda azınlık hakkı olmayıp bunlardan talep hakkı olarak düzenlenenler teknik anlamda bir azınlık hakkı ortaya çıkarırlar.²⁸

Son görüşe göre ise, TTK m. 310 hükmünde, teknik anlamda bir azınlık hakkı olmadığını, bu hükmün karar yeter sayılarına ilişkin olduğunu savunmaktadır. Azınlık, olumsuz oy kullanarak, sulh ve ibra kararının alınması için gerekli olan yetersayının oluşmasını engellemektedir.²⁹

²⁵ İmregün, (Anonim Ortaklıklar), s. 149; Helvacı, (Azınlık Hakları), s.305; Dural, *Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi*, s. 190.

²⁶ Zühtü Aytaç, *Anonim Ortaklıkta İbra*, Ankara 1980, s.107.

²⁷ İmregün, (Menfaat İhtilafları), s. 48; Birsnel, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s.637-638; Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, s. 22; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 433.

²⁸ Helvacı, (Azınlık Hakları), s. 299 (dpn.7).

²⁹ Moroğlu, (Hükümsüzlük), s. 86; Dural, *Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi*, s.187.

Ortaklığın kuruluşu sırasında ortaya çıkan zararlar bakımından gerek genel kurula karşı, gerekse kuruluştan sorumlu bulunan kurucu, ilk yönetim kurulu üyesi ve denetçilere karşı koruyan bu hüküm emredici olduğundan daraltılamaz.³⁰

Kuruluştan sorumlu olanların ibra edilmelerinde kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak, yani azınlığın aleyhe oy kullanmasına karşın olumsuz oy alınmışsa, azınlık, genel kurul kararının iptalini isteyebilmelidir.³¹

B. OLUMLU AZINLIK HAKLARI

Olumlu azınlık haklarında, azınlığın kanunun kendisine hak tanıdığı hususlarda somut bir talepte bulunması söz konusudur.³² Olumsuz azınlık haklarından farklı olarak, sadece menfi oy kullanılması yeterli değildir, belirli bir koordinasyon ve davranış ile haklarını gerçekleştirmektedirler.

1. Yönetim Kurulu ve Denetçiler Aleyhine Dava Açılmasını Talep Hakkı

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, kusura dayalı, akdi ve müteselsil sorumluluktur. Yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açmaya yetkili organ, TTK m. 341 hükmüne göre, genel kuruldur. Yani, sorumluluk davasının dinlenebilme-

³⁰ Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması*, s. 410.

³¹ “Özellikli yetersayı şartı, azınlık haklarını korumak için sevk edilmiştir. Belirli bir azınlığı değil, tek bir pay sahibinin haklarını koruyan mütesep haklara tecavüzün dahi ancak TTK m. 381 hükmü manasında bir iptal hakkı verdiği düşünülürse, özellikli yeter sayı arandığı halde, bu ekseriyet elde edilmeksizin verilen kararların öncelikle ancak iptal edilebilir olduğu neticesine varmak gerekir. Çok daha ağır bir tecavüz iptal ile müeyyelenendirildiğine göre, daha hafif bir ihmal yoklukla müeyyelenendirilemez” ., İmregün, (Menfaat İhtilafları), s. 58; “Toplantı nisabı bulunmadan toplantı yapılmasında, alınan kararı mutlak hükümsüzlükle sakatlanmıştır. Zira geçerli bir genel kurul toplantısı yapılmamıştır” ., Poroy (Tekinalp/Çamoglu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 433; “Toplantı yetersayılarına aykırı hallerde olduğu gibi, karar yetersayılarına aykırılık hallerinde de hükümsüzlük sonucunu kabul etmek gerekir. Toplantı ve karar yetersayılarını düzenleyen hükümler emredici niteliktedir ve kamu düzeni ile ilgilidir” ., Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, s. 23-24.

³² Birsnel, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s. 639.

si için, genel kurulun bu konuda karar alması gerekir.³³ Genel kurul sorumluluk davası açılması talebini reddetse dahi, azınlık olumlu oy kullanırsa, anonim ortaklık sorumluluk davası açmaya mecburdur.³⁴

a. Sorumluluk Davasının Esasa İlişkin Şartları

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk sebepleri TTK m. 336 hükmünde sayılmıştır. Esasa ilişkin olan bu şartları; hisse senetleri bedeline mahsuben pay sahiplerine yapılan ödemenin doğru olmaması, dağıtılan ve ödenen kâr paylarının gerçek olmaması, kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya bu defterlerin düzensiz olarak tutulması, genel kurul kararının nedensiz olarak yerine getirilmemesi ve gerek kanunen gerek esas mukavelelerin kendilerine yüklediği sair görevlerin kasden veya ihmal sonucunda yapılmaması sayılmıştır.

b. Sorumluluk Davasının Usule İlişkin Şartları

Sorumluluk davasının esasa ilişkin şartları gerçekleştiğinde, sorumluluk davası, anonim ortaklık, alacaklılar ve anonim ortaklığın ortaklarıdır. Sorumluluk davası açılabilmesi için, bir genel kurul kararının bulunması gerekir.

Genel kurulun alacağı karar da, özel bir yetersayı aranmamıştır. TTK m. 341 hükmünde ise, esas sermayenin yüzde onunu temsil eden ortakların genel kurula dava açılmasını istemesi halinde bir ay içinde sorumluluk davasının açılması gerektiği belirtilmiştir. Sorumluluk davası, ortaklık adına, denetçiler tarafından açılır ve yürütülür. Davanın denetçiler tarafından açılması ve yürütülmesi zorunlu değildir, azınlı-

³³ "Yöneticiler hakkında dava açılabilmesi için, bu konunun genel kurulda bir gündem maddesi veya gündem dışı olmakla beraber, konunun en azından bir teklifle genel kurul gündemine alınması gerekir" .., Yavuz Okçuoğlu, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Hakkında Azlık Oyları İle Dava Açılması Koşulları", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 61.

³⁴ Oruç Hami Şener, "TTK 341'e Göre Azınlığın İstemi Üzerine Yönetim Kuruluna Karşı Açılacak Sorumluluk Davasının Kimin Tarafından Açılacağı Sorunu", Makaleler, Cilt I, (Sorumluluk Davası), s. 121.

ğın istemi üzerine dava vekil³⁵ aracılığıyla da³⁶ açılabilir.³⁷ Denetçilerin veya azınlık vekilinin bir ay içinde dava açmaması durumunda, azınlığın dava açma hakkı düşmez, ancak, dava açmayanların sorumluluğu yoluna gidilebilir.

Azınlık, ortaklığın bu nedenle uğrayabileceği muhtemel zararlara karşılık olmak üzere, bankaya bir miktar teminat³⁸ yatırmak zorundadır.

Yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılan davanın haksız olduğunun anlaşılması ve davadan ortaklığın zarar görmesi halinde, ortaklık, dava açılmasını isteyen pay sahipleri aleyhine dava ikame edecek olursa bu hisse senetleri talep edilecek tazminatın güvencesini teşkil

³⁵ “Kanun, azınlığa vekil atama hususunda seçim hakkı tanımıştır. Azınlık, dava açıldıktan sonra da vekil atanmasını isteyebilir. Azınlık, fiili bir topluluk olmakla beraber vekil atama, gerektiğinde vekili azletme, vekile davanın nasıl yürütüleceği konusunda talimatlar verebilir”. Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, (Sorumluluk), İstanbul 2001, s. 88; İlhan Ethem Postacioğlu, “Anonim Şirkette İdare Meclisi Azalarının Mesuliyeti ile İlgili Meseleler”, *Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan*, İstanbul 1978, s. 487; Şener, *TTK 341'e Göre Azınlığın İstemi Üzerine Yönetim Kuruluna Karşı Açılacak Sorumluluk Davasının Kimin Tarafından Açılacağı Sorunu*, s. 129-130.

³⁶ “Azınlığın atayacağı vekilin avukat olması gerekir”, Birsal, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s. 641; Hakan Pekcanitez, “Anonim Ortaklıkta Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar”, *DEÜHFD*, 1987, C.III, S. 1-4 s. 451; Şener, *TTK 341'e Göre Azınlığın İstemi Üzerine Yönetim Kuruluna Karşı Açılacak Sorumluluk Davasının Kimin Tarafından Açılacağı Sorunu*, s. 129.

³⁷ “Kendisini vekille temsil ettiren azınlığın, sorumluluk davasının açılmasını sağlama hakkını kullanarak kendi iradesini ortaklığın iradesi haline dönüştürmesinden hareketle, seçilmiş yasal bir organ olmadığı halde böyle organlara özgü bir görevi doğrudan yerine getiren veya yerine getirmesi için organları etkileyen bir olgu organ niteliğine bürünmektedir”. Helvacı, (Sorumluluk), s. 120-121; Seda Ulaş Kısa, “Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar”, *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s. 524; “ Sorumluluk davasını açmaya sadece denetçiler yetkilidir. Kanun koyucu TTK m.341 hükmünde azınlığa sadece sorumluluk davası açılmasını isteme ve dilerse bir vekille sorumluluk davasına katılma hakkı imkânı vermiştir. Yoksa azınlığın veya azınlık vekilinin dava açma imkanı yoktur”. İlhan Ethem Postacioğlu, “Anonim Şirkette İdare Meclisi Azalarının Mesuliyeti ile İlgili Meseleler”, s. 483; Hakan Pekcanitez, “Anonim Ortaklıkta Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar”, s. 452.

³⁸ “Teminat, dava şartı olarak öngörülmüştür. Mahkeme, davanın esasına girmeden önce teminat yatırılıp, yatırılmaması gerektiğini araştırmak zorundadır”. Baki Kuru, “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptali Davasında Teminat Gösterme Dava Şartı mıdır?”, *BATIDER*, Aralık 1980, C.X, S.4, s.952.

edecektir.³⁹ Davanın kaybedilmesi durumunda, azınlık, ortaklığa karşı sorumlu olur.

Sorumluluk davası, öğrenme tarihinden itibaren iki yıl ve her halde beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Dava açılmasına neden olan eylem, aynı zamanda bir suça sebep oluyorsa, bu suç için ceza kanunlarında öngörülen zamanaşımı süresi içinde de dava açılabilir.

c. Azınlığın Sorumluluk Davasında Karşılaşabileceği Problemler

Azınlığın, anonim ortaklığın yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılmasını talep edebilmesi ağır şartlar içeren bir koruma yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. TTK m. 309 hükmünde, pay sahiplerinin herbirine sorumluluk davası açma imkânı verilmiş olması, azınlığın bir araya gelip dava açmasını zorlaştıran TTK m. 341 hükmü karşısında daha avantajlı görünmektedir.⁴⁰

Azınlık, yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açmak isterse, kendisi için daha ağır şartları içeren TTK m. 341 hükmündeki sistem yerine, daima TTK m. 309 hükmündeki sistemi tercih edecektir. Sorumluluk davasını tercih etmek isteyen pay sahibi, 1/10 esas sermayeyi temsili temin etmekle uğraşacak yerde doğrudan doğruya kendi başına TTK m. 309 hükmüne göre dava açılacaktır.⁴¹

TTK m. 380 hükmü gereğince, bilançonun tasdiki ile ilgili ortaya çıkan ibra kararına karşı azınlık pay sahipleri genel kurul gündeminde olmasa dahi sorumluluk davası açılmasını talep edebilirler. Bu durum dışında, yönetim kurulu aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için, genel kurul gündeminde o konunun yer alması gerekmektedir. Azınlığın yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açmak istediği durumlarda, gündeme bağlılık ilkesi gereğince bu konuda gündeme madde ekletmesi gerekir. Azınlığın genel kurul gündemine madde ekletmesi, genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırması ile mümkün olabilecektir.

İkinci engel, esas sermayenin 1/10'unu temsil eden pay sahiple-

³⁹ Ünal Tekinalp, "Azlığın Hisse Senetlerini RehİN Olarak Tevdi Etmesi Zorunluluğunun Amacı ve Bazı Sorunlar", (Tevdi Etme), *İktisat ve Maliye*, C.29, S.8, 1982, s. 323.

⁴⁰ İmregün, (Himaye), s. 185.

⁴¹ İmregün, (Menfaat İhtilafları), s. 68.

rinin tek kişi olmaması durumunda, pay sahiplerinin bir araya gelip, ortak karar almayı da zorlaştıracaktır.⁴²

Azınlığın teminat verme⁴³ yükü de diğer bir ürkütücü engeldir. Dava sonunda azınlık vermiş olduğu teminatla değil, sınırsız olarak sorumludur. Dava masrafları ve vekâlet ücreti ile beraber, ortaklığın uğradığı diğer zararlar azınlığa yüklenir. TTK m.341 hükmüne dayanarak dava açılması durumunda azınlık adına davayı anonim ortaklık açar ve masraflarını ortaklık karşılar, TTK m. 309 hükmüne göre tek bir pay sahibinin dava açması durumunda dava masraflarını pay sahibi karşılayacaktır. Bütün masrafların tek pay sahibi tarafından yapılması ve gerektiğinde bu masrafın yüklenilmesi ile önceden ortaklık tarafından yapılması, davanın kaybedilmesi halinde azınlığa tazmin ettirilmesinin arasında önemli bir fark vardır. Ortaklık isterse azınlığın bu masrafları ödemesinden vazgeçebilir.⁴⁴ Dolayısıyla, azınlığın TTK m. 341 hükmüne göre dava açması daha avantajlıdır.

Azınlığın TTK m. 341 hükmüne göre dava açma hakkı ve pay sahiplerinin tek başına dava açma hakları, küçük pay sahiplerini çoğunluk gücüne karşı korumak amacıyla getirilmiş hükümlerdir. Azınlık haklarının korunmasını amaçlayan TTK m. 341 hükmünün işleyişi pratik değildir. Çünkü sorumluluk davasında azınlığı denetçilerin temsil etmesi, denetçilerin çoğunluk iradesi ile seçilen kişiler olması sebebiyle, isteksiz olarak görev yapmaları veya usul hataları ile davayı kaybetmeleri mümkün olabilecektir. Bir sorumluluk davası olan teminat miktarı belirlenirken, denetçilerin hesaplamayı yanlış yapmaları söz konusu olabilir. Azınlığın sorumluluk davasında kendilerini temsil etmesi için vekil atanmasını istemesi durumunda da çok farklı bir durum ortaya çıkmayacaktır.⁴⁵ Çünkü atanacak vekil için özel bir şart aranmamıştır.⁴⁶

⁴² İmregün, (Menfaat İhtilafları), s. 68.

⁴³ "Bütün azınlık haklarının kullanılması sırasında karşı grubun talebi halinde başka teminat gösteremeyen azınlığın pay senetlerinin rehnedilmesinin gerekli olduğu ve hakkın açıkça kötüye kullanıldığı hallerde teminat müeyyidesinin işleyeceği hükme bağlanmalıdır. Teminat, azınlık ile menfaat zıtlığı içerisinde bulunanlar arasında dengenin kurulmasını sağlayacaktır"., Helvacı, (Azınlık Hakları), s. 302.

⁴⁴ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 434.

⁴⁵ Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, s. 29-30.

⁴⁶ "Masrafı ortaklık tarafından karşılanmak üzere davanın azınlığın tayin edeceği bir avukat tarafından açılması ve bu avukatın da gerekli incelemeyi yapmak ve

2. Bilanço Görüşmelerinin Ertenilmesi Talebi

TTK m. 377 hükmüne göre, ortaklık sermayesinin onda birini temsil eden azınlık, genel kurul toplantısında, bilanço görüşmelerinin en az bir ay geriye bırakılmasını isteyebilecektir. Kanunda öngörülen bir aylık süre, azınlık lehine müktesep hak niteliğinde olan asgari bir süredir.⁴⁷ Bilanço görüşmeleri ile ilgili toplantı bir aydan fazla süreyle ertelenebileceği gibi, azınlığın istemi üzerine bir aydan önceki bir tarihte de yapılabilir.⁴⁸

Azınlığın bilançonun ertelenmesini istemesi talebi ile, genel kurul gündemindeki bütün konuların mı, yoksa sadece bilançoyla ilgili maddelerin mi erteleneceği belirsizdir. Azınlığın bilanço görüşmelerinin ertelenmesini istemesi ile, gündemin bilanço ile ilgili, örneğin, kâr dağıtımı, ibra ve ibraya dayalı olarak yönetim kurulu ve denetçilerin seçimi gibi tüm maddelerinin ertelenmesi gerekir.⁴⁹ Bilanço görüşmelerinin ertelenmesi, toplanacak olan genel kurulda görüşülecek olan tüm maddelerin ertelenmesi sonucunu doğurur.⁵⁰ Bilançonun ayrılmaz cüz'ü niteliğinde bulunan kâr-zarar hesabı da ertelemeye dâhildir. Bundan başka gündemde yer alan kazancın dağıtılması ile ilgili teklifte ertelenmelidir, ancak, ibra ile ilgili maddelerin ertelenmesi şart değildir.⁵¹ Bilançonun onaylanması ile ilgili görüşmeler ertelenmişse, ibra kararının da ertelenmesi gerekir.⁵² Bilanço ile beraber ertelenebilecek olan genel kurul kararları, bilançonun ertelenmesi ile etkilenecek maddeler ile sınırlandırılmalıdır.⁵³ Bilanço görüşmelerinin ertelenmesi ile kar ve zarar hesabı, yönetim kurulunun karın ne şekilde dağıtılacağına ilişkin önerisi, yönetim kurulunun yıllık raporu ve denetim raporu, sermaye arttırımı, tahvil çıkarılması ve ibra oylaması yapılabilecektir.⁵⁴

yaptırabilmek açısından hesapların kendisine gösterilmesini isteme hakkına sahip olmasını isteme hakkının verilmesi çözüm olarak öngörülmektedir". , Tekinalp, (Sistem), s. 238-239.

⁴⁷ Ünal Tekinalp, "Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerelerin Ertenilmesi İstemi", (Müzakere), *İHFM*, C. XLII, S.I-IV, İstanbul 1977, s. 241.

⁴⁸ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 435.

⁴⁹ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 435.

⁵⁰ Birsnel, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s. 640; Arslanlı, *Anonim Şirketler*, s. 242.

⁵¹ Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması*, s.857.

⁵² Zühtü Aytaç, *Anonim Ortaklıkta İbra*, Ankara 1980, s. 145.

⁵³ Tekinalp, (Müzakere), s. 237.

⁵⁴ Ersin Çamoğlu, "Azınlığın Bilanço Ertelemesi Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler?", *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s. 290-291.

TTK m. 377 hükmü uyarınca bilanço görüşmelerinin ertelenmesinden sonra, gündemdeki yönetim kurulu üyeleri seçimi ve denetçi seçimi yapılabilir. ⁵⁵ Organlara ibraya ihtiyacı olmayan yeni adaylar seçilecekse, bu seçimin yapılmasına engel yoktur. Organlar henüz genel kurula hesap vermemiş ve aklanmamış üyelerin tekrar seçilmeleri söz konusu ise, seçim maddesi ertelenmelidir. ⁵⁶ Yönetim kuruluna seçilmesi öngörülen kişiler, eski yönetim kurulu üyelerinden tamamen farklı ise, bilanço görüşmelerinin ertelenmesinin talep edildiği genel kurul toplantısında yeni yönetim kurulu üyeleri seçilebilir. ⁵⁷

Azınlık, bilanço görüşmelerinin ertelenebilmesi için, gerekçe ⁵⁸ göstermek zorunda değildir. ⁵⁹ ünkü TTK m. 377 hükmünün amacı, azınlığın bilanço etrafında incelemesine olanak tanımaktır. ⁶⁰

TTK m. 377 hükmüne göre, bilançonun itiraza uğrayan noktaları hakkında gerekli itirazın yapılmaması durumunda azınlık, bilanço görüşmelerinin ikinci kez ertelenmesini isteyebilir. Kanun, azınlığa bilançonun ertelenmesini talep hakkını sadece bir kereye mahsus olarak vermiş, ikinci defa görüşmelerin yapılabilmesini, ilk toplantıda bilançonun belirli noktaları hakkında yönetim kurulundan açıklama

⁵⁵ İmregün, (Anonim Ortaklıklar), s. 316; Gönen Eriş, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, Ankara 1987, s. 1090; Hasan Pulaşlı, "Alman Hukukunda Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı", *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s.685; Tekil, *Şirketler Hukuku*, s.404; Aksi görüş için bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 399.

⁵⁶ Çamoğlu, "Azınlığın Bilanço Ertelemesi Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler?" s. 292.

⁵⁷ Ömer Teoman, "Bilanço Görüşmelerinin Azınlığın İstemi Üzerine Ertelendiği Genel Kurul Toplantılarında Yeni Yönetim Kurulu Seçilebilir mi?", (Yeni Yönetim Kurulu), *İktisat ve Maliye*, s.392; Ömer Teoman, "Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertelenmesini İsteme Hakkı Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", (Erteleme), *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, s.88.

⁵⁸ "Genel kurul veya yönetim kurulu azınlık pay sahibinin defter ve belgeleri inceleme talebini reddederken herhangi bir gerekçe göstermek zorunda değildir. Pay Sahibinin defterleri ve belgeleri inceleme hakkının tek sınırlaması, ortaklık sırlarının ihlali olmalıdır"., Selçuk Özbek, "Şirketler Gruplarının Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 363/İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı", s. 314.

⁵⁹ "Azınlık, gerekçe göstermeksizin bilançonun ertelenmesini isteyemez. Gerekçe gösterilmesi istenmeseydi, gerekçe göstermeme müeyyilendirilmezdi"., Birsal, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s. 639.

⁶⁰ İsmail Kayar, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Azınlığın Bilanço ile İlgili Görüşmelerin Ertelenmesine Karar Verme Hakkı", (Erteleme), *İstanbul Barosu Dergisi*, C.67, S.4-5-6, 1993, s. 279.

istenmiş olması ve yeterli açıklamaların ikinci erteleme toplantısında da yapılmamış olması şartına bağlamıştır. İkinci toplantının yeni bir toplantı mı, yoksa ertelenen toplantının aynısı mı olduğu doktrinde tartışmalıdır. İlk görüşe göre, ikinci toplantı, ertelenen ilk toplantıdır. Yeni toplantı görüşü maddede yer alan “müzakare... bir ay sonraya bırakılır” ibaresiyle çelişmektedir. Ayrıca, ikinci toplantının yeni bir toplantı olduğunun kabul edilmesi halinde de, yeni azınlığın TTK m. 377 hükmündeki erteleme hakkını kullanabileceğini belirtmektedir.⁶¹ Aksi görüşe göre ise, ikinci toplantı yeni bir toplantıdır. Bilanço ile ilgili gündem maddeleri saklı kalmak kaydıyla yeni bir gündem düzenlenebilir.⁶²

Azınlığın, TTK m. 377 hükmündeki hakkını kullanarak bilançonun görüşülmesini ertelemesini talep hakkına ve bununla bağlantılı gündem maddeleri hakkında karar verilmesi durumunda, alınan kararlar TTK m. 381 hükmü uyarınca iptal mi edilecektir⁶³ yoksa yoklukla⁶⁴ sakat mı olacaktır hususu doktrinde tartışmalıdır. Bilançonun görüşülmesinin ertelenmesini isteyen azınlığa rağmen genel kurul görüşmeye devam ederek bilançoyu onaylarsa ve kar dağıtım kararı olsa da, mahkeme, istem üzerine, erteleme talebini dikkate almayan genel kurul kararını iptal ederek azınlığın erteleme talebinin kabul edildiğine hükmedecek, genel kurulun bilançoyla ilişkili diğer kararları da böylece geçersiz hale gelecektir.⁶⁵ Gündemdeki maddelerden gerek bilançoyla ilgili görüşmeleri etkileyecek olanlar gerekse ikinci toplantıdaki bilançodan etkilenecek olan kararların ertelenmesi gerekmektedir.⁶⁶

Bilanço görüşmelerinin bir ay sonraya ertelenmesi, haksızlığa ve kanunsuzluğa engel olmak açısından azınlığa⁶⁷ bir yarar sağlamamaktadır.⁶⁸ Bir ay sonra çoğunluk gene istediği kararı almaktadır. Bunun

⁶¹ Arslanlı, *Anonim Şirketler*, s. 199; Tekinalp, (Müzakere), s. 242.

⁶² Birsnel, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s. 642; Kayar, (Erteleme), s. 283.

⁶³ Arslanlı, *Anonim Şirketler*, s.100; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 413.

⁶⁴ Tekinalp, (Müzakere), s. 240.

⁶⁵ Erdoğan Moroğlu, *TTK'ya Göre Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, (Hükümsüzlük), İstanbul 2004, s. 257-258; Moroğlu, (Korunma), s. 52.

⁶⁶ Kayar, (Erteleme), s. 280.

⁶⁷ “Bilançonun ertelenmesi hükmünün işlerlik kazanabilmesi için, çoğunluğu fesih tehdidi altında bırakmak veya aykırılıkları müeyyidelendirmek ile mümkün olacaktır”., Tekinalp, (Sistem), s. 235.

⁶⁸ “Bir aylık süre, azınlık lehine kazanılmış hak niteliğindedir. Genel kurul isterse bu süreyi bir aydan fazla olarak belirleyebilir”., Teoman, (Erteleme), s. 84-85.

yerine, bilanço görüşmeleri bir ay sonra ertelendikten sonra, yönetim kurulu bu sorulara hiç veya gereği gibi cevap vermemiş ve haklı eleştirilere rağmen kar-zarar hesabını kabul etmişse, azınlığın talebi üzerine mahkeme bu soruları bilirkişilere inceletip, itirazların haklı olup olmadığını araştırabilmelidir.⁶⁹

3. Özel Denetçi Atanmasını İsteme Hakkı

TTK m. 348 hükmü gereğince, azınlık, belirli hususların incelenmesi ve denetlenmesi için, gerekli hallerde özel denetçi tayin edilmesini talep edebilir. Azınlığın bu talebinin red olunması durumunda, azınlık pay sahipleri, hisse senetlerini bankaya tevdi etmek koşuluyla, özel denetçi atanması için mahkemeye başvurma hakkına sahiptirler.

a. Özel Denetçi Atanması İstemi İçin Ön Şartlar

Azınlığın özel denetçi atanması talebinin dinlenebilmesi için, esas sermayenin yüzde onuna sahip olması gerekmektedir. Yüzde onluk oran, azınlık aleyhine artırılamayacağı gibi, özel denetim hakkını tamamen kısıtlayan bir sözleşme hükmü de konamayacaktır. Ancak, esas sözleşmeyle azınlığın bu hakkını kullanmasını kolaylaştıran oranların kabul edilmesi mümkündür.⁷⁰

TTK m. 348/2 hükmü gereğince, azınlık, esas sermayenin yüzde onuna özel denetçi atanması ile ilgili görüşme yapılacak genel kurul toplantısından en az altı ay önce sahip olmalıdır.⁷¹ Azınlığın, en az altı ay öncesinden⁷² esas sermayenin yüzde onuna sahip olduğunun tespiti

⁶⁹ Ünal Tekinalp, "Azınlık Hakları ve Bireysel Haklar", (Azınlık Hakları), 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ve Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul 1997, s. 152-153.

⁷⁰ Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", (Özel Denetçi), İFHM, C. XLII, S.1-4, s. 342.

⁷¹ "Altı aylık sürenin kabul edilmesinin nedeni, özel denetçi seçilmesi veya atanması istemini sırf ortaklığa karşı bir baskı aracı olarak kullanmak amacıyla genel kuruldan hemen önce geçici bir süre için pay edinilmesi yolunu kapatmaktır"., Moroğlu, (Özel Denetçi), s. 352.

⁷² "Azınlığın paylara en az altı ay önceden beri sahip bulunduğu ancak genel kurulda saptanabileceği, bu nedenle de özel denetçi isteminin daha önceden ileri sürülüp, gündeme madde konmasının istenmesi gereksizdir. Özel denetçi atanması istemi, diğer azınlık haklarından farklı değildir. Gündemdeki maddelerle bağlantı

konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Nama yazılı pay senetleri bakımından, anonim ortaklığın pay defterine kayıt tarihi esas alınabilir. Hamiline yazılı pay senetlerinin kazanılma tarihini ispat etmek ise oldukça zordur.⁷³ Bu sebeple, bu pay senetlerinin kazanılma tarihinin ispatı bakımından, mahkeme veya noter huzurunda yemin de yeterli sayılmalıdır.

Azınlığın özel denetçiler tarafından incelenmesini isteyebileceği konular, kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre, araştırılması istenen olay veya yolsuzluk en çok iki yıl içinde meydana gelmeli,⁷⁴ kanuna veya esas sözleşme hükümlerine önemli surette aykırı hareket edildiği iddia edilmeli, bilançonun gerçekliğinin araştırılması konularında özel denetçi tayinini talep edebilirler.⁷⁵

İki yıllık sürenin, bilançonun gerçekleştiğinin araştırılmasını kapsayan durumlarda göz önüne alınmaması gerekir. Söz edilen bilanço, genel kurulun gündeminde yer alan son faaliyet yılına ait bilançodur. Bu nedenle, maddenin bilançoyla ilgili hükmünü ayrıca değerlendirerek, iki yıllık sürenin dışında tutulması gerekir.⁷⁶

kurulması koşuluyla özel denetçi atanması istenebilir”., Ömer Teoman, “Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi”, (Gündeme Bağlılık), *İktisat ve Maliye Dergisi*, C. XXVII, S.2, Mayıs 1980, s.75.

⁷³ “Anonim ortaklıkta azınlığın yüzde on paya sahip olduğunun belirlenebilmesi açısından, mahkeme veya noter huzurunda yemin yapılmasının yeterli olacağı belirtilmiştir”., İmregün, (Himaye), s.189; İmregün, (Menfaat İhtilafları), s. 72-73; “Ortaklık kayıt ve makbuzları, icra dosyaları, şahit, bilirkişi ve yemin gibi her türlü delille azınlığın esas sermayeye hangi oranda sahip olduğu tespit edilebilmelidir”., Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, s. 741; Seda Ulaş Kısa, “Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar”, *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s. 525.

⁷⁴ “İki yıllık sürenin başlangıcı, genel kurula istemde bulunulma tarihi olmalıdır”., Moroğlu, (Özel Denetçi), s. 350.

⁷⁵ “Mahkeme, yolsuzluğun ve hakkın kötüye kullanılmasının anlamını ve bilançonun hangi kalemlerinin gerçeği yansıtmadığının somut olarak belirtilmediğini vurgularak özel denetçi atanması talebini reddetmiştir. Madde metninde yer alan hususların olayda var olup, olmadığı, özel denetçilerin yapacağı inceleme ve araştırma ile ortaya çıkacaktır. Ayrıca özel denetçi dayanak yapılacak olan vakımlar yönünden kesin hükümden de söz edilemeyeceğine göre bilançonun gerçeklik derecesinin araştırılması istemlerinde, atama konusunda daha ılımlı davranılması zorunluluğu vardır”. Yargıtay 11 HD. 28.01.2002, E. 44/577, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 436.

⁷⁶ “Son iki yılın özel denetçiye havale edilecek bilanço ile ilgisi yoktur. Geçmiş yıllara ait bilançoların TTK m.304 hükmüne aykırı olarak iki yıl geçtikten sonra genel ku-

b. Azınlığın Özel Denetçi Tayini Talebini Kullanabilme Şartları

Azınlığın özel denetçi tayini talebi, genel kurulda yapılacaktır. Genel kurul, sahip olduğu bu yetkiyi devredemez. Anonim ortaklıklarda genel kurulun çalışması, gündeme bağlı olarak gerçekleştirilir. Gündeme bağlılık ilkesi, pay sahiplerinin genel kurulda görüşülecek konulardan önceden haberdar olarak hazırlıklı bulunmaları amacını taşımaktadır. Özel denetçi tayininde azınlığın karşısına çıkan engellerden birisi de, gündeme bağlılık ilkesidir. Azınlığın genel kuruldan özel denetçi atanmasını isteyebilmesi için, genel kurul gündeminde açıklık bulunmasına gerek yoktur.⁷⁷ Özel denetçi tayini, gündeme bağlılık ilkesinin istisnası olarak kabul edilmeli ve bağımsız bir talep olarak ileri sürülebilmelidir.⁷⁸ Azınlık, özel denetçi tayinini istiyorsa, gündemde belirtilmesi zorunludur, ancak bilançonun tasdiki, yönetim kurulunda yapılan bir muamelenin onaylanması müzakere edilecekse veya özel denetçi tayini hususunda TTK m. 348 hükmünde belirtilen hallerin görüşülmesini düzenliyorsa, bu durumlar istisna kabul edilmelidir.⁷⁹ Genel kurul gündeminde özel denetçi tayini ile ilgili madde bulunması zorunludur, ancak, gündemde yer alan bir konuyla ilgili olarak, gündemde olmasa bile özel denetçi atanması talep edilebilmelidir.⁸⁰ Azınlığın özel denetçi atanmasını isteyebilmesi, gündeme bağlılık ilkesinin kapsamı dışındadır.⁸¹ Bu durumu gündeme bağlılık ilkesinin içerisinde düşünmek azınlığın bu hakkı kullanmasını zorlaştıracaktır.⁸²

rul gündeminde yer alması halinde, iki yıllık süre söz konusu değildir”., Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması*, s.742; “İki yıl süre koşuluna uyulması zorunludur”., İmregün, (Menfaat İhtilafları), s. 73; “Bilanço ile ilgili düzenlemeyi iki yıllık sürenin istisnası olarak kabul etmek ve genel kurulda görüşülecek olan bilanço veya bilançoların gerçekliğinin araştırılmasında süre sınırı tanınmalıdır”., Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, s. 41.

⁷⁷ Birsal, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s. 642.

⁷⁸ İmregün, (Menfaat İhtilafları), s. 73-74; İmregün, (Anonim), s. 318.

⁷⁹ Arslanlı, *Anonim Şirketler*, s. 247.

⁸⁰ Tekinalp,(Sistem), s. 237-238; Moroğlu, (Hükümsüzlük), s. 343.

⁸¹ “İsviçre Borçlar Kanunu’nda da özel denetçi tayin edilebilmesi için, bu hususun gündemde yer almasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir”., Akar Öçal, “İsviçre Borçlar Kanununda Değişiklik Yapan Tasarıda Azınlıktaki Ortakların Himayesi”, *İktisat ve Maliye*, C.XXXI, S.1, s. 115.

⁸² Teoman, (Gündeme Bağlılık), s.72; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 437; Oruç Hami Şener, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları, Özellikle Özel Denetçi Atanmasını İsteme Hakkı*, Ankara 1990, (Özel Denetçi), s. 60 vd.

Azınlığın, özel denetçi tayini istediği genel kurulda gündeme bağlılık ilkesi engeliyle karşılaşmakta, gündeme bu konuda madde eklenmesi büyük zahmete sebep olmakta, tüm bu sorunlar çözüme bağlansa dahi denetçiyi çoğunlukmesececeği için, azınlık objektif bir denetçinin sağlayabileceği güvenceden yoksun kalacaktır. Özel denetçi çoğunluk tarafından seçildiği için, iddiaları gereği gibi inceleyememektedir. Azınlığın ortaklık hesaplarını bilmemesi, iddiaları şahsi yorumlarla değerlendirmesine neden olmakta ve bu durum da, çoğunluğun tayin ettiği denetçinin çoğunluğu korumasına hizmet etmektedir. Özel denetçinin raporunu aynı çoğunluk onayladığı için, azınlığın bu hakkı kullanması da bu şekilde engellenmektedir. TTK, yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak olan kişisel sorumluluk davasını özel denetçinin vereceği ve durumu aydınlatıp, sorunu çözeceği sanılan rapor üzerine kurulmuştur. Azınlık, bu rapora dayanarak TTK m. 341 hükmünü işletecektir, fakat bu durum TTK m. 341 hükmünün kapısını kapatmaktadır.⁸³

Genel kuruldan özel denetçi atanmasını isteyen azınlığın talebinin reddedilmesi üzerine başvurabileceği yol, TTK m. 348/2 hükmüne göre mahkemeye başvuraktır. Bu hususun daha etkili olabilmesi için, mahkemeden özel denetçi atanmasını istemenin ayrı bir azınlık hakkı olarak düzenlenmesi gereklidir.⁸⁴

Azınlığın mahkemeye hangi süre içerisinde başvurabileceği konusunda belirtilmemiştir. Mahkemeye başvuran azınlık, sahip oldukları temsil eden pay senetlerini veya il muhaberleri dava sonuna kadar saklanmak üzere bankaya tevdi etmek ve gerekli masrafları davanın açılması sırasında peşin olarak ödemek zorundadır. Masrafların peşin ödenmesi ve pay senetlerinin bankaya tevdi edilmesi dava şartıdır.⁸⁵

Özel denetçi tayinine ilişkin azınlık talebinin mahkemece kabul edilmesi için, dava dilekçesinde yer alan belirli hususlara ilişkin yolsuzluk iddialarıyla kanun veya esas sözleşmeye önemli ölçüde aykırı davranışlar konusunda şüpheyi haklı kılacak yeterli delilinin gösterilmesi zorunludur. Mahkeme, azınlığın talebini haklı görmezse, pay sahipleri ortakların bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olurlar.

⁸³ Tekinalp, (Azınlık Hakları), s. 152.

⁸⁴ Moroğlu, (Özel Denetçi), s. 357.

⁸⁵ Arslanlı, *Anonim Şirketler*, s. 246.

Genel kurulda talebi reddedilen azınlığın aynı zamanda hem özel denetçi tayini için hem de anılan genel kurul kararının iptali için mahkemeye başvurup başvuramayacağı hususu tartışmalıdır.

Yargıtay 11. HD, TTK m. 348/2 hükmüne göre dava açılması durumunda, TTK m. 381 hükmüne göre dava açılmayacağına karar vermiştir.⁸⁶ Yargıtay, 26.02.1982 T., 1982/757 E., 1982/770 K. kararında ise, TTK m. 381 hükmü uyarınca iptal davası açılmış bulunmasına rağmen, daha sonra TTK m. 348 hükmüne dayanarak doğrudan doğruya mahkemeden özel denetçi tayininin talep edilebileceğini belirtmiştir.⁸⁷

Özel denetçi atanmasına ilişkin dava bir eda davasıdır. Bu nedenle azınlık, mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebilir, ancak özel denetçi atanmasının reddine dair genel kurul kararının iptalini dava etmekte hukuki menfaati yoktur.⁸⁸

Genel kurulun özel denetçi seçimine ilişkin kararının iptali isteminde hukuki yarar yoktur, azınlığın istemi reddedilirse azınlık mahkemeye başvurabilir.⁸⁹

Azınlığın isteklerine bir an önce kavuşması açısından iptal davası yolunu kapatmamak ne kadar doğru ise, bir kez iptal davası ikame edildikten sonra, TTK m. 348/2 hükmüne göre, dava açılmayacağını

⁸⁶ “Yargıtay ilamında belirtilen gerektirici sebeplere ve TTK’nın m.348/2 hükmü geçince özel denetçi seçimi için, önce genel kurula başvurma ve bu isteğin genel kurulca reddi koşulunun lazım gelmesine; ortada redde ilişkin bir genel kurul kararı mevcut olmadıkça özel denetçi seçimi için mahkemeye başvurulamayacağını, bu hususun madde hükmünden açıkça anlaşılmasına, bu durumda TTK’nın 381 maddesi hükmüne dayanılarak özel denetçi seçimi isteminin reddine ilişkin genel kurul kararının iptali yoluna gidilemeyeceğinin kabulü gerekmesini, aksi halde yani bu konudaki genel kurul kararının iptal edilmesi halinde, özel denetçi seçimi için mahkemeye başvurma koşulu olan redde ilişkin genel kurul kararının varlığının ortadan kalkacağına ve bu koşulun yokluğu halinde mahkemeden özel denetçi özel denetçi tayini isteminin de reddi gerekeceğine, kanun koyucunun bu çelişkiyi önlemek amacıyla TTK’nın 348. maddesinde düzenleyerek, istemin reddi halinde iptal yoluna gidilmeyip, özel denetçi seçimine mahkeme kanalıyla sağlanması hükmünü getirmiş olmasına göre davalı şirket vekilinin HUMK’nın 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir”. Yargıtay 11. HD, 24.06.1982, E. 1982/2952, K. 1982/3061, YKD, C. VIII, S.9, s.1279; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 436-437; Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*, s.44.

⁸⁷ Ömer Teoman, “Yargıtay 11. HD’nin Özel Denetçi Konusundaki Bir Kararı Üzerine Kısa Notlar”, (Notlar), *İktisat ve Maliye Dergisi*, C. XXIX, S. 2, 1982, s. 59.

⁸⁸ Moroğlu, (Özel Denetçi), s. 355.

⁸⁹ Eriş, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, s. 71.

söylemek de güçsüz pay sahiplerini korumak bakımından sakıncalıdır.⁹⁰

Özel denetçi tayinin reddine dair genel kurul kararının iptali konusunda dava açma zorunluluğu olmaksızın, özel denetçi tayini için azınlığın mahkemeye müracaatı mümkün ise de, iptal davası açmak için TTK m. 381 hükmünde tayin edilen üç aylık hak düşürücü sürenin dolmasından önce red kararının iptali konusunda dava açılması gerekmemektedir. Bununla beraber, bu süre içinde özel denetçi tayini için mahkemeye başvurulması da azınlık haklarının korunması, yersiz ve zamansız kayıpların önlenmesi ve dava tartışmalarının önlenmesi bakımından yararlı olacaktır.⁹¹ İptal ve özel denetçi istemine dair davaların birlikte açılması mümkündür veya ayrı ayrı açılan davalar birleştirilerek de görülebilir.⁹²

Azınlığın bu durumdaki hukuki yararı, TTK m. 381 hükmüne göre, iptal davası açılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süreyi kaçırmamaktır. İptal davası, azınlık lehine sonuçlanırsa, TTK m. 348 hükmüne göre, mahkemeye gitmeye gerek kalmayacaktır.⁹³ Genel kurul kararı iptal edilecek ve toplanacak ilk genel kurulda bu husus görüşülecektir. Genel kurul yeni genel kurul toplantısında, özel denetçi atanmasını uygun bulursa, TTK m. 348 hükmüne göre dava açılmayacaktır.⁹⁴

Mahkeme özel denetçi atanması talebini reddederse, ne yapılmalıdır? Özel denetçi tayininden maksat, delil tespiti yapılmasını sağlamaktır. Bilirkişi çalışması niteliğini taşımayan ve itiraz edilmediği takdirde kesinlik taşıyan bilirkişi raporu seviyesine bile ulaşamayan özel denetçi incelemesi ve bu incelemenin yapılmasını emreden mahkeme kararı hiçbir ihtilafı kesin hüküme bağlamamakta, sadece tedbir niteliğinde kalmaktadır. Mahkemenin özel denetçi atanmasını red kararı kesin hüküm niteliğinde olmadığı için, itiraz edilebilir. Karara itiraz

⁹⁰ Ömer Teoman, "Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulda Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar", (Red), *Yasa Hukuk Dergisi*, C. IV, S.9, 1981, s. 1156.

⁹¹ Moroğlu, (Korunma), s.52.

⁹² Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, s. 743; Doğanay, "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Anonim Şirketlerde, Azınlıkta Kalan Payscalelerinin, Genel Kurul Kararlarını İptal Ettirebilmeleri Hali", s. 375.

⁹³ Teoman, (Red), s. 1154.

⁹⁴ Teoman, (Not), s. 62.

edilmesi ise kararın temyiz edilemeyeceği anlamına gelecektir.⁹⁵

Yargıtay, özel denetçi talebinin reddine ilişkin kararların kesin hüküm niteliği kazanacakları için, temyiz edilebilir nitelikte olduklarını, buna karşın isteğin kabulüne ilişkin kararların davanın eda davası niteliği taşıması sebebiyle sadece delil tespitine yarayacağını kabul etmiştir.⁹⁶

c. Özel Denetçinin Görevleri ve Sonuçları

TTK m. 348 hükmü çerçevesinde bir anonim ortaklıkta belirli konuları araştırmak üzere görevlendirilen özel denetçi, ortaklık defter ve kayıtları ile diğer belgelerde incelemelerden sonra vardığı sonuçları genel kurula sunmak zorundadır. Özel denetçinin raporu, bilirkişi raporu veya delil tespiti raporu niteliği taşır. Bu rapordan yararlanabilecek olanlar, raporu talep eden azınlık ve her bir ortaktır. Denetçi raporu genel kurulda inceler, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılıp açılmayacağına karar verir. TTK m. 341 hükmüne göre, sorumluluk davası açılmamasına karar verilen toplantıda azınlık, dava açılması yönünde oy kullanırsa genel kurul dava açmak zorundadır.

Mahkeme, özel denetçi talebine ilişkin talebi reddederse ve bu durumda azınlığın kötü niyetli olduğu tespit olunursa, mahkeme bu yüzden uğranılan zararların müteselsilen karşılanmasına karar verebilir.

4. Denetçilere Şikâyet Hakkı

a. Denetçilere Şikâyette Bulunmanın Şartları

Anonim ortaklıklarda, kural olarak her pay sahibi, yönetim kurulu üyeleri ve müdürleri aleyhine denetçilere müracaat edebilir. TTK m. 356/1 hükmü gereğince, denetçiler bu müracaatları dinlemeye mecburdurlar.

Denetçiler, kural olarak, her pay sahibinin yaptığı şikayeti incelemeye mecbur olmakla beraber, azınlık denetçilere şikayette bulun-

⁹⁵ Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması*, s. 750; Aksi görüş için bkz., Moroğlu, (Özel Denetçi), s. 354.

⁹⁶ Yargıtay 11. HD, 30.06.1980, E. 3183, K. 3534, *BATIDER*, C. XIV, S.1, s.132.

muşsa, şikayet sonucunu rapor olarak hazırlamak ve gerekliyse, genel kurulu olağanüstü toplantıya davet etmeye mecburdurlar.

TTK m. 356/1 hükmünde belirtilen denetçilere şikâyet etme hakkını kullanmak isteyen azınlık, bu hakkını kullanabilmek için, hisse senetlerini bir bankaya tevdi etmeye mecburdur. Tevdi edilen senetler, genel kurulun ilk toplantısına kadar bankada kalır.

Azınlığın, sahip olduğu pay senetlerini rehin olarak bankaya tevdi etmesine gerek yoktur. Denetçilere bu yolla müracaat eden azınlık aleyhine hiç bir sebeple tazminat davası açılmayacağına göre, hisse senetlerinin bankaya tevdi edilmesinin rehin olarak yapılmasına gerek yoktur. Hisse senetlerinin tevdi edilmesi azınlıkların haklarını kullanmasını zorlaştırmaktadır.⁹⁷ Hisse senetlerinin muteber bir bankaya tevdi edilmesi şartı, hisse senedi çıkarmamış olan anonim ortaklıklarda bu haklardan yararlanma hakkını ortadan kaldırmaktadır.⁹⁸

b. Denetçilerin İnceleme Yükümü ve Bu Yükümün Sonuçları

Azınlığın yönetim kurulu üyeleri veya müdürleri aleyhine denetçilere şikayette bulunması üzerine azınlık, incelediği konu hakkında fikir ve görüşlerini bir rapor halinde beyan etmek ve gerekli gördüğü durumlarda genel kurulu olağan üstü toplantıya çağırma zorundadır.

Azınlığa tanınan bu hakkın, denetçilerin her pay sahibini incelemek zorunda olduğu, şayet iddialar doğru olursa bu durumu şirketin yıllık raporunda göstermek durumunda olunması karşısında, çok etkin bir hak olduğu söylenemeyecektir.⁹⁹ TTK m. 355 hükmüne göre, denetçilerin görevlerinden birisi de, genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma olduğundan, azınlığın genel kurulu olağan üstü toplantıya çağırma gibi bir imkânının bulunduğu da bu durumda sözü edilemeyecektir. Azınlık TTK m. 366 ve 367 hükümleri gereğince, genel kurulu olağan üstü toplantıya çağırma hakkına sahiptir. Azınlığa tanınan bu hak sadece, azınlığın pay senetlerini bankaya tevdi külfeti karşılığında, denetçilerin incelediği ve görüş bildirdikleri hakkında ra-

⁹⁷ İmregün, (Menfaat İhtilafları), s. 75-76; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 437.

⁹⁸ Tekinalp, (Azınlık Hakları), s. 153.

⁹⁹ Tekinalp, (Sistem), s. 236-237.

por sunulmasını sağlamakla sınırlı kalmaktadır.¹⁰⁰ Bu sebeple, azınlık, mahkemededen gerekli incelemenin yapılmasını talep etmelidir. Ayrıca, bağımsız denetim kurulu tarafından da gerekli incelemenin yapılması talep edilmelidir.¹⁰¹ Hatta, azınlığa yeni bir hak olarak, hesap denetçisine itiraz zorunluluğu kabul edilmediği takdirde, azınlığın talebi ile ortaklığın konsolide bilanço çıkarmak zorunda tutulabilir.¹⁰²

Denetçi seçilme şartları özel olarak düzenlenmediği ve denetçilerin de yönetim kurulunu seçen çoğunluk tarafından seçilen kişiler olduğu düşünülünce, azınlığın bu hakkının kullanımının ne kadar zayıf kaldığı daha iyi görülebilecektir. Genel kurulu toplantıya davet etme ve gündeme madde ekletme, azınlığa tanınmış haklar olduğundan, sonuca ulaşabilmek için, denetçilerin bankaya hisse senetlerini tevdi ederek, şikayet hakkını kullanmaları azınlıkların haklarını zorlaştırmaktan öteye gidemeyecektir.¹⁰³

5. Genel Kurulu Olağanüstü Toplantıya Davet ve Gündeme Madde Ekletme Hakkı

TTK m. 336 hükmüne göre, azınlık, yönetim kurulundan, gerekli sebepleri bildirerek, genel kurulu olağanüstü toplantıya davet etmesini veya genel kurul zaten toplanacaksa görüşülmesini istediği konuların gündeme madde olarak eklenmesini talep edebilir. Genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma ve madde ekletme hakkını kullanabilecek olanlar, esas sermayenin onda birine sahip olan pay sahipleri olabileceği gibi, esas sermayeye konulacak bir hükümle bu oran onda birin altına da indirilebilecektir.¹⁰⁴ Doktrinde bazı yazarlar, diğer azınlık hakları açısından onda bir esasının sözleşme ile hiçbir şekilde değiştirilemeyeceğini savunurken,¹⁰⁵ hâkim görüş bu oranın tüm diğer

¹⁰⁰ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 437.

¹⁰¹ Tekinalp, (Azınlık Hakları), s. 153.

¹⁰² Tekinalp, (Azınlık Hakları), s. 154.

¹⁰³ Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Hakkı Nedenle Feshi*, s. 36-37.

¹⁰⁴ Yaşar Karayalçın, "Anonim Şirkette Çoğunluk-Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan*, Ankara 1990, s. 361; Seda Ulaş Kısa,

"Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar", *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s. 522 .

¹⁰⁵ İmregün, (Menfaat İhtilafları), s. 82.

azınlık hakları bakımından da düşünülebileceğini kabul etmektedir.¹⁰⁶

Azınlık, genel kurulu toplantıya davet veya toplanacak bir genel kurul gündemine görüşülmesini istediği konularla ilgili madde ekletme hakkı ile ilgili talebini öncelikle yönetim kuruluna yapacaktır. Azınlık, yönetim kuruluna yazılı olarak ve mutlaka genel kurulun toplanmasını istediği gerektirici sebepleri yazarak başvurmalıdır. Azınlık, gerekli unsurları içeren bir talepte bulunduktan sonra, yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırmasının zorunlu olduğunu savunanlar olduğu gibi,¹⁰⁷ yönetim kurulunun genel kurulu sadece gerekli sebeplerin bulunması durumunda toplantıya çağırabileceğini savunanlar da vardır.¹⁰⁸

Yönetim kurulunun toplanması ve karar alabilmesi için uygun süre geçmiş¹⁰⁹ veya yönetim kurulu olumsuz karar almış ve bu iki hal-den biri ile bu durumların olabilme ihtimali varsa azınlık aynı gerekçeyle beraber denetçilere başvurabilecektir. Azınlık, denetçilere sadece aynı gerekçelerle ve yazılı olarak başvurmalıdır. Denetçiler, azınlığı dinledikten sonra haklı olduklarına karar verirse, yönetim kurulundan genel kurulu olağan üstü toplantıya çağırmasını veya gündeme madde ekletmesini talep eder. Yönetim kurulu, denetçilerin talebini de redderse, denetçiler genel kurulu toplantıya çağırırlar.

Denetçilerin kendiliğinden ek gündem ilan etme imkanı ise yoktur. Denetçilerin azınlığın istediklerini, zorla yaptırmak veya zorla günde-

¹⁰⁶ Arslanlı, *Anonim Şirketler*, s. 237; Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması*, s.814.

¹⁰⁷ Tekil, *Şirketler Hukuku*, s. 501-502; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku*, s. 431.

¹⁰⁸ Ünal Tekinalp, "Azınlığın İstemi Üzerine Denetçilerin Gündeme Madde Koyma Hakları Var mıdır?", (Madde Ekletme), *İktisat ve Maliye Dergisi*, C. XXV, S. 2, 1978, s. 93; Arslanlı, *Anonim Şirketler*, s.240; Birsal, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s. 645; İmregün, (Menfaat İhtilafları), s. 77; İsmail Kayar, "Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırma Hakkı", (Çağırma Hakkı), *İstanbul Barosu Dergisi*, C.66, s.4-5-6, 1992, s. 377.

¹⁰⁹ "Uygun süre kavramının fazla uzun olmaması gerekir. Çünkü olağanüstü genel kurul toplantısı talebi ve bu hususun kabul edilip edilmemesi söz konusudur. Doktrinde, bu sürenin bir ay olması gerektiğine dair teklifler mevcuttur". Birsal, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, s. 645; Tahir Çağa (F. Steiger), *İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul 1968, s. 218; Yadigar İzmirli, *Türk Anonim Şirketler Hukukunda Azınlık Hakları ve Azınlığın Korunması*, Ankara 1985, s. 114; Ömer Teoman, "Avrupa Anonim Ortaklığında Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırma ve Gündeme Madde Eklettirme Hakkı", (Madde Ekletme), *İktisat ve Maliye*, C.XXV, S.6, s. 266.

me koyma hakları yoktur. Bu hak, azınlığa sadece mahkeme kararına dayanması koşuluyla tanınabilir.¹¹⁰

TTK m. 367 hükmüne göre, azınlık pay sahiplerinin yönetim kurulu ve denetçiler tarafından dikkate alınmaması üzerine azınlık pay sahipleri, mahkemeden genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırarak veya gündeme madde ekletmek için izin alabilirler. Ancak, azınlık, mahkemeye sadece yönetim kurulu ve denetçilere başvurduğu sebeplerle başvurabilir.

Azınlığın, yönetim kurulu ve denetçilere genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma veya gündeme madde ekletme hakkını kullanabilmesi için, teminat şartı aranmamışken, mahkemeye müracaat edebilmeleri bakımından, bankaya pay senetlerini tevdi etme¹¹¹ zorunluluğu¹¹² getirilmiştir. Azınlık talepte bulunurken, tüm talepleri sırasıyla yapmalıdır. Diğer bir deyişle, yönetim kuruluna başvurmadan denetçilere başvuramamalı ya da denetçilere başvurmadan mahkemeye gidememelidir.¹¹³

Azınlığın talebi, mahkemede duruşmalı olarak ve ortaklığa karşı açılır. Bu dava, eda davası niteliğinde olduğu için,¹¹⁴ mahkemenin vereceği karar azınlık tarafından yerine getirilir ve genel kurulu toplantıya azınlık çağırır.¹¹⁵ Mahkeme dilerse davaya evrak üzerinde inceleme

¹¹⁰ Tekinalp, (Madde Ekletme), s. 92-95.

¹¹¹ "Tevdi edilecek hisse senetlerinin hacizli veya rehinli olmaması gerekir. Tevdi şartı, ancak temiz hisse senetlerini varlığı halinde geçerli olacaktır"., Tekinalp, (Tevdi Etme), s. 325.

¹¹² "Tevdi zorunluluğunun amacı, şirketin uğrayacağı zarar ziyanın karşılanmasının teminat altına alınması kadar, ortaklığın ciddi olmayan taleplerle rahatsız edilmesinin önlenmesidir", Tekinalp, (Tevdi Etme), s. 324.

¹¹³ "Kanundan, denetçilere başvurabilmek için yönetim kurulunun red kararını beklemenin zorunlu olduğu sonucuna ulaşamaz. Denetçiler, bazı durumların varlığı halinde genel kurulu toplantıya çağırabilme imkanına sahip olduklarından, azınlığın talebini haklı görürlerse, genel kurulu toplantıya çağırabilirler"., Kayar, (Çağırma Hakkı), s. 380.

¹¹⁴ "Azınlığın, mahkemeden genel kurulun toplantıya çağırılmasını isteme hakkını içeren davasının eda davası olduğu sonucuna varılamaz. Çünkü eda davası, davacıyı bir işi yapmaya, bir şeyi vermeye veya vermemeye mahkûm eder. Azınlığın açtığı bu davayı eda davası olarak kabul edersek, mahkemenin, genel kurulun toplantıya çağırılmasına hükmetme imkanı olması gerekirdi, mahkemenin böyle bir hakkı olmadığından, bu dava eda davası değil, nizasız kazadır", Kayar, (Çağırma Hakkı), s.384.

¹¹⁵ "Mahkemenin, azınlığın genel kurulu olağanüstü toplantıya davet konusunda aldığı kararlar temyiz edilebilir. Bu kararların temyiz edilmesi icra edilmelerini dur-

yaparak da bakabilir.¹¹⁶

Mahkeme, azınlığın talebini uygun görürse genel kurulu toplantıya çağırma yetkisini azınlığa verebilir. Azınlık, genel kurulu, kanun ve esas sözleşme hükümlerine uygun olarak toplantıya çağıracaktır. Toplantı davetini içeren ilanlara mahkeme izni de eklenmelidir. Mahkeme, azınlığın gündeme madde ekletme talebini haklı bulursa, bu husustaki ilanlara da mahkeme izninin eklenmesi gerekir.¹¹⁷

Azınlığın, genel kurulu toplantıya çağırması veya gündeme madde eklenmesi çoğu kez mahkeme kararı ile sağlanmakta, bu sebeple azınlık bu hakkı nadiren kullanmakta, azınlığın isteği gerçekleşse bile genel kurulda çoğunluk istediği kararı alarak azınlığın çabalarını sonuçsuz bırakmaktadır.¹¹⁸ Bu talebin dava yoluyla ileri sürülmesi, azınlığın işlerini zorlaştırmaktadır.¹¹⁹

6. Azınlığın Haklı Sebeplere Dayanarak Anonim Ortaklığın Feshini Talep Etmesi

Ticaret Kanunu'nda anonim ortaklığın haklı nedenle feshi hususu düzenlenmediği halde, anonim ortaklığın haklı nedenle feshi hakkının azınlığa esas sözleşme ile tanınabileceği görüşü hâkimdir. Bu görüşün dayanağı, TTK m. 434/6 hükmündeki "*esas mukavele ile bir fesih sebebi tayin edilmesi durumunda bu sebebin de geçerli olacağı*"dır. Kanunun cezaz vermesi ile anonim ortaklık esas sözleşmesine, anonim ortaklığın feshini haklı kılacak sebeplerle ilgili hüküm de konabilecektir.

Esas sözleşme ile pay sahiplerine haklı sebebe dayanarak, fesih

durmaz" ., Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davet İçin Azınlık Paysahiplerini Yetkilendiren Mahkeme Kararının Uygulanmasının Ertelemesi", (Davet), *Makalelerim I*, İstanbul 2006, s. 364.

¹¹⁶ Yargıtay 11. HD. 13.10.1982 T., E. 3719, K. 3869 sayılı kararında, "Hakim, adeta yönetim kurulu yerine geçerek toplanması mecbur olan genel kurulun sadece toplanmasına izin verecektir... Maddede izin verilmesinden söz edildiğine göre, mahkemece bu hususun nizasız kaza addedilerek evrak üzerinde inceleme yapıp karar verilmesinde usulsüzlük yoktur. Mahkemenin duruşma yapıp yapmaması, karşı taraftan cevap alıp almamak, mevcut delillere göre kendi takdiri içindedir, duruşma yapılmasına engel olmadığı gibi, evrak üzerinde inceleme yapılması sonucuna varmasına mani bir hüküm de mevcut değildir" ., Eriş, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, s. 1346-1348.

¹¹⁷ İmregün, (Anonim Ortaklıklar), s.322.

¹¹⁸ İmregün, (Himaye), s. 192.

¹¹⁹ Tekinalp, (Azınlık Hakları), s. 152-153.

veya feshi ihbar hakkı tanınabilir. Pay sahibinin ölümü, hacir altına alınması veya ölümü anonim şirketin infisah sebebi olamaz. Ancak, pay sahiplerinin şahısları ile ilgili olmayan veya olan durumlar infisah sebebi olarak esas sözleşmeye hüküm konabilir.¹²⁰

Esas sözleşmeye azınlığın haklı nedenle anonim ortaklığı feshedebileceğine ilişkin hüküm konulması durumunda, azınlığın fesih hakkının varlığından söz edilebilecektir.¹²¹

İsviçre Borçlar Kanunu m. 736/4 hükmünün azınlığa verdiği haklı nedenle fesih davası açma olanağı¹²² ya esas sözleşmeye hüküm konularak ya da yasal bir değişiklik yapılarak çözümlenmeli ve Türk hukukunda da İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki ilgili hükme benzer bir düzenleme yapılarak karar verilmelidir.¹²³

Haklı nedenle fesih, hem anlam ve kapsamı yeteri kadar açık olmayıp, çeşitli yönlere çekilmesi bakımından hem de çok ortaklı anonim ortaklıkların bünyesine ve ilişkilerine uygun olmaması bakımından, hem de farklı nedenlerle icra edilebilecek önemli fesih nedenlerini özel olarak düzenleyen TTK sistemini bozacak olması bakımından huku-kumuza alınması tehlikelere sebep olabilecektir. Kaldı ki, adi, kollektif, komandit ve limited ortaklıklarda haklı nedenle fesih hakkını düzenleyen kanun koyucunun anonim ortaklıklarda bu hakkı tanımamış olması, kanun koyucunun bu konuda olumsuz tutumu olarak değerlendirilmelidir. Ancak, esas sözleşmeyle her bir pay sahibine veya sadece esas sermayeyi temsil eden belirli bir pay grubuna yani azınlığa haklı nedenle anonim ortaklığı fesih hakkı tanınmalıdır.¹²⁴

Sözleşme serbestisi kuralları içinde, anonim ortaklık esas sözleşmesi hazırlanırken, TTK m. 434/6 hükmünün cevaz vermesiyle, anonim ortaklıklarda azınlığa haklı nedenle fesih hakkının tanınabilmesi gerekmektedir.¹²⁵

¹²⁰ Arslanlı, *Anonim Şirketler*, s. 166-167.

¹²¹ İmregün, (Menfaat İhtilafları), s. 79.

¹²² Akar Öçal, "İsviçre Borçlar Kanununda Değişiklik Yapan Tasarıda Azınlıktaki Ortakların Himayesi", s. 109.

¹²³ Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi-Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç", (Önemli Sebep), *İktisat ve Maliye Dergisi*, C. XXI, S.8, s.321; Tekinalp, (Sistem), s. 241.

¹²⁴ Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenle Fesih", (Haklı Nedenle Fesih), *Makalelerim I*, s. 99.

¹²⁵ Sümer, *Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı*

Azınlığa, esas sözleşmeye konabilecek bir hükümle anonim ortaklığı fesih imkanı verilebileceği gibi, uyumsuzluk halinde bulunan pay sahiplerinin karşı tarafa önce belli bir süre içinde, belli bir tutar üzerinden payları alım ve satım önerisinde bulunma hakkı da düzenlenmelidir.¹²⁶ Böylece, taraflar arasında menfaat dengesi sağlandığı gibi, şirket faaliyetleri de aksamayacaktır. Bu durum, hem azınlığı çoğunluğa hem de çoğunluğu azınlığa karşı korumaya yardımcı olacaktır.¹²⁷

Azınlığa bu yeni azınlık hakkı yanında; ortaklığın birleşmesi, nevi değiştirmesi, çoğunluğun devri, aktiflerin toptan satışı gibi konularda karar alınırken, muhalifte kalan pay sahiplerinin talebi üzerine paylaşımının gerçek değeri üzerinden satın alınması zorunluluğu hakkı tanınması da düşünülebilir.¹²⁸

SONUÇ

Yüzyıllardan beri süregelen çoğunluğa karşı azınlığı koruma düşüncesi, anonim ortaklıklarda da azınlık hakları kavramının oluşmasına ve azınlığa bazı haklar tanınarak çoğunluk karşısında güçlü konuma getirilmesine olanak tanımıştır.

Azınlık hakları; anonim ortaklık üzerinde yaptıkları etkiler göz önüne alınarak olumlu ve olumsuz azınlık hakları olarak ikiye ayrılmış ve tüm bu haklar tüm özellikleriyle çalışmamızda incelenmiştir. Kanımızca, azınlığa tanınan bu hakların sınırını da, anonim ortaklığın menfaatleri belirlemektedir. Ortaklığın menfaatleri karşısında azınlığın, haklarını sadece belirli şartlar dâhilinde, diğer bir deyişle, anonim ortaklığın devamını engellemeyecek şekilde kullanılmasına izin verilmelidir.

Nedenle Feshi, s. 88.

¹²⁶ "Alman Paylı Ortaklıklar Kanununda yapılan yeni düzenlemeyle, bir anonim şirkette payların %95 ine sahip olan büyük pay sahibinin şirket genel kurulundan azınlık paylarının kendisine devredilmesi hususunda bir talepte bulunması ve bu konuda bir genel kurul kararı alınmasıyla azınlığa şirketteki payları karşılığında uygun bir tazminat ödenmesi karşılığında, azınlığın anonim şirketten çıkarılmasına karar verilecektir" ., Pulaşlı, "Alman Hukukunda Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı", s. 652-653.

¹²⁷ Karayalçın, "Anonim Şirkette Çoğunluk-Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi", s. 391.

¹²⁸ Tekinalp, (Azınlık Hakları), s. 154; Karayalçın, "Anonim Şirkette Çoğunluk-Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi", s. 389.

KAYNAKLAR

- Ali Dural, "Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Haklarının Düzenlenmesi", *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s.179 vd.
- Alihan Aydın, "Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması", *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan*, İstanbul 2001, s. 29 vd.
- Ayşe Sümer, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, Doktora Tezi, İstanbul 1990.
- Baki Kuru, "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptali Davasında Teminat Gösterme Dava Şartı Mıdır?", *BATIDER*, Aralık 1980, C.X, S.4, s. 952 vd.
- Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davet İçin Azınlık Pay Sahiplerini Yetkilendiren Mahkeme Kararının Uygulanmasının Ertelenmesi", *Değişik Hali İle Makaleler I*, İstanbul 2006, (Davet), s. 364 vd.
- Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih", *Makaleler I*, İstanbul 2006, (Haklı Nedenle Fesih), s. 89 vd.
- Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", (Özel Denetçi), *İFHM*, C. XLII, S. 1-4, s. 342 vd.
- Erdoğan Moroğlu "Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık Ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1994, C. 17, (Çoğunluk Pay Sahiplerinin Korunması), s. 51 vd.
- Erdoğan Moroğlu *TTK'ya Göre Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, (Hükümsüzlük), İstanbul 2004.
- Ersin Çamoğlu, "Azınlığın Bilanço Ertelemesi Gündemdeki Diğer Maddele-ri Nasıl Etkiler?", *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s. 287 vd.
- Fahiman Tekil, *Şirketler Hukuku*, İstanbul 1989.
- Gönen Eriş, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, Ankara 1987.
- Hakan Pekcanitez, "Anonim Ortaklıkta Denetçiler Tarafından Açılacak Davalar", *DEÜHFD*, 1987, C.III, S.1-4, s. 452 vd.
- Hasan Pulaşlı, "Alman Hukukunda Büyük Pay Sahiplerinin Azınlığı Şirket-ten Çıkarma Hakkı", *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s. 685 vd.
- Hulusi Altinel, "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", *Mükellefin Dergisi*, Ni-san 2001, s. 119 vd.
- İlhan Ethem Postacioğlu, "Anonim Şirkette İdare Meclisi Azalarının Mesuli-yeti İle İlgili Meseleler", *Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan*, İstanbul 1978, s. 487 vd.
- İsmail Doğanay, "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Anonim Şirket-lerde, Azınlıkta Kalan Pay Sahiplerinin Genel Kurul Kararlarını İptal Et-tirebilmeleri Hali", *İmran Öktem'e Armağan*, Ankara 1970, s. 359 vd.

- İsmail Kayar, "Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırma Hakkı", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 1992, C. 66, S. 456, (Çağırma Hakkı), s. 373 vd.
- İsmail Kayar, "Azınlığın Bilanço İle İlgili Görüşmelerin Ertelenmesine Karar Verme Hakkı", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 1993, C.67, S.456, (Erteleme), s. 278 vd.
- İsmail Kayar, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989.
- Mahmut Birsnel, "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", *İmran Öktem'e Armağan*, Ankara 1970, s. 619 vd.
- Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan*, İstanbul 1998, (Azınlık Hakları), s.297 vd.
- Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, (Sorumluluk), İstanbul 2001.
- Nurten Erdoğan, "Konsolidasyonda Azınlık Haklarına İlişkin Yaklaşımlar", *Prof. Dr. İlhan Cemalcılar'ın Hatırasına Armağan*, Eskişehir 1990, s. 317 vd.
- Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Arasında Genel Kurul Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunların Telif Çareleri*, (Menfaat İhtilafları), İstanbul 1962.
- Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, (Anonim), İstanbul 1989.
- Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, (Kara Ticareti), İstanbul 1987.
- Oruç Hami Şener; Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları, Özellikle Özel Denetçi Atanmasını İsteme Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1990.
- Oruç Hami Şener, "TTK 341'e Göre Azınlığın İstemi Üzerine Yönetim Kuruluna Karşı Açılacak Sorumluluk Davasının Kimin Tarafından Açılacağı Sorunu", (Sorumluluk Davası), *Makaleler*, Cilt I, s. 121 vd.
- Ömer Teoman, "Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Atanmasını İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi", *İktisat ve Maliye Dergisi*, Nisan 1980, C. XXVII, S.2, (Gündeme Bağlılık), s. 68 vd.
- Ömer Teoman, "Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertelenmesini İsteme Hakkı Konusundaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V*, 1988, (Erteleme), s. 88 vd.
- Ömer Teoman, "Bilanço Görüşmelerinin Azınlığın İstemi Üzerine Ertelendiği Genel Kurul Toplantılarında Yeni Yönetim Kurulu Seçilebilir Mi?", *Yasa Hukuk Dergisi*, C.IX, S.12, Aralık 1986, (Yeni Yönetim Kurulu), s. 1156 vd.
- Ömer Teoman, "Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar", *Yasa Hukuk Dergisi*, Eylül 1981, C.4, S.9,(Red), s. 1152 vd.
- Roland Ruedin (Çeviren Akar Öçal), "İsviçre Borçlar Kanununda Değişiklik Yapan Tasarıda Azınlıktaki Ortaklıkların Himayesi", *İktisat ve Maliye Dergisi*, Nisan 1984, C. XXXI, S.1, s.109 vd.

- Seda Ulaş Kısa, "Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Hukuki Araçlar", *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s.507 vd.
- Selçuk Öztekin, "Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m.363/ İsviçre Borçlar Kanunu m.697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı", *Prof. Dr. Ernest E. Hirsch'e Armağan*, s. 314 vd.
- Tahir Çağa, (F. Steiger), *İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul 1968.
- Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, Ankara 1982.
- Turgut Erem, *Ticaret Hukuku Prensipleri*, C.II, İstanbul 1980.
- Ünal Tekinalp, "Azlığın Hisse Senetlerini Rehin Olarak Tevdi Etmesi Zorunluluğunun Amacı ve Bazı Sorunlar", *İktisat ve Maliye Dergisi*, Nisan 1982, C. XXIX, S.1, (Tevdi Etme), s.322 vd.
- Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi- Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç", (Önemli Sebep), *İktisat ve Maliye Dergisi*, C. XXI, S.8, s. 321 vd.
- Ünal Tekinalp, "Azlığın İstemi Üzerine Denetçilerin Gündeme Madde Koyma Hakları Var mıdır?", (Madde Ekletme), *İktisat ve Maliye Dergisi*, Nisan 1978, C. XXV, S.1, s.92 vd.
- Ünal Tekinalp, "Azlık Hakları ve Bireysel Haklar", *40. Yılında Ticaret Hukuku*, İstanbul 1997, (Azınlık Hakları), 152 vd.
- Ünal Tekinalp, "Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi", (Sistem), *Türk Ticaret Kanununun 30. Yıl Semineri*, İstanbul 1988, s. 231 vd.
- Yadigâr İzmirli, *Türk Anonim Şirketler Hukukunda Azınlık Hakları ve Azınlığın Korunması*, Doktora Tezi, Ankara 1985.
- Yaşar Karayalçın, "Anonim Şirkette Çoğunluk- Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol Satışı ve Genel Alım Önerisi", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Ankara 1990, s.351 vd.
- Yavuz Okçuoğlu, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Hakkında Azlık Oyları İle Dava Açma Koşulları", *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, Ankara 1998, s. 57 vd.
- Zühtü Aytaç, *Anonim Ortaklıkta İbra*, Ankara 1980.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

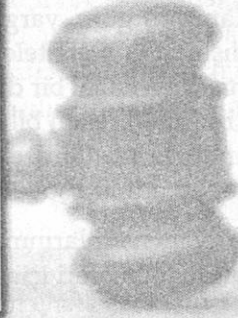
ISSN 1304-3888

- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

31.05.2005



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

SOSYAL DEVLETTE SANAT VE SANATÇININ KORUNMASI

Gülnur ERDOĞAN*

1. GİRİŞ

Merkezinde insanın olduğu alanlardan biri, toplumsal niteliği ağır basan hukuk iken, bir diğer alan ise bireysel niteliği olan sanattır ve hukukun aksine kuralsızdır. Hukukun, kişiyi diğer bireye ve kamuya karşı koruma niteliği, sanatçı olan bireyi de korumayı kapsar. Bu koruma sanat ve hukuk arasındaki ilişkiyi ortaya çıkarmaktadır.

Sanatçı ile eseri arasında bir ayırım yapılmaması Roma hukukundan kaynaklanan bir ilke olup, bu ilke ortaçağ boyunca da kabul görmüştür. Ayrıca, bugünkü Avrupa hukukunun temellini teşkil eden Roma hukuku, maddi-gayri maddi hak ayırımı yapmıştır. Eserlerin çoğaltılmasını, korunmasını sağlayan teknolojik gelişmeler ile eserlere daha fazla ve daha kolay ulaşılması sağlanmış, bu Şekilde sanat eserine yani fikri ürüne ekonomik bir değer yüklenmiŐtir.¹

Tarihsel süreçte bu Şekilde hukukun, sanat-sanatçı-eser ile arasındaki bağ kurulmuş, sanatçı ve eseri koruma altına alınmıştır.

“Genel olarak devletin siyasi orgtlenmesi ile sanatsal orgtlenme arasında doğal bir koŐutluk bulunduğu bilinmektedir.”²

Bu koŐutluk öncelikle anayasa ve yasalar açısından, daha sonra da

* Av., İzmir Barosu, DE Sosyal Bilimler Enstitüsü, Maliye ve Ekonomi Anabilim Dalı Ekonomi Hukuku tezsiz yüksek lisans Ğrencisi.

¹ zdin, Nilüfer, “Rönesans Döneminde Tinsel Mülkiyet Kavramının Gelişimi ve Sanatçı Hakları”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, (www.e-sosder.com), Kış 2005, C.3, S. 11, s. 84-91.

² Konur, Tahsin, *Devlet-Tiyatro İlişkisi*, Ankara 2001, s. 61.

siyasal ve toplumsal açıdan sanata ve sanatçıya bakış açısını incelemeyi gerektirmektedir.

2. TÜRK ANAYASALARINDAKİ DURUM

Ülkemizde ilk kez, “sosyal devlette sanat” kavramı, sosyal devlet niteliğinin, devletin nitelikleri arasında sayıldığı 1961 Anayasası’nın “Bilim ve Sanat Hürriyeti” başlıklı 21. maddesidir. Bu madde ile “herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme, öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğu” düzenlenmiştir.

Aynı Anayasa’nın 41. maddesi ile de sosyal devlete, herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlama ve sosyal-kültürel kalkınma için iktisadi plan yapma devi yüklenmiştir.

1982 Anayasası’nın devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddesi ile devlete “...insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma” görevi yüklenmiştir.

Yine Anayasa’nın 42. maddesinde³ devletin, kişilerin asgari kültürel ihtiyaçlarını tatmin etmesine dair bir düzenleme bulunmaktadır.⁴

1982 Anayasası’nın 49. maddesi ile de 1961 Anayasası’nın 41. maddesinde olduğu gibi, devlete “herkese insan haysiyetine yakışır asgari bir hayat düzenini sağlama” görevi verilmiştir.

“Düşünceyi Açıklama Ve Yayma Hürriyeti” başlıklı 26. madde de ise “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir” denilmektedir.

Anayasa’nın 27. maddesi ise “Bilim ve Sanat Hürriyeti” başlığını taşımakta olup, herkesin, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğuna dair bir düzenleme içermektedir.

Yazının konusunu da oluşturan ve sosyal devlette SANATIN VE SANATÇININ KORUNMASI ise 1982 Anayasası’nda “SOSYAL GÜVENLİK HAKKI” başlığı altında düzenlenmiştir.

Madde 64 - Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat

³ Eğitim ve öğretme hakkı.

⁴ zbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1989, s. 108.

eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.

Belirtilen Anayasa hükmü ile sosyal devlete sanat faaliyetlerinin ve sanatçıların korunması görevi verilmiştir.

Amir hükme göre, devletin görevi sadece sanat ve sanatçının korunması değildir. Devletin ayrıca sanatçı ve sanat eserlerinin değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Kaldı ki, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı ve gelişmeyi sağlamak için ülke kaynaklarının kullanımını planlamak ve gerekli teşkilatı kurmakta devletin görevleri arasında sayılmıştır. (1982 AY m. 166)

3. KANUNLARDAKİ DURUM

Her ne kadar sanat ve sanatçının korunması, geliştirilmesi, desteklenmesi devletin anayasal görevi olsa da, bugün için sanat ve sanatçılar açısından sosyal devletin gereklerinin pek yerine getirildiğini söylemek mümkün değildir.

Mevzuatımızda sanat ve sanatçıyı korumak, sanatı geliştirmek, sanat sevgisini yaygınlaştırmak için bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin yeterli olduğunu ve anayasal görevin tam ve gereği gibi yerine getirildiği de söylenemez.

I. 4848 Sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a Göre Anayasa'nın 64. Maddesinin İncelenmesi

4848 sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. maddesi kanunun amacını belirtmiştir. Maddeye göre kanunun amacı, kültürel değerleri yaşatmak, geliştirmek, yaymak, tanıtılmak, değerlendirmek ve benimsetmek, kültür ve ... konularıyla ilgili kamu kurum ve kuruluşlarını yönlendirmek ve bu kuruluşlarla işbirliğinde bulunmak, yerel yönetimler, sivil toplum kuruluşları ve özel sektör ile iletişimi geliştirmek ve işbirliği yapmaktır.

İş bu amaçların gerçekleştirilmesi için Kültür ve Turizm Bakanlığı ve teşkilatı kurulmuştur.

Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın görevleri arasında "Kültür ve ... konuları ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarını yönlendirmek, bu kuruluşlarla işbirliğinde bulunmak, yerel yönetimler, sivil toplum kuruluşları ve özel sektör ile iletişimi geliştirmek ve işbirliği yapmak, (Ek ibare: 28.12.2006- 5571 S.K./23. m.); yerel yönetimler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından kurulan veya kamu personelini desteklemek için kurulan dernekler ve aynı amaçlarla Türk Medeni Kanunu'na göre kurulan vakıflar dışındaki **asıl amacı kültür, sanat, turizm ve tanıtım faaliyeti olan dernek ve vakıflar ile özel tiyatrolar tarafından gerçekleştirilecek projelere nakdi yardımıda bulunmak, tarihi ve kültürel varlıkları korumak, kültür ve turizm alanlarında her türlü yatırım, iletişim ve gelişim potansiyelini yönlendirmek, kültür ve turizm yatırımları ile ilgili taşınmazları temin etmek, gerektiğinde kamulaştırmak, bunların etüt, proje ve inşaatını yapmak, yaptırmak**" sayılmıştır. (4848 sayılı yasa m. 2)

Madde 2'de sayılan amaçların gerçekleştirilmesi içinse 7. maddede bakanlığın merkez teşkilatı kapsamında bir takım ana hizmet birimleri kurulması öngörülmüştür.

Bu birimler Güzel Sanatlar Genel Müdürlüğü, Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü, Kütüphaneler ve Yayınlar Genel Müdürlüğü, Telif Hakları ve Sinema Genel Müdürlüğü vs. şeklinde belirlenmiştir.

Güzel Sanatlar Genel Müdürlüğü'nün görevleri yasada;

a. Klasik, ağdaş ve geleneksel sanat akımlarını takip ederek, yurt içindeki sanat faaliyetlerinin milli kültür ve ağdaş anlayışa uygun olarak yürütülmesi ve yayılmasını, milletin bu yönden bilgi sahibi olmasını sağlamak,

b. Ulusal resim ve heykel sanatları ile geleneksel Türk süsleme ve el sanatları koleksiyonlarını geliştirmek,

c. Güzel sanatlara ilişkin çalışmaların sosyal ve kültürel gelişme bakımından verimli olması için tedbirler almak,

d. Güzel sanatlar galerileri ile orkestralar, korolar, çalgı, ses ve halk oyunları toplulukları, resim ve heykel müzeleri kurulmasını teklif etmek ve bunlara ilişkin hizmetleri yürütmek,

e. Diğer ülke sanatlarının yurt içinde tanıtılması amacıyla tedbirler almak vs. olarak belirlenmiştir. (4848 sayılı yasa m. 10)

Telif Hakları ve Sinema Genel Müdürlüğü ise;

“a. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile verilen görevleri yürütmek,

b. Birliklerin idari ve mali yönlerden denetimini sağlamak,

c. Eser sahipleri ve birliklerle Bakanlık arasındaki ilişkileri düzenlemek,

d. Fikir ve sanat eserlerinin işaretlenmesi ile ilgili çalışmaları yürütmek, kontrol etmek ve denetlemek,

e. 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu ile verilen görevleri yapmak,

f. Milli varlıklarımızı yurt içinde ve yurt dışında tanıtmak amacıyla film gösterileri ve festivaller düzenlemek veya desteklemek, belgesel filmler sağlamak, yaptırmak ve film satın almak,

g. Film, video ve benzeri konularda arşiv kurmak, geliştirmek ve faydalanılmasını sağlamak”, gibi görevler için oluşturulmuştur. (4848 sayılı yasa m. 11)

Bakanlığın bir diğer ana merkez birimi olan Araştırma ve Eğitim Genel Müdürlüğü'nün görevleri ise aynı yasanın 13. maddesinde;

“a. Güzel sanatlar alanında bilimsel araştırma, inceleme, yayınlar yapmak, arşiv kurmak, geliştirmek ve faydalanılmasını sağlamak,

b. Halk kültürlerinin, halk edebiyatı ve tiyatrosu, gelenek, görenek ve inançları, halk müziği ve oyunları, sanatları, mutfağı, giyim, kuşam, süsleme ve benzeri bütün dallarında araştırma, derleme, inceleme ve diğer bilimsel çalışmaları yapmak, yaptırmak, yayımlamak, tanıtmak,

c. (Değişik bent: 14.07.2004 – 5225 S.K./13. m.) Somut olmayan kültürel mirasın araştırılması, derlenmesi, arşivlenmesi, tanıtımı, tescili, bu kapsamda tespit ve tescil kurullarının oluşturulması, ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasında bu konuda koordinasyonun sağlanması, işbirliği geliştirilmesi,

d. Türkiye’de ve Türkiye dışında yaşayan Türklerin kültür varlıklarını, kültür anlaşmaları ve kültürel mübadele programları çerçevesinde araştırmak, incelemek, derlemek ve diğer bilimsel çalışmaları yapmak, yaptırmak, bunları

yayımlatmak, tanıtılmak, açık hava müzelerine ve halk kültürleri arşivine kazandırmak,

...

h. Toplumda kültür ve turizm bilincinin geliştirilmesi için gerekli çalışmalarını yapmak, bu amaçla ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği sağlamak,

1. Kültür ve... ilgili kamu kuruluşları personelinin kültür ve turizm konularında eğitilmesini planlamak ve gerçekleştirmektir."

Tanıtma Genel Müdürlüğü ise 14. maddeye göre "her türlü imkndan yararlanarak, ülkemizin... kültürel, sanatsal ve... değerlerinin yurt içi ve yurt dışında tanıtımını yapmak, yaptırmak, bu amaçla yurt içinde ve yurt dışında seminer, sempozyum, kolokyum, kongre, fuar, sergi, festival, yarışma, gösteriler ve benzeri faaliyetleri düzenlemek veya düzenlenmiş olanlara katılmak, bu yönde faaliyet gösteren yerli veya yabancı, kamu veya özel kurum, kuruluş, topluluk ve kişileri desteklemek, yönlendirmek ve bunlar arasında gerekli işbirliğini sağlamak, bu tür faaliyetlerin ülkemizde yapılmasını özendirmek, ödül vermek" gibi işler için görevlendirilmiştir.

Kültür ve Turizm Bakanlığı, sosyal devletin 1982 Anayasası'nın 64. maddesinde öngörülen sanatı ve sanatçıyı koruma ödevinin bir devamı olarak kurulmuş ve bu amaçla bakanlığın faaliyet göstermesi kuruluş ve teşkilat yasasıyla da amaç ve çalışma alanları görev olarak yüklenmiştir.

Ancak böyle bir bakanlığın kurulması, sosyal devletin, sanat ve sanatçıyı koruma ödevini anayasanın amir hükmüne rağmen tam yerine getirdiği anlamına gelmemektedir.

Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın internet sitesinde⁵ de belirtildiği üzere sağlıklı bir yapılanma ve işleyiş eksikliği olduğu sabittir. Bakanlıkça belirtildiği üzere;

Bakanlıkça bağlı bir üst sanat kurulunun oluşturulması, (sanat politikaları belirlenirken yönetimle sanat kurumu temsilcilerinden bir komisyonun sanatsal anlamdaki sorunların çözümüne ışık tutması), sorunları daha başında belirleyen bir denetleme kurulunun oluşturulması, sanat kurumları arasında işbirliği, bilgi ve birikimin

⁵ <http://www.kultur.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFFB6B8DA541AA02A11F01B9CC4F1C001E7> (24.10.2007)

aktarılması, bakanlık kurumlarının sanat kurulundan idari birimine kadar yeniden yapılanması, bakanlığın kendi içinde sanat kurumlarının teknik ve sanatsal sorunlarının çözümlerine yönelik yeniden yapılanması, sanat kurumlarının sağlıklı gelişimi için buldukları illerde konservatuarlar açılarak alt yapının oluşturulması, Milli Eğitim Bakanlığı ile işbirliği yaparak sanat derslerinin çözümüne yönelik projelerin oluşturulması, **sanat kurumlarının tamamen demokratik yapılanması**, sanat kurumlarında yurtdışı bilgi ve görgü eğitimini özendirerek bireysel gelişimde rekabet ortamı yaratılması gerektiği belirtilmiştir.

Aslında bu liste uzayıp gitmekte ve pek çok eksiklik olduğu ortaya çıkmaktadır. Listedenden de anlaşıldığı üzere ülkemizde hâlâ sanat politikalarını belirleyecek bir birim yoktur. Konuya dair en önemli eksiklik, **devletin bir sanat politikasının olmamasıdır**.

Zira bir sanat politikası belirledikten sonra, hedefler için çalışma yapılması mümkündür.

Ancak yapılan incelemelerde grlmştir ki, sadece Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın bir sanat politikasının olmadığını söylemek yanlış olur. lke yönetimine aday olan ya da ülkeyi yönetmiş pek çok siyasi partinin de belirli bir sanat politikası bulunmamaktadır.

Bir başka önemli eksiklik ise **devletle bağlantılı sanat kurumlarının demokratik yapılanmasının olmamasıdır**.

II. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

1951 yılında kabul edilen Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, sanat ve sanatçının korunması için çıkarılmış en kapsamlı yasadır.

Yasanın ıkarılış amacı *"fikir ve sanat eserlerini⁶ meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımıların ve radyo-televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manei ve mali haklarını belirlemek, korumak, bu ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde*

⁶ Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade etmektedir. (m. 1/B - Ek: 21.2.2001-4630/2 m.)

yaptırımları tespit etmek” olarak belirlenmiştir. (m. 1-Değişik: 21.2.2001 – 4630/1 m.)

Bu kanun, fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve radyo-televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını, bu haklara ilişkin tasarruf esas ve usullerini, yargı yollarını ve yaptırımları ile Kültür Bakanlığı’nın görev, yetki ve sorumluluğunu kapsamaktadır. (m. 1/A – Ek: 21.2.2001 – 4630/2 m.)

Yasaya göre:

Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir.

Bir işlenme eserin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir.

Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır. (m. 8 – Değişik: 21.2.2001 – 4630/5 m.)

Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görmektedir. (m.13)

Yasa da fikir ve sanat eserlerinin çeşitleri,

- İlim ve edebiyat eserleri
- Musiki eserleri,
- Güzel sanat eserleri
- Sinema eserleri,
- İşlenmeler ve derlemeler,
- Alenileşmiş ve yayımlanmış eserler olarak sayılmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, sanatçının ortaya çıkardığı eserden kaynaklanan mali ve manevi haklarını korumak için vardır.

Gerçekte ise sanat eseri gerektiği gibi korunamamakta, sanatçı da mali ve manevi olarak haklarını alamamaktadır.

Hemen herkesin korsan CD’lere, kitaplara ne kadar kolay ulaştığını dşnrsek –ki yasaya aykırı davranış sadece CD ve kitapla sınırlı değildir– sanatı ve sanatçıyı koruma görevinin yerine getirilmediği sonucuna ulaşmak çok zor değildir.

III. 6660 Sayılı Güzel Sanatlarda Fevkalade İstidat Gösteren Çocukların Devlet Tarafından Yetiştirilmesi Hakkında Kanun

Güzel Sanatlarda Fevkalade İstidat Gösteren Çocukların Devlet Tarafından Yetiştirilmesi Hakkında Kanun, sosyal devletin, sanat ve sanatçılarının korunması ve sanatın geliştirilmesi amacını gerçeğe getirebilmesini sağlayabilecek en iyi düzenlemelerden biridir.

1956 tarihinde kabul edilen bu yasa ile güzel sanatlarda yetenekli çocukların devlet eliyle yetiştirilmesi hedeflenmiştir.

1. madde ile “Güzel sanatlarda fevkalade icra ve ibda istidadı gösteren çocukları memleket dâhilinde veya yabancı memleketlerde Devlet hesabına yetiştirme...” amacı kanunda belirtilmiştir.

Kanunda sık sık güzel sanatlara yetenekli çocukların “devlet hesabına yetiştirilmesi” cümlesi kullanılmıştır.

Kanunun 3. maddesinde ise “...fevkalade istidatlı çocukların Devlet hesabına yabancı memleketlerde yetiştirilmelerinde ana ve baba veya bunlardan biri veya vasisi, bulunmadığı takdirde Maarif Vekletince tayin edilecek, çocuğa bakmağa muktedir en yakın aile mensuplarından biri refakat edeceği” belirtilmiş, yine bu çocukların “memleket içinde parasız yatılı olmayan müesseselerde yetiştirilmeleri halinde de aynı madde hükümleri” uygulanmıştır.

4. madde de ise “...fevkalade istidatlı çocuklarla refakatlerinde gnderileceklerine, memleket içinde veya dışında yapılacak tediyelelerin nev’i ve miktarları her sene bütçe kanunlarına bağlı formüllerle tespit olunacağına” hkmolunmuştur.

Maddeye göre devlet hesabına yetiştirilecek yetenekli çocuğun yurt dışına gönderilmesi halinde, çocukla ilgilenen kişilere de devlet bütçesinden ödeme yapılmıştır.

Yasanın, çocukların ailelerinden ayrılmadan eğitim almalarını sağlayabilme açısından son derece insancıl ve aileyi koruyucu davrandığı ortadadır.

Pek çok kişinin aklına “harika çocuk” gibi çeşitli isimlerle anılmış ve yasanın sağladığı imkndan yararlanmış, ülkenin gururu dünyaca ünlü birkaç isim hemen gelecektir.

IV. Diğer Mevzuatlar Kapsamında Anayasa'nın 64. Maddesinin İncelenmesi

1. Kanunlar Açısından

• 5393 Sayılı Belediye Kanunu

Sosyal devlet ilkesinin yerel olarak uygulanması için, yerel idareler, aynı zamanda toplumsal gelişimi de sağlamakla yükümlüdür.

Kanunun "Belediyenin Görev ve Sorumlulukları" başlığını taşıyan 14. maddesinde "Belediye, mahall müşterek nitelikte olmak şartıyla... kültür ve sanat... geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır" denilmiştir.

Yine kanunun 48. maddesinde Belediye teşkiltının "...beldenin ihtiyaına göre birimler oluşturabileceği" belirtilmiştir.

Bu birimler arasında ilk akla gelen belediyeler bünyesinde meydana getirilen sanat birimleridir. Bugün pek çok belediye tiyatro, koro, resim vs. kursları düzenlemekte, sanatın hemen her alanında amatör ya da profesyonel gruplarla topluma hizmet vermektedir.

Kanunun 60. maddesinde de belediyenin giderleri arasında "sosyo-kültürel, sanatsal ve bilimsel etkinlikler için yapılan giderler" sayılmıştır.

• 2547 Sayılı Yüksek Ğretim Kanunu

Yasanın 3. maddesinin h bendi "konservatuar, müzik ve sahne sanatlarında sanatçı yetiştiren bir yükseköğretim kurumudur" tanımlaması yaparken, 4. maddesi ile de "Sanatta Yeterlik: Lisansa dayalı en az altı, yüksek lisansa dayalı en az dört yarıyıllık programı kapsayan ve orijinal bir sanat eserinin ortaya konulmasını, müzik ve sahne sanatlarında ise üstün bir uygulama ve yaratıcılığı amaçlayan doktora düzeyinde lisansüstü bir yükseköğretim eşdeğeridir" tanımlamasında bulunmuştur.

Kanunun amaç bölümünde yer alan 7. maddesinin 2. bendinin 2. cümlesinde (Değişik madde: 17.08.1983-2880/3 m.) Yükseköğretim Kurulu'nun görevleri arasında "Yükseköğretim kurumları içinde bölüm, anabilim ve ana sanat dalları ile uygulama ve araştırma merkezi açılması, birleştirilmesi veya kapatılması; konservatuar, meslek yüksekokulu veya destek, hazırlık okul veya birimleri kurulması ile ilgili olarak doğrudan veya üniversitelerden gelecek öneriler üzerine karar vermek" ve m bendinde "eşitli bi-

lim ve sanat alanlarında bilimsel milli komiteler ve çalışma grupları kurmak" sayılmıştır.

12. madde ile de "Ülkenin bilimsel, kültürel, sosyal ve ekonomik yönlerden ilerlemesini ve gelişmesini ilgilendiren sorunlarını, diğer kuruluşlarla işbirliği yaparak, kamu kuruluşlarına önerilerde bulunmak suretiyle öğretim ve araştırma konusu yapmak, sonuçlarını toplumun yararına sunmak ve kamu kuruluşlarınca istenecek inceleme ve araştırmaları sonuçlandırarak düşüncelerini ve önerilerini bildirmek" şeklinde yükseköğretim kurumları görevlendirilmiştir.

Yasadan da anlaşılacağı üzere, sanatın gelişmesini temin ve yeni sanatçıların yetiştirilebilmesi için devlet gerekli üniversite, fakülte, konservatuarları açmakla yükümlüdür.

• 2252 Sayılı Kültür Bakanlığı Döner Sermaye Kanunu

Kanunun 3.maddesi sermayenin kullanma alanını belirlemektedir. Maddeye göre "Kültür Bakanlığı **döner sermayesi**; eski eserler, anıtlar, müzeler, kütüphanecilik, bibliyografya, dokümantasyon, enformasyon, yayın, tanıtma, **güzel sanatlar, sahne sanatları arşiv, folklor, el sanatları, sinema sanatı, festival düzenleme, kültür merkezleri ve bunlar gibi mal veya hizmet üretim ve satışını içeren işletme alanlarında kullanılır.**" (Ek fıkra: 16.04.2003-4848 S.K./34. m.) "Döner Sermaye ayrıca, kültür veya turizm yatırımlarının alt yapı hizmetlerini yapmak, her türlü baskı, dağıtım ve reklâm işleri ile afişler, turistik ve tanıtıcı yayınlar yapmak ve bunlarla ilgili tesisler kurmak, film, fotoğraf, plak ve hatıra eşyası hazırlamak, satış yerleri ve sergiler açmak, radyo ve televizyon programları, folklor gösterileri, festivaller düzenlemek ve turizm konularında yerli ve yabancı kuruluşlarla ortaklık kurmak, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamındaki her türlü eserin tüm mali haklarını yurt içinde ve yurt dışında satın almak, bu hakları kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşu niteliğindeki meslek örgütlerine, mahalli idarelere, Bakanlığın amaç ve görevlerini gerçekleştirmek için bedelsiz kullandırmak veya üçüncü kişilere satmak amacıyla da kullanılır" denilmiştir.

Döner sermayenin gelirinin ise müzelerle, devlet tiyatroları ve devlet opera ve balesi genel müdürlüklerince düzenlenenler dışındaki, tiyatro, bale, opera, konser, sinema ve benzeri yerlere giriş ücreti dâhil,

her türlü ücretler, her çeşit hizmet, mal, sanat eseri, kültür malzemesi, yayın ve benzeri satış gelirleri vs.'den sağlanacaktır.

Yasaya göre, devlet, sanattın toplumda yaygınlaşmasını sağlamak için gerekli hizmetleri yapacak, mesela sergi salonunu aacak, verdiği hizmetler karşılığında edindiği parayı da yine sanat ve sanatçı için harcayacaktır.

•5225 Sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu

Bu kanunun amacı; *"bireyin ve toplumun kültürel gereksinimlerinin karşılanmasını; kültür varlıkları ile somut olmayan kültürel mirasın korunmasını ve sürdürülebilir kültürün birer oğesi haline getirilmesini; kültürel iletişim ve etkileşim ortamının etkinleştirilmesini; sanatsal ve kültürel değerlerin üretilmesi, toplumun bu değerlere ulaşım olanaklarının yaratılması ve geliştirilmesini; ülkemizin kültür varlıklarının yaşatılması ve ülke ekonomisine katkı yaratan bir unsur olarak değerlendirilmesi, kullanılması ile kültür merkezlerinin yapımı ve işletilmesine yönelik kültür yatırımı ve kültür girişimlerinin teşvik edilmesini sağlamak"* olarak belirlenmiştir. (5225 sayılı yasa m. 1)

Ayrıca, bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik faaliyetlerde bulunmak üzere kurulan yerli veya yabancı tüzel kişilerin yatırım veya girişimlerinin teşvik edilmesi, belgelendirilmesi ve denetlenmesi öngörülmüştür. (5225 sayılı yasa m. 2)

Bu kanunda belirtilen kültür yatırımı⁷ veya giriřimi⁸ kapsamındaki teşvik veya indirim konu olacak faaliyetler ise; kültür merkezlerinin⁹

⁷ Kültür yatırımı: Bu kanunun amacı doğrultusunda, kültür merkezleri ile her türlü kültürel ve sanatsal faaliyetlerin üretildiği, sergilendiği, eğitim ve ğretimi ile bunlarla ilgili bilimsel çalışmaların yapıldığı alan, yapı ve meknların yapımına, teknolojik alt yapıların kurulmasına veya donatılmasına yönelik yatırım faaliyetlerini, (5225 sayılı yasa m. 3/e)

⁸ Kültür girişimi: Bu kanunun amacı doğrultusunda, kültür merkezlerinin işletilmesi veya her türlü kültürel ve sanatsal faaliyetlerin üretilmesi, sergilenmesi, eğitim ve ğretimi ile bunlara ilişkin bilimsel çalışmaların yapılması faaliyetleri ile bu faaliyetlerin yapıldığı alan, yapı veya meknların işletilmesini (5225 sayılı yasa m. 3/f)

⁹ Kültür merkezi: Bireyler arasında sosyal ve kültürel iletişim ve etkileşim ortamlarının kurulması ile ulusal kültürün yaşatılması temel amaçlarına dönük olmak üzere; asli unsur olarak güzel sanatlar, sinema, geleneksel ve ağdaş el sanatları gibi her türlü kültürel ve sanatsal faaliyetlerden en az birkaçının üretildiği, sergilendiği, bunların eğitim, ğretim ve bilimsel çalışmalarının yapıldığı bölümler ile sağlık,

yapımı, onarımı ve işletilmesi, kütüphane, arşiv, müze, sanat galerisi, sanat atölyesi, film platosu, sanatsal tasarım ünitesi, sanat stüdyosu ile sinema, tiyatro, opera, bale, konser ve benzeri kültürel ve sanatsal etkinliklerin ya da ürünlerin yapıldığı, üretildiği veya sergilendiği mekânlar ile kültürel ve sanatsal alanlara yönelik özel araştırma, eğitim veya uygulama merkezlerinin yapımı, onarımı veya işletilmesi, kültür varlıkları¹⁰ ile somut olmayan kültürel mirasın¹¹ araştırılması, derlenmesi, belgelendirilmesi, arşivlenmesi, yayınlanması, eğitimi, öğretimi ve tanıtılması faaliyetleri, olarak belirlenmiştir.

Yasanın kapsamında olan kültür yatırımı ve girişimi için uygulanacak teşvik unsurları ise 5. maddede düzenlenmiştir.

Teşviklerden bir tanesi Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bu kanun uyarınca "*Taşınmaz Mal Tahsisi*"dir.¹²

Diğer teşviklerse "*gelir vergisi stopajı indirimi*"¹³, "*sigorta primi işve-*

spor, eğitim ve alışveriş gibi gereksinimlerin karşılandığı birimlerin de bulunduğu yapıları (5225 sayılı yasa m 3/b)

¹⁰ Kültür varlığı: 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarını, (5225 sayılı yasa m. 3/c)

¹¹ Somut olmayan kültürel miras: Sözlü kültür ortamlarında halk tarafından yaratılan ve halkbilimi araştırmaları içinde yer alan; sözlü anlatımlar ve sözlü gelenekler, gösteri sanatları, toplumsal uygulamalar, ritüel ve festivaller, halk bilgisi, evren ve doğa ile ilgili uygulamalar, el sanatları geleneği gibi kültürel ürünleri ve üretim süreçlerini, 5225 sayılı yasa m. 3/d)

¹² Madde 5/a-“ Taşınmaz mal tahsisi; Bakanlık, bu Kanun kapsamında kültür yatırımı ve girişimleri için taşınmaz mal tahsis etmeye yetkilidir. Bakanlıkça tahsisi uygun görülen taşınmaz mallardan;

1. Hazine adına tescilli olanlar Bakanlığın talebi üzerine Maliye Bakanlığının uygun görüşü ile en geç üç ay içerisinde,

2. Mülkiyeti 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun eki (II) sayılı cetvelde yer alan kamu idareleri ile mahalli idarelere ait olanlar, Bakanlığın talebi üzerine ilgili idarenin uygun görüşü ile en geç üç ay içinde bedelsiz olarak Hazine adına tapuya tescil edilerek,

Bakanlığa tahsis edilir.

Hazineye ait olup halen Bakanlığa tahsisli taşınmaz mallar, bu Kanun kapsamında Bakanlıkça tahsis edilebilir.

Bu taşınmaz malların tahsisi, kiralınması ve bunlar üzerinde bağımsız ve sürekli üst hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, taşınmaz malın bulunduğu yer itibarıyla bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar, Bakanlık ve Maliye Bakanlığınca 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na bağlı olmaksızın müştereken tespit edilir.

¹³ Madde 5/b-“ Bu kanun uyarınca belge almış kurumlar vergisi mükellefi yatırımcı veya girişimcilerin, ilgili idareye verecekleri aylık sigorta prim bordrolarında bildirdikleri, münhasıran belgeli yatırım veya girişimde çalıştıracakları işçilerin ücretleri üzerinden hesaplanan gelir vergisinin, yatırım aşamasında üç yılı aşmamak

ren paylarında indirim"¹⁴, "su bedeli indirimi ve enerji desteği",¹⁵ "yabancı uzman personel ve sanatçı çalıştırabilme",¹⁶ "hafta sonu ve resmi tatillerde faaliyette bulunabilmedir."¹⁷

Ayrıca kanunun 8.maddesiyle "kültür merkezlerinin yol, su, kanalizasyon, doğalgaz, elektrik, telekomünikasyon ve diğer altyapı ihtiyaçlarının ilgili kamu kuruluşlarınca öncelikle tamamlanması zorunlu" kılınmıştır.

• 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu

İl özel idaresi "mahall müşterek nitelikte olmak şartıyla; (Ek ibare: 01.07.2006 – 5538 S.K/26/a.mad) Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyeleri hariç ilin... **kültür, sanat, ... ilişkin hizmetleri il sınırları içinde yapmakla görevli ve yetkilidir.**" (5302 sayılı m. 6)

• 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu

Kanunun 9. maddesi ile "Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu (TRT); yurt içine yapılacak; haber, kültür, bilim, sanat, eğence ve benzeri türlerde eğitici, aydınlatıcı ve eğlendirici nitelikte her türlü yayınlarla; Atatürk ilke ve inkılâplarının kökleşmesine, Türkiye Cumhuriyetinin çağdaş uygarlık d-

kaydıyla % 50'si, işletme aşamasında ise yedi yılı aşmamak kaydıyla % 25'i, verilecek muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden terkin edilir."

¹⁴ Madde.5/c - "Bu Kanun uyarınca belgelendirilmiş kurumlar vergisi mükellefi yatırımcı veya girişimcilerin, ilgili idareye verecekleri aylık sigorta prim bordrolarında bildirdikleri, münhasıran belgeli yatırım veya girişimde çalıştıracakları işçilerin, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 72 ve 73 nc maddeleri uyarınca prime esas kazançları üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hissesinin, yatırım aşamasında üç yılı aşmamak şartıyla % 50'si, işletme aşamasında ise yedi yılı aşmamak şartıyla % 25'i, Hazinece karşılanır."

¹⁵ Madde 5/d- "Su ücretlerini yatırım veya girişimin bulunduğu yörede uygulanan tarifelerden en düşüğü üzerinden öderler. Bu yatırım veya girişimin elektrik enerjisi ve doğal gaz giderlerinin % 20'si beş yıl süreyle Hazinece karşılanır."

¹⁶ Madde 5/e-"Belgeli yatırım veya girişimlerde, Bakanlık ve İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen izinle yabancı uzman personel ve sanatçı çalıştırılabilir.

Ancak bu şekilde çalıştırılan yabancı personelin sayısı toplam personelin % 10'unu aşamaz. Bu oran Bakanlıkça % 20'ye kadar artırılabilir. Bu personel, en erken işletmenin faaliyete geçmesinin üç ay öncesinden itibaren çalışmaya başlayabilir."

¹⁷ Madde 5/f-Belgeli girişimler ile belge kapsamındaki diğer birimler belgede belirlenen çalışma süresi içinde hafta sonu ve resmi tatillerde de faaliyetlerine devam edebilirler.

zeyinin üstüne çıkmasını öngören milli hedeflerin gerçekleşmesine" (m. 9/e) ve "devletin varlık ve bağımsızlığının, ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğünün, toplumun huzurunun, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı ve Atatürk Milliyetçiliğine dayanan demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti niteliklerinin korunmasına ve güçlendirilmesine" (m. 9/2) yardımcı olmakla görevlidir.

- **3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun**

Radyo ve televizyonların yayın ilkeleri belirlenmiş olup yayınların "(Değişik madde: 15.05.2002-4756 S.K./2. m.) radyo, televizyon ve veri yayınları, hukukun üstünlüğüne, Anayasa'nın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, milli güvenliğe ve genel ahlaka uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılacağı" kuralı konulmuştur. (m. 4)

- **Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹⁸**

Kanun hükmünde kararnamenin (KHK) amacı, kaynakların verimli kullanılması ve kalkınmanın hızlandırılması amacıyla ülkenin ekonomik, sosyal ve kültürel planlama hizmetlerinin bir bütünlük içerisinde etkin, düzenli ve süratli olarak görülebilmesi için Devlet Planlama Teşkilatının kurulmasını, teşkilat ve görevlerine dair esasları düzenlemek" olarak belirlenmiştir. (KHK m. 1)

Devlet Planlama Teşkilatı'nın (DPT) görevleri arasında "Ülkenin doğal, beşeri ve iktisadi her türlü kaynak ve imkânlarını tespit ederek, takip edilecek iktisadi, sosyal ve kültürel politika ve hedeflerin belirlenmesinde Hükümete müşavirlik yapmak" (KHK m. 2/a), "bakanlıkların ve kamu kurum ve kuruluşlarının iktisadi, sosyal ve kültürel politikayı ilgilendiren faaliyetlerinde koordinasyonu sağlamak, uygulamayı etkin bir biçimde yönlendirmek ve bu konularda Hükümete müşavirlik yapmak" (KHK m. 2/c) sayılmıştır.

KHK ile kendisine verilen görevleri yerine getirebilmek için DPT bünyesinde çeşitli ana hizmet birimleri oluşturulmuştur.

DTP'nin "İktisadi, Sosyal ve Kültürel Hedefler ile Politikaların Tespiti"

¹⁸ KHK'nin Tarihi-No: 19.06.1994-540, Yetki Kanunu Tarihi-No: 16.06.1994-4004, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi-No: 24.06.1994 - 21970 Mükerrer.

ise 25. maddeye göre yapılacaktır. Maddeye göre; *“İktisadi, sosyal ve kültürel hedefler ile politikaların belirlenmesine esas teşkil edecek hususlar Yüksek Planlama Kurulunda görüşülerek tespit edilir. Bu suretle tespit edilen esaslar Bakanlar Kurulunda öncelikle görüşülerek karara bağlanır.”*

• Çocuk Haklarına Dair Szleşme¹⁹

İş bu uluslararası sözleşme ile *“taraf devletler çocuk eğitiminin aşığıdaki amaçlara yönelik olmasını kabul etmişler ve çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirlmesi sağlamayı”* taahhüt etmişlerdir. (m. 29)

Sözleşmenin 31. maddesinde ise taraflar devletler, *“çocuğun dinlenme, boş zaman değerlendirme, oynama ve yaşına uygun eğlence (etkinliklerinde) bulunma ve kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılma hakkını tanır”* ve *“çocuğun kültürel ve sanatsal yaşama tam olarak katılma hakkını saygı duyarak tanır ve zendirirler ve çocuklar için, boş zamanı değerlendirmeye, dinlenmeye, sanata ve kültüre ilişkin (etkinlikler) konusunda uygun ve eşit fırsatların sağlanmasını teşvik ederler”* denilmiştir.

• 2527 Sayılı Basma Yazı ve Resimleri Derleme Kanunu

İlgili yasada *“Türkiye’de her türlü baskı usulleriyle basılıp neşredilen ikinci maddede yazılı basma yazı ve resimleri basanların bunların beş nüshasını Maarif Vekâletinin emrine vermeğe mecbur olduğu”* belirtilmiştir. (2227 sayılı yasa m. 1)

İş bu yasayla basma yazı ve eserlerin korunması, toplanması, kültürel ve bilimsel birikimlerin gelecek nesillere bozulmadan aktarılması amaçlanmıştır.

¹⁹ Resmi Gazete Tarihi: 27.01.1995 Resmi Gazete Sayısı: 22184, Geçerli Dili: İngilizce, Arapça, ince, İspanyolca, Fransızca ve Rusça Depoziter: Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri, Türkiye’nin İmza Tarihi: 14.09.1990, Onay Şekli: Onay Kanunu-Bakanlar Kurulu Kararı.

İhtirazı Kaydı: *“Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 17, 29 ve 30 uncu maddeleri hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutmaktadır.”*

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 09.12.1994, Kanun No: 4058, Resmi Gazete Tarihi: 11.12.1994, Resmi Gazete Sayısı: 22138.

Verilmesi mecburi olan basma yazı ve resimler ise şunlardır:

Gazeteler, ajans tebliğleri, mecmualar, kitaplar, risaleler, tahsil tezleri, haritalar, atlaslar, tablolar, oyma baskılar (gravür), her çeşit resimler, sanat kıymetini haiz duvar ilanları, kılavuzlar, planlar, krokiler, destan ve şarkı mecmuaları, musiki notaları, dans notaları ve tiyatro piyesleri, cemiyet ve şirketlerce neşredilen raporlar, her çeşit kataloglar, takvimler, yıllıklar, yılaçlar ve muhtıralar.

Ayrıca, memleketin kültür hayatıyla alakası olduğu Maarif Vekilliğince tespit ve ilan olunan eserler de bu mecburiyete tabi tutulabilecektir. (2227 sayılı yasa m. 2)

2. Yönetmelikler Açısından

- **Kültür ve Turizm Bakanlığınca Yerel Yönetimlerin, Derneklerin, Vakıfların ve Özel Tiyatroların Projelerine Yapılacak Yardımlara İlişkin Yönetmelik²⁰**

Kültür, sanat ve turizmi geliştirmek ve tanıtmak için hazırlanan projelere Kültür ve Turizm Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlara ilişkin usul ve esasları düzenlemek (m. 1) amacı ile çıkarılan yönetmelik kapsamında, yerel yönetimlerin, özel tiyatroların ve asıl amacı kültür, sanat, turizm ve tanıtım faaliyeti olan dernek ve vakıfların projelerine Kültür ve Turizm Bakanlığı bütçesinden yardım yapılması ve bu yardımların kullanılması, izlenmesi, denetlenmesi ve kamuoyuna açıklanmasına ilişkin usul ve esasları belirlenmiştir. (m. 2)²¹

- **Devlet Sanatçısı Olacak ve Bu Haktan Yararlanacaklar ile Bunların Nitelikleri ve Seçimleri Hakkında Yönetmelik²²**

Devlet Sanatçısı unvanı, sanata olan katkıları ve yaptıkları hizmetler sonucunda bazı sanatçılara Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından verilen unvandır.

²⁰ Kültür ve Turizm Bakanlığından: Resmi Gazete Tarihi: 15.03.2007, Resmi Gazete Sayısı: 26463.

²¹ Kamu kurum ve kuruluşları tarafından kurulan veya kamu personelini desteklemek için kurulan dernekler ve aynı amaçlarla Türk Medeni Kanunu'na göre kurulan vakıflar bu Yönetmelik kapsamı dışındadır. (m. 2/2).

²² Bakanlar Kurulu Karar Tarihi-No: 26.01.2000-2000/153, Dayandığı Kanun Tarihi-No: 14.07.1965-657, Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi-No: 18.02.2000-23968.

1971 yılından beri, Kültür Bakanlığı'nın teklifi, Cumhurbaşkanının onayı ile Türkiye'yi dışarıda temsil eden kişilere devlet sanatçılığı unvanı verilmektedir.

Bu unvan ile maaşa bağlanan sanatçılar, 65 yaşında emekli olma hakkı yanında yurtdışı seyahatlerinde birtakım ayrıcalıklar kazanarak, VIP salonlarını kullanabilmekte ve devlet törenlerinde de protokolde ağırlanmaktadır.

Devlet sanatçısı iş bu yönetmeliğe göre, güzel sanatların sahne sanatları (tiyatro, opera, bale, halk dansları), fonetik sanatlar (oksesli müzik, Türk müziği), plastik sanatlar (resim, heykel, seramik, Türk süsleme sanatları, fotoğraf, karikatür, grafik), sinema-televizyon, edebiyat ve mimarlık dallarında faaliyet gösteren üstün niteliklere sahip, her yönüyle mesleğinin örnek temsilcisi olan ve ulusal ve/veya uluslararası n yapmış, yaşayan sanatçılar arasından seçilmektedir. (m. 2)

Ancak son yıllarda devlet sanatçılığı unvanı üzerinde yaşanan tartışmalar, unvanın reddedilmesi, çok sayıda kişiye verilmesi, kişilerin tespitinde gerekli titizliğin gösterilmediği kanaatini insanlarda oluşturmuştur.

Bu tartışmalar içinde, unvanın, sanatçıyı onurlandırıcı, teşvik edici niteliği zedelenmiştir.

- **Milli Eğitim Bakanlığı
Anadolu Güzel Sanatlar Liseleri Ynetmeliđi²³**

Anadolu güzel sanatlar liseleri ile ilgili iş ve işlemlere ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla (m. 1) yönetmelik çıkarılmıştır.

Anadolu güzel sanatlar liseleri, kayıtlı ğrencilerinin;

a. Güzel sanatlar alanında ilgi ve yetenekleri doğrultusunda eğitim-ğretim görmelerini,

b. Özel yetenek gerektiren yüksek ğretim programlarına hazırlanmalarını,

c. (Mülga bent: 16.12.2006 - 26378 S. RG Yön/9. m.)

²³ Milli Eğitim Bakanlığından: Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 20.08.1999, Yayımlandığı Resmi Gazete No: 23792.

d. Alanlarında araştırmacılığa yönelmelerini, yetenekleri doğrutusunda yorum ve uygulamalar yapabilen, yaratıcı ve üretken kişiler olarak yetişmelerini,

e. Milli ve milletlerarası sanat eserlerini tanınmalarını ve yorumlamalarını sağlamak, amacıyla kurulmuştur. (m. 6)

Okulda resim ve müzik alanları bulunur ve Bakanlığın uygun görmesi durumunda güzel sanatlara yönelik programlar uygulayan başka alanların da açılması mümkündür. (m. 13)

- **Kültür Bakanlığı Senfoni Orkestraları Solist Sanatçılarının Çalışma Usulleri Hakkında Ynetmelik²⁴**

Kültür Bakanlığı Güzel Sanatlar Genel Müdürlüğü'ne bağlı Senfoni Orkestralarındaki solist sanatçıların taşması gereken nitelikleri, hak ve görevleri ile bu görevlerin sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek amacıyla çıkarılmıştır.

- **Fikir ve Sanat Eserlerinin Tespit Edildiği Materyallerin Dolum, Çoğaltım ve Satışını Yapan veya Yayan İşletmelerin Sertifikalandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Ynetmelik²⁵**

Yönetmeliğin amacı, fikrî mülkiyet haklarının korunması ve etkin bir Şekilde takibinin sağlanması amacıyla, fikir ve sanat eserlerinin tespit edilmesi ve çoğaltılmasına ilişkin materyalleri üreten veya ithal eden veya bu materyallerin dolum, çoğaltım ve satışını yapan veya herhangi bir Şekilde yayan ve umuma arz eden yerlerin, Bakanlıkça creti mukabili sertifikalandırılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektir. (m. 1)

- **Diğer Yönetmelikler**

Konuyla alakalı pek çok düzenleme bulunmakla birlikte, bunlardan bazılarını kısaca şu Şekilde listelemek mümkündür.

²⁴ Kültür Bakanlığı'ndan: Resmi Gazete Tarihi: 08.01.1999, Resmi Gazete Sayısı: 23577.

²⁵ Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan: Resmi Gazete Tarihi: 18.04.2005, Resmi Gazete Sayısı: 25790.

I. Mimarlık, Peyzaj Mimarlığı, Mühendislik, Kentsel Tasarım Projeleri, Şehir Ve Bölge Planlama Ve Güzel Sanat Eserleri Yarışmaları Yönetmeliği,²⁶

II. 2809 sayılı Kanunun Geçici 10 Uncu Maddesinin 2.Fıkrası Gereğince ğretim yeliğine Yükseltilecek Sanat Dalları ğretmenleri Hakkında Yönetmelik,²⁷

III. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Milli Saraylar Daire Başkanlığı Geleneksel Sanatlar, Restorasyon Ve Konservasyon Uygulama (Programları) Yönetmeliği,²⁸

IV. Fikir Ve Sanat Eserlerini İçeren Taşıyıcı Materyaller İle Bu Eserlerin oğaltılmasına Yarayan Teknik Cihazların Bedellerinden Yapılan Kesintilerin Kullanımına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Ynetmelik²⁹

V. Kültür Bakanlığı Yazma Eser Kütüphaneleri alışma, Yazma Ve Eski Harfli Basma Eserlerden Yararlanma Ynetmeliđi³⁰

VI. Sair ynetmelikler³¹

²⁶ Kamu İhale Kurumu'ndan: Resmi Gazete Tarihi: 24.12.2002 Resmi Gazete Sayısı: 24973.

²⁷ Yükseköğretim Kurumu'ndan: Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi: 02.02.1985, Yayınlandığı Resmi Gazete No: 18654.

²⁸ Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'ndan: Resmi Gazete Tarihi: 01.04.2006, Resmi Gazete Sayısı: 26126.

²⁹ Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan: Resmi Gazete Tarihi: 13.04.2006, Resmi Gazete Sayısı: 26138.

³⁰ Kültür Bakanlığı'ndan: Resmi Gazete Tarihi: 09.04.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25074.

³¹ Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği, Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik, Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik, Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, İcra, Yapım ve Yayınların Kullanılması ve/veya İletilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca denecek Telif ve İşlenme cretleri Hakkında Yönetmelik, Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Sinema Filmlerinin Desteklenmesi Hakkında Yönetmelik, Sinematografik Ortak Yapımlar ve Türkiye'de Ticari Amaçlı Film ekmek İsteyen Yerli Yapımcılar Hakkında Yönetmelik, 3984 Sayılı Kanun erevesinde Elde Edilen Gelirlerin Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri İle Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tip Statüsü, Güzel Sanat Eserleri, İlim ve Edebiyat Eserleri İle Musiki Eserlerinin El Yazısıyla Yazılmış Asıllarının Satış Bedellerinden Pay Verilmesine İlişkin Karar, İmalat veya İthalat Bedeli zerinden Yapılacak Kesintinin Belirlenmesine İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı gibi başkaca da

4. TÜRKİYE'DE FAALİYET GÖSTEREN YABANCI SANATÇILARIN DURUMU

1932 tarihli, 2007 sayılı Türkiye'deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat Ve Hizmetler Hakkında Kanun³² ile Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yabancılar tarafından bazı mesleklerin icrası yasaklanmıştır.

Ancak 2007 sayılı kanun, 06.03.2003 tarih ve 25040 sayılı RG'de yayımlanan, 27.02.2003 kabul tarihli ve 4817 sayılı kanunun³³ 35. maddesi ile 06.09.2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır.

2007 sayılı mülga kanununun 1. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti dahilinde aşağıda gösterilen sanat ve hizmetler münhasıran Türk vatandaşları tarafından yapılır. Bu sanat ve hizmetlerin Türk vatandaşı olmayanlar tarafından yapılması memnudur" hükmü konulmuş olup, maddenin devamında da yabancıların "...çalgıcılık, fotoğrafçılık... her türlü müesseselerle ticarethane, apartman; han, otel ve Şirketlerde bekçilik, kapıcılık, odabaŐılık; otel, han, hamam, kahvehane, gazino, dansiğ ve barlarda kadın ve erkek hizmetçilik (garson ve servant); bar oyunculuğu ve ŐarkıcılıĐı" yapamayacağı belirtilmiştir.

2007 sayılı kanunu ortadan kaldıran 4817 sayılı Yabancıların alıŐma İzinleri Hakkında Kanun halen yürürlükte olup, yabancıların Türkiye'deki çalışmalarını izne bağlamak ve yabancılar verilecek çalışma izinleri ile ilgili esasları belirlemek üzere çıkarılmıştır. (4817 sayılı kanun m.1).

Kanunun uygulama alanı 2. maddede belirtilmiştir. Maddede "403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 29³⁴ uncu maddesinin ikinci cümlesi ile

yönetmelikler bulunmaktadır.

³² Kanun Numarası:2007, Kabul Tarihi: 11.06.1932, Yayınlandığı Resmi Gazete Tarih: 16.06.1932, Yayınlandığı Resmi Gazete Sayısı: 2126.

³³ Yabancıların alıŐma İzinleri Hakkında Kanun.

³⁴ Yabancı muamelesi ve saklı tutulan haklar: Madde 29 - (Değişik madde: 29.06.2004 - 5203/1 m.) Bu Kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulur. Ancak doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma ykmllĞu ve seÇme-seÇilme, kamu görevlerine girme ve muafen araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe

5680 sayılı Basın Kanununun (MÜLGA)³⁵ 13³⁶ üncü maddesi ve 231 sayılı Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin³⁷ kapsamına giren, Bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşlarınca kanunla verilen yetkiye dayanarak çalışma izni verilen veya istihdam edilen ve **karşılıklılık ilkesi, uluslararası hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku esasları dikkate alınarak çalışma izninden**

ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Kanunun 33 ve 35 inci madde hükümleri saklıdır.

³⁵ 26.06.2004 tarih ve 25504 S. RG' de yayımlanan 09.06.2004 kabul tarihli 5187 sayılı "Basın Kanunu" nun 30.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁶ Madde 13 - (Değişik madde: 29.11.1960 - 143/1 md.) Mevzutelerde alıŐtırılacak muhabirlerin bu kanunun 5 inci maddesinin 1, 2 ve 3 nc bentleri hükümleri müstesna, diğer bentlerinde yazılı nitelik ve Şartları haiz olmaları icabeder.

Atıfta bulunulan 5.madde hükmü ise Şu Şekildedir: (Değişik madde: 29.11.1960 - 143/1 md.) Her mevkutenin yazı işlerini fiilen idare eden sorumlu müdürü bulunur.

Yayının muhtelif kısımlarını idare in ayrı sorumlu müdürler bulundurulabilir. Bu takdirde her sorumlu müdür kendi idare ettiği kısımdan sorumlu olur.

Sorumlu müdür aşağıdaki Şartları haiz olmalıdır:

1 - Türk vatandaşı ve lise tahsili görmüş olmak veya bu derecede tahsili bulunduğu resmen tevsik edilmiş olmak,

2 - 21 yaşını bitirmiŐ bulunmak,

3 - Türkiye'de ikametĐah sahibi olmak ve devamlı oturmak,

4 - Devlet memuru, asker veya ordu mensubu bulunmamak, (Mesleki ve ilmi mevkuteler in bu Şart aranmaz).

5 - Kısıtlı veya kamu hizmetlerinden yasaklı olmamak,

6 - (Değişik bent: 10.11.1983 - 2950/1 md.) AĞır hapis, taksirli suçlar hariç olmak üzere beş yıldan fazla hapis cezalarından biriyle veya yayın tehdidiyle para ve menfaat temini, hırsızlık, sahtecilik, dolandırıcılık, inancı kötüye kullanma, yalan yere Őahadet, yalan yere yemin etmek, iftira, suç tasni, resmi mercileri iğfal, müstehcen ve hayasızca yayın, fuŐşuyata tahrik, hileli iflas, zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, istimal ve istihlak kaçakçılığı suçu dışındaki kaçakçılık suçlarından veya bu Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlar ile bu suçlara tahrik ve teŐvikten hüküm giymemiŐ olmak,

7 - Geçici olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık, genel emniyet gzeti mi altında bulundurulmak veya sürgün cezasına hükümlülük hallerinden bu ceza veya tedbirler infaz edilmiş olmak.

³⁷ Türkiye'de faaliyet gösteren yabancı basın ve yayın organları ile onların yabancı çalıŐanları.

muaf tutulan yabancilar dışında, Türkiye’de bağımlı ve bağımsız olarak çalışan yabanciları, bir işveren yanında meslek eğitimi gören yabanciları ve yabancı çalıştıran gerçek ve tüzel kişileri kapsar” şeklinde belirtilmiştir.

Ancak yasa metninde halen karşılıklılık esasının aranması özellikle Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa Sosyal şartı nedeniyle uluslararası alanda eleştirilmekte ve Avrupa Sosyal şartı’na uyumun sağlanması için gerekli yasal düzenlenmelerin yapılması talep edilmektedir.

Ayrıca 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nun “*Personel alıştırılması*” başlıklı 18/a maddesinde “(Değişik ilk bend: 27.02.2003 - 4817 S.K./31. m.) *Belgeli işletmelerde, Bakanlık ve İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen izinle yabancı uzman personel ve sanatkrlar çalıştırılabilir*” denilmiştir.

Bendin devamında ise ancak bu şekilde çalıştırılan yabancı personelin miktarının toplam personelin %10’unu geçemeyeceği, bu oranın Bakanlıka³⁸ %20’ye kadar artırılabilceği, bu personelin işletmenin faaliyetine geçişinden 3 ay öncesinden itibaren çalışmaya başlayabileceği” belirtilmiştir.

Ancak 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 12.³⁹ maddesi kapsamına giren belgeli işletmelerde 21 yaşından küçük kişilerin çalıştırılabilmeleri o yerin en büyük mülki amirinin izni ile mümkündür.

5. SANAT VE SANATÇININ KORUNMASI AÇISINDAN CUMHURİYET DÖNEMİ

I. Cumhuriyetin İlk Yıllarında Sanata Bakış

Kültür devrimi, ülkede Atatürk ile başlayan devrimler zincirinin bir parçasıdır.

³⁸ Kültür ve Turizm Bakanlığı.

³⁹ Madde 12 - (Değişik madde: 03.08.2002-4771 S.K./10. md.) Kanuni istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, iki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde onsekiz yaşından küçükler çalıştırılmaz

Polis bar, pavyon, gazino, meyhane gibi ikili yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlere yanlarında veli ve vasileri olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girmesini meneder.

Bu madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında 17 nci, işyerleri hakkında da 6 ıncı madde hükümlerine göre işlem yapılır.

Cumhuriyet döneminde resmi yaklaşımlardan bahsederken Atatürk'ün sanata karşı tutumundan, hükümet programlarında sanata verilen yer ve millî eğitim şralarında sanat gibi konular üzerinde durmak gerekmektedir.⁴⁰

Atatürk tarafından, kurulan yeni devlette, sanata ilgi devlet politikası hâline getirilmiştir. Daha 1923 yılında: *“Bir millet ki resim yapmaz, bir millet ki heykel yapmaz, bir millet ki fennin gerektirdiği şeyleri yapmaz açık söyleyelim ki o milletin ilerleme yolunda yeri yoktur”* diyerek, resim ve heykel gibi sanat dallarının önemini ortaya koymuştur. Çünkü yaratıcı bir toplum demek, düşünce ve sanat alanında yeni ürünler ortaya koyabilen, sanat ve kültürde verimli eserler üretebilen toplum demektir. Ankara’da kurulan ilk *“millî hükümet”*, kültür ve sanat sorunlarına önemle eğilmiş ve bunu 9 Mayıs 1920 günlü programında açıkça belirtmiştir. Cumhuriyetten sonra bütün hükümet programlarında da kültür ve sanat konuları yer alır. Yeni kurumlar açılır, çok yönlü yaklaşımlar benimsenir. 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu da sanat ve yaratıcılığa yer vermiştir.⁴¹

1939’da toplanan ilk Millî Eğitim şrası’nda, resim ve heykel sergisi, basım ve yayın gibi konulara yer verilmiş, daha sonra yapılan millî eğitim şralarından bazılarında da sanat ve kültür konusu önemli bir yer tutmuştur. Sanata çeşitli yönleriyle ve sanat eğitimiyle birlikte özel bir ağırlık tanıyan VII. Millî Eğitim şrası (5-15 şubat 1962) ile millî eğitimi yeniden düzenlemek amacıyla toplanan ve lise programlarında *“güzel sanatların”* nemle yer almasını ngren Millî Eğitim şrası (23-26 Haziran 1981) zel bir önem taşımaktadır.⁴²

1923-1938 arasını kapsayan Atatürk döneminde sanata ve sanatçıya kültür devriminin bir parçası olarak oldukça önem verilmiştir. 1923’te her alanda yetiştirilmek üzere yurt dışına gönderilen her 25 öğrenciden 5’i İstanbul Güzel Sanatlar Akademisi’nden seçilmiştir.⁴³ O dönemde yaşanan mali ve politik sıkıntılar düşünüldüğünde sanat ve sanatçının gelişiminin sağlanması için gösterilen zen ortaya çıkmaktadır.

⁴⁰ Kavcar, Cahit, *“Cumhuriyet Döneminde Sanat Eğitimi”*, <http://yayim.meb.gov.tr/dergiler/sayi44/kavcar.htm> (24.10.2007)

⁴¹ Kavcar, Cahit, *Cumhuriyet Döneminde Sanat Eğitimi*.

⁴² Kavcar, Cahit, *Cumhuriyet Döneminde Sanat Eğitimi*.

⁴³ <http://kultur.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF7E7F2B691D9F...> (24.10.2007)

Atatürk'ün ölümünden sonra aynı geleneği İsmet İnönü'de sürdürmüştür.⁴⁴ Devam eden süreçte, sanat ve kültürün halka inmesinde ve yaygınlaştırılmasında halk evleri ve köy enstitüleri oldukça etkin bir rol oynamıştır.

Çünkü Atatürk'ün de belirttiği gibi *“Güzel sanatlarda muvaffak olmak, bütün inkılâplarda başarıya ulaşmak demektir. Güzel sanatlarda muvaffak olamayan milletler ne yazık ki, medeniyet alanında yüksek insanlık sıfatıyla yer almaktan ılelebet mahrum kalacaklardır.”*

II. Siyasi Partilerin Sanat ve Sanat Politikaları

Siyasi partilerin topluma açıkladıkları parti politikalarına bakıldığında hemen hepsinin *“toplumun çağdaşlaşması ve demokratikleşmesine ilişkin çalışma yapılacağına”* dair ibareler bulunmaktadır.

Tüm siyasi partiler bir şekilde kültür ve sanat ile ilgili görüşlerini parti programlarında denklere etmişler ve topluma karşı taahhütte bulunmuşlardır.

Toplumda halen aktif siyaset yapan ve ismen bilinen bazı partilerin programlarından örnek vermek gerekirse;

• CUMHURİYET HALK PARTİSİ (CHP)⁴⁵

Parti programının *“KÜLTÜR, YAZIN, SANAT”* başlıklı bölümünde getireceği politikaların, sanat ve kültürü Türkiye insanının yaşamının bir parçası kılacağını, sürekli gelişen bir kültürel ve estetik anlayışının ülkede kurumsallaşmasının alt yapısını oluşturacağını ve temel eğitim kademesinden itibaren kültür derslerinin okutulmasını sağlayacağı belirtilmiştir.

“Sanat, Dil ve Yazın'a Duyarlılık, Sanatçıya Destek” başlığı altında da *“yazın ve sanatta yaratıcılık ve özgürlük, dilde zenginlik, toplumsal kültürel birikimin göstergesidir. Sanatı önemsemeyen, sanatçıları desteklemeyen toplumlar çağdaşlığı yakalayamaz. Yazın ve sanatta yaratıcı olan bireydir.”*

⁴⁴ Kongar, Emre, Devletin Sanat İçin Yapabileceği nedir? (http://www.kongar.org/makaleler/mak_de.php) Aydınlanma Yazıları (24.10.2007)

⁴⁵ http://www.chp.org.tr/index.php?module=chpmain&page=list_party_info&info_id=102&pid=146 (24.10.2007)

O nedenle bireyin yaratıcılığını, özgürlüğünü sınırlayıcı güdümlü anlayış ve politikalar benimsenemez. Kamu, yazın, sanat, dil, kısaca kültürel etkinlik alanlarında bir yönlendirici ve gdmleyici işlev üstlenmekten çok, toplumsal kültür üretiminin temel ve altyapısal koşullarını hazırlamakta, kültürel etkinlikleri özendirici önlemler almakla yükümlü olmalıdır. Bu anlayışla, tüm Devlet sanat kurumları idari ve sanatsal özerkliğe kavuşturulacaktır. CHP, yazın ve sanatın tüm dallarında, kültürün her alanında, ürünlerin yaratılması konusunda, toplumun bütün kesimlerine eşit olanaklar tanımayı hedef almaktadır. Sanatçıların ve yazarların müdahalelerden uzak bir anlayışla özendirilmesi ve desteklenmesi, bu amaçla özerk bir Sanat Kurumu'nun oluşturulmasını sağlayacaktır. CHP, kitap, kitapevleri ve kütüphaneler için özel duyarlılık içinde olacak, destek sağlayacaktır. Telif haklarını sahipleri lehine geliştirmek; patent ve fikri mülkiyet ile ilgili mevzuatı ağdaş yapıya kavuşturmak; sanatçıların, yazarların ve düşünürlerin sosyal güvenliğini sağlamak; vergi kolaylıkları getirmek için gerekli adımları atacaktır. Siyasi amaçlı veya keyfi yasak ve sansürü, her türlü idari n denetimi kesinlikle kaldıracaktır. Bu konuda sadece yargı kararlarına bağlı kalınacaktır. Halk kütüphanelerine ülkemizde yayınlanan tüm kitapların alınması, kitapevlerine kitap için özel kğıdın ayrıcalıkla tahsisi, gezici kütüphanelerin yaygınlaştırılması sağlanacak... CHP, tiyatro, bale, opera, sinema ve özgün-çok sesli ve ağdaş müziği kültürel gelişmenin önemli öğeleri olarak kabul etmektedir. Bu alandaki faaliyetlerin uluslararası ölçüte kavuşabilmeleri için devletçe destekleneceklerdir. Yerel kültürel mozaiğimizin zenginlik, farklı güzellik ve folklorunun geliştirilmesi hedef alınacaktır. Sanatın her dalında özel yeteneği bulunan gençler, eğitim veya benzeri süreçlerde becerilerini geliştirebilmeleri için, en geniş ölçüde desteklenecektir. CHP, Atatürk'ün başlatmış olduğu Türk dilinin gücünü halktan ve kaynaklarından alarak zenginleştirilmesi; arı, yalın ve özgün yapısını koruyabilmesi; yazın, sanat ve bilimin her alanında yeterli hale gelmesi sürecini kararlılıkla sürdürecektir" şeklinde uzun ve ayrıntılı bir sanat politikası açıklamıştır.

- ANAVATAN PARTİSİ (ANAP)⁴⁶

ANAP ise programında "Kültür ve Sanat" başlıklı bölümünde "Kültür ve sana, milletlerin gelişmesinde başta gelen bir değerler manzumesi" olduğunu söyleyerek, "Kültür ve sanat, millî değerlerin korunmasında

⁴⁶ <http://www.anap.org.tr/sub.asp?id=83Madde>: (24.10.2007)

ve gelişmesinde olduğu kadar, milletlerarası ilişkilerde yakınlaşma ve dayanışmanın temel unsurudur. Milletimizin sosyal ve kültürel hayatında önemli rolü edebiyat, musiki, resim, folklor, sinema ve tiyatronun geliştirilmesi kültür ve sanat anlayışımızın ana hedefidir. Kütüphanelerin zenginleştirilmesi, modern imkân ve araçlarla teçhiz edilmesi, yurt sathına yayılması okuma şevk ve alışkanlığının teşvik edilmesi zorunludur” şeklinde programında düzenleme yapmıştır.

- DEMOKRATİK SOL PARTİ (DSP)⁴⁷

Programında engellilere içinde sanatsal ve kültürel uygulamalarda bulunacağını belirtmiştir.

DSP, “kültür alanında özerk kurumlaşma olanakları genişletilecektir. O arada, Atatürk’ün kişisel vasiyetinin ve mirasının gereği, hukuk devleti kurallarına uygun olarak yerine getirilecektir. Çeviri çalışmaları devlet katkısıyla genişletilerek, Türk toplumunun, bilim, yazın ve sanat alanlarında dünyadaki gelişmeleri yakından izleyebilmesi sağlanacaktır. Kültür, sanat ve spor çalışmaları yurdun ve kentlerin her yöresinde ve toplumun her kesiminde yaygınlaştırılacaktır. Köykentlerle birlikte, bu çalışmalar geniş ölçüde köylülere de sunulabilmektedir. Bu çalışmalarla ilgili kuruluşların, yapıların, alanların, araç ve gereçlerin ortak kullanımı ve herkese açık olması sağlanacaktır. Dinlence aylarında okul yapılarından halka açık eğitim ve kültür çalışmaları için yararlanılacaktır. Televizyon programlarının, kültürde, sanatta ve sporda halkı seyirci durumunda bırakmaması, etkin katılıma ve yaratıcılığa da yöneltip özendirilmesi gözetilecektir. Kitle iletişim araçlarından, halk sanatlarını canlandırıp geliştirici yönde yararlanılacak ve halk sanatlarına halkın yaygın ve etkin katılımı özendirilecektir. Köylülerin tüm sanat çalışmalarına etkin katılım olanakları sağlanacaktır. Tiyatro önemli bir eğitim ve kültür aracı olarak bütün ülkeye, o arada köykentlerle birlikte köylere yaygınlaştırılacaktır ve halk katılımı bu alanda desteklenecektir. Çok sesli musikiye yönelim özendirilirken, özgün Türk musikisi de yozlaştırıcı etkilerden korunacaktır. Görsel sanatların kentleşmede ve günlük yaşamda işlevsel yer kazanması desteklenecektir. Belirli bir düzeye erişen Türk sinemacılığının özgürlük içinde gelişmesine ve dünyaya açılmasına yardımcı olunacaktır. Başta kitap olmak

⁴⁷ <http://www.dsp.org.tr/MEP/FTPRoot/Dosyalar/DSP%20PARTİ%20PROGRAMI.pdf> (24.10.2007)

zere, kültür, sanat ve spor araçları devlet desteğiyle ucuzlatılacaktır. ... Kültür, sanat ve spor alanlarında çalışanlar için yeterli bir soysal güvenlik düzeni kurulacaktır” şeklinde uzun ve ayrıntılı bir açıklama ile sanat politikasını belirlemiştir.

• ADALET VE KALKINMA PARTİSİ (AKP)⁴⁸

AKP ise programının “Kültür ve Sanat” bölümünde maddi kaygıların ön planda olduğu, ruh ve mana dünyasını zenginleştiren, süsleyen unsurların kenara itildiği bir ülke haline geldiğini belirterek, insanın renksiz, şiirsiz, içeriksiz ve estetik kaygıların önemsenmediği bir dünyada yaşamaya itildiğini, bu nedenle kültürün ve kültür politikalarının öneminin her geçen gün daha da arttığını söylemektedir.

AKP programın devamında “...ülkemizin kültür ve sanat alanlarında göstereceği etkinlik, uluslararası camiada saygınlığımızı arttıracaktır. Ülkemiz, binlerce yıllık tarihin sonucu olan zengin bir kültürel birikim ve dokuya sahiptir. Partimiz; Milli değerlerin korunup geliştirilmesi konusunda azami bir gayret içerisinde olacaktır. Yeryüzünde saf bir dil, musiki, mimari vb. bulunmadığı gerçeğinden hareketle kültürel etkileşimi bir zenginlik olarak kabul ediyoruz. Partimiz, milli kültürümüzdeki esas yapıyı, slbu koruyarak evrensel değerlerle milli kültür arasındaki etkileşimi en üst noktaya çıkarmayı amaçlamakta, gerçek bir ağdaş kültür atmosferi oluşturmanın bu yoldan geçtiğine inanmaktadır. Bu iki alanı, çatışma konusu olmaktan çıkarıp, her iki unsurun zenginliklerinden birlikte yararlanmak, kültür politikamızın temelidir. Partimiz, kültürün taşıyıcı unsurları olan dil, edebiyat, folklor, musiki, plastik sanatlar, etnografya, sinema, temsil sanatları vb. alanlardaki mevcut yapıyı, yaklaşım ve anlayışı eksik ve sağlıksız bulmaktadır. Bütün bu alanlarda konuların uzmanları ve sivil toplum örgütlerinin de görüşlerinden yararlanılarak yeni ve doyurucu politikalar geliştirilecektir. Plastik sanatlar ve Türk-İslam sanatlarının gelişimine özel bir önem verilecektir. Tüm sanat çalışmalarının gerçekleştirilmesinde yerel yönetimler ağırlıklı olarak öne çıkarılacak, konuyla ilgili tüm yasal düzenlemeler hızla yapılacaktır. Kültürel yozlaşma, müstehcenlik ve şiddet unsurlarının ön plana çıkarılması, kitabın hayatımızdan her gün biraz daha uzaklaşması, Partimizin öncelikle mücadele edeceği konular olacaktır. Ülkemizin kültür ve sanat zenginliğini tanıtan ve gelişmesine katkıda bulunan tüm projeler desteklenecektir. Yurt içi ve yurt

⁴⁸ <http://www.akparti.org.tr/program.asp?dizin=38&hangisi=2> (24.10.2007)

dışında çok amaçlı kültür merkezleri ve kültür evlerinin yaygınlaştırılması desteklenecektir” demektedir.

• ÖZGÜRLÜK VE DAYANIŞMA PARTİSİ (ÖDP)⁴⁹

ÖDP ise “Özgür ve Yaratıcı Bir Kültürel Ortam” yaratmayı hedeflediğini programında açıklamış ve önerilerde bulunmuştur. Buna göre; “sermayenin kültürel ve sanatsal yaşamı ticarileştiren ve kısırlaştıran egemenliğinin kırılması için, kültür emekçilerinin ve yaratıcılarının, kültürel ve sanatsal üretim, eğitim yayın ve sergileme araç ve ortamları üzerinde özerk kültür ve sanat konseyleri aracılığıyla söz ve denetim hakkı sağlanmalıdır. Tek tek sanatçı ve yazarların olduğu kadar, sanatçı, yazar ve düşünür gruplarının da fikirlerini geliştirmeleri, ürünlerini meydana getirmeleri ve topluma sunabilmeleri için, yerel ve merkezi yönetimlerce geniş kamu fonları yaratılmalı, ayırım gözetilmeksizin yaratıcıların kullanımına açılmalıdır. Kültür endüstrisinde çalışanların, diğer çalışanlar gibi kendi meslek alanlarındaki üretimde söz sahibi olmaları, çalışma ortamlarını aşağıdan yukarıya denetlemeleri için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır”.

• İŞÇİ PARTİSİ (İP)⁵⁰

İP ise programının “Yenileşme ve Güzelleşme İçin Sanat” bölümünde şu hedefleri belirlemiştir. Programda:

“... Millî ve halkçı sanatımızın her dalda toplumu kucaklaması ve eğitmesi, sanatımızın güzellikte ve teknikte milletlerarası düzeye ulaştırılması için, gerekli kurumları oluşturacak ve yeterli kaynak sağlayacaktır. Halkımızın sanat birikimi, çağdaş ölçülerde geliştirilecektir. Güzel Sanatlar günlük hayatın bir parçası haline getirilecek ve geliştirilecektir. Toplumla buluşması için sanatçının önü açılacaktır. Telif hakları titizlikle uygulanacak, fikir ve sanat eserlerinde korsanlık önleneyecek, eser sahiplerinin emekleri ve yaratıcılıkları korunacaktır. Radyolar, televizyonlar, basın ve yayınevleri, sinemacılık, düzeyli sanat uğraşına hizmet amacıyla desteklenecek ve özendirilecektir. Gençlerimizin ve yurttaşlarımızın en az bir sanat dalında yeteneklerini geliştirmeleri sağlanacaktır. Devlet tiyatroları, Devlet opera ve baleleri, senfoni orkestraları,

⁴⁹ <http://www.odp.org.tr/genel/program.php> (24.10.2007)

⁵⁰ <http://www.ip.org.tr/lib/pages/detay.asp?goster=tbelgeler&belgetur=2> (24.10.2007)

Çoksesli korolar, sanat galerileri, sanatçı yetiştiren eğitim kurumları, Devlet konservatuarları, güzel sanat liseleri, yerel yönetimlerin sanat kurumları, halk müziği ve oyunlarını geliştiren kurumlar yaygınlaştırılacak ve nitelikleri yk-seltilecektir. Özel sanat kurumları desteklenecektir. Sanatın, halklar ve lkele-rarası bir dostluk köprüsü olması sağlanacaktır” denmektedir.

• MİLLİYETÇİ HAREKET PARTİSİ (MHP)⁵¹

MHP parti programının “Kültür” başlığı altında “Sanata ve Sanat-ıya Gereken nemin Verilmesi” bölümünde kültür ve sanat politikasını açıklamıştır.

“Kendi millî sanatıyla yabancılaşan ve onu hor gören bir anlayışın ağ-daş olamayacağı düşüncesinden hareketle, sanatın toplumu doğru değerlere yönlendirmesi sağlanacaktır. Sanatçı her devrinde ve her yaşında korunacak, lâ-yık olduğu iyi hayat Őartlarında yaşatılacak ve sosyal güvenlik Şemsiyesi altına alınacaktır.

Sanat ve zanaatlarımızın korunması, sosyal ve ekonomik fayda sağlan-ması ve kültürel değerlerimizin üretilen mal ve hizmetlere yansıtılabilmesi amacıyla, tasarımlara kültürel değerlerin aktarılması sağlanacaktır. Bu suret-le unutulmaya yüz tutmuş kültürel değerler yaşatılacak ve gelecek nesillere sağlıklı bir Şekilde ulaştırılacaktır.

Geleneksel Türk sanatları ve folkloru korunacak, geliştirilecek ve tanıtıla-caktır. Ata yadigârı eserlerin bakımı, tamir ve muhafazası, Türk mimarîsinin, musikisinin, tiyatrosunun, sinemasının, edebiyatının korunması ve geliştiril-mesi bir devlet politikası hâline getirilecektir” denilmiştir.

• DEMOKRAT PARTİ (DP)⁵²

DP'nin beyannamesine göre “...Ekonomik ve sosyal alanda kalkınma-nın temeli, kültürümüze, sanatımıza ve sanatımıza sahip çıkmaktır... İlim ve edebiyat, sinema, musiki ve güzel sanat eseri sahiplerinin fikri üretimden elde ettikleri kazançlar vergiden muaf hale gelecektir. Ülkemizde yeni sanat-ıların, edebiyatçıların, sinemacıların, bestekârların, güzel sanat eseri yara-

⁵¹ http://www.mhp.org.tr/program/program9_3.php (24.10.2007)

⁵² <http://www.dyp.org.tr/Beyanname/Sosyal-Hayat.asp> (24.10.2007)

tıcılarının yetişmesi ve bunların fikri üretimlerinin desteklenmesi ve yöresel kültürel zenginliklerimizin canlı tutulması... sağlanacaktır. Kültürümüzün temel taşları olan yazarlarımızın eserlerinin yaşaması ve ileriki nesillere aktarımı sağlanacak ve desteklenecektir... Yazarlarımızın eserlerinin yabancı dillere tercüme ve yayım masrafları devlet tarafından desteklenecektir...Yurt dışında sanatçılarımızın sergi açmalarına, fuar ve festivallere katılmalarına destek verileceği gibi, yurt dışında sadece yayınevlerimizin katılacağı fuarlar organize edilecektir. Sinema ve müzik sektörü, eser sahipleri ve yapımcılar yönünden desteklenecektir. Sinema eserlerinin yurt dışında daha iyi tanıtılması ve pazar bulabilmesi açısından sinemacılarımızın yabancılarla yapacakları ortak yapımlar desteklenecektir. Türkiye'nin yerli-yabancı ayrımı yapılmaksızın tüm sinemacılar için doğal plato olarak kullanımı desteklenecektir. Yerli sinemacılarımızın eserlerinin yurt dışında gösterimleri desteklenecek, dağıtım, dublaj ve reklâm gibi giderleri devletçe karşılanacaktır. Tüm sanatçılarımız sosyal güvenceye kavuşturulacaktır. Tiyatro alanında yatırımlar hem devlet, hem de özel sektör eliyle yapılacak, özel tiyatrolar desteklenecek ve kapanan özel tiyatroların tekrar açılması teşvik edilecektir. Tiyatrocuların özlük hakları düzenlenecek ve iyileştirilecektir. Kültür merkezlerimiz yıkılmayacaktır. Yeniden yapılması gerekenler ise sadece kültür merkezi olarak inşa edilecek alışveriş merkezlerinin bodrumunda çalışmaya mahkûm edilmeyecektir. Kültür-sanat alanındaki hukuksal sorunların hakkaniyete dayalı biçimde çözümünü teminen uzman hukukçu yetiştirilmesi ve bunların bilgi düzeylerinin geliştirilmesi sağlanacaktır. Uzman mahkemelerin durumu iyileştirilecektir. Üniversitelerde bu konu ile ilgili çalışmalar desteklenecektir" denilmektedir. Devlet tiyatrolarımız da siyasetin oyuncağı haline getirilmekte kültür merkezi olarak inşa edilecek alışveriş merkezlerinin bodrumunda çalışmaya mahkûm edilmeyecektir" denilmektedir.

Partiler programlarında kimi zaman açık ve net hedefler belirlerken kimi zaman da kendi ideolojilerine göre sanat ve sanatçıya yön vermeyi hedeflemektedirler.

I. Devletle Bağlantılı Sanat Kurumlarının Demokratik Yapılanması

John Fowles, "Bilim ayıklamaya çalışır, sanat kışkırtma yolunu arar -biri için ölümcül olan gizem, diğeri için yaşamsaldır"⁵³ diyerek çağdaş-

⁵³ Day, Robert A., (Çeviri: Gülay Aşkar Altay), *Bilimsel Bir Makale Nasıl Yazılır*

laşmanın ölçülerinden olan bilim ile sanat arasındaki farkı ortaya koymuştur.

Fowles'ın da belirttiği gibi sanat kışkırtarak vardır ve özgürlüğe ihtiyaç duyar.

Bu nedenle sanatın çağdaşlaşma ve özgürleşme aracı olduğu, sanatın ve sanatçının muhalif bir duruşu olabileceği unutulmamalıdır.

Bu nedendir ki demokratik yapılanma devletle bağlantılı olan sanat kurumları için çok önemlidir.

Sosyal devletinde sanat ve sanatçılar için gerekli demokratik ortam yaratarak, özellikle devletle bağlantılı sanat kurumlarının kendini geliştirmesi ve proje üretmesi için teşvik çalışmalarında bulunması gerekmektedir. Yine devlet *“yurtdışı ve yurtiçi turne ve gösteri organizasyonlarında yönlendirici ve bilgilendirici rol üstlenmeli, sanatsal yükselişine temel olacak ‘sanatsal yarış’ sistemini uygulayarak sanatsal etiğe uygun rekabete izin verilmeli, örnek ve tecrübeli sanatçıların genç sanatçılara yol gösterici ve eğitici çabaları desteklenmeli, kurum içinde başarılı sanatçıları ödüllendirmeli, desteklemeli, sanat kurumları arasında işbirliği, bilgi ve birikimin aktarılmasını sağlaması, sanat kurumlarının sağlıklı gelişimi için buldukları illerde konseroatuarlar açarak alt yapıyı oluşturması, Milli Eğitim Bakanlığı ile işbirliği yaparak sanat derslerinin çözümüne yönelik projelerin oluşturulmasını sağlaması”*⁵⁴ gerekmektedir. *“Devlet Müzik ve Sahne Sanatları Kurumlarının Yapılanma ve İşleyişinde Çağdaş Modeller Görüşler ve Sempozyum Bildirileri”*nin 5. Oturumunda İstanbul Kültür ve Sanat Vakfı temsilcisi Geyvan Mc Meillen demokratik yapılanma için çözüm ve önerileri belirtmiştir.⁵⁵

Mc Meillen'e göre *“sanatın özgür yaratıcı gücünü destekleyen bir sanat politikası gereklidir. Bu politika Devlet yöneticileri tarafından değil uzmanlar tarafından belirlenmeli, biçimlendirilmelidir. Devlet bu bağlamda, Kültür Bakanlığı yönlendirici değil, destekleyici olmalıdır. Kültür Bakanlığına bağlı sanat kurumlarının yönetim organizasyonu görevce özerklik ve kendi kendini yönetme ilkeleri doğrultusunda belirlenmelidir... Türk sanatçılarının*

ve Yayınları?, TÜBİTAK Yayınları, Ankara 1996.

⁵⁴ <http://www.kultur.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFFB6B8DA541AA02A11F01B9CC4F1C001E7> (24.10.2007)

⁵⁵ <http://sivas.turizm.gov.tr/Yonlendir.aspx?F6E10F8892433CFFFAAF6AA849816B2EFB856E08843ECBADB>

yapıtlarının gösterilmesi için çok az imkân tanınmaktadır. Daha çok dışarıya bağımlı çalışılmaktadır. Batıda sanat kurumları önce kendi sanatçılarının gelişmesi için her türlü imkânı tanımaktadır. Sanatçının ilerlemesi için tek yol çalışması ve deneyimidir... Kültür Bakanlığının binde iki oranındaki bütçesinin sınırlılığı ortadadır. Ayrıca sponsorluk konusundaki yasaların yeterli olmadığı da görülmektedir. Diğer taraftan dünyanın gelişmiş ülkelerinde kültür ve sanatın geliştirilmesi için yapılan kaynak araştırmaları, devletin desteğinde özel kurumlar ve sivil topluluk ve örgütlerin girişimleriyle yapılmaktadır. Bu nedenle Kültür Bakanlığının bütçesinin artırılması, sponsorluk yasasının yeniden gözden geçirilmesi, kültür ve sanat etkinlikleri için özel fonların yaratılması gerekmektedir. Bu fonların özel sanatçı, proje ya da kurumda kullanılmak üzere verilmesi daha evvel belirtilen kurul tarafından kararlaştırılmalıdır."

1. SONUÇ

Sonuç olarak denilebilir ki:

Tüm sanat dalları rasgele bir gelişim göstermez. Gelişim gösterebilmeleri için bir takım özel koşulların olması gerekmektedir. Özellikle Avrupa'da sanatı korumanın geleneği çok köklüdür ve bu ülkelerdeki koruyuculuklar süreklilik arz eder. Hatta bu koruyuculuk her koşulda devam etmiş, savaşlar bile devletin sanat üzerindeki koruyuculuğunu engelleyememiştir. Barış dönemleri ise sanatın ve özgür yaratının gelişmesi için uygun ortamlar yaratmıştır.⁵⁶ Zira "özgürlük bağlamında, Rönesans dönemi sanatçılarından, Leon Battista Alberti, sanatı özgür zihnin bir ürünü olarak görmektedir."⁵⁷

Ülkemizde ise Anayasa'nın 64. maddesindeki koruma yükümlülüğü gereği sanatçısına destek vermek isteyen Cumhuriyet, onu "memurluk" şemsiyesi altına almıştır. Memurluk şemsiyesi, bir yandan sanatçıya mali destek sağlarken, öte yandan onları "memuriyetin" bazı sorunları ile karşı karşıya bırakmaktadır.

Siyasal iktidarların "bürokrasi" üzerindeki olumsuz denetimi sanatçıları da ister istemez etkilemektedir.

⁵⁶ Konur, Tahsin, *Devlet-Tiyatro İlişkisi*, s. 20.

⁵⁷ Özdin, Nilüfer, *Rönesans Döneminde Tinsel Mülkiyet Kavramının Gelişimi ve Sanatçı Hakları*, (Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, www.e-sosder.com) , ISSN:1304-0278 Kış 2005, C.3, S.11, s. 84-91.

Ancak burada daha önemli bir sorun, farklı siyasal görüşlerdeki iktidarların sanatı kendi görüşlerine göre, en yumuşak tabiriyle “yönlendirmek” istemeleridir.

Böylece sanatçısını korumak ve desteklemek isteyen bir görüş, onu “memur gibi itip kakmak isteyen” bir zihniyete dönüşmektedir.”⁵⁸

Atatürk “sanatsız bir milletin hayat damarlarından bir kesilmiş demektir” diyerek sanatın toplum için yaşamsal olduğunu vurgulamıştır.

Son söz olarak, bir damar kesilmiş ve kan kaybı yaşanırken, nasıl sosyal devlet ilkesi gerçekleşecektir diye sorulmalıdır.

KAYNAKLAR

Özdin, Nilüfer, Rönesans Döneminde Tinsel Mülkiyet Kavramının Gelişimi ve Sanatçı Hakları, (*Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, www.e-sosder.com), ISSN:1304-0278 Kış 2005, C.3, S.11.

Konur, Tahsin, *Devlet-Tiyatro İlişkisi*, Ankara 2001.

Özbudun, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1989.

<http://www.kultur.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFFB6B8DA541AA02A11F01B9CC4F1C001E7> 24.10.2007)

Kavcar, Cahit; *Cumhuriyet Döneminde Sanat Eğitimi*, <http://yayim.meb.gov.tr/dergiler/sayi44/kavcar.htm>(24.10.2007)

<http://kultur.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF7E7F2B691D9F...> (24.10.2007)

Kongar, Emre, *Devletin Sanat İçin Yapabileceği nedir?* (http://www.kongar.org/makaleler/mak_de.php) Aydınlanma Yazıları (24.10.2007)

http://www.chp.org.tr/index.php?module=chpmain&page=list_party_info&info_id=102&pid=146(24.10.2007)

<http://www.anap.org.tr/sub.asp?id=83Madde>: (24.10.2007)

⁵⁸ Kongar, Emre, *Devletin Sanat İçin Yapabileceği Nedir?*

<http://www.dsp.org.tr/MEP/FTPRoot/Dosyalar/DSP%20PARTİ%20PROGRAMI.pdf> (24.10.2007)

<http://www.akparti.org.tr/program.asp?dizin=38&hangisi=2> (24.10.2007)

<http://www.odp.org.tr/genel/program.php> (24.10.2007)

<http://www.ip.org.tr/lib/pages/detay.asp?goster=tblgeler&belgetur=2> (24.10.2007)

http://www.mhp.org.tr/program/program9_3.php (24.10.2007)

<http://www.dyp.org.tr/Beyanname/Sosyal-Hayat.asp> (24.10.2007)

Day, Robert A., (Çeviri: Gülay Aşkar Altay), *Bilimsel Bir Makale Nasıl Yazılır ve Yayımlanır?* TÜBİTAK Yayınları, (Ankara 1996)

Devlet Müzik ve Sahne Sanatları Kurumlarının Yapılanma ve İşleyişinde Çağdaş Modeller Görüşler ve Sempozyum Bildirileri, <http://sivas.turizm.gov.tr/Yonlendir.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EFB856E08843ECBADB>

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ İSTİNAF İNCELEMESİNDE DÜZELTEREK RED (ONAMA) KARARI VEREBİLECEK Mİ? (Ceza)

Mustafa ALBAYRAK*

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272-285. maddeleri kanun yollarından olan istinafla ilgili hükümleri içermektedir.

7.10.2004 tarihli *Resmi Gazete'* de yayınlanan ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun adli yargı ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Kanunun geçici 2. maddesi "*bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde bölge adliye mahkemelerinin kurulması*"nı öngörmüştür.¹

* Yargıtay Tetkik Hakimi.

¹ Ortada faaliyete geçmiş bir mahkeme olmamasına rağmen bu konuda şu kararlar alınmıştır.

Adalet Bakanlığından:

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN KURULMASINA İLİŞKİN KARAR

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 inci maddesi uyarınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluklarına göre; İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır'da bölge adliye mahkemeleri kurulmuştur. (RG 5 Haziran 2007 - 26543)

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararı: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanlığından:

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun en önemli yeniliklerinden biri istinaf kanun yolunu getirmiş olmasıdır. Bölge Adliye Mahkemeleri (BAM) faaliyete geçtikten sonra Adli Yargı ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı, ayırık durumlar hariç, doğrudan temyize başvurmak mümkün olmayacaktır.

İstinaf kanun yolu, ilk derece mahkemesinin verdiği hükümlere karşı (m. 223) başvurulacak bir kanun yolu olup hem maddi meseleyi (fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediğini) hem de suçun sübutundan sonra hukuksal sorunu (suç fiilinin hangi suç tipine uyduğu ve hangi cezanın verileceği) incelemesini yapar ve gerekirse yeniden hüküm kurar.

Bölge Adliye Mahkemeleri istinaf incelemesini istisnalar dışında²

Karar Tarihi : 15.5.2007

Karar No : 206

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 inci maddesi uyarınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluklarına göre Adalet Bakanlığı'na kurulmuş bulunan Bölge Adliye Mahkemelerinden;

1- İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; İstanbul, Kırklareli, Edirne, Tekirdağ, Kocaeli, Sakarya ve Düzce,

2- Bursa Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Bursa, Çanakkale, Balıkesir, Kütahya, Bilecik ve Yalova,

3- İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; İzmir, Manisa, Uşak, Aydın, Denizli ve Muğla,

4- Konya Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Konya, Afyonkarahisar, Isparta, Burdur, Antalya, Aksaray ve Karaman,

5- Adana Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Adana, Mersin, Niğde, Kayseri, Hatay, Osmaniye, Kahramanmaraş, Adıyaman, Gaziantep, Malatya ve Kilis,

6- Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Ankara, Eskişehir, Bolu, Zonguldak, Karabük, Bartın, Kastamonu, Çankırı, Çorum, Kırıkkale, Kırşehir, Nevşehir ve Yozgat,

7- Samsun Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Samsun, Sinop, Amasya, Tokat, Sivas, Ordu, Giresun, Gümüşhane, Trabzon, Rize ve Artvin,

8- Erzurum Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Erzurum, Erzincan, Bingöl, Muş, Ağrı, Iğdır, Kars, Ardahan ve Bayburt,

9- Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesinin yargı çevresinin; Diyarbakır, Elazığ, Tunceli, Şanlıurfa, Mardin, Batman, Siirt, Bitlis, Van, Şırnak ve Hakkari

İllerinin mülki hudutlarını kapsayacak şekilde belirlenmesine karar verilmiştir.(RG 5 Haziran 2007 - 26543)

² - **CMK, Madde-272 - (1)** İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir.

ilgililerin (Cumhuriyet Savcısı, şüpheli, sanık ve katılan) başvurusu üzerine yapar.

BAM ceza dairelerinin şu andaki yasal düzenlemeye göre doğrudan bakacakları davalar bulunmamaktadır. Dolayısıyla BAM ceza dairesinin önüne uyuşmazlık ancak ilgilileri tarafından (resen istinafa tabi olanlar hariç) ilk derece mahkemesi kararından sonra getirilecektir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi CMK'da istinafla ilgili 14 madde bulunmaktadır. Bu maddelere baktığımızda halen 1402 sayılı CMUK'nun 322. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen, Yargıtay'ın davanın esasına hükmedilecek haller (ıslah, düzelterek onama) istinaf için öngörülmediği buna mukabil aynı kanunun (5271 sayılı CMK) 303.maddesinde Yargıtay'ca davanın esasına hükmedilecek haller, hukuka aykırılığın giderilmesi başlığını taşımakta ve CMUK'nun 322. maddesinde sayılanlara benzer sebeplerin olması halinde Yargıtay'ın davanın esasına hükmedebilmesini ve hükümdeki hukuka aykırılığı gidererek noksanlığın giderilmesini kabul etmiştir.

Bu yazımızda temyiz incelemesi için öngörülen CMK'nun 303. maddesindeki hallerin varlığı halinde aynı uygulamanın Bölge Adliye Mahkemelerinin istinaf incelemesinde yapılıp yapılmayacağı üzerinde düşüncelerimizi açıklayacağız. Düzelterek ret (onama) konusunu incelemeden önce BAM'ın istinaf incelemesini nasıl yapacağı hususunda kısa bir açıklamadan sonra bu konu irdelenecektir.

İSTİNAF İNCELEMESİ

İstinaf incelemesinin dört aşaması vardır. Bunlar:

1. Dosya üzerinde ön inceleme.
2. Dosya üzerinde esaslı inceleme.
3. Davanın yeniden görülmesi ve duruşma açılması kararı.
4. Duruşma açıldıktan sonra sanığın duruşmaya gelmemesi üzerine ret kararı.
5. Duruşma sonrası kararları.

I. DOSYA ÜZERİNDE ÖN İNCELEME

İlk derece mahkemesi karar dosyasının CMK'nın 278.maddesine göre³ BAM Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi üzerine, savcılıkça dosyanın incelemesi yapılır. Bu incelemede tebliğat eksiklikleri bulunup bulunmadığı, eksiklikler varsa giderilmesin yoluna gidilir. Cumhuriyet Başsavcılığı bu aşmada dosyaya konmasını uygun gördüğü belge ve delilleri ekleyerek tebliğname ile birlikte ceza dairesine gönderir. Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesine gelen dosya başkan tarafından iş bölümü çerçevesinde ilgili üyeye verilir. BAM ceza dairesince tebliğname ilgililere tebliği edilir. Bu ilgililer kararı temyiz edenler (Cumhuriyet Savcısı hariç) ve tebliğnamenin aleyhine hüküm doğurduğu kişilerdir.

Dosyayı alan üye dosya üzerinde ön inceleme yapar. Ön incelemede sırasıyla şu hususlara bakılır:

1. Yetki Araştırması: İlk olarak BAM'ın bu dava bakımından yetkili olup olmadığına bakılır. BAM'ın yetki alanına giren iller veya ilçeler kurul (HSYK) kararıyla belirlenecek olduğundan bu yetki sorunu çok istisnai durumlarda hata sonucu oluşabilecektir. Bu gibi durumlarda BAM yetkisizlik kararı vererek dosyayı yetkili BAM'ye gönderir. BAM ceza dairesi kendisini yetkili görmesi halinde bundan sonraki aşamalardaki incelemesini yapacaktır.

2. Süre: İstinaf istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır, beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hakime onaylattırılır. Tutuklu sanık 263. madde hükmüne göre istinaf başvurusunu ceza infaz kurumuna yapar.

Hüküm, istinaf yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar.

Asliye ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet Savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki sulh ceza mahkemelerinin; ağır

³ -Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Savcısının görevi

Madde 278 - (1) Dava dosyası, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına geldiğinde incelenerek, varsa tebliğat eksikliklerinin giderilmesi sağlandıktan ve sunulması gereken belge ve deliller de eklendikten sonra, yazılı düşüncüyü içeren bir tebliğname ile birlikte bölge adliye mahkemesi ceza dairesine verilir. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname ilgililere de tebliğ olunur.

ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet Savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin hükümlerine karşı, kararın o yer Cumhuriyet Başsavcılığı'na geliş tarihinden itibaren yedi gün içinde⁴ istinaf yoluna başvurabilirler.

Bu incelemede istinaf başvurusunun süresinde yapıp yapılmadığı araştırılacak ve süresinde yapılmadığı anlaşılırsa bu durumda istinaf başvurusunun reddine karar verilecektir.

3. Kararın BAM'nin İnceleyebilecek Olduğu Kararlardan Olup Olmadığı: İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, on beş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir.

Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir.

Ancak;

a. Sonuç olarak belirlenen iki bin lira dahil adlî para cezasına mahkûmiyet hükümlerine,

b. Üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adlî para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine,

c. Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere,

Karşı istinaf yoluna başvurulamaz.

BAM yaptığı bu araştırmada kararın incelenebilecek kararlardan olmadığına kanaat getirirse **red** kararı verecektir.

4. İstinafa Başvuranın Buna Hakkı Olup Olmadığı (Kanun Yollarına Başvurma Hakkı): Hakim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısı, şüpheli, sanık ve bu kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.

Asliye ceza mahkemesinde bulunan Cumhuriyet Savcıları, mahkemenin yargı çevresindeki sulh ceza mahkemelerinin; ağır ceza mah-

⁴ - CMK, Madde 38-(1) Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan tebligat, tebliği gereken evrakın aslının verilmesi suretiyle olur. Tebliğ ile bir süre işlemeye başlıyorsa verildiği gün, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından evrakın aslına yazılır.

kemelerinde bulunan Cumhuriyet Savcıları, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilirler.

Cumhuriyet Savcısı, sanık lehine olarak da kanun yollarına başvurabilir. (260)

İstinaf başvurusunun yukarıda sayılan kişiler tarafından yapılmamış olması halinde istinaf başvurusunun **reddine karar** verilecektir.

II. DOSYA ÜZERİNDE ESASLI İNCELEME

Ön inceleme sonunda haklarında yetkisizlik veya istinaf başvurusunun reddine kararları verilmeyen dava dosyalarını BAM ceza dairesi incelemeye başlar. Bölge adliye mahkemesi dosyayı her yönüyle inceler (olaydan karara kadar bütün belge, ifade, sorgu, tebliğname, temyiz dilekçeleri, cevap dilekçeleri) ve inceleme sonunda şu kararları verir:

1. İstinaf Başvurusun Esastan Reddi: BAM ceza dairesi ilk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine karar verir.

2. Hükümün Bozulması: BAM ceza dairesi ilk derece mahkemesinin kararında CMK 289. maddesinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükümün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hüküm kurulmak üzere hükümü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verir.

Kanununun 289. maddesinde kesin hukuka aykırılık halleri düzenlemiş ve bu aykırılıkların bulunması halinde hükümün bozulması gerektiği amir hüküm olarak getirilmiştir. Bunlar maddede dokuz başlık altında tek tek sayılmışlardır. Bu hukuka aykırılıkların tespiti halinde BAM muhakkak bozma kararı verecektir. Çünkü kanununun hükümü emredici olduğundan bu gibi hallerde aşağıda açıklayacak olduğumuz üzere duruşma açarak kendisi yargılama yapip karar veremeyecektir.

Hükmün Bozulmasını Gerektiren Kesin Hukuka Aykırılık Halleri

a. Mahkemenin Kanuna Uygun Olarak Teşekkül Etmemiş Olması

Mahkemelerin oluşumu kanunla belirlenmiştir. Mahkemelerde hakim, katip bulundurulması bir zorunluluk olduğu gibi Asliye ceza ve Ağır Ceza mahkemelerinde Cumhuriyet savcısının bulunması zorunludur. Ayrıca ağır ceza mahkemesi bir başkan ve iki üyeden oluşması gerektiğinden üyelerden birinin bulunmaması halinde mahkeme kanuna uygun olarak oluşmamış demektir.

Ayrıca tutanağa hakim, katip, savcı ve duruşma katibinin isminin yazılması gerekir.

b. Hakimlik Görevini Yapmaktan Kanun Gereğince Yasaklanmış Hakimin Hükme Katılması

CMK'nın 22 ve 23. maddelerinde hakimin davaya bakamayacağı haller gösterilmiştir. Bu hallerin bulunmaması gerekir. Bu düzenleme ile Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirlenen yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına almanın, adil yargılama kurallarının gereği olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede hakimin gördüğü dava ile kişisel ilişkisin bulunması, taraf tutma açısından mutlak bir karine kabul edilmiş ve bu nedenle hakimin davaya bakamayacağı haller sayılmıştır. Bunlar:

a. Suçtan kendisi zarar görmüşse,

b. Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa,

c. Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise,

d. Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlat edinme bağlantısı varsa,

e. Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa,

f. Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa,

g. Aynı davada Cumhuriyet Savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,

h. Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse,

Karşılaştırmalı yargılama hukukunda bu konu daha kapsamlı olarak ele alınmıştır. Genel ilke, hakimlerin önceden bir fikir veya soruşturmaya katılmamış olmalarıdır. Hakimlerin, bir işe müdahale ettiklerinde önceden bir fikir ve düşüncelerinin olmaması gereklidir ve tarafsız kalmanın bir koşuluda budur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmenin 6. maddesi hakim in önce soruşturmasını veya soruşturma işlemini yaptığı davadaki usul işlemlerine katılmasını hukuka aykırı saymıştır. Kanununun 23. maddesindeki düzenleme de şu şekildedir:

(1) Bir karar veya hükme katılan hakim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz.

(2) Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hakim, kovuşturma evresinde görev yapamaz. (Kanununun 163 üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz.⁵)

(3) Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı işte görev alamaz.

**c. Geçerli Şüpheli Nedeniyle Hakkında
Ret İstemi Öne Sürülmüş Olup da bu İstem
Kabul Olunduğu Halde Hakim in Hükme Katılması
veya bu İstem in Kanuna Aykırı Olarak Reddedilip
Hakim in Hükme Katılması**

Hakkında red istemi kabul edilen yada red isteği kanuna aykırı olarak reddedilen hakim in hükme katılması mutlak bozma sebebidir. Kanununun 22. maddesindeki düzenlemeye göre, hakim in davaya bakamayacağı hallerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir.

⁵ - Soruşturmanın sulh ceza hakimi tarafından yapılması

Madde 163 - (1) Suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşırıyorsa, sulh ceza hakimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir.

(2) Kolluk amir ve memurları, sulh ceza hakimi tarafından emredilen tedbirleri alır ve araştırmaları yerine getirirler.

d. Mahkemenin Kanuna Aykırı Olarak Davaya Bakmaya Kendini Görevli veya Yetkili Görmesi

Mahkeme her aşamada görevli olup olmadığını gözetmesi gerekir. Madde 6 hariç her zaman görevsizlik kararı verebilir. Yetki yasada öngörülen zamanda⁶ yapıldığında buda nazara alınır. Yetkili olmayan mahkemenin davaya bakması kanuna aykırılık oluşturur.

e. Cumhuriyet Savcısı veya Duruşmada Kanunen Mutlaka Hazır Bulunması Gereken Diğer Kişilerin Yokluğunda Duruşma Yapılması

Duruşmada Cumhuriyet Savcısı yanında yargılama faaliyetini zapta geçiren bir katibin bulunması gerekir. Ayrıca belirlenen duruşma gününden ayrı olarak duruşmanın sanığın hazır olmadığı günde veya zorunlu müdafii hazır olmadan da duruşma yapılması hukuka kesin aykırılık halidir.

f. Duruşmalı Olarak Verilen Hükümde Açıklık Kuralının İhlâl Edilmesi

İstisnalar dışında duruşmalar açık olarak yapılması kuralına uyulmaması hukuka kesin aykırılık hallerinden sayılmıştır.

g. Hükümün 230. Madde Gereğince Gerekçeyi İçermemesi

Anayasa'nın 14. maddesine göre mahkeme kararlarının gerekçeli olması öngörülmüş ve CMK 34 ve 230 maddeler de bu yönde düzenlemeler getirmiştir. Hakim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy

⁶ - Madde 18-(1) Sanık, yetkisizlik iddiasını, ilk derece mahkemelerinde duruşmada sorgusundan, bölge adliye mahkemelerinde incelemenin başlamasından ve duruşmalı işlerde inceleme raporunun okunmasından önce bildirir.

(2) Yetkisizlik iddiasına ilişkin karar, ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusundan önce, bölge adliye mahkemelerinde duruşmasız işlerde incelemenin hemen başlangıcında, duruşmalı işlerde inceleme raporu okunmadan önce verilir. Bu aşamalardan sonra yetkisizlik iddiasında bulunulamayacağı gibi mahkemeler de bu hususta re'sen karar veremez.

(3) Yetkisizlik kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.

dahil, gerekçeli olarak yazılır. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir.

Kararlarda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir.

Mahkumiyet hükmünün gerekçesinde; iddia ve savunmada ileri sürülen görüşler, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi, ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanunu'nun 61 ve 62. maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkumiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi, cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar net ve anlaşılır biçimde gösterilir.

Beraat hükmünün gerekçesinde ise yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kast veya takirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması ve yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması gibi hallerden hangisine dayandığının gösterilmesi gerekir

Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde ise yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması ve kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hallerinden hangisinden karar verildiğinin gösterilmesi gerekir.

Diğer kararlarda da bunun nedenlerini gerekçede gösterilmesi gerekir.

h. Hüküm İçin Önemli Olan Hususlarda Mahkeme Kararı ile Savunma Hakkının Sınırlandırılmış Olması

Savunma hakkını kısıtlayacak hiçbir işleme başvurulmamalı. Eğer hakkın suistimali söz konusu ise buda usulene uygun olarak engellenmelidir. Savunma için ve müdafii tayini için süre istenmesi hallerinde bu süre verilmeli. Dinlenilmesi istenen tanıklar varsa bunlarda dinlenmeli.

i. Hükümün Hukuka Aykırı Yöntemlerle Elde Edilen Delile Dayanması

Hükümün hukuka uygun delillere dayanması, usul hukuku yönünden olağanüstü önem taşıyan ve adil yargılama ile bağlantılı bir ilke olan delilin hakkaniyete uygunluğunu sağlamak amacını gütmektedir. Böylece ister soruşturma evrelerinde isterse kovuşturma evresinde hukuka aykırı olarak, örneğin işkence, narkozla, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne saldırılar yolu ile elde edilmiş deliller hükme esas alınmayacaktır. Bunlara dayanarak hüküm kurulması kesin hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

III. DAVANIN YENİDEN GÖRÜLMESİ VE DURUŞMA AÇILMASI

BAM ceza dairesi yukarıda sayılan usulleri geçtikten sonra yani incelediği dosyada istinaf başvurusunun esastan reddetmediği ve kesin hukuka aykırılık halleri tespit edip bozma kararı vermediğinde gerekli tedbirleri aldıktan sonra ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına karar verir.

IV. DURUŞMA AÇILDIKTAN SONRA SANIĞIN DURUŞMAYA GELMEMESİ ÜZERİNE RET KARARI VERİLMESİ

Kanunun duruşma hazırlığı başlıklı 281/1. maddesinde “*Tutuksuz sanığa yapılacak çağrıda kendi başvurusu üzerine açılacak davanın duruşma-*

sına gelmediğinde davasının reddedileceği ayrıca bildirilir” hükmü bulunmaktadır. Bu hükümden çıkan sonuca göre mahkeme her ne kadar duruşma açılmasına karar verse bile istinafa başvuran sanığın mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi halinde istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilecektir.

Bu hükmün çok isabetli olmadığını belirtmekle beraber aşağıda açıklayacak olduğumuz düzelterek istinaf başvurusunun reddine karar verilmesi halinde daha hakkaniyete uygun bir çözüm bu adaletsizliği giderebilecektir.⁷

V. DAVANIN YENİDEN GÖRÜLMESİ VE DURUŞMA SONRASI VERİLEBİLECEK KARARLAR

Duruşma açılmasına karar verildiğinde CMK'nın duruşma hazırlığı (m. 175-181), duruşma (m. 182-202) ve karara (m. 227-232) ilişkin hükümleri uygulanır. Bunun yanında bu mahkemeler bazı ayırık uygulamalarda yapabilecektir. Bunlar:

a. Duruşma, bu kanunun öngördüğü genel hükümlere göre başladıktan sonra görevlendirilen üyenin inceleme raporu okunur.

b. İlk derece mahkemesinin gerekçeli hükmü de okunur.

c. İlk derece mahkemesinde dinlenen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları, bilirkişi raporu, bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar okunur.

d. Bölge adliye mahkemesi duruşmasında dinlenilmeleri gerekli görülen tanık ve bilirkişiler çağrılır.

BAM ceza dairesi yapacağı yargılama sonunda aşağıdaki kararları verecektir. BAM ceza dairesi duruşma açılması kararı ile ilk derece mahkemesinin kararını kaldırdığından duruşma yaptıktan sonra yeni bir hüküm kuracaktır. İlk derece mahkemesinin kararı ile aynı olsa bile yeni bir hüküm kuracaktır.

⁷ Kanunun bu konudaki düzenlemesi ile ilgili olarak bakınız, Hüsamet Uğur, “Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemesince İnceleme ve Kovuşturma Evresine İlişkin Bir Sorunun Tahlili ve Öneriler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 10, Haziran 2007.

BAM'ın Verebilecek Olduğu Kararlar

1. Beraat

Kanun aşağıdaki hallerde beraat kararı verilmesini kabul etmiştir.

- a. Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması.
- b. Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması.
- c. Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması.
- d. Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması.
- e. Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması. **(Hükümdür, temyize tabidir.)**

2. Kusurun Bulunmaması Dolayısıyla Ceza Verilmesine Yer Olmadığı

BAM ceza dairesi aşağıda yazılı durumların bulunması halinde *"kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığına"* karar verir.

- a. Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya **da geçici nedenlerin bulunması.**
- b. Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi.
- c. Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması.
- d. Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi. **(Hükümdür, temyize tabidir.)**

3. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı

BAM ceza dairesi işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen aşağıda ki hallerde ceza verilmesine yer olmadığına karar verir

- a. Etkin pişmanlık.

b. Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı.

c. Karşılıklı hakaret.

d. İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı.

Derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez. **(Hükümdür, temyize tabidir.)**

4. Mahkumiyet

BAM ceza dairesi yüklenen suçun işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkumiyet kararı verir. **(Hükümdür, temyize tabidir.)**

5. Güvenlik Tedbiri

BAM ceza dairesi yüklenen suç işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmedilir. **(Hükümdür, temyize tabidir.)**

6. Davanın Reddi

BAM ceza dairesi aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verir. **(Hükümdür, temyize tabidir.)**

7. Düşme

Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, BAM ceza dairesi davanın düşmesine karar verir. Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde düşme kararı verilemez. **(Hükümdür, temyize tabidir.)**

8. Durma

Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Derhal beraat kararı verilebilecek hâllerde durma kararı verilemez. **(Bu karara itiraz edilebilir.)**

9. Görevsizlik

BAM ceza dairesi dava konusu eylemin adli yargının görev alanı dışında başka bir yargının görevine girdiğini kabul ederse görevsizlik kararı verir. **(Hüküm sayılır, temyize tabidir.)**

10. Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi

CMK'un 231.maddesinde 5560 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra 19 Aralık 2006 tarihinden itibaren bazı suçlar için hükümün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi getirilmiştir. BAM yaptığı duruşma sonunda bu şekilde de karar verebilecektir. **(Bu karara itiraz edilebilir.)**

VI. CMUK VE CMK'DA DÜZELTEREK ONAMA

CMUK'un 322. maddesinin birinci fıkrasında 9 bent halinde sayılan hallerde Yargıtay yargılama yapılmasında fayda görmemesi halinde hüküm bozar ve bu bozma ile sınırlı olarak hüküm düzeltilerek (ıslah edilerek) onanmasına karar verir.

Islah; teknik anlamda başka bir makamın eskisinin yerine geçerek yeni bir karar vermek suretiyle aykırılığı gidermesidir. Bu halde Yargıtay, esas mahkemenin yerine geçerek hüküm bozup düzeltmek (ıslah) suretiyle onamaktadır.

Maddenin yazılışına uygun olan bu açıklamalar yanında hüküm bozmadan düzelterek onama kararları da verilmektedir. Bu uygulama hüküm bozulmakla ortadan kalkacağı ve düzeltilmiş olsa da ilk mahkemenin yerine geçerek Yargıtay'ın hüküm kuramayacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bu düşüncelerle hükümde var olduğu kabul edilen eksiklik ya da yanlışlığa işaret edilip tespit edildikten sonra bunun yeniden yargılamayı gerektirmeyeceği ve düzeltilmesinin olanaklı bulunduğu belirtilerek ve bozma yapıldığından söz edilmeden gerekli hususlar düzeltilerek hüküm bu şekliyle onanmaktadır. Yargıtay'ın her iki şekilde uygulama yapan dairelerin kararları bulunmaktadır.

Yargıtay'ın yerel mahkemenin verdiği kararı ıslah edebilmesi iki temel koşulun gerçekleşmesine bağlıdır.

a. Maddi olayın daha ziyade aydınlanması için bir soruşturma gerekmemelidir.

b. Maddi olay bakımından mahkemeye bırakılmış serbest değerlendirme yetkisi söz konusu olmamalıdır.

Islahın gayesi davayı orada bitirmek olduğundan esas mahkemenin yapacak başka bir şeyi yoktur. Yani ıslah kararına karşı direnilemez, sorun çözülmüş, kesin yargı halini almıştır. (Ancak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz hakkı her zaman vardır)⁸

Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup göreve başlayınca kadar yürürlükte kalacak olan CMUK'nın 322. maddesi ile yeni CMK'nın 303. maddelerine göre ıslah sebepleri:

1. Vakıanın daha ziyade aydınlanması gerekmeden beraata veya davanın

düşmesine yahut aşağı - yukarı haddi olmayan sabit bir cezaya hükmolunması icabederse, (5271 sayılı CMK'da karşılığı m.303/1-a- Olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden beraata veya davanın düşmesine ya da alt ve üst sınırı olmayan sabit bir cezaya hükmolunması gerekirse.)

2. Yargıtay Başsavcılığı'nın iddiasına uygun olarak suçluya kanunda yazılı cezanın en aşağı derecesini uygulamayı uygun görürse, (5271 sayılı CMK'da karşılığı m. 303/1-b- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın iddiasına uygun olarak sanığa kanunda yazılı cezanın en alt derecesini uygulamayı uygun görürse.)

3. Mahkemece sabit görülen suçun unsurları ve vasfı ve cezası hükümde doğru gösterilmiş olduğu halde sadece kanunun madde numarası yanlış yazılmış ise, (5271 sayılı CMK'da karşılığı m.303/1-c- Mahkemece sabit görülen suçun unsurları, niteliği ve cezası hükümde doğru gösterilmiş olduğu hâlde sadece kanunun madde numarası yanlış yazılmış ise.)

4. Hükümden sonra yürürlüğe giren kanun suçun cezasını azaltmış

⁸ İsmail Malkoç, Mahmut Güler, *Uygulamada Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu*, Ankara 1998, s.1268.

ve mahkemece suçluya ceza tayininde artırma sebebi kabul edilmemiş veya yeni bir kanun ile fiil suç sayılmamış olmaktan dolayı birinci halde daha az bir cezanın hükmü ve ikinci halde hiç ceza hükmolunmaması gerekirse, (5271 sayılı CMK'da karşılığı m. 303/1-d- Hükümden sonra yürürlüğe giren kanun, suçun cezasını azaltmış ve mahkemece sanığa verilecek cezanın belirlenmesinde artırma sebebi kabul edilmiş veya yeni bir kanun ile fiil suç olmaktan çıkarılmış ise birinci hâlde daha az bir cezanın hükmolunması ve ikinci halde hiç ceza hükmolunmaması gerekirse.)

5. Açıkça tespit edilmiş olan suçlunun doğum ve suç tarihlerine göre ceza

tayininde gerekli indirim yapılmamış veya yanlış olarak indirim yapılmış ise, (5271 sayılı CMK karşılığı m. 303/1-e- Sanığın açıkça saptanmış olan doğum ve suç tarihlerine göre verilecek cezanın belirlenmesinde gerekli indirim yapılmamış veya yanlış indirim yapılmış ise.)

6. Arttırma veya indirim sonu ceza müddeti veya miktarını tayinde maddi hata yapılmış ise, (5271 sayılı CMK'da karşılığı m. 303/1-f- Arttırma veya indirim sonucunda verilecek ceza süresi veya miktarının belirlenmesinde maddî hata yapılmış ise.)

7. Hükmedilmiş olan ceza yerine Ceza Kanunu'nun 29.maddesinde adli tevbih kararı verilmesi icabederse, (5271 sayılı CMK'da karşılığı yok)

8. Ceza Kanunu'nun 29. maddesindeki tertibin gözetilmemesi yüzünden eksik veya fazla ceza verilmiş ise, (5271 sayılı CMK'da karşılığı m.303/1-g- Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesindeki sıralamanın gözetilmemesi yüzünden eksik veya fazla ceza verilmiş ise.)

9. Harçlar Kanunu ile yargılama giderlerine ilişkin hükümlere ve Avukatlık Kanunu'na göre düzenlenen ücret tarifesine aykırılık yapılmışsa. (5271 sayılı CMK'da karşılığı m. 303/1- h- Harçlar Kanunu ile yargılama giderlerine ilişkin hükümlere ve Avukatlık Kanunu'na göre düzenlenen ücret tarifesine aykırılık mevcutsa.)

VII. BAM CEZA DAİRESİNİN DÜZELTEREK RET KARARI VERMESİ

Bölge adliye mahkemesinin düzelterek ret kararı vermesini üç aşamada inceleyebiliriz.

1. Bozma Sebeplerinin Bulunmaması ve Duruşma Açılmasını Gerektirmeyen Noksanlıklar Halinde düzelterek Ret Kararı (Dosya Üzerinde Esaslı İnceleme Aşamasında)

Dosya üzerindeki ilk ön incelemeden sonra BAM yetkisizlik veya istinaf başvurusunun reddine karar verilmeyen durumlarda (dosya üzerinde esas incelemede) dosyayı her yönüyle inceleyip ya istinaf başvurusunun esastan reddine, ya hükmün bozulmasına ya da gördüğü noksanlığı tamamlamak için duruşma açılmasına karar verecektir. Bu aşamada öyle noksanlıklar olabilir ki sadece bu noksanlık için duruşma açılmasının gerekmediği yani duruşma yapılmadan da bu noksanlıkların giderilmesi mümkün olabilir. Bu noksanlık giderilerek, hükmün düzeltilerek esastan reddi şeklinde karar verilebilir. Bunun yapılması ile gereksiz duruşma yapılmasının önüne geçilmiş ve yargılamanın kısa sürede sonuçlanması sağlanmış olur.

2. Duruşma Açılmasına Karar Verildikten Sonra ve Sanığın Duruşmaya Gelmediği Hallerde Düzelterek Red Kararı Verilmesi

CMK'nın 281/1 maddesi gereğince tutuksuz sanığa yapılacak çağrıda kendi başvurusu üzerine açılacak davanın duruşmasına gelmediğinde davasının red edileceği bildirildiğine göre bu hallerde de duruşmaya gelmeyen sanığa ait önceki hükmün düzeltilerek esastan reddine karar verilebilir.

3. Duruşma Yapıldıktan Sonra İstinaf Başvurusunun Düzelterek Reddine Karar Verilmesi

Yukarıda açıkladığımız gibi duruşma açılmasına karar verildiğinde yapılan duruşma sonrası yeni bir karar verilecektir. Artık duruşma açılmasına karar verilmekle ilk derece mahkemesinin kararı kaldırıl-

mış olduğundan mahkeme yukarıda saydığımız on çeşit karardan birini verecektir. Eski hükmün düzeltilmesi (islah edilmesi) mümkün değildir. Düzeltilmesi gereken noksanlıklar yeni bir hükümle giderilecektir.

VIII. SONUÇ

Yukarıda özetlenen bilgilerden anlaşılacağı gibi BAM ceza dairesi önüne gelen istinaf başvurusu ile ilgili olarak dosya üzerindeki incelemesi ile **istinaf başvurusun reddine, hükmün bozulmasına** yada **davanın yeniden görülmesi için duruşma açılmasına** karar verebilecek ve duruşmadan sonrada kanunda öngörülen kararları verecektir. Bunun yanında bazı dosyalar bakımından duruşma açılmasına gerek duyulmadan yapılan yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün olabilir. Bu noksanlık dosyaya bir kaydın getirilmesi veya mahkemenin değerlendirme sırasında esasa ilişkin olmayan hatası olabilir. Duruşma açılmasını gerektirmeyen bu gibi durumlarda duruşma açılmadan bir karar verilebilmeli. Şu andaki kanunda istinaf incelemesi bakımından bu konuda açık bir hüküm yoktur. Yargıtay'ın esasında çok sık uygulaması gereken ve uygulaması az olan düzelterek onama benzeri bir karar şeklinin de getirilmesi faydalı olacaktır. Bundan dolayı bir kısım uygulayıcılar bunun mümkün olamayacak olduğunu söylerken bir kısmı da 303.maddenin kıyas yoluyla uygulanabileceğini kabul etmektedirler.⁹

⁹ Başvurunun esastan reddi kararı, temyiz kanun yolundaki "onama" kararına benzetilebilir. Ancak, temyiz kanun yolu için CMK'nın 303. maddesinde kabul edilen düzeltme (düzelterek onama) yolu istinaf kanun yolu bakımından öngörülmemiştir. Bu nedenle kanun koyucu tarafından verilmeyen bir yetkinin BAM ceza dairesince kullanılması olanaklı görülmemektedir. Bu kurumun kıyasen uygulanması önerilebilir is de, iki kanun yolunun ve verilecek kararların hüküm ve sonuçları farklı bulunduğundan, burada kıyasın doğruluğu tartışılabilir durumdadır. Diğer taraftan 303. maddede sayılan düzeltme nedenlerin bir kısmının esastan red kararı için de geçerli olabileceği söylenebilirse de, diğer bazı nedenler arasında red kurumuyla bağdaşmamaktadır. Örneğin, 303/1-a maddesinde belirtilen nedenlerle beraat veya düşme kararı verilmesi gereken haller ile (d) bendinde gösterildiği gibi kanun değişikliğine dayalı olarak cezanın azaltılması yada ceza verilmemesi gereken hallerde BAM ceza dairesinin düzeltme yoluyla esastan red kararı vermesi doğru olmayacaktır. Bu gibi hallerde gereken kararın duruşma açılarak verilmesi gerekir. Buna karşın hükümde yer alan maddi hataların veya yasal indirim nedenlerinin (yaş küçüklüğü gibi) uygulanmaması hallerinde ilk derece mahkemesi hükmünde düzeltme yaptıktan sonra esastan red kararı verilmesi düşünülebilir. Hatta bu uygulama istinaf yolunda gereksiz yere duruşma açılmasını önlemek bakımından faydalı olacaktır. Bu nedenle kanunda yapılacak değişiklik ile belirtilen kimi

Şahsi kanaatime göre de kıyas yoluyla uygulamayı engelleyecek bir hüküm olmamasına rağmen şu aşamada bu mahkemelerin faaliyete geçmemesi fırsatının değerlendirilerek kanuna açık bir hüküm konulmasının uygulamada çıkacak birçok sorunu baştan çözecektir.

Yukarıda arz ettiğim gibi yapılacak düzenleme ile düzelterek ret kararının dosyanın esaslı inceleme aşamasında (duruşma açılmadan) ve 281/1. maddesine göre sanığın duruşmaya gelmemesi halinde uygulanabilecektir.

durumlara (örneğin 303. maddenin c, e, f, h bentlerindeki nedenler) özgü olarak düzeltme yolunun açılmasında yarar bulunmaktadır. (*Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı*, Mart 2007, Türkiye Adalet Bakanlığı, Hollanda Yargı Konseyi ve İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi-TC Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü yayını)

SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARINDA MİLLETLERARASI YETKİ

Sezercan BEKTAŞ*

Giriş

Sözleşmesel sorumluluk kavramı hayatın her alanında karşımıza çıkmaktadır. Hekim sorumluluğu, müteahhitin sorumluluğu, avukatın sorumluluğu, satıcının sorumluluğu, acentenin sorumluluğu, üretörün sorumluluğu, vb... gibi sorumluluklar aradaki esas sözleşmesel ilişkiden kaynaklanmaktadır.

Sözleşmeden doğan tazminat sorumluluğunda (sözleşmesel sorumlulukta), ilişkinin esasını teşkil eden sözleşme milletlerarası nitelik ihtiva ediyorsa ve bu sözleşmeden doğan dava Türk mahkemelerinde açılmışsa, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelenmeye muhtaç hale gelir. Çalışmamızda, sözleşmesel sorumluluktan doğan tazminat davalarında, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelenecektir.

Çalışmamızda, öncelikle sözleşmesel sorumluluk kavramına değinilmiştir. Bunun ardından, sözleşmesel sorumluluktan doğan tazminat davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelenecektir. Bu bölümde, milletlerarası yetki kavramı, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelenecektir.

I. Sözleşmesel Sorumluluk Kavramı

Sözleşmesel sorumluluk, bir sözleşme borcunu kusuru ile yerine getirmeyen kimsenin tazminatla sorumlu tutulmasıdır.¹ Roma huku-

* Av., Ankara Barosu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Devletler Özel ABD yüksek lisans öğrencisi.

¹ İnan, A. N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1984, s. 472.

kunda olduğu gibi, modern hukuk dahi, (akitte ve haksız fiillerde) kusura dayanan sorumluluk esasını kabul etmektedir.² Modern hukuk ancak hususi surette tayin edilen hallerde buna istisna kabul etmiştir. Sözleşmesel sorumluluk, bütün borçların ifa edilmemesi hallerinde bahse konu olur.

Sözleşmesel sorumluluk borçlar kanununda şu şekilde düzenlenmiştir:

Borçlar Kanunu (BK) m. 96 *“Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifade edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.”*

İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) *“Borcun ifası hiç mümkün olmaz veya gereği gibi mümkün olmaz ise, borçlu hiçbir kusuru ulunmadığını ispat etmedikçe, bundan doğan zararı tazmin eder.”*³

BK m. 96’da düzenlenen sözleşmesel sorumluluk, borcun yerine getirilmemesinin veya gereği gibi yerine getirilmemesinin tazminat ödevi doğurduğu yollu ana kuralı bildirmektedir. Borçlar Kanunu’muzda borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı özel olarak ve açıkça düzenlenmemiştir. Bu bakımdan, kanunda ayrıca düzenlenmemiş olan her borca aykırılıkta, oluşan zararın tazmin yükümlülüğü BK m. 96’ya tabi olacaktır. Sözleşme ilişkisinde, borçlu sözleşmeden doğan borcunu ifa ederken, yasadan, sözleşmeden, Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) m. 2, *“iyi niyet”* kuralından doğan yükümlülüklerine aykırı davranmışsa, borç *“gereği gibi ifa”* edilmemiş demektir.⁴ Sözleşmenin ihlali, borçluya atfı mümkün olmayan bir sebepten dolayı ortaya çıkmışsa borç, BK m. 117 kapsamında son bulur. Eğer borçlu kusurlu ise ancak bu ihlal, BK m. 96 kapsamına girer.⁵ BK m. 96 İsviçre MK aslına uygun çevirisinin, *“Bağıtın ifası hiç ya da gereği gibi gerçekleştirilmezse, borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlamadıkça, bu yüzden doğmuş olan zararı gidermekle yükümlüdür.”*⁶ şeklinde olduğunu belirten Serozan’ a göre, *“BK m. 96 hükmü, İsviçre aslına uygun olarak yorumlanacak olursa, borç-*

² Tuhr, Von Andreas, Borçlar Hukuku C. I-II, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983,s.560, dpnt.2.

³ Oser, H./ Schönerberger W., *Borçlar Hukuku Şerhi*, II. Kısım, Ankara 1950, s. 723.

⁴ Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2000, s. 282.

⁵ Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2000, s.295.

⁶ Serozan, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 1975, s. 303.

*lunun, asli edim yükümünün ifasını kusurlu olarak imkansızlaştırışı olgusu yanına, onun, yan edim yükümüne kusurlu olarak aykırı davranışı olgusu da katılmış bulunmaktadır. BK m. 96'nın deyişi ile "gereği gibi ifa etmemek" demek, "yan edim yükümüne aykırı davranmak demektir. Ve bu yan edim yükümüne kusurlu aykırılık, aynen asli edim yükümünün ifasını kusurlu olarak imkansızlaştırması gibi borçluyu BK m. 96 çemberine sokacaktır."*⁷

II. Sözleşmelerden Doğan Davalarda Milletlerarası Yetki

Sözleşmenin edim yükümlerinin, sözleşmenin bir tarafınca kusurlu şekilde ifa edilmemesi, sözleşmenin diğer tarafı için bazı dava hakları doğurmaktadır. Sözleşmenin kusurlu ifa edilememesi sonucunda doğan, davalarda milletlerarası yetkinin tespiti için öncelikle genel olarak milletlerarası yetki kavramından bahsetmek gerekecektir. Çalışmamızda da buna uygun olarak, milletlerarası yetki kavramından bahsedilecek ardından ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine değinilecektir.

A. Genel Olarak Milletlerarası Yetki Kavramı

Yabancı bir unsuru ihtiva eden hukuki münasebetten doğan dava-ya hangi devlet mahkemesinin bakacağı hususundaki sorun, milletlerarası yetki kavramını ortaya çıkarmıştır. Milletlerarası yetki, Nomer'e göre, "yabancı unsurlu bir olay karşısında devletin kendi mahkemelerinin faaliyette bulunma yetkisine sahip olup olmadıkları veya hangi şartlar altında bu yetkiye sahip olduklarını belirtir."⁸ Ekşi'ye göre, "milletlerarası yetki kavramı devlet ile bağlantılı olan ve yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin nizalı-nizasız kaza işlem ve ilişkilerinden doğan davaların aynı nitelik ve derecedeki mahkemeler arasında coğrafi dağılımını ifade etmektedir. Bu tür ilişkilerden kaynaklanan ihtilafların, davanın tarafları veya konusu esas alınarak, mahkemenin maddi olay ve ilişkiyle veya taraflarla yakınlığını tesis eden kriterlere göre belirli yer mahkemesinde görülmesini sağlayan kurallara da milletlerarası yetki kuralları denir."⁹ Yargıtay'a göre, "Milletlerarası yetki denildiğinde, yargı yetkisinin mevcut olması koşulu ile davaya hangi

⁷ Serozan, s. 304.

⁸ Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 367.

⁹ Ekşi, Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul 2000, s.22(TMY).

devlet mahkemesinin bakabileceği anlaşılır."¹⁰ Milletlerarası nitelikli ilişkilerin, hangi devlet mahkemesinde görülmesini belirlemeye çalışan milletlerarası yetki kuralları, kaynağını milli hukuklardan alır, sınırları ise devletler hukukunca çizilir.¹¹ Bu durumda, milletlerarası yetki ile yargı yetkisinin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Devletin yargı yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki yargısal hakimiyetinin görüntüsüdür. Devlet, hakimiyeti altındakileri yargılama yetkisine sahiptir. Bunun sınırlarını, devletler hukuku çizmektedir.¹² Devletler hukukunun çizdiği bu alan içerisinde her devlet kendi milletlerarası yetki kurallarını düzenlemekte serbesttir.

Kanaatimizce, milletlerarası yetki kuralları, devletin yargı yetkisi sınırları içinde gerçekleşen yabancı unsurlu ihtilafların çözümü için kendi mahkemelerini, yabancı unsurlu ihtilaf ile devletin yakınlığını da göz önüne alarak, yetkilendirdiği kurallar bütünüdür.

Milletlerarası yetkinin tespit edilmesinde, ülke içi yetki kurallarından yararlanılmasının yanında, iç hukukta düzenlenen yetki kuralları dışında milletlerarası yetki kurallarından yararlanılması mümkün olabileceği gibi, iç hukukta düzenlenen yetki kuralları yanında milletlerarası yetki kuralları konulması, şeklinde düzenlemeler de mümkündür. Türk Hukuku'nda ise ülke içi yetki kurallarını yanında, milletlerarası yetki kuralları da düzenlenmiştir.

Ülke içi yetki kuralları, yer itibarıyla yetki kurallarını ifade eder.¹³ Ancak, milletlerarası yetki ile ülke içi yetki kuralları birbirinden farklıdır. Bu iki kavramı birbirinden ayıran noktalardan biri, milletlerarası yetkinin birden çok ülke ile irtibatlı olmasıdır. Ayırt edici olan diğer bir nokta ise, milletlerarası yetkinin ülke içi yetkiyi kullanma-

¹⁰ *Yarg. 11.HD, E.2000/8775, K.2001/727, T.2.2.2001, Karar metni için bkz., Ekşi, Nuray, "Kanunlar İhtilafı Kurallarına; Milletlerarası Usul Hukukuna, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları", İstanbul 2006, s. 43 (MahK).*

¹¹ Nomer, s. 370.

¹² "Devletin yargılama yetkisine getirilen sınırlama esas itibarıyla bazı şahısları bir devletin karar verme- hükmetme hakimiyeti dışında bırakmak şeklinde olmuştur. Örneğin, bir devletin başka bir devleti, diplomatını, devlete ait hava ve deniz gemilerinin özel hukuk ilişkileri dışında, yargılayamaması yargı yetkisini göstermektedir.", Nomer, 371.

¹³ Ekşi, 27 (TMY), "Milletlerarası yetki kuralları ile yabancı unsur taşıyan işlem ve ilişkilerde Türk mahkemelerinin yer itibarıyla yetkisi düzenlenmektedir. Bu kuralları göreve ilişkin olarak görmek mümkün değildir."

sı ile sadece devletin milletlerarası yetkisini belirlemesidir. Davanın, ülke içerisinde nerde görüleceği, ülke içi yetkinin görevi dahilindedir.

B. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenir. Diğer yandan, bu yetki kurallarının yeterli olmadığı veya düzenleme getirmediği durumlarda milletlerarası yetkiyi düzenleyen kurallara MÖHUK¹⁴ta yer verilmiştir.¹⁵

MÖHUK m. 40'ye göre, *“Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder.”* Türk hukukunda iç yetkiyi düzenleyen kurallar, milletlerarası yetkiyi de düzenlemektedir.¹⁶ Türk hukukunda iç yetki kuralları HUMK'da ve diğer bazı kanunlarda düzenlenmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu usulüne göre yürürlüğe konulmuş, bu konu ile ilgili milletlerarası antlaşmalar da, Anayasa m. 90/V hükmü gereğince kanun hükmünde oldukları için, MÖHUK m. 40'nin yaptığı atıf bunları da kapsamaktadır.¹⁷

C. Sözleşmesel Sorumluluktan Doğan Davalarda Milletlerarası Yetkinin Tespiti

Sözleşmesel sorumluluğa dayanılarak açılacak olan yabancı unsurlu davada milletlerarası yetkiyi belirleyebilmek için, öncelikle iç hukuktaki yetki kurallarına (HUMK m. 9-23) göre inceleme yapmamız gerekmektedir.

İç hukukta yetki kuralları genel yetki kuralları, genel yetki kuralları, özel yetki kuralları olarak ayrılmasının yanında, ayrıca kamu

¹⁴ 12.12.2007 tarih ve 26728 sayılı RG yayınlanan, 5718 sayılı “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun”, bkz., Ekler.

¹⁵ Ekşi, 45 (TMY); Nomer, 392.

¹⁶ Yargıtay 2.HD, E. 5145, K.5390, T.3.6.1985: *“ MÖHUK m. 27'ye göre, Türk hukukunda ülke içi yer itibariyle yetki kaideleri, aynı zamanda milletlerarası yetki kuralları olarak da hüküm ifade etmektedir. Başka bir anlatımla, Türk hukukunda milletlerarası yetkiye ait özel kurallar konması yerine iç hukukun yer itibariyle yetki kaidelerinin milletlerarası yetki de esas alınması öngörülmüştür. Durumu özetlersek, yer itibariyle yetkili bir Türk Mahkemesinin bulunması, milletlerarası yetkinin de varlığı için yeterlidir.”* Ekşi, s. 45.

¹⁷ Çelikel, Aysel, “Milletlerarası Özel Hukuk”, 7. Bası, İstanbul 2004, s. 318 (MÖH); Ekşi, 46 (TMY).

düzenine ilişkin yetki kuralları ve kamu düzenine ilişkin olmayan yetki kuralları ayırımına tabi tutulmaktadır. Kamu düzenine tabi yetki kuralları, mahkemece re'sen gözetilebilen yetki kurallarıdır. Ancak, çalışmamızda, kabul ettiğimiz ayırımda, münhasır yetki kuralları ve münhasır olmayan yetki kuralları kabul edilmiştir. Bazı ihtilaflar için devlet kendi mahkemelerini münhasır yetkisini tayin edebilir. Bu tür ihtilaflarda diğer devlet mahkemelerinin yetkisini de kabul etmeyebilir.¹⁸

Devletlerin milletlerarası yetkisini odak alan münhasır yetki, münhasır olmayan yetki ayırımının çalışmamızda kullanılması uygun görülmüştür.

1. Münhasır Olmayan Yetki Kuralları

a. Genel Yetki Kuralları

i. HUMK m. 9 Uyarınca,

“Her dava kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının Türk Kanuni Medenisi gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde görülür.

Davalının ikametgahı belli değilse, davaya Türkiye’de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılır.”

Bu kural gereğince, hukuki ve ticari bütün konularda kural olarak gerçek veya tüzel kişi davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi milletlerarası yetkiye sahip olan mahkemedir.¹⁹ İkametgaha göre yapılan bu belirlemede ikametgah kavramı incelenmelidir. *“Milletlerarası yetki açısından ikametgah kavramı lex fori olarak Türk Hukuku’na göre vasıflandırılır.”*²⁰ Türk Hukuku’nda ikametgah kavramı bir çok kanunda farklı tanımlanmıştır. Fakat, HUMK m. 9 yaptığı atıfla, ikametgah için TMK’nın yaptığı tanımlamayı dikkate almıştır. Bu durumda, HUMK’un açık atfı gereği, TMK m. 19-20’de düzenlenen ikametgah incelenmelidir.

¹⁸ Ekşi, s.212 (TMY).

¹⁹ Ekşi, s. 81 (TMY); Çelikel, s. 318 (MÖH); Nomer, s. 400.

²⁰ Nomer, s.401, Ekşi, s.83 (TMY).

TMK m. 19 Uyarınca,

“Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı anda birden fazla yerleşim yeri olamaz. Bu kural ticari ve sinai kuruluşlar hakkında uygulanmaz.”

Gerçek kişiler için ikametgah, kişinin yerleşme niyetiyle oturduğu yerdir. İkametgahta iki şart aranır. Bunlardan biri yerleşme niyeti, diğeri ise fiili oturmaktır.²¹ Kural olarak, bir yere yerleşmenin belirsiz süreli veya uzun süre devam etmiş olması gerekir. Ancak, bazı istisnai hallerde kısa süreli olmasına rağmen sosyal ve ekonomik ilişkiler bu yerleşimin uzun süreceğine işaret ediyorsa, ikametgah kurulmuş sayılır.²² Diğer unsur olan yerleşme niyetinin belirlenmesinde de yerleşenin ekonomik ve sosyal ilişkileri incelenmelidir. Bu unsurlardan birinin eksikliği ikametgahın kurulmasını önler.

Tüzel kişilerde ikametgah TMK m. 51 uyarınca, kuruluş belgelerinde başka bir hüküm bulunmadıkça, işlerinin yönetildiği yerdir. Tüzel kişilerin şubeleri varsa bu durumda, HUMK m. 17 uygulanacaktır.

HUMK m. 17 Uyarınca,

“Hakiki veya hükmi bir şahsın muhtelif mahallerde şubeleri bulunduğu takdirde o şubenin muamelesinden dolayı iflas davası müstesna olmak üzere o şubenin bulunduğu mahalde dahi dava ikame olunabilir. Şirket ve cemiyetlerin ve tesislerin kendi işlerine mütaallik olmak üzere azası aleyhine ve azanın bu sıfatla yekdiğeri aleyhlerine ikame edecekleri dava bu şirket, cemiyet veya tesisin ikametgah addolunan mahal mahkemesinde bakılır.”

Bu madde uyarınca, ortaklıkların ve şirketlerin eğer ki şubeleri varsa, şubelerinin yaptıkları işlemlerden dolayı, iflas davaları hariç, açılacak davalarda şubenin bulunduğu yer mahkemesi yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir. Yabancı bir şirketin Türkiye’de bulunan şubesine açılacak olan davalarda, iflas davası hariç, Türk mahkemelelerinin milletlerarası yetkisinden bahsedilebilir.

Sözleşmeye dayanan bir davada davalının ikametgahını belli olmaması durumunda, karşımıza HUMK m. 9/1-2.c ve TMK m.20 çıkmaktadır.

²¹ Çelikel, s. 319 (MÖH).

²² Ekşi, s. 85 (TMY).

HUMK m. 9/I-2.c Uyarınca,

“Davalının ikametgahu belli değilse, davaya Türkiye’de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılır.”

TMK m. 20 Uyarınca,

“Bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır.

Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkede ki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır.”

TMK m. 20/I ikametgahın gerekliliğini ortaya koymaktadır. TMK m.20/II ise, tamamlayıcı ve istisnai bir hükümdür. Ancak bu hüküm milletlerarası yetkinin tespitinde, bir tartışmayı da beraberinde getirmektedir. HUMK m. 9 uyarınca, ikametgah TMK’ya göre belirlenecektir. Bu atıf, TMK m. 20’yi de kapsamakta mıdır? Eğer, TMK m. 20’yi kapsar ise, bu madde ile HUMK m. 9/I-2c. ile bir çatışma doğar mı?

Sakmar, *“Türk Mahkemelerinin yer itibariyle yetkisinin yabancılar açısından Türkiye ile gerçek bağlantı sağlamayan TMK m. 20/II uyarınca doğmuş olacağının kabul edilemeyeceğini”* belirtmiştir.²³ Ancak Ekşi’ye göre, HUMK m. 9/I ‘in yaptığı atıf, TMK m. 20’yi kapsamakla beraber, TMK m. 20/II ile HUMK m. 9/I-2.c. arasında bir çelişki yoktur. Şöyle ki, HUMK m. 9/I ‘in yaptığı atıf ile ikametgah öncelikle TMK m. 20 uyarınca belirlenir. Eğer, yabancı daha ikametgah edinmemiş ise, halen oturduğu yer onun ikametgahu sayılacaktır. Ancak, yabancı TMK m. 20/II anlamında da ikametgahu tespit edilememişse, bu durumda HUMK m. 9/I-2c. devreye girecek ve *“Türkiye’de son defa oturduğu yerde”* davanın açılmasını sağlayacaktır. Böylelikle, davacıya kolaylık sağlanmıştır.²⁴

HUMK m. 9/I-2.c.’ de belirtilen, *“Türkiye’de son defa oturduğu yer”* ibaresi, bir önceki ikametgah anlamında da değildir. TMK m. 20/I uyarınca bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır.²⁵ Ayrıca, yabancı kendi ülkesinde ikametgahu da varsa, bu

²³ Sakmar, Ata, *“Devletler Hususi Hukukunda Boşanma”*, (Doçentlik tezi), İstanbul 1976, s. 74.

²⁴ Ekşi, s. 86-87.

²⁵ Ekşi, s. 87.

yabancı TMK m. 20/II uyarınca, yabancı ülkedeki kendi ikametgahını bırakmamış olduğu anlamında olacağı için, TMK m. 20/II uygulama alanı bulmayacaktır. Ayrıca, HUMK m. 9/I-2.c. de, bu kimsenin ikametgahının belli olması nedeniyle uygulama alanı bulmayacaktır.

İkametgahı kavramı ile bazı benzer kavramları ayırt etmeyi lüzumlu görmekteyiz. Bu kavramlar, “*Sakin olunan yer*” ve “*Mutad mesken*” kavramlarıdır. Sakin olunan yer kavramı, kişinin yer ile olan fiili ilişkisini ifade eder. Bu durumda, ikametgahın yerleşme niyeti şartı, sakin olunan yer bakımından aranmaz. Ayrıca, sakin olunan yerdeki fiili ilişki, ikametgah gibi süreklilik arz etmez. Mutad mesken ise, yine sakin olunan yerdeki gibi yerleşme niyetinin aranmadığı bir kavram olmakla beraber, sadece ekonomik ve sosyal ilişkiler nedeniyle kişinin makul bir süre için yerleştiği yer olarak tanımlanmaktadır.²⁶

Bir yabancı TMK m. 19’da belirtilen iki şart aranacaktır. Yabancıların Türkiye’de ikametini 5683 sayılı “*Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanun*” düzenlemiştir. Türkiye’ye gelip bir aydan fazla kalmak isteyen yabancılar, bu müddet bitmeden yetkili makamlara başvurarak ikamet izni almak zorundadırlar. Kanun, yetkili makamların verecekleri izin belgesini, “*İkamet Tezkeresi*” olarak adlandırmıştır.²⁷ Ancak, Çelikel’e göre, ikamet tezkeresi, yalnız başına ikametgaha kârîne teşkil etmemektedir.²⁸ Ayrıca, yerleşme niyetinin aranması gerekmektedir. Ancak, *yabancı TMK m. 20/II uyarınca, yabancı ülkedeki kendi ikametgahını bırakmamış olduğu anlamında olacağı için, TMK m. 20/II uygulama alanı bulmayacaktır.* Ayrıca, HUMK m. 9/I-2.c. de, bu kimsenin ikametgahının belli olması nedeniyle uygulama alanı bulmayacaktır.”²⁹

Yukarıda açıklaya geldiğimiz sözleşmesel sorumluluktaki bu genel yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin olmayan, genel bir yetki kuralı olduğu için, bu kuralın tespit ettiği yetkili mahkemelerden de başka yetkili mahkemeler olabilir.

ii. HUMK m.16 Uyarınca,

“Türkiye dahilinde malum ikametgahı olmayanlar aleyhindeki mal da-

²⁶ Bkz. Ekşi, s. 88-92.

²⁷ Çelikel, Aysel, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul 2004, s. 84 (yabancı): 5683 sayılı Yasa m. 3/1.

²⁸ Sakmar, s. 73.

²⁹ Çelikel, s. 320 (MÖH).

vaları Türkiye’de sakin oldukları mahal mahkemesinde ve Türkiye’de malum meskeni yoksa emvalinin veya munazaalı şeyin veya teminatı varsa o teminatın bulunduğu mahal mahkemesinde bakılır.”

Bu maddenin uygulanabilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir. Bunlar, davanın Türkiye dahilinde ikametgahı olmayan kişiye karşı açılmış olması ve açılan davanın mal davası olmasıdır. Bu şartlardan davalının ikametgahının Türkiye’de olmaması şartı incelendiğinde, davalının yabancı ülkede ikametgahını olup olmaması, bu davalının Türk vatandaşı olup olmaması önem arz etmemektedir.³⁰ İkinci şart ise, mal davası olması şartıdır. Mal davası olma şartının, mal varlığı haklarına ilişkin, yani mamalek hukukunda doğan her türlü mal ve alacak davası olarak algılanması gerekmektedir.³¹ Ürün sorumluluğunda, Türkiye’de ikametgahı olmayan satıcının neden olduğu zararlar için, alıcının dava açmak istemesi durumunda HUMK m. 16’ya gidilebilir.

Bu madde uyarınca, belirlenen yetkili mahkemeler Türkiye’de sakin olunan yer mahkemesi, malların bulunduğu yer mahkemesi, çekişmeli malların bulunduğu yer mahkemesi ve teminatın bulunduğu yer mahkemesidir. Bu kadar çok yer mahkemesinin belirlenmesi dava açmayı kolaylaştırmak olarak değerlendirilebilir.

HUMK m. 16’da belirtilen ilk yetkili mahkeme sakin olunan yer mahkemesidir. Kişinin sakin olduğu yerdeki fiili bağı dava açıldığı sırada, devam etmelidir. Buradaki devamlılık, yetkili mahkemeyi, HUMK m. 9/I-2.c’de belirtilen, “*Son defa Türkiye’de oturduğu yer*” mahkemesinden ayırt etmemize yarayacaktır. Şöyle ki, “*Son defa Türkiye’de oturduğu yer*” esası dava açıldığı zaman Türkiye’de oturmayı gerektirmemekte ve davalının, davadan önceki bir dönemde Türkiye’de oturmuş olması anlamına gelmektedir.³²

Diğer yetkili yer mahkemesi ise, malların bulunduğu yer mahkemesidir. Buradaki mal kavramını, malvarlığı hakkı şeklinde anlamak gerekmektedir.³³ Bu kavrama sadece menkuller ve gayri menkuller dışında, diğer mal varlığı hakları da girmektedir. Bu malların değeri

³⁰ Ekşi, s.139(TMY), Nomer, s. 401.

³¹ Kuru, B. / Yılmaz,E. / Arslan, R., *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2002, s. 169; Ekşi, s. 139.

³² Kuru / Yılmaz / Arslan, s. 169.

³³ Kuru / Yılmaz / Arslan, s. 169; Ekşi, 97(TMY).

kanunda çizilmemiştir. Değeri az dahi olsa bu malvarlığının bulunduğu yerde dava açılabilir. ³⁴ Bu durum, doktrinde aşırı yetki kuralı olduğu hususunda tartışmaya yol açmıştır. Aşırı yetki kuralları (*exorbitant jurisdiction*), ³⁵ mahkemelere oldukça zayıf kriterlerle milletlerarası yetki veren kurallardır. HUMK m.16'daki malın kıymetinin belirlenmemiş olması, kişinin değersiz sayılacak bir malı nedeniyle Türkiye'de dava açılma ihtimalinin bulunması, Nomer'e göre bu maddenin herhalde aşırı yetki kuralı olmasına neden olmaktadır. ³⁶ Ancak, Ekşi'ye göre, bu kural her zaman aşırı yetki kuralı olarak nitelendirilemez. Çünkü, kuralın konuluş amacı, ilamın icra edileceği yerde davayı açtırmaya yönelik olmasıdır. Bu yetki hükmü içerisinde bahse konu olan, müddeabih değerinin miktar ile sınırlandırılması, maddenin aşırı yetki kuralı olmasını önlenmiş olacaktır. ³⁷ Bizim de katıldığımız görüş, HUMK m. 16'nın her zaman aşırı yetki kuralına yol açmayacağına yönelik olan görüştür.

Diğer yetki kuralı, çekişmeli malların bulunduğu yer mahkemesidir.

Son yetki kuralı, teminatın bulunduğu yer mahkemesidir. Kendisine karşı dava açılacak kişinin Türkiye'de ipotek, rehin veya hapis hakkı gibi bir teminatının bulunması Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini oluşturacaktır. Teminatın mutlaka davalı tarafından verilmesi de şart değildir. ³⁸

Özetle, sözleşmesel sorumluluğa dayalı açılacak olan davalarda, davalının ikametgahının Türkiye'de bulunmaması durumunda, bu davanın mamalek hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle, HUMK m. 16'ya göre, yetkili mahkemelerden birisinin Türkiye'de bulunması, Türk mahkemelerini, milletlerarası yetkili mahkeme yapacaktır.

³⁴ Ekşi, s. 141 (TMY).

³⁵ "Bir yetki kuralının aşırı olabilmesi için yetki kuralında esas alınan bağlama noktasının ülkeyle olan ilişkisi zayıf, geçici, tesadüfi ölçülere göre tesis etmesi veya herhangi bir bağlantı aramaması gerekir. Aşırı yetki davacının menfaatine hizmet eder. Davalının menfaatini dikkate almaz.", Ekşi, s. 79 (TMY).

³⁶ Nomer, s. 401.

³⁷ "Bu hüküm Alman ZPO 23'ten mülhemdir. Alman uygulamasında davalı tarafından bırakılan ticari defterlerin ve onun tarafında bırakılan meyva sepetlerinin, 4194 \$ alacak için 5-20\$ arasında değeri olan dergilerin 23 anlamında milletlerarası yetkiyi gerçekleştirildiği kabul edilmiştir.", Ekşi, s. 58 (TMY).

³⁸ Ekşi, s.143 (TMY).

b. Özel Yetki Kuralları

i. HUMK m. 10 Uyarınca,

“Dava, mukavelenin icra olunacağı veyahut müddeaaaleyh veya vekili dava zamanında orada bulunmak şartıyla akdin vuku bulduğu mahal mahkemesinde de bakılabilir.”

HUMK m. 10 hükmü, borçlar hukukuna ilişkin sözleşmelerden doğan davalar içindir. Bu tür davalarda, yetkili mahkeme HUMK m. 10’a göre belirlenebilir.³⁹ Fakat sebepsiz zenginleşme davaları bu madde kapsamında değildir.⁴⁰

Milletlerarası yetki için, HUMK m. 10 incelenmelidir. Bu madde uyarınca, iki ayrı yetkili mahkeme belirlenmiştir. Bunlar, tarafların sözleşmeyi kurdukları yer mahkemesi ve sözleşmenin ifa yeri mahkemeleridir. Bu yerlerden birinin Türkiye’de olması, Türk mahkemelerini milletlerarası yetkili mahkeme haline getirir.

Sözleşmenin kurulduğu yer ancak, davalı ya da davalı vekilinin dava zamanında orada bulunması şartıyla, yetkili mahkeme haline gelir. Milletlerarası nitelikli ilişkilerde, taraflar arasındaki ilişkinin sözleşme olup olmadığı *lex fori*’ye göre tespit edilecektir.⁴¹

Diğer yetkili mahkeme ise, sözleşmenin icra olacağı yer mahkemesidir. Sözleşmenin ifa yeri, Çelikel’e göre, *lex fori*’ye göre tespit edilecektir.⁴² Ancak, Nomer’in katıldığımız görüşüne göre, sözleşmenin ifa yeri, sözleşmeye uygulanacak maddi hukuka göre belirlenmelidir (*lex causea*). Bu hukuku, kanunlar ihtilafı kuralları gösterecektir. Eğer, Türk maddi hukuku tatbik edilecekse, BK m. 73 uyarınca, öncelikle tarafların ifa yeri kararlaştırıp kararlaştırmadıklarına bakılacaktır. Ola ki ifa yeri kararlaştırılmamışsa, ifa yeri BK m. 73’e göre tayin edilecektir. Tarafların ifa yerini kararlaştırmış olmaları MÖHUK m.47’e göre yetki sözleşmesi yaptıkları anlamına gelmemektedir.⁴³

Sözleşmesel sorumlulukta, Türk hukukuna göre, ifa yeri hukuku, ayrıca taraflarca belirlenmemişse, ifa yeri BK m. 73’e göre belirlenecektir.

³⁹ Kuru / Yılmaz / Arslan, s.176; Ekşi, s.118 (TMY).

⁴⁰ Kuru / Yılmaz / Arslan,s.177; Ekşi, s. 117 (TMY).

⁴¹ Ekşi, s. 117 (TMY).

⁴² Çelikel, s. 326 (MÖH).

⁴³ Nomer, s. 402-403.

BK m. 73 Uyarınca,

“Borcun ifa edilmesi lazım gelen yer, iki tarafın sarıh veya zimni arzuna göre tayin edilir. Hilafına bir şart mevcut olmadığı surette aşağıdaki hükümler tatbik olunur:

1 - Borç bir miktar paradan ibaret ise tediye alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yerde vuku bulur.

2 - Borç muayyen bir şeye taalluk ediyorsa bu şey akdin inikadı zamanında bulunduğu yerde teslim olunur.

3 - Bunlardan başka her borç doğumu zamanında borçlunun mukim bulunduğu yerde ifa edilir. Alacaklının ikametgahında tediye edilmesi lazım gelen bir borcun ifası borcun doğumundan sonra alacaklının ikametgahını değiştirmesi sebebiyle ehemmiyetli bir surette güçleşmiş ise borç alacaklının evvelki ikametgahında ifa olunabilir.”

Bu hükme göre, sözleşmenin taraflarınca ifa yeri sözleşmede belirlenmemişse, sözleşmenin türüne göre ifa yeri belirlenecektir. Şöyle ki, eğer söz konusu sözleşmeden doğan borç, bir para borcu ise, ifa yeri alacaklının borcu ödeme zamanında mukim olduğu yerdir. Eğer ki, sözleşmeden doğan borç parça borcu ise, sözleşmenin kurulduğunda söz konusu şeyin bulunduğu yer ifa yeridir. Bunlar dışındaki borçlarda, ifa yeri borçlunun mukim olduğu yerdir.

İfa yerinin sözleşmenin türüne göre değişeceğinden bahsettik. Eğer söz konusu sözleşme iki tarafa borç yükleyen sözleşme ise, milletlerarası yetki, hangi ifa yeri hukuku dikkate alınarak tespit edilecektir? Kuru'ya göre, *“İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan davalarda yetkili mahkeme, davalının borcunu yerine getireceği yere göre tayin edilecektir.”*⁴⁴ Yargıtay da bir kararında aynı sonuca varmıştır. Bu karara göre, *“Bir sözleşme muhtelif yerlerde icrası gereken borçları havi ise, yetkili mahkeme davalıya ait borçların icra edileceği yer mahkemesidir.”*⁴⁵

HUMK m. 10, sözleşmeler arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin yetkiyi düzenlemiştir. Ancak, başkaca kanunlarda da bazı sözleşme türleri için yetki kuralları ihdas edilmiştir. Bu yetki kuralları,

⁴⁴ Kuru, Baki, *“Hukuk Muhakemeleri Usulü”*, C. I, İstanbul 1990, s. 295.

⁴⁵ Yargıtay. Tic. D. E.3227, K.1469, T.6.4.1963, Yargıtay 13. HD. E.6502, K.7308, T. 16.1.1981, Kuru, s. 295.

çalışmamızın ilerleyen aşamalarında incelenmiştir.⁴⁶

HUMK m. 10 hükmü ile getirilen, yetki kuralı da, kamu düzenine ilişkin olmayan ve kesin olmayan bir yetki kuralıdır.

ii. HUMK m. 20 Uyarınca,

“Memur, asker, mektep talebesi, amele, çırak ve hizmetçi gibi bir mahalde muvakkaten sakin bulunanların oradaki ikametleri meşguliyetlerine göre uzunca bir zaman devam edebilecek ise bu kabil kimseler aleyhine alacak ve emvali menkule davaları buldukları mahal mahkemesinde bakılabilir.”

Sözleşmeye dayanılarak açılacak olan davada, davalı yabancı ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, HUMK m.20'ye göre belirlemek çok zordur. HUMK m. 20'de sayılan işler kanunlarla ancak Türk vatandaşlarına hasredilmiş işlerdir. Ancak, yabancı öğreniciler için bu hükmü uygulamak mümkün gözükmektedir.⁴⁷ HUMK m. 20'nin lafzına bakıldığında madde kapsamındaki işlerin, tahdidi sayılmadığı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, Türkiye'de geçici olarak ikamet edenler hakkında bu hükmünü uygulanması mümkün gözükmektedir. Yeter ki söz konusu dava mamalek hukukuna ilişkin olsun.

iii. Tüketici Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflarda Yetkili Mahkeme

MÖHUK m. 45 uyarınca tüketici sözleşmelerine ilişkin davalarda milletlerarası yetki şu şekilde düzenlemiştir: *“(1) 26. maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketicinin seçimine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkilidir.*

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılan tüketici sözleşmeleri hakkında tüketiciye karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, tüketicinin Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesidir.” Tüketici sözleşmelerinden doğan ihtilaflar için kanun koyucu özel bir yetki kuralı düzenlemiştir. Bu kurala göre, tüketici sözleşmelerinden doğan ihtilaflar sonucu tüketicinin açacağı da-

⁴⁶ Bkz., aşa., 16-17.

⁴⁷ Ekşi, s. 142 (TMY).

valarda, yetki tüketicinin seçimine bırakılmıştır. Tüketici, karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemelerinden birini seçecektir.

Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise, tüketiciye karşı açılacak davalarda sadece tüketicinin Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesi yetkili olarak belirlenmiştir.

Bu düzenleme yapılmadan önce milletlerarası yetkili mahkeme TKHK⁴⁸ m. 23/III kapsamında değerlendirilmekteydi. TKHK m. 23/III uyarınca, "Tüketici davaları tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir." şeklinde düzenlemiştir. Tüketici sözleşmelerinden doğan sorumluluk söz konusu olduğunda, hukuki ilişkinin bir tarafı tüketici ise, bu ilişki 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulama kapsamına girmektedir.⁴⁹ TKHK m.23/I uyarınca, "Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır. Tüketici mahkemelerinin yargı çevresi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenir." Bu durumda, tüketici sözleşmelerinden doğan sorumlulukta, hukuki ilişkinin bir yanı tüketici ise kanun bu davalarda bir yetkili mahkeme daha ihdas etmiştir. Bu yetkili mahkeme tüketicinin ikametgahındaki mahkemesidir. Tüketicinin ikametgah mahkemesi Türkiye'de ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi vardır.⁵⁰

5718 sayılı MÖHUK düzenlenmesinden önce ki, TKHK m. 23/III 'de belirtilen yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin olmayıp, kesin bir yetki kuralı da değildir. Bu hükme göre, genel yetki kuralının öngördüğü yer mahkemesinde dava açılabileceği gibi tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de dava açılabilirdi.⁵¹ Ancak, 5718 sayılı MÖHUK'a göre, seçimi tüketiciye bırakmıştır. Bu düzenlemede amaç, tüketicinin korunmasıdır. 5718 sayılı MÖHUK m. 47/II'de, "(2) 44,45 ve 46. maddelerinde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edi-

⁴⁸ 06.03.2003 T. ve 4822 sayılı kanunla değişik, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK).

⁴⁹ TKHK m. 2 "Bu Kanun, 1 inci maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar."

⁵⁰ Güngör, Gülin, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, AÜHF Yayınları, Ankara 2000, s. 55-57.

⁵¹ Küçükyalçın, Arzu, "Brüksel I.Tüzüğü'n'de Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları", *TBB Dergisi*, Sayı: 55, Yıl: 2004, s. 335.

lemez." hükmü ile, tüketici sözleşmesinden doğan ihtilaflarda yetkili mahkeme, yetki sözleşmesi ile bertarafı edilemez. Burada da, tüketicinin korunması esas alınmıştır.

2. Münhasır Yetki Kuralları

a. Sigorta Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflarda Milletlerarası Yetki

5718 sayılı MÖHUK'tan önce sigorta sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda milletlerarası yetki, HUMK'a göre belirlenmekteydi.

HUMK m. 19 uyarınca,

"Sigorta mukavelesinden mütevellit tazminat davası sigorta emvali gayrimenkuleye veya muayyen bir yerde kalması şart kılınan emvali menkuleye müteallik ise emvali mezkurenin bulunduğu ve vaziyeti icabı müstakar olmayan emvale mütaallik ise tehlikenin hadis olduğu ve hayat sigortalarında sigorta olunan şahsın ikametgahının bulunduğu mahallerde dahi ikame edilebilir.

Bu kanunun meriyetinden sonra sigorta mukavelelerine bu maddeye muhalif konulacak şartların hükmü yoktur.

Bu madde bahri sigortalara şamil değildir."

HUMK sigorta sözleşmeleri için özel yetki kuralları ihdas etmiştir. Bu madde gereğince, sigortalardan doğan tazminat davalarında yetkili mahkeme mal ve hayat sigortaları için ayrı ayrı düzenlenmiş, deniz sigortaları maddenin üçüncü fıkrası gereğince, bu madde kapsamı dışına çıkarılmıştır.

HUMK m. 19/II uyarınca, bu yetki kuralı tarafların anlaşmaları ile ortadan kaldırılamaz. Bu hüküm, sigortalıları, sigorta şirketlerine karşı koruma gayesi gütmektedir.⁵² Maddenin emredici niteliği gereği, mahkeme yetkili olup olmadığını re'sen incelemekle yükümlüdür. Ancak, *bu yetki kuralı sigorta sözleşmelerinden doğan tazminat davalarında Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini tesis etmemiştir.*⁵³

HUMK m. 19/I uyarınca, mal sigortalarında yetki incelendiğinde,

⁵² Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.180; Ekşi, s. 217(TMY).

⁵³ Ekşi, s. 218.

sigortanın konusu gayrimenkul ise, tazminat davası o gayrimenkullün bulunduğu yerde açılabilir. Sigortanın konusu menkul mal ise, eğer bu menkul mal belli bir yerde kalması şart kılınan mal ise, dava malın bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir. Eğer menkul mal bir yerde devamlı kalmayan, hareket eden bir mal ise, dava tehlikenin doğduğu yer mahkemesinde açılır.⁵⁴ Maddede belirtilen mahkemelerden birisi Türk mahkemesi ise, Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisinin varlığından bahsedilebilir.

Mali mesuliyet sigortalarında yetkili mahkeme, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 110 gereğince, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentanın bulunduğu veya kazanın meydana geldiği yer mahkemesi, Türk mahkemelerinden birisi ise, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinden bahsedilebilir.

Ancak, 5718 sayılı yapılan değişiklik ile sigorta sözleşmesinden doğan ihtilaflarda özel yetki kuralı ihdas edilmiştir. MÖHUK m. 46 uyarınca, "(1) Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ancak sigorta ettirene, sigortalıya veya lehtara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye'deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir."

Bu madde gerekçesine göre, "Güçlü menfaati temsil eden sigorta şirketlerinin sözleşme serbestisinden yararlanarak ve özellikle genel işlem şartları yoluyla karşı tarafın hukuki bazı imkanları kullanmasını zorlaştırdığı ve hatta ortadan kaldırdığı bilinmektedir. Ekonomik ve sosyal açıdan zayıf tarafı koruma amacıyla sigorta sözleşmesinden doğan ihtilaflarda sigortacıya açılacak davalarda onun esas işyeri mahkemesi yanında sigorta sözleşmesini yapan şubesi ve acentasının bulunduğu yer mahkemeleri yetkili iken, sigorta ettiren kişiye, sigorta edilene veya sigortadan istifade edene karşı açılacak davalarda onların yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Sigortacıya karşı açılacak davalarda "esas işyeri", sigorta faaliyetinin fiilen ifa edildiği yer olması sebebiyle özellikle tercih edilmiştir. Burada acenta ve şubesinin de bulunduğu yer mahkemelerinin yetkisi kabul edilirken, birden fazla şube ve acentanın olacağı düşünülerek sigorta sözleşmesini yapan şube veya acentanın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağı ifade edilmiştir."

5718 sayılı MÖHUK m. 46 uyarınca yapılan düzenlemede, sigorta

⁵⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, , s. 180.

türlerine göre milletlerarası yetki ayrımı yapılmadan, sigorta sözleşmesinden doğan ihtilaflarda milletlerarası yetkili mahkeme, sigorta şirketinin esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi olarak tespit edilmiştir. Sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye’deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesi olarak belirlenmiştir.

5718 sayılı MÖHUK m.47/II uyarınca, sigorta sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda yetkili mahkeme, yetki sözleşmesi ile bertarafı edilemez.

b. İş Sözleşmesi ve İş İlişkisinden Doğan İhtilaflarda Milletlerarası Yetki

5718 sayılı MÖHUK değişikliğinden önce, bireysel iş sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda milletlerarası yetki, İş Mahkemeleri Kanunu’na göre belirlenmekteydi.

İş Mahkemeleri Kanunu m. 5 uyarınca,

“İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahu sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz.”

Yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi İş Mahkemeleri Kanunu m. 5 uyarınca belirlenir. Bu maddeyle, *temelde işçiyi korumak ve ona kolaylık sağlamak amacıyla getirilmiş bulunan bu özel yetki kuralı uyarınca işçi veya işveren bir seçimlik hakka sahip bulunmakta, davayı isterse davalının ikametgahu mahkemesinde, isterse işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde açabilmektedir.*⁵⁵ Bu yetkili mahkemelerden birisi Türk mahkemesi ise, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinden bahsedilebilir.

İş Mahkemeleri Kanunu m. 5 uyarınca bu maddede belirtilen yetki kurallarına aykırı olarak yapılacak sözleşmelerin geçersiz sayılaca-

⁵⁵ Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 92.

ğı hükme bağlanmıştır. Bunun nedeni, yine işçiyi koruma gayesi ile getirilmiş bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu madde kamu düzenine ilişkin emredici bir yetki olarak kabul edilmektedir.⁵⁶ Bu durumda kamu düzeni nedeniyle bu madde çerçevesinde gerçekleşen yetki kaldırılmayacaktır.

Milletlerarası yetki açısından baktığımızda, MÖHUK m. 47 anlamında, kamu düzenine ilişkin yetkinin bertaraf edilemeyeceği ilkesi yabancılik unsuru taşıyan bireysel iş uyuşmazlığının yabancı mahkemede çözülmesi konusunda tarafların anlaşma yapmalarını engellemektedir.⁵⁷

Ancak, 5718 sayılı MÖHUK m. 44 uyarınca yapılan değişiklikler, “(1) Bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. İşçinin, işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir”. hükmü ile özel yetki kuralı ihdas edilmiştir.

Bu maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, “ İş sözleşmesinin taşıdığı özellik sebebiyle gerek doktrin, gerek uygulamada iç hukuktaki yetki hükümlerinden hareketle milletlerarası yetkinin belirlenmesi yetersiz kalmaktaydı. Bu nedenle, iş sözleşmeleri ve iş ilişkileri için Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen özel bir yetki kuralı getirilmiştir. Yargıtay kararlarındaki ve doktrindeki anlayışa uygun olarak, söz konusu davalarda genel olarak “işçinin işini mutaden yaptığı iş yerini bulunduğu yer mahkemesi” milletlerarası yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir. İşçinin korunmasını esas alan anlayış içerisinde, işçinin işveren aleyhine açacağı davalarda ise, işçiye seçimlik olarak işverenin yerleşim yeri, kendi yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemelerinde de dava açabilme imkanı tanınmıştır.”

5718 sayılı MÖHUK m.47/II uyarınca, bireysel iş sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda yetkili mahkeme, yetki sözleşmesi ile bertarafı edilemez. Burada da, işçinin korunması esas alınmıştır.

⁵⁶ “Ancak, bu yetki kamu düzenine ilişkin bir yetki olarak kabul edilse de, tanıma ve tenfizi engelleyen bir münhasır yetki olarak değerlendirilmemelidir. Yargıtay 9. HD., E.13625, K. 15885, T.9.12.1991 İHD kararında, İş Mah. Kan. m. 5 münhasır yetki kuralı niteliğinde olmadığını kabul etmiştir.”, Ekşi, 218 (TMY).

⁵⁷ Bkz., aşa., 18-19.

3. Yetki Sözleşmesi

5718 sayılı MÖHUK m. 47 uyarınca,

“(1) Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür.

(2) 44, 45 ve 46. maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez.”

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunduğu sözleşmesel sorumluluk davalarında taraflar aralarında anlaşarak, yabancı bir mahkemeyi yetkili kılabilirler. MÖHUK m. 47 uyarınca, taraflara yabancı mahkemeye yetki verme konusunda bir serbesti sağlamıştır. Ancak bunun için bazı şartlar gerekmektedir. Bu şartlardan ilki, ihtilafın Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kamu düzeni veya kesin yetki esasına uygun olarak tayin edilmemiş olmasıdır. Sözleşmeye dayanan tazminat davalarına ilişkin yukarıda açıkladığımız, yetki kuralları incelendiğinde, sigorta sözleşmelerinden doğan tazminat davalarında ve iş sözleşmelerinden doğan tazminat davalarında ve tüketici sözleşmelerinden doğan tazminat davalarında, yetkinin kamu düzenine ilişkin yetki olması nedeniyle, MÖHUK m. 47 anlamında yetki sözleşmesi yapılamaz. Bu durum 5718 sayılı MÖHUK m. 47/II’de düzenlenmiştir. Bu maddeyi getirmedeki amaç, zayıfın korunması ilkesini hayata geçirmektir.

Yetki anlaşması için gerekli olan diğer şart, uyuşmazlık konusu ilişkinin yabancılık unsuru taşıması ve bir borç ilişkisi doğurması şartıdır. Burada üzerinde durulması gereken nokta, borç ilişkisinin nasıl vasıflandırılması gerektiğidir. Bu konuda, hakim görüş *lex fori*’ye göre vasıflandırma yapılmasıdır.⁵⁸ Türk Hukuku’nda borçlar, sözleşmeden (BK m. 1-40), haksız fiilden (BK m. 41-60) ve sebepsiz zenginleşmeden (BK m. 61-66) doğmaktadır.⁵⁹ Bu durumda, sözleşmeye dayanan taz-

⁵⁸ Ekşi, s. 180 (TMY); Nomer, s. 419.

⁵⁹ Kılıçoğlu, Ahmet M., *“Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara 2005, s. 27.

minat davaları bir borç ilişkisi olarak vasıflandırılır.

Özetle, milletlerarası nitelikli sözleşmesel ilişkiden doğan tazminat sorumluluğunda, taraflar ihtilafların halli için, belirli bir yabancı mahkemeyi yetkili kılabilir, bir yetki anlaşması yapabilirler.⁶⁰ Bu anlaşmanın sonucunda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bertaraf edilmiş olmaktadır. Yargıtay 1998 tarihli bir HGK kararında, MÖHUK 47. maddeye uygun olarak düzenlenmiş bir yetki anlaşmasının Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kaldıracağı sonucuna varmıştır.⁶¹

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 47 anlamında taraflarca, bir yetki anlaşması ile kaldırılmasına rağmen, dava Türk mahkemelerinde açılmışsa, bu durumda yetki itirazı ile karşılaşılır. Bu ihtilaf yabancı ülkede görülürken, Türk mahkemesinde dava açılırsa, derdestlik⁶² itirazı ileri sürülebilir. Eğer, yabancı ülkeden önce Türk mahkemesinde dava açılmışsa, yine yetkisizlik itirazı ileri sürülebilir.⁶³

5718 sayılı MÖHUK m. 47'ye yeni eklenen hüküm ile, yetki anlaşmasının şekli konusunda açıklayıcı bir hüküm getirilmiştir. Mevcut maddede şekle ait açıklık yer almadığından, "şekil" konusu tereddütlere sebebiyet vermekte idi. Getirilen hükümle, yetki anlaşmasının her türlü yazılı delille ispat edileceği belirtilmiştir.

Sonuç

Sözleşmeye dayanan tazminat davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi isimli bu çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde sözleşmesel sorumluluk kavramına değinilmiştir. BK m. 96 uyarınca, sözleşmenin kusurlu ihlalden doğan tazminat sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluk olarak nitelendirilmiştir. Sözleşmesel sorumluluğun temelini teşkil eden asıl sözleşmenin, taraflarından birisi kusurlu olarak bu sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği

⁶⁰ Ekşi, s. 181 (TMY).

⁶¹ "Yargıtay HGK, E. 1998/12-287, K. 1998/325, T. 6.5.1998", Ekşi, s.188 (TMY).

⁶² "Derdestlikten maksat, dava konusu kılınan hukuki uyumsuzluğun, davanın açılmasından sona ermesine kadar geçen zaman kesitinde, içerisinde usul hukukuna ilişkin, açılan halen devam eden davanın usul hukuku görünümüdür.", Tanrıver, Suha, "Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı", AÜHF Yayınları, Ankara, 1998,s.4.

⁶³ Çelikel, s. 345 (MÖH); Ekşi, s.183 (TMY).

takdirde, sözleşmesel sorumluluk doğmuştur.

Çalışmamızın ikinci ve asli bölümünü oluşturan, sözleşmeye dayanan tazminat davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, münhasır ve münhasır olmayan yetki ile yetki sözleşmesi başlığı altında incelenmiştir. Münhasır yetki kavramı daha çok tanıma ve tenfizin şartı olarak karşımıza çıksa da çalışmamızda, kamu düzenine ilişkin ve ilişkin olmayan yetki kavramlarına tercih edilmiştir. Münhasır olmayan yetki kuralları genel ve özel yetki kuralları olarak incelenmiştir. Münhasır yetki olarak, incelenen yetki kurallarından sonra, yetki sözleşmesi incelememize konu edilmiştir.

Sözleşmeye dayanan tazminat sorumluluklarında, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, bütün milletlerarası yetki kurallarında olduğu gibi ülke ile yakın irtibatını ortaya koymalıdır. Kanun koyucunu 5718 sayılı MÖHUK'ta getirmiş olduğu yeni düzenlemede, iş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri için ayrı özel yetki düzenlemesi ihdas edilmiştir. Bu düzenlemede, kanun koyucunun amacı, zayıf tarafın korunmasıdır. 5718 sayılı MÖHUK'ta ayrıca, yetki sözleşmelerinin şekli düzenlenmiş, yine tüketici, iş ve sigorta sözleşmeleri için milletlerarası yetki kuralları, yetki sözleşmesi ile bertaraf edilemez hükmü getirilmiştir.

KAYNAKLAR ^{64, 65}

Çelikel, Aysel, *Milletlerarası Özel Hukuk (MÖH)*, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.

Çelikel, Aysel, *Yabancılar Hukuku (Yabancı)*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.

Ekşi, Nuray, *Kanunlar İhtilafı Kurallarına; Milletlerarası Usul Hukukuna, Vatandaşlık ve*

Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006 (MahK).

Ekşi, Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000 (TMY).

⁶⁴ Kaynaklarda kısaltılmış şekilleri ayrıca belirtmeyen eseler, metinde yalnız yazarların soyadı ile anılmıştır.

⁶⁵ Atıf yapılırken kullanılan kısaltmalar, parantez içerisinde gösterilmiştir.

- Güngör, Gülin, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, AÜHF Yayınları, Ankara 2000.
- İnan, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no: 479, Ankara 1984.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara 2005.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü”*, C. I, İstanbul 1990.
- Kuru, B./ Yılmaz, E./ Arslan R., *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2002 .
- Küçükyalçın, Arzu, “Brüksel I. Tüzüğü’n’de Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları”, *TBB Dergisi*, Sayı: 55, Yıl: 2004.
- Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 7.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1993.
- Oser, H./ Schöenberger W., *Borçlar Hukuku Şerhi*, II Kısım, Ankara Basımevi, Ankara 1950.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.
- Oğuzman, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2000.
- Sakmar, Ata, “Devletler Hususi Hukukunda Boşanma”, (Doçentlik Tezi), İstanbul 1976.
- Serozan, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Beta Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2005.
- Tanrıver, Suha, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, AÜHF. Yayınları, Ankara, 1998.
- Tuhr, Von Andreas, *Borçlar Hukuku*, Cilt I-II, Yargıtay Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.

İCRA TAKİBİYLE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASININ SEBEPLERİ, İCRADA UZMANIN ROLÜ VE ÇOCUĞUN DURUMU

Ömer MAVİ *

A. GENEL OLARAK

Türk Medeni Kanunu'na göre boşanma durumunda velayet hakim tarafından eşlerden birine verilebilir (TMK 336). Bu durumda çocuğun ikametgâhını belirleyen; bakımı, eğitimi, gelişimi ve gözetiminde birinci derecede sorumlu olan velayet hakkına sahip ebeveyn¹ çocukla sürekli kişisel ilişki içerisinde. Diğer ebeveyn ise çocukla mahkemenin belirlediği şekilde kişisel ilişki kurabilmektedir (TMK 182). "...Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur..." (TMK 182). Çocukla velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn arasında kişisel ilişki şekli belirlendikten sonra kişisel ilişkinin kurulması aşamasında her iki ebeveyn de "...diğərinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür..." (TMK 324). Ancak çocuğun velayet hakkına sahip olmayan ebeveyniyle kişisel ilişki kurmasında sorunlar yaşanırca çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ebeveyn icra yoluna başvurabilmektedir (İİK 25/a).

B. İCRA TAKİBİYLE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASININ SEBEPLERİ

Ebeveynlerin boşanması durumunda çocuğun her iki ebeveyniyle de sağlıklı ilişki içerisinde olması, birlikte zaman geçirmesi ve paylaşımlarda bulunması aralarındaki karşılıklı sevgi, saygı ve iletişimin niteliğine bağlı olarak kurulan duygusal bağın gelişmesini sağlayacak bu

* Antalya 2. Aile Mahkemesi Pedagogu.

¹ Öztan, Prof. Dr. Bilge, *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2004, s. 467, 468.

da çocuğun gelişimini olumlu etkileyecek ve sağlıklı bir birey olarak topluma katılmasını sağlayacaktır.² Aksi durumda boşanma ile yıkıma uğrayan ve boşanma sonrasında da ebeveynleri arasındaki çatışmaya maruz kalan çocuğun gelişimsel alanlarında (fiziksel, duygusal, zihinsel, kişisel, sosyal, ahlaki vb.) ve akademik başarısında problemlerin olması dışında davranış problemleri geliştirmesi de beklenen bir durumdur.³ Ayrıca parçalanmış aile çocuklarının suça yönelme konusunda daha fazla risk altında oldukları söylenebilir.⁴

Çocuğun ebeveynleriyle sağlıklı iletişimi çocuk için mutlak bir ihtiyaçken çocuğun kişisel ilişki kurması gereken ebeveyniyle bu ihtiyacını karşılayamamasının ya da kişisel ilişki kurulması sırasında problemlerin yaşanmasının sebepleri aşağıda maddeler halinde açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak belirtmek isterim ki bunlardan farklı veya benzer ya da başka özel sebepler de olabilir.

1. Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuk kişisel ilişki kurmayı reddedebilir. Çünkü:

- Boşanma konusunda sorumlu tuttuğu ya da aile birlikteyken kendisine veya diğer ebeveynine fiziksel şiddet ve psikolojik baskı uyguladığı için kişisel ilişki kuracağı ebeveynini cezalandırmak isteyebilir.

- Kişisel ilişki kuracağı ebeveyniyle arasında uzun zamandır görüşmemesi ya dayeterli paylaşımlarda bulunmaması sebebiyle kuvvetli bir duygusal bağ olmayabilir.

- Daha çok zaman geçirdiği; daha mutlu ve huzurlu olduğu; daha çok eğlendiği ve arkadaş çevresinin olduğu ortamından ayrılmak istemiyor olabilir. Ya da görüşme takvimine tutarlı bir şekilde uyulmamasından dolayı bu yeni düzene alışamamış olabilir.

- Kişisel ilişki kurarak daha önce aile içinde yaşanan kötü olayları hatırlamak ya da ebeveynleri arasında aracı olarak kullanılmak istemiyor olabilir.

² Ayrıntılı bilgi için bkz., Yavuzer, Prof. Dr. Haluk, *Ana-Baba ve Çocuk*, Remzi Kitabevi, On Beşinci Basım, Ekim 2002, s. 13 vd.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Yavuzer, Prof. Dr. Haluk, *Çocuk ve Suç*, Remzi Kitabevi, Mayıs 2001, S. 125 vd.; Yörükoğlu, Prof. Dr. Atalay, *Çocuk Ruh Sağlığı Çocuğun Kişilik Gelişimi Eğitimi ve Ruhsal Sorunları*, Özgür Yayınları, 26. Basım, Nisan 2003, S. 269 vd. Türkarlan, Dr. Nesrin, "Boşanmanın Çocuklar Üzerine Olumsuz Etkileri ve Bunlarla Başetme Yolları", *Aile ve Toplum Dergisi*, Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ocak-Şubat-Mart 2007 Yılı: 9, Cilt: 3, Sayı:11, s. 99 vd.

⁴ Yavuzer, *Çocuk ve Suç*, s. 144, 152

- Diğer ebeveyninin davranışlarından dolayı kişisel ilişki kuracağı ebeveynine karşı olumsuz tavır sergileyecek şekilde etkilenmiş olabilir.⁵

- Kişisel ilişki kurması sonrasında beraber yaşadığı ebeveynini bulamamaktan⁶ veya kişisel ilişki kurduğu ebeveyni tarafından kaçırılmaktan ya da fiziksel şiddete ve psikolojik baskıya⁷ maruz kalmaktan korkabilir.

- Çocuk büyüdükçe ebeveynlerine daha az, arkadaşlarına ya da kendisine dahafazla zaman ayırmak isteyebilir. Örneğin ergenlik çağındaki bir çocukla ilk çocukluk çağındaki sağlıklı bir çocuğun duygu, düşünce ve beklentileri farklı olacaktır.⁸

2. Çocuğun psikolojik veya fiziksel rahatsızlığı veya davranış problemleri (Öfke nöbetleri, inatçılık, altını ıslatma, dışkı kaçırmama, kıskançlık vb.) olabilir; ya da çocuk kişisel ilişki kurmanın anlamını bilmeyecek kadar küçük olabilir veya çocuğun gelişim alanlarında gerilik olabilir.

3. Velayet hakkına sahip ebeveyn çocuğun diğer ebeveynle kişisel ilişki kurmasını istemiyor olabilir. Çünkü:

- Çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ebeveyni bu şekilde cezalandırmak istiyor olabilir.

- Ya da bu ebeveynin çocuğu kaçıracağını veya çocuğa zarar vereceğini ya da çocuğa iyi bakamayacağını düşünüyor olabilir.

4. Velayet hakkına sahip ebeveyn, diğer ebeveyni zor durumda bırakmak istediği (özellikle mali olarak) veya bu ebeveynin çocuğu kaçırmamasını engelleyeceğini düşündüğü için çocuğun icra yoluyla alınmasını istiyor olabilir.

5. Çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ebeveyn, çocukla ilişkilerinde yanlış tutum ve davranışlar sergiliyor olabilir.⁹

⁵ Elissa P. Benedek / Catherine F. Brown, *Boşanma ve Çocuğunuz, Çocuğunuzun Boşanmanızla Başetmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz?* Çev: Serap Katlan, HYB Yayıncılık, Ankara 1997, s. 111; Köseoğlu, Bilal, *Terazi Dergisi*, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2006, Sayı 4, s. 133.

⁶ Elissa P. Benedek/Catherine F. Brown, s. 67, 105.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., Yavuzer, *Ana-Baba ve Çocuk*, s. 58.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Kulaksızoğlu, Prof. Dr. Adnan, *Ergenlik Psikolojisi*, Remzi Kitabevi, Aralık 2002, s. 11 vd.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Kulaksızoğlu, s. 117 vd.

6. Bu ebeveyn çocuğun uyum sağlayamadığı yeni eşi veya sevgilisini çocukla aynı ortamda bulundurmamak istiyor olabilir.

7. Ya da bu ebeveyn kişisel ilişki kurmak için çocuğu teslim alırken, kendini güvende hissetmek ve zarar görmemek ya da karşı tarafı zor durumda bırakarak(özellikle çevreye karşı) intikam almak için kişisel ilişkinin icra dairelerince kurulmasını istiyor olabilir.

C. İCRADA GÖREV ALAN UZMANIN ROLÜ

İcra takibiyle çocukla kişisel ilişki kurulması durumunda İcra ve İflas Kanunu 25/b maddesi gereğince bir uzman(pedagog, psikolog, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimcisi veya eğitimci) görevlendirilir. İcranın huzurlu bir ortamda gerçekleştirilebilmesi ve çocuğun psikolojik ve rahatsız edici unsurlardan etkilenmemesi için uzmanın mesleki bilgi, tecrübe ve yaklaşımı ve tespit ve görüşleri çok önemli olacaktır.

Bu nedenle uzman, mümkün olduğunca icra sırasındaki gözlemlerini ve koşulların elverdiği ölçüde edinebildiği bilgileri aşağıda açıklanmaya çalışılan sorumluluklar ve kendi mesleki bilgi ve tecrübeleri çerçevesinde değerlendirmelidir.

Aşağıda icrada görev alan uzmanın; mesleki etikten, TMK'dan, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden ve bu konuyla ilgili yayınlanmış genelgelerden doğan sorumluluklarına değinilmeye çalışılacaktır.

a. Uzmanın Etik Sorumlulukları

1. Uzman kesinlikle icradaki gözlemlerini, değerlendirmelerini ve görüşlerini rapor haline getirerek icra dosyasına sunmalıdır. Çünkü bu rapor, ebeveynlerin kişisel ilişki şeklinde ya da velayet konusunda değişiklikler için aile mahkemelerine açacakları davalarda önemli ve aydınlatıcı olacaktır.

2. Çocuğun kişisel ilişki kurmak istememesi durumunda uzman bunun sebeplerini belirlemeye çalışmalı ve çocuğun yararını tehlikeye atacak bir durum olmadığı izlenimine varması durumunda ebeveyn ve çocuk arasındaki uyumu sağlayıp çocuğu ikna ederek teslim edilmesine yardımcı olmalıdır. Çünkü çocuk bu ebeveyniyle zaman geçirdikçe daha uyumlu hale gelecektir.¹⁰

¹⁰ Elissa P. Benedek/Catherine F. Brown, s. 110.

3. Uzman çocuk hakları ile ilgili mevzuatımızın ilgili kısımları (kanunlar, yönetmelikler vb.) ve uluslararası sözleşmeler hakkında bilgili olmalıdır.

4. Uzman öncelikle çocuğa karşı sorumlu olduğunu ve onun yararını gözettiğini unutmamalı; mali getiriden çok çocuğun yararını ön planda tutmalı; tarafsız, hoşgörülü, saygılı ve demokratik davranmalı ve mesleğinin gerektirdiği etik kurallara bağlı olmalıdır.

b. Uzmanın TMK'dan Doğan Sorumlulukları

1. Uzman TMK'nın 23, 24 ve 28. maddeleri gereğince icra sırasında çocuğun özgürlüğünün kısıtlanması ve onurunun zedelemesi gibi kişilik haklarına¹¹ aykırı bir durum olup olmadığını değerlendirmelidir.

2. Uzman TMK'nın 324. maddesine göre ebeveynlerin her birinin diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedeleme çabasının olup olmadığını ve kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzurunun bozulup bozulmadığını değerlendirmelidir.

c. Uzmanın BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden Doğan Sorumlulukları

1. Uzman sözleşmenin 12. maddesi gereğince görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun düşüncelerini özgürce açıklaması için gerekli ortamı oluşturmali, çocuğa yeterli zaman ayırarak onu dinlemeli ve düşüncelerine gereken özeni göstermelidir.

2. Sözleşmenin 3. maddesine göre "...çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşünce...". Bu nedenle uzman sözleşmenin 9. maddesi gereğince kişisel ilişkinin çocuğun yüksek yararına aykırı olup olmadığını değerlendirmelidir.

3. Çocuk kişisel ilişkiyi bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya kötü muamele gibi durumlardan her hangi birine maruz kalabileceğini ifade ederek reddediyorsa, uzman çocuğun ifade ettiği bu muhtemel durumların araştırılması ve gerekiyorsa sözleşmenin 4. ve 19. maddeleri gereğince yasal, idari, toplumsal ve eğitsel bütün önlemlerin alınabilmesi için kişisel ilişki kurulmasının ertelenmesini önerme-

¹¹ İmamoğlu, "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2005 Cilt 54 Sayı, s. 184, 185.

lidir. Çocuğun bizzat bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya kötü muameleye maruz kalması kadar, kişisel ilişki kurmak için gideceği ortamın da çok önemli olduğu göz ardı edilmemelidir.¹²

4. Uzman sözleşmenin 16. maddesi gereğince icrada çocuğun onuru ve itibarına haksız bir saldırı olup olmadığını değerlendirmelidir.

5. İcra sırasında ebeveynler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde

bulundurmuyorsa ("*...Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler...*" m. 18) veya çocuğa bedensel ya da psikolojik zarar verecek tutum ve davranışlar içerisindeyse ve bu nedenlerle icrada yaşanan olaylar çocuğun yararına aykırıysa ("*...çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir...*" m. 3), uzman gerekli araştırmaların yapılarak gerekiyorsa Sözleşmenin 3, 18 ve 4. maddeleri gereğince uygun yasal, idari ve diğer önlemlerin alınabilmesi için kişisel ilişki kurulmasının ertelenmesini önermelidir.

d. Uzmanın Genelgelerden Doğan Sorumlulukları

1. Uzman Adalet Bakanlığı'nın 30/11/2006 tarih ve 115 nolu genelgesine göre kişisel ilişki sırasında çocuğu psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesini önlemeye çalışmalıdır.

2. Uzman Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nun 26/08/2003 tarih ve 2003/07 nolu genelgesine göre çocuk tesliminin sevgi ve saygı ortamında olmasını sağlamak için gereken önlemlerin alınmasını sağlamalıdır. Bu nedenle çocuğu mümkün olduğunca icra ve polis memurlarıyla muhatap etmemeli; ebeveynlerle ve memurlarla görüşerek icra gerçekleştirilirken çocuğa karşı nasıl bir tavır takınacaklarını açıklamalı; ebeveynlere kişisel ilişkinin zedelenmemesi ve çocuğun yararının korunması için sorumluluklarını hatırlatmalı; ebeveynler arasında yaşanabilecek gergin ortamdan çocuğu uzak tutmaya çalışmalı ve çocuğu bu ortama psikolojik olarak hazırlamalıdır.

3. Uzman yine Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nun genelgesine göre icra tarihinden önce çocuğun yararına uygun olacak şekilde çocuk ve aile ile görüşmeli ve gerekli bilgileri

¹² UNICEF, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı*, İkinci Baskı 2003, s. 266.

edinmelidir(tarafların aile mahkemesindeki dosyalarına da bakılabilir). İcra dairesi de icradan en az birkaç gün önce uzmana icrada görevlendirileceğini haber vermeli ve uzmanın gerekli bilgileri edinmesine yardımcı olmalıdır.

D. İCRADA ÇOCUĞUN DURUMU

Daha önce de belirtilmeye çalışıldığı gibi çocukla kişisel ilişki kurulması sırasında sorunlar yaşanabilir. Bu durumda çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ebeveyn İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 25/a maddesine göre icra dairelerine başvurabilir.

Burada açıklık getirmeye çalışılacak konu, icrada görev alan uzmanın kişisel ilişkinin çocuğun yararına olmadığı kanaatine varması ya da çocuğun kişisel ilişkiyi reddetmesi durumunda ne yapılacağıdır.

İİK'nın 25/a maddesinde: *"Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder.*

Bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır. Borçlu bu emri tutmazsa ilam hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikayeti üzerine ayrıca 341 inci maddeye göre cezalandırılır." denilmektedir.

Ancak kanun maddesinde borçlu ya da alacaklı olmayan çocuk adeta bir mal gibi ifade edilmekte ve alacağın tahsili usulü uygulanarak gerekirse ilam hükmü zorla yerine getirilir denilmektedir. Yaygın olan anlayış da zorlada olsa ilamın icrasıdır. Çünkü ilam hükmünü yerine getirmemenin adli görevi ihmal olup olmadığı tereddüdü yaşanmaktadır. Bu konuya açıklık getirmek için öncelikle icrada uzman bulundurulmasının amacına bakalım.

Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 25/03/2003 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısı ve adalet komisyonu raporunun genel gerekçe bölümüne göre *"Çocuğun, ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesinde öngörülen yüksek yararının gözetilmesi ve ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça,*

ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına sözleşmenin 9. maddesi uyarınca taraf devletlerin saygı gösterecekleri esasına uyum sağlanması amacıyla, çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında icra müdürünün yanında bir uzmanın hazır bulundurulması zorunluluğu getirilerek çocuğun psikolojik ve rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.”

Ayrıca Adalet Bakanlığı'nın 30/11/2006 tarih ve 115 nolu genelgesine göre “...kanun koyucu...çocuk teslimine ilişkin ilâmların icrasında, çocuğun yüksek yararının korunması amacıyla... bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde ise bir eğitimcinin mesleki bilgi ve tecrübesinden yararlanılması amacıyla hazır bulunmasını öngörmüş, böylece çocuğun, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de öngörülen yüksek yararının gözetilmesi ve Sözleşmenin 9 uncu maddesinde yer alan ilkelere uyum sağlanması suretiyle, psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.”

Görüldüğü gibi kişisel ilişkinin kurulabilmesi için öncelikle çocuğun yüksek yararına aykırı olmaması gerekiyor, eğer böyle bir durum yoksa çocuğun ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkı vardır. Yani kişisel ilişkinin ön şartı çocuğun yüksek yararıdır.¹³ Burada devletin görevi çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına saygı duymak ve korumaktır (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 9).¹⁴ Hukuki açıdan alacaklının şikâyetiyle çocuğun bu hakkını koruyan devlet kurumu icra daireleridir (İİK 25/a).

Bu sebeplerle icrada görev alan uzman çocuğun yüksek yararına aykırı olduğu için çocukla kişisel ilişki kurulmamasını talep ederse kişisel ilişki kurulmamalıdır.¹⁵ Zaten uzman bulundurulmasının amacı

¹³ Köseoğlu, Bilal, *Aile Mahkemelerinin İşleyişi*, Birinci Baskı, Nisan 2005, s. 293; Özlü, Hakkı, *Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması*, Ankara 2002, s. 5; UNICEF, s. 252, Öztan, s. 472, 605, 610.

¹⁴ Öztan, s. 516.

¹⁵ Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'de de çocuğun iadesi için çocuğun yararı ön plandadır (m. 13/b). Köseoğlu, Bilal, *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2007, s. 26, 54. (uluslararası)

TMK 324'e göre çocuğun huzurunun bozulması bile kişisel ilişki şeklinde değişiklik şartı olarak görmektedir.

Ayrıca Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanunun(Kanun No: 5717) 22. maddesine göre : “İlamın yerine getirilmesinin, çocuğun fiziksel ve duygusal yönden gelişimini ağır bir tehlike altında bırakacağıının

da “çocuğun psikolojik ve rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi” ve “uzmanın mesleki bilgi ve tecrübesinden yararlanılması”dır. Bu nedenle icra sırasında kişisel ilişkinin çocuğun yararına olup olmadığına karar verecek kişi uzmandır.

Diğer bir konu çocuk kişisel ilişki kurmayı reddediyorsa¹⁶ ne yapılması gerektiğidir. Bunun için çocuğun ebeveyniyle kişisel ilişki kurma hakkının korunmasına kaynak olan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne bakalım. Sözleşmenin 12. maddesinde “*Taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgun derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.*” denilmektedir.¹⁷

Bu nedenle uzman çocuğun görüşlerini öğrenmeli kişisel ilişkiyi yüksek yararına aykırı olmadığı halde reddeden (bunu uzman belirleyebilir) çocuğu ikna etmeye çalışmalıdır.¹⁸ Eğer çocuk ikna edilemiyorsa ve kişisel ilişki kurmayı yüksek yararına aykırı alacak sebeplerle reddediyorsa sözleşmenin 3. maddesindeki “...çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir...” prensibiyle zor kullanma yoluna gitmeden icra takibine kişisel ilişki kurulmadan son verilmelidir.¹⁹

Çünkü zorla icra olunur hükmü borçlunun, çocuğun diğer ebeveyniyle kişisel ilişki kurma hakkını ihlal ettiği durumlarda borçluya karşı yapılacak bir işlemdir (İİK 25/a). “*Alacaklının alacağına kavuşması için yapılan bir işlem değildir.*” Çocuğa zor kullanmak hem Çocuk Hak-

uzman tarafından tespit edilmesi durumunda, icra müdürü tarafından, talep üzerine veya re’sen söz konusu tehlike ortadan kalkıncaya kadar icra ertelenir.”

¹⁶ Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme’de de çocuğun iadesi için çocuğun görüşü göz önünde bulundurulmaktadır (m. 13/b). Köseoğlu, (Uluslararası), s. 55.

¹⁷ “12. madde, çocukların görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına ilişkin bir alt sınır getirmemektedir. Çocukların daha küçük yaşlarda görüş oluşturabilecekleri ve oluşturdukları açıktır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, çocukların görüşlerinin teyidi ya da dikkate alınabilmesi için bir alt yaş sınırı getirilmesine destek vermektedir...” Bkz., UNICEF, s. 170.

¹⁸ Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme’ye göre de “*Çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak için uygun tüm önlemlerin alınması gerekmektedir*” (m. 7/c). Köseoğlu, (Uluslararası), 51.

¹⁹ Kişisel ilişki kurmayı uzmanın tüm telkinlerine rağmen reddeden çocuğun itiraz sebepleri çocukla ilgili daha ayrıntılı psiko-sosyal bir araştırmayla anlaşılabilir ve çözüm üretilebilir. Bu konuyu destekler yönde bkz. Köseoğlu, (Uluslararası), s. 27.

ları Sözleşmesi'ne hem kişisel ilişkinin amacına²⁰ hem de çocuğun kişilik haklarına²¹ aykırı bir davranış olacak ve çocuğun hakları ve yüksek yararı savunulmaya çalışılırken çocuk psikolojik olarak örselenecek, nesneleştirilecek ve suçluymuş gibi cezalandırılmış olacaktır.

Burada icra takibiyle çocukla kişisel ilişki kurulmaması durumunda çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ebeveynin çocuğuyla görüşme hakkı ne olacak sorusu akla gelebilir. Bu ebeveyn çocuğuyla kişisel ilişki kurmanın başka yollarını aramalıdır (zorla güzellik olmaz). Örneğin çocuğuyla arasındaki problemlerin çözüm yollarını bulmaya çalışmalı (psikolog ya da pedagog gibi bir uzmandan yardım alabilir) ya da aile mahkemelerine kişisel ilişki davası açmalıdır. Çünkü daha önce de belirtildiği gibi kişisel ilişkide her zaman çocuğun yararı ön plandadır ve ana-babanın yetkilerinin ve haklarının kaynağı çocuğun sağlıklı gelişmesi, yetiştirilmesi ve menfaatlerinin korunması ile ilgili yükümlülüklerinden ileri gelir.²² Bu nedenle ana-baba her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurmalı; bu gibi önemli bir konuda olabildiğince çocuğun düşüncesini göz önünde tutmalı; çocuğun huzurunu bozmamalı ve icrada bir alacak tahsil eder gibi davranmalarının ve birbirlerini hasım gibi görmelerinin her iki tarafa da bağlı olan çocuğa zarar vereceğini unutmamalıdır.

İcra dairesince kişisel ilişkinin kurulmaması durumunda, çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen ebeveyn durumu İcra Mahkemesine de şikayet edebilir (İİK 16).²³ İcra Mahkemesi de şikayeti kabul eder ya da reddeder. Hakim şikayetin kabulüne göre işlemin bozulmasını, işlemin düzeltilmesini veya işlemlerin yapılmasını isteyebilir (İİK 17).²⁴ Bu durumda çocuğun yararının gözetilmesi için çocukla kişisel ilişki kurulmaması hadiseye uygun bir davranış olarak kabul edilmeli ve icra mahkemesince çocuğun yüksek yararına yönelik uygun yasal, idari ve

²⁰ Öztan, s. 469, 470.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., İmamoğlu, Dr. S. Hülya, *Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması*, s. 189 vd.

²² İmamoğlu, Dr. S. Hülya, *Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2004, Cilt 54, Sayı 01, s. 165 vd.; Akıntürk, Prof. Dr. Turgut, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İkinci Cilt, 6. Baskı, İstanbul 2002, s. 301 vd.; Köseoğlu, s. 286 vd. Özlü, 17, Öztan, s. 625 vd.

²³ Kuru, Prof. Dr. Baki/ Arslan, Prof. Dr. Ramazan/ Yılmaz, Prof. Dr. Ejder, *İcra ve İflas Hukuku*, 20. Baskı, Ankara 2006, s. 68 vd.

²⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 77 vd.

diğer önlemlerin alınabilmesi için gereğine göre durum velayet hükmünü kuran aile mahkemesine bildirilebilmelidir.²⁵

Açıklanması gereken bir diğer konu da velayet hakkına sahip ebeveynin, çocuğu kişisel ilişki kurmak için gittiği ebeveyninden geri alamamasıdır. Bu durumda velayet hakkına sahip ebeveyn İİK'nın 25. maddesine göre icra dairelerine başvurabilir. Burada görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuk velayet hakkına sahip ebeveynine kendi yüksek yararına aykırı olacak sebeplerle dönmek istemiyorsa teslim yapılmamalıdır. Ancak kişisel ilişki kurmak amacıyla çocuğu alan ebeveyn çocuğu kaçırmış ve rızası dışında alıkoymuşsa, çocuğun yararı ve hakları tehlikeye gireceği için İİK'nın 25. maddesine göre zorla icra olunur hükmü çocuğa karşı değil gerekiyorsa borçluya karşı uygulanmalı; çocuk fiziksel ve zihinsel örselemeden; uzman yardımıyla ve rıza ile teslimine öncelik verilerek ilam yerine getirilmelidir.

Yeni Medeni Kanun'un öngördüğü sisteme göre velayete ilişkin defterler ve kayıtlar çocuk reşit olana kadar açıktır. Bu nedenle icra mahkemesi ya da ebeveynlerden biri, çocukla kişisel ilişki kurulmasında ve çocuğun tesliminde yaşanan sorunları velayet ve kişisel ilişki hükmünün kurulduğu aile mahkemesine bildirebilir. Bu durumda aile mahkemesi değişen şartları ve çocuğun ebeveynleriyle arasındaki sağlıklı ilişkinin çocuk açısından önemini göz önüne alarak, çocuğun gelişmesi ve menfaatlerinin korunması için gereğine göre uygun tedbirleri alabilir, düzenlemeleri yapabilir ve yaptırımları getirebilir.²⁶ Aile mahkemesi gerekirse bu işlemleri re'sen de yapabilir.²⁷

E. SONUÇ

İİK 25/a maddesi gereğince icra takibiyle çocukla kişisel ilişki kurulmasında çocuğun psikolojik ve rahatsız edici unsurlardan etkilen-

²⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 90: "...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletler arası andlaşmalar kanun hükmündedir... milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3: "Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir..." m. 4: "Taraf Devletler, bu Sözleşmede tanınan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü yasal, idari ve diğer önlemleri alırlar..."

²⁶ 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun.

²⁷ Öztan, s. 73, Özlü, s. 66, Akıntürk, s. 308 vd.

mesinin önlenmesi; çocuğun yüksek yararına uygun olarak teslimin sevgi ve saygı ortamı içerisinde gerçekleştirilmesi ve çocuğun yüksek yararının gözetilmesi için icra müdürü uzmanın mesleki bilgi ve tecrübelerinden yararlanmalı ve telkinlerine gereken önemi vermelidir.

İlamlı icralara bakıldığında para, taşınır ya da taşınmaz mal gibi alacaklının alacağını tahsili işlemleri yapılabilmektedir. Ancak çocukla kişisel ilişki kurulması ilamlarının icrası alacaklının değil çocuğun hakkını alabilmesi içindir. Bu nedenle alacaklının da bir ebeveyn olarak çocuğun hakkını savunmak için icra dairelerine başvurması kaçınılmaz bir yükümlülük olacaktır. Ayrıca çocuk kişisel ilişki kurmayı ve teslimi ebeveynlerinden birinin yönlendirmeleriyle reddediyorsa, bu yönlendirmeleri yapan ebeveyne, çocuğun diğer ebeveyniyle kişisel ilişkisini zedelememe sorumluluğunu hukuki ve ahlaki olarak yerine getirmediği için gerekli yaptırımlar uygulanmalıdır.

Çocukla kişisel ilişki kurmak için icra dairelerine yapılan başvuru sayısının azaltılması ve ebeveynler ve çocuk arasında yaşanan problemlerin mümkün olduğunca önlenmesi için aile mahkemeleri tarafından velayet hakkı ve kişisel ilişki şekli belirlenirken, çocuğun düşüncesi ve uzman görüşü öğrenilmeli; kişisel ilişki şekli ana baba ve çocuğa uygun olmalı; ana baba ve çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi zedeleyecek olumsuzlukları giderici uygun önlemler alınmalı ve Türkiye tarafından aile hukuku davalarında uygulanacağı kabul edilen Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesi uygulanmalıdır.

Ana baba ve çocuk arasında sağlıklı etkileşim çocuk açısından çok önemliken çocukla kişisel ilişki kurulması icra dairesine başvurularak gerçekleştirilmeye çalışıldığına göre çocuğu olumsuz etkileyecek ebeveynlerden ya da çocuktan kaynaklanan problemlerin olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle çocuğun yararını gözetmek için önleyici uygun yasal, idari ve diğer önlemler gerekirse re'sen alınmalıdır. Çünkü sadece korunmaya muhtaç çocuklar için tedbirler alınması çocukların yüksek yararına yönelik önleyici bir tutum olmayacaktır. Burada çocuğun yüksek yararının gözetilmesi için özellikle icra mahkemelerinin ve aile mahkemelerinin alacağı kararlar çok önemli olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akıntürk Prof. Dr. Turgut, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İkinci Cilt, 6. Baskı, İstanbul 2002.
- Elissa P. Benedek/Catherine F. Brown, *Boşanma ve Çocuğunuz. Çocuğunuzun Boşanmanızla Başetmesine Nasıl Yardımcı Olursunuz?* Çev: Serap Katlan, HYB Yayıncılık, Ankara 1997.
- İmamoğlu, Dr. S. Hülya, "Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme Ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2004 Cilt 54, Sayı 01 (Velayet).
- İmamoğlu, Dr. S. Hülya, "Çocuğın Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2005 Cilt 54, Sayı 02 (Kişilik).
- Köseoğlu, Bilal, *Aile Mahkemelerinin İşleyişi*, Seçkin Yayıncılık Birinci Baskı, Nisan 2005.
- Köseoğlu, Bilal, *Terazi Dergisi*, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2006, Sayı 4.
- Köseoğlu, Bilal, *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2007.
- Kulaksızoğlu, Prof. Dr. Adnan, *Ergenlik Psikolojisi*, Remzi Kitabevi, Aralık 2002.
- Kuru, Prof. Dr. Baki/ Arslan, Prof. Dr. Ramazan/ Yılmaz, Prof. Dr. Ejder, *İcra ve İflas Hukuku*, 20. Baskı, Ankara 2006.
- Özlu, Hakkı, *Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması*, Ankara 2002.
- Öztan, Prof. Dr. Bilge, *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2004.
- Türkarşan, Dr. Nesrin, "Boşanmanın Çocuklar Üzerine Olumsuz Etkileri ve Bunlarla Başetme Yolları", *Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Aile ve Toplum Dergisi*, Ocak-Şubat-Mart 2007, Yıl: 9, Cilt: 3, Sayı: 11.
- UNICEF, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı*, İkinci Baskı 2003.
- Yavuzer, Prof. Dr. Haluk, *Çocuk ve Suç*, Remzi Kitabevi, Onuncu Basım, Mayıs 2001.
- Yavuzer, Prof. Dr. Haluk, *Ana-Baba ve Çocuk*, Remzi Kitabevi, On Beşinci Basım, Ekim 2002.
- Yörükoğlu, Prof. Dr. Atalay, *Çocuk Ruh Sağlığı Çocuğın Kişilik Gelişimi Eğimi ve Ruhsal Sorunları*, Özgür Yayınları, 26. Basım, Nisan 2003

MESLEK KURALLARINDA AVUKAT – MAHKEME İLİŞKİLERİ

M. Lamih ÇELİK*

Avukat, Türkiye Barolar Birliği tarafından kabul olunan meslek dayanışma ve düzen gereklerine uygun davranmak zorundadır. (*Meslek Kuralı m. 11*) Serbest bir irade sonucu kabul edilen meslek kuralları, bir toplum yaşamı için vazgeçilmez olarak kabul edilen avukatlık mesleğinin en iyi şekilde çalışmasını garanti altına alır. Bu kurallara uyulmaması avukat için bir disiplin cezasına çarptırılmakla sonuçlanır. (*AB Meslek Kuralı¹ m. 1.2.1*). Avukatlar, müvekkillerinin haklarını korurken ve adaletin gerçekleşmesine çalışırken, ulusal ve uluslararası hukukun tanıdığı insan haklarını ve temel özgürlükleri yüceltmeye çalışırlar ve hukuka ve hukukçuluk mesleğinin kabul görmüş standartlarına ve ahlaki kurallarına uygun biçimde serbestçe ve özenle hareket ederler. (*Havana Kuralları m. 14*)

Meslek kurallarının bir bölümü Avukatlık Kanunu'nda gösterilmiştir. Bir bölüm meslek kuralları ise yasanın 117. maddesinin 7 nolu bendi uyarınca Türkiye Barolar Birliği'nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurul Toplantısı'nda kabul edilmiş ve 50. maddesi hükmüne göre *TBB Bülteni*'nin 26.1.1971 tarih ve 5 sayısında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Barolar Birliği'nin ve baroların meslek kurallarını tüm avukatlara ayrı ayrı tebliğ etmesi gibi görevleri ve yükümlülükleri yoktur. Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu tutanaklarına geçen tüm barolara bildirilen ve muhtelif şekillerde kitap halinde de yayımla-

* Av., Şanlıurfa Barosu, Şanlıurfa Belediyesi Hukuk İşleri Müdür Vekili.

¹ Avrupa Topluluğu Meslek Kuralları üye on iki ülkenin baroları temsilcilerinin 28 Ekim 1988 tarihinde Strausbourg'ta yaptıkları toplantıda oybirliği ile kabul edilmiştir.

nan bu kuralları avukatlar bilmek zorundadır. Avukatlık Kanunu'nda bu kuralların "uyulması zorunlu" kurallar olduğu açıkça belirtildiğinden meslek kurallarına uygun davranmayan avukatlara disiplin cezası uygulanır.²

"Meslek kuralları" mesleğin düzen ve geleneklerini korumak yerleştirmek ve yasaların avukatlara yüklediği görevlerin onurlu bir şekilde yerine getirmesini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Avukatlık mesleğini yapanlar avukatlık yasası ve yönetmeliği ile birlikte meslek kurallarını da iyi bilmek ve özümsemekle yükümlüdür.³

Çalışmamızda avukatın mahkeme ile olan ilişkilerini düzenleyen meslek kurallarını açıklamak için varsa benzer Avrupa Birliği Meslek Kuralı'na, kanun maddelerine ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararlarının konuya açıklık getiren kısmına ve yüksek yargı kararlarına yer verdik.

1. Meslek Kuralı m. 17

*Hakim ve savcılarla ilişkilerinde avukat hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır.*⁴

² 25.1.1999 T. E.1998/109 K.1999/15 - 21.10.2000 T. E.2000/130 K.2000/160, *TBB Dergisi*, S. 1999/2 s. 57. "Avukatlık Yasası ve Meslek Kuralları, Türk avukatlarının Türkiye sınırları dışındaki eylem ve davranışları içinde geçerlidir" (27.10.2001 T.E.2001/92 K.2001/168), "657 sayılı yasa kapsamında kamu görevlisi olan avukatlar, avukatlık yasasının ek-1 maddesinin son fıkrasına göre stajyer avukatlar ise aynı yasanın 23. maddesinin son tümcesine göre meslek kurallarına uymak zorundadırlar. (18.10.2002 T. E. 2002/144 K.2002/285- 20.7.2000 T. E.2000/75 K.2000/108)" "Meslek kurallarına uymak tüm avukatların yükümlülüğünde olup,serbest-kamu avukatı ayırımı yoktur.(20.07.2000 T. E.2000/75 K.2000/108-TBB Dergisi sayı:2000/3 s.924)

³ 12.11.2004 T. E.2004/260 K.2004/358 - 25.6.2005 T. E.2005/134 K.2005/211

⁴ Avrupa Birliği Meslek Kuralı;

4.3 -Avukat, hakimlik makamına karşı elinde gelen saygı ve dürüstlüğü göstermek ve kanun çerçevesinde kalmak kaydıyla müvekkilini kendi vicdanına göre ve müvekkilin menfaatlerinin korunması hususunda en uygun yolu seçerek savunacak.

Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı;

8. Aynı davada avukatlık yapan tüm avukatlara mahkemece eşit biçimde davranılmalıdır.

4. Avukatlar yargıya saygı göstermeli ve mahkemelere karşı olan görevlerini mesleki standartlara ve iç hukuk kurallarına uygun olarak yerine getirmelidirler. Herhangi bir durumda avukatların yargısal faaliyetten çekilmesi söz konusu olursa bu hal belirli bir süre ile sınırlı ve müvekkillerinin ya da hizmetlerinden yararlananların zarar görmeyeceği şekilde olmalıdır.

Açıklamalar

"5275 sayılı CMK'ya göre hükmün açıklanmasının dinlenmesi sırasında ve yemin verdirilmesi durumunda duruşmada bulunan herkesin ayağa kalkması zorunludur. Bu durumların dışında ayağa kalkıp kalkmamak avukata kalmıştır. Duruşma sırasında avukatın ayağa kalkmasına ilişkin bir hüküm ne avukatlık kanununda nede meslek kurallarında düzenlenmiştir. Ancak ayağa kalkma zorunluluğu olan durumlarda avukatın ayağa kalkmaması disiplin suçu oluşturur." ⁵

2. Meslek Kuralı m. 23

Hakimin reddi, savcılarının ve başkaca adalet görevlilerinin reddi veya şikayet edilmesi konusunda ve genellikle konuşmalarında ve yazılarında avukat, kanunun gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmayacak biçimde açıklar.

TBB Disiplin Kurulu Kararları

"...talebimiz Mahkemeye değil, duvara söylenmişçesine son karar verilmiştir. Adaleti hiçe sayan ön yargıdan öte kasıtlı bir karar ile karşı karşıya kaldım, verilen karar kitabına uydurulmaya çalışılmıştır.

Yargıtay'a gönderilen temyiz dilekçesinde yer alan bu sözler Meslek Kuralları'nın 17. maddesine aykırı bulunmuş ve şikayetli avukata kınama cezası verilmiştir." (15.03.1995 T. E. 1995/24 K.1995/36)

"Şikayetli Avukat '...bu zatlar hakim değil sanki kral... bu yeni ilçede sanki adalet tatil edilmiş...kanun ve usul açıkça kabadayıcı çiğneniyor." şeklinde hakimi hedef alan beyanlarda bulunmuştur. Avukatın yargı organlarına karşılık esasına dayalı olarak saygılı olması zorunludur. Düşünce objektif olarak açıklanmalıdır. Dilekçenin konusu şikayet bile olsa, Avukatlık Meslek Kuralları'nın 5 ve 17. maddelerinde öngörülen ilkelere uyum gösterilmesi zorunludur. Aleniyet unsuru taşımaması, huzurda veya kendisine hitaben yazılan mektupla açıklanmaması, bu zorunluluğu ortadan kaldırmaz." (14.06.2002 T. E.2002/65 K.2002/192)

Uluslararası Barolar Birliği Oslo Kararları:

6- Avukat, mahkemeye saygısını daima muhafaza eder. Fakat bu tutum karşılıklı saygı esasına dayanır.

⁵ Yard. Doç. Dr. Yılmaz Yazıcıoğlu, "Avukatın Duruşma Sırasında Ayağa Kalkma Zorunluluğu Hakkında Değerlendirme", İstanbul Barosu Dergisi, Ceza Özel Sayısı, Ocak/2007, s. 39-41.

“İncelenen dosya kapsamından tanık Ş. K.’nin beyanının tespiti esnasında şikayetlinin duruşma yargıcına, ‘tanığı yönlendirerek ifade alıyorsunuz, tanığı yönlendirmeyin, tanığın söylediklerini tutanağa yazın’ şeklinde müdahale ettiği, duruşma yargıcının ‘ben tanığa müdahale etmiyor sadece soruyorum, bana görevimi öğretmeyin, susun’ demesi üzerine, şikayetlinin ‘ben görevimi yapıyorum, tanığın söylediklerini zabta geçmediğiniz anlaşıldı, zabtı kafanıza göre yazdırmışsınız, böyle duruşma yapacaksanız davadan çekilin’ demesi üzerine duruşmanın ertelendiği, şikayetlinin salondan çıkmasının istenmesi üzerine, ‘konuşma be, ben çıkmıyorum, gel de sen çıkar’ şeklinde beyanda bulunulduğu anlaşılmaktadır.”

Avukatlık Meslek Kuralları’nın 17. maddesinde, *“Hakim ve Savcılarla ilişkilerinde avukat hizmetin gerektirdiği ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır.”* denmektedir.

Hakimler, savcılar ve resmi makamlarla olan ilişkilerde avukat *“meslek vakarı”*nı saygının sınırı kabul edecek, mesleğin ağırbaşlılık ve bağımsızlığını sarsmaktan da öncelikle sakınacaktır. Şikayetli söz ve davranışları ile bu etik kurallara uygun davranmamış, özellikle *“konuşma be, ben çıkmıyorum, gel de sen çıkar”* sözleriyle meslek vakarını korumamıştır. (19.04.2003T. E.2003/20 K.2003/124)

“Şikayetli avukatın, duruşma hakimine ‘siz kimsiniz’, ‘çok meraklı değilim canım, biz bu davaya girmiyoruz, böyle dava görülmez, işkenceci doktoru kollamaya yönelik hareket ediyorsunuz, yazın iyi gerekçe olur’ şeklindeki sözleri TBB meslek kurallarının 17. maddesine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturmaktadır.” (11.11.2004T. E.2004/267 K.2004/364)

Yargıtay Kararları

“Hakkın kullanılması olarak kabul edilen savunma hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 36 ncı maddesinde; “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.” biçiminde düzenlenmiştir.

Görülüyor ki Anayasa’nın kabul ettiği esasa göre, iddia ve savunma hakkının kullanılması ancak meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle olmalıdır.

İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve sa-

vunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşması bir başka anlatımla, hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasa'nın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenilmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, diğer bir deyişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiç bir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur.

Anayasa'daki bu düzenlemeye paralel olarak, TCK'nın 486. maddesinde yer alan hükme bakıldığında; maddenin birinci fıkrasında; *"Tarafların veya vekil, müdafî, müşavir yahut kanuni mümessillerinin bir dava hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, layiha ve sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaların ihtiva ettiği hakareti mutazammun yazı ve sözlerinden dolayı takibat yapılmaz."* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, yasa koyucu burada *"savunma dokunulmazlığı"* denilen bir hukuka uygunluk sebebine yer vermiş bulunmaktadır.

Ancak, maddenin ikinci fıkrasında; *"Dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammun yazı ve sözler yukardaki fıkra hükmünden hariçtir."* denilerek, iddia ve savunma hududunun aşıldığı hallerde savunma dokunulmazlığı dışına çıkmış olunacağı belirtilmektedir. Hakaret suçunda savunma sınırının aşılp aşılmadığını saptamak için, yazılan yazı ve söylenen sözlerin, savunma konusuyla mantıksal bağlantısını ve savunmaya yararlı bulunup bulunmadığını takdir etmek gerekir. O halde, dava ile ilgili olmayan ve ilgili olsa da dahi iddia ve savunma sınırını aşan hakareti oluşturan yazı ve sözler hakkında TCK'nın 486/1. maddesi uygulanamayacağından, hukuka uygunluk sebebinden diğer bir deyişle *"savunma dokunulmazlığı"*ndan söz edilemez.

İnceleme konusu olayda; sanık avukatın, borçlu (sanık) Lizbeth Berk vekili olarak mahkemeye gönderdiği 16.6.1994 tarihli temyiz dilekçesinde; müvekkilinin mahkumiyetine ilişkin kararı veren katılanı kastederek; *"...mahkeme beraat kararı vermesi gerekirken 10 günlük tazyik hapis cezası verdi. İnsan hukukçuluğundan utanıyor. Şu karar yurtdışında basına verilse bizi Afrika kanunları ile idare ediliyoruz zannederler. Hayret! İstanbul vilayetindeki bir mahkeme hukukun inceliğini nasıl bilemez, bunu*

anlamak mümkün değil ve yine eyvah. Bu itiraz süresinde yapılırsa, vah efendim sen bir de mal beyanında bulunacaksın diye hapis cezası mı vereceğim, bu hangi kanunda yazılı, hangi mantık ve hukuk anlayışı buna cevaz verir, kanunu iyi okumak gerekir ve anlamak gerekir diye düşünüyoruz.” demek suretiyle, katılanı küçük düşürdüğü açıktır. Dilekçede yer alan bu sözlerin dava ile ilgisi ve yararı yoktur. Savunma hududa aşıldığından, hakareti oluşturan bu sözler nedeniyle sanığın savunma dokunulmazlığından yararlanması olanaklı değildir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1998/4-225 K. 1998/316 T. 20.10.1998)

Avukat olan sanığın davacılar vekili sıfatıyla Sulh Hukuk Mahkemesi'ne verdiği hakimi red ve yeniden tedbir kararı verilmesi istemlerini içeren 25.8.1989 ve 29.8.1989 günlü dilekçelerde görevli hâkimlere yönelik olarak *“Vukufiyetsizlik, tarafsızlık, adaletsizlik ve görevi savsama”* gibi sözcükler kullanmak suretiyle onlara hakaret ettiği iddiasıyla açılan davada özel daire ile yerel mahkeme arasındaki uyumsuzluk sarf edilen bu sözlerin hakaret suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkindir.

İncelenen maddi olayda sanığın istemi doğrultusunda konulan tedbir kararının delillerde bir değişiklik olmadığı halde kaldırılmasına karar verilmiştir.

“Aynı delillere dayanılarak hukuki sonuçları farklı iki ayrı karar verilmesini dosyaların yeterince incelenmemesine ve hakimlerin taraflı davranmalarına bağlayan sanığın, bu durumu açıklamak için suça konu sözleri kullandığı, kullandığı sözler ile iddiasını vurgulayıp dikkat çekerek red talebinin kabulünü sağlama çabasında olduğu saptandığına göre bu oluştta müsnet suçun yasal unsurları yoktur.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1994/4-14 K. 1994/44 T. 14.2.1994)

“İlkin belirtmek gerekir ki; bireyin yansız bir yargı önünde yargılanma hakkı, bir insanlık hakkıdır. Hakim önyargılı (öznel-subjektif yansızlık) olmayacağı gibi yargıladığı kişilere ve topluma yansız olduğu görünümünü vermekle de (nesnel-objektif yansızlık) yükümlüdür. Bu nedenle adaletin yerine getirilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda yansız biçimde yerine getirildiğinin yargılanan yanlarca görülmesi ve inanılması gerekir.” Hakim, yargılamanın her evresinde, yansız görünümünü koruma konusunda yüksek özen göstermek zorundadır.

Bir başka söyleyişle; hakim önüne gelen olayda, herkese ve bu arada kendisine karşı da uzak durmalı ve kişiler üstü, yansız olmalıdır. Kı-

sacası kişisellikten arınmalıdır. Herkesin yasa önündeki eşitliğini sağlayan yansızlık; yasanın herkes için eşit olmasını sağlayan kişisellikten arınmışlık ilkeleri gereğince yargıcın yazılı hukuku iyi/kötü ayrımı yapmadan nesnel bir mantıkla uygulaması zorunludur. Yargılama ve yargı kararları kişisel görüş, inanç ve duyguların aracı olamaz. İkinci olarak; hakimler yasallık ilkesi gereğince Anayasa'ya, yasaya, hukuka uygun düşen kanlarına göre hüküm kurarlar (Anayasa m. 138). Hakim yasanın üstünde değil içindedir (Dr. Sami Selçuk, 22.3.1996 gün ve 1993/5-1996/1 sayılı YİBK karşı oy yazısından). (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2001/4-1016 K. 2001/757 T. 24.10.2001)

Avukat, sözleşme ile üzerine aldığı işin yapılmasında ne müvekkilinin buyruğu altında ve ne de onun çıkarları ve yararları peşindedir. (Feridun Müderrisoğlu, *Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi*, Ankara 1974, s. 9 vd.) onun ödevi, kısaca hukukun üstün tutulmasında yargı organlarına, hakemlere, resmi ve özel kurumlara yardımcı olmak ve dolayısıyla müvekkilini bu doğrultuda yararlandırmaktır.

Doktrinde genellikle kabul edilen baskın görüş, savunma durumunda olan kişilerin ya da onları savunmakla görevli olan avukatların karşı tarafın, tanıkların, bilirkişilerin kişisel haklarını ihlal edici iddialar ileri sürmek zorunluluğunda kalabilecekleri hususudur. Özellikle avukata, mesleğini icra ederken, geniş bir serbesti tanımak lazımdır. Avukat, müvekkilinin verdiği bilgiden, bunların gerçeğe uygun olup olmadıklarını bizzat araştırmak zorunluluğunda olmaksızın, davada yararlanmaya izinli olmalıdır. Avukat, temsil ettiği tarafın çıkarlarını, öteki tarafın bundan doğabilecek zararlarını düşünmeden sert ve hatta merhametsiz bir biçimde savunmak durumundadır. Çünkü avukatın yüklendiği mesleki ve toplumsal görev bunu gerektirir. Nitekim, TCK'nın 486. maddesi hükmünde, bir tür savunma dokunulmazlığı açıkça benimsenmiş ve savunma sınırını aşmamak, yersiz ve icapsız olmamak koşulu ile bir dava sırasında iki taraf veya vekillerince dava hakkında mahkemeye verilen dilekçelerle sözlü savunmada sarf edilen şeref ve haysiyet kırıcı sözlerden ötürü kovuşturma yapılamayacağı, diğer bir deyimle cezai sorumluluğun benimsenmeyeceği öngörülmüştür. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, savunma dokunulmazlığı denilebilecek olan bu hak mutlak ve sınırsız değildir. Nitekim TCK'nın anılan maddesinin 3. fıkrasında açıkça, talep halinde manevi tazminata hükmedilebileceği yani hukuki sorumluluğun mevcut olduğu kabul edilmiştir

O halde, kesin olarak denilebilir ki, savunma dokunulmazlığının da bir sınırı mevcuttur ve bu sınır, Egger'in de açıkça belirttiği gibi haklı yararları korumanın çizdiği sınır ile sınırlıdır. Diğer bir deyimle dava ile korunan çıkarın haklı gösterdiğinden öteye gitmeyen, bir taşkınlık teşkil etmeyen, hakkın korunması için gerekli bulunan ve yersiz biçimde saldırgan olmayan, objektif bir üslupla yapılan savunma, hukuka aykırı değildir. Buna karşılık, avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarının korunmasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif bir tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, onu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle, karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, bu savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır. Bu bakımdan, savunma sınırının saptanmasında her şeyden önce, iddia ve savunmaların karşı tarafın kişiliğini ihlal edici görülen bölümlerinin bağımsız olarak değil, bütün içindeki yerine göre ve bu çerçevede değerlendirilmesi ve bu yol ile savunmanın hukuka aykırı olup olmadığı yönünün belli edilmesi gerekir. (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 1975/1160 K. 1975/5782 T. 2.5.1975)

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları⁶

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Nikula/ Finlandiya davasında; *"Müvekkiline karşı açılan bir soruşturma çerçevesinde, bir savcuyu resmi yükümlülüklerini unutmakla suçlayan beyanları nedeniyle bir avukatın tazminat ödemeye mahkum edilmesinin İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi'nin 10. maddesindeki düşünceyi açıklama hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir."* (başvuru no:31611/96 karar tarihi:21.03.2002 -RJD 2002/II)⁷

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Steur/Hollanda davasında; *"Avukatın, müvekkili hakkında delil elde eden memurun davranışlarını eleştirdiği ve duruşmaya sunduğu açıklamalarından dolayı disiplin cezası-*

⁶ Ömer Korkmaz, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararlar ve Türkiye'de Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü İle Sınırlarına İlişkin Birkaç Not", *Terazi Hukuk Dergisi*, Mart 2007, Sayı 7, s. 7-31.

⁷ *Terazi Hukuk Dergisi*, Mart 2007 Sayı 7, s. 7-31.

na çarptırılmasının İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesindeki düşünceyi açıklama hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir." (başvuru no:39657/98 karar tarihi:28.10.2003 -RJD 2003/XI)⁸

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kyprianou/Kıbrıs davasına ilişkin kararında; "Avukatın duruşma esnasında sorgulama yaparken mahkemeye saygısızlık yaptığı gerekçesiyle avukata verilen hapis ve para cezasının özellikle hakaret edilen aynı mahkemece ceza verilmiş olmasının sözleşmesinin 6. maddesine aykırılık teşkil ettiğini" belirtmiştir. (başvuru no:73797/01 karar tarihi:15.12.2005)⁹

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Amihalachioaie/Moldavya davasında; "Tüm avukatların barolar birliğine kayıt olmasına ilişkin yasayı iptal eden Anayasa Mahkemesi kararını eleştiren barolar birliği başkanına bu eylemden dolayı verilen idari para cezasının İnsan hakları Avrupa sözleşmesinin 10.maddesindeki düşünceyi açıklama hakkının ihlali olduğuna" karar vermiştir. (başvuru no: 60115/00 karar tarihi:20.04.2004 -RJD 2004/III)¹⁰

3. Meslek Kuralı m. 25

Avukat, mahkeme kalemlerinde, icra dairelerinde ve her türlü mercilerde çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde de meslek onuruna ve ağırbaşlılığına uygun tutum ve davranışlarını korur.

TBB Disiplin Kurulu Kararları

"Avukat mahkeme ve resmi mercilerle ilişkide mesleğe olan güven ve saygınlığı sarsmayacak mesleğin itibarını koruyacak şekilde davranmalıdır." (27.9.1986 T. E.1986/52 K.1986/50)¹¹

"Avukat tahrik edilmiş olsa bile unvanının ve mesleğinin gerektirdiği saygı ve güvene yakışır şekilde hareket etmekle yükümlüdür." (27.9.1986 T. E.1986/57 K.1986/55)¹²

⁸ Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2007, Sayı 8, s. 105.

⁹ Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2007, Sayı 8 ,s. 105 vd.

¹⁰ Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2007, Sayı 8, s. 105 vd.

¹¹ Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1986/5, s. 730.

¹² Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1986/5, s. 732.

“Avukatın mahkeme kaleminde görevli memura hakaret etmesi meslek onuruna ve ağırbaşlılığına aykırıdır.” (15.09.1990 T. E.1990/62 K.1990/70)¹³

“Görevli memura görevi sırasında hakaret eden avukatın eylemi, memurun haksız hareketine de dayansa, sarf edilen sözler mesleğin saygınlığı ve düzeyi ile bağdaştırılmayacağından disiplin cezası uygulamak gerekir.” (2.11.1991 T. E.1991/79 K.1991/81)¹⁴

“Mahkeme kalemlerinde yapılan hataların düzeltilmesi söz konusu olduğunda, avukatın meslek saygınlığına yaraşır bir olgunluk düzeyinde davranması, uyarılarını kabul edilebilir bir üslup içinde yapması ve başarılı olmadığı takdirde yasal yollara başvurması gerekir.” (5.2.1994 T. E.1994/19 K.1994/18)¹⁵

“Avukat sebebi ne olursa olsun kontrolünü kaybetmemek, unvanın gerektirdiği saygıya yakışır şekilde hareket etmek, mahkeme ve icra dairelerinde çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde ağırbaşlılığını korumak zorundadır.” (23-24.11.2001 T. E.2001/155 K.2001/205)

“Bir ihtiyati haciz başvurusunda Hakim tarafından noksanlıklar olduğu yolunda evraka düşülen nottan dolayı mahkeme yazı işleri müdürü olan şikayetçiye “bu pislik senin başının altında çıkıyor, ben sana gösteririm” sözleri meslek kurallarına aykırı olduğundan disiplin suçu oluşturmaktadır.” (23-24.11.2001 T. E.2001/133 K.2001/188)

“Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde yerine getirirken, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadırlar. Bu zorunluluk, haklarında çıkabilecek kötü söylenti ve dedikodulardan kaçınmayı da kapsar. Avukatın, böyle bir durumun yaratılmaması için azami özeni göstermesi, unvanın gereğidir”. (12.09.1998 T. E.1998/79 K. 1998/110)¹⁶

4. Meslek Kuralı m. 20

Avukatlar ve avukat stajyerleri mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle başları açık olarak mahkemelerde görev yaparlar. Duruşmalara

¹³ Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1990/5, s. 809.

¹⁴ Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1992/1, s. 93.

¹⁵ TBB Dergisi, Sayı 1994/2, s. 266.

¹⁶ TBB Dergisi, Sayı 1998/3, s. 150.

Türkiye Barolar Birliğince şekli saptanmış cübbe ile ve temiz bir kıyafetle çıkarlar. Erkek avukatlar iklim ve mevsim koşullarının elverdiği ölçüde kravat takarlar.¹⁷

AVUKATLARIN RESMİ KILIK YÖNERGESİ

Resmi Kılığın Biçimi

1. Avukatların görev yaparken giyecekleri resmi kılıkları Türkiye Barolar Birliğinde mühürlü olarak saklanan örnek şeklindedir.

2. Bu örneğe göre; resmi kılık üç renkten oluşmuştur. Genel görünüm siyahtır. Yaka kırmızı, ön tarafın dış yüzü boydan boya parlak siyah, bu siyahın arka yüzü ile kol kapakları yeşildir. Yakanın altındaki dikiş sırma ile kapatılmıştır.

3. Kırmızı yakanın genişliği (6)cm. Yaka altındaki sırma (1)cm. Yeşil kol kapağının dış yüzü (10)cm. Kol içine dönen kısmı (5)cm. Ön taraftaki parlak siyah(10)cm. Ve arkadaki yeşil (18) cm genişliktedir.

4. Türkiye Barolar Birliği resmi kılığın Barolara gönderilmiş olan örnekleri Baro Merkezlerinde saklanacaktır. Avukatlar renkleri ve biçimi bu örneklerdeki renk ve biçime uygun diktirmek zorundadır. Renk ve biçim tutarlılığı Barolarca sağlanacak, uygun olmayanların giyilmesine izin verilmeyecektir.

¹⁷ Avukatlık Kanunu

Avukatların Resmi Kılığı

Madde 49 - Avukatlar, mahkemelere, Türkiye Barolar Birliğinin belirteceği resmi kılıkla çıkmak zorundadırlar.

Avukatlık Kanunu Yönetmeliği

Kılık

Madde 20- Avukatlar, mahkemelerde, Türkiye Barolar Birliği ve baro disiplin kurullarında görev yaparken ve avukatlık ant içme törenlerinde, Türkiye Barolar Birliğinin belirlediği resmi kılığı giymek zorundadırlar.

Türkiye Barolar Birliğince belirlenen resmi kılık, Türkiye Barolar Birliği ve baro genel kurullarında ya da yargı kuruluşları mensuplarının resmi kılıkları ile katıldıkları resmi törenlerde de giyilebilir.

Avukatlar, mahkemelerde münhasıran vekalet görevi ifa ettikleri davalar dışında resmi kılık giyemezler.

Avukatlar, mesleki ve yargısal faaliyetleri sırasında meslek kurallarının 20 nci maddesine uygun davranmak zorundadırlar.

Giyilebilecek Yerler:

5. a. Her avukat, mahkemelere resmi kılıkla çıkmak zorundadır.

b. Türkiye Barolar Birliği ve Barolar Disiplin Kurulu Başkanı ve üyeleri duruşma yapılırken resmi kılıkları giyerler. Disiplin kurullarında taraf vekilleri de resmi kılık giymek zorundadırlar.

c. Avukatlık ant içme törenlerinde Baro Başkanı ve Yönetim Kurulu Üyeleri resmi kılıklarını giyerler.

ç. Türkiye Barolar Birliği ve Baro Başkanları ve Yönetim Kurulu Üyeleri, Adalet Yılı açılış törenlerine resmi kılıkla katılırlar.

d. Türkiye Barolar Birliği ve baro organlarında görevli avukatlar, yargı kuruluşları mensuplarının resmi kılıkları ile katıldıkları törenlerde resmi kılıklarını giyerler.

Giyilebilecek Durumlar

6. Türkiye Barolar Birliği ve Barolar Genel Kurul Toplantısı'nda resmi kılık giyilebilir.

Giyilemeyecek Haller

7. Avukatlar mahkemelerde münhasıran vekalet görevini ifa ettikleri davalar dışında, bilirkişilik tanıklık ve tercümanlık yaparken, taraf oldukları hukuk davalarında, şahsi davacı veya sanık bulunduğu ceza davalarında (başka kimselerin, vekalet görevini almış olsalar dahi) resmi kılık giyemezler.

8. Örneğe aykırı, yırtık, yamalı ve uygun olmayan resmi kılık giyemezler.

Yürürlük

9. Bu yönergede belirtilen resmi kılık 01.01.1975 tarihinde bütün Avukatlar tarafından giyilmiş olacaktır. Bu tarihten sonra, yeni resmi kılığı olmayan Avukatlar, mahkemelerde görev yapamaz ve duruşmalara alınmazlar.

Meslek kuralınının 20. maddesi doğrultusunda 1.1.1975 tarihli "Avu-

katların Resmi Kılık Yönergesi" yürürlüğe girmiştir. Adalet Bakanlığı da 1.2.1995 tarihli genelgesi ile Türkiye Barolar Birliği'nin bu kuralını "genelgenin hayata geçirilmesi ve bu genelgeye uymayanlar hakkında disiplin işlemlerine tevessül edilebilmesi yönünden barolara yardımcı olunmasında gereken hassasiyetin gösterilmesi amacıyla" keyfiyeti tüm mahkemelere ve savcılıklara duyurmuştur. Esas olan, meslektaşlarımızın; "erkek avukatların saç ve sakalları uzamış, erkek ve kadın avukatların kot pantolonlarla, yapılarına ve boylarına uymayan, yırtık söküük renkleri solmuş ve niteliklerini yitirmiş eskimiş cüppelerle görev yapmayı" sürdürmemeleridir.

TBB Disiplin Kurulu Kararları

"Şikayetli avukatın, 11.11.2003 günü Ankara 5. İcra Müdürlüğü'nde, icra işlemleri yaparken türbanlı olarak görüldüğü, iki avukat ve bir icra müdürlüğü görevlisinin düzenlediği tutanakla tespit edilmiş ve Baro Başkanlığı'na bildirilmiş olduğundan, açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, türbanlı olarak Ankara 5. İcra Dairesi'nde bulunduğunu, ancak icra dosyalarında işlem yapılmadığını, bir arkadaşım beklediğini, tutulan tutanağın geçersiz olduğunu savunmuştur.

Dosya içinde bulunan 11.11.2003 tarihli tutanak incelendiğinde, şikayetli avukatın türbanlı olarak Ankara 5. İcra Müdürlüğü'nde takriben on beş adet icra dosyasına talep açtığının iki avukat ve bir icra müdürlüğü görevlisince düzenlenen tutanakla tespit edildiği görülmüştür.

Avukatlık Yasası'nın 49, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 20 ve TBB Meslek Kuralları'nın 20. maddelerine göre, avukatların mahkemelere Türkiye Barolar Birliği'nin belirttiği resmi kılıkla çıkmaları, mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle başları açık olarak mahkemelerde görev yapmaları zorunludur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın 8. Dairesi'nin bu konuda verdikleri kararlar da içerek olarak, Avukatlık Yasası ve Avukatlık Kanunu Yönetmeliği ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nı doğrulamaktadır.

Bu nedenle, şikayetlinin eylemi Avukatlık Yasasının 49, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 20 ve TBB Meslek Kuralları'nın 20. maddelerine aykırı olduğundan, savunmasına itibar edilmemiş ve Baro Disiplin Kurulunca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmediğinden kararın

onanması gerekmiştir.” (TBB Disiplin Kurulu T. 25.06.2005 E.2005/127 K.2005/204)

Danıştay Kararı

“1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 49. maddesi uyarınca, avukatların resmi kılık ve kıyafetlerini belirleme yetkisi Türkiye Barolar Birliği’ne aittir.

Bu yetki, avukatların başörtüsü de dahil, yargı görevinin yürütüldüğü yerlerde giymeleri gereken tüm kılık ve kıyafetleri hakkında kurallar konulması da içermektedir.

Öte yandan, anılan yasanın 110 maddesinin (16) numaralı bendinde de, uyulması zorunlu meslek kurallarını, saptamanın ve tavsiye etmenin Türkiye Barolar Birliği’nin görevleri arasında olduğu kurala başlanmıştır.

Türkiye Barolar Birliği’nce, yasanın verdiği yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan meslek kurallarının, 27-28 Mayıs 1989 günlerinde yapılan 20. olağan genel kurul toplantısında değiştirilen 20. maddesinde, avukatlar ve avukat stajyerlerinin, mesleğe yarışır bir kılık ve kıyafetle, başları açık olarak mahkemelerde görev yapacakları, duruşmalara Türkiye Barolar Birliği’nce şekli saptanmış cübbe ile ve temiz bir kıyafetle çıkacakları, erkek avukatların iklim ve mevsim koşullarının elverdiği ölçüde kravat takacakları belirtilmiştir.

Belirtilen yasa ve meslek kuralları karşısında, tamamen Türkiye Barolar Birliğinin yetkisinde olan bir konuda Adalet Bakanlığı’nca görüş belirtilerek, başı örtülü avukatları duruşmaya kabul edip etmemeyi hakimlerin takdirine bırakan dava konusu Adalet Bakanlığı işleminde mevzuata ve hukuka uyarlık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin (genelgenin) iptaline, oybirliği ile karar verildi.” (Danıştay 8.D. 11.06.1998 T. E. 1996/5341 K.1998/2204)¹⁸

Yargıtay Kararı

“Türbanlı olarak duruşmaya katılan ve türbanını çıkarması konusunda yargıç tarafından uyarılan yakınıcı vekilinin temel özgürlük ve hakkını kullandığı gerekçesiyle olumsuz tutumunda direnmesi karşısında; duruşmadan çıkarılmasına karar verilip, İİK’nın 349. maddesine dayanılarak duruşmaya katılmadığının kabulü ile şikayet hakkının düşürülmesine karar verildiği

¹⁸ Manisa Barosu Dergisi, Sayı 1998/66, s. 109-111.

saptanmış, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 49. maddesinde "Avukatlar Mahkemelere Türkiye Barolar Birliği'nin belirteceği resmi kılıkla çıkmak zorundadırlar" hükmü getirilmiş, Türkiye Barolar Birliği "Avukatların duruşmalara başı açık olarak girmeleri gerekliliğini ilkeye bağlamış", HUMK'nın 70. maddesinde de "Vekil duruşmada münasip olmayan hal ve tavırda bulunması halinde mahkemeden çıkarılır" biçiminde kesin ve buyurucu yöntem öngörülmüş olduğuna göre;

Yasa kurallara karşı eylemli olarak direnme çabasında görüntülenen ve usulen uyarıldığı halde çağdaş giyim karşıtı olumsuz davranışını kendince algılayabildiği temel hak ve özgürlük kavramına sığınarak sürdürmek isteyen vekilin, duruşmadan çıkarılmasına karar verilmesi usuli norma uygun, gerekli ve tutarlı bir uygulama ise de; bu takdirde yokluğunda hüküm verildiğinin ve gıyabi kararın tebliğ zorunluluğunun doğacağı ve herhangi bir tebligat yapılmadığına göre temyizın ittıla üzerine ve yasal süresi içerisinde kabulü gerekeceği halde, müşteki vekilinin temyiz isteminin hükmün tefhim tarihi başlangıç alınarak süre yönünden reddine isabet bulunmadığından 10.7.1997 gün ve 2111 sayılı karar kaldırılarak esas hükme yönelik temyiz incelenmesinde;

HUMK'nın 70/2 maddesine göre vekil disiplinel nedenle duruşmadan çıkarıldığı taktirde belli bir süre tanımıyla asile tebligat yapılması zorunluluğunun gözetilmemesi,Bozmayı gerektirmiştir." (Yargıtay 8. Ceza Dairesi 5.11.1997 T. E. 1997/13604 K. 1997/15032)

İCRA HUKUKUNDA BONO'NUN (EMRE MUHARRER SENET'İN) GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Talih UYAR*

Belirli şekil koşullarına bağlı ve belirli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren, “kıymetli evrak niteliğini taşıyan bir borç senedi”^{1 2} olan bono (emre muharrer senet), Ticaret Kanunu’nda madde halinde (TK m. 688-690) düzenlenmiş ve 690. maddedeki yollama gereğince “niteliğine aykırı düşmedikçe” poliçe hakkındaki hükümlerin bu kıymetli evrak türüne de uygulanması öngörülmüştür.

Bononun geçerlik (şekil) koşulları (öğeleri, unsurları) TK m. 688 ve 689’da belirtilmiştir.

Bu maddelere göre bir senedi “bono” (emre muharrer senet) yapan koşulları **doktrindeki**³ gruplandırmaya uygun olarak;

* Av., İzmir Barosu.

¹ Domaniç, H., Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, 1990, s. 465.

² Bono örneği: Vade 1.12.2007 Türk Lirası 5.000 YTL

Bu emre muharrer senet (1) karşılığında 1.12.2007 tarihinde (2) Ali Yıldırım’a (3) veya emrühavalesine, yalnız beş bin yeni Türk Lirası (4) ödeyeceğim. Bedeli malen alınmıştır. Uyuşmazlık halinde İzmir mahkeme (ve icra daireleri) yetkili olacaktır.

Borçlu Basri Borçsever Atatürk Bulvarı No: 1, İzmir (5)

1.6.2007 (6) Pul-imza (7)

1- Emre muharrer senet (ya da bono) kelimesi, 2- Vade, 3- Lehtarın ismi, 4- Ödenecek para miktarı, 5- Düzenlenme (keşide) yeri, 6- Düzenlenme (tanzim) (keşide) tarihi, 7- Borçlunun imzası

³ Domaniç, H., a. g. e., s. 469 vd.; Öztan, F., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, 1997 s. 995 vd.; Karayalçın, Y., *Ticari Senetler*, 1970, s. 310 vd.; Poroy, R., / Tekinalp, Ü., *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 1999, 14. Bası, s. 282 vd.; İmregün, O., *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*, 11. Bası, 1996, s. 565 vd.; İmregün, O., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Bası, 1995, s. 110 vd.; Tuna, E., *Ticaret Hukuku Prensipleri*, C: III, 1986, s. 168 vd.; Bozer, A., *Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi*, 1978, s. 270 vd.; Erman, E. S., *Poliçe-Bono-Çek ve Kambiyo Senetlerine Ait Özel Takip Yolları*, 1973, s. 22 vd.; Erol, N., *Takip Hukukunda Kambiyo*

- A. Zorunlu (kesin=mutlak mecburi) şekil (geçerlik) koşulları,
 B. Alternatif zorunlu (mecburi) şekil (geçerlik) koşulları,
 C. İsteğe bağlı (ihtiyari) koşullar,
 olmak üzere, üç başlık altında incelemek mümkündür.

Biraz sonra daha yakından inceleyeceğimiz bu “zorunlu koşullar” bono’da ne zaman tam olarak yazılmış olmalıdır? Senedin alacaklısı ve borçlusu olan taraflar, aralarında anlaşarak, yasa gereği bono’da mutlaka yazılması gereken koşulların hepsini tam olarak içermeyen bir senet düzenleyip bunu tedavüle çıkarabilirler mi? Uygulamada bu konudaki gereksinimleri gözönünde tutan kanun koyucu, TK m. 592 hükmü ile bu soruya “olumlu” cevap vermiştir. Tedavüle çıkarken tamamen durdurulmamış olan bu tür bonolara açık bono denilmektedir.

A. ZORUNLU (KESİN) ŞEKİL KOŞULLARI

Aşağıda teker teker incelenen bu koşullardan herhangi birinin bulunmaması, senedin “bono” niteliğini kaybetmesine neden olur. Bu bakımdan bu koşullara; “zorunlu (kesin) şekil koşulları” denilmiştir.

Bu koşullar takip (icra ve iflas) hukuku bakımından da çok önem taşırlar. Gerçekten, *icra müdürü* alacaklının “kambiyo senetlerine ilişkin özel takip usulü”ne göre takibe koymak istediği senedi inceleyerek, bu bölümdeki koşulların senette bulunup bulunmadığını araştırdıktan sonra, onun “*takip talebi*”ni kabul ya da red edecektir (İİK m. 168/I). İcra müdürünün bu konudaki yanlış takdiri İİK m. 168/I-3 ve 170a hükümlerine göre borçlunun ve İİK m. 16 hükmüne göre de alacaklının **şikayetine** yol açar.

Senetleri, 1971, s. 76 vd.; Şimşek, E., *Ticari Senetler*, 1969, s. 344 vd.; Akgün, M. Z., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1966, s. 97 vd.; Doğanay, İ., *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 4. Bası, C. 2, 2004, s. 2077 vd.; Ögütçü, T., / Altın, M., *Ticari Senetler ve Özel Takip Yolu*, s. 266; Türkeş, Ş., *Tatbikatta Bonolar*, s. 7 vd.; Eriş, G., *Açık Emre Yazılı Senet ve Bazı Sorunlar* (Yar. D. 4/1-2, s. 176 vd.); Başbuğoğlu, T., *Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu*, C: 1, 1988, s. 917 vd.; Edgü, E., *Ticaret Hukuku*, (Kıymetli Evrak Hukuku) 1965, s. 194 vd.; Eriş, G., *Kıymetli Evrak ve Taşıma*, 1988, s. 614 vd.; Oğuzoğlu, A.C., / Oğuzoğlu, Ö., *Açıklamalı-İçtihatlı Bono ve Çek Sorunları*, 2000, s. 2 vd.; Gürbüz, A.H., *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 1984, s. 220 vd.; Can, H., / Güner, S., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1994, s. 58 vd.; Ertekin, E., / Karataş, İ., *Uygulamalı Ticari Senetler*, 1998, s. 196 vd.; Kaçak, N., *Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bono, Poliçe ve Çek*, 2006, s. 48 vd.; Kaçak, N., *İçtihatlarla Bono*, 2001, s. 33 vd.; Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2005, s. 110 vd.; Uyar, T., “Bononun (Emre Mukarrer Senedin Geçerlilik Koşulları)”, *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan*, 2000/, s. 377 vd.

Gerek icra müdürü “takip talebi üzerine” -İİK m. 168/I-3 uyarınca- ve gerekse icra hakimi “usulüne göre kendisine yapılan başvurularda” -İİK m. 170a/II uyarınca- takip dayanağı senedin bono niteliğini taşıyıp taşımadığını ve dolayısıyla İİK m. 167-170b hükümlerine göre, alacaklının “özel takip usulünden yararlanıp yararlanamayacağını”, az sonra inceleyeceğimiz bu “zorunlu (kesin) şekil koşulları”na göre değerlendirilecektir.

TK m. 688’de öngörülmüş olan zorunlu (kesin) şekil koşulları beş tane’dir.

1. “Bono” ya da “Emre Muharrer Senet” Sözcüğü (TK m. 688/I-1):

Bu sözcüklerden birisi senet metninde yer almalıdır.⁴ Senedin altına ya da üstüne yazılamaz.⁵ Kanun koyucunun bu husustaki titizliğinin nedeni, bir “adi senet”e sonradan “bono” (ya da “emre muharrer senet”) sözcüklerinin eklenmek suretiyle adi senedin kambiyo senedi haline getirilmesini önlemektir.

Önemi nedeniyle belirtelim ki, düzenlenen senet, az sonra inceleyeceğimiz “bononun diğer tüm zorunlu geçerlik koşulları”nı içermekle beraber, sadece senet metninde “bono” (“emre muharrer senet”, “emre yazılı senet”^{6,7} sözcüğü bulunmuyorsa -örneğin; “bu senet karşılığında A...’ya veya emruhavalesine 10.000 YTL ödeyeceğim...” şeklinde düzenlenmişse- ya da senette yazılı bulunan “emre muharrer” sözcüğü çizilmişse,⁸ bu senet “emre muharrer senet” (bono) sayılmaz ve bu senede “emre yazılı ödeme vaadi” denilir (TK m. 742/I). Bu tür senetler “bono hükmünde” sayılırsa da, İİK m. 167 vd. hükümleri bunlar hakkında uygulanmaz (TK m. 742/II).

Yargıtay’ımız bir içtihadı birleştirme kararında⁹ “(alacaklıya veya irae edeceği “belirteceği” zat veya mahalle tediye edeceğim) sözlerinin Ticaret Kanunu’ndaki (emre muharrer) sözcüklerini ifade etmeyeceğini -dolayısıyla bu senedin ticari senet sayılmayacağını-” belirtmiştir.

⁴ Bkz., 12. HD. 27.12.2005 T. 22094/26196.

⁵ Öztan, F., a. g. e., s. 983 - Eriş, G., a. g. e., s. 615; Domaniç, H., s. 468; İmregün, O., *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 110; Ülgen, H./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A., a. g. e., s. 110.

⁶ İmregün, O., a. g. e., s. 110.

⁷ Karş: Ülgen, H./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya A., a. g. e., s. 110.

⁸ Bkz., 12. HD. 12.10.1983 T. 8184/7433 .

⁹ Bkz., İçt. Bir. K. 8.7.1936 T. 6/23.

"Bono"nun mutlaka Türkçe olarak düzenlenmesi zorunluluğu yoktur, yabancı bir dilde düzenlenebilir. Ancak bu takdirde, senet metninde, o yabancı dildeki "bono" karşılığı sözcüğün bulunması gereklidir (TK m. 688/I-1).^{10, 11}

Bononun yabancı dilde düzenlenmiş olması halinde, bu senetle ilgili hukuksal sorunların çözümünde, Yargıtay¹² "bu senedin imza edildiği ülke ile ödeme yeri ülkesinin hukukunu inceleyebilecek yeterlikte bilgi sahibi olan ve özellikle üniversiteden ticaret ve kambiyo hukuku dalında görevli bir hukukçu bilirkişiye inceleme yaptırılması gerekeceğini" belirtmiştir...

Senedin yabancı dilde düzenlenmesi halinde, o dildeki "bono" karşılığı sözcüğün senet metninde bulunması zorunlu olduğundan, bono metninin iki dilde -örneğin; yarısının Türkçe yarısının İngilizce olarak düzenlenmesi mümkün değildir.¹³ Daha doğrusu bu durumda, düzenlenmiş olan senet "bono" niteliğini taşımaz.¹⁴

Türk vatandaşları arasında yabancı dilde bono düzenlenebilir mi? Türk Ticaret Kanunu'nda buna engel bir hüküm yoksa da, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre;¹⁵ 10.4.1926 tarih ve 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun uyarınca, Türk vatandaşları arasında yabancı dilde kambiyo senedi düzenlenemez ve yabancı dilde yazılmış bir kambiyo senedi bir Türk tarafından başka bir Türk'e ciro edilemez... Buna karşın diğer bir görüşe göre¹⁶ ise; 805 sayılı kanunun, günün koşulları göz önünde tutularak dar yo-

¹⁰ Bkz., 12. HD. 11.11.2002 T. 19021/23091; 23.11.1981 T. 7344/8747.

¹¹ Örneğin; Fransa'da "billet a ordre", Fransızca konuşan İsviçre kantonlarında "billet de change", Portekiz hukukunda "livrança", Brezilya'da "nota promessora", İtalya'da "pagehero", "fede di credito", "valia cambiario", "cambiale", İspanya'da "pagere", "vale", Rusya da "postoj weskel" Hollanda da "promesse (aan order)", İngiltere'de "promissory note" sözcükleri kullanılmaktadır. (Öztan, F., a. g. e., s. 982); Almanca düzenlenen bonolar -Almanca düzenlenen poliçeler gibi- "Wechsel" sözcüğünü içerir. Bu nedenle düzenlenen senedin 'bono' sayılması için ayrıca "ödeyeceğim" sözcüğünü içermesi gerekir. Eğer, senet "ödeyeceğim" değil de "ödeyiniz" sözcüğünü içeriyorsa 'bono' olmayıp, 'poliçe' sayılır. Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku*, 1990, C: 2, s. 1557 vd.; Kuru, B., "Almanca Düzenlenmiş Poliçe ve Bonoya Dayanarak Türkiye'de İllamsız Takip Yapılması", *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 Yaş Armağanı*, 1988, s. 613 vd.

¹² Bkz., 12. HD. 7.10.2003 T. 15420/19351.

¹³ 'Bonolardaki "ödeyeceğim" sözcüğü hangi dilde yazılmışsa, "bono" kelimesinin de o dilde yazılması gerektiği hakkında Bkz., Öztan, F., a. g. e., s. 983.

¹⁴ Tuna, E., a. g. e., s. 271.

¹⁵ Eriş, G., a. g. e., s. 152.

¹⁶ Reisoglu, S., *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek*, 2003, s. 93.

rumlanması zorunlu olduğundan ve ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun daha sonra yürürlüğe giren özel bir kanun olması nedeniyle, TTK m. 692. maddesinin öncelikle uygulanması gerekir, yani Türk vatandaşları arasında da yabancı dilde bono düzenlenmesine engel bir yasal düzenleme yoktur.

2. Koşulsuz Olarak (Kayıtsız Şartsız)

Belirli Bir Para Ödeme vaadi (TK m. 688/I-2):

"Ödeme vaadi",

a. Hem koşulsuz (kayıtsız şartsız) olmalı ve;

b. Hem de belirli bir bedele (yani paraya) ilişkin olmalıdır.

Bonoda yer alan "ödeme vaadi" genellikle "bu bono karşılığında X, Y.'ye ...YTL -(\$), EURO vs.- ödeyeceğim." şeklinde ifade edilir.

a. *"Koşulsuz ödeme vaadi" ile ilgili olarak yüksek mahkeme;*

• *"Takip konusu bono'nun taraflar arasındaki iki tarafa borç yükleyen sözleşme (protokol) uyarınca 'teminat senedi' olarak düzenlenmiş olduğunun anlaşılması halinde, bononun 'mücehret borç ikrarı'nı içeren bir senet olmaktan çıkacağını ve 'bono' niteliğini kaybedeceğini (kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe konu olamayacağını)"¹⁷*

• *"Takip dayanağı bononun taraflar arasındaki ilişkinin teminatı olarak düzenlendiğinin saptanması halinde, senedin (alacağın) tahsil edilip edilmeyeceği yargılama yapılmasını gerektireceğinden, senedin 'kayıtsız şartsız muayyen bir bedeli ödeme vaadi içeren bono' olmaktan çıkacağı ve kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe konu yapılamayacağını"¹⁸*

• *"Kira sözleşmesi düzenlenirken, 'tahliye sırasında iade edilmek üzere depozito olarak verildiği' anlaşılan senedin bono niteliğini taşımayacağını"¹⁹*

• *"Senet bedelinin ödenmesinin koşula bağlanmış olması halinde, senedin 'bono' sayılamayacağını- Bononun arkasına (ya da metnine) 'hangi durumlarda (koşullarda) senet bedelinin tahsil edilebileceği'nin yazılmış olmasının,*

¹⁷ Bkz., 12. HD. 6.3.2007 T. 1489/3982; 26.12.2006 T. 21620/24850; 19.12.2006 T. 20938 /24153 vb.

¹⁸ Bkz., 12. HD. 2.3.2007 T. 521/3715; 18.12.2006 T. 21226/24083; 10.10.2006 T. 16160/18641 vb.

¹⁹ Bkz., 12. HD. 21.11.2006 T. 21100/23980.

senedin 'bono' niteliğini kaybetmesine neden olacağını"²⁰

• "Takibe konu edilen senedin taraflar arasındaki sözleşmenin teminatı ve "cezai şartı" olarak düzenlenmiş olduğunun anlaşılması halinde 'bono' niteliğini taşımayacağını"²¹

• "Arkasındaki yazıdan 'kapora' olarak düzenlendiği anlaşılan bononun 'kayıtsız şartsız borç ikrarını içerdiği' nin kabul edilemeyeceğini"²²

belirtmiştir.

Buna karşın yüksek mahkeme;

• "Metninde (önyüzünde veya arkasında) 'bedeli teminattır' (teminat senedir) şeklinde açıklama bulunan senedin 'bono' niteliğini kaybetmeyeceğini"²³

• "Senet arkasına 'teminat senedir, ciro edilemez' şeklinde yazılan yazının (kaydın), senedin 'bono' olma niteliğini etkilemeyeceğini"²⁴

• "Bononun 'belirli bir borç için düzenlenmiş olduğu'nun taraflar arasındaki sözleşmede açıklanmış olmasının, o belgenin 'kambiyo senedi' olma niteliğini değiştirmeyeceğini"²⁵

ifade etmiştir.

b. Senet metninde "bedel", alternatif biçimde örneğin;

"65.000 YTL veya 1000 ABD Doları ödeyeceğim" şeklinde belirtilemez. Çünkü, bu tür belirtmede "belirlilik" yoktur.²⁶ Fakat, bedel "1000 ABD Doları veya tutarı Türk Lirası" şeklinde gösterilebilir.²⁷

Bonoda miktarı belirlenen para "Türk parası" olabileceği gibi, "yabancı para" da olabilir (TK m. 623).²⁸

²⁰ Bkz., 12. HD. 6.4.2006 T. 4946/7172; 24.9.2002 T. 17259/18160; 24.4.2002 T. 7132/8343 vb.

²¹ Bkz., 12. HD. 20.12.2005 T. 22379/25546; 22.2.2005 T. 113/3409; 17.10.2003 T. 14825/19433 vb.

²² Bkz., 12. HD. 19.1.2001 T. 20499/554; 5.3.1997 T. 2162/2540.

²³ Bkz., 12. HD. 26.2.2007 T. 571/3238; 17.7.2006 T. 13210/15840; 5.12.2005 T. 20485/24053 vb.

²⁴ Bkz., 12. HD. 19.12.2006 T. 20936/24150; 22.4.2005 T. 5070/8741; 16.3.2004 T. 972/6151.

²⁵ Bkz., 12. HD. 19.9.2005 T. 13551/17504; 29.1.2004 T. 24457/1704 .

²⁶ Poroy, R./Tekinalp, Ü., a. g. e., s.155 - Doğanay, İ., a. g. e., C: 2, s. 2082.

²⁷ Poroy, R./Tekinalp, Ü. a. g. e., s. 155.

²⁸ Bkz., 12. HD. 19.1.2004 T. 23840/593; 9.7.2001 T. 11712/12839 - 10.11.2002 T.

Senet metninde “*para miktarı*” hem yazı ve hem de rakam ile gösterilmiş olup da, her ikisi arasında fark varsa “*yazı ile olan*” geçerli sayılır (TK m. 588/I).²⁹ Ancak, paraya ilişkin rakamda değişiklik (tahrifat) yapılmışsa, TK m. 588 hükmü uygulanmaz.³⁰ Örneğin; senette “*para miktarı*” rakamla (10.000 YTL şeklinde belirtildikten sonra yazıyla Onbin Yeni Türk Lirası) olarak açıklanmış ve senedin 10.000’e ilişkin rakamına bir sıfır eklenerek rakam (100.000) yapılmışsa, bu senet “*onbin Yeni Türk Liralık senet*” olarak işlem görmez.

Senette, rakamla ifade edilen “*para miktarı*”nda sonradan değişiklik (düzeltme) yapılmışsa, bu düzeltmenin altının borçlu tarafından ayrıca imza edilmesi gerekir.³¹

Senet bedeli yalnız yazı ile veya yalnız rakamla birden fazla kez gösterilmiş ve bunlar arasında fark varsa bunlar arasında “*en az bedel*” geçerli olur (TK m. 588/II). Ancak alacak miktarı senette -yazı ile “*yirmiyedimilyon beşyüz milyon*”,³² “*onbirbin dört yüz bin*”³³ gibi farklı anlamlara gelebilecek biçimde ifade edilmişse, bu senet -TK m. 688/I-2 gereğince “*kayıtsız şartsız bir bedeli içermediğinden*”- bono niteliğini taşımaz.

Senette “*bedel*” kısmı hiç yazılmamışsa bu senet “*bono*” sayılmaz.³⁴

Senette “*alacak miktarı*” (senet bedeli) “*Türk Lirası veya yabancı para birimi*” olarak değil de, - “*100 gr. altın*”,³⁵ “*...adet ata altınının ödeme günü karşılığı*”³⁶ şeklinde- gösterilmişse, senet bono niteliğini taşımaz.

“*Ödenecek meblağ (senet bedeli)*”nin, senet üzerinde (metnin üstünde, içinde, sol veya sağ köşesinde) gösterilmesi yeterli olup, nerede yazıldığıнын önemi yoktur.^{37,38}

25234/25085; 4.4.2002 T. 5551/6983; 6.4.2000 T. 4358/5424; 17.11.1998 T. 12499/12943 - 9.4.1992 T. 11592/4506.

²⁹ Bkz., 12. HD. 7.3.2000 T. 2870/4011.

³⁰ Bkz., 12. HD. 1.12.2006 T. 19597/22760; 10.10.2005 T. 15886/19422; 30.3.2004 T. 9556/10852; 12. HD. 30.9.2004 16714/20577; 10.6.2003 T. 10920/13707; 20.2.2003 T. 498/2975.

³¹ Bkz., 12. HD. 25.3.1986 T. 9980/3252.

³² Bkz., 12. HD. 3.12.1999 T. 13982/15594.

³³ Bkz., 12. HD. 3.6.1998 T. 6116/6647.

³⁴ Bkz., 11. HD. 20.10.1982 T. 3982/4002.

³⁵ Bkz., 12. HD. 21.11.2006 T. 18969/21741; 15.11.1999 T. 11073/14219.

³⁶ Bkz., 12. HD. 5.11.1992 T. 5066/13242.

³⁷ Öztan, F., *a. g. e.*, s. 985.

³⁸ Aksi görüş: Domaniç, H., *a. g. e.*, s. 470 - Karayalçın, Y., *a. g. e.*, s. 312 - Poroy, R./Tekinalp,

Bonoda ödenmesi öngörülen paranın (bedelin) hangi ülkenin parası olduğu tam olarak belirtilmemişse, örneğin; para miktarı (bedel) “dolar” olarak gösterilmiş, fakat bunun ABD Doları mı, Kanada Doları mı olduğu belirtilmemişse, “ödeme yerindeki para türü”ne itibar edilir (TK m. 623/IV). Ancak bu şekilde sorun çözüme kavuşturulamıyorsa, senet içeriğinden de bu durum anlaşılamiyorsa senet geçersiz olur. Yüksek mahkeme³⁹ ise “bononun, cinsi belirtilmeksizin sadece dolar üzerinden düzenlenmesinin TK m. 688/I-2 hükmüne aykırılık teşkil etmeyeceğini, Türkiye hudutları dahilinde yaygın olarak kullanılan dolar cinsi Amerikan doları olduğundan, borçlanmanın Amerikan Doları üzerinden yapılmış olduğunun kabulü gerekeceğini” belirtmiştir...

Senedin “alacak miktarı”nı belirten kısmında basılı (matbu) olarak bulunan “TL”, “Türk Lirası” sözcüklerinin çizildikten sonra, alacak miktarının “yabancı para” olarak ifade edilmesi halinde, senet “bono” niteliğini yitirir mi? Başka bir deyişle, senette basılı (matbu) olarak yer alan “TL”, “Türk Lirası” sözcüklerinin sadece çizilmiş olması yeterli olmayıp, ayrıca bunların borçlu tarafından da paraf edilmesi gerekir mi? Yüksek mahkeme,⁴⁰ kanımızca da doğru olarak “senetteki ‘TL’ ve ‘Türk Lirası’ sözcüklerinin çizilmesinin yeterli olduğunu, ayrıca HUMK. m. 298/I uyarınca çizilen kısmın borçlu tarafından “paraf” (imza) edilmesine gerek bulunmadığını” -oy çokluğuyla- belirtmiştir.

Yüksek mahkeme⁴¹ “senedin düzenlendiği tarihte tedavülde olmayan para birimi (YTL) olarak düzenlenen senedin, takip tarihinde -(YTL)’nin- tedavülde olması halinde senedin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğini” ifade etmiştir...

3. Kime ya da Kimin Emrine Ödenecekse

Onun Adı ve Soyadı (Lehtarın İsmi) (TK m. 688/I-5);

Bono, kime ya da kimin emrine düzenlenmişse, onun gerçek kişi ise; “adı ve soyadı”, tüzel kişi ise; “ticaret ünvanı” (ticaret şirketlerinde), “adı” (derneklerde) belirtilmelidir.

Ü., a. g. e., s. 156.

³⁹ Bkz., 12. HD. 10.11.2002 T. 25234/25085; 4.4.2002 T. 5551/6983.

⁴⁰ Bkz., 12. HD. 6.4.2000 T. 4358/5424; 17.11.1998 T. 12499/12943 .

⁴¹ Bkz., 12. HD. 5.2.2007 T. 24397/2388; 2.11.2006 T. 17032/20136; 16.12.2005 T. 21590/25319 .

Lehtarın ismi, bononun herhangi bir yerinde -hatta senedin arka yüzünde bile- yazılı olabilir.^{42, 43}

Senedin “*vade*” kısmına lehtarın, lehtar kısmına da vadenin yazılmış olması, senedin “*bono*” sayılmasını engellemez.⁴⁴

“*Lehtarın adresi*”nin de ayrıca, lehtarın isminin yanında yazılmasına gerek yoktur.

Senette “*lehtar*” olarak gösterilen kişinin “*gerçek*” ya da “*tüzel kişiliğe sahip olması*” gerekir.⁴⁵

“*Firma*” lehtar gösterilerek -lehtar hanesine; “*Altıntop Kuruyemiş*”, “*Mert Çamaşır Yıkama*”, “*Kaza Tekstil*”, “*Açı Dersanesi*”, “*İkiler Mermer*” şeklinde- düzenlenen senet “*bono*” sayılmaz.⁴⁶

Eğer senette hem “*firma ismi*” ve hem de “*firma sahibi gerçek kişinin ad ve soyadı*” -“*Elk. Md. Tic. Ergin Oskay*”, “*Işın Mühendislik Taahhüt Ticaret Taner Yaman*”, “*Metin Koçer - Efe Pazarlama*”, “*C.N. Çalışkan - Osmanlı Mefruşat*” şeklinde- birlikte gösterilmişse, bu senet “*bono*” niteliğini taşır.⁴⁷ Ancak hemen belirtelim ki; senedin “*lehtar*” bölümünde belirtilen “*firma*” isminin yanında yer alan gerçek kişinin ad ve soyadının, aynı anda yazılmış olması gerekir.⁴⁸ Eğer, senedin “*lehtar*” bölümünde yazılı olan “*firma*” isminin yanına sonradan -lehtar veya hamil tarafından- firma sahibinin isim ve soyadı eklenmiş ise, bu eklenen isim keşideci tarafından paraf (imza) edilmemişse, senet bono niteliğini taşımaz.⁴⁹

Senette “*lehtar*” olarak ismi belirtilen *firma* ya da *tüzel kişinin (şirketin, kooperatifin)* isminin kısaltılarak ifade edilmesi yeterli midir yoksa ünvanın tam (noksansız) olarak belirtilmiş olması zorunlu mudur? Yüksek mahkeme⁵⁰ “*lehtarın isim ya da ticaret ünvanının -kural olarak-*

⁴² Öztan, F., a. g. e., s. 463.

⁴³ Bkz., 11. HD. 28.2.1991 T. 9542/1355 .

⁴⁴ Bkz., 12. HD. 28.5.2001 T. 8521/9485.

⁴⁵ Bkz., 12. HD. 30.1.2007 T. 23951/1376; 16.11.2006 T. 17865/21407; 4.7.2006 T. 11906/14652 vb.

⁴⁶ Bkz., 12. HD. 5.3.2007 T. 1397/3881; 27.10.2005 T. 17045/20989; 9.9.2002 T. 15741/15789 vb.

⁴⁷ Bkz., 12. HD. 14.5.2005 T. 5218/8209; 14.3.2005 T. 3907/5267 vb.

⁴⁸ Bkz., 12. HD. 9.4.1996 T. 4692/4918 .

⁴⁹ Bkz., 12. HD. 24.11.1993 T. 14471/18490; 10.12.1992 T. 3994/6518; 16.3.1992 T. 9391/3131.

⁵⁰ Bkz., 12. HD. 21.12.2006 T. 20986/24404; 20.10.2006 T. 16454/19765; 9.12.2003 T.

tam bir şekilde senette yazılı olmasının gerektiğini, ancak 'lehtar' hanesine kısaltılmış ünvanı yazılı olan firma ya da tüzel kişinin, bu sıfatının ciro şerhinden anlaşılması durumunda, senedin firma ve tüzel kişi adına düzenlendiğinin kabulü gerekeceğini" belirtmektedir. Örneğin; lehtar bölümünde "Kardeşler Örne" yazılı olan senet, "Kardeşler Örne Tic. Ltd. Şti." kaşesi basılarak başka bir kişiye ciro edilmişse, lehtarın "Kardeşler Örne Sanaayi Tic. Ltd. Şti." olduğu anlaşıldığından, ünvanın kısaltılmış olarak senede yazılmış olması senedin kambiyo senedi niteliğine etkili olmayacaktır.⁵¹

Bonoda "lehtar" ve "keşideci" sıfatları birleşemez, başka bir deyişle, keşideci kendisini "lehtar" olarak göstererek bono düzenleyemez.⁵² Çünkü TK m. 690'da, TK m. 585'e yollama (atıf) yapılmamıştır. Ancak, bono keşidecisinin "şirket" olması halinde, bu senedin "lehtar" kısmına "keşideci şirketin yetkilisin adı soyadı" yazılarak bono düzenlenebilir.⁵³

Bononun "lehtar" hanesinde "hamiline" şeklindeki belirtme, kanuna aykırı olup, bu şekilde düzenlenmiş olan senet, bono niteliğini taşımaz.⁵⁴ Bu durumdaki bir senette "hâmiline" kelimesinin yanına daha sonra, farklı bir kalemle bir ismin ilave edilmiş olması halinde de, senet yine "bono" niteliğini taşımaz...⁵⁵

Senedin "lehtar" bölümünde yapılan değişiklik ve ilaveler (çizme ve düzeltmeler), keşideci tarafından paraf (imza) edilmiş olmadıkça geçerli olmaz.⁵⁶

"Lehtar" bölümü yazılı bulunmayan (boş bırakılmış olan) senet "bono" sayılmaz.⁵⁷ Ancak, "lehtar bölümü boş olarak düzenlenmiş olan senet sonradan lehtar tarafından -aradaki anlaşmaya uygun olarak- doldurulabilir.⁵⁸ Senedin boş olan "lehtar" kısmının, en geç senet tedavüle çıkarılıncaya kadar doldurulması gerekir.⁵⁹

21302/24075 vb.

⁵¹ Bkz., 12. HD. 20.10.2006 T. 16454/19765.

⁵² Bkz., 12. HD. 12.12.2006 T. 20729/2355; 28.11.2006 T. 19212/22365; 26.4.2004 T. 6030/10263 vb.

⁵³ Bkz., 12. HD. 6.3.2007 T. 1467/3978 .

⁵⁴ Bkz., 12. HD. 19.2.2007 T. 24888/2590; 1.3.2005 T. 958/3933; 5.7.2004 T. 9400/13300.

⁵⁵ Bkz., 12. HD. 22.3.2001 T. 3934/4834.

⁵⁶ Bkz., 12. HD. 30.3.2006 T. 3235/6585; 14.2.2006 T. 26135/2429; 14.11.2005 T. 18062/22120 vb.

⁵⁷ Bkz., 12. HD. 30.10.2006 T. 16711/19931; 4.7.2006 T. 11906/14652.

⁵⁸ Bkz., 12. HD. 23.5.1995 T. 6495/7417.

⁵⁹ Bkz., 12. HD. 8.2.2000 T. 503/1761; 27.5.1993 T. 6138/10059.

Bonodaki “lehtar”ın isminin ön tarafına yazılan “hâmiline” sözcüğü, hiçbir hüküm ifade etmez ve yapılmamış sayılır.⁶⁰

Bonoda, birden fazla lehtar gösterilebilir.⁶¹ Uygulamada, bu durumla “iki şekilde” karşılaşılmaktadır:

a. Birden fazla kişinin **alternatif olarak** -örneğin; “(A)’ya ya da (B)’ye ödeyiniz.” şeklinde- senette lehtar olarak gösterilmiş olması halinde, -bu senedin geçerli olup olmayacağı **doktrin**⁶² tartışmalı olmakla beraber- senette lehtar gösterilenlerden her birinin, senette yazılı hakkı tek başına, diğerlerinden bağımsız olarak kullanabileceği kabul edilmelidir.

b. Birden fazla kişi senette “(A)’ya ve (B)’ye ödeyiniz.” şeklinde, **birlikte lehtar** olarak gösterilmiş olabilir. Uygulamada daha çok bu tür senetlerle karşılaşılmaktadır. Yüksek mahkeme, bu durumda, önceleri⁶³ “alacaklılar arasında teselsül bulunup bulunmadığının araştırılmasını, teselsül yoksa alacaklıların isteyebileceği alacak miktarının yargılamayı gerektireceği”ni, belirterek, “alacaklılardan birinin tek başına takipte bulunamayacağını” kabul etmişken, son içtihatlarında⁶⁴ bu görüşünden dönerek, “senetteki borcun para borcu olduğunu, bu durumda BK. m. 69 ve 148 hükümlerinin uygulanamayacağını, bu borcun bölünebilir borçlardan olması nedeniyle lehtarlardan birinin kendi payı oranında -örneğin; iki lehtar varsa birisinin senet bedelinin yarısını, üç lehtar varsa senet bedelinin üçte birini- talep edebileceğini” ifade etmiştir.

Bonoda lehtarın belirtilmesi, hak sahibinin (yetkili hâmilin) saptanmasına rol oynar.

Ayrıca belirtelim ki, bono, niteliği gereği “emre yazılı senet” olduğundan, senet metninde “emrühavalesine” sözcükleri yer almasa bile -örneğin; “bu bono karşılığında (A)’ya beş yüz milyon lira ödeyeceğim.” şeklinde düzenlenen senet-yine senet “bono” niteliğini taşır (TK m. 690, 593). Keza,

⁶⁰ Bkz., 12. HD. 7.7.2006 T. 12323/15071.

⁶¹ Bkz., 12. HD. 30.10.1990 T. 3237/10658.

⁶² Öztan, F., *Ticari Senetlerde Birden Fazla Lehtar Gösterilmesi* (Batider, 1978, C: IX, S. 4, s. 1022 vd.)

⁶³ Bkz., 12. HD. 11.10.1977 T. 8055/8265; 22.9.1977 T. 6930/7329.

⁶⁴ Bkz., 12. HD. 28.10.2003 T. 17094/21012; 23.6.1992 T. 1813/8573; 7.12.1987 T. 608/12680.

bonoda yazılı olan “*emrühavalesine*” sözcükleri çizilmiş de olsa, yine senet “*bono*” niteliğini taşır.⁶⁵

4. Keşidecinin İmzası (TK m. 688/I-7):

Bonoyu düzenleyen kişinin, bunu “*el yazısı ile*” imzalaması gerekir (TK m. 668/I). Bu nedenle, borçlunun mühürünü⁶⁶ ya da parmak izini⁶⁷ içeren senetler, usulüne göre -yani; BK m. 14/II, 15; HUMK m. 297’ye göre- onaylanmış da olsalar⁶⁸ “*bono*” olarak geçerli değildirler.

Senette birden fazla borçlu bulunup da, bunlardan bir kısmı senedi imzalamış bir kısmı ise “*mühür*” ya da “*parmak izi*” kullanmışsa, bu senet el yazısı ile senedi imzalamış olanlar bakımından -“imzaların bağımsızlığı” ilkesi (TK m. 589) gereğince- “*bono*” niteliğini taşır.^{69, 70}

Vekil (BK m. 388/II) ve **ticari vekil** (BK m. 453); çek düzenlemek için açık olarak yetki verildiği takdirde, vekili buldukları kişi adına çek düzenleyebilir. Fakat **ticari mümessil** (BK m. 450/I), kendisine böyle açıkça yetki verilmemiş dahi olsa, temsil ettiği kişi adına çek düzenleyebilir.

Senedin geçerliliği için, borçlu tarafından hem pul üzerine hem de açığa imzalanmış olmasına gerek yoktur. Tek imza yeterlidir. Bu nedenle pulsuz olarak, açığa atılan imza ile de bono düzenlenebilir.⁷¹ Başka bir deyişle, bononun geçerli olabilmesi için ayrıca pulun üzerinin de imzalanmasına gerek yoktur.⁷² Yüksek mahkeme -yeni oluşturduğu içtihatlarında⁷³ “*şirket (kooperatif) temsilcisinin şirket kaşesi*

⁶⁵ Bkz., 12. HD. 31.3.1983 T. 118/2409.

⁶⁶ Bkz., 12. HD. 12.4.1984 T. 1760/4490.

⁶⁷ Bkz., 12. HD. 20.4.1992 T. 12049/5138; 5.12.1989 T. 12323/15063.

⁶⁸ Bkz., 12. HD. 17.2.1976 T. 1560/1585.

⁶⁹ Bkz., 12. HD. 16.6.2005 T. 9722/13108; 5.11.1993 T. 13604/17191.

⁷⁰ Moroğlu, E., *Bonoda İmza (İçtihat Notu)* (BATİDER, 1968, C: 4, S. 4, s. 714 vd.)

⁷¹ Bkz., 12. HD. 14.10.1980 T. 6099/7410.

⁷² Bkz., 12. HD. 2.6.1994 T. 6691/7252.

⁷³ Bkz., 12. HD. 20.11.2006 T. 18860/21677; 15.9.2005 T. 13033/17030; 1.7.2005 T. 10645/14338 vb.

altına atacağı tek imza ile şirketi (kooperatifi) borçlandıracağını, temsilcinin şirket (kooperatif kaşesi dışında ikinci bir imzasının bulunması halinde, bu imzanın şahsen kendisini senet bedelinden sorumlu hale getireceğini” belirtmeye başlamıştır...

Bononun zorunlu unsuru olan imzanın⁷⁴ metnin altına veya metni kapsayacak biçimde atılmış olması gerekir. Bononun *arka yüzünde* de keşideciye ait bir imzanın bulunmasının hiçbir önemi (hukuki sonucu) olmaz.⁷⁵

Keşidecinin imzası notere onaylattırılabilir.⁷⁶ Ancak, uygulamada bu tür senetlere pek rastlanmamaktadır.⁷⁷

Senedi “*tanık*” sıfatıyla imzalamış olan kişi de “*keşideci*” (borçlu) durumda olmadığından, senet bedelinden sorumlu tutulamaz.^{78, 79, 80}

Bonoda keşidecinin imzasının bulunması yeterlidir. Ayrıca, “*keşidecinin ismi*”nin (ad ve soyadının) yazılmış olması gerekli değildir.^{81, 82, 83} Ancak, *limited şirketlerde*, şirket adına bono düzenleyen yetkilinin -TK 544 ve TK 322 uyarınca- “*şirket ünvanını da tam olarak yazması*” gerekir.⁸⁴

Bononun geçerli olabilmesi için ayrıca “*keşidecinin adresi*”nin de bonoya yazılmış olması gerekli değildir.

“*El yazısı ile atılacak imzanın ne şekilde olacağı*” konusunda –“*imza; üzerine borç alan kimsenin el yazısı almak lazımdır*” şeklindeki- BK. m. 14 dışında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada kişiler, *kendilerine özgü belirli karakterleri içeren sembolleri belirterek imzalarını attıkları* gibi kimi kez -çok sıkça rastlanmamakla bera-

⁷⁴ Bkz., 12. HD. 5.5.1999 T. 5424/5822; 3.2.1988 T. 166/675.

⁷⁵ Bkz., 12. HD. 28.11.2006 T. 19126/22460.

⁷⁶ Bkz., İİD. 27.12.1962 T. 14483/6703.

⁷⁷ Vural, P., “İcra ve İflas Kanunu ve Noterlik Kanunu Açısından Noterlik Senetleri”, *İcra ve İflas Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu*’na sunulan bildiri, 1978, s. 111)

⁷⁸ Öztan, F., *a. g. e.*, s. 465.

⁷⁹ Bkz., 12. HD. 1.12.1986 T. 2432/13256; 11. HD. 3.11.1980 T. 4835/4956.

⁸⁰ Karş., 11. HD. 23.5.1983 T. 2522/2629.

⁸¹ Poroy, R./ Tekinalp, Ü., *a. g. e.*, s. 285; Öztan, F., *a. g. e.*, s. 988.

⁸² Aynı doğrultuda bkz., 12. HD. 3.10.2006 T. 18860/21677; 23.6.2003 T. 12013/14971.

⁸³ Karş., Arslanlı, H., *Ticari Senetler*, s. 49.

⁸⁴ Bkz., 12. HD. 10.10.2005 T. 15668/19473; 6.6.2003 T. 10683/13424.

ber- sadece ad ve soyadlarını yazmak suretiyle de imzalarını atmaktadırlar. Bononun, bu şekilde, “keşideci tarafından sadece ad ve soyadı yazılmak suretiyle imzalanmış olduğunun” ileri sürülmesi halinde icra mahkemesince “borçlunun sadece ad ve soyadını yazarken imza atmayı amaç edinmiş olup olmadığı ve öteden beri sadece ad ve soyadını yazmak suretiyle imzasını atma konusunda bir alışkanlığı (uygulaması) bulunup bulunmadığı” araştırılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekir...⁸⁵

Şirketi temsil ve borç altına sokma yetkisi bulunmayan kişinin imzaladığı senetlerden dolayı, şahsen kendisi senet bedelinden sorumlu olur.⁸⁶

Senette keşidecinin imzasının bulunmaması halinde, senedi “kefil” sıfatıyla imzalayan kişide senet bedelinden sorumlu tutulamaz.⁸⁷

Ayrıca belirtelim ki, keşidecinin imzasını içermeyen fakat keşideci tarafından düzenlenmiş (el yazısı ile yazılmış) olan bono, ancak düzenleyen keşideci aleyhine “yazılı delil başlangıcı” (HUMK m. 292) sayılır.⁸⁸

Senette yer alan imzalardan birisinin (veya birkaçının) çizilmiş olması, diğer imzaların geçerliliğine etkili olmaz. İmzaların hepsinin çizilmiş olması halinde ise senet geçersiz olur.⁸⁹

“Gözü görmeyenlerin attığı imzaların, usulünce, yani noter tarafından onanması” gerektiğinden (TK m. 668/II), kambiyo senetlerinin düzenlenmesinde BK m. 14/II, 15 ve HUMK m. 297 uygulanmayacak demektir.⁹⁰ Aynı şekilde “imza atma güç ve yeteneğine sahip olmayan” kişiler -özellikle; okuma yazma

⁸⁵ Bkz., 12. HD. 6.12.2005 T. 509/1336; 12.3.2004 T. 721/5614; 29.1.2004 T. 24424/1711; 29.1.2001 T. 509/1336; 8.11.1999 T. 13769/13907.

⁸⁶ Bkz., 12. HD. 6.3.2007 T. 1467/3978; 8.3.2004 T. 87/5257; 30.5.2002 T. 10229/11422; 14.11.2000 T. 16798/17383.

⁸⁷ Bkz., 12. HD. 2.10.2003 T. 15321/18969; 23.9.2003 T. 14381/18183.

⁸⁸ Domaniç, H., a. g. e., s. 113; Konuralp, H., *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, 1988, s. 64.

⁸⁹ Öztan, F., a. g. e., s. 466.

⁹⁰ Bkz., 12. HD. 21.12.2000 T. 19579/20406 .

bilmeyenler- kambiyo senedi düzenleyemezler. Bu kişiler, kendi adlarına kambiyo senedi düzenleyecek bir temsilci ya da vekil atayarak, kambiyo senedi ile borç altına girebilirler.⁹¹

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinde her ne kadar "güvenli elektronik imzanın el ile atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracağı" öngörülmüşse de, "bono"lar bakımından bu hükmün işlerliği yoktur...⁹²

5. Düzenlenme (Tanzim) Tarihi (TK m. 688/I-6)

Düzenlenme tarihi bulunmayan senet "bono" niteliğini taşımaz.⁹³ "Adi senet" sayılır.^{94, 95}

Düzenlenme tarihinin açıkça okunamaması halinde icra mahkemesince bilirkişi incelemesi yaptırılarak gerçek düzenlenme tarihinin belirlenmesi gerekir...⁹⁶

Senedin "düzenlenme tarihini taşıyıp taşımadığı" kuşkusuz senet aslının incelenmesiyle anlaşılır. İİK m. 168/I uyarınca borçluya "ödeme emri" ile birlikte "senet fotokopisi" veya "senet sureti" gönderilmesi zorunlu olduğundan, gönderilen bu "senet fotokopisi"⁹⁷ ya da "senet sureti"nde düzenlenme tarihinin yazılı olmaması -kural olarak- takip dayanağı senedin düzenlenme tarihini taşımadığını gösterir. Senet fotokopisinde "düzenlenme tarihi"nin görülmemesi fakat icra kasasındaki senet aslında bu tarihin yazılı olması halinde, senedin "bono" olarak kabulü gerekir mi? Eğer, borçlunun elindeki senet fotokopisi, bir örneği de icra dosyasında bulunan ve kendisine -İİK m. 168/I uyarınca- "ödeme emri" ile birlikte icra müdürlüğüne gönderilmiş olan fotokopi ise, bu durumda icra kasasındaki senet aslına dü-

⁹¹ Domaniç, H., a. g. e., s. 477.

⁹² Igen, H./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A., a. g. e., s. 116.

⁹³ Bkz., 12. HD. 13.11.2006 T. 18003/21115; 12.12.2003 T. 24102/24637; 10.10.2003 T. 20478/19745.

⁹⁴ Domaniç, H., a. g. e., s. 473; 478 - Doğanay, İ. a. g. e., C: 2, s. 2087.

⁹⁵ Bkz., 11. HD. 28.5.2001 T. 228/4107.

⁹⁶ Bkz., 12. HD. 22.6.2006 T. 10908/13501; 2.7.2001 T. 10937/11899.

⁹⁷ Bkz., 12. HD. 21.10.1996 T. 12447/12818; 21.10.1996 T. 11350/12029.

zenlenme tarihi takipten sonra alacaklı (ya da vekili) tarafından atılmış demektir.

Senedin düzenlenme tarihinin mutlaka senet düzenlenirken atılması gerekli olmayıp, senet “*tedavüle çıkmadan*” ya da “*tedavüle çıkarılırken*” de atılabilirse de⁹⁸ senet tedavüle çıkarıldıktan sonra, örneğin; icra takibine konu yapıldıktan sonra⁹⁹ düzenlenme tarihinin -alacaklı ya da alacaklı vekili tarafından- icra kasasında bulunan senede atılması senedin bono niteliğini kaybetmesine neden olmalıdır. Yüksek mahkemenin önceki tarihli içtihatları bu doğrultuda iken,¹⁰⁰ yeni kararlarında¹⁰¹ düzenlenme tarihinin senet tedavüle çıktıktan sonra konduğu kanıtlanmış değildir, fotokopide görülmediğinden bahisle senette düzenlenme tarihinin olmadığı doğru değildir, “*bonoda -daha doğrusu icra kasasındaki bono aslında- düzenlenme tarihi vardır, borçlu hernekadar düzenlenme tarihi bulunmayan bir senet fotokopisi ibraz etmişse de, senet tamamen doldurulmadan alacaklıya verilebilir, somut olayda düzenlenme tarihinin anlaşmaya aykırı olarak atıldığı hususundaki uyuşmazlık borçlu tarafından belgelendirilmiş değildir.*” şeklindeki gerekçelerle “*senet fotokopisinde düzenlenme tarihinin yazılı olmamasının senedin bono sayılmasını engellemeyeceği*”ni belirtmeye başlamıştır... Kanımızca, ödeme emri ile birlikte borçluya gönderilmiş bulunan senet fotokopisinde düzenlenme tarihinin bulunması, bu tarihin icra takibi başladıktan sonra senede alacaklı ya da vekili tarafından atıldığının kanıtı sayılmalı, bu konuda borçludan ayrıca “*düzenlenme tarihinin aradaki anlaşmaya aykırı olarak alacaklı ya da vekili tarafından atılmış olduğu*” konusunda yazılı belge istenmemelidir. Borçluya gönderilen ve alacaklı ya da vekili tarafından çıkarılan -“*aslı gibidir*” yazılarak altı imzalanan- senet suretinde “*düzenlenme tarihi*”nin yazılı olmaması, fakat icra kasasındaki senet aslında “*düzenlenme tarihi*”nin görülmesi halinde, se-

⁹⁸ Bkz., 12. HD. 5.6.1986 T. 7137/6799; 12.11.1985 T. 3797/9400.

⁹⁹ Bkz., 12. HD. 5.2.1993 T. 13300/2657.

¹⁰⁰ Bkz., 12. HD. 23.2.1987 T. 987/2486; 24.12.1985 T. 5314/11509; 10.10.1984 T. 7498/10482.

¹⁰¹ Bkz., 12. HD. 8.6.1998 T. 6355/6828; 21.11.1995 T. 16115/16492; 5.5.1988 T. 8826/6073.

net “bono” niteliğinde sayılır mı? Böyle bir durumda, hazırlanan senet suretine, düzenlenme tarihinin unutmama sonucu yazılmamış olması daha kuvvetle muhtemel olduğundan, senet suretinde düzenlenme tarihinin yazılı olmaması senedin “bono” sayılmamasına neden olmamalıdır.^{102, 103}

Noterce düzenlenen protesto evrakında ve senet suretinde “düzenlenme tarihi”nin yazılı olmamasına rağmen icra kasa-sındaki senet aslında bu tarihin yazılı olması halinde, senet kambiyo senedi niteliğini kaybeder mi? Yüksek mahkeme önceki tarihli kararlarında¹⁰⁴ “bu durumun, senede, düzenlenme tarihinin icra takibinden ve senet tedavüle çıkarıldıktan sonra atılmış olduğunu göstereceğini” kabul ederek, senedin “bono” sayılmayacağını -kanımızca da yerinde olarak- belirtmişken, daha sonra bu görüşünden dönerek; yeni tarihli kararlarında,¹⁰⁵ “protesto evrakında senedin düzenlenme tarihinin yazılmamış oluşunun sonradan anlaşmaya aykırı doldurulduğunu göstermeyeceğini” ifade ederek, senedin “bono” niteliğini koruyacağı sonucuna varmıştır.

Düzenlenme tarihinin senede “gün”, “ay” ve “yıl” olarak atılması gerekir.¹⁰⁶ Bu tarih kalemle, daktilo makinesi ile ya da kaşe (damga) ile atılabilir.¹⁰⁷ Yüksek mahkeme¹⁰⁸ “Yıl ve ay olarak doğru rakamları taşıyan tanzim tarihinin -vade tarihinin tanzim tarihinden sonraki tarihi taşıması halinde- gün olarak hatalı belirtilmiş olmasının, senedin bono olma niteliğine etkili olmayacağını” belirtmiştir...

Tarih yazıyla veya rakamla ifade edilebilir.

Düzenlenme tarihinin, senedin belli bir yerine yazılması yasada öngörülmemiş olduğundan, bu tarih imzanın

¹⁰² Bkz., 12. HD. 9.11.1987 T. 15689/11393; 26.11.1985 T. 3975/10080.

¹⁰³ Karş., 12. HD. 18.6.1987 T. 11259/7648.

¹⁰⁴ Bkz., 12. HD. 3.3.1980 T. 515/1955; 9.3.1978 T. 2257/2275.

¹⁰⁵ Bkz., 12. HD. 18.5.2003 T. 7891/10385; 19.9.1996 T. 10000/10715; 23.9.1994 T. 10391/10999.

¹⁰⁶ Bkz., 12.HD. 20.11.1998 T. 14645/223; 11.11.1997 T. 12300/12587.

¹⁰⁷ Bkz., 12. HD. 19.4.1999 T. 4775/-4982; 6.10.1986 T. 14973/10017.

¹⁰⁸ Bkz., 12. HD. 28.2.2005 T. 1011/3826.

üstüne ya da senedin herhangi bir yerine atılabilir.^{109,110} Fakat, bu tarih, alan olarak da kabul edilmeyen “senet koçanı” üzerine atılamaz.¹¹¹

“Düzenlenme tarihi” olarak bonoda belirtilmiş olan tarihin ayrıca senedin *tediye (ödeme) tarihi* bölümünde belirtilmiş (tekrar edilmiş) olması, senedin “bono” niteliğine etkili olmaz...¹¹²

“Düzenlenme tarihi” olarak “30 Şubat”, “29 Şubat”, “31 Nisan” gibi olanaksız bir tarih belirtilmişse, senedin düzenlenme tarihinin -o ayın son günü olan- “28 Şubat”, “30 Nisan” olduğu mu kabul edilmeli, yoksa bu durumda senet “bono” olarak geçersiz mi sayılmalıdır? Doktrinde¹¹³ tartışmalı olan bu konu hakkında Yargıtay¹¹⁴ “bu durumun, belgenin bono olma özelliğini ortadan kaldıracığını benimsemenin aşırı bir şekilcilik olacağını ve bunun hak kaybına neden olacağını, düzenlenme tarihinin bu şekilde gösterilmiş olmasının bir yanılığdan kaynaklandığını kabul etmenin isabetli olacağını ve düzenlenme tarihinin o ayın son günü olarak yazıldığını farzetmenin uygun olacağını”

ifade etmiştir.

Yüksek mahkeme “düzenlenme tarihi”nin gün ve ayı belirten bölümünde -“20.10.2000”; “20.11.1989” gibi- önce günün, sonra ayın belirtilmesi gerekirken-“10.20.2000”; “11.10.1989” gibi-, takdim tehir yapılarak, önce ayın sonra günün yazılarak düzenlenme tarihinin ifade edilmiş olmasının, senedin “bono” niteliğine etkili olmayacağını önceki içtihatlarında¹¹⁵ belirtmişken yeni içtihatlarında,¹¹⁶ bu görüşünden dönmüştür...

¹⁰⁹ Öztan, F., a. g. e., s. 467.

¹¹⁰ Bkz., 12. HD. 18.5.1998 T. 5072/5605; 2.7.1980 T. 5464/5810.

¹¹¹ Bkz., 12. HD. 22.7.2005 T. 12458/16286.

¹¹² Bkz., 12. HD. 25.1.2007 T. 23572/1026; 22.9.2005 T. 17619/17739; 27.1.2005 T. 2004/24689/1156.

¹¹³ Öztan, F., a. g. e., s. 469 - Gürbüz, H., a. g. e., s. 244 - Şimşek, E., *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler*, s. 329; Karayalçın, Y., a. g. e., s. 110.

¹¹⁴ Bkz., 12. HD. 12.12.2000 T. 5759/8600; HGK. 21.6.2000 T. 1011/1076.

¹¹⁵ Bkz., 12. HD. 8.6.1992 T. 878/7948.

¹¹⁶ Bkz., 12. HD. 10.5.2001 T. 7273/8104.

“1.7.00” şeklinde belirtilen düzenlenme tarihinin, “1.7.2000” olarak algılanması gerekir.¹¹⁷

Senedin “düzenlenme tarihi” ve “vade tarihi” aynı olabilir. Bu durum senedin (bononun) geçerliğine etkili olmaz.¹¹⁸ Fakat, senetteki “düzenlenme tarihi”nin, “vade tarihi”nden sonrakı bir tarih olarak yazılmış olması halinde, senet “bono” niteliğini taşımaz.¹¹⁹

Düzenlenme tarihi, genellikle, senedin düzenlenip lehtara verildiği sırada atılırsa da, böyle hareket edilmesi zorunlu değildir. TK m. 690/II gereğince, bonolara da uygulanan TK m. 592 hükmüne göre, “tedavüle çıkarılırken” bononun düzenlenme tarihi atılmamış olabilir. Başka bir deyişle, tedavüle çıkarılmadan veya tedavüle çıkarılırken düzenlenme tarihinin atılmasında yasal bir zorunluluk yoktur. Bu şekilde düzenlenen bonolara “eksik bono”, “açık bono” dendiğini, biraz sonra belirteceğiz. Uygulamada, önceleri -daha doğrusu, 7.6.1974 T. E: 1971/12-112, K: 663 sayılı HGK kararının¹²⁰ kabulüne kadar- “düzenlenme tarihinin senet üzerinde, senet lehtara verilirken bulunması” istenmekte idi. Bunun aksinin, yani düzenlenme tarihinin, lehtar tarafından sonradan atıldığı -“düzenlenme tarihinin mürekkebi ile senet metninin yazıldığı mürekkep üzerinde ‘yaş tayini’ konusunda yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda alınan rapor ile- saptanınca, senedin kambiyo senedi niteliğini taşımadığına (ve dolayısıyla takibin iptaline) karar verilmekte idi. Anılan HGK kararından sonra, artık bu tür uygulamaya son verilmiş olup, TK m. 592 doğrultusunda, kambiyo senetlerinin (ve bunlar arasındaki bonoların) düzenlenme tarihini içermeyen tedavüle çıkarılabileceği ve düzenlenme tarihinin “keşideci ile arasındaki anlaşmaya uygun olarak” lehtar (ya da senedi ondan devralan hâmil) tarafından, sonradan senet üzerine atılabileceği kabul edilmiştir.¹²¹ Bu durumda, “düzenlenme tarihi”nin senede

¹¹⁷ Bkz., 12. HD. 29.4.2002 T. 7530/8884.

¹¹⁸ Bkz., 12.HD. 6.5.2005 T. 6733/9994; 17.9.2002 T. 15924/17135.

¹¹⁹ Bkz., 12.HD. 24.11.2005 T. 16915/20607; 20.2.2004 T. 25919/3512; 17.4.2003 T. 854/3277.

¹²⁰ Bkz., Uyar, T., *Gereğçeli – İçtihatlı İİK Şerhi*, C: 8, 2007, s. 13187 vd.

¹²¹ Bkz., 12. HD. 5.6.1986 T. 7137/6799; 12.11.1985 T. 3797/9400.

“aradaki anlaşmaya uygun olarak atılıp atılmadığı” konusunda çıkacak uyuşmazlıkta, ispat yükünün, senetteki düzenlenme tarihinin aksini ileri süren borçlunun “düzenlenme tarihinin aradaki anlaşmaya aykırı olarak atıldığı” iddiasını yazılı kanıt ile ispat etmesi gerekeceğini¹²² bu konuda -eski uygulamadan farklı olarak- “bilirkişi incelemesi yapılamayacağı” kabul edilmiştir.¹²³

Tedavüle çıkarılırken düzenlenme tarihi atılmamış olan senet (bono) ya “*eksik*” senet (bono) olarak ya da “*beyaz (açık)*” senet (bono) olarak düzenlenmiştir. Eğer, senetteki noksanlığın -örneğin; düzenlenme tarihinin- daha sonra alacaklı tarafından senede konulması kararlaştırılarak, senet borçlu tarafından imzalanıp lehtara verilmişse, bir “*açık (beyaz) bono*” var demektir. Eğer, senet düzenlenirken, senetteki noksanlığın -örneğin; düzenlenme tarihinin- daha sonra alacaklı tarafından senede konulması kararlaştırılmadan, senet borçlu tarafından imzalanıp lehtara verilmişse, ortada bir “*eksik bono*” var demektir. “*Eksik bono*”ya alacaklı, daha sonra düzenlenme tarihini kendiliğinden atamaz. Aksi takdirde, bu davranışı “*özel (hususî) evrakta sahtekarlık*” suçu olur.¹²⁴

Bir bononun “*beyaz (açık) bono*” olarak mı “*eksik bono*” olarak mı düzenlendiği konusunda çıkacak uyuşmazlıkta, ispat yükü “*bononun eksik bono olduğunu*” ileri süren borçluya düşer. Çünkü, gerek uygulamadaki gereksinimler ve gerekse TK m. 592 hükmü, düzenlenmiş olan bononun, kârîne olarak açık (beyaz) bono olarak kabulünü gerektirir. Borçlu, “*düzenlenme tarihi*”ni koymadan imzalayıp alacaklıya verdiği bononun “*adi senet*” şeklinde kalmak üzere “*eksik bono*” olarak düzenlendiğini ve “*alacaklıya daha sonra düzenlenme tarihini atma yetkisini vermemiş olduğunu*” yazılı kanıtlarla ispat etmek suretiyle, alacaklının kendiliğinden düzenlenme tarihi atarak bono haline dönüştürdüğü senedi

¹²² Bkz., 12. HD. 26.1.2006 T. 24073/580; 16.5.2003 T. 8145/11208; 14.6.2002 T. 11093/12860.

¹²³ Bkz., 12. HD. 12.11.1979 T. 8717/8581.

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz., Uyar, T., *İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller (İcra-İflas Suçları)*, 1987, s. 598.

-ve icra takibini- iptal ettirebilir ve ayrıca alacaklının TCK m. 207 ve 208'e göre "hususî evrakta sahtekarlık suçu"ndan dolayı cezalandırılmasını sağlayabilir...

"Beyaz (açık) bono" olarak düzenlenmiş bir senede, düzenlenme tarihi en geç ne zaman atılabilir? Kanımızca, "ödememe protestosunun çekilebileceğini sürenin sonuna kadar" düzenlenme tarihi senede atılabilir. Ödememe protestosunun düzenlendiği anda, senede düzenlenme tarihi atılmış olmalıdır. Senet için düzenlenen protesto evrakında "düzenlenme tarihinin bulunmadığı"nın belirtilmiş olmasına rağmen, icraya konulan senette düzenlenme tarihinin bulunması halinde, senedin kambiyo senedi niteliğini kaybettiği sonucuna varılmalıdır. Yüksek mahkeme, senedin bankaya "tahsil cirosu ile" tahsil için verilmesinden sonra, "düzenlenme tarihi"nin banka tarafından atılmış olması halinde, önceleri,¹²⁵ "senedin bono niteliğini taşımayacağını" -ve yapılan kambiyo senetlerine ilişkin takibin iptali gerekeceğini belirtmişken- sonra¹²⁶ bu içtihadından dönerek "düzenlenme tarihinin bu aşamada da atılabileceğini" -oy çokluğu ile- kabul etmeye başlamıştır.

Düzenlenme tarihi "takip tarihinde" alacaklı vekili tarafından senede yazılabilir mi? Yüksek mahkeme¹²⁷ "alacaklı vekilinin takip ânında senede düzenlenme tarihini yazmasının, senede 'bono' niteliğini vermeyeceğini" belirtmiştir.

"Düzenlenme tarihi"nin senette bulunması şu bakımlardan önem taşır: **a.** Bonoyu düzenleyen kişinin (keşidecinin) ehil olup olmadığı, bononun düzenleme tarihine göre saptanır. **b.** "Görüldüğünde ödenecek bonolar" da, borçluya karşı üç yıllık zamanaşımı süresi, senet bir yıl içinde ibraz edilmişse, bu bir yılın geçmesinden itibaren işlemeye başlayacağından, senedin, düzenlenme günü bu konuda önem taşır. **c.** "Görüldüğünde ödenecek bonolar", düzenlenme gününden itibaren bir yıl içinde ödenmek üzere borçluya ibraz edileceğinden, bu ibraz durumunun saptanmasında, senedin

¹²⁵ Bkz., 12. HD. 18.3.1981 T. 869/2560; 2.7.1980 T. 4337/5793.

¹²⁶ Bkz., 12. HD. 19.4.1982 T. 3144/3302.

¹²⁷ Bkz., 12. HD. 11.2.1986 T. 7215/1501; 6.3.1978 T. 1945/2075.

düzenlenme tarihi önem taşır. c. “Görüldüğünden belli bir süre sonra ödenmek üzere düzenlenen bono”ların, düzenlenme tarihinden itibaren bir yıl içinde ibrazı gerektiğinden, bu gerekliliğe uyulup uyulmadığının tespiti bakımından, düzenlenme gününün bilinmesine gerek vardır. Düzenlenme tarihinin, “gerçeğe uygun olup olmadığı” önem taşımaz. Yani, düzenlenme tarihi olarak, senedin gerçekten düzenlendiği tarihten önceki veya sonraki bir tarih atılabilir.¹²⁸,¹²⁹ Bu nedenle, senette düzenlenme tarihi olarak yazılı olan tarihte keşidecinin ölmüş olması senedin geçerliliğine etkili olmaz.¹³⁰ Ancak, keşidecinin ehliyetinin saptanmasında gerçek düzenlenme tarihinin göz önünde bulundurulması gerekir.¹³¹

Düzenlenme tarihi ile vade tarihinin değişik kalemle yazılması senedin “bono” olma niteliğini değiştirmez.¹³² Düzenlenme tarihi, kaşe ile de atılabilir.¹³³

Senette birden fazla “düzenlenme tarihi” varsa, bu senet “bono” sayılır mı? Kanımızca, bu tür senetleri “bono” saymamak gerekir.¹³⁴ Çünkü, böyle bir durumda, hangi düzenlenme tarihi, az önce belirttiğimiz sorunlara ışık tutacaktır? Örneğin; keşidecinin ehliyeti hangi tarih itibarıyla araştırılacaktır? Örneğin; keşidecinin ehliyeti hangi tarih itibarıyla araştırılacaktır? “Görüldüğünde ödenecek bono”larda, ‘ibraz süresi’, ‘zamanaşımı süresi’ hangi tarih esas alınarak belirlenecektir? Bu nedenle **biz, yüksek mahkemenin**¹³⁵ “iki düzenlenme tarihinin varlığı halinde senedin geçersiz kılacağını belirten bir yasa hükmü bulunmadığı”na ilişkin görüşüne katılmıyoruz.

Senet üzerindeki pulun, senedin düzenlenme tarihin-

¹²⁸ Domaniç, H., a. g. e., s. 473 - Öztan, F., a. g. e., s. 467.

¹²⁹ Aynı doğrultuda bkz., 12. HD. 27.2.2007 T. 648/3350; 15.11.2005 T. 18094/22292; 10.11.2005 T. 17132/21771; 30.1.2004 T. 23917/2012.

¹³⁰ Bkz., 12. HD. 27.2.2007 T. 648/3350; 2.3.1998 T. 9721/2466.

¹³¹ Öztan, F., a. g. e., s. 467.

¹³² Bkz., 12. HD. 2.12.1991 T. 5099/12571.

¹³³ Bkz., 12. HD. 19.4.1999 T. 4775/4982.

¹³⁴ Öztan, F., a. g. e., s. 467.

¹³⁵ Bkz., 12. HD. 2.3.2004 T. 27614/4586.

den önce tedavülden kalkmış olması, başlı başına senedin “bono” sayılmasına etkili olmaz.¹³⁶

B. ALTERNATİF ZORUNLU (MECBURİ) ŞEKİL KOŞULLARI

Bunlar bonoda ayrıca gösterilmediği takdirde, bonoda bulunan diğer bir kayıt, bu koşulun yerini alır. Ancak bu kayıt da senette yoksa, senet bono niteliğini taşımaz.¹³⁷

Bonoda, “*alternatif zorunlu şekil koşulları*” iki tanedir:

1. Düzenlenme (tanzim=keşide=ihdas) yeri (TK m. 688/I-6)

Bonoda “*düzenlenme yeri*” açıkça gösterilmiş olmalıdır. Eğer, “*düzenlenme yeri*” gösterilmemişse “*senedi düzenleyen kimsenin adının yanında yazılı olan yer*” düzenlenme yeri sayılır.¹³⁸ Bu da senette yazılı değilse, senet “bono” niteliğini taşımaz.¹³⁹ “*Adi senet*” sayılır.

Düzenlenme yeri “*el yazısı*” ile yazılabileceği gibi, “*daktilo*” ile de yazılabilir.¹⁴⁰ “*Kaşe*” (damga) ile de basılabilir.¹⁴¹ “*Düzenlenme yeri*”nin mutlaka “*keşidecinin ismi altında*” yazılma zorunluluğu da yoktur.¹⁴²

Düzenlenme yeri olmayan senette yer alan “*uyuşmazlık halinde mahkemeleri yetkilidir.*” şeklindeki kayıta adı geçen yer “*düzenlenme yeri*” olarak kabul edilemez.¹⁴³

Bonoda “*düzenlenme yeri*”nin -kent, ilçe, bucak, köy gibi- bir idari birimi –“*B.Çekmece*”, “*Pendik*”, “*Özdere*”, “*Karşıkaya*”, “*Bahçelievler*”, “*Esenler*”, “*Haciveliler Köyü*”, “*Mamak*”, “*Kavacık*”, “*Alaçatı*”, “*Dikme Köyü*”, “*Şişli*” şeklinde-¹⁴⁴ belirtir biçimde ifade edilmesi yeterli olup,

¹³⁶ Bkz., 12. HD. 18.4.1994 T. 4459/3856.

¹³⁷ Bkz., 12. HD. 15.1.2007 T. 22251/146; 22251/146; 15.12.2005 T. 21366/25090; 25.11.2005 T. 15123/23162 vb.

¹³⁸ Bkz., 12. HD. 26.3.2004 T. 2443/7287; 13.3.2001 T. 3325/4166; 13.2.2001 T. 1602/2679.

¹³⁹ Bkz., 12. HD. 19.2.2007 T. 176/2677; 30.1.2007 T. 23602/1396; 17.10.2006 T. 16565/19528 vb.

¹⁴⁰ Bkz., 12. HD. 16.3.1982 T. 1362/2000.

¹⁴¹ Bkz., 12. HD. 14.11.1985 T. 4015/9603; 26.2.1985 T. 12032/1750.

¹⁴² Bkz., 12. HD. 20.4.1999 T. 4661/5017.

¹⁴³ Bkz., 12. HD. 21.3.2006 T. 3115/5807; 18.2.1999 T. 217/1679.

¹⁴⁴ Bkz., 12. HD. 17.11.2006 T. 18244/21547; 3.11.2006 T. 17137/20287; 8.6.2006 T.

ayrıca *adres* gösterilmesi zorunlu değildir.¹⁴⁵

Buna karşın, *idari birimi* ifade etmediği için, “düzenlenme yeri”, “Burgaz”, “Alibey Adası”, “Çengelköy”, “Merter”, “Akçay”, “Suadiye”, “Bahçeşehir”, “Kızılay”, “Gaziomanpaşa”, “Balgat”, “Florya”, “Mecidiyeköy”, “Karaköy”, “İnciraltı”, “Mahmutlar”, “Alsancak” vb. şeklinde gösterilemez.¹⁴⁶

Senette -ayrıca “düzenlenme yeri” yazılmaksızın- sadece mahalle (ve sokak) adının yazılmış olması halinde bu yer “*idari bir birim*” olarak kabul edilemeyeceğinden, “düzenlenme yeri” belirtilmiş sayılmaz ve bunun sonucu olarak da senet “*bono*” niteliğini taşımaz.¹⁴⁷

Yüksek mahkeme,¹⁴⁸ “senet fotokopisinde düzenlenme yerinin yazılı olmamasına rağmen, icra kasesindeki senet aslında bunun belirtilmiş olması halinde, senedin bono niteliğini taşıyacağını” -kanımızca hatalı olarak- belirtmiştir.

Keşide yerinin tam isminin yazılmasına gerek var mıdır? Bu yer –“İst.”, “Ank.”, “Band”, “Ant.”, “İzm.”, “G.Antep”, “Ş.Urfa”, “G. Hacıköy”, “K.Eli”, “Dnz.”, “Çn.” vb. şeklinde- kısaltılarak belirtilebilir mi? Bu soruyu 14.12.1992 T. E: 1, K: 5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı;¹⁴⁹ “çeklerde keşide yerinin hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması koşuluyla -(İst.), (Ank) şeklinde-¹⁵⁰ kısaltılarak yazılabileceği” şeklinde cevaplandırmıştır.

Yüksek mahkeme, buna karşın; “K.Çekmece”, “V. Şehir”, “İSK”, “Ç.Kale”, “Ant.”, “Adp.”, “İstan”, “D.evler”, “ESK”, “M.Köy” gibi kısaltılmaların, düzenleme yerini belirgin ve tereddüde neden olmayacak biçimde ifade etmediğini belirterek, bu belirtme şeklinin geçerli olmadığını ifade etmiştir.¹⁵¹

9682/12299; 29.9.2005 T. 14443/18426 vb.

¹⁴⁵ Bkz., 12. HD. 31.10.2006 T. 17201/20002; 20.10.2006 T. 16341/19808; 22.4.2005 T. 5058/8736 vb.

¹⁴⁶ Bkz., 12. HD. 15.2.2007 T. 24623/2275; 6.11.2006 T. 17335/20438; 16.10.2006 T. 16042/19363; 10.2.2006 T. 25219/2082; 3.2.2006 T. 24030/1422 vb.

¹⁴⁷ Bkz., 12. HD. 15.2.1999 T. 1046/1358; 25.3.1998 T. 2942/3518.

¹⁴⁸ Bkz., 12. HD. 24.3.2000 T. 3716/4506; 24.11.1997 T. 12815/13065.

¹⁴⁹ Bkz., Uyar, T., ag.şerh, C: 8, s. 13325 vd.

¹⁵⁰ Bkz., 12. HD. 12.3.2007 T. 2148/4500.

¹⁵¹ Bkz., 12. HD. 6.3.2007 T. 1481/3989; 9.10.2006 T. 16160/18641; 17.7.2006 T. 13225/15846 vb.

2- Ödeme yeri (TK m. 688/I-4)

Bonoda “ödeme yeri” açıkça gösterilmelidir.

“Ödeme yeri” olarak -kent, ilçe, bucak, köy gibi- idari birim adının yazılması yeterli olup, ayrıca adres gösterilmesi zorunlu değildir.¹⁵²

Eğer, “ödeme yeri” gösterilmemişse, “düzenlenme yeri” ödeme yeri sayılır. “Düzenlenme yeri” de gösterilmemişse, “senedi düzenleyenin adının yanında yazılı yer hem düzenlenme yeri ve hem de ödeme yeri sayılır.¹⁵³

Senedi düzenleyenin adının yanında da herhangi bir yer yazılı değilse, senet “bono” niteliğini taşımaz (TK m. 689/III). “Adi senet” sayılır.

Gerek icra müdürü; alacaklının “takip talebi” üzerine -İİK 168/I uyarınca- ve gerekse icra mahkemesi; usulüne göre kendisine yapılan başvurularda -İİK m. 170/a-II uyarınca- takip dayanağı bonoda, yukarıda belirtilen “alternatif zorunlu şekil koşulları”nın bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadır. Çünkü, bu koşulların bulunmaması halinde, alacaklının elindeki senet “adi senet” sayılacağından, alacaklının “kambyo senetlerine ilişkin özel takip yolu”na başvuramayacaktır.

C. İSTEĞE BAĞLI (İHTİYARİ) KOŞULLAR

Bu koşullar, bonoda bulunması zorunlu olmayan ve bu bakımdan bulunmaması, senedin “bono” niteliğine etkili olmayan koşullardır.

Takip hukuku yönünden bu koşulların yokluğu takibin yürümesini etkilemediğinden, gerek icra müdürü -İİK m. 168/I uyarınca- ve gerekse -İİK m. 170/a-II uyarınca- bu koşulların varlığını, alacaklının “kambyo senetlerine ilişkin özel takip yolu”ndan yararlanması bakımından araştıramaz.

Ancak hemen belirtelim ki; bonodaki isteme bağlı koşulların yokluğu takibin yürümesini etkilemezse de, bu koşulların şu ya da bu şekilde varlığı senette (yer alması) takibi etkiler.

¹⁵² Öztan, F., a. g. e., s. 473.

¹⁵³ Bkz., 12. HD. 6.10.2000 T. 12984/14485.

Bononun “*isteğe bağlı (ihtiyari) koşulları*” uygulamada pek çok uyuşmazlıklara neden olmaktadır.¹⁵⁴

Burada, uygulamada en fazla görülen ve çeşitli uyuşmazlıklara neden olan bononun isteğe bağlı (ihtiyari) koşullarından sadece takip hukuku bakımından önem taşıyanlarına kısaca değinilecektir. Bunlar;

1. Vâde koşulu ve muacceliyet kaydı,
2. Bedel kaydı,
3. Yetki kaydı,
4. Faiz kaydı,
5. Masraf ve vekalet ücreti kaydı,
6. Keşidecinin ismi’dir.

* * *

1- Vade Koşulu ve Muacceliyet Kaydı:

TK m. 615-619 hükümleri, bono’lar hakkında da uygulanır.

Yollama yapılan TK m. 615’de öngörülen¹⁵⁵ -yani; **a-** *Görüldüğünde*,¹⁵⁶ **b-** *Görüldükten belirli bir süre sonra*,¹⁵⁷ **c-** *Keşide gününden belirli bir*

¹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *Emre Muharrer Senetlerde İhtiyari Kayıtlar* (ABD 1971/1, s. 29 vd.)

¹⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz., Çelikaş, İ., “Bono’da Vade Unsuru”, *Yasa D.* 1999/3, s. 303 vd.

¹⁵⁶ Bonoda herhangi bir vade kaydı bulunmamakta ise, yani bononun vadesi yazılmamışsa, “görüldüğünde” ödenmek üzere düzenlenmiş kabul edilir (TK m. 689/II). Böyle bir bononun keşide tarihinden itibaren bir yıl içinde ibraz edilmesi gerekir. Eğer hamil, elindeki bonoyu bu süre içinde keşideciye ödenmek üzere ibraz etmez ve ödememe protestosu keşide etmez ise, keşideci dışında bonoya imza atmış olan diğer kişilere (cirantalara, avalistlere) karşı müracaat hakkını yitirir (TK m. 690/I, 642/I-1)

¹⁵⁷ Bonoda vade konusuna ilişkin olduğu halde, poliçeye nazaran fark arzeden yegane husus “görüldükten belli süre sonra ödenmesi şart olan bonolarda”, vadenin, “senedi tanzim edenin” bono üzerine yazacağı tarihli ve imzalı bir “görülmüştür” kaydından itibaren işlemeye başlayacak olmasıdır. Bu husus poliçede “muhatap”ça yerine getirilir. Görüldüğünden belli bir süre sonra ödenmesi şart olan bonoların, tanzim edene TK m. 605’te yazılı süre içinde, yani tanzim tarihinden itibaren bir yıl içinde getirilmesi gerekir (TK m. 690/II). Tanzim eden, bononun kendisine (görülmek üzere) ibraz olduğunu, gününü işaret etmek suretiyle teyit etmekten kaçınırsa, durumun bir protesto ile tespiti icap eder.. (Öztañ, F., *a. g. e.*, s. 996)

Bu tür vade “görüldüğünden 61, 91 gün sonra” sözcüklerinin bonoya yazılmasıyla ifade edilir. Bu tip bonolarda vadenin belirlenebilmesi için ibraz süresi içinde bononun tanzim edene ibrazı ve bono üzerine yazacağı imzalı ve tarihli “görülmüştür” kaydının alınması gerekir. İbraz süresi tanzim tarihinden itibaren bir yıldır (TK m. 691/II).

süre sonra,¹⁵⁸ **d-** Belirli bir gün¹⁵⁹ şeklinde- vadelerden birinin bonoya konmuş olması mümkünse de, zorunlu değildir. Çünkü, “vadesi gösterilmemiş bono, görüldüğünde ödenmesi gereken bir bono” sayılır^{160, 161} (TK m. 689/II). Böyle bir bononun, “düzenlenme tarihinden itibaren bir yıl içinde” ödenmek üzere ibraz edilmesi gerekir (TK m. 616/I). Bono, bu süre içinde ödenmek üzere ibraz edilmezse, bonoyu elinde bulunduran hâmil, bononun “asıl borçlusunu” durumunda olan keşideci (ve onun kefilleri) dışındaki senet borçlularına (cirantalarına) karşı talep hakkını kaybeder (TK m. 642/I).

Bonoya vade konmaması, bononun geçerliliğini etkilemezse de, bonoya kanunda (TK m. 615) öngörülen -ve az önce belirttiğimiz- dört tür vadeden başka bir vade¹⁶² veya bu vadelerden birden fazlası¹⁶³ konamaz. Bu takdirde, senet “bono” niteliğini kaybeder (TK m. 615/II) ve “adi senet” sayılır.

Yüksek mahkeme¹⁶⁴ “*Takip dayanağı bononun metin bölümünde vade tarihi belirtildikten sonra ayrıca bono metni dışında ve ‘koçan’ tabir edilen kısımda yer alan tarihin, ikinci bir vade tarihi olarak kabul edilemeyeceğini*” belirtmiştir.

¹⁵⁸ Bu tür vade, “keşide tarihinden (ihdasından) 61 gün, 91 gün sonra” şeklinde bonoda gösterilir. Sürenin hesabında, sürenin başladığı gün (keşide günü) hesaba dahil olmaz (TK m. 665.) Örneğin; “9.10.2007” günü düzenlenen bonoda, vade olarak “düzenlenme (keşide) tarihinden iki ay sonra” denilmiş ise; ödeme günü “9.12.2007” olur. Keza; “9.10.2007” günü düzenlenen bonoda, vade olarak “düzenlendiği tarihten iki buçuk ay sonra” denilmiş ise; ödeme günü 24.12.2007 olur. (Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A., a. g. e., s. 115)

¹⁵⁹ Bu tür vade, “13.4.2008, “Kurban Bayramının ilk günü” şeklinde ifade edilebilir. Uygulamada “24.7.2008’e kadar ödenecektir” biçiminde ifade olunan “vade tarihi” de geçerli kabul edilmektedir (Ülgen, H./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A., a. g. e., s. 114) Fakat, senette “2002 Kurban Bayramı” şeklinde belirtilen tarih “vade tarihi” olarak algılanamaz (Bkz., 12. HD. 20.6.2003 T. 13100/14772 . Aynı şekilde; “Pancar parası 2000” şeklinde belirtilen tarihte “vade tarihi” olarak kabul edilemez (Bkz., 12. HD. 5.2.2002 T. 1174/2346; 26.5.1998 T. 5589/6028

¹⁶⁰ Bkz., 12. HD. 6.10.2006 T. 15133/18608; 5.7.2005 T. 11000/14573; 17.10.2002 T. 20352/21022.

¹⁶¹ Kınacıoğlu, N., *Görüldüğünde Ödenecek Poliçeler*, (BATİDER, 1968, C: IV, S. 3, s. 477 vd.)

¹⁶² Bkz., 12. HD. 5.2.2002 T. 1174/2346; 26.5.1998 T. 5589/6028 - 12. HD. 5.7.1994 T. 8960/9145; 9.4.1984 T. 1850/4274.

¹⁶³ Bkz., 12. HD. 6.3.2007 T. 1172/4040; 28.11.2006 T. 19127/22466; 2.3.2006 T. 1452/4042 vb.; 12. HD. 21.4.1986 T. 2515/4620.

¹⁶⁴ Bkz., 12. HD. 9.2.2006 T. 883/2039.

Bononun “vâde tarihi”nde tahrifat yapılmışsa, *tahrifat öncesi bonoda yazılı olan tarih “vade tarihi”* olarak kabul edilir.¹⁶⁵

Senedin “vade” ve “düzenlenme” tarihleri aynı tarih olabilirse de,¹⁶⁶ “vade tarihi” “düzenlenme tarihi”nden önceki bir tarih olamaz.^{167, 168}

Rakamla ve yazı ile gösterilen vade tarihlerinin birbirine uygun olmaması halinde, senet “bono” niteliğini taşımaz.¹⁶⁹ Bu durumda; “rakamla ve yazıyla gösterilen bono bedelleri arasında fark bulunması halinde, yazıyla gösterilen bedele itibar edileceğini” öngören TK’nın 588. maddesi uygulanamaz, yani; “yazıyla belirtilen vâde tarihi”ne itibar edilemez...¹⁷⁰

Senette “vade tarihi” noksan olarak belirtilmiş ve bu noksanlık herkesçe kolayca anlaşılabilir (giderilebilecek) nitelikte ise, senedin geçerliğine etkili olmaz. Örneğin; 1 Mart 2000’da düzenlenen bonoda vade “1 Haziran” olarak belirtilmişse, vade tarihinin “1 Haziran 2000” kabul edilmesi gerekir.^{171, 172}

Vade tarihi bonoda, “belli bir günde ödenecek” şeklinde ifade edilmek isteniyorsa; gün, ay ve yılın kesin olarak -örneğin; “31.12.2007” gibi- belirtilmesi gerekir.^{173, 174}

Yılı belirtilmeden sadece gün ve ayı yazılarak vade tarihi belirtilmez.¹⁷⁵

“3.20.2004” (“1.30.2000”, “11.15.1998”) olarak yazılmış vade tarihinin “20.3.2004” (“30.1.2000”, “15.11.1998”) olarak algılanması gerekir.¹⁷⁶

¹⁶⁵ Bkz., 12. HD. 19.4.2005 T. 5485/8402; 26.3.2004 T. 2470/7272; 26.1.2004 t. 24240/1403.

¹⁶⁶ Bkz., 12. HD. 5.5.2005 T. 7305/9821.

¹⁶⁷ Bkz., 12. HD. 24.10.2005 T. 16915/20607; 31.10.2006 T. 16849/20080; 15.11.2005 T. 18109/22303 vb.

¹⁶⁸ Öztan, F., a. g. e., s. 997.

¹⁶⁹ Bkz., 12. HD. 21.4.2000 T. 5609/6478; 8.4.1996 T. 4640/4800.

¹⁷⁰ Bkz., 12. HD. 1.4.2002 T. 5582/6653; 19.2.2002 T. 2204/2588; HGK. 14.5.2003 T. 12-347/345.

¹⁷¹ Karayalçın, Y., a. g. e., s. 158; Arslanlı, H., a. g. e., s. 53.

¹⁷² Karş., Domaniç, H., a. g. e., s. 245 - Ülgen, H./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A., a. g. e., s. 114.

¹⁷³ İmregün, O. *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 45.

¹⁷⁴ Bkz., 12. HD. 2.6.1994 T. 7192/7282.

¹⁷⁵ Bkz., 12. HD. 2.6.1994 T. 7192/7282.

¹⁷⁶ Bkz., 12. HD. 30.9.2004 T. 16714/20577; 24.10.2000 T. 15039/15854; 17.5.1999 T. 6019/6407.

Vade tarihi olarak imkansız bir tarih örneğinin; "30.2.2004" yazılmışsa, bu durum senedin bono olma niteliğine etki eder mi? Yargıtay'ımız haklı olarak "bu durumun, belgenin bono olma özelliğini ortadan kaldıracaklarını kabul etmenin, aşırı bir şekilcilik olacağını" belirterek, "Şubat ayının son gününün vade olarak kabul edilmesi gerekeceğini" -yani; bu örnekte, vade tarihinin "28.2.2004" olarak algılanması gerekeceğini¹⁷⁷ belirtmiştir.

Bononun "vade" kısmına lehtarın, "lehtar" kısmına ise vadesinin yazılmış olması ise, senedin "bono" sayılmamasını gerektirmeyeceği¹⁷⁸ gibi, "vade" tarihi ile "tanzim" tarihlerinin değişik kalemle yazılmış olması¹⁷⁹ da senedin "bono" olma niteliğine etkili olmaz.

Senede "vade tarihi", senet düzenlendikten sonra da¹⁸⁰ ve fakat en geç senet tedavüle çıkarılmadan¹⁸¹ yazılabilir. Ancak, senede sonradan atılan vade tarihinin -borçlu ile lehtar arasındaki anlaşmaya uygun olarak- atılmış olması gerekir. Borçlu, senede sonradan atılan vade tarihinin "aradaki anlaşmaya aykırı olarak atılmış olduğunu" yazılı delille kanıtlayarak, bu senede dayalı takibin iptalini isteyebilir.¹⁸²

Uygulamada, bonolara konulması alışkanlık haline gelmiş olan "..... bu bono vadesinde ödenmediği takdirde bundan sonraki bonoların da muacceliyet kesbedeceği (vadelerinin gelmiş sayılacağı)" şeklindeki kayıt geçerli midir? Doktrinde¹⁸³ bu konuda çok değişik görüşler ileri sürülmüş ve Yargıtay uzun süre bu değişik görüşlerin etkisi altında farklı kararlar vermiştir.¹⁸⁴ Ancak son zamanlarda, yüksek mahkemenin -tarafklar arasında ayrıca düzenlenmiş bir sözleşme olmadıkça- bonolara konan bu kayıtları geçersiz (hiç yazılmamış) saydığını,¹⁸⁵ mahke-

¹⁷⁷ Bkz., 12. HD. 10.1.2005 T. 22727/207; 3.2.2000 T. 435/1481.

¹⁷⁸ Bkz., 12. HD. 31.1.1985 T. 11501/799.

¹⁷⁹ Bkz., 12. HD. 2.12.1991 T. 5099/12571.

¹⁸⁰ Bkz., 12. HD. 10.3.1986 T. 8977/2581; 12.11.1981 T. 6980/8304.

¹⁸¹ Bkz., 12. HD. 20.11.1987 T. 16904/11952.

¹⁸² Bkz., 12. HD. 10.3.1986 T. 8977/2581; 12.11.1981 T. 6980/8304.

¹⁸³ Domaniç, H., a. g. e., s. 969 vd.; Ögütçü, H., / Altın, M., a. g. e., s. 322 vd.; Karayalçın, Y., a. g. e., s. 316; Akgün, M.Z., a. g. e., s. 121; Şimşek, E., *Ticari Senetler*, s. 91; Erman, E.S., a. g. e., s. 194; Berkin, N., *İflas Hukuku*, 1972, s. 147; Taylan, E., "Taksitle Satışlar", *Yasa D.*, 1980/6, s. 801 vd.; Ertekin, E., /Karataş, İ., a. g. e., s. 206; Öztan, F., a. g. e., s. 1002; Çelikleş, İ., a. g. m., s. 305.

¹⁸⁴ Bkz., İİD. 9.2.1970 T. E: 1592, K: 1453 (RKD. 1970/6-7, 2/2, S. 104) - TD. 24.10.1969 T. E: 1950, K: 4978 (Batider, C: V, s. 821) - İİD. 15.4.1966 T. E: 4233, K: 3478 (Erman, E.S., a. g. e., s. 194) - İİD. 21.4.1966 T. E: 4416, K: 4175 (ABD. 1966/2, s. 595) - İİD. 28.1.1964 T. 781, K: 1158 (Tuncay, S./ Demirhan, H.O., *İcra ve İflas Kanunu*, s. 158)

¹⁸⁵ Bkz., 12. HD. 27.6.2006 T. 11098/14045; 24.1.2005 T. 24073/862; 14.10.2004 T.

meden İİK m. 257/II'ye göre ihtiyati haciz kararı alınmadıkça "BK. m. 224 hükmününün kambiyo senetleri hakkında uygulanmayacağı"nı belirttiğini görüyoruz.

Kanımızca, bonolara uygulamada konulduğu görülen "muacceliyet (istenebilirlik) koşulları", kambiyo hukuku ile bağdaşmadığından geçersiz sayılmalıdır. Bu koşulların geçersizliği kuşkusuz senedin "kambiyo senedi" olma niteliğini etkileyemez. Eğer, taraflar aralarında yaptıkları ayrı bir sözleşmede "düzenlenen senetlerden birisinin vadesinde ödenmemesi halinde diğerlerinin de muaccel olacağını" kararlaştırmışlarsa, bu sözleşme gereğince günü gelmemiş olan senetler de takip konusu yapılabilir. Bu durumda, senetlerin muaccel hale gelmesi, tarafların aralarında yaptıkları sözleşmenin kapsam ve koşullarına göre saptanmalıdır. Burada artık, BK m. 224'ün koşulları ve senedin "taksitle mal satımına ilişkin olup olmadığı"na bakılmamalıdır...

Senedin vadesi, cumartesi, pazar ya da bayram gibi resmi bir tatil gününe rastlarsa, senedin ödenmesi ancak tatili izleyen iş gününün çalışma saatinin sonuna kadar uzar¹⁸⁶ (TK m. 664). Bu gibi durumlarda, "vade" değişmemekte, "ifa (ödeme) günü" ileriye kaymaktadır. Bu nedenle, kanımızca, vadesi Cumartesi ya da Pazar gününe rastlayan bir bono ancak Salı günü takibe konulabilir.

Ayrıca belirtelim ki; senedin vade tarihinde yapılan değişiklik, borçlu tarafından yanına imza edilmek suretiyle onanmadıkça geçerli olmaz.¹⁸⁷

Vadeye ilişkin kaydın senet metni içinde bulunmasının zorunlu olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre,¹⁸⁸ bunun senet metni içinde bulunması zorunlu değildir. Diğer bir görüşe göre ise,¹⁸⁹ bu kayıt ancak senet metni içinde bulunursa geçerli olur.

2. Bedel Kaydı

Keşideci ile lehtar arasındaki ilişkiye bedel ilişkisi denilir.¹⁹⁰ Bu ilişki konusunda senede, "bedeli malen alınmıştır", "bedeli nakden alın-

17359/21711 vb.; 12. HD. 10.4.2003 T. 4985/7896; 19.10.1998 T. 10259/11067.

¹⁸⁶ Bkz., 12. HD. 27.1.1995 T. 1236/927; 7.11.1988 T. 892/12805.

¹⁸⁷ Bkz., 12. HD. 19.9.1988 T. 9688/9910; 7.7.1980 T. 4191/5908.

¹⁸⁸ Karayalçın, Y. a. g. e., s.157; Öztan, F. a. g. e., s. 482.

¹⁸⁹ Poroy, R./Tekinalp, Ü., a. g. e., s. 158.

¹⁹⁰ Karayalçın, Y., a. g. e., s. 114.

mıştır" vb.... şeklinde kayıt konabilir. Ancak, böyle bir kaydı içermeyen senet de "bono" niteliğini taşır.¹⁹¹

Uygulamada, "bedel kaydı" özellikle borçlular tarafından "senedin karşılıksız olduğu (kaldığı)", "hatır senedi olduğu" iddiaları ile açılan olumsuz tespit davalarında önem taşır.¹⁹²

3. Yetki Kaydı

Ticaret Kanununda bonoların "zorunlu" ve "ihtiyari (isteğe bağlı)" koşulları arasında "takip yerinin tayini" konusunda bir hüküm mevcut değildir. Bu nedenle, uygulamada senetlere konulması alışkanlık haline gelmiş olan "yetki kaydı"nın geçerli olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre¹⁹³ "bonoyu düzenleyen kişi senedi lehtara verirken, düzenleyen kişi ile lehtar arasında bir akdi ilişki doğmaktadır ve lehtar bonoda yazılı kayıtlar dahilinde bonoyu kabul ettiğinden, bonodaki yetki kaydı da lehtar tarafından benimsenmiş olmaktadır. Bu nedenle, bonodaki yetki kaydı geçerlidir." Buna karşın diğer bir görüşe göre¹⁹⁴ "ciro edilmiş bonolarda sadece borçlunun imzası bulunacağından, bunlardaki yetki kaydı kural olarak geçerli değildir. Çünkü yetki sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. Bir sözleşmenin yazılı şekilde yapıldığından bahsedebilmek için yazılı sözleşmenin iki tarafının da imzasını içermesi gerekir. Buna karşın alacaklı bu bonoyu bir başkasına ciro etmişse, bonodaki bütün hususları -bu arada yetki kaydını- imzası ile kabul etmiş sayılacağından, yetki kaydının yazılı şekli tamamlanmış olur ve bundan sonra, yetki kaydı borçlu, alacaklı ve cirantalar için hüküm ifade eder."

Yargıtay ise, bonolardaki "yetki kaydının mutlak olarak geçerli olduğu" kanısındadır.¹⁹⁵

Bonolara, yetki kaydının bu şekilde isteğe bağlı olarak konulabileceğini belirttikten sonra, birden fazla mahkemenin (icra dairesinin) yetkili olarak gösterilip gösterilemeyeceği hususuna da kısaca değine-

¹⁹¹ Bkz., 12. HD. 1.10.1980 T. 5416/6907.

¹⁹² Bu konuda ayrıntılı açıklama için Bkz., Uyar, T., a. g. şerh, C: 4, 2006, s. 6529 vd.; Uyar, T., *İcra Hukukunda Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları*, C: 2, 1993, s. 1369 vd.

¹⁹³ Karayalçın, Y./İmregün, O./Kalpsüz, T., *Tahkim Haftası*, s. 166.

¹⁹⁴ Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2. Baskı, s. 166; 5. Baskı, C: 1, s. 360, 6. Baskı, C: 1, s. 560 vd. Tahkim Haftası, s. 254, 447.

¹⁹⁵ Bkz., 12. HD. 27.12.2005 T. 22116/26177; 23.6.2003 T. 12009/14975; 14.6.2002 T. 11363/12833.

lim. Doktrinde¹⁹⁶ “*tarafklar yetki sözleşmesi ile yalnız bir yer mahkemesini yetkili kılabilirler, birden fazla mahkemenin yetkili olacağını kararlaştıramazlar. Çünkü, HUMK. m. 22’de ‘mahkemeler’ (çoğul) değil, ‘mahkeme’ (tekil) denilmektedir.*” gerekçesiyle “*birden fazla yer mahkemesinin yetkili olabileceğinin öngörülemediğini*” belirtmiştir. Yargıtay 12. HD. önceleri¹⁹⁷ -eski tarihli kararlarında- “*bonoda birden fazla yerin (mahkeme veya icra dairesinin) yetkili kılınmış olmasının geçersiz olacağını*” belirtmişken, son kararlarında¹⁹⁸ “*düzenlenen bonoda birden fazla icra dairesinin yetkili olduğunun belirtilebileceğini*” ifade etmeye başlamıştır...

Bonodaki yetki kaydında sadece “*mahkeme*”den bahsedilmiş olsa da, bu kayıt “*icra daireleri*” için de geçerli olur.^{199, 200}

Yukarıdaki kurallara göre bonoya konulan “*yetki kaydı*” gereğince, senet hamilinin takip ve dava yerini seçmede -genel hükümlerde olduğu gibi- tercih (opsiyon) hakkı var mıdır? Yani, senet hamili dilerse yetkili kılınan yerde, dilerse -genel yetkili olan- borçlunun ikametgahının bulunduğu yerde icra takibi yapabilir mi? İsviçre Federal Mahkemesi ile Yargıtay arasında bu konuda görüş ayrılığı vardır. Federal Mahkeme;²⁰¹ senette yetkili mahkemenin gösterilmiş olmasının, alacaklının yetki yönünden “*ikametgah mahkemesi*” ile “*yetkili olarak seçilen mahkeme*” arasındaki tercih hakkını kaldıracağı görüşündedir. Yargıtay²⁰² ise; öteden beri bu konuda “*senette yetkili mahkemenin gösterilmiş olmasının genel yetkili olan borçlunun ikametgahının bulunduğu yer mahkemesinin yetkisini kaldırma-yacağı*” görüşünü savunmuştur.

Senede eklenen “*yetki kaydı*” gereği, ciro ile senedin hamili duruma gelmiş olan kişi, keşideci hakkında, senette yetkili kılınan yerde de takip yapabilirse de, acaba aynı yerde kendisinden önce gelen cirantalar hakkında da -rücu (başvuru) için gerekli koşullar gerçekleştiği takdirde (TK m. 642)- takip yapabilir mi? Başka bir deyişle “*yetki kaydı*”, keşideci ile birlikte cirantaları da, son hamile karşı bağlar mı? *Ciro*

¹⁹⁶ Kuru, B., *a. g. e.*, 6. Baskı, C: 1, s. 563.

¹⁹⁷ Bkz., 12. HD. 15.5.1984 T. 3401/6099; 2.12.1982 T. 8027/9002; 18.9.1979 T. 6183/6925.

¹⁹⁸ Bkz., 12. HD. 27.5.2002 T. 1008/11095.

¹⁹⁹ Bkz., 12. HD. 27.12.2005 T. 22116/26177; 23.6.2003 T. 12009/14975; 14.6.2002 T. 11363/12833.

²⁰⁰ Karş., Kuru, B., *a. g. e.*, 6. Baskı, C: 1, s. 565.

²⁰¹ Bkz., Yourdal des Tribun, aks, 1960, s. 99 (Naklen; Sengir, T., *Emre Muharrer Senetlerde Yetki*, Ad. D. 1964/3-4, s. 321

²⁰² Bkz., 12. HD. 28.6.2004 T. 13149/16871; 26.4.1988 T. 6797/5548.

ile ciranta, ancak senetten doğan hakları hamile devretmiş olduğundan ve kendisi de yetki sözleşmesine taraf olmadığından, uyuşmazlık halinde keşideciyi takip için yetkili kılınan icra dairesi ve mahkemesi, cirantalara rücuda hamile hak sağlamaz.²⁰³ Ancak ciranta, keşideci ile birlikte takip ve dava ediliyorsa, o zaman HUMK m. 9 gereğince yalnız “keşideci” için yetkili olan mahkeme ve icra dairesi, “ciranta” için de yetkili olur.

Bononun isteğe bağlı (ihtiyari) koşullarından olan “yetki kaydı”nda alacaklı kendiliğinden değişiklik yaparsa örneğin; senette “...uyuşmazlık halinde Ankara mahkeme ve icra daireleri yetkilidir.” denildiği halde, alacaklı bunda “....Ankara ve Manisa mahkemeleri....” şeklinde değişiklik yaparsa, yani “ve Manisa” sözcüklerini senet metnine eklerse ya da senette yetkili mahkemeyi (ve icra dairesini) gösteren kısım boş bırakılmış olduğu halde, alacaklı bu boşluğu “keşideci ile aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak” kendiliğinden doldurursa alacaklının bu eylemi suç sayılır.²⁰⁴ Ayrıca böyle üzerinde tek taraflı olarak değişiklik yapılmış senede dayanan takibin de, icra mahkemesi tarafından iptali gerekir.

Bonoya konulan “yetki kaydı”nda belirli bir yer mahkemesinin (icra dairesinin) yetkisinin saptanmış olması gerekir. Genel biçimde “TC mahkemelerinin (icra dairelerinin) yetkili olduğuna” dair konulan kayıt geçerli olmaz, yazılmamış sayılır.²⁰⁵

4. Faiz Kaydı

TK m. 690/II’deki yollama gereğince bonolara “faiz kaydı” konabilir. Bu hususta, poliçelere ilişkin TK m. 587 hükmü uygulanır. Aslında bonodaki “belirli bir para (meblağ) koşulu” gereğince “faiz koşulu”nun da bonolara konulamaması gerekirdi... Bu nedenledir ki; Ticaret Kanunu her türlü bonolarda değil, ancak a- Görüldüğünde, b- Görüldüğünden belli bir süre sonra ödenecek bonolarda “faiz koşulu”nun geçerli olacağını belirtmiştir.²⁰⁶ Diğer bonolarda ise, “faiz koşulu” geçersiz olup yazılmamış sayılır ve bu durum bononun geçerliğine etkili olmaz²⁰⁷ (TK m. 587/II).

²⁰³ Şimşek, E., a.g.e., s. 61 vd.

²⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İcra ve İflas Suçları*, s. 668 vd.

²⁰⁵ Bkz., 12. HD. 27.3.2000 T. 4016/4551.

²⁰⁶ Bkz., 12. HD. 3.10.2000 T. 13273/14228.

²⁰⁷ Bkz., 12. HD. 3.10.2000 T. 13273/14228 - 12. HD. 17.12.1987 T. 13771/13261.

Bonoda faizin başlangıcı gösterilmemiş ise, faiz bononun düzenlendiği tarihten itibaren başlar ve vâdeye kadar devam eder. Bono vadesinde ödenmezse, hepsi üzerinden “gecikme faizi” hesap edilir. Çünkü, vade tarihine kadar işleyecek faiz “*asıl meblağ (kapital) faizi*” dir.

Hemen belirtelim ki; uygulamada bonolara bu tür -yani “kapital faizi” niteliğinde- “faiz kaydı” konulduğu pek görülmemektedir. Daha çok; “*bu bono vadesinde ödenmezse (% 80, 90) faizi ile birlikte ödemeyi kabul ediyorum...*” şeklinde kayıtlar konmaktadır. Yüksek mahkeme²⁰⁸ bu tür kayıtların geçersiz olacağını belirtmiştir.

5. Masraf ve Vekalet Ücreti Kaydı

Medeni Usul Hukuku’nda olduğu gibi, İcra Hukuku’nda da harç ve masraflar sonuçta haksız çıkan tarafa yüklenir. İİK m. 15 ve 59 gereğince, harç ve masraflardan borçlunun sorumlu tutulması kanunda aksinin yazılı olmaması koşuluna bağlı tutulmuştur. Gerçekten 2548 sayılı kanunun 1. maddesi gereğince, uygulamada “*cezaevi harcı*” adı ile anılan harca alacaklı katlanmaktadır. Acaba taraflar, düzenledikleri bonoya “*bononun vadesinde ödenmemesi üzerine, alacaklının icraya başvurusu halinde*”, bu harcın da borçlu tarafından ödeneceğini örneğin; “*..... bu bono vadesinde ödenmediği takdirde, 2548 sayılı Yasa gereğince ödenmesi gereken cezaevi harcını da ödeyeceğim...*” şeklinde kayıt koyabilirler mi? Yargıtay önceleri²⁰⁹ “*bu tür kayıtların geçerli olduğunu*” kabul ederken, sonra²¹⁰ bu içtihatından dönerek “*Bu kayıtların buyurucu (emredici) bir hüküm olan 2548 sayılı yasanın 1. maddesine aykırı ve geçersiz olduğunu*” kabul etmiştir. Bonolara, icra (takip) giderleri arasında önemli bir yer tutan “*avukatlık (vekalet) ücreti*” hakkında bir kayıt konabilir mi? Uygulamada genellikle “*borç vadesinde ödenmezse borcun (% 10, 20, 25 vb.) oranında vekalet ücreti ödemeyi kabul ediyorum.*” şeklindeki kayıtların bonolara yazıldığı görülmektedir. Bilindiği gibi bir taraftan kanun (İİK m. 138/III) diğer taraftan *Avukatlık Asgari Ücret Tarifeleri*, icra işlemlerinde borçluya yüklenecek (borçludan alınacak) vekalet ücretini ayrıca düzenlemişlerdir. Alacaklı ile borçlunun düzenledikleri bonoya Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nin öngördüğünden az ya da çok oranda

²⁰⁸ Bkz., 12. HD. 7.12.1987 T. 13771/13261.

²⁰⁹ Bkz., İİD. 13.11.1958 T. E: 5957, 5945; 1.4.1955 T. E: 1880; K: 1995.

²¹⁰ Bkz., 12. HD. 26.2.1987 T. 6754/2692; 5.6.1986 T. 12776/6780.

miktarını (yüzdesini) belirterek koyacakları yukarıdaki şekildeki bir kayıt, taraflarca “vekalet ücreti” olarak isimlendirilmiş olsa dahi “vekalet ücreti” olarak sayılmayıp, “cezaî şart” sayılır.²¹¹ Bu nedenledir ki, icra müdürünce vekalet ücreti takdir olunurken, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeye bakılmaz (İİK m. 138/III). 538 sayılı yasa ile 1965 yılında yapılan değişiklikle fıkraya eklenen bu cümle ile “son zamanlarda, borç senetlerine eklenmesi alışkanlık haline gelmiş olan yukarıda belirttiğimiz şekildeki kayıtların icra müdürü tarafından göz önünde bulundurulmayacağı” belirtilmek istenmiştir.²¹² Yargıtay²¹³ da çeşitli kararlarında “bonolara konulan bu tür vekalet ücretine ilişkin kayıtların yazılmamış sayılacağını” belirtmiştir.

6. Keşidecinin İsmi

Bonoda keşidecinin isminin belirtilmesine gerek yoktur.²¹⁴ Bonoda keşideci yerine “firma adı” da yazılabilir. Bu durum senedin bono niteliğini etkilemez.²¹⁵ Bononun geçerli olabilmesi için, keşidecinin sadece imzasını içermesi yeterlidir. Uygulamada, bir zorunluluk olmamasına rağmen, bonolara -poliçelerde olduğu gibi- keşidecinin isim ve soyadı da yazılmaktadır.

Borçlunun bonoyu “asil ad ve soyadı ile” değil de, “çevresinde tanındığı adı ile” imzalaması bononun geçerliğini etkilemez.²¹⁶

7. “Ciro edilemez” Kaydı

Kanun gereği “emre yazılı senet” olan bonolara “ciro edilemez” ya da “emre değildir” gibi kayıtların yazılıp yazılmayacağı ve böylece bonoların “nama yazılı senet” haline getirilip getirilemeyeceği doktrinde²¹⁷ tartışmalı olduğu halde yüksek mahkeme²¹⁸ “konulan böyle bir kaydın

²¹¹ Bkz., İİD. 13.6.1967 T. 5855/5959; 28.1.1964 T. 771/1148.

²¹² Bkz., Senato Tutanak Dergisi, 1/22-4-6, s. 472 vd.

²¹³ Bkz., 12. HD. 17.12.1987 T. 13771/13261.

²¹⁴ Bkz., 12. HD. 3.10.2006 T. 18860/21677; 23.6.2003 T. 12013/14971.

²¹⁵ Bkz., 12. HD. 20.12.2004 T. 21272/26309; 5.10.1995 T. 13676/12979.

²¹⁶ Bkz., TD. 15.2.1973 T. 463/531.

²¹⁷ Böyle bir kaydın konulabileceği görüşü için Bkz., Öztan, F. a. g. e., s. 998 - Eriş, G., a. g. e., s. 618; Aksi görüş için Bkz., Domaniç, H., a. g. e., s. 483 - Karayalçın, Y. a. g. e., s. 26.

²¹⁸ Bkz., 12. HD. 9.5.2006 T. 7431/10310; 20.10.1981 T. 6012/7655; 12. HD. 22.4.2005 T. 5070/8741.

senedin kambiyo senedi sayılmasına ve takip şekline etkili olmayacağını” (ancak, senedin ciro yoluyla el değiştiremeyeceğini) belirtmiştir.²¹⁹

8. Hakem Kaydı

Bonoya “.... bu bonoya ilişkin uyuşmazlıklar hakem yolu ile çözümlenir.” şeklinde “hakem kaydı” konulabilir. “Hakem kaydı” bonoyu ciro suretiyle alan cirantaları da bağlar; fakat hamil bu şartı kabul etmiyorsa, bonoyu hakem şartını çizerek ciro edebilir.²²⁰

9. Protestodan Muafiyet Kaydı

Bonoya, senedi düzenleyen (keşideci) ya da bir ciranta “protestodan muafiyet kaydı” koyabilir (TK m. 690/I, 634).

²¹⁹ Karş., “Bu durumda ‘bono’nun kambiyo senedi niteliğini kaybedeceği ve adi senet sayılacağı” görüşü” için bkz., TD. 30.3.1973 T. E: 950, K. 1415.

²²⁰ Eriş, G., a. g. e., s. 618 - Öztan, F. a. g. e., s. 1002.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 08.11.2006

E. 2006/9-708

K. 2006/681

* İşçilik alacağı

* Eksik temyiz harcı

(1086 sayılı HUMK m. 434)

Taraflar arasındaki alacak davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 13.İş Mahkemesince kısmen kabule dair verilen 27.04.2005 gün ve 2004/61-2005/253 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.07.2005 gün ve 21572-25895 sayılı ilamı ile sadece davalı temyizi esas alınıp bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan-ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, işçilik alacaklarından kaynaklanan alacak istemine ilişkindir.

Mahkemece 27.04.2005 tarihli ilk hükümde kısmen kabule karar verilmiş; taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Davacı vekili 04.05.2005 tarihinde, davalı vekili de 03.05.2005 tarihinde maktu harç yatırmak suretiyle temyiz talebinde bulunmuşlar; Mahkemece davalı vekili Av. E. B.'ye "253.16 YTL karar harcı, 326.46 YTL temyiz harcı, 30.00 YTL Yargıtay'a sevk giderinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde ikmal etmediğinizde HUMK'nın 434. maddesi gereğince

temyiz talebinizin reddedileceği tebliğ olunur. 17.05.2005" ihtarını içeren muhtıra gönderilerek "birlikte çalışan Av. E. S." imzasına 27.05.2005 tarihinde tebliğ olunmuştur. Bu muhtıra gereğinin yerine getirildiğine ilişkin bir belge dosya arasında bulunmamaktadır.

Mahkemece dosya 10.06.2005 tarihli dosya gönderme formuna ekli olarak temyiz incelemesine gönderilmiş; formda sadece davalı vekilinin 03.05.2005 tarihinde yatırdığı harç ve temyiz defterine aynı tarihte kayda ilişkin temyiz bilgisine yer verilmiştir.

Özel Daire 14.07.2005 tarihli kararıyla hükmü sadece davalı vekilince temyiz edilmiş gibi ele alıp inceleyerek sonuçta; 1. bentte davalının sair temyiz itirazlarını reddettikten sonra 2. bentte yer alan "Bilirkişi tarafından dosyada davalı işverence ibraz edilmiş ücret bordroları olmadığı belirtilerek davacı ücreti iddia edildiği miktardan hesaplanmıştır. Bu bilirkişi raporuna itiraz eden davalı işveren bordroların dosyada olduğunu belirtmiştir. Gerçekten dosyada davacı imzasını taşıyan Kasım 2003 tarihine kadar olan bordroların yer aldığı görüldüğünden bu itiraz değerlendirilip ek rapor alınmadan sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir, gerekçesiyle hükmü davalı yararına bozmuştur.

Bozma sonrası davalı vekili 21.09.2005 (05.10.2005) tarihli dosya nosunun 2004/62 olarak yazılı bulunduğu dilekçe (-eldeki 2004/61 esas sayılı dosya içinde alınmıştır) ile mahkemeye müracaat etmiş; dilekçesinde aynen; "Yukarıda numarası verilen dosya 27.04.2005 tarihinde karara çıkmıştır. karara karşı tarafımızdan 03.05.2005 tarihinde temyiz dilekçesi verilmiştir. Aynı tarihte temyiz harcı olarak karar harcının 1/4'ünün temyiz harcı olarak yatırılması gerekirken tarafımızdan yalnızca 11,20 YTL yatırılmış ve posta gideri verilmemiştir. Sayın mahkemenizin, 17.05.2005 tarihli "eksik temyiz harcının 7 gün içerisinde ikmal edilmesi aksi takdirde HUMK 434 uyarınca temyiz talebinin reddedileceği" içerikli muhtırası 27.05.2005 tarihinde tarafımızdan tebliğ alınmış, ancak temyiz etme irademiz olmadığından, bu süre içerisinde eksik temyiz harcı tarafımızdan tamamlanmamıştır. Temyiz etme irademiz olmadığı içindir ki; 30.06.2005 tarihinde dosya borcu ödenmiştir. Ancak, dosyanın, muhtıra ile ikmali istenilen eksik temyiz harcını ödememiş olmamıza rağmen HUMK 434. hükmüne aykırı olarak temyizden incelenmek üzere Yargıtay'a gönderildiği ve yine Yargıtay'ın da, eksik temyiz harcı nedeni ile temyiz talebini reddetmesi gerekirken, dosyayı temyizden incelediği ve kararı onadığı ve eksik temyiz harcının tarafımızdan ikmaline

karar verdiği, bunun üzerine Mahkemenizin Maliye veznesine Harç Tahsil Müzekkeresi yazdığı haricen öğrenilmiştir. HUMK 434. hükmüne açık aykırılığın giderilmesi için gereğinin yapılmasını talep ederiz. Saygılarımızla" ifadelerine yer vermiştir. Dilekçe üzerine düşülen notta talebin reddine 05.10.2005 açıklaması vardır.

Mahkemece 24.10.2005 tarihinde yapılan tensiple yargılama 20.02.2006 gününe bırakılmış; 20.02.2006 tarihli oturumda davacı vekili "davalı tarafın verilen kararı temyizine ilişkin bir dilekçesi söz konusu değildir, müddeti muhafaza dilekçesi vermiş daha sonra da harç yatırması gerekirken harcını yatırmamıştır buna rağmen dosyada Yargıtay'a gönderilmiştir, oysa davalı tarafın geçerli bir temyizi söz konusu olmadığından eski kararda direnilmesini talep ediyoruz. Çünkü karar kesin hüküm mahiyetindedir" şeklinde beyanda bulunmuş; davalı vekili ise; "bozma ilamına uyulsun bizim süresinde verilen süre tutum dilekçesi dışında başka gerekçeli temyiz lahiyamız yoktur. Bozma ilamına uyulmasını talep ediyoruz" ifadesini kullanmıştır. Mahkemece "temyiz harcının davalı tarafça yatırılmadığı görüldü" açıklaması zapta geçirilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı tamamen davacının temyizinin incelenmemiş olmasına ve davalı taraf açıklamalarına dayanmaktadır. Davalı vekili 27.02.2006 havale, harç ve temyiz defterine kayıt tarihli dilekçesi ile hükmü temyiz etmiş; temyiz harcı olarak 12.20 YTL yatırmıştır.

Mahkemece davalı vekiline çıkarılan "20.00 YTL Yargıtay'a sevk giderinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde ikmal etmediğinizde HUMK'nun 434.maddesi gereğince temyiz talebinizin reddedileceği tebliğ olunur. 09.03.2006" ihtarlı tebligat birlikte çalışan M. Ş. imzasına 13.03.2006 tarihinde tebliğ edilmiştir. Ancak bu muhtıra gereğinin yerine getirilip getirilmediği konusunda bir belge ya da açıklama dosya arasında yer almadığı gibi davalı vekilinin yukarıda açıklanan 21.09.2005 tarihli dilekçesinde dosya numarasının farklı oluşu da tereddüde yol açmıştır. Açıklanan nedenlerle;

1- 13.03.2006 tarihinde tebliğ olunan muhtıra gereğinin davalı yanca yerine getirilip getirilmediğinin kayıtlardan araştırılarak varsa ikmale ilişkin belgenin evraka eklenmesi, yoksa bı hususun tereddüt yaratmayacak şekilde açıklanması,

2- Davalı vekilinden 2004/62 esas numarası yazılarak 2004/61 (bozmadan önceki) esas sayılı bu dosyaya ibraz edilen 21.09.2005

(05.10.2005 havale) tarihli dilekçe konusunda açıklama alınarak eldeki dosya ile ilgisinin tereddüde yol açmayacak biçimde açıklığa kavuşturulması,

Suretiyle eksikler giderildikten sonra incelenmek üzere Yargıtay'a gönderilmesi için dosyanın mahalline geri çevrilmesi gerekmiştir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 20.12.2006
E. 2006/21-796
K. 2006/812

* **Ölümlü iş kazası nedeniyle tazminat**
* **Asıl işveren-alt işveren ilişkisi**
(4857 sayılı İK m.2;
506 sayılı SSK m. 4,87;
818 sayılı BK m. 1,18, 357)

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kartal 2. İş Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 29.09.2005 gün ve 2003/11 E- 2005/602 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2006 gün ve 2005/13290-2006/1332 sayılı ilamıyla; (...1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri nedenlere göre tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine.

2- Dava iş kazası sonucu ölümden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, davacıların murisinin iş kazası sonucu ölümü sebebiyle uğradıkları maddi ve manevi zarardan yalnızca davalılardan D. Limited Şirketi'nin sorumluluğuna gidilmesi, diğer davalı R.M.K. Anonim Şirketi yönünden davanın reddine karar verilmesi aşağıdaki gerekçelerle doğru görülmüştür.

Dosyadaki bilgilerden, davalı R.M.K. Anonim Şirketi'nin mülkiyetinde bulunan tersanenin hangarlarının çatılarının eternit onarım işinin aralarındaki sözleşme ile diğer davalı D. Limited Şirketi'ne verildiği ve onarım işi sırasında D. Limited Şirketi işçisinin eternitin kırılmasıyla yere düşerek vefat ettiği anlaşılmaktadır.

Bir iş kazası sonucu zarara uğrayan işçinin tazminat davası, işveren veya kusurlu 3. kişilere karşı yöneltilir. Bundan başka aracı olarak nitelendirilen kişilerce işe alınan işçilerin uğrayacakları zarardan dolayı asıl işverenin aracı ile birlikte sorumlu olacağı 4857 sayılı İş Kanun'unun 2. maddesi gereğidir.

Somut olayda çözümlenmesi gerekli sorun, davalı şirketler arasındaki hukuki ilişkinin işveren-aracı veya üst-alt işveren biçiminde olup olmadığıdır. İş Yasası'nın 2. ve 506 sayılı Yasa'nın 87. maddelerindeki açıklamalar ışığında aracıdan (taşaron) söz edebilmek için öncelikle üst işveren ve bunun tarafından ortaya konulan bir iş olmalı ve görülmekte olan bu işin bölüm ve eklentilerinden bir iş alt işverene devredilmelidir. Buna karşın bir işin bütünüyle bir işverene devri durumunda veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda artık üst-alt işveren ilişkisi söz konusu olamaz.

Olayımıza bu madde de belirtilen hükümler ışığında baktığımızda, iş verenin asıl işinin gemi inşası ve taşıma olduğu, hangarın çatı yapım işinin diğer davalı D. Gemi İnşaat San. Tic. Ltd. şirketine verildiği görülmektedir. Şayet işveren kendi yaptığı iş dışında başka bir işi anahtar teslimi, 3. bir şahsa vermişse, asıl işveren sorumlu olmayacaktır, örneğin bir ayakkabı fabrikası veya bir tekstil fabrikası çatı onarımını 3. bir şahsa anahtar teslimi vermişse sorumlu olmayacaktır. Anahtar tesliminden kasıt, asıl işverenin yapılacak işte hiçbir şeye karışmayacak malzemesiyle işçiliği ile, işçisi ile tüm iş işi üstlenen tarafından yapılacaktır.

Oysa olayımızda, dosyada mevcut asıl işveren ve D. Gemi İnş. San. Tic. Şti. arasında imzalanan sözleşmenin taşaron'un yükümlülükleri başlığını taşıyan paragrafında eternit ve mahya bağlantıları malzemelerinin asıl işveren R. Tersanesi'nce verileceği, sadece işçiliğin D. Gemi İnş. Tic. Şti.'ce karşılanacağı açıkça belirtilmiştir. Somut olayda kazaya uğrayan işçi eternit kırılması sonucu düşmüştür. Sosyal sigorta müfettişince tutulan raporda dinlenen K. S. de açıkça eternitlerin çürük olduğunu, kırılan eternit nedeni ile düştüğünü bildirmiştir. Zaten bu maddi olguda da bir tartışma yoktur. Bu nedenle de gerek iş müfettiş raporunda ve gerekse, sigorta müfettiş raporunda, her iki işverenin birlikte sorumlu olacağı vurgulanmıştır,

Mahkemece alınan 13.01.2004 ve 14.10.2004 tarihli tek ve üç kişilik iş güvenliği uzmanlarından alınan kusur raporları da, her iki işverene de ayrı ayrı kusur vermişlerdir.

Öte yandan dikkat çeken bir hususta gemi hangarının çatı onarım işini üstlenen diğer davalının yaptığı işde asıl işverenin iştigal sahası olan, Gemi İnşaat San. Ltd. Şirketi'dir. Yani her iki şirkette Gemi İnşaat Sn. ile iştigal etmektedir. Bu nedenle, gerek işin anahtar teslimi olması ve gerekse asıl işverenle aynı işi yapan diğer bir şirketin onarım işini üstlenmesi kaza geçiren işçiye karşı birlikte sorumluluğu gerektirir.

Bu durumda davalı Şirketler arasındaki 19.09.2002 tarihli sözleşme ve ekindeki teklif yazısında, bağlayıcı olmasa da taşaron sıfatından söz edilmekte, hangar çatısında kullanılacak malzemelerin işveren R.M.K. AŞ tarafından sağlanacağı, işçiliğin ise D. Ltd. Şti.'nce gerçekleştirileceği belirtilmektedir. Bu durumda işin bütünüyle devri söz konusu olmadığına göre işi devreden şirketin işverenlik sıfatının ortadan kalkmayacağı buna ilaveten, tamir yapılacak, hangarın davalı R.M.K. AŞ'ye ait olması, ceza dosyasındaki beyanlar ve diğer deliller dikkate alındığında, işin AŞ'nin kontrol ve gözetiminde yapıyor olması da birlikte değerlendirildiğinde davalı R.M.K. AŞ'nin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği ortadadır.

Davalılar arasındaki ilişkiyi işveren ve taşaron ilişkisi olarak değerlendirerek taraflar arasındaki kusur oranlarını belirleyen ve aralarında çelişki bulunmayan 22.01.2003 tarihli iş müfettişi raporu ile 13.01.2004 ve 04.10.2004 tarihli bilirkişi raporları göz ardı edilerek, yeniden kusur incelemesi yaptırılıp, davalı R.M.K. AŞ'yi kusursuz gören yetersiz bilirkişi raporu hükme dayanak tutularak sonuca gidilmesi uygun görülmemiştir.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde bulunmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasa aykırı olduğundan bozmayı gerektirir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, iş kazasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davalılardan R.M.K. AŞ'nin iştilal konusunun gemi, yat yapımı ve onarımı, deniz taşımacılığı ve buna bağlı faaliyetler olduğu, diğer davalı D. Gemi Ltd.Şti. ile hangar çatılarının onarımı hususunda anlaşmışları, her iki şirket arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle, R.M.K. AŞ'ye yönelik davanın reddine karar verilmiştir.

Yüksek Dairenin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine yerel mahkemece direnme kararı verilmiştir.

Uyuşmazlık, davalılar arasındaki hukuki ilişkinin "asıl işveren-alt işveren" niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

506 sayılı kanunun 87. maddesinde "aracı", 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde ise "asıl işveren-alt işveren" ilişkisinin tanımına yer verilmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, "aracı" olarak nitelenen üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ismarlanan vb. adlarla anılmaktadır.

Bunlardan; asıl işverenin yanında "taşeron" olarak adlandırılan başka işverenlerinde işyerinden iş almaları ve kendi sigortalılarını çalıştırmaları ile uygulama kazanmış olan "asıl işveren-alt işveren" ilişkisini Sosyal Sigortalar Kanunu açısından ele alan 506 sayılı kanunun 87. maddesi hükmü, tıpkı mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1/son, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddelerinde olduğu gibi, aracının yanında asıl işvereni de sorumlu tutan bir içerik taşımaktadır. Amaç, işçinin sosyal güvenlik hakkı yanında, İş sözleşmesi ve İş Kanunu'ndan kaynaklanan bir kısım haklarının daha geniş koruma-güvence altına alınmasını sağlamaktır.

506 sayılı kanunun "Üçüncü kişinin aracılığı" başlıklı 87. maddesi; "Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur. Bir işde veya bir işin bölüm veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir." hükmünü içermektedir. Bu hüküm ile asıl

işverenin sorumluluğunun kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, aracından söz edebilmek ve asıl işvereni, aracının borçlarından ötürü sorumlu tutabilmek için, maddenin tanımından ortaya çıkan bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır. Aracı kavramı her şeyden önce "asıl işveren" in varlığını, bir başka işverenin asıl işverene ait işin bir bölümünü yapmayı üstlenmesini ve nihayet, asıl işverene ait işyerinde veya işyerinin bir bölümünde iş alanın kendi adına sigortalı çalıştırmasını gerektirir. Asıl işverenle, aracı arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin önemi yoktur. Önemli olan yön, asıl işverene ait işin aracı tarafından yapımının sağlanmasıdır.

Aracının asıl işverenden bir bölüm iş alması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, aracı kavramının belirleyici özelliğini oluşturmaktadır. Aracı her şeyden önce bir "asıl işveren" in varlığını zorunlu kılmaktadır. Maddede belirtilen koşullardan birisinin dahi yokluğu durumunda aracından söz edilemez.

İşveren; 506 sayılı kanununun 4/1. maddesinde, "... bu kanunun 2. maddesinde belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek yada tüzel kişi...", 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesinde "Bir iş sözleşmesine dayanarak ... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi, yahut tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlar..." olarak tanımlanmakta olup, işveren niteliği işçi çalıştırmının doğal sonucudur. Yasanın tanımından hareketle, "asıl işveren-alt işveren" ilişkisi için, işyerinde iş sahibinin de işçi çalıştırıyor olması koşulu aranır. Sigortalı çalıştırmayan "işveren" sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlarda aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk doğmayacaktır.

İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte ise, iş alan kimse aracı değil, bağımsız işveren niteliğinde bulunacaktır. İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, gerek Sosyal Sigortalar Kanunu, gerekse İş Kanunu açısından bir alt işverenlik, dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk hali söz konusu olmayacaktır. Benzer şekilde, işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek, ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) Yasanın tanımladığı anlamda asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.05.1995 gün ve 1995/9-273-548 sayılı kararı da aynı yöndedir.) Burada önemli olan yön, "devir"

olgusunun somut olayda gerçekleşmesidir. Bu kapsamda, devirden amaçlanan, yapılmakta olan işin, bölüm ve eklentilerinden tamamen bağımsız bir sonuç elde etmeye yönelik, işi alana bağımsız bir işveren kimliği kazandıracak bir işin devridir. Ekonomik olarak birbirleriyle bağlantılı bulunsalar da, bu işyerleri bağımsız sonuç elde etmeye yöneliktirler. İşin devri söz konusu değilse, bu kişiler işveren vekili olarak kabul edilebilecek, bu durumda Yasanın öngördüğü ödevlerden, işi bölüp dağıtan iş sahibi, işveren niteliği ile sorumlu olacaktır.

Diğer işyerlerinde sigortalı çalıştırması nedeniyle “işveren” sıfatına sahip olan kimse de, işverenlik sıfatına (devredilen iş dolayısıyla) sahip olmadığı için, asıl işveren olarak sorumlu bulunmayacaktır.

Aynı şekilde, işi alan kişinin de işverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırılması sonucunda kazanmış olması aranacaktır. Alman işte sigortalı çalıştırmayıp, tek başına ya da ortakları ile işi yürüten kişi alt işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Bu kişinin diğer bir takım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi ise bulunmamaktadır.

Yasa, alt işverenlik için, bir işte, bir işin bölüm ya da eklentilerinde işverenden iş almayı aramaktadır. 87. madde anlamında aracıdan söz edebilmek için, aracının aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi ya da yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Bir diğer anlatımla, bir işverene ait işyerindeki üretim sürecine, başka bir işverenin dahil olması durumunda “aracıdan” söz edilebilecektir. Bu anlamda bir bağlantının varlığı için işyerinde üretilen mal ya da hizmetin niteliğine bakılması gerekir. Asıl işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin bütünleyici, yardımcı parçası olup olmadığıdır. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, 506 sayılı Yasa uygulaması yönünden aracıcıdan söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/6.maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan

ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.” Şeklinde tanımlanmıştır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde yasa koyucu konuyu işçi yararı yönünden ele almıştır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin en önemli sonucu her iki işverenin, alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumlu olmaları ise de, 4857 sayılı İş Kanunu ile yapılan düzenleme bu ilişkiyi daraltıcı niteliktedir.

Anılan düzenlemede, asıl işveren-alt işveren ilişkinin varlığı, “bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünde iş alma” ön koşuluna bağlanmıştır.

Madde gerekçesinde, “bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin ‘asli işin bir bölümünde’ veya Yardımcı işlerinde’ iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmuş olacak, buna karşı işyerine yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin işyerinde ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca, asıl işverenin alt işverenden iş alabilmesi işyeri gereklerine ve teknolojik nedenlere bağlanmıştır” ifade edilmektedir.

Davaya konu somut olaya gelince; asıl işi gemi yapım ve onarımı olan davalı R.M.K. AŞ’nin, hangar çatılarının onarımı hususunda diğer davalı D. Gemi Ltd.Şti. ile anlaştıkları, çatının yapımı sırasında, D. Ltd. Şti işçisi olan davacılar murisinin iş kazası sonucu vefat ettiği anlaşılmaktadır.

Sözleşmede bir kısım malzemenin iş sahibi tarafından karşılanacağını belirtmesi, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine etkisinin ne olacağı da uyuşmazlık konusudur.

Öncelikle belirtilmelidir ki, yapılmış olan eser sözleşmesinde işin kalitesi ve işyeri disiplini amacıyla bir kısım hükümlerin yer alması, inşaat sahipliği dışında asıl işverenlik sıfatını doğuracak, işi alanın bağımsız işveren kimliğini ortadan kaldıracak bir etmen değildir.

Borçlar Kanunu'nun 357.maddesi uyarınca, eserin imalinde kullanılacak malzemeyi yüklenici temin edebileceği gibi tarafların kararlaştırmaları üzerine malzeme iş sahibi tarafından da sağlanabilir.

Bu durum, malzemelerin özenli kullanılması, hesap verme ve artan kısımlarını iade borcu, ihbar yükümlülüğü gibi konularda mükellefiyet yüklemekte olup, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine etkisi bulunmamaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 1.maddesinde belirtildiği üzere, bir sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin birleşmesi ile oluşur. Kural olarak bir irade beyanında, irade ile bildirim birbire uyumlu olması aranır. Anılan kanunun 18. maddesinde ise, bu alanda "*irade teorisi*"nin hakim olduğu anlamı çıkmaktadır.

Bu nedenle de, sözleşmenin tarafların gerçek irade ve arzularına uygun bulunması gerekir. Tarafların, sözleşmede yer alan kimi ifadelerle karşın, yasanın tanımladığı anlamda bir üst işveren-alt işverenlik ilişkisi yaratmayı amaçlamadıkları da ortadadır.

Belirtilen bu maddi ve yasal olgular karşısında somut olayda, işin niteliği ve yürütümü bakımından gemi yapım ve onarım işinden tamamen farklı ve bağımsız nitelikte olduğu belirgin bulunan çatı onarım işinde sigortalı çalıştırmayan gemi yapım ve onarım işvereni davalı RMK AŞ'nin asıl işveren olarak nitelendirilerek, sorumluluğuna karar verilmesi mümkün değildir. Davalı D. Gemi Ltd. Şti'nin yüklenimindeki işin, "*asli işin bir bölümünde*" veya "*yardımcı işlerinde*" olduğu söylenemez.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.06.2004 gün ve 2004/21-326-328 sayılı ilamı, 05.05.2004 gün ve 2004/10-233-262 sayılı ilamı, 04.04.2001 gün ve 2001/10-309-332 sayılı ilamında da aynı ilkeler benimsenmiştir.

Belirtilen bu maddi ve yasal olguları dikkate alan yerel mahkeme kararında bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**T. 09.10.2006****E. 2006/4240****K. 2006/9466***** Zamanaşımına uğramış çek
dolayısıyla alacak davası***** Ticari defterlerin incelenmesi**

Dava, taraflar arasındaki ticari ilişki sonucu davacıya verilen iki adet çekin kargılığı ödenmediği gerekçesiyle 2.200.000.000.-TL, alacağın temerrüt tarihinden itibaren isleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsili istemine ilişkindir.

Davalı vekili, çeklerin zamanaşımına uğradığını, yazılı delil olmayacağını belirterek, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece bilirkişi raporuna göre, davanın kabulüne, 2.200.000.000.-TL. alacağın 18.08.2000 temerrüt tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Hükme esas alman bilirkişi raporu ayrıntılı incelemeyi içermediği gibi, Yargıtay denetimine de elverişli değildir. Taraflar tacir olup, uyuşmazlığın çözümünde her iki tarafın ticari defterlerinin incelenmesi gerekmektedir. Öte yandan davacı taraf fatura ve irsaliyelerini de delil olarak dosyaya sunmasına rağmen bunlar da incelenmemiştir. Dava konusu çek zamanaşımına uğradığından ve taraflar arasında temel ilişki bulunduğu iddia edildiğinden, mahkemece tarafların ticari defterleri ve dosyaya sunulan fatura ve irsaliyeler üzerinde konusunda uzman bir bilirkişiye iddia ve savunma çerçevesinde inceleme yaptırılıp, ayrıntılı ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alındıktan sonra uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına bozulmasına, bozma nedenine göre öteki yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 09.10.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**T. 13.10.2006****E. 2006/8540****K. 2006/9646***** İşbölümü nedeniyle verilen kararların kesin nitelikte olması**

Davacı vekili, davalı şirketin dava dışı borçlu Ç. İtiryat Paz. AŞ aleyhine başlattığı icra takibinde müvekkiline çıkarılan İİK'nın 89/1-2. haciz ihbarnamelerinin usulsüz tebliğ edildiğini, müvekkilinin yedinde ortağı olduğu, takip borçlusu şirkete ait mal veya alacağının, herhangi bir borcunun bulunmadığını belirterek borçlu, olmadıklarının tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacıya çıkarılan 89/1-2-3. haciz ihbarnamelerinin usulüne uygun olarak tebliğ edildiğini bildirerek iş bölümü itirazlarının kabulü ile dosyanın Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın mahiyeti itibariyle Ticaret Mahkemesi'nde görülmesi gerektiğinden iş bölümü itirazının kabulüne, dosyanın İzmir Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

İş bölümü sebebiyle verilen gönderme kararları kesin nitelikte olup temyizi kabil değildir. Bu nedenle temyiz isteminin reddi gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz isteminin reddine, peşin harcın istek halinde iadesine, 13.10.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**T. 22.01.2007****E. 2006/6057****K. 2007/227***** Menfi tespit davası**

Dava, keşidecileri H. A. G. ve S. G., lehtarları A. T. olan ve diğer davalı Ü. T.'ye ciro edilen 17.9.2004 tanzim, 20.10.2004 vadeli 50.000.000.000. TL.'hk bono ile borçlu olunmadığının tesbiti istemine ilişkindir.

Davalı A. T. süresinde davaya cevap vermemiş;

Diğer davalı Ü. T. vekili, eşi A.'yı maliki bulunduğu taşınmazın davalılara satıldığını taşınmazın tapuda gösterilen değer üzerinde bir bedelle 50.000.000.000.TL. ye satıldığı, bononun bu ilişki nedeni ile eşine verildiğini, eşinin de bonoyu ciro ettiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulüne davacıların 50.000.000.000.TL.'lik bono ile borçlu olmadığını tesbitine, bononun iptaline, İİK'nın 72/5 maddesi gereğince %40 tazminatın davalılardan müteselsilen alınarak davacılara verilmesine karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava dilekçesi ve cevap dilekçesi içeriğine göre, dava konusu bononun cıaıvc satışı için ve miktar hanesi kısmının yazılı olarak verildiği hususları çekişmesizdir. Bu durumda dava konusu gayrimenkulun 50.000.00.YTL bedelle satıldığının kabulü gerekir.

Nitekim dava dilekçesinde de *“Tapuda belirtilen değer esas alınması düşünülmür ise de tatbikatta düşük değer gösterilmesi adet haline gelmiştir.”* İfadesi ile taşınmazın tapudaki değerinin gerçek değeri göstermediğini davacılar vekili açıkça kabul etmiştir.

Bu nedenle tapu kaydındaki bedelin alındığına yönelik ifadelerin tapuda gösterilen miktara yönelik olduğunun kabulü gerekir.

Satış sırasında dava konusu bononun iade edilmemiş olması da bu hususu doğrudur niteliktedir.

Hal böyle olunca bonodaki bedelle tapudaki bedel arasındaki farkı ödediğini ispat yükümlülüğü altında olan davacılara bu yöndeki delillerini ibraz olanağı tanınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde menfi tesbit davasının kabulüne karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

Öte yandan icra takibinde taraf olmayan lehtar A.'nın %40 kötüniyet tazminatı ile sorumlu tutulması da kabul şekli itibari ile isabetli değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, vekilleri Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davalılar yararına takdir edilen 500.00.-YTL. duruşma vekalet ücretinin davacılarından alınarak davalılara verilmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 22.1.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 23.01.2007

E. 2006/9121

K. 2007/285

*** Menfi tespit davası***** Yetki anlaşması ya da yetki şartının genel yetkili mahkemenin yetkisini kaldırmaması**

Davacı vekilleri müvekkilleri ile davalı arasında bayilik sözleşmesi yapıldığını, davalının göndereceği mallara karşılık 40.092.97 YTL'lik çek verildiğini, davalının gönderdiği mallardan 23.903.22 YTL'lik kısmının ayıplı çıktığını, bir kısım malın ise gönderilmediğini ileri sürerek çeklerden dolayı müvekkillerinin davalıya borçlu olmadığına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili müvekkilinin ikametgahının Ankara' da olduğunu, bayilik sözleşmesinin 20. maddesine göre de yetkili mahkemelerin Ankara mahkemeleri olduğunu beyan ederek dava dilekçesinin yetkisizlik nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece taraflar arasındaki sözleşmenin 20. maddesine göre uyuşmazlıkların çözümünde Ankara mahkemelerinin yetkili kılındığı gerekçesiyle dava dilekçesinin yetkisizlik nedeniyle reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekillerince temyiz edilmiştir.

Dava çekler sebebiyle borçlu bulunulmadığının tespiti istemine ilişkin olup somut olayda icra takibine girilmemiştir. Bu durumda yetkili mahkemenin genel yetki kurallarına göre saptanması gerekir. Taraflar arasında yetki sözleşmesi yapılması ya da sözleşmeye yetki şartı konulması diğer yetki kurallarını ortadan kaldırmaz. Dava konusu çeklerde keşide yeri olarak Erzurum gösterilmiştir. Bu durumda mahkemece Erzurum mahkemelerinin de yetkili olduğu gözetilmeden yanılıgılı gerekçelerle yetkisizlik kararı verilmesinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine 23.01.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**T. 26.01.2007****E. 2006/11449****K. 2007/402***** Menfi tespit davası***** Bonoda tahrifat**

Dava, davacının keşideci, davalının lehdarı bulunduğu, ön yüzünde 47.500 DM olarak düzenlendiği yazılı olan, arka yüzünde 22.7.1998 tarihinde 47.500 DM karşılığında alınmıştır yazısı bulunan bononun aslında 27.500 DM'lık borç için düzenlendiği, arka yüzündeki (2) rakamının yerine tahrifat sonucu (4) rakamının yazıldığını, bonoya karşılık 17.500 DM'lık de ödeme yapıldığı dolayısıyla davalıya 37.500 DM borçlu olunmadığı iddiasıyla açılan menfi tesbit davasıdır.

Davalı vekili, davanın reddini ve %40'dan az olmamak üzere tazminata hükmedilmesini istemiştir.

Davalı ceza mahkemesinde verdiği ifadede davacıya önce 27.500 DM ödediğini, bilahare 20.000 DM daha ödeyip bononun arkasındaki 27.500 DM'yi 47.500 DM olarak değiştirdiğini beyan etmiştir.

Mahkemece davacı vekilinin davalıya yemin teklif etme hakkı bulunduğu hatırlatılmış, davalı teklif edilen yemini eda etmiştir. Bu nedenle kanıtlanamayan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu bononun ön yüzünde miktarının 47.500 DM olarak yazılı olmasına karşın bono lehdarı davalı bono arkasındaki "27.500 DM karşılığı alınmıştır" yazısındaki (2) rakamının yerine (4) rakamını yazarak tahrif ettiği, hem lehdarın ceza davasındaki ifadesinden, hem de Adli Tıp Kurumu'ndan alınan rapordan anlaşılmaktadır.

Davalı lehdar ceza davasındaki ifadesinde davacıya önce 27.500 DM ödediğini, bunu bononun arkasına yazdığını, bilahare 20.000 DM daha ödeme yapılırca bononun 47.500 DM için düzenlendiğinin anlaşılması için (2) rakamını, (4) rakamına çevirdiğini beyan etmiştir.

Davacıda bononun 27.500 DM'lık borç için düzenlendiği kabul ederek 17.500 DM'lık kısmının ödendiğini iddia etmiş ise de bu ödemeyi kamtlayamamıştır.

Bu durumda başlangıçta bononun 27.500 DM için düzenlendiğinin kabulü gerekir. Davalının sonradan 20.000 DM daha ödeme yapması nedeniyle alacağın 47.500 DM'ye yükseldiği ve bu nedenle (2)

rakamının (4) rakamına çevrildiği yolundaki iddiasını kanıtlamasına yönelik delilleri toplanarak, uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, ispat külfetinin tayininde yanlıya düşülerek yazılı şekilde hükmü kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davacı yararına takdir edilen 450.00.YTL duruşma vekalet ücretinin davalıdan alınarak, davacıya ödenmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 26.1.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 29.01.2007

E. 2006/11944

K. 2007/526

*** Menfi tespit davası**

*** Aktif dava ehliyeti**

Davacı vekili, müvekkilinin eşi O. M. ile davalı O. Ç.'nin davalı şirketin ortakları iken 28.07.2004 tarihinde bir araya gelerek müvekkilinin eşinin bir kısım ödemelerle bazı çekleri davalıya verdiğini, adı geçen şirket ortaklarının tekrar 31.07.2004 tarihinde bir daha protokol düzenleyerek davaya konu 2 adet çekin O. M.'ye verileceğini kararlaştırdıklarını, söz konusu çeklerin keşidecisinin müvekkili olup, bu çeklerin müvekkilinin eşinin davalı şirkete olan borçlarının kapatılması amacıyla davalı O. Ç.'ye verildiğini, çeklerin iade edilmediğini belirterek müvekkilinin 10.000.000.000 TL borçlu olmadığını tespitine ve çeklerin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere göre, dava konusu çeklerden 3017872 nolu çekin iade edildiğinden bu çekle ilgili konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına, davacının protokolde taraf olmadığı, O. M. tarafından bir dava açılmadığı, O. M.'nin davaya dahil edilme talebinin usule uygun görülmediği gerekçeleriyle adı geçenin davaya dahil edilme isteminin reddine, 3017871 nolu 5.000.000.000 TE bedelli çekle ilgili davanın ise davacının aktif dava ehliyeti bulunmadığından reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekiline temyiz edilmiştir.

Dava, çek nedeniyle borçlu bulunulmadığının tespiti istemine ilişkindir. Temyize konu edilen çekte davacı keşideci durumunda olduğuna göre aktif dava ehliyeti ve dava açmakta hukuki yararının bulunduğu kabulü gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek işin esastan incelenmesi gerekirken davacının aktif ehliyeti bulunmadığı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, bozma nedenine göre öteki yönlerin incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine 29.01.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 20.10.2006

E. 2006/4304

K. 2006/10013

* İtirazın iptali davası

* Usulsüz tebligat

(818 sayılı BK m. 484; 7201 sayılı TK m. 20, 21, 28)

Davacı banka ile dava dışı S. Ltd. Şti. arasında kredi sözleşmesi imzalandığı, davalı F. M.'nin maliki bulunduğu taşınmaz üzerinde 30 milyarlık ipotek tesis ettiği ve ipotek limiti miktarınca borçtan müteselsil kefil olduğu konusunda ihtilaf bulunmamaktadır.

Dava, davacı tarafından davalı hakkında yapılan haciz yolu ile takibe yönelik itirazın iptali davasıdır.

Davalı vekili, müvekkilinin kredi sözleşmesinde kefalet imzası olmadığını, ancak ipotek nedeniyle sorumlu olduğunu kefil olma iradesi bulunmadığını, kat ihtarinin tebliğ edilmediğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre, dayalının ipotek resmi senedinde kredi borcuna müteselsil kefil olmayı kabul ettiği, kefalet aktinin BK'nın 484. maddedeki koşulları taşıdığından geçerli olduğunu, bu nedenle 30.000.000.000.TL. asıl alacak 402.600.000.000.TL. işlemiş faiz 20.130.000.000.TL. BSMV üzerinden itirazın iptaline, asıl alacağa takip tarihinden itibaren %240 temerrüt faizi yürütülmesine, %40 icra inkar tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle ipotek resmi senedindeki kefalet iradesinin BK'nın 484. maddedeki koşulları taşıdığından davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

2- Davalı vekilinin kat ihtarının tebliğinin usulsüzlüğüne ilişkin temyizine gelince; kat ihtarı davalıya Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre tebliğ edilmiştir.

Tebligat Kanunu'nun 20, 21 ve tüzüğün 28. maddesi uyarınca muhatap veya muhatap adına tebliğ yapılabilecek olanlardan her biri gösterilen adreste bulunmaz iseler tebliğ memurunun adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel komşu, yönetici, kapıcı muhtar, ihtiyar kurulu, zabıta amir ve memurlarından tahkik ederek 'beyanlarım tebliğ tutanağına yazıp imzalatması, imzadan çekinmeleri halinde de bu durumu yazarak imzalaması gerekir. Bu şekil geçerlilik koşuludur. Sonuçta olayda muhatapın ne sebeple adreste bulunmadığı tevsik edilmiştir. Bu hali ile kat ihtarının tebliğine ilişkin tebligat geçersiz olup, davalının icra takibi ile temerrüde düştüğünün kabulü gerekirken, yazılı şekilde 11.1.1998 tarihinden itibaren davalının temerrüt faizi ile sorumlu tutulacak şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına bozulmasına, vekili Yargıtay durulmasında hazır bulunan davalı yararına takdir edilen 450.00.-YTL. duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 20.10.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 31.10.2006
E. 2006/9208
K. 2006/10165

*** İtirazın iptali davası**
*** Şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemelerinin yetkili olması**

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya elektrik malzemesi sattığını, davalının bakiye borcunu ödememesi üzerine alacağın tahsili için yapılan icra takibinin haksız itiraz nedeniyle durduğunu ileri sürerek,

itirazın iptaline, % 40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı temsilcisi, taraflar arasında ticari ilişki bulunmadığını, davalı şirketin merkezinin Uşak'ta bulunduğunu, bu nedenle Uşak mahkemelerinin yetkili olduğunu beyan ederek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalı E. M. Elektronik Ltd. Şti.'nin adresinin Uşak'ta olduğu, bu nedenle yetkili mahkemenin Uşak Sulh Hukuk Mahkemeleri olduğu gerekçesiyle mahkemenin yetkisizliğine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

İtirazın iptali davası icra takibinin devamıdır. İcra takibine yetki yönünden itiraz edildiğine göre, bu itirazın kaldırılmaması takip engeli oluşturur. Bu nedenle mahkemece öncelikle icra dairesinin yetkisine yönelik itiraz incelenerek sonucuna göre işlem yapılması gerekirken belirtilen bu itiraz konusunda olumlu veya olumsuz bir karar verilmeksizin mahkemenin yetkisine yapılan itiraz incelenerek yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 31.10.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 19.10.2006

E. 2006/2472

K. 2006/9897

*** İtirazın iptali davası**

*** Kredi sözleşmesi**

Davacı vekili, müvekkili bankanın davalı T. Tekstil Ltd. Şti.'ne kullandığı krediye diğer davalıların kefalet verdiklerini, kredinin ödenmemesi üzerine hesabın 30.10.2001 tarihinde kat edilerek ihtarname kedide olunduğunu, alacağın tahsili için bağlatılan icra takibine itiraz edildiğini iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Birleştirilen 2002/1168 esaslı davada, davacı Koçbank, davalı S. A. K.'nın davadışı T. Tekstil Ltd.Şti. olan kefaleti nedeniyle kredi borcundan sorumlu olduğunu, alacağın tahsili için yapılan icra takibine itiraz edildiğini iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Birleştirilen 2004/80 esaslı davada, davacı T. Triko Ltd. Şti. davalı bankanın hesapta bulunan mevduatlarını talimat olmadan düşük faizli hazine bonusuna yatırarak şirketlerini zarara uğrattığını iddia ederek, fazlaya dair hakları saklı kalarak 50.000.000.000.TL tazminatı talep ve dava etmiştir.

Asıl davada davalılar, davacı banka ile kredi sözleşmesi imzalanmasının kredi kullanımı anlamına gelmediğini, kaldı ki sözleşmelerin hile ile imzalandığını, bankadan herhangi bir kredi kullanmadıklarını, bankanın usulsüz işlemler ile kredi verilmiş, gibi gösterip bu krediyi de hazine bonosuna yatırdığını, para üzerinde hiçbir tasarrufları olmadığını beyan ederek davanın reddini istemişlerdir.

Birleştirilen 2002/1168 esas sayılı davanın davalısı S. A. K. savunmasında, davacı banka ile T. Tekstil Ltd. Şti. arasında imzalanan kredi sözleşmesine 250.000. USA doları kefalet verdiklerini, kefalet ettikleri sözleşme ile kullanılan kredinin geriye ödendiğini, 1998 yılında şirketteki hisselerini satarak ilişkilerini sona erdirdiklerini, bankanın adı geçene 2000 yılında yeni sözleşmeler imzalayarak kullandığı krediden kendilerinin sorumlu olmadıklarını beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Birleştirilen 2004/80 esas sayılı davanın davalısı Koçbank savunmasında, davacı şirketin hem krediyi kullanmadık dediği halde, kullandığı kredi ile alman hazine bonusu nedeniyle zarara uğradığını iddia etmesinin iyi niyetli bir davranış olmadığını beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, benimsenen bilirkişi raporuna göre, davalı T. Tekstil Ltd. Şti.'nin kullandığı kredi ve diğer davalıların kefaletleri nedeniyle borçtan sorumlu oldukları gerekçesiyle asıl dava ile birleştirilen 2002/1168 esas sayılı davanın kısmen kabulüne, birleştirilen 2004/80 esas sayılı davanın reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle kredi borçlusu T. Tekstil Ltd. Şti., kefiller T. Triko Ltd. Şti., N. K. T., H. T.'nin temyiz itirazlarının tümünün, davacı bankanın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazların reddi gerekmiştir.

2- Banka ile kredi borçlusunu ve kefiller T. Tekstil Ltd. Şti., N. K. T., H. T. arasında imzalanan kredi sözleşmelerinin temerrüt faizine ilişkin 71. maddesinde “temerrüt faizinin cari akdi kredi faizinin %50 fazlası” olması öngörülmüştür. Bu durumda bankanın kat tarihinde aynı kredilere uyguladığı cari akdi kredi faizinin tesbit edilerek bunun %50 fazlasının temerrüt faizi olarak saptanması gerekirken eksik inceleme ile düzenlenen bilirkişi raporuna göre temerrüt faizinin % 135,70 olarak tesbiti doğru görülmemiştir.

3- Birleştirilen 2002/1168 esas sayılı davanın davalısı S. A. K.’nın temyizine gelince; davalı kefaletten imzaladığı 250.000 USA dolarlık sözleşme ile şirkete kullanılan kredinin geriye ödendiğini ve diğer iki sözleşmede kefaletinin bulunmadığını belirterek sonradan kullanılan kredilerden sorumlu olmayacağını beyan etmiştir. Davacı banka ile kredi borçlusunu arasında 250.000 USA, 2.000.000. USA, 2.500.000 USA olmak üzere 3 adet sözleşme mevcut olup davalı Sabriye Asena Kutlu’nun kefalet sözleşmesi 1996 tarihli ve 250.000 USA limitli olmaktadır. Diğer iki sözleşme 2000 yılında düzenlenmiş olup davalının bu sözleşmelerde kefaleti bulunmamaktadır.

Bu durumda anılan sözleşmelerin bağımsız kredi sözleşmeleri olup olmadığı incelenerek, şayet bağımsız sözleşmeler ise davalının kefalet ettiği 250.000 USA sözleşmeden doğan bir borç bulunup bulunmadığı araştırılarak nasıl alacak sonuca göre bir karar verilmek gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) sayılı bentte açıklanan nedenle T. Tekstil Ltd.Şti., N. K. T., H.T. ve T. Triko Ltd. Şti’nin temyiz itirazlarının tümünün, davacı Koçbank’ın sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenle hükmün davacı banka, (3) nolu bentte açıklanan nedenle birleşen 2002/1168 esas sayılı davaya yönelik hükmün davalı S. A. K. yararına bozulmasına, taraf vekilleri Yargıtay duruşmasında hazır bulunduğundan 450.00.-YTL duruşma vekalet ücretinin davalılar T. Tekstil Ltd. Şti., T. Triko Ltd. Şti., N. K. T., H. T.’den alınarak davacı bankaya, 450.00.YTL. vekalet ücretinin davacı bankadan alınarak davalı S. A. K.’ya verilmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 19.10.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 04.12.2006

E. 2006/6503

K. 2006/11543

* İtirazın iptali davası

* Yabancı tüzel kişilerin
icra takibi yapabilmek için
teminat yatırma yükümlülüğü* Kayıtsız şartsız ilk talepte
ödeme taahhütlü teminat
mektubu

(2004 sayılı İİK m. 113; 2675 sayılı MÖHUK m.32; 818 sayılı BK m.110)

Davacı vekili, dava dışı B. İnşaat AŞ ile müvekkili şirket arasında “Islamabad-Peşhaver” otoyolu yapımı için sözleşme imzalandığını, anılan sözleşme gereğince yüklenici B. İnşaat AŞ’ye avans ödemeleri yapıldığını, avans ödemelerinin teminatını teşkil etmek üzere davalı T. İş Bankası’nın (% 50.64 oranında sorumlu) liderliğinde Türk bankalarından oluşan konsorsiyumun “kayıtsız şartsız ilk talepte ödeme” taahhüdünü içeren iki adet teminat mektubu verdiğini, dava dışı B. İnşaat AŞ’nin sözleşme ile yüklendiği edimini yerine getirmediği için akdin fesih edildiğini, fesih tarihine kadar yüklenici şirketin yerine getirdiği işlerin bedeli düşülerek kalan avansın iadesinin talep olunduğunu, adı geçen bu isteme cevap vermemesi üzerine, davalı bankaya müracaat ile teminat mektuplarının tazminini istediklerini, davalı bankanın mektup bedellerini ödemediğinden imtina ettiğini, alacağın tahsili için başlatılan 2002/16821 sayılı takibe itiraz edildiğini iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, tazmini istenen 863121 nolu teminat mektubunun paraya çevrilmemesi yolunda dava dışı B. İnşaat AŞ tarafından Ankara Ticaret Mahkemesi’nden tedbir kararı alındığını, bu nedenle davacının İİK’nın 113. maddesine göre icra takibi yapamayacağını, diğer yandan davacının yabancı tüzel kişilik olması nedeni ile teminat yatırmasının zorunlu olduğunu beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davada teminat yatırma yükümlülüğünün 11.01.2005 tarihli uluslararası sözleşme ile ortadan kalktığı, teminat mektubunun paraya çevrilmemesi yolunda verilen tedbir kararının mürtefi olduğu, teminat mektubunun kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünü içerdiği

gerekçesiyle itirazın iptaline, davacının icra inkar tazminatı isteminin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1- MÖHUK'nun 32.maddesi uyarınca, icra takibi yapan yabancı alacaklı teminat göstermek zorundadır. Yargılama aşamasında Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan Devleti arasında imzalanan ve 11.1.2005 tarihinde yürürlüğe giren uluslararası sözleşme ile akit devlet vatandaşlarının ve tüzel kişilerin teminat gösterme yükümlülüklerinin bulunmadığı kararlaştırılmıştır. Hal böyle olunca takip ve dava şartının takip ve dava'dan sonra gerçekleşmesi nedeniyle MÖHUK'nun 32. maddesindeki engel ve davacının teminat gösterme yükümlülüğü ortadan kalkmıştır (B. Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 2004, s. 175; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2001, Cilt 4 s. 4203).

Dava dışı B. AŞ tarafından HUMK'nın 101. ve devamı maddeleri uyarınca dava konusu teminat mektubunun tazmin talebinin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına dair 2.5.2001 tarihinde Ankara Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'nden ihtiyati tedbir karar alınmış ise de, anılan tedbir kararı mürtefi olduğundan davacının icra takibi yapmasında usulsüzlük bulunmamaktadır.

Dava konusu 863121 nolu teminat mektubunun BK'nın 110.maddesi gereğince asıl borç ilişkisinden bağımsız bir taahhüt niteliği taşımasına (garanti sözleşmesi) ve "kayıtsız şartsız ilk talepte ödeme" koşulunu ihtiva etmesine göre, dava dışı B. AŞ ile davacı arasındaki otoryol yapımı sözleşmesinin tarafları arasında görülen tahkim davasının sonucunun beklenmesine yönelik davalı isteminin reddinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Diğer yönden, yabancı davacının teminat gösterme yükümlülüğünün yargılama aşamasında yürürlüğe giren uluslararası sözleşme ile ortadan kalkmış olması nedeniyle davalı T. İş Bankası'nın icra takibine vaki itirazında bu açıdan haksızlığından söz edilemeyeceğinden mahkemece icra inkar tazminatına hükmedilmemesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Tüm bu nedenlerle davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan öteki temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- İcra takibi ve dava yabancı para alacağına ilişkin olup, dava tarihindeki kur dikkate alınarak belirlenecek dava değeri üzerinden karar

ve ilam harcına, aynı değer üzerinden de hüküm tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi dikkate alınarak vekalet ücretine hükmolunmak gerekirken, hatalı harç ve vekalet ücretine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) sayılı bentte açıklanan nedenle davacının tüm, davalının sair temyiz itirazlarının reddine, (2) sayılı bentte açıklanan nedenle hükmün davalı yararına bozulmasına, davalı vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunduğundan takdiren 450.00.-YTL. vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalıya verilmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 04.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 08.12.2006
E. 2006/5912
K. 2006/11724

* **İtirazın iptali ve icra inkar tazminatı talebi**
* **Ayıplı ifa ve ayıp ihbarı**
* **Sözleşmeden dönme**
(818 sayılı BK m.198, 202;
6762 sayılı TTK m. 25)

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya satıp teslim ettiği iplik bedeline karşılık düzenlenen faturaların ihtarnameye rağmen ödenmediğini alacağın tahsili için girişilen icra takibine de haksız olarak itiraz edildiğini iddia ederek itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına hükmolunmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, müvekkilinin davacı şirketten 22.11.2002 tarih ve 23.11.2002 tarihli irsaliyeler ile teslim aldığı ipliklerin ayıplı çıktığını, durumun derhal bildirildiğini, müvekkilinin bu nedenle zarara uğradığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre davaya konu maldaki ayıbın gizli ayıp olup, davalının ayıbı öğrenir öğrenmez davacıya bildirdiği, bu nedenle artık süresinde ayıp ihbarı yapılmadığı savının geçerli bulunmadığı, davalının davacı şirket ile yaptığı yazışma içeriklerinden BK 202. maddesi uyarınca seçimlik hakkını sözleşmeden dönme iradesi yönünde kullandığı, davalının elindeki emtiayı iade ile sözleşmeden dönme hakkına haiz olduğu gerekçesi ile

davanın reddine ve davalı yararına alacağın %40' ı oranında (8.600,00 YTL) icra inkar tazminatına hükmolunmuş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında iplik alım-satımına dayalı ticari ilişkinin mevcut olduğu çekişmesizdir. Davalı malların ayıplı olduğunu ve derhal ayıp ihbarında bulduklarını savunarak davanın reddini istemiştir.

TTK'nın 25/3 maddesi uyarınca emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı 2 (iki) gün içerisinde keyfiyeti satıcıya bildirmeye mecburdur. Açıkça belli değilse alıcı emtiayı teslim aldıktan sonra 8 (sekiz) gün içerisinde muayene etmeye veya ettirmeye ve bu muayene neticesinde emtianın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa haklarını muhafaza için keyfiyeti bu müddet içinde satıcıya bildirmeye mecburdur.

Diğer hallerde BK'nın 198. maddesinin 2 ve 3 fıkraları uygulanır.

Mahkemece anılan yasa hükmü çerçevesinde ayıp ihbarında bulunulup bulunulmadığı yolunda yeterince durulup, irdelenmeden, eksik incelemeyle yazılı biçimde karar verilmesi doğru olmadığı gibi kabul şekli itibariyle davalı yararına tazminata hükmolunması da isabetsizdir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın davacı yararına bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine 8.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 12.01.2007
E. 2006/418
K. 2007/10

* **Avukatın kendisine iş teminine yönelik davranışlardan kaçınması**
(Av. K. m.;
TBB Meslek Kuralları m.)

Şikayetli avukatın, Çerkezköy Tapu Sicil Müdürlüğü'ne verdiği 18.11.2004 tarihli dilekçesinde; "*Çerkezköy Tapu Sicil Müdürlüğü sınırları dahilinde bulunan tapulu gayrimenkuller üzerinde, idari birimler tarafından sicil kayıtlarına, kamulaştırma şerhi veya kamu yararı şerhi düşülen gayrimenkullerin, pafta, parsel numaraları ve şu anki malik veya varsa mirasçılarının isim ve adreslerini içeren bilgiler ile birlikte, Bilgi Edinme Yasası ve Avukatlık Kanunu (m. 2) çerçevesinde tarafına verilmesini istediği*", dolayısıyla bu eyleminin TBB Meslek Kuralları'nın 8. maddesindeki, "*avukat kendisine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir*" kuralına aykırı olduğu iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca, Çerkezköy Tapu Sicil Müdürlüğü'ne verilen dilekçenin anayasal bir hak olduğu, iş ve çıkar sağlama amacına yönelik olmadığı kabul edilerek, şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, şikayetçinin konu ile bir ilgisinin olmadığını, Ö. B. adlı kişinin talebi ve işi nedeniyle Tapu Sicil Müdürlüğü'nden istekte bulunduğunu, iş sağlama niteliğinde bir davranışının olmadığını ve herhangi bir davanın da açılmamış olduğunu bildirmiştir.

Şikayetçi ise dilekçelerinde, kendisinin Tekirdağ Barosu'nun ilçe temsilcisi olduğunu, bu nedenle tapu idaresi tarafından kendisine başvurulduğunu, şikayetlinin dilekçesinde herhangi bir kişi ismi be-

İrtmediğini, dolayısıyla Çerkezköy yöresindeki tüm kamulaştırma işlemleri ile ilgili bilgi almak suretiyle bu davranışının kendisine iş temini etmeye yönelik bir davranış olduğunu ileri sürmüştür.

Şikayetli avukatın Çerkezköy Tapu Sicil Müdürlüğü'ne verdiği dilekçe aynen şu şekildedir;

Çerkezköy Tapu Sicil Müdürlüğüne

Konu: Bilgi Edinme hakkında

"Müdürlüğünüz sınırları dahilinde bulunan tapulu gayrimenkuller üzerinde idari birimler tarafından sicil kayıtlarına "kamulaştırma şerhi" veya "kamu yararı şerhi" düşülen gayrimenkullerin, pafta, parsel numaraları ve şu anki malik veya varsa mirasçılarının isim ve adreslerini içeren bilgiler ile birlikte , Bilgi Edinme Yasası ve Avukatlık Kanunu (m. 2)çerçevesinde tarafıma verilmesini saygıyla arz ve talep ederim. 18/11/2004

Av. K. Ş.

.....

B. Evler/İST'(Tel/fax numaralı e-mail adresi)

Görüldüğü gibi, kovuşturmaya konu dilekçede belli bir kişi ve parsel ismi belirtilmemekte, o yöredeki müdürlük sınırları dahilinde, kamulaştırma şerhi ve kamu yararı şerhi düşülen parsellerin numaraları ve maliklerinin isimlerinin bildirilmesi istenilmektedir.

Bu nedenle şikayetlinin "Ö. B. isimli kişinin talebi ve işi nedeniyle Tapu Sicil Müdürlüğü'nden istekte bulunduğu" ilişkin savunması inandırıcı bulunmadığından, bu savunmaya itibar edilmemiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 8. maddesi "Avukatın kendisine iş teminine yönelik davranışlardan kaçınmasını" öngörmektedir. Şikayetlinin 18.11.2004 tarihli dilekçesi içeriği iş temini amacına yönelik olup, eylem disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabet görülmemiş, Şikayetli hakkında Baro Disiplin Kurulu'nca "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararın kaldırılarak, yeniden araştırılacak bir husus bulunmadığından Şikayetlinin Uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazlarının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun *Disiplin* cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin

kararının kaldırılmasına, durum yeniden incelemeyi gerektirmediğinden Şikayetli Av. K. Ş.'nin uyarma cezası ile cezalandırılmasına, katılanların oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 12.01.2007
E. 2006/420
K. 2007/12

*** Reklam yasağına aykırı internet sitesi**
(Av. K. m. 34, 55, 134, 135/2;
TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği
m. 9; TBB Meslek Kuralları m. 7, 8)

Şikayetli avukatlar hakkında "*www.....com. isimli internet sitesinin Avukatlık Yasası'nın 55. maddesinde düzenlenen reklam yasağına aykırı olduğu*" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca, şikayetli avukatlardan A. A. ve M. A. A.'nın eylemlerini sabit görerek, Avukatlık Yasası'nın 55, TBB Reklam Yönetmeliği'nin 9, Avukatlık Yasası'nın 34, 134 ve 135/2 maddeleri gereğince ayrı ayrı "*kınama*" cezası ile cezalandırılmalarına, diğer şikayetli avukatlar hakkında ise "*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli avukatlar A. A. ve M. A. A. tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetliler itirazlarında, kendileriyle ilgisi bulunmayan M. M. A. isimli kişinin kullandığı ifadeler nedeniyle ceza aldıklarını, ayrıca kararda bahsi geçen siteyi kapatmış olduklarını, kaldı ki Web sitelerinde yer alan ibarelerin "*reklam*", "*haksız Rekabet*" ve "*iş temini*" amacını gütmeyeceğini, suçun manevi unsurunun oluşmadığını ve bu nedenle cezanın kaldırılmasına karar verilmesini istemişlerdir.

Dosya içeriğinden, A. & A. Hukuk Danışmanlık başlıklı sitede; "*A. & A. Danışmanlık Hukuk Danışmanlık Firmamız 1978 yılında İstanbul'da Av. M. A. tarafından kurulmuştur. Av. M. A'nın 2000 yılında vefatından sonra firma oğulları Av. A. A. ve Av. M. A. A. tarafından yönetilmektedir. Firma, uluslararası hukuk, Türk ticaret hukuku, sözleşmeler hukuku, sermaye piyasası hukuku, borçlar hukuku alanlarında faaliyetine devam etmektedir. Firma bünyesinde, alanlarında profesyonel altı avukat ve iki detektif çalışmaktadır. Firma, ulusal ve uluslararası şirketlere profesyonel danışmanlık hizmeti vermektedir*" denildiği,

Diğer sayfalarda, amaç, çalışmanın kapsamı, mevcut durumun değerlendirilmesi, yol haritasının hazırlanması ve uzun vadeli çalışmak ve çalışma ekibi başlıklı kısımlarda özetle; "Şirketin konsiye satış, bayilik, Franchising, Distribütörlük, Exclusive Distribütörlük, Corner satıcılık, ürün ve mal alımları, hizmet alımları vb. şeklinde üçüncü tüzel veya gerçek kişilerle yapmış olduğu tüm anlaşmaların incelenmesi ve risk analizlerinin ortaya çıkarılması, şirketin vergi uygulamalarının gözden geçirilmesi, markanın 556 sayılı kanun hükmünde kararname gereğince korunmasına yönelik fikri ve sınaî haklar mahkemesinde dava açmak, savcılık kanalıyla kaçak ve taklit malların toplatılması, şirket merkezinde ve gerekse tüm şube ve ofislerinde günlük operasyonel işlemler sırasında çıkan problemlere yönelik çözümler üretilmesi, bu çerçevede, danışmanlık hizmetini layıkıyla verebilecek nitelikte tecrübeli 7 avukat, 2 asistan ve 2 dedektif bulunduğu " bildirilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 55. maddesinde; avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmalarının yasak olduğu yolunda emredici ve kapsamı geniş bir hükme yer verilmiş, mesleğin düzen ve geleneklerini korumak; yasaların avukatlara tanıdığı hakların gerçekleşmesine ve yüklediği görevleri tam ve onurlu bir şekilde yerine getirmek amacıyla oluşturulan TBB Meslek Kuralları'nın 7. maddesinde, avukatın sadece adres değişikliğini, reklam niteliği taşımayacak biçimde ilan edebileceği, 8. maddesinde de, kendisine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekineceği kuralları getirilmiştir.

Ayrıca Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, bu yönetmelik kapsamında olanların bağlı bulunduğu baroya önceden bildirmek kaydıyla sadece aşağıdaki hususları içerecek şekilde bir internet sayfası açabileceği, bu sayfada mesleki makalesini ve bilimsel çalışmalarını yayınlayabileceği, barolar ve Türkiye Barolar Birliği'nin, avukatın internet sayfasında;

- a- Bu yönetmelik kapsamında olanların adı, soyadı ve unvanı,
- b- Baro sicil numaraları
- c- Türkiye Barolar Birliği sicil numaraları,
- d- Mesleğe başlama tarihi,
- e- Büro adresi
- f- Telefon ve faks numaraları

- g- Mezun olduğu üniversite,
- h- Fotoğrafı.
- I- E-Posta adresi,
- j- Varsa akademik unvanı,
- k- Varsa bildiği yabancı dil,

hususlarının yer almasını sağlayacağı, hükmü yer almaktadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacıya ait internetteki web sayfasında, 1978 yılından bu yana faaliyette bulunan avukatlık bürosu olduğu, uluslararası hukuk, Türk ticaret hukuku, dış ticaret hukuku, sözleşmeler hukuku, sermaye piyasası hukuku, borçlar hukuku alanlarında faaliyette bulunduğu önemli başarılar sağlandığı, firma bünyesinde alanlarında profesyonel altı avukat ve iki dedektif çalıştığının belirtildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, web sayfasında bilgi vermede ölçülülük ve objektiflik sınırlarının aşıldığı, reklam ve iş edinme amacı güdüldüğü anlaşıldığından, Şikayetlinin eylemi Avukatlık Yasası'nın 55, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 9. TBB. Meslek Kuralları'nın 7 ve 8.maddelerine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Sitenin, şikayet tarihinden sonra kapatılmış olduğu, iş teminine yönelik olmadığı, avukatın kendisini ifade etmesine yönelik olduğuna ilişkin Şikayetlilerin savunmaları yukarıda sıralanan yasa maddeleri karşısında, haklı ve yerinde bulunmamıştır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikayetlilerin itirazlarının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nca her iki şikayetlinin ayrı ayrı kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 12.01.2007
E. 2006/423
K.2007/14

* Dilekçede kullanılan ifadelerde,
iddia bakımından gereklilik
ve zorunluluk ölçütleri
(AY m. 36; Av. K. m. 136/1, 158,
159/2; TBB Meslek Kuralları
m. 6, 17)

Şikayetli avukat hakkında Gümüşhacıköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1999/171 Esas sayılı dosyasına sunduğu 31.03.2000 tarihli reddi hakim dilekçesinde kullandığı, "Davanın Gümüşhacıköy'de kalması için kılıfına uydurulmuştur, bu gerekçenin hiçbir hukuki dayanağı yoktur. Sayın hakimin yetki kurallarına ilişkin temel prensipleri öğrenmemiş olması uzak ihtimal olduğundan müvekkilime karşı kötü niyetli hareket ettiği apaçık ortadadır. Yetki itirazının reddi için temel hukuk prensipleri ayaklar altına alınmıştır. İkametgahları İstanbul olan şahıslar her halde son altı ay İstanbul'da oturmuşlardır. Uydurma bir gerekçe ile davanın Gümüşhacıköy'de kalması sağlanmıştır. Hakimin red gerekçesi hukuki dayanaktan yoksundur. Mantığa aykırıdır. Sayın hakimin kanun maddelerini, Yargıtay içtihatlarını, dosyaya sunulan belgeleri yok sayması hukuka aykırı karar vermesi bu davayı tarafsız sonuçlandıramayacağı şüphesi tarafımızda uyanmıştır. Davanın Gümüşhacıköy'de kalması için hukuk bu kadar ayaklar altına alınmışken, davanın hakkaniyete uygun sonuçlanacağına inanmamız tarafımızdan beklenemez." sözleriyle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 6 ve 17. maddelerini ihlal ettiği iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat reddi hakim dilekçesinde kullandığı sözlerin belgelere dayalı yetki itirazının reddi karşısında hakimin tarafsızlığını yitirdiğini kanıtlamak amacıyla zorunlu olarak söylendiğini, Amasya Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2001/12 Esasında hakime hakaret iddiasıyla açılan davadan beraat ettiğini, Avukatlık Yasası'nın 159/2. maddede öngörülen zamanaşımı süresinin geçmiş bulunması sebebiyle kovuşturmanın düşmesi gerektiğini savunmuş, cezanın kaldırılmasını talep etmiştir.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Avukatlık Yasası'nın 136/1. maddesi gereğince yasanın avukatların hak ve ödevleriyle ilgili 6. kısımda yazılı esaslara ve meslek kurallarına uymayanlara ilk defasında en az kınama cezası verileceği hükmüne aykırı olarak uyarma cezası verilmesinin yasaya aykırı olduğu bildirilerek karara itiraz edilmiştir.

İncelenen dosya kapsamından; şikayetli avukat hakkında Amasya Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2001/12 Esasında hakime hakaret iddiasıyla açılan kamu davasında mahkemenin 16.10.2001 tarih ve 2001/146 karar sayılı kararı ile. TCK 263 yollaması ile 266/1, 59 maddeler uyarınca mahkumiyet kararı verildiği, kararın Yargıtay 4.Ceza Dairesi'nin 07.05.2003 tarih ve 2002/21623 Esas, 2003/3641 karar sayılı kararıyla bozulduğu ve yeniden yapılan yargılama sonucu, Amasya Ağır Ceza Mahkemesi'nin 18.12.2003 tarih ve 2003/179 Esas, 2003/298 Karar sayılı kararı ile beraat kararı verildiği ve kararın 12.01.2004 tarihinde temyiz edilmeksizin kesinleşmiş olduğu görülmüştür.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 07.05.2003 tarih ve 20012/21623 Esas sayılı bozma kararında, *"C.Y.Y.'nin 23. maddesi uyarınca yargıcın reddi; görev yapmasının yasak olduğu haller ile tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerin varlığı koşuluyla olanaklıdır. Yukarıda yer alan suçta konu ifadeler ile sanık avukat tarafından katılan yargıcın hukuk kurallarını bilerek yanlış yorumlayıp uyguladığı ve böylece tarafsızlığını yitirdiği kanıtlanmak istenmiş olup, iddia bakımından gereklilik ve zorunluluk ölçülerini aşmadığı, gözetilmeden beraat hükmü yerine hükümlülüğüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir"*, gerekçesi ile mahkumiyet kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesinde *"Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"*, eski TCK'nın 486., yeni TCK'nın 128. *"Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde ceza verilemez"* maddeleri ile, iddia ve savunma dokunulmazlığı anayasal ve yasal teminat altına alınmıştır. Her hakta olduğu gibi iddia ve savunma dokunulmazlığı da sınırsız olmayıp, madde devamında, *"Ancak, bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerektiği"* bildirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.10.1998 tarih, Esas 1998/225, Karar 1998/316 sayılı kararında *"...Anayasa'nın kabul ettiği esasa göre, iddia ve savunma hakkının kullanılması ancak meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle olmalıdır. İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gere-*

kir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşması, bir başka anlatımla hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacıyla hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, diğer bir deyişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkının meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur.”

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 tarih, Esas 1974/1160, Karar 1975/5782 sayılı kararında da, “Avukat, müvekkillerinin çıkarlarını hasmının zararlarını gözetmeden, sert bir biçimde savunmak zorundadır. Çünkü meslek ödevi bunu gerektirir. Ancak karşılık avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, O'nu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır” denilmektedir.

Dilekçede kullanılan “davanın Gümüşhacıköy’de kalması için kılıfına uydurulmuştur, bu gerekçenin hiçbir hukuki dayanağı yoktur. Sayın hakimin yetki kurallarına ilişkin temel prensipleri öğrenmemiş olması uzak ihtimal olduğundan müvekkilime karşı kötü niyetli hareket ettiği apaçık ortadadır. Yetki itirazının reddi için temel hukuk prensipleri ayaklar altına alınmıştır. İkametgahları İstanbul olan şahıslar her halde son altı ay İstanbul’da oturmuşlardır. Uydurma bir gerekçe ile davanın Gümüşhacıköy’de kalması sağlanmıştır. Hakimin red gerekçesi hukuki dayanaktan yoksundur. Mantiğa aykırıdır. Sayın hakimin kanun maddelerini, Yargıtay içtihatlarını, dosyaya sunulan belgeleri yok sayması hukuka aykırı karar vermesi bu davayı tarafsız sonuçlandıramayacağı şüphesi tarafımızda uyanmıştır. Davanın Gümüşhacıköy’de kalması için hukuk bu kadar ayaklar altına alınmışken, davanın hakkaniyete uygun sonuçlanacağına inanmamız tarafımızdan beklenemez.” sözlerinden bir kısmının taşkın yakınma niteliğinde olduğu tartışılabilirse de, hakimin reddi dilekçesinde kullanılması gerekli ve hatta zorunlu sözler olduğu da tartışmasızdır.

Şikayetli Avukatın dilekçesinde kullandığı sözler, yargılamanın hukuksal yönü ile ilgili olarak, “*hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zaruri açıklama*”, “*objektiflik, gerçek ve somut vakıalara dayanma*”, “*uyuşmazlıkla bağlantılılık*” ve “*hukuki açıklama*” esaslarına uygun açıklama olarak kabul edileceği ve savunma sınırları içinde olduğundan, eylem disiplin suçu oluşturmamaktadır.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, “... *Avukatlık Yasası'nın 136/1. maddesi gereğince Avukatların hak ve ödevleri ile ilgili 6. kısmında yazılı esaslara uymayanlara ilk defasında en az kınama cezası verilmesi gerektiği halde, uyarma cezası verilmiş olmasının usul ve yasaya aykırı görüldüğü..*”, bildirilerek karara itiraz etmiştir.

İlk bakışta çelişkili gibi görünen bu durum karşısında yasa koyucunun yaptığı düzenlemede en az kınama cezası verilmesini prensip olarak gösterdiği, ancak, cezaya neden olan eylemin olduğu koşullar, hafifletici nedenler ve Avukatın disiplin sicil durumu göz önünde bulundurularak, Baro Disiplin Kurulları'nın ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun, Avukatlık Yasası'nda bir disiplin cezası olarak gösterilen uyarma cezası da verebileceği ve bu hususun ilgili Kurulun takdirine bırakıldığı kabul edilmelidir. Aksi düşünce yasanın 135/1. maddesini yok hükmünde saymak anlamına gelebilir.

Kaldı ki, Avukatlık Yasası'nın delilerin serbestçe takdirini ve ceza vermenin amacını belirleyen 158.maddesinin içeriği de; disiplin kurullarının takdir haklarının yasal temelini oluşturmakta ve yukarıda belirtilen anlayışı doğrulamaktadır.

Bu durum karşısında, İstanbul Barosu Disiplin Kurulunca eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirme yerinde görülmemiş, cezanın kaldırılması ve İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının da reddi gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. S. A.'nın itirazının kabulüne, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararın kaldırılmasına, disiplin cezası verilmesine yer olmadığına katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 12.01.2007
E. 2006/431
K. 2007/17

* **Avukatın müvekkili adına
basına açıklamada bulunması**
(Av K. m. 34; TBB Meslek Kuralları
m. 40; TBB Reklam Yasağı
Yönetmeliği m. 8/b)

Şikayetli Av. M. V. ile avukat arkadaşları S. T., M. K., hükümlü A. Ö. vekilleri sıfatıyla 12.03.2003 günü cezaevinde yaptıkları görüşme sonunda, müvekkilleri tarafından kendilerine aktarılan bir kısım görüşleri 13.03.2003 tarihinde bürolarında yaptıkları basın toplantısı ile hukuki yardım amacını da aşacak şekilde medya mensuplarına açıkladıkları, bu suretle Yeniden Özgür Gündem Gazetesinin 14.03.2003 günlü nüshasında "Ö.'dan Barış Çağrısı" başlıklı yazı ile Özgür Politika Dergisinin İnternet üzerinden yayın yapan web sitesinde 15.03.2003 günü "Doğrudan Vazgeçmem" başlıklı yazı ve Yeniden Özgür Gündem Gazetesinin 16.03.2003 günlü nüshasında "Hükümete Mektup" başlıklı haber yazılarının yayınlanmasına neden olduklarından dolayı haklarında Bakanlıkça soruşturma izni verilmiş ve disiplin yönünden gereği yapılmak üzere durum Baro Başkanlığı'na bildirilmiştir.

Baro Yönetim Kurulu 30.03.2004 tarihli kararıyla, şikayetlilerin vekili oldukları hükümlünün yargılandığı davanın özelliği nedeniyle vekalet akdinden doğan sorumluluk sınırının ve hukuki yardım amacının aşılmadığı, haksız rekabet yaratılmadığı gerekçesiyle şikayetliler hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Karara Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz etmiş, itiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, şikayetli avukatlardan S. T. ve M. K.'nin dosya içindeki gazete kupüründe isimlerinin geçmemesi nedeniyle bu avukatlar yönünden şikayetin reddine, avukat M. V. yönünden itirazın kabulü ile Avukatlık Yasası'nın 34.maddesi ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 40. maddesi gereğince disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir. Bu karar Adalet Bakanlığı tarafından onaylanmıştır.

Baro Yönetim Kurulu 25.08.2004 tarihli kararıyla soruşturma başlatmış ve konuyu soruşturmak üzere soruşturmacı atamıştır. Şikayetli avukattan savunması istenilmiş, ancak şikayetli savunma sunmamıştır.

Baro Yönetim Kurulu 27.04.2005 tarihli kararıyla; soruşturmacı raporu doğrultusunda, şikayetlinin vekili bulunduğu davayı kamuoyunun yakından izlediği, savunma faaliyetinin duruşma salonu ve dava dosyasıyla sınırlandırılmayacağı, davanın özelliği nedeniyle vekalet akdinden doğan sorumluluk sınırının ve hukuki yardım amacının aşılmadığı, haksız rekabet yaratılmadığı ve açılan kamu davasının hükümlülükle sonuçlanması halinde mahkumiyet kararına dayanılarak dosyanın yeniden ele alınabileceğini ileri sürerek şikayetli avukat M. V. hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Bu karara da Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan itiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu 30.07.2005 tarihli kararıyla, Diyarbakır Barosu Yönetim Kurulu tarafından alınan kararın yok hükmünde olduğunu, daha önce verilen 17.04.2004 tarih ve 2004/169 Esas, 2004/3453-6 Karar sayılı karara uymanın zorunlu olduğunu, şikayetli avukat hakkında Avukatlık Yasası'nın 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 40.maddesi gereğince disiplin kovuşturması açılması gerektiğini belirterek dosyayı Baro Başkanlığına göndermiştir.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun bu kararı üzerine Diyarbakır Barosu Yönetim Kurulu 14.09.2005 tarih ve 2005/240 Esas sayılı kararı ile şikayetli avukat M. V. hakkında disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu yaptığı kovuşturmada, Yeniden Özgür Gündem Gazetesi'nin 14.3.2003 günlü nüshasında yayınlanan "Ö.'den Barış Çağrısı" başlıklı yazıda şikayetli Av. M. V.'nin isminin geçmediği, özel olarak her hangi bir açıklamasının bulunmadığı, Yeniden Özgür Gündem Gazetesi'nin 14.03.2003 günlü nüshasında "Ö.'dan Barış Çağrısı" başlıklı yazı ve Yeniden Özgür Gündem Gazetesi'nin 16.03.2003 günlü nüshasında yayınlanan "Hükümete Mektup" başlıklı haber yazıda Şikayetli Av. M. V.'nin ismi geçmediği saptamasına yer vererek, disiplin suçuna konu eylemin yapıldığına ilişkin dosyada somut ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gerekçesiyle Şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılan tebliğ üzerine Savcılık karara itiraz etmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında; devam eden ceza kovuşturmasının sonucunun beklenmediği, şikayetlinin avukatlık gö-

revinin sınırlarını ve hukuki yardımın amacını aşar şekilde hareket ettiği, soruşturmanın eksik yapıldığı, şikayetli Avukatın ceza gerektirir davranışlarının olup olmadığının araştırılmadığını belirterek Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu tarafından verilen kararın kaldırılmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasının konusu, şikayetli avukatın Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 40.maddesinde öngörülen “müvekkili adına basına açıklamada bulunmama” kuralını ihlal edip etmediğine ve bu eylemi nedeniyle kendisine disiplin cezası verilip verilemeyeceğine ilişkindir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 40. maddesinde “*avukat kesin olarak zorunlu bulunmadıkça müvekkili adına basına açıklamada bulunamaz*” kuralına yer verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, şikayetlinin adının ve fotoğrafının gazetelerde yer aldığı ve iddia edilen basın açıklamasının şikayetli avukat tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır. Şikayetlinin yaptığı basın açıklaması ve basına verdiği demeç savunma göreviyle ilgili bir içerik taşımamakta olup, daha çok müvekkilinin görüş ve düşüncelerinin kamuoyuna aktarılmasına yardım biçiminde gerçekleşmiştir. Böyle bir davranış avukatların görevleri arasında değildir. Kaldı ki, şikayetli avukat tarafından yapılan basın açıklaması ve verilen demeç müvekkil adına zorunlu olarak yapılan bir açıklama olarak da değerlendirilemez.

Şikayetli avukatın bu eylemi, Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasası Yönetmeliği'nin 8/b maddesinde yazılı; “(Avukat)... *dava ile özdeşleşip tarafların sözcüsü gibi hareket edemez, davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına demeç veremez, açıklama yapamazlar*” ilkesine de aykırıdır.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde avukatların, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Şikayetli basın açıklaması yapmış olmakla, Avukatlık Yasası'nın 34 ve TBB Meslek Kuralları 40. maddesinde tanımını bulan ilkeye açıkça

aykırı davranmıştır. Dosyada bu durumun aksini gösteren bilgi, belge ve savunmaya rastlanılmamıştır. Bu bakımdan Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı yerinde görülmüştür.

Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'nın diğer itiraz nedenlerinden ceza kovuşturmasının sonucunun beklenmesi itirazı, ceza kovuşturması ile ilgili bilgi ve belgelere dosyada rastlanmaması ve esasen disiplin kovuşturmasına konu eylemin ceza hukukuyla ilgisi bulunmaması nedeniyle yerinde görülmemiştir.

Bu nedenlerle, Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılarak, yeniden araştırılacak bir husus bulunmadığından şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç; Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüyle, Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında verdiği disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin 08.09.2006 tarih ve 2005/9 esas, 2006/5 karar sayılı kararının kaldırılmasına, araştırılacak başkaca bir husus bulunmadığından Şikayetli avukat M. V.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına katılanların oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Avukatlık Yasası'nın 140\2. maddesine göre açılmış ceza kovuşturması sonucunun beklenmesi gerektiğinden Baro Disiplin Kurulu kararının bozulması görüşünde olduğumdan çoğunluk oyuna katılmıyorum.

* * *

T. 12.01.2007
E. 2006/433
K. 2007/18

*** İşi kabul etmeden önce
ilk vekalet sahibi avukata
yazıyla bilgi verme**
(Av. K. m. 34;
TBB Meslek Kuralları m. 39)

Şikayetli Avukatlar hakkında Kastamonu Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/210 esas sayılı dosyasında yargılanan sanık Z. Ç.'nin savunmasını şikayetçiye yazılı bildirimde bulunmaksızın üstlenerek Avukatlık Yasası 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine

aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat M. K. sanık Z. Ç.'ye kendisinin görüştüğünü, gıyabında vekaletname düzenlenerek sanık tarafından 14.12.2004 tarihinde havale ettirilerek dosyaya ibraz edildiğini, ücreti vekaletinin ödenmesi ve şikayetçinin vekalet ilişkisinin bittiği inancı ile 28.12.2004 günlü duruşmaya katıldığını, vekalet ücreti konusunda avukat ile müvekkil arasında kavgaya varan itiş kakışlar olmasından dolayı böyle bir şikayetin söz konusu olduğunu düşündüğünü, sanığın diğer vekili Avukat M. A.'nın da herhangi bir itirazı olmaması sebebiyle duruşmaya katıldığını, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Şikayetli Avukat B. K., şikayetli avukat M. K.'ye ortak olduğunu, her ne kadar vekaletname müştereken düzenlenmiş ise de, kendisinin sanık Z. Ç.'ye görüşmediği gibi duruşmaya da katılmadığını, suçsuz olduğunu savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından;

Kastamonu Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/210 esas sayılı dosyasında yargılanan sanık Z. Ç. tarafından 01.12.2004 günü her iki şikayetli adına vekaletname düzenletirildiği, vekaletnamenin 14.12.2004 günü havale ettirilerek dosyaya konulduğu, şikayetçi avukatın 27.12.2004 günlü dilekçe ile savunmadan çekildiği, 28.12.2004 günlü duruşmaya şikayetli avukat M. K.'in katıldığı, şikayetli avukat B. K.'nin hiçbir duruşmaya katılmadığı, şikayetçiye yazılı bildirimde bulunulmadığı görülmüştür.

Avukatlık Yasası'nın 172.maddesinde işin başka avukata verilmesi halinde *"iş sahibi ile avukat arasındaki hukuksal ilişki"* düzenlenmiş olup, bu madde hükmünün kovuşturma konusu olayla ilgisi bulunmamaktadır. İşin başka avukata verilmesi halinde *"avukatlar arasındaki hukuksal ilişki"* Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39.maddesinde düzenlenmiştir.

Konu ile ilgili ulusal ve uluslararası uygulamaya bakıldığında;

Paris Barosu İç Tüzüğü madde 9.1, *"Teklif edilen bir davayı üstlenen avukatın, müvekkilin danışmanı veya savunması sıfatıyla bir veya birçok meslektaşının bu davayı yüklenip yüklenmediğini araştırması gerekir."*

Bir meslektaşının yerine geçmeyi kabul eden avukatın her şeyden önce

yazılı olarak kendisine haber vermek ve kendisine varsa alacağı miktarın ne olduğunu sorması gerekir.”

Alman Meslek Kuralları madde 15, “*avukat, başka bir avukata verilen bir vekaleti üzerine aldığıında, önceki avukatın, vekaletin devredilmesinden derhal haberdar edildiğinden emin olmalıdır.*

Başka bir avukatın yanı sıra vekâlet üstlenen bir avukat, vekaletini devraldığını bu avukata derhal bildirmelidir.”

Vod Kantonu Meslek Kuralları madde 35, “*Acele haller dışında avukat kendisinden evvelki meslektaşının ücretinin ödenmiş olduğuna kanaat getirdiği veya rızasının mevcut olduğu hallerde davayı kabul eder.*

Acele halin sona ermesinden sonra, ancak evvelki meslektaşının ücretinin ödenmiş, eğer ihtilaflı ise tevdi edilmiş olmak şartı ile vekaletname devam eder.”

Avrupa Birliği Meslek Kuralları madde 5/5, “*Bir avukat herhangi bir davada veya meselede başka bir avukat tarafından temsil edildiğini veya danışma hizmeti aldığıını bildiği bir kişiyle o kişinin avukatının muvafakati olmadan o dava veya mesele hakkında doğrudan haberleşemez (haberleştiği zaman da diğer avukata bilgi vermek zorundadır).”*

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 39. maddesi “*İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata da vekâletname vermek isterse ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekâlet verilen avukata yazıyla bilgi vermelidir.”* hükümlerini amirdir.

Avukat Ali Haydar Özkent’in 1940 basım tarihli *Avukatın Hukuku* isimli kitabının 647-654. paragrafında;

“Hakkın zaferi ve müşterinin menfaati yanında avukatın şahsi mevkiinin ve hissiyatının da az çok rol oynadığı bir alanda, kin, rekabet gibi insan kalbinin zaafına şahit olmak tabii olduğu halde, çok beğenilecek ve imrenilecek bir şeydir ki, avukatlar arasında rekabet hissine mağlup olanlar pek azdır. Bu meslekteki hulüs, çekememezlik kaogalarını yavaşlatmakta ve yumuşatmaktadır. Bu neden? Bu, şundandır ki, avukatın vakar ve haysiyeti, hulüs ve sadakati, hissiyatının ve şahsi menfaatinin üstündedir. Ve bunun böyle olması lazım geldiğini emreden nizamlar ve an’aneler vardır.

Yazıhanesine gelen yeni müşteri ile görüşürken avukat, münasebet düşürerek, bu işini başka bir avukatla konuşup konuşmadığını sormalıdır. Hele iş başlamış veya ilk kararı alınmış bir dava ise, bunu araştırmak çok lazımdır.

Kendisinden evvel başka bir meslektaşının el koyduğu ihtilafı hiçbir kaygı göstermeksizin benimseyen avukat, arkadaşına karşı hoş görülmeleyen bir rekabet hissile ve menfaat hirsile hareket etmiş olur.

Üstad Payen'in dediği gibi (Onun aylardan beri mühim kısımları ile uğraştığı bir işi üzerine almak, affolunmaz bir düşüncesizliktir.)

İştirak ettirilen avukata düşen vazife, böyle bir teklif karşısında refikle görüşerek sözle ve yazı ile nezaket müsaadesini almaktır. Bunu yapmadıkça müdafaaya iştiraki kabul eden arkadaş, meslektaşlık hukukuna riayet etmemiş olur." sözleri ile bilgilendirme yükümlülüğünün mesleki dayanışma ve düzen geleneklerinin gereği olduğunu açıklamıştır.

Bir meslektaşının yerine geçmeyi kabul eden avukatın, her şeyden önce yazılı olarak meslektaşına haber vermesi, varsa alacağı ücretin tahsiline çalışması, meslektaşlık hukukunun gereğidir.

Görüldüğü üzere uluslararası uygulama da bu yönde olup, meslektaşın onuru, emeği ve ücretine saygı, mesleğin olmazsa olmaz koşuludur.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine göre *"avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakıştır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."*

Avukat kendine iş sağlama ve meslektaşlar arasında haksız rekabet yaratacak her türlü davranıştan özenle kaçınmalıdır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39.maddesine göre, ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata *"yazıyla"* bilgi vermektedir.

Bu nedenlerle eylemin Avukatlık Yasası 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin şikayetli avukat M. K. hakkındaki Baro Disiplin Kurulu'nun hukuksal değerlendirmesinde isabetsizlik görülmemiştir.

Şikayetli avukat B. K.'in 01.12.2004 günlü vekaletnamede ismi geçmekte ise de duruşmalara katılmamış olması karşısında, cezaların şahsiliği ilkesi de göz önünde bulundurularak, şikayetli avukat B. K. hakkında Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayini yerinde gö-

rülmemiş ve disiplin cezasının kaldırılarak, disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukat B. K.'nin itirazının kabulü ile Baro Disiplin kurulunca verilmiş olan uyarma cezasının kaldırılmasına, Şikayetli avukat B. K. hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına, Diğer şikayetli avukat M. K.'nin itirazının reddi ile Kastamonu Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının aleyhte itiraz olmadığından onanmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.01.2007
E. 2006/434
K. 2007/19

- * **Tebliğatin vekile çıkarılmaması (Usulsüz tebliğat)**
- * **Önceki tahsilata rağmen, alacağın tamamı üzerinden haciz işlemi yapılması**
(Av. K. m. 34;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetçi vekili 22.08.2005 tarihli dilekçesiyle; şikayetlinin müvekkili hakkında 14.01.2005 tarihinde ilamsız takibi başlattığını, takipte borçlunun adresi olarak (xxx Sok. xx/x Yıldız-Çankaya-Ankara) gösterildiğini, takibe itiraz etmeleri üzerine şikayetlinin açtığı itirazın iptali davasında müvekkilinin adresini değişik şekilde (xxx Sok. xx/x Yıldız-Çankaya-Ankara) olarak gösterildiğini, bu adrese tebliğatin 7201 sayılı Yasa'nın 21. maddesine göre yapıldığından müvekkilinin davayı takibine engel olunduğunu, ayrıca itiraz vekil aracılığıyla yapıldığı halde dava dilekçesinin kendisine tebliğ edilmeyerek davayı takibinin önlendiğini, takibe devam ederek haczi tebliğat yapılan adreste değil de şubenin bulunduğu adreste uyguladığını, şikayetlinin 11.02.2005 de itirazın iptali davasını açtığını, ancak müvekkilinin davadan henüz haberdar olmadan Kastamonu'ya gelip alacaklı ile anlaştıklarını ve 18.02.2005 tarihinde yapılan protokolde istenen 4.235.000.000,00 TL'nin 2.975.000.000,00 TL'yi kabul ettiğini, ancak istirdat hakkını saklı tutarak borcun tamamını ödediğini, ne var ki şikayetlinin bu anlaşma yapılırken dava açtığını haber vermediği gibi itiraz vekil aracılığıyla yapıldığı halde davanın müvekkiline gönderildiğini, protokolle tahsil ettiği meblağı da mahkemeye bildirmedeğini ve icra takibinde alacağın

tamamı üzerinden dava ve takibe devam ettiğini, bildirerek şikayetçi olmuştur.

Şikayetli savunmasında, tahsil edilip de dosya borcundan düşülmeyen bir paranın olmadığını, tebligatta da bir usulsüzlük bulunmadığını, borçlu hakkında bir başka işte, 2. İcra Müdürlüğü'nün 2005/140 esas sayılı dosyası ile bu adreste (xxx Sok. xx/x) haciz yapıldığını, hazine bulunan borçlunun muhasebecisi M. K.'nin bu yerin de borçlulara ait olduğunu beyan ettiğini, şikayetçi avukat H. C.'nin de bir başka müvekkili adına borçlu şirket hakkında bu adresi göstererek icra takibinde bulunduğunu, kaldı ki hacze gidildiğinde bu yerin borçlulara ait olduğunun da belli olduğunu, yapılan işlemlerde bir usulsüzlük bulunmadığını bildirmiştir.

Şikayetlinin dosya içerisindeki disiplin sicil özetinde; 27.10.2003 tarihli bir kınama cezasının olduğu görülmüştür.

Baro Disiplin Kurulu 2006/3 esas, 2006/3 karar sayılı ve 06.10.2006 tarihli kararı ile; şikayetlinin 18.02.2005 tarihli protokol gereği 4.235,00 YTL tahsil ettiği halde bunu Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan 2005/506 esas sayılı itirazın iptali davasında beyan etmediği, protokol imzalanırken bir hafta önce böyle bir dava açtığını bildirmediği, aldığı haciz talimatında da tahsilatın tenzil edilmediği ve açtığı itirazın iptali davasında takibe vekil ile itiraz edildiği halde vekile tebligat çıkarılmadığı nedeniyle, şikayetlinin Avukatlık Yasasının 34, TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4.maddelerine aykırı davrandığından, önceki kınama cezası da nazara alınarak 473,00 YTL para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetli hakkında disiplin kovuşturması, davada vekile tebligat çıkarmamış olması ve aldığı parayı bildirmeyerek tahsilat yokmuş gibi alacağın tamamı üzerinden hacze devam etmiş olması sebebiyle açılmıştır. Tebligatta bir usulsüzlüğün olmadığı esasen dosya içerisindeki Yargıtay kararında da kabul edilmiştir.

Taraflar arasında 2005/69 (veya 2005/68) Esas sayılı 12.167,00 YTL'nin ayrıntısı ile birlikte tahsili için 14.01.2005 de açılmış bir icra takibi vardır. 11.02.2005 tarihinde itirazın iptali davası açılmış, bilahare taraflar arasında 18.02.2005 de bir anlaşma yapılmıştır. Bu anlaşmada,

4.235,00 YTL'nin alacaklı vekiline ödendiği yazılıdır. İtirazın iptali davasında bu ödemeden bahsedilmemiş olması bir hata oluşturmamaktadır. Çünkü anlaşmada gerek ödenen paranın ihtilafsız olan 2.975,00 YTL'nin üstündeki kısmı için, ve gerekse dosyadaki bakiye alacaklar için haklar saklı tutulmuştur. Ayrıca, ödemeden önce itiraz sebebiyle dava açılmış ve itiraz ile birlikte diğer tarafın koşulları olduğu takdirde inkar tazminatı isteme hakkı doğmuştur. Diğer taraftan ödeme, tahsilat sırasında nazara alınacak icraya ilişkin bir işlem olup dava, dava tarihindeki koşullara göre halledilecektir. Ödenen kısım için de davanın görülmesi gerekmekte olup inkar tazminatı, hükmolunacak dava masrafları bakımından buna ihtiyaç vardır. Dolayısıyla itirazın iptali davasında tahsilattan bilgi verilmemiş olması da bir kusur olarak düşünülemez.

Ne var ki haciz talimatı, yapılan tahsilat bildirilmeden alacağın tümü için alınmıştır. Bu durum avukatın yürüttüğü işlerde göstermek zorunda olduğu özen yükümüne aykırılık oluşturduğu gibi görevinde suistimali niteliğindedir. Mükerrer tahsilat yapılmamış olması, doğruluk yükümüne uyulduğunu gösterirse de özen yükümüne uyulduğunu göstermez.

Bu nedenlerle Şikayetlinin eylemi 1136 sayılı yasanın 34. maddesine aykırı olup, disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca Yasa'nın 136/2. maddesi uyarınca önceki kesinleşmiş kınama cezasını da nazara alarak para cezası tayininde hukuki isabetsizlik görülmemiş ise de eylem tarihinde yürürlükte olan yasalarca tayin edilmiş olan para cezasının üstünde para cezası tayin edilmiş olduğundan Baro Disiplin Kurulu'nun 473.00. YTL para cezası verilmesine ilişkin kararının 200.00. YTL para cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının kabulü ile Kastamonu Barosu Disiplin Kurulu'nun 473,00. YTL. para cezası verilmesine ilişkin kararının 200.00. YTL para cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukat E. Ş. T.'nin 200.00. YTL para cezası ile cezalandırılmasına katılanların oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Avukatlık Yasası'nın 136 maddesinin 2. fıkrası, 5 yıllık bir dönem içerisinde 2 veya daha çok disiplin cezasını gerektiren davranışta bu-

lunan avukata her yeni suçu için bir öncekinden daha ağır cezanın uygulanacağını bildirmektedir. Bu hükmün uygulanabilmesi için geçmiş 5 yıllık süre içerisinde en az iki disiplin cezasını gerektiren eyleminin varlığı zorunlu olup ağır cezanın üçüncü eylem için uygulanması gerekmektedir. Oysa şikayetlinin disiplin sicilinde geçmiş 5 yıl içerisinde sadece bir kınama cezası olduğundan verilen para cezasının kınama cezasına çevrilmesi gerekmektedir. Bu cihetten karara muhalifiz.

* * *

T. 13.01.2007

E. 2006/435

K. 2007/20

*** İcra takibinde fahiş faiz talebi**

(Av. K. m. 2, 34, 38/a;

TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli hakkında şikayetçi aleyhinde 25.06.2003 tarihinde, Yeşilyurt (Malatya) İcra Müdürlüğü'nün 2003/51 sayılı dosyası ile icra takibi başlattığı, gerek takip talebinde ve gerekse icra emrinde takibin dayanağı mahkeme kararına aykırı olarak birleşik faiz uygulayarak, 70.097.740.000,00 TL alacağı, yasalara ve yargı kararına aykırı olarak faizle şişirerek 683.739.884.600,00 TL üzerinden takibe geçtiği, buna fazladan 1.707.914.009,00 TL.si daha ilave ettiği, ayrıca vekalet ücretlerine KDV ilavesinin kaldırılmış olmasına rağmen, 630.703.730,00 TL'de KDV ilave ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulunca uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmasında, icra takibinin dayanağı Çelikhhan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/31-2003/16 sayılı dosyasında yapılan bilirkişi incelemesiyle munzam zarar alacağının dava tarihi olan 18.07.2002 tarihinde ulaştığı miktarın 459.302.303.710,00 TL. olduğunun belirtildiğini, takip konusu miktarın icra memurluğunca buna göre hesaplandığını, hesabı yapanın icra memuru olduğunu, kaldı ki bir fazla hesaplama varsa karşı tarafın da itiraz hakkı bulunduğunu, nitekim Yeşilyurt İcra Mahkemesi'nin 2003/6-8 sayılı kararı ile bu miktarın aşağıya çekildiğini, henüz herhangi bir tahsilat da yapılmadığını, bu bakımdan şikayetin reddi gerektiğini bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, 2004/14 Esas, 2006/18 sayılı ve 06.10.2006 tarihli kararıyla, fahiş faiz talebinde bulunulmasının hukukun genel ilkelerine, yasa ve meslek kurallarına aykırı olduğu, bunun zararın tazmini niteliğinde olduğu savunmasına itibar edilemeyeceği, zira

munzam zararın tazmininin dava yoluyla istenmesi mümkün olup bunun fahiş faiz istemiyle karşılanamayacağı gerekçesi ile şikayetlinin eylemini Avukatlık Yasasının 2, 34, 38/a maddeleriyle TBB. Meslek Kurallarının 3 ve 4. maddelerine aykırı bularak şikayetlinin Uyarma cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikayetçi ve şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetin konusu, şikayetlinin Çelikhan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/31 Esas, 2003/16 karar sayılı ilamını Yeşilyurt İcra Dairesi'nin 2003/51 Esas sayılı takip dosyası ile şikayetçi şirket aleyhinde icraya koyduğu, takibin dayanağı ilamda "...alacağa 22.04.1999 ödeme tarihinden itibaren tahsil olunacak tarihe kadar yıllık değişen oranlarda reeskont faizi uygulanmasına..." denildiği halde, takipte bileşik faiz uygulanmak suretiyle alacağın şişirildiği iddiasıdır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, icra takibinin dayanağı Çelikhan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/31 esas, 2003/16 karar sayılı ilamında "...Talebin kısmen kabulü ile 70.097.740.354,00 TL. munzam zararın davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya yönelik talebin reddine, alacağa 22.4.1999 ödeme tarihinden itibaren tahsil olunacak tarihe kadar yıllık değişen oranlarda reeskont faizi uygulanmasına..." karar verildiği, ilamın Yeşilyurt İcra Müdürlüğü'nün 2003/51 esas sayılı dosyası ile takibe konulduğu, şikayetçi şirket vekili avukat U. E.'e 53 örnek icra emri gönderildiği, gerek takip talebinde ve gerekse ödeme emrinde: 70.097.740.000,00 TL alacak ile 22.04.1999 dan takip tarihine kadar 605.708.939.000,00 TL. İşlemiş faiz talep edildiği, Yeşilyurt İcra Mahkemesi'ne yapılan şikayet üzerine verilen 2003/6 esas, 2003/8 Karar sayılı kararda; işlemiş faizin 277.248.740.000,00 TL olması gerektiğine karar verildiği anlaşılmıştır.

Şikayetli, takip talebinde istenen alacağın bileşik faiz değil munzam zarar olduğunu, bu bakımdan dosyadaki munzam zarar hesaplama yöntemine göre alacağın takip tarihinde ulaştığı miktarın (yıllara göre) hesaplandığını savunmuştur. Bu savunmaya itibar edilemez. Zira icra takibi ilama dayalı bir alacağa ilişkindir. Dolayısıyla bu yolla yapılan takipte, ilamda yazılı hakların dışına çıkılamaz. Aksi takdirde yerine getirilmesi istenen ilam konusu olmaz, müstakil bir alacak olur ki bu da icra emri ile istenemez.

Şikayet konusu olayda, icraya konan ilamda yazılı alacak ve yine ilamda yazılı olduğu şekilde buna her yıl değişken oranlarda işletilmesi gereken faizin istenmesi gerekirken karara (takibe konu ilama) konu olmamış süreye ilişkin alacak (munzam zarar) isteminde bulunulmasının, faiz hesaplamasında maddi yanılığın kabulü mümkün değildir. Aynı şekilde avukatlık ücretine KDV ilavesine ilişkin Asgari Ücret Tarifesi'nin 21. maddesinin de iptal edildiğini avukatın bilmemiş olmasının kabulü de mümkün değildir.

Ayrıca, takip talebini icra müdürünün kabul etmesi ve icra emrinin İcra müdürü tarafından gönderilmesi, takip talebini düzenleyen ve yasaların koruyucusu durumunda bulunan avukatın sorumluluğunu hukuken olduğu kadar, özellikle disiplin yönünden de hiçbir şekilde ortadan kaldırmaz.

Şikayetlinin eylemi, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 34. ve TBB. Meslek Kuralları'nın 3 ve 4.maddelerinde tanımı yapılan özen, meslek güveni, meslek itibarı ilkelerine ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasına aracı olma kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Yasanın 136. maddesi, avukatların hak ve ödevleriyle ilgili altıncı kısımda yer alan esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama cezası verileceğini hükme bağlamıştır. Şikayetlinin eylemi yasanın 6. kısmında yer alan 34. maddeye aykırılık oluşturduğundan verilecek cezanın kınama cezası olması gerekmektedir.

Bu nedenlerle, şikayetli hakkında Baro Disiplin Kurulu'nca tayin olunan uyarma cezasının, kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddine, Şikayetçinin itirazının kabulü ile başkaca araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, Malatya Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli hakkında tayin ettiği uyarma cezasının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukat Y. S.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına, katılanların oybirliğiyle karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI

FAHRİYE ÇALIŞKAN / TÜRKİYE DAVASI (Başvuru No: 40516/98)

Çev.: Senem Uygun KILIÇ*

KARAR
STRASBOURG
2 Ekim 2007

İşbu karar; Sözleşme'nin 44/2. maddesinde belirtilen koşullar uyarınca kesinleşecektir. Karar, düzeltiye tabi tutulabilir.

Fahriye Çalışkan -Türkiye davasında;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm); Daire olarak; aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplanmıştır:

Sir Nicolas □ □ □ □ □ □, Başkan,

Bay □ □ □ □ □ □ □ □ □ □

□ □ □ □ □ □ □ □ □ □

□ □ □ □ □ □ □ □ □ □

□ □ □ □ □ □,

Bayan □ □ □ □ □ □ □ □ □ □

Bay □ □ □ □ □ □ □ □ Yargıçlar,

ve Bayan □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ Yazı İşleri Müdürü (hukukçu)

11 Eylül 2007 tarihinde yapılmış olan kapalı oturum sonrasında; aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki karar verilmiştir:

* Av., İzmir Barosu.

USUL

1. Dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Yönelik Sözleşmenin (Sözleşme) önceki 25. maddesi uyarınca; Türk vatandaşları Bayan Fahriye Çalışkan (başvurucu) tarafından; 28 Kasım 1997 tarihinde yapılan başvurudan (40516/98) kaynaklanmıştır.

2. Başvurucu; İzmir’de avukatlık yapan Bay Serkan Cengiz tarafından temsil edilmiş; Türk Hükümeti (“Hükümet”) ise, davanın mahkeme önünde yürütülmesi için bir Hükümet ajanı atamamıştır.

3. Başvurucu; bir polis memurunun kötü muamelesine maruz kaldığı ve bu konu ile ilgili olarak yapmış olduğu başvurular sonucunda yürütülen soruşturmanın etkili biçimde sürdürülmediğinden yakınlık; Sözleşmenin 3. ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

4. 16 Kasım 1999 tarihinde; mahkeme; başvurunun kısmen kabul edilemez olduğu kararını vererek; başvurucunun sözleşmenin 3. ve 13. maddelerinden kaynaklanan şikâyetlerini; Hükümete tebliğ etmiştir.

5. 5 Ocak 2006 tarihinde daire; başvurunun geri kalanını kabul edilebilir bulmuştur.

6. Başvurucu ve Hükümet, davanın esasına ilişkin yazılı değerlendirmelerini sunmuşlardır. (İç Tüzük madde 59/1.)

OLAYLAR

I. DAVANIN ÖZEL KOŞULLARI

7. Hekimlik mesleğini yürütmekte olan başvuru; 1952 doğumlu olup Manisa’da ikamet etmektedir.

A. Başvuru Dilekçesinin Temelini Oluşturan Olay

8. 11 Ağustos 1994 tarihinde başvuru; Gölarmara’da (Manisa) komiser olan S.Ç. hakkında; suç niteliği taşıyan tutumlar sergilediği iddiasıyla idari soruşturma başlatılmasını talep etmiştir. Başvurucunun bu girişimi; sonuçsuz kalmıştır.

Devamında; başvuru ve adı geçen komiser arasında; başvurucunun üyesi olduğu bir kültürel dernek tarafından organize edilen

gösteriye ait bilet satışlarının izinsiz olup olmadığına ilişkin bir başka uyuşmazlık meydana gelmiştir.

9. Polisler; 11 Ekim 1994 tarihinde; saat 9'a doğru; başvuruçunun muayenehanesine gelerek; başvuruçuya; gösteri biletleri ile biriken bilet paralarını teslim etmek için Gölarmara Karakolu'na gelmesi gerektiğini bildirmişlerdir. Başvuruçucu; kendisinden talep edilenleri; hazırda bulunan polis memurlarına sunmak istemiş; memurlar; belgelerin; bizzat celp kâğıdında imzası bulunan komiser S.Ç.'ye teslim edilmesi gerektiğini söylemişlerdir.

Başvuruçucu böylelikle; muayenehanesinde bekleyen hastaların gözleri önünde muayenehanesinden alınarak; polis memurlarının eşliğinde; karakola getirilmiştir. Başvuruçucu; getirildiği karakolda; S.Ç. dışında bir memurla görüşmeye çalışmıştır.

10. Olayların buradan sonraki kısmı; taraflarca farklı biçimlerde dile getirilmektedir

Başvuruçunun beyanlarına göre; saat 09.30 sularında; başvuruçucu komiser yardımcısı ile görüşmekte iken; S. Ç. büroya girerek başvuruçunun üzerine atılmıştır. S.Ç.; başvuruçuya küfür ederek kendisini sarsmış; saçlarını çekmiş, başına vurmuş, kollarını çimdiklemiş; son olarak da yüzüne tükürmüştür.

Hükümete göre; başvuruçucu karakola geldiğinde; S.Ç..'ye sözlü saldırıda bulunarak kendisine tokat atmış, sonrasında polislerce karakola zorla getirilmiş olduğundan bahisle; karakolu terk etmek istemiştir.

B. Başvuruçucu Hakkında Yürütölen Soruşturma ve Bu Aşamada Elde Edilen Tıbbi Veriler

11. Y ine 11 Ekim 1994 tarihinde; saat 16.00 sularında; başvuruçucu ve S.Ç.; Gölarmara Sağlık Merkezi'nde tıbbi muayeneden geçmişlerdir.

Başvuruçunun muayenesini yapan doktor; başvuruçunun sol kolunun iç yüzeyinde; 7-8 cm ebadında bir şişlik ve bir çürük; sol omuz bölgesinde kızarıklık ve saç derisinde tahriş meydana gelmiş olduğunu saptamıştır. Doktor ayrıca; sözü edilen tahrişin sebebinin saptanması bakımından; başvuruçunun bir dermatologa muayene olmasını önermiştir.

Komiser S.Ç. hakkındaki raporda; sol kulağında 5 cm ebadında bir kızarıklık olduğu ifade edilmiştir.

12. S.Ç.; karakola müracaat ederek; başvurucudan; kendisine saldırdığı ve küfür ettiği iddiasıyla şikâyetçi olmuştur. Başvurucu; saat 16.30 sularında Gölarmara Cumhuriyet Savcısı'na ("Savcı") ifade vererek; suçlamaları reddetmiştir.

13. Savcı; başvurucuyu; Türk Ceza Yasası'nın 258. maddesinde hüküm altına alınan; devlet memuruna "*mukavemet*" suçunu işlediğinden bahisle; ivedilikle; Gölarmara Asliye Ceza Mahkemesi hâkimine ("Hâkim") sevk etmiştir.

14. Hâkim; günün ilerleyen saatlerinde başvurucuyu sorguladıktan sonra; "Suçlamanın kamu hassasiyetine dokunur nitelikte olması" gerekçesi ile başvurucunun kefaletle; geçici olarak serbest bırakılması kararını vermiştir. Ancak; mahkeme veznesi başvurucunun sorgusunun bittiği saatte kapanmış olduğundan; Savcı da; kefalet bedelini tahsil etmeyi kabul etmediğinden; başvurucu; Akhisar Cezaevi'ne gönderilmiştir.

15. Yine 11 Ekim günü; başvurucu, yaşamış olduğu rahatsızlık nedeniyle; Akhisar (Manisa) Devlet Hastanesi nörologlarından biri tarafından muayene edilmiştir. Nörolog; başvurucunun; mide bulantısı, görme bozukluğu ve sarsıntı şikâyetleri olduğunu saptamış ve Ege Üniversitesi Nöroşirurji Servisi'ne acilen muayeneye gönderilmesi gerektiğini belirtmiştir.

16. Ertesi gün; 12 Ekim 1994 tarihinde; başvurucunun eşi; kefalet bedelini ödemiştir. Başvurucu; serbest kalır kalmaz; Ege Üniversitesi Nöroşirurji Servisi'nde muayene olmuştur. Başvurucunun muayene sonuçlarını içerir rapor; daha sonra hazır edilmiştir. (Aşağıda; 20. paragraf).

17. Başvurucu; kendi talebi ile 18 Ekim 1994 tarihinde, İzmir İnsan Hakları Derneği doktorları tarafından bir kez daha muayene edilmiştir. Muayene sonucu hazırlanan rapora göre; başvurucunun sağ kolunun arka kısmında 2x7 cm ebadında bir çürük ile sağ ön kolda 2x3 cm ebadında bir çürük saptanmıştır. Başvurucunun; bir sonraki gün gerçekleştirilen psikiyatrik muayenesinde; uykusuzluk ve bellek yitimi problemleri yaşadığı; odaklanma kapasitesinin düştüğü; kaygı duygusu taşıdığı, yaşadığı olayların sürekli olarak aklına gelmesi sonucun-

da korku duyduğu belirtilmiştir. Psikiyatra göre başvuru; bir hafta önce yaşadığı olaylardan kaynaklanan muhtemel bir post travmatik nevroz rahatsızlığı yaşamaktadır. Ancak başvuru kişinin rahatsızlığına post travmatik nevroz tanısı konulabilmesi; ancak belirtilerin bir aydan fazla sürmesi halinde mümkün olabilecektir.

18. 31 Ekim 1994 tarihinde başvuru; hâkimin S.Ç. ile arkadaş olduğu; bu hususun hâkimin tarafsızlığına gölge düşürebileceği gerekçesi ile hâkimin reddi müessesine başvurmıştır. Başvuru ayrıca; kendisine isnat edilen suçun doğasının; hiçbir şekilde; özgürlüğünden yoksun bırakılmasını gerekli kılmadığını; "*Kamu hassasiyeti*" kavramının; kefaletle salıverilmesi tedbirinin uygulanması için öne sürüldüğünü ifade etmiştir.

Akhisar Asliye Ceza Mahkemesi; 2 Kasım 1994 tarihli kararı ile başvuru kişinin başvurusunu reddetmiştir.

19. Dava sürecinde hâkim tarafından görevlendirilen bilirkişi; 2 Şubat 1995 tarihli raporunda; tarafların ihtilaf konusu olay hakkındaki çelişkili beyanlarının ve görgü tanıklarının olaya ilişkin ifadelerinin; olayların tam olarak ne şekilde gerçekleştiğinin ortaya çıkmasını sağlamadığı yönünde görüş bildirmiştir.

20. 2 Şubat 1995 tarihinde, Ege Üniversitesi Hastanesi Nöroşirurji Servisi; başvuru kişinin 12 Ekim 1994 tarihinde yapılan muayenesinde elde edilen bulguları içerdiği düşünülen raporunu hazır etmiştir. (Yukarıda 16. paragraf) Raporda; başvuru kişinin sol çeper kemiğinde bir şişlik olduğu belirtilmiş olup bu durumun başvuru kişiyi beş gün boyunca çalışmaktan alıkoyacak nitelikte olduğu ifade edilmiştir.

21. Davaya bakan hâkim; 20 Haziran 1995 tarihinde; başvuru kişinin; memura "*mukavemet*" suçunu değil ve fakat Türk Ceza Yasası'nın memura cismen eza verilmesini düzenleyen 271. maddesinde ve aynı yasanın; yasaya muhalefet edilmesini düzenleyen 260. maddesinde düzenlenen suçları işlediği yönünde bir karara varmıştır. Kararda, başvuru kişinin olay günü komiser S.Ç.'yi tokatlayarak; polislerin kendisini karakola zorla getirmiş olduklarından bahisle; izinsiz olarak karakolu terk ettiği belirtilmiştir. Kararda bununla birlikte; başvuru kişinin saç derisinde meydana gelen tahrişe S.Ç.'nin sebebiyet verdiğinin aşikâr olduğu; ancak; komiser S.Ç.'nin başvurudan önce davranarak mı bahse konu fiili gerçekleştirdiği, yoksa başvuru kişinin fillerine karşılık

mı verdiği hususlarının netleşmemiş olduğu; bu nedenle; bu belirsizliğin; başvurucunun lehine yorumlanması gerektiği ve başvurucunun Türk Ceza Yasası'nın 272. maddesinde hüküm altına alınan; memurun fiillerin vukuuna sebebiyet vermiş olması halini düzenleyen indirim hükmünden faydalandırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Sonuç olarak; başvurucu; bir ay hapis ve para cezası ile cezalandırılmış; hapis cezası; paraya çevrilmiştir.

22. Başvurucun kararı temyiz etmesi üzere Yargıtay; 21 Mayıs 1996 tarihinde; dava konusu olayda yasaya muhalefet suçunun unsurlarının gerçekleşmemiş olduğu gerekçesi ile Yerel Mahkeme Kararını bozmuştur.

Dava dosyasını yeniden değerlendiren Yerel Mahkeme; Yargıtay Kararına uyarak, yasaya muhalefet suçundan dolayı başvurucunun beraatına karar vermiş ancak; kararının memura cismen eza verilmesi kısmında direnmiştir.

Yerel Mahkemenin anılı kararı; 27 Kasım 1996 tarihinde Yargıtay'ca onanmıştır.

C. Komiser S.Ç. Hakkında Yürütülen Soruşturma

23. Başvurucu; 14 Ekim 1994 tarihinde; 11 Ekim 1994 tarihli doktor raporunu da ekleyerek; S.Ç.'nin kendisine kötü muamelede bulunduğuna ilişkin bir şikâyet dilekçesi ile Gölarmara Kaymakamlığı'na başvurmuştur.

24. Başvurucu; 19 Ekimde, aynı şikâyeti bu kez Savcılık Makamı'na yönlendirmiş ve bütünlüklü bir tıbbi rapor elde edilebilmesi için yeniden muayene edilmesini talep etmiştir.

25. 18 Kasım 1994 tarihinde, Gölarmara Savcılığı; şikâyet ile ilgili dosyayı Memurların Kuvuşturulması Hakkındaki Yasa uyarınca; Manisa Valiliği'ne göndermiştir.

26. Başvurucu hakkında yürütülen davada tanıklık yapan polisler; soruşturmacı sıfatıyla hareket eden Manisa Emniyet Müdür Yardımcısı tarafından yeniden dinlenmişlerdir.

S.Ç.'ye bağlı olarak görev yapan üç polis memuru; ifadelerinde; S.Ç.'ye karşı saldırgan tutum sergileyenin başvurucu olduğunu; baş-

vurucunun; saldırgan tutumunu S.Ç.'ye tokat atarak sonlandırdığını beyan etmişlerdir.

27. Soruşturmayı yürüten Emniyet Müdür Yardımcısı; 23 Kasım 1994 tarihli idari soruşturma raporunda; özellikle 11 Ekim 1994 tarihli doktor raporuna değinerek; *“Sol kol, kafa ve saç derisi”*nde *“Tahrişler”* meydana gelmiş olduğunu saptayan raporu; gerçekten şiddet görmüş olsa idi; başvuruçunun vücudunda basit *“Tahrişler”* değil; *“Çürükler”* saptanacağını belirterek; eleştirmiştir. Soruşturma raporunda ayrıca; sonradan alınan raporlarda; başlangıçta teşhis edilen *“Tahrişler”*in; olumsuz yan etkilerinden de söz edilmek suretiyle; tahrişlerin; çok ciddi nitelemeler kullanılarak; kaygı verici terimlerle ifade edildiği belirtilmiştir. Soruşturmacı; doktorların bu tutumun; bayan meslektaşlarına duydukları merhametin ve içinde buldukları *“Korumacı halin”* bir yansıması olduğu kanaatinde dir.

28. 6 Şubat 1995 tarihinde; Emniyet Müdürlüğü Disiplin Kurulu'nca; hazırlanan soruşturma raporu esas alınarak; delil yetersizliği gerekçesi ile S.Ç.'ye kovuşturma izni verilmemesine karar verilmiştir.

29. 21 Haziran 1995 tarihinde, Manisa Valiliği de anılı kararı aynen benimseyerek; S.Ç.'nin kovuşturulmasına izin vermemiştir.

30. Başvuruçunun anılı kararın temyizi için Danıştay'a başvurmuş ancak Danıştay; 13 Haziran 1997 tarihli kararı ile kovuşturulma izni verilmemesine dair kararı onamıştır.

II. KONUyla İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

31. Dava konusu olayın yaşandığı dönemde mevcut olan iç hukuk kuralları ve uygulama; Batı ve Diğerleri/ Türkiye (33097/96 numaralı ve 57834/00 numaralı kararlar; 95-100. paragraflar; Karar Derlemeleri 2004- IV, özetler) kararında dile getirilmiştir.

32. Ceza Yasası'nın 272. maddesine göre; Yasa'nın 271. maddesinde hüküm altına alınmış olan, resmi sıfatı haiz olan bir memura karşı işlenen suçlarda; memur, memuriyeti hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketleri ile geçen maddelerde beyan olunan fiillerin vukuuna sebebiyet vermiş ise; ceza, dörtte bire kadar indirilebileceği gibi; icabına göre büsbütün de kaldırılabilir.

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 3. VE 13. MADDELERİNİN İHLALİ İDDİASI

33. Başvurucu; komiser S.Ç.'yi; karakolda, kendisine karşı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesine aykırı davranışlarda bulunmakla itham etmekte ve bu konudaki şikâyetlerini dile getirebilmek için etkili bir başvuruda bulunma olanağı elde edemediğini ileri sürmektedir.

Konu ile ilgili düzenlemeler aşağıda alıntılanmıştır:

Madde 3

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

Madde 13

"Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir."

A. Tarafların Delilleri**1. Başvurucu**

34. Başvurucu; bölgedeki sosyal ve politik faaliyetleri nedeni ile komiser S.Ç. ile aralarında birtakım eski uyuşmazlıklar olduğunu ve bu nedenle; S.Ç.'nin kendisine karşı intikam duyguları ile hareket ettiğini, kendisini sindirmeye çalıştığını ve kaba davranışlar sergilediğini ifade etmektedir.

Başvurucu ayrıca; dosyadaki tıbbi delillerin; Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğini kanıtlamaya yeterli olduğunu savunmaktadır.

35. Başvurucu bundan başka; dava konusu olay ile ilgili olarak; Türk adaletinin duyarsızlığını da eleştirmektedir. Başvurucu; sözünü ettiği duyarsızlığa delil olarak; öncelikle; mahkûmiyetine sebebiyet veren davayı; özellikle; ifadelerine başvuru alan polislerin; hiçbir inandırıcılığı bulunmayan ve tamamen taraflı olan ifadelerinin, Asliye Ceza Hâkimi'nce karara dayanak alınması hususunu göstermektedir.

Başvurucuya göre; gerçek hayatta; bir bayanın; polislerle dolu bir karakolda; bir komisere şiddet uygulayabileceğini; üstelik daha sonra

hiçbir şey olmamış gibi karakoldan çıkıp gidebileceğini düşünmek; en basit ifade ile; saçmadır.

Başvurucu; sadece kendi aleyhindeki mahkûmiyetin keyfi olmasından değil; bir devlet memurunun sergilediği olumsuz tutumlardan sorumlu tutulmasını önler nitelikteki ve tamamen yanlış bir soruşturma neticesinde; komiser S.Ç.'nin cezalandırılmamış olmasından da yakınmaktadır.

2. Hükümet

36. Hükümet, başvuru tarafından dile getirilen şikâyet sebeplerine cevaben; ileri sürülen intikam senaryolarının; başvurunun bir polise karşı duyduğu öfkeyi kanıtlar nitelikte olduğu görüşündedir. Hükümet; komiser S.Ç.'nin, mevcut durum karşısında, *"Başvurucunun saldırganlığını sürdürmesini önlemek ve kendisini savunmak için güç kullanarak başvurucaya direndiğini"* ifade etmektedir.

Hükümet; olay tarihinde alınan iki tıbbi raporun; başvurunun kötü muameleye uğramış olduğunu saptamaya elverişli hiçbir net bilgi ve bulgu içermediğini belirtmektedir.

Öte Yandan Hükümet; olaydan yaklaşık üç ay sonra; 2 Şubat 1995 tarihinde alınmış olmasından bahisle; Ege Üniversitesi Hastanesi'nce düzenlenen raporun; hiçbir inandırıcılığı olmadığını savunmaktadır. Hükümete göre; 12 Ekim 1994 tarihinde gerçekleşen nörolojik muayeneye ilişkin olduğu düşünülen bu rapor; hiçbir sonuç içermediği gibi; raporun neden muayeneden hemen sonra hazır edilmediği de hiçbir şekilde açıklanmış değildir.

Hükümete göre; İzmir İnsan Hakları Vakfı doktorlarının tıbbi kanaatlerinin geçerliliği bulunmamaktadır. Zira adı geçen dernek; bir sağlık kurumu olmadığı gibi; tıbbi görüş bildirmek için bakanlık nezdinde gerekli izni de bulunmamaktadır. Söz konusu derneğin faaliyeti; benzer derneklerde olduğu gibi; derneğe başvuranları, tercih edilen doktorlarla görüştürmekle sınırlıdır.

37. Hükümet son olarak; S.Ç. hakkında gerçekleştirilmiş olan soruşturmanın; hiçbir eleştiriye yer vermeyecek şekilde yürütüldüğünün altını çizmektedir. Başvurucu; sözleşmenin 13. maddesi anlamında, şikâyetini yöneltmek için etkili bir başvuru makamı bulamadığını

dile getirmekte haksızdır zira kendisi; S.Ç.'nin kovuşturulmasına yer olmadığına dair karara, pekâlâ itiraz etmiş bulunmaktadır.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

1. Sözleşmenin 3. Maddesinin Değerlendirilmesi

38. Mahkeme; özgürlüğünden yoksun olan ya da daha genel anlamıyla; güvenlik güçleri karşısında bulunan bir bireyin; kendi tutumuyla neden olmamasına rağmen; kendisine karşı fiziksel güç kullanılması halinde; insanlık onuruyla bağdaşmadığını ve bu halin; temel olarak Sözleşmenin 3. maddesiyle güvence altına alınan hakkın ihlali anlamını taşıdığını hatırlatmaktadır. (17 Ekim 2006 tarihli Sultan Öner ve Diğerleri/Türkiye Kararı; no 73792/01, paragraf 127 ve 19 Mayıs 2004 tarihli *R.L. ve M.-J.D. / Fransa* Kararı n° 44568/98, paragraf 61,).

39. Dava konusunu oluşturan olayın; başvuruçunun, 11 Ekim 1994 tarihinde, üyesi olduğu bir kültürel dernek tarafından organize edilen gösteri biletlerini, izinsiz satma suçlamasıyla sorgulandığı Gölmarara Karakolu'nda gerçekleştiği (Yukarıda 9. ve 10. paragraflar); bununla birlikte; başvuruçuya karşı güç kullanan kişinin komiser S.Ç. olduğu yadsınmış değildir.

40. Mahkeme; olay günü iki tıbbi rapor hazırlandığını; (Yukarıda 11 ve 15. paragraflar), olayın ertesi günü üçüncü bir rapor düzenlendiğini ve son raporun da 18 Ekim 1994 tarihli olduğunu (Yukarıda 16 ve 17. paragraflar) belirtmektedir.

Başvuruçunun «muhtemelen dövüldüğü » ifadesi ile sonlanan ilk raporda; başvuruçunun sol kolunun iç yüzeyinde; 7-8 cm ebadında bir şişlik ve bir çürük; sol omuz bölgesinde kızarıklık ve saç derisinde tahriş olduğu saptanmıştır.

Birkaç saat sonra; Akhisar Devlet Hastanesi nörologlarından biri tarafından düzenlenen ikinci raporda; başvuruçunun; mide bulantısı, görme bozukluğu ve sarsıntı şikâyetleri olduğu saptanarak; bu şikâyetlerin başvuruçunun Ege Üniversitesi Nöroşirurji Servisi'ne acilen muayeneye gönderilmesini gerektir nitelikte olduğu belirtilmiştir.

12 Ekim 1994 tarihinde; Ege Üniversitesi Hastanesi'nde görevli bir nörolog tarafından yapılan muayene sonucunu içeren 2 Şubat 1995 tarihli üçüncü raporda; başvuruçunun sol çeper kemiğinde başvuruç-

yu beş gün boyunca çalışmaktan alıkoyacak nitelikte bir şişlik olduğu ifade edilmiştir.

18 Ekim 1994 tarihli dördüncü rapor; İzmir İnsan Hakları Derneği bünyesinde görevli doktorlarca imza altına alınmıştır. Raporun fizyopatolojik bulgularla ilgili kısmında; başvurucunun sağ kolunun arka kısmında 2x7 cm ebadında bir çürük ile sağ ön kolda 2x3 cm ebadında bir çürük saptandığı belirtilmiştir. Raporun psikopatolojik kısmında ise; başvurucuda; post travmatik nevroz rahatsızlığı yaşandığını düşündüren; uykusuzluk ve bellek yitimi problemleri; düşük odaklanma kapasitesi; kaygı ve korku duygusu bulguları saptandığı dile getirilmiştir.

41. Bahsi geçenlerin ışığında Mahkeme; Hükümetin inandırıcılıklarını yadsıdığı üçüncü ve dördüncü raporların (Yukarıda 36. paragraf) aslında; ilk iki raporun sonuçlarını desteklediğini; bu bağlamda, doktorların dürüstlüğü ve yetkinliğinin şüphe götürcek nitelikte olmadığını belirtmektedir.

Mahkeme; sözleşmenin 3. maddesinin ihlali iddialarının kanıtlanması hususunda; maddece varlığı aranan delilleri göz önünde bulundurarak (20 Şubat 2007 tarihli Ölmez/Türkiye Kararı; no 39464/98, paragraf 58) ; başvurucunun; komiser S.Ç.'nin kendisinin saçını çektiği, kollarını çimdiklediği ve başına vurduğuna dair iddialarının; dava dosyasında mevcut raporlarla yeterince desteklenerek; inandırıcılık kazandığı görüşündedir.

42. Bununla birlikte; mahkemeye göre; komiser S.Ç.'nin davranışlarının; başvurucunun sözlü saldırısından ya da tokat atmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı kesin değildir. (Yukarıda; 21. paragraf). Mahkeme bu noktada, vesile olunan yaralanmalar ve yaralanmaların gerçekleştiği koşullara özel bir önem verdiği hususunu da vurgulayarak; (Bahsi geçen ; *R.L.ve M.-J.D.*, paragraf 68) önemli olanın; komiser S.Ç. tarafından kullanılan fiziki gücün; gerekli ve oranlı olup olmadığının belirlenmesi olduğunu ifade etmektedir.

43. Mahkeme bu bağlamda; komiser S.Ç.'nin olay anında sözde aşırı kızgın olan başvurucuyu önlemek için harekete geçmiş olabileceğini varsaymaya hazırdır. Ancak Mahkeme'ye göre bu durum; basit bir derneksel sorun için çağrıldığı karakolda, yalnız bir bayanın var olduğu gerçeğini değiştirmez. Mahkeme bunun yanında; başvurucuyu, bir

komiserle kavga etme noktasına ulaştırabilecek; kendisini şiddete yöneltebilecek koşulların tam olarak neler olduğunun dava dosyasından anlaşılmasının güç olduğunu da ifade etmektedir.

Mahkeme'ye göre; her ne olursa olsun; tokatlanmış olmanın etkisi altında olsa bile bir komiser; yanında kendisine bağlı olarak çalışan memurlar bulunmakta iken; daha sağduyulu ve ölçülü davranmalı ve kesinlikle; başvurucuya; kendisini beş gün boyunca çalışmaktan alıko-yacak şekilde saldırmanın dışında bir hareket tarzı benimsemeli idi.

Dava konusu olayda; kuvvete maruz kalan kişide korku doğura-bilecek, hassasiyet uyandırabilecek ve gerekli bir kuvvet kullanımı olarak nitelenemeyecek ölçüde alçaltıcı bir davranış mevcuttur. (Karşılaştırmız: Bahsi geçen; R.L.ve M.-J.D. Kararı paragraf 72 ve Rehbock / Slovenya Kararı, no 29462/95, 76, 77. paragraflar, Karar Derlemeleri 2000-XII).

44. Sonuç olarak; dava konusu olayda; Sözleşmenin 3. maddesi so-mut biçimde ihlal edilmiştir.

2. Sözleşmenin 13. Maddesinin Değerlendirilmesi

45. Bu hususta oluşturulmuş ilkeler ışığında Mahkeme; Sözleşme-nin 3. maddesinden kaynaklanan; "*Savunulabilir*" şikâyet hakkını kul-lanan başvurucunun (Yukarıda 44. paragraf), aynı şekilde; bu hakkını kullanması sonucunda yargı organlarınca verilen kararlara karşı da; sözleşmenin 13. maddesi ile kendisine tanınan tazmin olanağını kulla-nabilir durumda olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür. (Bakınız; sözü edilen Ölmez Kararı, paragraf 67).

46. Dava konusu olayda başvurucu; 14 ve 19 Ekim tarihlerinde; Göl-marmara Kaymakamlık ve Savcılık makamlarına başvurarak; komiser S.Ç. hakkındaki şikâyetlerini dile getirmiş; idari ve cezai soruşturma süreçlerinin başlatılmasını talep etmiştir. 18 Ekim 1994 tarihinde, Göl-marmara Savcılığı; şikâyet ile ilgili dosyayı Memurların Kovuşturulması Hakkındaki Yasa uyarınca; Manisa Valiliği'ne göndermiştir. Başvurucunun her iki şikâyetini de incelemek üzere; soruşturmacı sı-fatıyla Manisa Emniyet Müdür Yardımcısı görevlendirilmiştir. (Yuka-rıda; 23.- 26.paragraflar).

47. Bahsi geçen soruşturmacı; 23 Kasım 1994 tarihinde raporunu ta-mamlamıştır.

Soruşturmacıya göre; başvuruçunun şikâyetine dayanak oluşturan tıbbi raporlar; doktorlar arası dayanışmanın bir ürünüdür. (Yukarıda 7. paragraf) Çünkü gerçekte; fiziksel ve sözlü saldırıların yöneldiği kişi; tutumu meşru müdafaa olarak değerlendirilen ve hakkında başlatılan soruşturma sonunda, kovuşturulmasına izin verilmeyen komiser S.Ç.'nin bizzat kendisidir. (Yukarıda 27. paragraf)

Bu görüşü eksiksiz benimseyen Manisa Valiliği ve Manisa Emniyet Müdürlüğü Disiplin Kurulu'na da; sonradan; Gölarmara Asliye Ceza Mahkemesi'nce aksi ifade edilecek olmasına rağmen; (Yukarıda 21. paragraf); S.Ç.'ye kovuşturma izni verilmemesine dair karar verilmiştir. (Yukarıda; 28.- 30.paragraflar).

48. Mahkeme; başvuruçunun gıyabında gerçekleştiği düşünülen bu iki soruşturma ile ilgili olarak; benzer organlarca yürütülen soruşturmalarda daha önce de yargılama konusu olarak önüne geldiğini ve o soruşturmalarda olduğu gibi; mevcut dava konusundaki soruşturmalarda da; soruşturmanın bağımsız olarak yürütülüp yürütülmediği noktasında; Mahkeme'de ciddi şüpheler uyandığını vurgulamaktadır. (Örneğin, bakınız, Slimani/ Fransa Kararı, no 57671/00, 47- 48. paragraflar, Karar Derlemeleri2004-IX), (Örneğin, sözü edilen Sultan Öner ve Diğerleri Kararının 143. paragrafı ve burada yapılan atıflar).

49. Mahkeme; dava konusu olayda; Manisa Yürütme Kurulu'na; polis kökenli müfettişin hazırladığı rapor sonuçlarının zaten benimsemiş olduğunu, bu durumun; mevcut yargı sisteminin sağlamlığını büyük ölçüde zayıflattığını, sonuç olarak bu şekilde, başvuruçunun iddialarıyla dile getirdiği olayların ve olayların sorumlularının tespit edilemediğini belirtmektedir.

50. Tüm bu hususlar bir arada düşünüldüğünde (Sözü edilen Sultan Öner ve Diğerleri Kararının 144. paragrafı ve 25 Mart 1983 tarihli Silver ve Diğerleri/ Birleşik Krallık Kararı, , seri A no 61, 42. ve 113. paragraflar) yürütülmüş olan soruşturmalar; başvuruçunun; idari ve hukuki yargı makamları önünde hakkını arayabilmesi için, en azından; bir Devlet Memurunun kötü muamelesine maruz kalmış olduğunun ispatı gerektiğinden; akla yatkın hiçbir temel oluşturamamışlar; dolayısıyla; etkili biçimde gerçekleştirilememişlerdir.(Sözü edilen Ölmez Kararı, paragraf 69)

51. Sonuç olarak; sözleşmenin 13. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 41.MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

52. Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca;

“ Mahkeme, işbu sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî tarafın iç hukuku, bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder .”

A. Maddi Manevi Zarar

53. Doktor muayene ücretinin 62.10 YTL olduğunu hatırlatan başvurucu; gelir kaybından kaynaklanan ve aşağıdaki biçimde ifade ettiği maddi zararı olduğunu dile getirmektedir:

- Duruşmalara katıldığı için 20 iş günü çalışmamasının karşılığı olarak; 762,50 Avro,

- Ege Üniversitesi Hastanesi’nden alınan 5 günlük iş görmezlik raporu uyarınca ; 193,75 Avro;

- Toplamda 15 gününe mal olan; üç il arasındaki yer değişikliği masrafları için 582, 10 Avro;

- Geçirmiş olduğu şok sebebiyle; çalışmasının « Psikolojik olarak mümkün olmadığı 25 gün için ; 970,30 Avro;

- Yaşanan olayların yerel basında yer alması üzerine, hatırı sayılır sayıda hastasını kaybetmiş olmasının karşılığı olarak 1.562,50 Avro;

Bu başlık adı altında talep edilen ücretler; 4.071,15 Avro tutarındadır.

Başvurucu; olaylar nedeniyle maruz kaldığı küçük düşürücü ve alçaltıcı tutumlar sebebi ile 25.000 Avro tutarında manevi tazminat talep etmektedir.

54. Hükümet; başvurucunun iddialarını kabul etmemektedir.

55. Mahkeme; dava konusu olayda tespit edilen ihlalleri (Yukarıda 44 ve 51. paragraflar)ve dava konusu ile ilgili içtihadını göz önünde bulundurarak; başvurucuya; maddi ve manevi zararlarının karşılığı olarak 7.000 Avro ödenmesine karar vermiştir.

B. Ücret ve Harcamalar

56. Başvurucu tarafından talep edilen ücret kalemleri; aşağıda sıralanmıştır:

- Kendisinin ve avukatının yol masrafları için ; 635,35 Avro;
- Ege Üniversitesi Hastanesi'nde gerçekleştirilen tıbbi işlemler için 271,25 Avro;
- İletişim, tercüme ve kırtasiye masrafları için 645 Avro;
- Mahkemece ihlal tespit edilmesi halinde 4.000 Avro ödenmek üzere;
- 5.250 Avro avukatlık ücreti;
- Başvurucu 6 801,60 Avro tutarındaki ücret iddialarını desteklemek için; Mahkemeye aşağıdaki belgeleri sunmuştur:
- 21 Mart 2006 tarihli; başvurucunun imzasını taşıyan avukatlık ücret sözleşmesi;
- Bay Serkan Cengiz'e ödenen 2 000 YTL (yaklaşık1 123 Avro) ye ilişkin iki adet makbuz;
- Bir adet posta alındısı;

57. Hükümet; talep edilen bedellerin abartılı olduğunu ve yazılı belgelerle desteklenmediğini; dosyaya sunulan avukatlık ücret sözleşmesinde belirlenen ücretin; taraflarının karşılıklı çıkarları ile ilgili olduğunu ve Mahkemeyi bağlamadığını dile getirmiştir.

58. Mahkeme'nin bir içtihadına göre; başvuru yan; talep ettiği ücret ve harcamalara; ancak ücret ve harcamalar gerçekçi ve gerekli olduğunda ve talep edilen meblağlar makul seviyede tutulduğunda hak kazanabilir. (Örneğin, bakınız ;Bottazzi/ İtalya Kararı [GC], no 34884/97, 30. paragraf, Karar Derlemeleri 1999-V ve 1 Ekim 2002 tarihli Sawicka/ Polonya Kararı,, n° 37645/97, 54.paragraf.).

Mevcut durum karşısında; dosya kapsamındaki belgeler ve yukarıda dile getirilen ölçütler ışığında Mahkeme; başvuru yana, tüm ücret ve giderlerinin karşılığı olarak; Katma Değer Vergisi dâhil olmak üzere 3. 000 Avro ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme faizi

59. Mahkeme, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizi oranına dayandırılması ve ayrıca bu orana % 3'lük bir eklenti yapılması gereğini uygun bulmuştur.

BU NEDENLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE

1. Sözleşmenin 3. maddesinin somut olarak ihlal edildiğine;

2. Sözleşmenin 13.maddesinin ihlal edildiğine;

3. a. Sorumlu devletin başvurucuya, kararın sözleşmenin 44/2. maddesine göre kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde; ödeme tarihindeki rayiç oran üzerinden Türk Lirasına çevrilmek üzere; tahakkuk ettirilebilecek her türlü vergiyle birlikte, aşağıdaki bedelleri ödemesine:

i. Maddi ve manevi zararlar için toplam 7.000 (Yedi Bin Avro);

ii. Ücret ve harcamalar için 3.000 (Üç Bin Avro) ;

b. Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona ermesinden itibaren; ödeme gününe dek Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme faizine %3'lük bir eklenti yapılarak ayrıca gecikme faizi ödemesi yapılmasına;

4. Geri kalan adil tatmin taleplerinin reddine;

Karar vermiştir.

Fransızca hazırlanan bu karar; 2 Ekim 2007 tarihinde, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77/2 ve 3. maddeleri uyarınca yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Fatoş □ □□□□
Yazı İşleri Müdürü

Nicolas □ □□□□□ □
Başkan

ALİ ALBAYRAK / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no :2001/70151)

Çev.: Özlem YILMAZ*

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
KARAR
STRASBOURG
21 Mart 2006

Nicolas □□□□□, Başkan

□□ □□□□□□□□,

□ □□□□□ □□,

□ □□□□□□□□□,

□ □□ □□□□□□,

□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□

□□□□□□□□□□

ve Yazı İşleri Müdürü □ □□□□□□□□□ katılımı ile toplanarak 30 Mayıs 2000 tarihli başvuruya ilişkin olarak aşağıda yer alan kararı vermiştir.

Mahkemenin kararı sözleşmenin 29/3. maddesine ilişkin değerlendirmeyi ve başvurunun temeli ve kabul edilebilirliğine ilişkin ek incelemeyi içermektedir.

Kararda ayrıca tarafların dostane çözüme ilişkin beyanları yer almaktadır. Karar aşağıda yer almaktadır.

OLAYLAR

Başvurucu M. Ali Albayrak 1961 İzmir doğumludur. Başvurucuyu mahkeme önünde İzmir’de avukatlık yapan Bay Halil Çağlar Akbulut ve bay Serkan Cengiz temsil etmiştir.

Başvuruda aktarılan olayların gelişimi aşağıda özetlenmiştir.

Başvurucu 21 Aralık 1982 tarihinde askerlik görevini yaptığı sırada Adana Sıkıyönetim Mahkemesi’in 25 Nisan 1980 tarihli gıyabi tevkif kararı gereğince gözaltına alınmış ve sorgulanmıştır. Başvurucu anayasal düzeni yıkarak Marksist Leninist bir rejim kurmayı

* Avukat.

amaçlayan yasadışı bir örgüt olan Dev-Yol örgütü üyesi olmakla suçlanmıştır.

22 Aralık 1982 tarihinde, başvuru askeri savcı önünde ifade vermiş, ifadesinde örgüt üyesi olduğunu inkar etmiştir.

Tutukluluğunun sona erdiği tarih tam olarak belirtilmemekle birlikte yaklaşık iki yıl tutuklu kalmıştır.

17 Haziran 1986 tarihinde Adana Sıkıyönetim Mahkemesi önünde kendisine isnat edilen suç kabul etmemiş Türk Ceza Kanunu'nun 146/1. maddesinden 5 yıl hapis ve kamu hizmetinden yasaklama cezasına mahkum edilmiştir.

Belirtilmeyen bir tarihte Askeri Yargıtay delil yetersizliğinden mahkumiyet kararını bozmuştur. 27 Aralık 1993 tarihinde sıkıyönetim mahkemelerini kaldıran yasa yürürlüğe girmiştir. Dev-Yol davasına ilişkin dosya Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiştir.

8 Temmuz 2001 tarihinde Ağır Ceza Mahkemesi başvuru delil yetersizliğinden beraatine karar vermiştir.

ŞİKAYET

Başvuru şikayetinde kendisine karşı açılan ceza davasının makul süreyi aştığını ve aleyhinde verilen kararların kendisine tebliğ edilmediğini bu nedenlerle sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

KARAR

30 Ocak 2006 tarihinde Hükümetin aşağıda yer alan beyanı mahkemeye ulaşmıştır:

Türk Hükümeti M. Ali Albayrak tarafından mahkemeye sunulan 2001/70151 sayılı başvurudan kaynaklanan davaya ilişkin olarak, Türk Hükümeti dostane çözüm önerisi olarak ex gratia 17.000 Euro ödemeyi taahhüt eder.

Önerilen miktar maddi ve manevi tazminat ile masraf ve giderleri karşılayacaktır. Belirtilen miktar euro olarak ödenecektir. Ödeme tarihinde Türk Lirasına çevrilecektir. Belirtilen miktar Sözleşme hükümlerine uygun olarak vergiden muaf olarak başvuru tarafından belirtilen banka hesabına ya da başvuru yetkilendirdiği temsilcisi adına 3

**AVRUPA TOPLULUKLARI ADALET DİVANI'NIN
"VELİ TİM VE MEHMET DARI KARARI"NA DAİR
KISA BİR DEĞERLENDİRME**

Hacı CAN*

Türkiye ile Avrupa (Ekonomik) Topluluğu¹ ve üye devletleri arasında 1963 yılında Ankara'da imzalanan bir anlaşma² ile kurulan ortaklık ilişkisi, Türkiye'nin Avrupa'yla bütünleşmesini öngörmüştür. Ancak bu gaye, değişen konjunktür nedeniyle gerçekleştirilememiştir. Bunun en önemli nedenlerinden birisi, kuşkusuz anlaşmanın yorum ve uygulanmasında taraflar arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkları çözecek kurumsal bir yapılanmanın (yargının) olmayışından kaynaklanmaktadır. Ortaya çıkan sorunların çözümü tümüyle tarafların iyi niyet ve dürüstlüğüne kalmıştır. Gerçi hukuki ihtilaflar, Ortaklık Antlaşması'nın 25. maddesi gereğince, Ortaklık Konseyi'nde veya orada alınacak bir karar ile tahkim yoluyla uluslararası mahkemelerde çözüme kavuşturulabilir. Fakat bu, işlemesi mümkün bir mekanizma değildir. Çünkü bir hukuki sorunun veya uyuşmazlığın çözümü her halükârda Ortaklık Konseyi'nde bir karar alınmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu alınması sadece her iki tarafın rızasıyla mümkün olması nedeniyle sözleşmeye aykırı davranan tarafın kendisi aleyhine bir işlem yapmaya yanaşmasını beklemek gerçekçi değildir. Zaten günümüze kadar da Ortaklık Antlaşması'nın 25. maddesinde öngörülen uyuşmazlıkların çözüm yolu hiç işletilememiştir.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) bir ölçüde bu boşluğu doldurmuştur. Türkiye-AT Ortaklığı'nın bir organı olmamasına rağmen, aralıksız olarak ortaklık ilişkisinin sorunları ile meşgul olmuştur. Adalet Divanı, topluluğun uluslararası antlaşmalarının topluluk bakımından Roma Antlaşması'nın 234. maddesi anlamında bir "*organ tassarrufu*" teşkil ettiğini ve bu nedenle topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul ederek, bunları topluluk hukuku kapsamında

* Yrd. Doç. Dr., D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Avrupa Ekonomik Topluluğu, Maastricht Antlaşması ile Avrupa Topluluğu olarak isimlendirilmiştir.

² Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında Bir Ortaklık Yaratan Anlaşmanın onaylanması, TBMM tarafından 4 Şubat 1964 tarih ve 397 sayılı kanunla uygun bulmuştur (bkz. *Resmi Gazete*, 12 Şubat 1964, sayı 11631).

yorumlamaktadır.³ Adalet Divanı, Türkiye-AT Ortaklık Anlaşmasını ve bunun uygulanmasını sağlamak üzere Ortaklık Konseyi tarafından çıkartılan düzenlemelerin ve özellikle tarafları bağlayıcı niteliği olan kararların yorumuna ilişkin olarak, Roma Antlaşması'nın 234. maddesi uyarınca ön karar davası yoluyla çok sayıda yorum kararları vermiştir.⁴ Bu suretle Adalet Divanı, Avrupa Birliği üye devletlerinin birçok sınırlama ve yasaklarla dolu yabancılar hukukunun uygulama alanlarını önemli derecede daraltmıştır. Söz konusu kararlar, bir taraftan üye devletlerinde çalışan Türk vatandaşlarının kendilerinin ve aile bireylelerinin Avrupa Birliği hukukunun koruması altına alınmasını sağlamış, diğer taraftan da ortaklık ilişkisinin Avrupa Birliği hukuku açısından

³ ATAD, 30 Nisan 1978 tarih ve 181/73 sayılı Haegemann kararı, Slg. 1974, 460.

⁴ ATAD, 30 Eylül 1987 tarih ve 12/86 sayılı, Demirel kararı, Slg. 1987, 3719; 14 Kasım 1989 tarih ve 30/88 sayılı Yunanistan/Komisyon kararı, Slg. 1989, 3711; 20 Eylül 1990 tarih ve C-192/89 sayılı Sevince kararı, Slg. 1990, I-3461; 16 Aralık 1992 tarih ve C-237/91 sayılı Kuş kararı, Slg. 1992, I-6781; 5 Ekim 1994 tarih ve C-355/93 sayılı Eroğlu kararı, Slg. 1994, I-5113; 6 Haziran 1995 tarih ve C-434/93 sayılı Bozkurt kararı, Slg. 1995, I-1475; 10 Eylül 1996 tarih ve C-277/94 sayılı Taflan-Met kararı, Slg. 1999, I-4085; 17 Nisan 1997 tarih ve C-351/95 sayılı Kadıman kararı, Slg. 1997, I-2133; 23 Haziran 1997 tarih ve C-171/95 sayılı Tetik kararı, Slg. 1997, I-329; 29 Mayıs 1997 tarih ve C-386/95 sayılı Eker kararı, Slg. 1997, I-2697; 5 Haziran 1997 tarih ve C-285/95 sayılı Kol kararı, Slg. 1998, I-7747; 30 Eylül 1997 tarih ve C-36/96 sayılı Günaydın kararı, Slg. 1997, I-5159; 30 Eylül 1997 tarih ve C-98/96 sayılı Ertanır kararı, Slg. 1997, I-5193; 19 Kasım 1998 tarih ve C-210/97 sayılı Akman kararı, Slg. 1998, I-7537; 26 Kasım 1998 tarih ve C-1/97 sayılı Birden kararı, Slg. 1998, I-7747; 4 Mayıs 1999 tarih ve Sürül kararı, C-262/96 sayılı Slg. 1999, I-2766; 10 Şubat 2000 tarih ve C-340/97 sayılı Nazlı kararı, Slg. 2000, I-957; 14 Mart 2000 tarih ve C-102/98 ve C-211/98 sayılı Koçak ve Örs kararı, Slg. 2000, I-1287; 16 Mart 2000 tarih ve C-329/97 sayılı Ergat kararı, Slg. 2000, I-1487; 11 Mayıs 2000 tarih ve C-37/98 sayılı Savaş kararı, Slg. 2000, I-2927; 22 Haziran 2000 tarih ve C-65/98 sayılı Eyüp kararı, Slg. 2000, I-4747; 19 Kasım 2002 tarih ve C-188/00 Kurz kararı, Slg. 2002, I-10961; 8 Mayıs 2003 tarih ve C-171/01 sayılı Waehlergruppe Gemeinsam kararı, Slg. 2003, I-4301; 21 Ekim 2003 tarih ve C-317/01 ve C-369/01 sayılı Abatay ve diğerleri kararı, 29 Nisan 2004 tarih ve C-373/02 sayılı Öztürk kararı; 30 Eylül 2004 tarih ve C-275/02 sayılı Ayaz kararı; 11 Kasım 2004 tarih ve C-467/02 sayılı Çetinkaya kararı; 25 Haziran 2005 tarih ve C-136/03 sayılı Ünal kararı, 7 Temmuz 2005 tarih ve C-283/03 sayılı Doğan kararı; 7 Temmuz 2005 tarih ve C-373/03 sayılı Aydınlı kararı; 7 Temmuz 2005 tarih ve C-374/03 sayılı Gürol kararı; 10 Ocak 2006 tarih ve C-230/03 sayılı Sedef kararı; 16 Şubat 2006 tarih ve C-502/04 sayılı Torun kararı; C-48/02 sayılı Ergin kararı; 26 Ekim 2006 tarih ve C-4/05 sayılı Güzeli kararı; C-296/05 sayılı Güneş kararı; 18 Temmuz 2007 tarih C-325/05 sayılı Derin kararı; 4 Ekim 2007 tarih ve C-349/06 sayılı Polat kararı; Halen görülmekte olan önkarar davaları: C-228/06 sayılı Soysal ve diğerleri davası; C-242/06 sayılı Şahin davası; C-294/06 sayılı Payır ve diğerleri davası; C-92/07 sayılı Komisyonbn/Hollanda davası; C-453/07 sayılı Er davası; C-337/07 sayılı Altun davası.

konumunun aydınlatılmasına yardımcı olmuştur. Ayrıca Türkiye'nin Avrupa bütünleşmesine dahil edilmesine katkı sağlamıştır.

Adalet Divanı bağımsız şekilde çalışan Türk vatandaşlarına ilişkin olarak üç önemli karar vermiştir. Bu kararlar, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının işadami, gazeteci, sporcu, sergi açmak ve konferans vermek için seyahat edenler ve serbest meslek sahibi vs. Türklere yeni kısıtlamaların getirilmesini yasakladığını açıkça hükme bağlamıştır.

Savaş ve Abatay ve diğerleri kararlarından sonra 20 Eylül 2007 tarihinde yeni bir karar vermiştir. Bu son karar, bir iş yeri kurmak veya mesleki faaliyetini sürdürmek isteyen Türk vatandaşların vize almaksızın İngiltere'ye (keza aynı şekilde benzer konumda bulunan diğer üye devletlere de) gidip, orada yerleşmelerinin önünü açmaktadır. Bununla, İngiltere'de veya benzer durumda bulunan diğer üye devletlerde daha önce mülteci veya kaçak olarak yaşayan ve Ankara Anlaşması'na dayalı çalışma vizesine başvuran binlerce Türk vatandaşı için oturma ve çalışma izni alma ümidi doğmuştur.

Ne var ki, Adalet Divanı'nın bu kararı üzerine oldukça değişik yorumlar yapılmaktadır. Öyle ki Türk vatandaşlarının Avrupa Birliği üyesi ülkelere artık vizesiz gidebileceği iddia edildiği gibi vize alma zorunluluğunun devam ettiği de hatırlatılmaktadır.

Bu nedenle aşağıda bu kararın Türkçe çevirisi ve incelemesi yapılması amaçlanmaktadır.

**VELİ TÜM VE MEHMET DARI / BİRLEŞİK
KRALLIK DAVASI**

Çev.: Hacı CAN

ADALET DİVANI KARARI

(İKİNCİ DAİRE)

20 Eylül 2007

“AET-Türkiye Ortaklık Anlaşması – Madde 41 fıkra 1 Katma Protokol – Mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralı – Geçerlilik – Bir üye devletin, Katma Protokol’ün yürürlüğe girmesinden sonra kendi ülkesinde yerleşme serbestisini kullanmak isteyen Türk vatandaşlarının kabul edilmesine ilişkin yeni kısıtlamalar getiren hukuk kuralları”

House of Lords (Birleşik Krallık) tarafından

Veli Tüm, Mehmet Darı’nın
Secretary of State for the Home Department
karşı
The Queen davasında,

(19 Ocak 2005 tarihinde Adalet Divanına ulaşan) 2 Aralık 2004 tarihli bir karar ile madde 234 AT’ye göre bir önkarar istemine ilişkin olarak sunulan C-16/05 sayılı davada

ADALET DİVANI (İkinci Daire)

Daire başkanı C.W.A. Timmermans
Yargıçlar R. Schintgen (Raportör) ve
J. Klučka
R. Silva de Lapuerta ve
L. Bay Larsen’in katılımında,
Genel Savcı: L.A. Geelhoed,
Katip: K. Sztranv-Slwaiczek, genel sekreter,
Yazılı yargılama ve 18 Mayıs 2006 tarihli duruşma nedeniyle,

- N. Rogers ve J. Rothwell, Barristers ve ayrıca L. Baratt ve M. Kud-dus, Solicitors tarafından temsil edilen Tüm ve Darı’nın,

- P. Saini, Barrister'in yardımıyla önce yetkili M. Bethell tarafından, sonra yetkili E. O'Neill tarafından temsil edilen Birleşik Krallık Hükümetinin,

- Yetkili C.M. Wissels tarafından temsil edilen Hollanda Hükümeti'nin,

- Yetkili R. Procházka tarafından temsil edilen Slovak Hükümeti'nin,

- Yetkililer C. O'Reilly und M. Wilderspin tarafından temsil edilen Avrupa Toplulukları Komisyonu'nun açıklamaları dikkate alınarak,

Genel Savcının nihai mütalasıyla 12 Eylül 2006 tarihli oturumda dinlenilmesinden sonra

aşağıdaki **kararı** vermektedir.

1. Ön karar istemi, 23 Kasım 1970 tarihinde Brüksel'de imzalanan ve konseyin 19 Aralık 1972 tarih ve 2760/72 sayılı (AET) Tüzüğü'yle topluluk adına akdedilen, onaylanan ve tasdik edilen Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının yorumlanmasına ilişkindir (ABl. L 293, S. 1, bundan sonra sadece Katma Protokol olarak değinilecek).

2. Bu istem, bir yanda Tüm ve Darı ve diğer yanda Secretary of State for the Home Department (İçişleri Bakanlığı, bundan sonra sadece Secretary of State olarak değinilecek) olmak üzere bunlar arasında cereyan eden ve Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı ülkesine bir işyeri kurmak amacıyla yerleşmek için davacıların yapmış oldukları ülkeye giriş izni başvurularını reddeden ve onların sadece geçici şekilde kabul edildikleri Birleşik Krallık'tan sınır dışı edilmelelerini hükme bağlayan kararlar yüzünden ortaya çıkan iki hukuki ihtilaf çerçevesinde sadır olmaktadır.

Hukuki Çerçeve

AET-Türkiye Ortaklık Sözleşmesi

3. Türkiye Cumhuriyeti bir yanda, AET üye devletleri ve topluluk diğer yanda olmak üzere bunlar tarafından 12 Eylül 1963 tarihinde Ankara'da imzalanan ve konseyin 23 Aralık 1963 tarih ve 64/732/AET sayılı kararıyla topluluk adına akdedilen, kabul ve tasdik edilen Avru-

pa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye arasında bir ortaklığın kurulmasına dair Anlaşma (ABl. L 64, 217, S. 3685, bundan sonra sadece Ortaklık Anlaşması olarak değinilecek), 2. maddesinin 1. fıkrası gereğince şöyle amaca sahiptir: Türkiye ekonomisinin hızlandırılmış kalkınmasını ve Türk halkının çalıştırılma seviyesinin ve yaşama şartlarının yükseltilmek ve daha sonra Türkiye Cumhuriyeti'nin topluluğa katılmasını kolaylaştırmak için (Ortaklık Anlaşması'nın dibacesinin 4 no'lu bendi ve 28. maddesi), işçilerin serbest dolaşımının kademeli şekilde kurulması (Ortaklık Anlaşması'nın 12. maddesi) ve yerleşme serbestisi (Ortaklık Anlaşması'nın 13. maddesi) ile hizmetlerin serbest dolaşımı (Ortaklık Anlaşması'nın 14. maddesi) kısıtlamalarının ortadan kaldırılması suretiyle, işgücü de dahil olmak üzere taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmektedir.

4. Bunun için Ortaklık Anlaşması, Türkiye Cumhuriyeti'ne ekonomisini topluluğun yardımlarıyla sağlamlaştırılmasını mümkün kılan bir hazırlık dönemini (Ortaklık Anlaşması'nın 3. maddesi), bir gümrük birliğinin kademeli şekilde kurulmasını ve ekonomi politikaların yakınlaştırılmasını güvence altına alan bir geçiş dönemini (Ortaklık Anlaşması'nın 4. maddesi) ve gümrük birliğine dayanan ve akit tarafların ekonomi politikalarının sıkı bir koordinasyonunu içeren bir son dönemi (Ortaklık Anlaşması'nın 5. maddesi) kapsamaktadır.

5. Ortaklık Anlaşması'nın 6. maddesi şöyle ifade etmektedir:

“Ortaklık rejiminin uygulanmasını ve gittikçe gelişmesini sağlamak için akit taraflar, anlaşma ile verilen görevlerin sınırları içinde eylemde bulunan bir Ortaklık Konseyi'nde toplanırlar.”

6. Ortaklık Anlaşması'nın (“Geçiş döneminin uygulanması”) başlıklı II. Kısımda yer alan 8. madde düzenlemektedir ki:

“4. maddede anılan amaçların gerçekleşmesi için Ortaklık Konseyi, geçiş döneminin başlamasından önce ve Geçici Protokol'ün 1. maddesinde öngörülen usule göre, topluluğun kurulmasına dair antlaşmanın göz önüne alınması gereken münferit maddi alanlarına ilişkin hükümlerin uygulanma koşullarını, ayrıntılarını ve takvimini belirler. Bu husus, özellikle bu kısımda yer alan maddi alanlar ve yararlı olarak gözüken her türlü koruma önlemleri için geçerlidir.”

7. Ortaklık Anlaşması'nın 12 ila 14. maddeleri, aynı şekilde II. Kısım altında ("*Ekonomik nitelikteki sair hükümler*") başlıklı 3. Bölümde yer almaktadır.

8. 12. madde öngörmektedir ki:

"Akit taraflar, aralarında serbest işçilerin serbest dolaşımını kademeli olarak gerçekleştirmek için, [48, 49 AT ve 50 AT] maddelerinden esinleneceklerini kararlaştırırlar."

9. 13. madde belirtmektedir ki:

"Akit taraflar, yerleşme serbestliği kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, [52 ilâ 56 AT ve 48 AT] maddelerinden esinleneceklerini kararlaştırırlar."

10. 14. madde ifade etmektedir ki:

"Akit taraflar, hizmetlerin serbest dolaşımını kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, [45 EG, 46 EG und 48 EG bis 54 EG] maddelerinden esinleneceklerini kararlaştırırlar."

11. Ortaklık Anlaşması'nın 22. maddesinin 1. fıkrası öngörmektedir ki:

"Anlaşma amaçlarının gerçekleştirilmesi için, Anlaşmanın öngördüğü hallerde Ortaklık Konseyinin karar alma yetkisine sahiptir. İki taraftan her biri, verilmiş kararların yerine getirilmesinin gerektirdiği tedbirleri almakla yükümlüdür..."

12. Kendi 62. maddesi gereğince Ortaklık Anlaşması'nın parçası olan Katma Protokol, 1. maddesinde anlaşmanın 4. maddesinde öngörülen geçiş döneminin koşullarını, ayrıntılarını ve zaman planını düzenlemektedir.

13. Katma Protokol'ün I. Bölümü "*İşgücü*" başlığına ve II. Bölümü ise "*Yerleşme Hakkı, Hizmetler ve Ulaştırma*" başlığına ilişkin olan bir Kısım II ("*Serbest Dolaşım ve Hizmetlerin Dolaşımı*") içermektedir.

14. Katma Protokol'ün I. Bölümde yer alan 36. maddesi, topluluk üye devletleri ile Türkiye arasında işçilerin serbest dolaşımını, Ortaklık Anlaşması'nın 12. maddesinde yer alan ilkelere göre, anlaşmanın yürürlüğe girişinden sonraki onikinci yılın sonu ile yirmiikinci yılın sonu arasında kademeli olarak gerçekleştirilmesini ve Ortaklık Konseyi'nin bu konuda gerekli kuralları düzenleyeceğini öngörmektedir.

15. Katma Protokol'ün II. Bölüm'ünde yer alan 41. maddesi şöyle ifade etmektedir:

“(1) Akit taraflar, aralarında, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımına yeni kısıtlamalar getirmeyeceklerdir.

(2) Ortaklık Konseyi, Ortaklık Anlaşması'nın 13. ve 14. maddelerinde yer alan ilkelere uygun olarak, Akit tarafların yerleşme serbestisi ve hizmetlerin serbest dolaşımının kısıtlamalarını aralarında gitgide kaldırmalarında uygulanacak süreci ve ayrıntıları tespit eder.

Ortaklık Konseyi, değişik faaliyet dalları sürecini ve ayrıntılarını belirlerken Topluluğun bu alanlarda daha önceden çıkarmış olduğu hükümleri ve Türkiye'nin özel ekonomik ve sosyal durumunu gözetir. sıra, süre ve usulleri, çeşitli faaliyet dalları için bu alanlarda Topluluğun daha önce koyduğu hükümleri ve Türkiye'nin ekonomik ve sosyal alanlardaki özel durumunu göz önüne alarak, tespit eder. Üretimin ve ticari dolaşımın gelişmesine özellikle katkıda bulunan faaliyetlere öncelik verilir.”

16. Ortaklık Anlaşması'yla getirilen, bir yandan Avrupa Birliği üye devlet hükümetleri ve Konseyi ve Avrupa Toplulukları Komisyonu üyelerinden, diğer yandan Türk Hükümeti üyelerinden oluşan Ortaklık Konseyi'nin (bundan sonra Ortaklık Konseyi olarak anılacak), şimdiye kadar Katma Protokol'ün 41. maddesinin 2. fıkrası temelinde hiçbir karar çıkarmamış olduğu sabittir.

17. Buna karşılık Ortaklık Konseyi, 19 Eylül 1980 tarihinde “Ortaklığın Geliştirilmesine” ilişkin 1/80 sayılı Kararı (bundan sonra: 1/80 sayılı karar) çıkarmıştır.

18. 1/80 sayılı kararın (“Sosyal Hükümler”) başlıklı II. Bölüm'ünde yer alan 13. maddesi şöyle ifade etmektedir:

“Topluluk üye devletleri ve Türkiye, ikametleri ve çalışmaları ülkelerinde usulüne uygun olan işçi ve aile bireyleri için işgücü pazarına giriş koşullarına yeni kısıtlamalar getiremezler.”

Ulusal Hukuk

19. 1971 tarihli Göç Yasası'nın Bölüm 11 (1), “Birleşik Krallık'a” girişi şöyle tanımlamaktadır:

“Bir gemi veya uçak ile Birleşik Krallığa gelen kimse, gemi veya uçaktan ayrılıncaya kadar bu Yasanın amaçları bakımından Birleşik Krallık’a girmiş sayılmaz. Bir deniz veya hava limanında gemi veya uçaktan ayrılırsa, bir göçmenlik işleri memuru tarafından limanın bu amaçla belirlenen bir alanında bulunduğu sürece Birleşik Krallığa girmiş sayılmaz. Diğer bir şekilde Birleşik Krallık’a girmemiş olan kimse, (...) tutuklanmış, geçici olarak kabul edilmiş olduğu veya geçici şekilde tutukluktan serbest bırakıldığı sürece ülkeye girmiş sayılmaz.”

20. Katma Protokol’ün Birleşik Krallık’ta yürürlüğe giriş günü olan 1 Ocak 1973 tarihinde bir firmanın kurulması ve hizmetlerin getirilmesine geçerli olan önemli göç hükümleri Statement of Immigration Rules for Control on Entry (House of Commons Paper 509) içinde yer almaktaydı (bundan sonra sadece 1973 tarihli göç mevzuatı olarak değinilecek).

21. 1973 tarihli göç mevzuatının 30. fıkrası (“İş Adamları”) şöyle ifade etmekteydi:

“[Bir işyeri kurma amacıyla] bir ülkeye giriş iznini belgelendiremeyen, fakat muhtemelen aşağıdaki iki fıkradan birisinin koşullarını yerine getirebilen yolcular, en yüksek iki aylık bir süre için ve bu esnada kendilerine bağımsız bir çalışma yasaklanmak suretiyle geçici olarak ülkeye kabul edilirler ve kendilerine durumlarını Home Office bildirmeleri talimatı verilir.”

22. 1973 tarihli göç mevzuatının 31. fıkrasına göre başvuran kişi, mevcut bir işe yatırım yapabilmek ve oluşacak zararlarda payını karşılayabilmek için yeterli mali araçlara sahip olmak zorundaydı. Bunun yanı sıra başvuranın özellikle kendisinin ve aile fertlerinin geçimini sağlamak durumunda olması ve firmanın işletilmesine aktif şekilde katılmış olması gerekmektedir.

23. 1973 tarihli göç mevzuatının 32. fıkrası belirlemektedir ki:

“Başvuran kişi, bağımsız bir şekilde çalışmak için Birleşik Krallık’ta yerleşmek isterse, işini kurmak için yeterli mali araçları ülkeye getireceğini, bununla kendisinin ve gerektiğinde aile bireylerinin bir çalışma izninin gerekli olduğu bir işyeri açmaya gerek kalmadan geçinebileceklerinin beklenebilir olduğunu ispat etmek zorundadır.”

24. Bu tarihten itibaren Birleşik Krallık, bir işin kurulması veya hizmetlerin getirilmesi için ülkeye giriş yapmak isteyen kişiler için git-tikçe daha katı göç kuralları getirmiştir.

25. Bu konuyla ilgili ayrıntılı kurallar, House of Commons tarafından 1994 yılında çıkarılan göç mevzuatının 1 Ekim 1994 tarihinden beri uygulanabilen, halen değişik bir metin içerisinde geçerli olan 201 ila 205. fıkralarında yer almaktadır. (bundan sonra sadece 1994 tarihli göç mevzuatı olarak değinilecek).

26. Birleşik Krallık'ta halen geçerli olan 1994 tarihli göç mevzuatının bu ülkede bağımsız bir uğraşmayı yerine getirmek için yerleşmek isteyen kişilerin vize başvurularının ele alınması söz konusu olduğu çerçevede 1973 tarihli göç mevzuatından daha katı olduğu tartışmasızdır.

Ulusal Mahkemede Görülen Temel Dava ve Başvuru Soruları

27. Mahkemenin başvuru kararından, Tüm'ün Kasım 2001 tarihinde Almanya'dan ve Darı'nın Ekim 1998 tarihinde Fransa'dan itibaren deniz yoluyla Birleşik Krallık'a gelmiş oldukları anlaşılmaktadır.

28. İltica başvurularının reddedilmesinden sonra, 15 Haziran 1990 tarihinde Dublin'de imzalanan "Avrupa Topluluklarının Bir Üye Devletinde Sunulan İltica Dilekçesi İçin Yetkili Deoletin Belirlenmesine" dair sözleşme (Abl. 1997, C 254, S. 1) uyarınca Tüm ve Darı'nın sınırdışı edilmelerine karar verilmiştir. Fakat karar yetkili ulusal resmî makamlar tarafından uygulanmamıştır. Böylece bu kişiler, Birleşik Krallığın ülkesinde halen kalmaya devam etmektedirler.

29. Tüm ve Darı, 1971 tarihli Göç Yasası'nın 11 (1) bölümü uyarınca her ikisine sadece ülkeye geçici kabul izni verilmiş olması, bunun Birleşik Krallık hukukuna göre bu üye devlete şekli bir giriş izniyle eşdeğer olmaması ve ayrıca bir çalışma yasağıyla bağlanması nedeniyle Birleşik Krallık'ta bağımsız bir şekilde çalışmak amacıyla yerleşmek için bir giriş vizesine başvurmuşlardır.

30. Bu amaçla Ortaklık Anlaşması'na dayanmışlardır. Burada özellikle Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası gereğince ev sahibi üye devlete giriş vize başvurularının Katma Protokol'ün Birleşik Krallık'ta yürürlüğe giriş gününde, yani 1 Ocak 1973 tarihinde uygulanabilen ulusal göç mevzuatına göre değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

31. Fakat Secretary of State, Tüm ve Darı'nın başvurularını dilekçe

tarihinde geçerli olan ulusal göç düzenlemesi nedeniyle reddetmiştir.

32. Tüm ve Darı, bu red kararlarına karşı yargı yoluna başvurmuşlardır. Başvurular, High Court of Justice (İngiltere & Galler), Queen's Bench Division (Administrative Court) tarafından birlikte incelenmiş olup, 19 Kasım 2003 tarihli karar ile haklı bulunmuştur. Bu karar, Court of Appealin (İngiltere & Galler) (Civil Division) 24 Mayıs 2004 tarihli kararıyla esas itibariyle onaylanmıştır. Bu mahkemelerin görüşüne göre, her iki Türk vatandaşının durumunun hilekâr davranışlara dayanmadığı gibi kamu düzeni, kamu güvenliği ve toplum sağlığı gibi devletin haklı menfaatlerinin korunmasını da tehlikeye düşürmemektedir. Dolayısıyla söz konusu mahkemeler, davacıların, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralına dayanarak, Birleşik Krallık'ta bir işyeri açmak amacıyla yerleşmek için yapmış oldukları ülkeye giriş başvurularının 1973 tarihli göç mevzuatına göre incelenmesini haklı olarak talep edebileceklerini tespit etmişlerdir.

33. Bunun üzerine Secretary of State, hukuki ihtilafların House of Lords'a gönderilmesi için yetkili hale gelmiştir.

34. House of Lords, ulusal yargıda görülen dava taraflarının, 41. maddenin 1. fıkrasında yer alan mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralının Birleşik Krallık'ta yerleşme serbestinden faydalanmak isteyen Türk vatandaşlarının ülkeye ilk kabul edilmesine ilişkin Birleşik Krallık düzenlemesine uygulanıp uygulanamayacağını tartıştıkları için yargılamayı durdurup, Adalet Divanına aşağıdaki soruyu ön karar için sunmuştur:

Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası, bir üye devlete, protokolün bu üye devlette yürürlüğe girdiği günden itibaren ülkesinde bağımsız bir çalışma yapmak amacıyla yerleşmek isteyen bir Türk vatandaşına ülkesine giriş koşulları ve usulü bakımından yeni kısıtlamalar getirilmesini yasaklamakta olduğu yönünde yorumlanabilir mi?

Ön Karar Başvuru Sorularına İlişkin Olarak

Adalet Divanı Önünde Yapılan Açıklamalar

35. Birleşik Krallık Hükümeti'nin görüşüne göre, Tüm ve Darı gibi bu üye devletin ülkesine asla şeklen girmemiş olan yabancılar, Kat-

ma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralıyla getirilen garantilerden yararlanamazlar. Zira bu hükmün uygulanma alanı, 11 Mayıs 2000 tarihli Savaş kararının (C-37/98, Slg. 2000, I-2927) temel oluşturduğu davada söz konusu olan Türk vatandaşında olduğu gibi, bir üye devlete yasal olarak giriş yapan ve bunun sonucunda bir iş yeri kurmak için oraya yerleşmeye girişen yabancılara sınırlanmaktadır. Tüm ve Darı'nın Birleşik Krallığa giriş için şeklen usulüne uygun bir başvuru yapmış olmaları önem arzetmemektedir.

36. Dolayısıyla Birleşik Krallık, 1971 tarihli Göç Yasası'nın Bölüm 11 (1) anlamında Birleşik Krallık'a giriş yapmamış olan ulusal yargıda görülen davalarda ilgili her iki Türk vatandaşları karşısında, özellikle diğerlerinin yanı sıra bir üye devletin ülkesinde yerleşme serbestisinden yararlanmak isteyen yabancılardan geçerli bir giriş vizesine sahip olmalarını yeni koşul olarak düzenlemek suretiyle 1 Ocak 1973 tarihinde geçerli olan hükümlerden daha katı olan mevcut 1994 tarihli göç mevzuatını uygulamaya yetkilidir.

37. Birleşik Krallık Hükümeti, bu görüşünü Savaş kararına dayandırmaktadır. Savaş kararının 58 ila 68. paragraflarından ortaya çıkmaktadır ki; bir üye devlete kurallara uygun şekilde kabul edilmemiş olan bir kimse, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında imtiyazlı kılınanlar çevresinin dışında kalmış sayılmak zorundadır. Çünkü bu hüküm, sadece yerleşme ve bununla bağlı ikamet koşullarını düzenlemektedir. Bu çerçevede, bir Türk vatandaşına Birleşik Krallık'a ilk giriş vizesinin verilmesi kararı ile Birleşik Krallık ülkesinde daha önceden usulüne uygun şekilde kabul edilmiş olan bir Türk vatandaşına iş adamı olarak orada ikamet etmesini müsaade eden karar arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Savaş kararında sadece, bir Türk vatandaşının bir üye devletin ülkesine yasal şekilde girmiş olduğunda ve gerçi bu hükmeye dayandığı günde bu devlette artık yasal şekilde bulunmadığında da Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında yer alan mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralına dayanabileceği saptanmıştır. Buna karşılık mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralı, Türk vatandaşının ilk defa bir giriş vizesine başvurduğu zaman uygulanamaz. Türkiye Cumhuriyeti'nin Avrupa Birliği üye devleti olmadığı sürece bu soru, münferit üye devletlerin münhasır yetkilerinde kalmaya devam edecektir (bu anlamda krş. özellikle Savaş kararının 58. paragrafına).

38. İhtiyaten Birleşik Krallık Hükümeti, Katma Protokol'ün iltica başvurusu reddedilen ve 15 Haziran 1990 tarihli Dublin Sözleşmesi'ne göre diğer bir üye devlete sınırdışı edilebilen ilticacı kişiye haklar verilmesini amaçlamadığını ileri sürmektedir. Bu nedenle, Birleşik Krallık'ta iltica hakkı tanınmamış olan Tüm ve Darı gibi aynı durumda bulunan Türk vatandaşlarının, Katma Protokol'de öngörülen avantajların her birinden mahrum olduklarını, diğer her yorumun hukukun istismar edilmesine yol açabileceğini ifade etmektedir.

39. Hollanda Hükümeti, duruşmada esas itibariyle Birleşik Krallık Hükümeti gibi aynı görüşü savunmuştur.

40. Tüm ve Darı, mevcut durumun kötüleştirilmemesi kurallının bizzat kendilerine yerleşme veya ikamet veya bu ülkeye giriş hakkını vermediğini ve böyle haklara ilişkin ihtilafların ilgili üye devletin ulusal hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedirler. Ancak görüşlerine göre, bu kuralın uygulanma alanı yalnızca yerleşme ve ikamet koşullarını değil, aynı zamanda tutarlı bir şekilde bununla doğrudan bağlantılı olan koşulları, yani Türk vatandaşlarının ev sahibi üye devletin ülkesine giriş koşullarını da kapsamaktadır. Bu nedenle, Birleşik Krallık'ta bağımsız şekilde bir uğraşının yerine getirilmesi amacıyla bir giriş vizesi başvurusu, 1 Ocak 1973 tarihinde geçerli olandan daha katı olmayan göç mevzuatına göre değerlendirilmelidir.

41. Tüm ve Darı, görüşlerini dayandırmak için özellikle şunları ifade etmektedirler:

- Önceki yorum, Ortaklık Anlaşması ve Katma Protokol'ün yerleşme serbestisi kısıtlamalarının tedricen giderilmesi amacına uymaktadır.

- Adalet Divanı'nın topluluk hukukuna ilişkin yorumuna göre yerleşme serbestisi, hem bir üye devletin ülkesine giriş koşullarına, hem de yerleşme hakkının kullanılmasının zorunlu tamamlanması olarak bu bölgedeki ikamet koşullarını kapsamaktadır (bu anlamda krş. diğerlerinin yanı sıra 8 Nisan 1976 tarihli Royer kararının 50. paragrafı, Rs. 48/75, Slg. 1976; 12 Aralık 1990 tarihli Kaefer ve Procacci kararının 15. paragrafı, verb. Rs. C-100/89 ve C-101/89, Slg. 1990, I-4647 ve 27 Eylül 2001 tarihli Barkoci ve Malik kararının 44, 50, 58 ve 83. paragrafları, Rs. C-257/99, Slg. 2001, I-6557); Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında yer alan mevcut durumun kötüleştirilmeme-

si kuralının, özellikle Ortaklık Anlaşması'nın 13. maddesinde konulan amacın dikkate alındığında bu şekilde anlaşılması için bir neden bulunmamaktadır.

- Mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralı, üye devletlere Türk vatandaşlarının ülkelerine girişini zorlaştırmalarına veya hatta tamamen imkânsız kılmalarına müsaade edildiğinde içeriğini boşaltmış ve her pratik geçerliliğini kaybetmiş olurdu. Çünkü o zaman mevcut statünün güvence altına alınmasının yerleşme ve/veya ikamet koşulları açısından pratik bir önemi olmayacaktı.

- Ne söz konusu mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralı, ne de -daha genel olarak- AET/Türkiye ortaklığına ilişkin kurallar, bu kuralın sadece ikamet ve yerleşme serbestileri koşullarına geçerli olduğunu, fakat giriş koşullarını kapsamadığına ilişkin dayanak noktalarını içermektedirler. Katma Protokol'ün 41. maddesindeki mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralının ve 1/80 sayılı kararın 13. maddesinde yer alan işçiler için geçerli olan benzer kuralın farklı lafızları, bunun bir göstergesidir. Kaldı ki, Adalet Divanı'nın ilgili içtihatları genel olarak geçerlidir.

42. Tüm ve Darı, yaklaşımlarının ayrıca Savaş kararıyla tasdik edilmiş olduğunu görmekteyiz. Bu kararın sonucu olarak anılan mevcut durumun kötüleştirilmemesi kurallarından ilkinin on bir yıl boyunca hukuka aykırı şekilde Birleşik Krallık'ta bulunan bir kimseye uygulanabilirken, kendileri bizzat Birleşik Krallık'a usulüne uygun şekilde bir giriş için vizeye başvurmuşlardı. Adalet Divanı'nın, savaşın başarılı bir şekilde bu kurala dayanabileceğini ve dolayısıyla başvurusunun 1973 tarihli mevzuattan daha katı olmayan ulusal hükümlerin temelinde karara bağlanmak zorunda olduğunu saptamıştır.

43. Nihayet Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının durumlarına uygulanabilir olup olmadığı sorusunun cevaplandırılması, iltica dilekçelerinin reddedilmiş olmasıyla bağlı değildir.

44. Slovak Hükümeti ve Avrupa Toplulukları Komisyonu, ana hatlarıyla Tüm ve Darı tarafından savunulan yoruma katılmaktadırlar.

Adalet Divanının Cevabı

45. Gönderen mahkemenin sorusunun cevaplandırılması için, Tüm ve Darı'nın, bu kararın 29. paragrafında saptanmış olduğu gibi,

1971 tarihli Göç Yasası'nın 11 (1) maddesi gereğince Birleşik Krallık'ın ülkesine girmemiş olduklarının kabul edildiğinin hatırlatılması gerekir. Çünkü onlara bu üye devlete bir giriş izninin bulunmamasıyla birlikte geçici olarak verilen fiili kabul, ilgili ulusal düzenlemeye göre bu üye devlete gerçek bir giriş iznine eşdeğer değildir.

46. Bu bağlamda tartışma götürmemektedir ki, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası üye devletlerde doğrudan bir etkiye sahiptir ve böylece uygulanabilir olduğu Türk vatandaşları, iç hukukun çelişen kurallarının uygulanmasını ortadan kaldırmak için ulusal mahkemeler önünde kendilerine verdiği haklara dayanabilirler. Zira bu hüküm, açık, belirgin ve koşullara bağlanmamış seçik bir mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralını içermektedir. Nitekim akit tarafların hukukun bariz bir hareketsiz kalma yükümlülüğünü kurmaktadır (krş. Savaş kararı, 46 ila 54 paragraflar ve 71. paragrafın ikinci bendi ve 21 Ekim 2003 tarih ve C-317/01 ve C-369/01 sayılı Abatay ve diğerleri kararının 58 ve 59. paragraflar ve 117. paragrafın ilk bendi, Slg. 2003, I-12301).

47. Bunun ötesinde sabittir ki, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının Türk vatandaşlarının Ortaklık Anlaşması gereğince yerleşme serbestisinden yararlanmak istedikleri bir üye devlete ilk defa kabul edilmesine uygulanabilir olduğunun kabul edilmesi altında, Secretary of State'nin Tüm ve Dari'nin başvuruları hakkında ona dayanarak karar verdiği göç mevzuatı, Katma Protokol'ün bu hükmü anlamında "*yeni bir kısıtlama*" getirmektedir. Çünkü ulusal yargıda görülen davanın tarafları arasında tartışma götürmemektedir ki, 1 Ekim 1994 tarihinden itibaren uygulanabilir olan bu ulusal mevzuat, Türk vatandaşlarının Birleşik Krallık'a girişlerinin Katma Protokol'ün Birleşik Krallık'ta yürürlüğe girdiği günde, yani 1 Ocak 1973 tarihinde geçerli olan mevzuattan daha katı maddi ve/veya usulü koşullara tabi olmasını amaçlamakta, en azından da ortaya çıkmasını sağlamaktadır.

48. 41. maddenin 1. fıkrasında yer alan mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralının maddi geçerlilik alanının belirlenmesinde dikkat edilmelidir ki; bu kural, lafzına göre de diğerlerinde olduğu gibi "*yerleşme serbestisinin*" yeni kısıtlamalarını yasaklamaktadır.

49. Bu çerçevede Adalet Divanı'nın içtihatlarından, bu mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralının bir üye devleti bir Türk vatandaşının kendi ülkesinde yerleşmeyi ve bununla ortaya çıkan ikametini

Katma Protokol'ün orada yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan koşullardan daha katı koşullara tabi tutulmasını amaçlayan veya sonucu olan yeni önlemler çıkarmasından men etmekte olduğu çıkmaktadır (krş. Savaş kararının 69. paragrafı ve Abatay ve diğerleri kararının 66. paragrafı).

50. Bu içtihatın Türk vatandaşlarının ev sahibi üye devletin ülkesine ilk defa kabul edilmesine ilişkin olduğu açık değildir.

51. Zaten Adalet Divanı, hem Savaş kararında ve hem de Abatay ve diğerleri kararında bunun hakkında karar vermek zorunda değildi. Çünkü hem bay Savaş, hem de Abatay ve diğerleri kararının temel oluşturduğu davalarda yer alan tır sürücüleri, ilgili ulusal düzenlemeye göre verilmiş olan vizeler nedeniyle söz konusu üye devletlere kabul edilmişlerdi.

52. Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralının önemi açısından ayrıca içtihattan, ne bu kuralın ne de onu içeren hükmün, kendiliğinden bir Türk vatandaşına bir yerleşme hakkını ve buna bağlı şekilde doğrudan Topluluk hukukundan çıkan ikamet hakkını sağlayabileceği sonucu çıkmaktadır (krş. Savaş kararının 64. paragrafı ve 61. paragrafının üçüncü bendi ve Abatay ve diğerleri kararının 62. paragrafı). Bu, bir Türk vatandaşının bir üye devletin ülkesine ilk girişi için de geçerlidir.

53. Fakat bu içtihatı göre böyle bir mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralının, Türk vatandaşlarının bir üye devlete yerleşmesini Katma Protokol'ün orada yürürlüğe girdiği tarihte bu kişiler için geçerli olanlardan daha katı kurallara tabi tutulmasını amaçlayan veya sonucu olan yeni önlemlerin getirilmesini yasakladığı yönünde olduğu anlaşılmaktadır. (krş. Savaş kararının 69, 70. paragraflar ve 71. paragrafın dördüncü bendi ve Abatay ve diğerleri kararının 66. paragrafı ve 117. paragrafın ikinci bendi).

54. Böylece Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasından, Türk vatandaşlarına bir üye devletin ülkesine giriş hakkının verilmek zorunda olduğu çıkmamaktadır. Çünkü böyle bir pozitif hak, hâlihazırda geçerli olan topluluk hukukundan çıkarılamaz, aksine ulusal hukuka tabi olmaya devam etmektedir.

55. Dolayısıyla Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında yer aldığı gibi bir mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralı, yerine

geçtiği ilgili maddi hukuku uygulanmaz durumuna getiren maddi bir kural etkisine sahip değildir, aksine pratik olarak bu üye devlette yerleşme serbestisinden faydalanmak isteyen bir Türk vatandaşının durumunu bir üye devlet mevzuatının hangi hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini zamansal bir açıdan düzenleyen bir usulü kural teşkil etmektedir.

56. O halde, Birleşik Krallık Hükümeti'nin öne sürdüğü, ulusal yargıdaki davaların davacılarının görüşünün, Adalet Divanı tarafından yerleşik içtihatla yorumlanmış olduğu üzere üye devletlerin göç konularına münhasır yetkili olduğu ilkesinin kabul edilemez bir ihlali ne yol açtığı açıklamasının reddedilmesi gerekmektedir.

57. Her ne kadar Adalet Divanı'nın yerleşik içtihatlarına göre bir Türk vatandaşının bir üye devlete ilk kabul edilmesi hususu topluluk hukukunun hâlihazırdaki durumu karşısında kural olarak yalnızca bu devletin iç hukukuna tabi olsa da (krş. Savaş kararının 58 ve 65. paragrafları ve Abatay ve diğerleri kararı, 63 ve 65. paragraflar); Adalet Divanı, bu saptamayla sadece Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında yer alan mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralının kendi başına bir Türk vatandaşına yerleşme serbestisi alanında belirli pozitif haklar verip veremeyeceği sorusunu olumsuz yönde cevaplandırmak istemiştir (Savaş kararının 58 ila 67. paragraflar ve Abatay ve diğerleri kararının 62 ila 65. paragraflar).

58. Öte yandan mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralı, üye devletlerin ulusal göç politikalarının düzenlenmesine ilişkin ilkesel yetkilerini tartışmaya açmamaktadır. Zira böyle bir kuralın yürürlüğe girişinden itibaren onunla bu devlete bu alandaki eylem alanını belirli derecede sınırlandırıldığı bir hareketsiz kalma yükümlülüğünü yüklediği durumu, bu yolla yabancılar hukukuna ilişkin egemen yetkilerinin özünde dokunulmuş olduğunun kabul edilmesine olanak vermemektedir (bununla ilgili olarak krş. 16. Mayıs 2006 ve C-372/04 sayılı Watts kararının 121. paragrafı, Slg. 2006, I-4325).

59. Savaş kararına göre bir Türk vatandaşının bir üye devlete ancak usulüne uygun şekilde girmiş olması halinde bu mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralına dayanabileceğine ve bu durumda ev sahibi üye devletteki ikametinin yerleşme başvurusu yapıldığı sırada hukuka uygun olup olmadığının önem taşımadığına, buna karşılık mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralının bir Türk vatandaşının

bir üye devletin ülkesine ilk girişi bakımından uygulanacak koşullar için geçerli olmadığına ilişkin Birleşik Krallık Hükümeti'nin görüşü, reddedilmesi gerekmektedir.

60. Bunun için saptanmalıdır ki; Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası, genel olarak diğerlerin yanı sıra "*yerleşme serbestisi*"nin yeni kısıtlamalarına ilişkindir ve uygulanma alanını, 1/80 sayılı Kararın 13. maddesinde olduğu gibi belirli özel açılımları kendisi tarafından kabul edilen koruma alanından istisna tutma suretiyle sınırlamamaktadır.

61. Eklenmelidir ki; Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası, devlet içi mercilere belirli bir zaman noktasında mevcut olan koşulların zorlaştırılmasıyla bu serbesti için yeni engeller getirilmesine ilişkin mutlak yasağını yükleyerek, üye devletler ile Türkiye Cumhuriyeti arasında yerleşme serbestisinin kademeli şekilde kurulmasının uygun koşullarını yaratılmasına yönelmektedir -böylece yerleşme serbestisinin bu kademeli gerçekleştirilmesinin koşulları zorlaştırılmamaktadır.- Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası, bununla Ortaklık Anlaşması'nın 13. maddesinin gerekli tamamlanması olarak çıkmaktadır. Onun çerçevesinde yerleşme serbestisinin devlet içi kısıtlamalarının kademeli giderilmesi için vazgeçilemez önkoşulunu oluşturmaktadır (Abatay ve diğerleri kararının 68 ve 72. paragrafları). Her ne kadar bu serbestliğin kademeli kurulmasının ilk dönemi esnasında yerleşme serbestisi alanında mevcut devlet içi kısıtlamalar hâlâ muhafaza edilebilseler de (Bununla ilgili olarak krş. 23 Mart 1983 ve 77/82 sayılı Peskeloglou kararının 13. paragrafı, Slg. 1983, 1085 ve Abatay diğerleri kararının 81. paragrafı), bu serbestinin kademeli bir şekilde getirilmesini fazladan engelleyebilecek yeni bir engel getirilmeyeceğine dikkat edilmelidir.

62. Fakat Ortaklık Konseyi, akit tarafların yerleşme serbestisinin mevcut kısıtlamalarının Ortaklık Anlaşması'nın 13. maddesinin ilkelere göre etkin bir şekilde kaldırmaları yönünde şimdiye kadar Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası temelinde hiçbir önlem almamıştır. Bundan başka, Adalet Divanının içtihadına göre bu hükümlerin ne biri ne de diğeri doğrudan bir etkiye sahiptir (Savaş kararının 45. paragrafı).

63. O halde, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında yer alan mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralının, Ortaklık Anlaş-

ması kapsamında yer alan yerleşme serbestisinden faydalanmak isteyen Türk vatandaşlarının bir üye devlete ilk kabul edilmelerine uygulanacak mevzuat için de geçerli olduğu esas alınmalıdır.

64. Birleşik Krallık'ın, diğer her aksi yorumun sonunda kandırıcı veya istismar edici davranışların bir desteklenmesine yol açacağı için, ulusal yargıda görülen davadaki davacılar gibi sınırdışı edilen iltica arayan kişilerin Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasına dayanmalarının engellendiğine ilişkin destekleyici argümanına ilişkin olarak söylenmelidir ki; yerleşik içtihadı göre hak sahibi yurttaşlar, bunu kandırma veya istismar etme düşüncesiyle yaptıklarında topluluk hukukuna dayanamazlar ve ulusal mahkemeler, somut olayda ilgilinin istismar veya kandırmaya yönelik davranışlarını objektif koşullar temelinde dikkate alarak, gerektiğinde onlara topluluk hukukunun ileri sürülen hükümlerinden çıkan avantajı reddebileceklerdir (krş. diğerlerinin yanı sıra 9 Mart 1999 tarih ve C-212/97 sayılı Centros kararının 25. paragrafı, Slg. 1999, I-1459).

65. Fakat ulusal yargıda görülen davalarda, mahkeme tarafından Adalet Divanı'na sunulan belgelerden sadır olmaktadır ki, halihazırda House of Lords'da görülen davaların maddi konuları üzerinde daha önceden karar vermiş olan mahkemeler, Tüm ve Darı'nın aleyhine kandırmaya yönelik hiçbir eylemin isnat edilemediğini ve burada kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı gibi korunması gerekli haklı devlet menfaatlerinin de söz konusu olmadığını açıkça saptamışlardır (krş. bu kararın 32. paragrafını).

66. Şuda var ki, Adalet Divanı önünde ulusal yargıda görülen davaların davacılarının Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralının uygulanmasına yalnızca topluluk hukukunda öngörülen avantajlara istismar edici bir şekilde elde etmek için dayanmış olduklarının kabul edildiği somut bir biçimde ortaya konulmamıştır.

67. Bu koşullar altında, Tüm ve Darı'nın Birleşik Krallık'a giriş için başvuru yapmadan önce, yerleşme serbestisinden faydalanmak amacıyla iltica başvurusu yapmış olmalarının ve bu başvurunun bu üye devletin yetkili makamları tarafından reddedilmiş olmasının içinde bir istismar ve dolandırıcılık görülemez.

68. Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası, uygulanma alanını bu resmi makamlar tarafından mülteci/sığınmacı statüsü verilme-

yen Türk vatandaşları karşısında bir sınırlandırılmasını da içermemektedir. Dolayısıyla Tüm ve Darı'nın iltica başvurularının reddedilmesi, bu hükmün ulusal yargıda görülen davalarda uygulanabilir olup olmadığına hükme bağlanması için tamamen önemsiz kalmaktadır.

69. Tüm bunlardan sonra ön karar başvuru sorusu şöyle cevaplandırılmalıdır: Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası, Katma Protokol'ün ilgili üye devlette yürürlüğe giriş tarihinden itibaren bu devlette bağımsız bir şekilde çalışmak amacıyla yerleşmek isteyen Türk vatandaşlarının bu devletin ülkesine ilk defa kabul edilmesine ilişkin maddi ve/veya usulü koşulları ilgilendiren kısıtlamalar da dahil olmak üzere yerleşme serbestisinin kullanılmasına ilişkin yeni kısıtlamalar getirilmesini yasakladığı yönünde yorumlanmalıdır.

Masraflar

70. Bu dava, ulusal yargıda görülen davanın tarafları için gönderen mahkemede derdest olan hukuki ihtilafta bir ara ihtilaftır. Bu nedenle, masraflara ilişkin karar bu mahkemenin konusudur. Diğer katılanların Adalet Divanı önünde yapmış oldukları açıklamalara ilişkin masraflar geri ödenebilir değildir.

71. Bu nedenler dolayısıyla Adalet Divanı (İkinci Daire), aşağıdaki hükmü kabul etmiştir:

“23 Kasım 1970 tarihinde Brüksel’de imzalanan ve 19 Aralık 1972 tarih ve 2760/72/ sayılı AET) Konsey Tüzüğü ile Topluluk adına akdedilen, kabul ve tasdik edilen Katma Protokol’ün 41. maddesinin 1. fıkrası, Katma Protokol’ün ilgili üye devlette yürürlüğe giriş tarihinden itibaren, bu devlette bağımsız bir şekilde çalışmak amacıyla yerleşmek isteyen Türk vatandaşlarının bu devletin ülkesine ilk defa kabul edilmesine ilişkin maddi ve/veya usulü koşulları ilgilendiren kısıtlamalar da dahil olmak üzere, yerleşme serbestisinin kullanılmasına ilişkin yeni kısıtlamaların getirilmesini yasakladığı yönünde yorumlanmalıdır.”

İmzalar

III. Kararın İncelenmesi

A. Davanın Hukuki Temeli

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Tüm ve Darı kararı, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının yorumlanmasına ilişkindir. Bu kararın temelini oluşturan dava, Büyük Britanya Birleşik Krallığı House of Lords (Lordlar Kamarası) tarafından madde 234 AT Antlaşması'na gereğince sunulan bir önkarar istemine dayanmaktadır.⁵

B. Davanın Maddi Konusu

Türk vatandaşları Veli Tüm 2001 yılında Almanya'dan, Mehmet Darı ise 1998 yılında Fransa'dan deniz yoluyla İngiltere'ye gelmiş olup, 1971 tarihli Büyük Britanya Birleşik Krallık Göç Yasası'nın 11 (1) maddesi uyarınca ülkeye geçici olarak kabul edilmişlerdir. Ancak bu kabul, onlara bağımsız bir şekilde çalışma izni verildiği anlamını taşımamaktaydı. Bu ülkede buldukları sırada Mehmet Darı, Londra'nın Herne Bay semtinde bir pizzacı dükkanı açarken, Mehmet Tüm ise Kuzey Londra'da bir temizlik şirketi kurmuştur. Her ikisi de İngiliz makamlarından bu işyerlerini işletebilmek için ülkeye 1971 tarihli Göç Yasa uyarınca ülkeye yasal şekilde girebilmek için başvurmuşlardır. Fakat 12 Mayıs 2003 tarihli kararında Secretary of State, 1971 tarihli göç mevzuatına göre değil de 1994 yılında getirilen değişiklikleri esas alarak, Tüm ve Darı'nın başvurularının reddedilmesine karar vermiştir. Bu red kararına karşı açılan iptal davasında High Court of Justice, 19 Kasım 2003 tarihinde Tüm ve Darı'yı haklı bularak başvurularının 1973 yılında yürürlükte olan göç kurallarına göre değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme, kararında Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralının bu bağlamda uygulanması gerektiğini açıkça hükme bağlamıştır. High Courtun bu kararı, 24 Mayıs 2004 tarihinde Court of Appeal (İngiltere&Galler) tarafından uygun bulunmuştur. 9 Temmuz 2004 tarihinde Secretary of State, Court of Appealın kararına

⁵ Adalet Divanı, topluluğun uluslararası antlaşmalarının topluluk bakımından Roma Antlaşması'nın 234. maddesi anlamında bir "organ tasarrufu" teşkil ettiğini ve bu nedenle topluluk hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmekte ve bunları topluluk hukuku kapsamında yorumlamaya kendisini yetkili görmektedir. Bkz. ATAD, 30 Nisan 1978 tarihli Haegemann kararı, Rs. 181/73, Slg. 1974, 460.

karşı Lordlar Kamarası nezdinde temyiz talebinde bulunmuştur. House of Lords, bu tartışmalı hususun açıklığa kavuşturulması amacıyla AT Antlaşması'nın 234. maddesi uyarınca görüş istemek üzere Adalet Divanına yapmıştır.

C. Önkarar Sorusu

House of Lords'un önkarar sorusu şöyledir:

"Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası, bir üye devlete, Protokolün bu üye devlette yürürlüğe girdiği günden itibaren ülkesinde bağımsız bir çalışma yapmak amacıyla yerleşmek isteyen bir Türk vatandaşıma ülkesine giriş koşulları ve usulü bakımından yeni kısıtlamalar getirilmesini yasaklamakta olduğu yönünde yorumlanabilir mi?"

D. Adalet Divanı Önündeki Yargı Süreci

1. Adalet Divanı Önünde Yapılan Açıklamalar

İngiliz Hükümeti, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının Türk vatandaşlarınca suistimal edildiğini belirterek, daha önce iltica başvurusunda bulunmuş veya ülkeye kaçak yollardan girmiş kişilere oturum verilmemesi gerektiğini savunmuştu. Çünkü Savaş kararı gereğince bir Türk vatandaşı, ancak bir üye devlete usulüne uygun şekilde girmiş olması halinde mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralına dayanabilmekteydi. Adalet Divanı önünde açıklama yapan Hollanda Hükümeti, Birleşik Krallık'ın görüşlerini esas itibariyle paylaşmıştır. Aynı şekilde Adalet Divanı Genel Savcısı L. A. Geelhoed, ön karar sorusunun olumsuz cevaplandırılmasını önermişti. Görüşüne göre, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında yer alan yerleşme serbestisinin, Türk vatandaşlarının üye devletlere giriş ve orada oturma izni alma şartlarını kapsamamaktadır. Böylece, oturma veya ülkeye giriş hakkı ile çalışma hakkının ayrı ayrı değerlendirilmesi sonucu çıkmaktaydı.

Buna karşılık, Veli Tüm ve Mehmet Darı ise bu kişilerin her hangi bir sosyal yardım almadan, ticaret yaptıklarını ve hukuksal açıdan oturum ve çalışma hakkına sahip olmaları gerektiğini öne sürmüşlerdir. Adalet Divanı önünde açıklama yapan Slovak Hükümeti, Türk vatandaşlarının görüşlerine genel olarak katılmıştır.

2. Adalet Divanının Yaptığı Ön Saptamalar

a. Türk Vatandaşların Ülkeye Usulüne Uygun Şekilde Girmemiş Olduklarının Saptanması

Adalet Divanı, ilk önce söz konusu Türk vatandaşların Birleşik Krallığın ülkesine girmemiş olduklarının altını çizmiştir.

b. Mevcut Durumun Kötüleştirmemesi Kuralının Doğrudan Etkisinin Saptanması

Daha sonra Adalet Divanı, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen mevcut durumun kötüleştirmemesi kuralının Topluluk hukukunda doğrudan bir etkiye sahip olduğunu yeniden teyit etmiştir.

c. Üye Devlet Mevzuatının Yeni Bir Kısıtlama Teşkil Ettiğinin Saptanması

Adalet Divanı, Büyük Britanya Birleşik Krallığı'nın halen uygulanmakta olan göç mevzuatının Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kötüleştirmeme kuralı anlamında "*yeni bir kısıtlama*" getirdiğini açıkça ifade etmiştir. Ayrıca, taraflar arasında bu bağlamda herhangi bir ihtilafın söz konusu olmadığına altı çizilmiştir.

d. Mevcut Durumun Kötüleştirmemesi Kuralının Kendiliğinden Haklar Yaratmadığının Saptanması

Mevcut durumun kötüleştirmemesi kuralı, Türk vatandaşlarının bir üye devlete yerleşmesini Katma Protokol'ün orada yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olanlardan daha katı kurallara tabi tutulmasını amaçlayan ve sonucu olan yeni önlemlerin getirilmesini yasaklamaktadır. Ne var ki ne bu kuraldan ne de onu içeren Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasından kendiliğinden bir Türk vatandaşına bir yerleşme hakkı ve buna bağlı şekilde bir ikamet hakkı çıkmamaktadır. Kuşkusuz bu durum ev sahibi üye devletin ülkesine ilk giriş için de geçerlidir.

Çünkü böyle bir pozitif hak, hâlihazırda geçerli olan topluluk hukukundan çıkarılamaz, aksine ulusal hukuka tabi olmaya devam et-

mektedir. Keza Ortaklık Konseyi, akit tarafların yerleşme serbestisinin mevcut kısıtlamalarını Ortaklık Anlaşması'nın 13. maddesinin ilkelere göre etkin bir şekilde kaldırmaları yönünde şimdiye kadar Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası temelinde henüz hiçbir önlem almamıştır.

Böylece Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında yer aldığı gibi bir mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralı, yerine geçtiği ilgili maddi hukuku uygulanamaz duruma getiren maddi bir kural etkisine sahip değildir, aksine pratik olarak bu üye devlette yerleşme serbestisinden faydalanmak isteyen bir Türk vatandaşının durumunu bir üye devlet düzenlemesinin hangi hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini zamansal bir açıdan düzenleyen bir usul kuralı teşkil etmektedir. O halde mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralı, üye devletlerin ulusal göç politikalarının düzenlenmesine ilişkin ilkesel yetkilerini tartışmaya açmamaktadır. Zira bununla bağlanan bir hareketsiz kalma yükümlülüğü, bu yolla yabancılar hukukuna ilişkin üye devletlerin egemen yetkilerinin özünde dokunulmuş olduğunun kabul edilmesine olanak vermez.

3. Adalet Divanının Karar Gerekçesi

Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralı, 1/80 sayılı Kararın 13. maddesinde öngörülen benzer kuralın aksine belirli özel açıları koruma alanından istisna tutmak suretiyle uygulanma alanı sınırlanamamaktadır. Aksine söz konusu kural, üye devletlere mevcut olan koşulların zorlaştırılmasıyla bu serbesti için yeni engeller getirilmesini mutlak şekilde yasaklayarak, üye devletler ile Türkiye Cumhuriyeti arasında yerleşme serbestisinin kademeli şekilde kurulmasının uygun koşullarını yaratılmasına yönelmektedir. Dolayısıyla bu hüküm, Ortaklık Anlaşması'nın 13. maddesinin gerekli tamamlanması olarak çıkmakta, onun çerçevesinde yerleşme serbestisinin devlet içi kısıtlamalarının kademeli giderilmesinin vazgeçilemez bir önkoşulunu oluşturmaktadır. Her ne kadar yerleşme serbestisinin kademeli kurulmasının ilk dönemi esnasında mevcut ulusal kısıtlamalar muhafaza edilebilse de, bu serbestinin kademeli bir şekilde getirilmesini fazladan engelleyebilecek yeni bir engel getirilmemesine de dikkat edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralı, Ortaklık

Anlaşması kapsamında yer alan yerleşme serbestisinden faydalanmak isteyen Türk vatandaşlarının bir üye devlete ilk kabul edilmelerine uygulanacak mevzuat için de geçerlidir.

Adalet Divanı, Birleşik Krallık'ın, diğer her aksi yorumun sonunda kandırıcı veya istismar edici davranışların bir desteklenmesine yol açacağı nedeniyle sığınma başvurusunda bulunan, fakat sınırdışı edilen kişilerin Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralına dayanmalarının mümkün olmadığına ilişkin destekleyici argümanına şöyle karşılık vererek reddetmektedir: Yerleşik içtihadı göre hak sahibi kişilerin, bu davranışları kandırma veya istismar etme düşüncesiyle yaptıklarında zaten topluluk hukukuna dayanamayacaklardır. Ayrıca ulusal mahkemeler, somut olayda ilgilinin istismar veya kandırmaya yönelik davranışlarını objektif koşullar temelinde dikkate alarak, gerektiğinde onlara topluluk hukukunun öne sürülen hükümlerinden çıkan avantajı reddedebileceklerdir. Fakat Veli Tüm ve Mehmet Darı'nın somut olayda kandırmaya yönelik herhangi bir eylemde bulduklarına dair ortada bir isnatın bulunmadığı ve ayrıca kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı gibi korunması gerekli haklı devlet menfaatlerinin de söz konusu olmadığı açıktır. Nitekim, yalnızca topluluk hukukunda öngörülen avantajlara istismar edici bir şekilde elde etmek için mevcut durumun kötüleştirilmemesi kuralına dayanılmış olduğu somut bir biçimde ortaya konulmamıştır. O halde, Veli Tüm ve Mehmet Darı'nın Birleşik Krallık topraklarına giriş için başvuru yapmadan önce yerleşme serbestisinden faydalanmak amacıyla sığınma başvurusu yapmış olmaları ve bu başvurunun bu üye devletin yetkili makamları tarafından reddedilmiş olmasının içinde istismar ve dolandırıcılık eylemi görülemez. Kaldı ki Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrası, uygulanma alanını sığınmacı statüsü verilmeyen Türk vatandaşları karşısında sınırlandırılmasını da içermemektedir. Dolayısıyla Veli Tüm ve Mehmet Darı'nın sığınma başvurularının reddedilmiş olması, bu hükmün ulusal yargıda görülen davalarda uygulanabilir olup olmadığına hükme bağlanması için tamamen önemsiz kalmaktadır.

4. Önkarar Sorusunun Cevaplandırılması

Adalet Divanı, tüm bu gerekçelerle ön karar sorusunu şöyle cevaplandırmaktadır:

“23 Kasım 1970 tarihinde Brüksel’de imzalanan ve 19 Aralık 1972 tarih ve 2760/72/ sayılı AET) Konsey Tüzüğü ile Topluluk adına akdedilen, kabul ve tasdik edilen Katma Protokol’ün 41. maddesinin 1. fıkrası, Katma Protokol’ün ilgili üye devlette yürürlüğe giriş tarihinden itibaren, bu devlette bağımsız bir şekilde çalışmak amacıyla yerleşmek isteyen Türk vatandaşlarının bu devletin ülkesine ilk defa kabul edilmesine ilişkin maddi ve/veya usulü koşulları ilgilendiren kısıtlamalar da dahil olmak üzere, yerleşme serbestisinin kullanılmasına ilişkin yeni kısıtlamaların getirilmesini yasakladığı yönünde yorumlanmalıdır.”

IV. Genel Değerlendirme

A. Serbest Çalışanların Hukuki Durumları

Bağımsız çalışanların yerleşme serbestisi ve hizmet edimi sunma serbestisi, işçilerin serbest dolaşımı ile birlikte kişilerin serbest dolaşımının kısımları olarak Türkiye-AT ortaklığının hukuki temelleri arasındadır. Serbest dolaşıma ilişkin düzenlemelerde, Ortaklık Konseyi’nce çıkarılacak kararlar ile serbest dolaşımın kademeli olarak kurulması düşüncesi açık biçimde ifadesini bulmaktadır.

Bağımsız çalışanların serbest dolaşım hakları, Ortaklık Anlaşması’nın 13 ve 14. maddesinde düzenlenmişlerdir. Bu maddeler, işçilerin serbest dolaşımını düzenleyen ortaklık 12. maddeye benzer bir formülasyon ile akit tarafların yerleşme serbestisine ilişkin mevcut kısıtlamalarını aralarında kaldırmak için, Avrupa Topluluğu’nu kuran Roma Antlaşması’nın ilgili maddelerinden esinlenmekte uyuşmuş olduklarını öngörmektedir. Bu hükümler, Katma Protokol’ün 41. maddesinde şöyle somutlaştırılmıştır: Bir yandan akit tarafların, aralarında, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar koymaktan (kötüleştirme yapmaktan) sakınacaklardır; diğer yandan yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest sunumuna ilişkin mevcut kısıtlamaları aşamalı olarak kaldıracaklardır.

Akit taraflar her şeyden önce yerleşme serbestisi ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin mevcut durumu geriye götürmeme konusunda yükümlüdürler. Yani, burada bir standstill kuralından kaynaklanan negatif bir yükümlülük söz konusudur. Bu yükümlülük, topluluk hukuku kuralı olarak üye devletlerin iç hukuklarında başkaca bir

düzenlemeye gerek olmaksızın doğrudan uygulanabilir niteliktedir.⁶ Bu nedenle ilgili Türk vatandaşları, buldukları ülkenin idari ve yargı mercileri nezdinde bu hükme dayanarak hak talebinde bulunabilirler. Yani, bir kural ihtilafı durumunda topluluk hukukunun ulusal hukuk karşısında önceliği prensibi nedeniyle ulusal hukukun ilgili kuralın uygulanması bertaraf edilmektedir.

Taraflarının yeni kısıtlama koyamayacakları açık olmakla birlikte, mevcut kısıtlamaların kaldırma konusunda doğrudan bir yükümlülükleri yoktur. Bunun için ek düzenlemeler gerekli olmaktadır. Katma Protokol'ün 41. maddesinin 2. fıkrasına göre, mevcut kısıtlamaların kaldırılması için Ortaklık Konseyi kararları gerekmektedir. Ayrıca kısıtlamaların kaldırılması yalnızca aşamalı bir şekilde gerçekleşebilir. Katma Protokol'ün işçilerin serbest dolaşımının kurulmasını öngören 36. maddesinden farklı olarak burada bir süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla yerleşme ve hizmet sunma haklarının nihai şekilde ne zaman verileceği belirsizdir. Bundan dolayıdır ki, yerleşme serbestisi ve hizmetlerin serbest dolaşımı konusunda günümüze kadar bir ilerleme sağlanamamıştır.

B. Adalet Divanı Kararı Üzerine Düşünceler

Adalet Divanı'nın bu kararı ve önceki kararları, Türkiye karşısında insan hakları ve demokratikleşme konularında oldukça hassas davranan, ulusal hukukta yapılan köklü ve kapsamlı mevzuat değişikliklerine rağmen, uygulamayı da görmek isteyen Avrupa Birliği üye devletlerinin yaklaşımları karşısında tümüyle bir ironik durumu gözler önüne sermektedir. Öyle ki, Türkiye'nin olası bir Avrupa Birliği üyeliğinde kişilerin serbest dolaşımına ilişkin sürekli deregasyonların (istisnaların) konulması istenirken ve gündemdeyken, Adalet Divanı'nın içtihatları sayesinde milyonlarca Türk vatandaşının hakları Avrupa Birliği dahilinde güvence altına alınmış ve mevcut hakların tanınmasına da bir yandan devam edilmektedir. Böylece Adalet Divanı, yalnızca bir mahkeme olarak faaliyette bulunmamakta, aynı zamanda bunun ötesinde bir bütünleştirme faktörü olarak Avrupa'nın sım sıkı şekilde Türkiye'ye bağlanması işlevini de görmektedir.

Tezcan, Adalet Divanı'nın bu kararının çok abartılmaması gerek-

⁶ Bkz., ATAD, Savaş kararı, Slg. 2000, I-2927.

tiğini, bir kapı açılmakla birlikte, ancak nihayetinde bunun bir yargı kararı olduğunu, bir yasal düzenlemenin genelliğini bunda aramanın yersiz olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, Ortaklık Konseyi'nde genel açılımların sağlanamadığı bir konjonktürde bu tür yargı kararlarıyla adım adım ilerlemelerin sağlanmasının dahi umut verici olduğunun altını çizmektedir.⁷ Bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Ancak söz konusu kararın öneminin küçümsenmesi de büyük bir yanlışlıktır. Zira Adalet Divanı'nın kararı, her şeyden Büyük Britanya Birleşik Krallığı'nın Katma Protokol'den çıkan söz konusu yükümlülüğü yerine getirmeyerek Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasını, bununla da Topluluk hukukunu ihlal etmiş olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu karar, ayrıca benzer durumda bulunan diğer Avrupa Birliği üye devletleri de ilgilendirmektedir. Avrupa Birliği içinde işyeri kurmak isteyen veya mesleki bir faaliyette bulunmak isteyen Türk vatandaşlarının yerleşmelerine artık yeni kısıtlamaların getirilmesinin mümkün olamayacağı, bir yargı kararıyla açıkça tescillenmektedir.

Cevaplandırılması önem arzeden iki husus, Adalet Divanı'nın kararından tam olarak çıkarılamamaktadır. Birincisi mevcut durumun kötüleştirilmesi kuralının başlangıç noktasının tayinini, diğeri ise bu kuralın etki boyutunu ilgilendirmektedir.

Yeni kısıtlamaların getirilmesi yasağının başlangıç noktasını, Katma Protokol'ün söz konusu üye devlette yürürlüğe giriş tarihi oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak üye devletler bakımından farklı tarihler söz konusu olmaktadır. Nitekim Almanya, Fransa, Belçika, İtalya, Hollanda, Lüksemburg, Danimarka, İngiltere ve İrlanda 1973 yılından itibaren, Yunanistan 1981 yılından itibaren, Portekiz ve İspanya 1986 yılından itibaren, Finlandiya, Avusturya ve İsveç 1995 yılında itibaren, merkezi ve doğu Avrupa ülkeleri 2004 yılından itibaren ve son olarak Bulgaristan ve Romanya 2007 yılından itibaren bu yasağa uyum durumundadırlar. Ancak bu bağlamda bir üye devletin sonradan yerleşme serbestisinin kolaylaştırılmasını sağlayan yeni düzenlemeler getirmiş olması durumunda, bir ihlalin varlığının saptanmasının Katma Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihine göre mi, yoksa sonradan getirilen lehteki düzenlemenin yürürlüğe giriş tarihine göre mi değerlendirilmesi gerektiği açık değildir. Gümrükçü, sonradan ulusal

⁷ Ercüment Tezcan, "Tüm ve Darı Kararı ya da Yaşasın Standstill Kuralı", 2/10/2007, Erişim: (<http://stratejigundem.com/yazarlar.php?id=796&type=12>, 27.11.2007).

mevzuatta pozitif bir değişiklik yapılmışsa onun dikkate alınması zorunluluğunun bulunduğu kanısındadır.⁸ Fakat Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının lafzından doğrudan bu sonuca gitmek sorunsuz değildir. Bu yaklaşımın kabul edildiğinde, yabancılarnn hukuki durumlarının dzenlenmesine ilişkin devletlerin egemen yetkilerinin içini boşaltılması anlamına gelir. Bunun uzerinden yerleşme serbestisinin kurulması geręekleřir ki, yerleşme serbestisinin kademeli kurulacağını hıkme bağlayan aynı maddenin 2. fıkrasının anlamı ortadan kalkar. Maddenin her iki fıkrasının sistematik yorumuyla şu sonuç ortaya çıkmaktadır:

- Mevcut durumun kotleştirilmesinin söz konusu olup olmadığı, Katma Protokol'ün ilgili devlette geçerli bir şekilde yürürlüğe girdiği sırada yürürlükte bulunan mevzuat esas alınarak belirlenmelidir.

- Ev sahibi devlet tarafından sonradan getirilen lehteki hükümler koruma kapsamına girmezler. Bu hükümlerden bir geriye dönüş, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının ihlali anlamına gelmez.

Zaten Adalet Divanı da göç politikası bağlamında devletlerin egemen yetkilerini tanımıştır.

Diğer bir sorun ise mevcut durumun geriye kötürülmemesi kuralının etki boyutu açısından ortaya çıkmaktadır. Bu kural kuşkusuz üye devletlerin iç hukukunda Türk vatandaşları için de geçerli olan kurallar getirmelerini engellemektedir.

Dolayısıyla hak sahibi Türk vatandaşları, İngiltere gibi bazı üye devletlere vizesiz gitme imkanına sahip olsalar da ev sahibi üye devletin iç yeri kurmaya ve mesleki faaliyete ilişkin mevcut ulusal kuralların gereklerini yerine getirmek zorundadırlar.

Fakat, bir üye devlet tarafından iç hukukunda iç yeri kurulmasına veya bağımsız çalışmaya ilişkin olarak herkes için geçerli olan yeni zorlaştırıcı kurallar getirilmesi, Katma Protokol'ün 41. maddesinin 1. fıkrasının mevcut durumun geriye kötürülmemesi kuralıyla bağdaşlılığı açısından tartışmaya açıktır.

⁸ Bunun için bkz., 17.10.2007 tarihli "Türlere yapılan tüm kısıtlamalar kalkacak" başlıklı gazete haberine, erişim <http://www.postgazetesi.com/c/ho.asp?id=6781>, 27.11.2007.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

YASALAR

RG 17 Ekim 2007/26673

5697 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 23 Ekim 2007/26679

5698 Sosyal Sigortalar Kanunu, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 02 Kasım 2007/26688

5699 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fas Krallığı Hükümeti Arasında Bitki Karantina ve Bitki Koruma Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5700 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fas Krallığı Hükümeti Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

RG 04 Kasım 2007/26690

5701 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suudi Arabistan Krallığı Hükümeti Arasında Güvenlik, Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle Mücadele Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 5702 Türkiye Cumhuriyeti ile Bosna-Hersek Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5703 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Tarım Alanında Teknik, Bilimsel ve Ekonomik İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5704 Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5705 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Vietnam Sosyalist Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Turizm Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 14 Kasım 2007/26700

- 5706 İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Hakkında Kanun

RG 15 Kasım 2007/26701

- 5707 Türkiye Cumhuriyeti Ulaştırma Bakanlığı ile Suriye Arap Cumhuriyeti Ulaştırma Bakanlığı Arasında Yapılan Lokomotif, Vagon ve Diğer Ray Hizmetlerini de Kapsayan Demiryolu Araç ve Gereçlerinin Yapımı, Geliştirilmesi, Yenilenmesi, Bakımı ve Onarımı ile İlgili Karşılıklı Anlaşma Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5708 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Denizlerde Karasuların Ötesindeki Olayların Önlenmesine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5709 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Haritacılık Alanında Eğitim, Teknik ve Bilimsel İşbirliğine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 21 Kasım 2007/26707

5710 Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun *

RG 28 Kasım 2007/26714

5711 Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*

5713 Askerlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 04 Aralık 2007/26720

5712 Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

5714 Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5715 Türk Silahlı Kuvvetleri Hasta Besleme Kanunu

5716 Askerlik Kanunu ile Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5717 Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun

5719 Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5720 Hâkimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*

RG 12 Aralık 2007/26728

5718 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*

* Bkz. Ekler

TÜZÜKLER

RG 23 Kasım 2007/26709

2007/12762 Polis Bakım ve Yardım Sandığı Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük

YÖNETMELİKLER

RG 16 Ekim 2007/26672

- Dicle Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Ekim 2007/26673

- Eşyanın Tercihli Menşeinin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Denizcilik Müsteşarlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Taekwondo Müsabaka Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Taekwondo Hakem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Amatör Kick Boks Kuşak ve Dan Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Amatör Kick Boks Müsabaka Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Amatör Kick Boks Hakem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Hentbol Müsabaka Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 18 Ekim 2007/26674

- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Teknik Karşılıklarına ve Bu Karşılıkların Yatırılacağı Varlıklara İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Çift Anadal İkinci Lisans ve Yandal Programı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Ekim 2007/26675

- Su Ürünleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Borsa Dışı Teşkilatlanmış Menkul Kıymetler Piyasalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telsiz ve Telekomünikasyon Terminal Ekipmanlarının Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Yönetmelik
- Serbest Muhasebeciler, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirlerin Mesleki Faaliyetlerinde Uyacakları Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik
- Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliği

RG 20 Ekim 2007/26676

- Merkezi Finans ve İhale Birimi Personel Yönetmeliği
- Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*

* Bkz. Ekler

RG 22 Ekim 2007/26678

- Namık Kemal Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 23 Ekim 2007/26679

- Bakıma Muhtaç Özürlülerin Tespiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bakıma Muhtaç Özürlülere Yönelik Resmi Kurum ve Kuruluşlar Bakım Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bakıma Muhtaç Özürlülere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Yabancı Dil Hazırlık Eğitim- Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 24 Ekim 2007/26680

- Türkiye Cumhuriyeti ile Makedonya Cumhuriyeti Arasındaki Serbest Ticaret Anlaşmasına İlişkin EUR.1 Dolaşım Sertifikaları Yönetmeliği
- Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektromanyetik Uyumluluk Yönetmeliği (2004/108/AT)
- Araçlarda Kullanılan Sıkıştırma Ateşlemeli Motorlardan Yayılan Gaz ve Parçacık Halindeki Kirleticilerin Emisyonlarına ve Araçlarda Kullanılan Doğalgaz veya Sıvılaştırılmış Petrol Gazı ile Çalışan Pozitif Ateşlemeli Motorlardan Yayılan Gaz Kirleticilerin Emisyonlarına Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (2005/55/AT)
- Karayolunda Tehlikeli Maddelerin Taşınması İçin Tasarlanan Motorlu Araçlar ve Römorkları ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (98/91/AT)

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Elektrik Piyasası İthalat ve İhracat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 25 Ekim 2007/26681

2007/12699 Mülki İdare Amirleri Atama, Değerlendirme ve Yerdeğiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Bütçe, Muha-sebe ve Bilet Yönetmeliği

RG 26 Ekim 2007/26682

- Boğaziçi Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Sınıfı Eğitim ve Sınav Yönetmeliği

RG 27 Ekim 2007/26683

- Hakimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Okul Öncesi Eğitim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Taşınır Mal Satış İşlemleri Yönetmeliği
- Balıkesir Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Hidropolitik ve Stratejik Değerlendirme, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ekim 2007/26684

- Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik
- Beykent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Mer. Yönetmeliği

RG 30 Ekim 2007/26685

- 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa Göre Kaçak Eşya Yakalanması Halinde Muhbir ve El Koyanlara İkramiye Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Artvin Çoruh Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 31 Ekim 2007/26686

- Artvin Çoruh Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 01 Kasım 2007/26687

- İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik

RG 02 Kasım 2007/26688

- Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Üretim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Kasım 2007/26689

- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığında 933 sayılı Kanunun 4 ve 8 inci Maddeleri ile 540 sayılı KHK'nin 34 ve 35 inci Maddelerine İstinaden İstihdam Edilecek Sözleşmeli Personelin Seçilmelerine ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Sporcu Belgesi Verilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Kasım 2007/26690

- Gazi Üniversitesi Deniz Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Kasım 2007/26691

- Erciyes Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim-Öğretim Süresi ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Kasım 2007/26692

- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Hiberbarik Oksijen Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletleri Tip Onay Belgesi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 07 Kasım 2007/26693

- Aikido Kuşak Sınav Yönetmeliği
- Ereğli Kömür Havzası Amelebirligi Biriktirme ve Yardımlaşma Sandığı İhale Yönetmeliği

RG 08 Kasım 2007/26694

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Personelinin Yurtdışı Görevlere Atanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Antrenörler, Biniciler ve Seyislere Verilecek Lisanslar Hakkında Yönetmelik
- Doping Muayene Yönetmeliği
- Yarış Atı Sahipleri ve Vekillerine İlişkin Yönetmelik
- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 10 Kasım 2007/26696

- Erzincan Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 11 Kasım 2007/26697

- Erzincan Üniversitesi Eğitim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 12 Kasım 2007/26698

- Erzincan Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Siirt Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 13 Kasım 2007/26699

- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Türkiye Noterler Birliği Denetleme Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Erzincan Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Erzincan Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 14 Kasım 2007/26700

- Galatasaray Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Marmara Üniversitesi Kadın İşgücü İstihdamı Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Kasım 2007/26701

- Galatasaray Üniversitesi Mühendislik ve Teknoloji Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Kasım 2007/26703

- Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Galatasaray Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 18 Kasım 2007/26704

- Hakimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Kredili Sistem Lisans ve Önlisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Kasım 2007/26705

- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 20 Kasım 2007/26706

- Karadeniz Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 21 Kasım 2007/26707

- Milli Prodüktivite Merkezi Verimlilik Ödülleri Yönetmeliği
- Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Mesleklerine İlişkin Haksız Rekabet ve Reklam Yasağı Yönetmeliği
- Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 22 Kasım 2007/26708

- Köy Bazlı Katılımcı Yatırım Programları Kapsamında Yatırımcılar Tarafından Yapılacak Hibe Başvurularının Desteklenmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Köy Bazlı Katılımcı Yatırım Programı Çerçevesinde Makine ve Ekipman Alımlarının Desteklenmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adıyaman Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Mekatronik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Stratejik Araştırma, Geliştirme ve Entegrasyon Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Toplumsal, Ekonomik ve Siyasal Araştırmalar ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 23 Kasım 2007/26709

- Vakıflar Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Kasım 2007/26710

- Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Fen Liseleri, Sosyal Bilimler Liseleri, Spor Liseleri ile Her Türdeki Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Kasım 2007/26711

- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliği

RG 26 Kasım 2007/26712

- Nevşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 27 Kasım 2007/26713

- Bazı Askerî Hastanelerde Döner Sermayenin İşletilmesine ve Hizmetlerden Yararlanacaklara İlişkin Yönetmelik
- Avrupa Birliği ve Uluslararası Kuruluşların Kaynaklarından Kamu İdarelerine Proje Karşılığı Aktarılan Hibe Tutarlarının Harcanması ve Muhasebeleştirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Vakıflar Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mesleki Yeterlilik Kurumu Sektör Komitelerinin Kuruluş, Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Kasım 2007/26714

- Milli Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Kasım 2007/26715

- Selçuk Üniversitesi Biyoyakıtlar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Fırat Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Boğaziçi Üniversitesi Sürdürülebilir Kalkınma ve Temiz Üretim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Çukurova Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgesinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine Dair Yönetmelik

RG 30 Kasım 2007/26716

- İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Aralık 2007/26717

- Sözleşmeli Sağlık Personeli Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sahil Sağlık Denetleme Merkezlerinde Uygulanacak Sağlık İşlemlerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

* Bkz. Ekler

- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Personeli Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği

RG 02 Aralık 2007/26718

- İskân Kanunu Uygulama Yönetmeliği

RG 03 Aralık 2007/26719

- Adnan Menderes Üniversitesi Tıp ve Sağlık Bilimleri Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Aralık 2007/26720

- Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Aralık 2007/26721

- Türkiye Taşkömürü Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 06 Aralık 2007/26722

- Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelik
- Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Aralık 2007/26724

- Kum Çakıl ve Benzeri Maddelerin Alınması, İşletilmesi ve Kontrolü Yönetmeliği
- Borsa Dışı Teşkilatlanmış Menkul Kıymetler Piyasalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Aralık 2007/26725

- Gıda Güvenliği ve Kalitesinin Denetimi ve Kontrolüne Dair Yönetmelik

RG 11 Aralık 2007/26727

- Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu Uygulama Yönetmeliği
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayın Yönetmeliği
- Mesleki Yeterlilik Kurumu Uzmanlığı ile Uzman Yardımcılığı Atama, Görev ve Çalışma Yönetmeliği

RG 12 Aralık 2007/26728

- Yolcu Gemilerinin Emniyetine ve Gemilerdeki Yolcuların Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yönetmelik
- Adıyaman Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Akdeniz Üniversitesi Endüstriyel ve Medikal Uygulamalar Mikrodalga Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Akdeniz Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi (Araştırma Hastanesi) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Okan Üniversitesi Finansal Riskleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 13 Aralık 2007/26729

- Spor Toto Teşkilat Başkanlığı Hasılat Dağıtım Yönetmeliği
- Adnan Menderes Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ankara Üniversitesi Sualtı Arkeolojik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Aralık 2007/26730

2007/12830 Organize Sanayi Bölgelerinde Yer Alan Parsellerin Gerçek veya Tüzel Kişilere Bedelsiz Tahsisine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2007/12879 Mali Suçlarla Mücadele Koordinasyon Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

- Madencilik Faaliyetleri ile Bozulan Arazilerin Doğaya Yeniden Kazandırılması Yönetmeliği

15 Aralık 2007 2007/26731

- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin

Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.

Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek "**Kiler**" diyoruz.

Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

KANUNLAR

NÜKLEER GÜÇ SANTRALLARININ KURULMASI VE İŞLETİLMESİ İLE ENERJİ SATIŞINA İLİŞKİN KANUN

Kanun No. 5710

Kabul Tarihi : 9/11/2007

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Tanımlar ve Kısaltmalar

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Kanunun amacı; enerji plan ve politikalarına uygun biçimde, elektrik enerjisi üretimi gerçekleştirecek nükleer güç santrallarının kurulması, işletilmesi ve enerji satışına ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 2 – (1) Bu Kanunda geçen;

a) Bakanlık: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı,

b) EPDK: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunu,

c) EÜAŞ: Elektrik Üretim Anonim Şirketini,

ç) İÇH: İşletmeden çıkarma hesaplarını,

d) Perakende ve/veya toptan satış lisansı: Elektrik enerjisinin perakende ve/veya toptan satış faaliyetleri için EPDK'dan alınan lisansları,

e) Santral: Elektrik enerjisi üretilen nükleer güç santrallarını,

f) Şirket: Santral kuran, elektrik enerjisi üreten ve satan şirket veya şirketleri,

g) TAEK: Türkiye Atom Enerjisi Kurumunu,

ğ) TEİAŞ: Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketini,

h) TETAŞ: Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketini,

ı) URAH: Ulusal radyoaktif atık hesabını,
ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ile Enerji Üretim ve Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar

Santral kuracak şirketin belirlenmesi

MADDE 3 – (1) Nükleer güç santrallerinin yapılmasına ilişkin seçim süreci Bakanlık tarafından ve bu Kanundaki usuller uygulanmak suretiyle başlatılır.

(2) TAEK, Kanunun yürürlük tarihinden itibaren nükleer santral kurup işletecek şirketlerin karşılaması gereken ölçütleri bir ay içinde yayımlar.

(3) Bu Kanuna göre yapılacak nükleer güç santralleri için yarışmaya katılacaklarda aranacak şartlar, şirketin seçimi, yer tahsisi, lisans bedeli, altyapıya yönelik teşvikler, seçim süreci, yakıt temini, üretim kapasitesi, alınacak enerjinin miktarı, süresi ve enerji birim fiyatını oluşturma usul ve esasları bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra iki ay içerisinde Bakanlık tarafından hazırlanacak ve Bakanlar

Kurulunun onayı ile yürürlüğe girecek bir yönetmelikle belirlenir.

(4) Bu Kanuna göre yapımı öngörülen nükleer güç santralleri için üçüncü fıkrada belirtilen yönetmeliğin yayımlanmasından sonra en geç bir ay içerisinde teklif almak üzere TETAŞ tarafından ilana çıkılır.

(5) Alınan tekliflerden, TAEK tarafından belirlenen ölçütleri karşıladığı TAEK tarafından belgelenen şirketlerin teklifleri yarışmaya sokulur, bu ölçütleri karşılamayan şirketlerin teklifleri yarışma dışı bırakılır. Alınan teklifler TETAŞ tarafından bu Kanun ve çıkarılacak yönetmelik hükümleri çerçevesinde değerlendirildikten sonra en uygun teklif belirlenerek, ilgili şirketle sözleşme imzalanmasına izin alınmak üzere Bakanlar Kurulunun onayına sunulur. TETAŞ tarafından gönderilen teklifin uygun görülmesi halinde, Bakanlar Kurulunca ilgili şirketle TETAŞ arasında sözleşme imzalanması hususunda izin verilir. EPDK tarafından, sözleşme imzalanması uygun görülen şirkete ilgili mevzuat çerçevesinde lisans verilir. EPDK tarafından lisans verilmesini müteakip, ilgili şirketle TETAŞ arasında, santralın işletmeye girmesinden itibaren onbeş yılı aşmayan enerji satışını düzenleyen sözleşme imzalanır.

Uygulama esasları

MADDE 4 – (1) Bu Kanun kapsamında üretilen elektrik enerjisinin

ekler

satışında aşağıda yer alan esaslar uygulanır:

a) Seçilen şirketin sözleşme gereği üreteceği enerji, şirketle TETAŞ arasında imzalanacak sözleşme çerçevesinde TETAŞ tarafından satın alınır. Bu enerji, santralin devreye girmesinden itibaren her yıl, faaliyette bulunan perakende ve toptan satış lisansı sahibi tüzel kişilere yapılacak ikili anlaşmalar çerçevesinde satılır. Perakende ve toptan satış lisansına sahip tüzel kişilerin alacakları enerji miktarı, bu tüzel kişilerin bir önceki yıla ait Türkiye toplam enerji tüketimindeki payları oranında her yıl belirlenir. Bu Kanun kapsamında toptan ve perakende satış lisansı sahibi tüzel kişiler tarafından ikili anlaşmalarla üstlenilecek elektrik enerjisi alımına ilişkin hükümler lisanslarına dercedilir.

b) TETAŞ tarafından toptan ve perakende satış şirketlerine yapılacak enerji satışına ilişkin usul ve esaslar ile tarafların yükümlülükleri Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

(2) Ancak TETAŞ'la sözleşme yapmayı talep etmeyen şirketler, elektrik piyasası ve nükleer tesislere ilişkin mevzuata uymak kaydıyla bu Kanunun şirket seçimi ve ikili anlaşmalara ilişkin 3 üncü maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları ile 4 üncü maddesinin birinci fıkrası hariç diğer hükümlerine tabi olurlar.

Lisans, izin ve yükümlülükler

MADDE 5 – (1) Şirket, bu Kanun ve diğer mevzuatın gerektirdiği her türlü izin, ruhsat ve lisansı almakla yükümlüdür.

(2) Atık yönetimi kapsamında geçici depolama veya nihai depolama yerinin belirlenmesine, depolama tesisinin inşasına, lisanslanmasına, işletilmesine ve işletmeden çıkarılmasına, geçici depolama yerinde muhafaza edilecek veya nihai depolama yerinde bertaraf edilecek kullanılmış yakıt ya da yüksek radyoaktif seviyeli atıkların taşınmasına ve işlenmesine, radyoaktif atıkların yönetimini sağlayacak araştırma, geliştirme faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin maliyetleri ve nükleer güç santralının söküm işleminden dolayı oluşacak maliyetleri karşılamak amacıyla, Bakanlık ve Hazine Müsteşarlığı tarafından yapılacak düzenleme ile URAH ve İÇH oluşturulur. URAH ve İÇH'ye ilişkin işlemler tüm vergilerden müstesnadır. Bu hesapların oluşturulması, nemalandırılması ve idaresine ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık ve Hazine Müsteşarlığı tarafından birlikte hazırlanarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı ile Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Devlet Bakanının onayı ve Resmi Gazetede yayımlanması ile yürürlüğe girer. Ödenecek payları zamanında yatırmayanlar için 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. URAH ve İÇH adına

tahsil edilen gelirler amacı dışında kullanılamaz.

(3) Şirket, TAEK'in yayımlayacağı ölçütler çerçevesinde yakıt teminin-den ve işletme döneminin sonunda santralin devreden çıkarılması ve sökümünden sorumludur.

(4) Şirket, santralin kurulması aşamasında oluşabilecek herhangi bir zararın tazminine yönelik yatırım sigortası yaptırmak zorundadır. Ayrıca santralin faaliyeti süresince oluşacak atıkların taşınması, depolanması ve/veya bertaraf edilmesi ile ilgili her türlü finansal maliyetlerin ve santralin işletme süresinin sonunda işletmeden çıkarma masraflarının karşılanması için oluşturulacak hesapların her birine 0,15 cent/kWh (ABD Doları cinsinden) katkı payı ödemekle yükümlüdür.

(5) Nükleer yakıt, radyoaktif madde veya radyoaktif atık taşınırken veya santralde bir kaza olması durumunda 29/7/1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Kanuni Sorumluluk Hakkındaki Paris Sözleşmesi ve ek değişiklikleri ile diğer ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri uygulanır.

(6) Santralı kuran şirket, yıllık gelirinin yüzde birini araştırma ve geliştirme faaliyetlerine ayırmak zorundadır.

Kamu iştiraki ve yatırımı

MADDE 6 – (1) Bu Kanundan yararlanmaya hak kazanan şirket ile bir iktisadi devlet teşekkülü, 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde iştirak ilişkisi kurabilir.

(2) Bakanlığın görev vermesi halinde kamu şirketleri bu Kanun kapsamındaki santralleri yapabilir, yurt dışında benzer yatırımları yapabilir veya yatırımlara iştirak edebilir. Bu amaçla Bakanlar Kurulunca, yurt içinde veya yurt dışında santral kurmak, kurdurmak, işletmek ve/veya işlettiirmek ve üretilen elektriğin satışını yapmak üzere özel hukuk hükümlerine tabi şirket kurulmasına karar verilebilir. Bu kapsamda kurulacak şirkette özel sektör şirketlerinin hisse sahibi olmasına izin verilebilir. Kurulacak şirketin denetimi 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna göre yapılır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli Hükümler

Teşvikler

MADDE 7 – (1) Bakanlar Kurulu, kurulacak santrale ilişkin teknoloji edinmeye yönelik yatırımlar ile işletme personelinin eğitimini teşviklerden yararlandırabilir.

ekler

(2) Bu Kanun kapsamında üzerinde santral kurulacak taşınmazların Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunması halinde, bu taşınmazlar üzerinde şirket lehine Maliye Bakanlığı tarafından, diğer kamu kurum veya kuruluşlarının mülkiyetinde bulunması halinde ise Bakanlar Kurulu kararı ile bedelsiz olarak kullanma izni, irtifak hakkı tesis edilir. Sözleşme sürelerinin sonunda nükleer güç santralının sökülmesi zorunludur. Söküm işinden ve taşınmazın çevre kuralları kapsamında kabul edilebilir hale getirilerek Hazineye iadesinden şirket sorumludur. Söküm maliyeti 5 inci maddenin ikinci fıkrası kapsamında oluşturulan İÇH'den karşılanır. Bu işlemler için İÇH kaynaklarının yetersiz kalması durumunda İÇH'den oluşmuş kaynakların yüzde yirmibeşine kadar maliyetler Hazine tarafından, bunun da yetmemesi halinde şirket tarafından karşılanır.

Uygulamaların koordinasyonu

MADDE 8 – (1) Bu Kanunun uygulanmasında gerekli koordinasyon Bakanlık tarafından sağlanır.

Yaptırımlar

MADDE 9 – (1) Bu Kanunun hükümlerine aykırı hareket eden top-tan ve/veya perakende satış lisansı sahibi tüzel kişiler hakkında EPDK

tarafından 20/2/2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 11 inci maddesi hükümleri çerçevesinde işlem yapılır.

Düzenleyici kurum

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) TAEK, nükleer faaliyetlerin düzenlenmesi ve denetlenmesi görevini yerine getirecek yeni bir kurum kurulana kadar 9/7/1982 tarihli ve 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu gereğince bu görevine devam eder. TAEK görevlerini yerine getirirken özel bilgi ve ihtisas gerektiren işlerde kadro aranmaksızın uygun nitelikli yerli ve yabancı uyruklu sözleşmeli personel çalıştırabilir. Bunlara ödenecek ücret ve diğer mali haklar Başbakan tarafından belirlenir.

Yerli kömür yakıtlı santrallerin teşviki

GEÇİCİ MADDE 2 – (1) EÜAŞ, yerli kömür yakıtlı elektrik santrali yapılması amacıyla kömür tahsis (rödovans) ihalesi yapabilir.

(2) İhale neticesinde yapılacak santrallerin 1000 megavat (MW) ve üzeri güçte olması ve santralın tamamının 2014 yılı sonuna kadar işletmeye girmesi halinde aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) İhalede isteklilerce, yıllara sari olarak rödovans bedeli ile onbeş yıllık

süre için birim elektrik enerjisi satış fiyatı ve asgari üretim taahhüdü olarak üretim miktarı teklif edilir. İhalede seçim ise teklif edilen rödovans bedeli ile elektrik enerjisi satış fiyatının ihalenin yapıldığı tarihe indirgenmiş değerlerinin şartnamede belirlenen esaslar dahilinde birlikte değerlendirilmesi sonucu yapılır.

b) İhalenin sonuçlanmasından itibaren üç ay içerisinde, santrallerden üretilen elektrik enerjisinin alımına ilişkin olarak, ihalede seçilen şirket veya şirketler ile TETAŞ arasında ihale sonucu belirlenen elektrik enerjisi satış fiyatı ve asgari üretim miktarı üzerinden, santralin işletmeye geçme tarihinden itibaren onbeş yıl süreli enerji satış anlaşması imzalanır. TETAŞ'ın enerji alımına ilişkin usul ve esaslar şartnamede belirlenir. TETAŞ tarafından bu Kanun hükümleri çerçevesinde satın alınacak enerji, santralin devreye girmesinden itibaren her yıl, faaliyette bulunan perakende ve toptan satış lisansı sahibi tüzel kişilere, yapılacak ikili anlaşmalar çerçevesinde satılır. Perakende ve toptan satış lisansına sahip bu tüzel kişilerin alacakları enerji miktarı bu tüzel kişilerin bir önceki yıla ait Türkiye toplam enerji tüketimindeki payları oranında her yıl belirlenir. Bu Kanun kapsamında toptan ve perakende satış lisansı sahibi tüzel kişiler tarafından ikili anlaşmalarla üstlenilecek elektrik enerjisi alımına ilişkin hükümler lisanslarına dercedilir. TETAŞ

tarafından toptan ve perakende satış şirketlerine yapılacak enerji satışına ilişkin usul ve esaslar ile tarafların yükümlülükleri bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren iki ay içerisinde Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

c) Santral sahası hariç olmak kaydıyla, ihale konusu maden sahası ile ihale konusu projenin gerçekleşmesi için zorunlu olan baraj ve su alma yapı yerlerinin kamulaştırmaları şartnamede belirlenecek esaslar çerçevesinde EÜAŞ tarafından bedeli de ödenmek sureti ile yapılır. Yerleri kamulaştırılanların iskanı 19/9/2006 tarihli ve 5543 sayılı İskân Kanununa göre yapılır.

ç) Yapılacak olan santrallerin sözleşmelerinde öngörülen sürede işletmeye alınamaması halinde uygulanacak yaptırımlar şartname ve sözleşmelerde yer alır.

d) Gerekli enerji nakil hatları TEİAŞ tarafından, şirketle TETAŞ arasında yapılacak olan sözleşmede belirlenecek olan santral ünitelerinin işletmeye giriş programına uygun olarak yapılır. Gecikmeden dolayı oluşan zararlar TEİAŞ tarafından karşılanır.

e) İhale kapsamındaki santraller için, Endüstri Tesislerinden Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinde belirlenen emisyon sınır değerlerini sağlamak kaydıyla, Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliğinde belirlenen hava kalitesi sınır

değerleri, projenin uygulanmasına imkan verecek şekilde Çevre ve Orman Bakanlığınca yeniden belirlenir.

(3) 3/6/2007 tarihli ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanununun geçici 5 inci maddesi bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren uygulanmaz.

Yürürlük

MADDE 10 – (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 11 – (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

20/11/2007

KAT MÜLKİYETİ KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN KANUN

Kanun No. 5711

Kabul Tarihi: 14/11/2007

MADDE 1 – 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, bu mülkiyete konu olan anagayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine

göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur. Arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, her kat maliki veya kat irtifakı sahibi, arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilir. Bağımsız bölümlerden her birine bu fıkra uyarınca tahsis edilen arsa payı, o bölümlerin değerinde sonradan meydana gelen çoğalma veya azalma sebebiyle değiştirilemez. 44 üncü madde hükmü saklıdır.

Kat irtifakı arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olup, yapı kullanma izin belgesi alındıktan sonra arsanın malikinin veya kat irtifakına sahip ortak maliklerin veya bunlardan birinin tapu idaresine yapacağı istem üzerine, bu Kanunda gösterilen şartlar uyarınca, kat mülkiyetine çevrilir.”

MADDE 2 – 634 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine, “Temeller ve ana duvarlar,” ibaresinden sonra gelmek üzere “taşıyıcı sistemi oluşturan kiriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar,” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 3 – 634 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Kat mülkiyeti kurulurken aynı katta birbirine bitişik bulunan aynı nevideki birden fazla bağımsız bölüm veya bir yapının otel, iş veya ticaret

yeri gibi iktisadî açıdan veya kullanma bakımından bütünlük arz eden birden çok katı veya bölümü, kat mülkiyeti kütüğüne tek bağımsız bölüm olarak tescil edilebilir. Böyle bir tescilin yapılabilmesi için, buna uygun değişiklik projesinin ve yapı kullanma izin belgesinin Tapu Sicil Müdürlüğüne verilmiş olması gereklidir.”

“Gelirinin ortak giderlere harcanması için veya başka bir amaçla ortak yararlanmaya tahsis edilen bağımsız bölümlerin malik hanesine, bunlardan yararlanan “bağımsız bölümlerin numaraları” yazılmak suretiyle kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilir. Bu husus bağımsız bölümlerin beyanlar hanesinde gösterilir.”

MADDE 4 – 634 sayılı Kanunun 11 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 11 –** Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, Tapu Sicili Tüzüğüne göre tutulacak kat mülkiyeti kütüğüne tescil olunur. Bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, tescille ilgili genel hükümler, kat mülkiyeti kütüğüne yapılacak tescillerde de uygulanır.

Henüz kadastrosu yapılmamış olan yerlerde kat mülkiyeti ve kat irtifakı, Tapu Sicili Tüzüğündeki formüle göre, ayrıca tutulacak Kat Mülkiyeti Zabıt Defterine tescil olunur.”

MADDE 5 – 634 sayılı Kanunun 12 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 12 –** Kat mülkiyetinin kurulması için, anagayrimenkulün kat

mülkiyetine çevrilmesi hususunda o gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının aşağıda yazılı belgeler ile birlikte tapu idaresinde istemde bulunması gerekir:

a) Ana gayrimenkulde, yapı veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı da açıkça gösterilmek suretiyle, proje müellifi mimar tarafından yapılan ve anagayrimenkulün maliki veya bütün paydaşları tarafından imzalanan, yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca onaylanan mimarî proje ve birden çok yapılar da yerleşimlerini gösteren vaziyet plânı ile yapı kullanma izin belgesi.

b) Bağımsız bölümlerin kullanış tarzına, birden çok yapının varlığı halinde bu yapıların özelliğine göre 28 inci maddedeki esaslar çerçevesinde hazırlanmış, kat mülkiyetini kuran malik veya malikler tarafından imzalanmış bir yönetim plânı.

c) Her bağımsız bölümün arsa payını, kat, daire, iş bürosu gibi nevini ve bunların birden başlayıp sıra ile giden numarasını, varsa eklentisini gösteren ve anagayrimenkulün maliki veya bütün paydaşları tarafından imzalanmış noterden tasdikli liste.”

MADDE 6 – 634 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Sözleşme düzenlenince kat irtifakının kat mülkiyetine çevrilmesinde kat irtifakının kayıtlı olduğu kat mülkiyeti kütüğü sayfasındaki, doğrudan doğruya kat mülkiyetinin kurulması halinde ise anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu tapu kütüğü sayfasındaki mülkiyet hanesine “Bu gayrimenkulün mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmiştir.” ibaresi yazılarak, sayfa anagayrimenkulün leh ve aleyhine tesis edilecek irtifak hakları dışındaki işlemlere kapatılır ve kat mülkiyetine konu olan her bağımsız bölüm, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına o bölüme bağlı arsa payı ve anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu genel kütükteki pafta, ada, parsel, defter ve sayfa numaraları gösterilmek suretiyle tescil edilir; anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu genel kütük sayfasına da, bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki defter ve sayfa numaraları işlenmek suretiyle, kütükler arasında bağlantı sağlanır.

Ana gayrimenkulün sayfasında evvelce mevcut olan haklara ait sicil kaydı, irtifak hakları hariç, bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sayfasına geçirilir. Anagayrimenkulün mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesinden sonra, anagayrimenkulün leh ve aleyhine tesis edilecek irtifak hakları da anagayrimenkulün tapu kütüğü sayfasına tescil edilir ve kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesinde belirtilir.”

MADDE 7 – 634 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve

maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Henüz yapı yapılmamış veya yapısı tamamlanmamış bir arsa üzerinde kat irtifakının kurulması ve tapu siciline tescil edilmesi için o arsanın malikinin veya bütün paydaşlarının buna ait istem ile birlikte 12 nci maddenin (a) bendine uygun olarak düzenlenen proje ve plân, (b) bendindeki yönetim plânı ile (c) bendindeki listeyi tapu idaresine vermeleri lazımdır. Kat mülkiyetine geçişte ayrıca yönetim plânı istenmez.”

“Yapıları tamamlanmış olan kat irtifaklı anagayrimenkulde, yapı kulanma izin belgesinin alındığı tarihten itibaren bir yıl içinde kat mülkiyetine geçilmesi zorunludur. Belirtilen süre içinde kat irtifak hakkı sahiplerinden birinin veya varsa yöneticinin yazılı uyarısına rağmen, kat mülkiyetinin kurulması için tapu idaresine verilmesi gereken 12 nci maddede yazılı belgelerden eksik olanları tamamlamaktan veya imzalanması gerekenleri imzalamaktan kaçınan kat irtifak hakkı sahiplerinden her birine, kendine ait her bağımsız bölüm için, anagayrimenkul belediye sınırları içinde ise belediye, belediye sınırları dışında ise mülkî amir tarafından bin Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

MADDE 8 – 634 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça anagayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve

tesisler, değişik renkte dış badana veya boya yaptıramaz. Ancak, ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz. Kat maliki kendi bağımsız bölümünde anayapıya zarar verecek nitelikte onarım, tesis ve değişiklik yapamaz. Tavan, taban veya duvar ile birbirine bağlantılı bulunan bağımsız bölümlerin bağlantılı yerlerinde, bu bölüm maliklerinin ortak rızası ile anayapıya zarar vermeyecek onarım, tesis ve değişiklik yapılabilir.”

MADDE 9 – 634 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “koruma” ibaresinden sonra gelmek üzere “, güçlendirme” ibaresi eklenmiş ve ikinci fıkrasında yer alan “yüzde on” ibaresi “yüzde beş” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 10 – 634 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 893 üncü maddesinin son fıkrası hükmü burada da uygulanır.”

MADDE 11 – 634 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin birinci fıkrasına “tesislerin yeniden yapılması” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile yapı

güvenliğiyle ilgili olarak yapılması gerekli görülen teknik incelemeler” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 12 – 634 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Bu gibi bir kat maliki hakkında, bağımsız bölümün mülkiyetinin hükme en yakın tarihteki değeri o kat malikine ödenerek bu mülkiyetin diğer kat maliklerine, arsa payları oranında devredilmesi için davanın açılması, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, diğer kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğuyla karar vermesine bağlıdır. Bu karara rağmen kat maliklerinden bir kısmı bu davayı açmak istemezse, davayı öteki kat malikleri açar ve hâkim hüküm vermeden önce devir bedelinin ileride hak sahibine ödenmek üzere bankada üçer aylık vadeli hesaba yatırılması ve makbuzunun ibrazı için davacılarca resen belirleyeceği uygun bir süre verir. Devir bedelinin süresi içinde yatırıldığına ilişkin belge ibraz edildiğinde ve davanın kabulü halinde hâkim, davalının bağımsız bölümünün mülkiyetinin davayı açmış olan kat maliklerine arsa payları oranında devredilmesine ve devir bedelinin işlemiş faiziyle birlikte davalıya ödenmesine karar verir.”

“Bu maddedeki dava hakkı, devir konusunda kat maliklerince alınan dava açma kararının öğrenilmesi tarihinden başlayarak altı ay ve her halde dava hakkının doğumundan başlayarak beş yıl içinde kullanılmazsa

ekler

veya dava sebebi ortadan kalkmışsa düşer.”

MADDE 13 – 634 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Kat irtifakı sahiplerinden biri kendine düşen borçları, noter aracılığıyla yapılan ihtara rağmen, bu ihtar tarihinden başlayarak iki ay içinde yerine getirmezse diğerlerinin yazılı istemi üzerine hâkim, onun arsa payının ve kat irtifakının hükme en yakın tarihteki değeri karşılığında, öteki paydaşlara, arsa payları oranında devrine karar verir.”

MADDE 14 – 634 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarına aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

“Toplu yapılarda ise kurullar, en geç iki yılda bir defadan az olmamak üzere yönetim plânlarında gösterilen zamanlarda, böyle bir zaman gösterilmemişse, ikinci takvim yılının ilk ayı içinde toplanır.”

“İlk toplantı ile ikinci toplantı arasında bırakılacak zaman yedi günden az olamaz.”

MADDE 15 – 634 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Yeter sayının sağlanamaması nedeniyle ilk toplantının yapılamaması halinde, ikinci toplantı, en geç onbeş gün sonra yapılır. Bu toplantıda karar yeter sayısı, katılanların salt çoğunluğudur.”

MADDE 16 – 634 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Kat maliklerinden biri, oyunu yetkili vekil eliyle kullanabilir. Bir kişi, oy sayısının yüzde beşinden fazlasını kullanmak üzere vekil tayin edilemez. Ancak, kırk ve daha az sayıdaki kat mülkiyetine tâbi taşınmazlarda bir kişi, en fazla iki kişiye vekâlet edebilir.”

MADDE 17 – 634 sayılı Kanunun 33 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine, kurul toplantısına katılan ancak 32 nci madde hükmü gereğince aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde anagayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh mahkemesine iptal davası açabilir; kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmaz. Kat maliklerinden birinin yahut onun katından kira akdine, oturma hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı surette faydalanan kimsenin, borç ve yükümlerini yerine getirmemesi yüzünden zarar gören kat maliki veya kat malikleri, anagayrimenkulün bulunduğu yerin sulh mahkemesine başvurarak hâkimin müdahalesini isteyebilir.”

“Tespit edilen süre içinde hâkimin kararını yerine getirmeyenlere, aynı mahkemece, ikiyüz elli Türk Lirasından ikibin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. 25 inci madde hükmü saklıdır.”

MADDE 18 – 634 sayılı Kanunun 34 üncü maddesinin son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Yöneticinin ad ve soyadı ile iş ve ev adresinin anagayrimenkulün kapısı yanına veya girişte görülecek bir yere çerçeve içinde asılması mecburidir. Bu yapılmazsa, yöneticiden veya yönetim kurulu üyelerinin her birine, ilgilinin başvurması üzerine aynı mahkemece, elli Türk Lirasından ikiyüzelli Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.”

MADDE 19 – 634 sayılı Kanunun 38 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Kat malikleri kurulu, ada temsilciler kurulu veya toplu yapı temsilciler kurulu kararlarının iptaline ilişkin davalar, kat maliklerini temsilen yöneticiye, toplu yapılarda ise ada temsilciler kurulu veya toplu yapı temsilciler kurulunca seçilen yöneticiye husumet yöneltilmesi suretiyle açılabilir. Yönetici, açılan davayı bütün kat maliklerine ve ada veya toplu yapı temsilciler kuruluna duyurur. Kurul kararının iptali halinde bu konudaki yargılama giderleri ortak giderlerden karşılanır.”

MADDE 20 – 634 sayılı Kanunun 47 nci maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesi aşağıdaki şekilde değiş-

tirilmiştir.

“Bildirmeyenlerin yeniden yaptırmak istemedikleri kabul olunur ve onların arsa payları, değeri karşılığında bölümlerini yeniden yaptırmak isteyenlere öncelikle devredilir.”

MADDE 21 – 634 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İmar Kanunu hükümlerine göre ortaklaştırma halinde, ortaklaştırılan gayrimenkuller arasında kat mülkiyetine tâbi gayrimenkul varsa ve ortaklaştırma, 9/11/1985 tarihinden önce ise 6785 sayılı İmar Kanununun 46 ncı maddesi, bu tarihten sonra ise 3194 sayılı İmar Kanununun 16 ncı maddesi gereğince ortaklığın giderilmesi hususunda bütün malikler anlaştıkları takdirde, ortaklığın giderilmesi bu anlaşma hükümlerine göre yapılır.

Böyle bir anlaşmaya varılamazsa, her gayrimenkulün ortaklaştırmadan önceki geçer değerleri, birinci fıkrada sözü geçen madde hükümlerine göre ortaklığı gidermekle görevli sulh mahkemesince ayrı ayrı takdir edilerek, bunlara Türkiye İstatistik Kurumunca yayımlanan üretici fiyat endeksi uygulanmak suretiyle her bir gayrimenkulün hükme en yakın tarih itibarıyla ulaştığı değerleri tespit edildikten sonra, bunlardan değeri en fazla olan gayrimenkulün malikine, öteki gayrimenkulleri bu değerle satın almasını teklife karar verilir ve bu teklif kabul edilip bedel ödenince ortaklık giderilmiş olur.”

MADDE 22 – 634 sayılı Kanuna 65 inci maddeden sonra gelmek üzere “Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler” başlıklı “Dokuzuncu Bölüm” altında aşağıdaki maddeler eklenmiş, mevcut 66 ve 67 nci maddeler, 75 ve 76 ncı maddeler olarak teselsül ettirilmiştir.

“DOKUZUNCU BÖLÜM

Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler

Kapsam

MADDE 66 – Toplu yapı, bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim plânına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade eder.

Toplu yapı kapsamındaki imar parsellerinin bitişik veya komşu olmaları şarttır. Ancak bu parseller arasında kalan ve imar plânına göre yol, meydan, yeşil alan, park, otopark gibi kamuya ayrılan yerler için bu şart aranmaz. Toplu yapı kapsamındaki her imar parseli, kat irtifakının veya kat mülkiyetinin tesisinde ayrı ayrı dikkate alınır. Ancak, toplu yapı birden fazla imar parselini içeriyorsa, münferit parseller üzerinde toplu yapı hükümlerine tâbi olacak şekilde kat mülkiyeti ilişkisi kurulamaz.

Yapılar tamamlandıkça, tamamlanan yapılara ilişkin kat irtifakları kat mülkiyetine çevrilebilir.

Ortak yerler

MADDE 67 – Toplu yapı kapsamında olup, bütünüyle bu kapsamdaki bağımsız bölümlerin ortak kullanma ve faydalanmasına tahsis edilmiş bulunan parsellerin malik hanesine, tahsis edildikleri toplu yapı kapsamındaki diğer parsellerin ada, parsel, blok ve bağımsız bölüm numaraları gösterilmek suretiyle tapu siciline kaydedilir ve bu suretle tahsis edildikleri parsellerde bulunan bağımsız bölümlerin ortak yeri olur.

Toplu yapı kapsamında bulunan birden çok yapının ortak sosyal ve alt yapı tesisleri buldukları parsel veya yapıya bakılmaksızın, tahsis edildikleri bağımsız bölümlerin ortak yeri sayılır.

Vaziyet plân ve projeleri

MADDE 68 – Toplu yapılarda; yapıların konumları, ortak nitelikteki yerler ve tesisler, bunların kullanılış amaç ve şekilleri, toplu yapı kapsamındaki parsel veya parsellerin tamamını kapsayacak şekilde, bir bütün olarak ilgili makamlarca onaylanmış imar plânı hükümlerine uygun olarak hazırlanmış vaziyet plânında ve projelerde belirtilir.

Kamuya ayrılan yerlerin düzenlenmesi, işletilmesi ve bakımı, bu konuda yetkili kamu kurumu ile mutabakat sağlanması hâlinde, kamunun kullanımını kısıtlamamak şartıyla toplu yapı yönetimince üstlenilebilir.

Toplu yapı uygulamasında, kat

mülkiyetinin ve kat irtifakının tesisine, aranacak belgelere, tapuda yapılacak işlemlere ilişkin hususlar, Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Yönetim

MADDE 69 – Toplu yapı kapsamında bulunan parsel ve parsellerdeki birden çok bağımsız bölümü kapsayan ana yapıda ortak yerleri bulunan blok yapıların her biri, kendi sorunlarına ve yalnız o bloğa ait ortak yerlere ilişkin olarak, o blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan blok kat malikleri kurulunca yönetilir. Bir parselde blok niteliğinde olmayan yapılar varsa veya bu nitelikteki yapılarla blok yapılar aynı parselde yer alıyorsa, kendi sorunlarına ve o parselde ait ortak yerlere ilişkin olarak, o parselde bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan kat malikleri kurulunca yönetilir. Yönetim plânında blokların ve blok niteliğinde olmayan yapıların idare tarzı ayrıca belirtilir.

Bir adada birden çok parsel yer alıyorsa, adayı oluşturan parsellere ait ortak yerler, o adada bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan ada kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla, bu kurul tarafından kararlaştırılır. Bu yetki, yönetim plânında ada temsilciler kuruluna verilebilir. Yönetim plânında başka türlü düzenlenmemişse, ada temsilciler kurulu, blok yapılarda her blokta bulunan bağımsız bölüm

maliklerince seçilen blok yöneticileri ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız bölüm maliklerince seçilen temsilcilerden oluşur. Ada temsilciler kurulu üyelerinin sayısı ve nasıl seçileceği toplu yapının özelliği dikkate alınarak yönetim plânında belirtilir. Ada temsilciler kurulunda bu yöneticiler ve temsilciler yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkına sahiptirler.

Toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesisler, bu kapsamda yer alan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan toplu yapı kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla, bu kurul tarafından kararlaştırılır. Bu yetki, yönetim plânında toplu yapı temsilciler kuruluna verilebilir. Yönetim plânında başka türlü düzenlenmemişse, toplu yapı temsilciler kurulu, blok yapılarda her blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerince seçilen blok yöneticileri ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız bölüm maliklerince seçilen temsilcilerden oluşur. Toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin sayısı ve nasıl seçileceği toplu yapının özelliği dikkate alınarak yönetim plânında belirtilir. Toplu yapı temsilciler kurulunda bu yöneticiler ve temsilciler yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkına sahiptirler.

Yönetim plânı ve değiştirilmesi

MADDE 70 – Toplu yapı kapsamındaki yapı ve yerler için tamamını

kapsayan bir tek yönetim plânı düzenlenir. Yönetim plânı, toplu yapı kapsamındaki bütün kat maliklerini bağlar. Yönetim plânının değiştirilebilmesi için, toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin temsil ettikleri bağımsız bölümlerin tamsayısının beşte dördünün oyu şarttır.

Geçici yönetimle ilgili yönetim plânı hükümleri, toplu yapı alanındaki bağımsız bölüm maliklerinin beşte dördünün oylarıyla değiştirilebilir.

Yönetici ve denetçi atama

MADDE 71 – Yönetim plânında başka türlü düzenlenmedikçe, blok kat malikleri kurulu blok için, blok niteliğinde olmayan yapıların yer aldığı parseldeki kat malikleri kendilerine öngülenen ortak yer ve tesisler için, toplu yapı temsilciler kurulu ise toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesisler için yönetici ve denetçi atar.

Blok yöneticisi ve denetçisi, blok-taki kat maliklerinin; blok niteliğinde olmayan yapıların ortak yer ve tesisleri için yönetici ve denetçi, bu yapı-lardaki kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından seçilir. Toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesisler için yönetici ve denetçi ise, toplu yapı temsilciler kuruluna katılan yönetici ve temsilcilerin, yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısının salt çoğunluğunun oyu ile atanır.

Ortak giderlere katılma

MADDE 72 – Toplu yapı kapsamındaki belli bir yapıya veya yapıların sadece birkaçındaki kat maliklerinin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş ortak yer ve tesislere ilişkin ortak giderler, o yapılardaki kat malikleri tarafından, bütün bağımsız bölümlerin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş tesis ve yerlere ilişkin ortak giderler ise bütün kat malikleri tarafından karşılanır.

Blok kat malikleri, toplu yapı temsilcileri ve geçici yönetim kurulu kararları, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 68 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılır.

Kat malikleri, toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya bunların başka bir parselde veya kamuya ait alanlarda bulunduğunu veya bağımsız bölümlerinin veya kendilerinin durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle toplu yapı ortak gider payını ve toplanacak avansı ödemekten kaçınamazlar.

Geçici yönetim

MADDE 73 – Yönetim plânında toplu yapı temsilciler kurulu oluşuncaya kadar, bu kurulun görevlerini üstlenmek, yetkilerini kullanmak ve kurulun oluşması için gerekli girişim ve çağrılarda bulunmak üzere, bir

geçici yönetim kurulması öngörülebilir. Bu takdirde yönetim plânında geçici yönetimin nasıl oluşacağına ve ne zamana kadar devam edeceğine ilişkin hükümlere yer verilir. Geçici yönetim en geç toplu yapının bitimini izleyen bir yıl sonrasında kadar devam edebilir. Bu süre, her halde toplu yapı kapsamındaki ilk yapı ruhsatının alınmasından itibaren on yıl geçmekle sona erer.

Uygulanacak diğer hükümler

MADDE 74 – Bu bölümde öngörülen özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda yer alan bütün hükümler, toplu yapılar hakkında da aynen veya kıyas yoluyla tatbik edilir.”

MADDE 23 – 634 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“**GEÇİCİ MADDE 1** – Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kat irtifakı kurulmuş ve üzerindeki yapılar tamamlanıp yapı kullanma belgesi alınmış bulunan anagayrimenkullerde, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde kat mülkiyetine geçilmesi zorunludur. Bu anagayrimenkullerde yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren tahakkuk eden vergi, resim ve harçlar kat mülkiyetine geçiş işlemleri sırasında cezasız olarak tahsil edilir. Belirtilen süre içinde kat irtifak hakkı sahiplerinden birinin veya varsa yöneticinin, kat mülkiyetinin kurulması için gerekli olan belgelerden eksik

olanların tamamlanması için diğer kat irtifak hakkı sahiplerinden her birine yazılı bildirimde bulunmasına rağmen, gereğini yerine getirmeyen kat irtifak hakkı sahiplerinden her birine, anagayrimenkul belediye sınırları içinde ise belediye, belediye sınırları dışında ise mülkî amir tarafından bin Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

MADDE 24 – 634 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin son fıkrası ile ek 3 üncü maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

GEÇİCİ MADDE 1 – Bu Kanun gereğince hazırlanması gereken yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde hazırlanır.

GEÇİCİ MADDE 2 – 13/4/1983 tarihli ve 2814 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kat irtifakı kurulmuş binalarda yönetim plânı olmasa dahi 12 nci madde hükümlerine göre kat mülkiyeti kurulur.

GEÇİCİ MADDE 3 – Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulan toplu yapılara ait yönetim plânları, yürürlük tarihinden itibaren en geç altı ay içinde bu Kanun hükümlerine uyarlanır. Yönetim plânında bu yönde değişiklik yapılması için mevcut kat malikleri kurulunun salt çoğunluğu yeterlidir. Mevcut toplu yapı yönetimleri, yönetim plânı değişikliği buna göre yönetici seçilene kadar geçici yönetim olarak görevini sürdürür. Toplu yapı yöneticisi seçimi, en geç yönetim plânının değişimini takip eden üç ay içinde yapılır.

ekler

MADDE 25 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 26 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

27/11/2007

HÂKİMLER VE SAVCILAR KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 5720

Kabul Tarihi: 1/12/2007

MADDE 1 – 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 8 inci maddesinin (c) bendinin ikinci paragrafında yer alan “her dönemde ihtiyaç oranında,” ibaresi “her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında,” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye (j) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki (k) bendi eklenmiştir.

“k) Avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için; yukarıdaki (ı) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte, mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış, giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibarıyla otuzbeş yaşını doldurmamış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülâkatta başarılı olmak,”

MADDE 2 – 2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 3 – 2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinden sonra gelmek

üzere aşağıdaki 9/A maddesi eklenmiştir.

“Yazılı yarışma sınavı ve mülâkâtın yapılış şekli

MADDE 9/A – Yazılı yarışma sınavı, Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılır.

Atama yapılacak boş kadroların sayısı, derecesi, unvanı, sınıfı, atanacaklarda aranacak şartlar ile başvuruya ve sınava ilişkin hususların yer aldığı duyuru, müracaat süresinin bitiminden en az onbeş gün önce Türkiye genelinde günlük yayımlanan tirajı en yüksek beş gazeteden birinde bir defa ve ayrıca Adalet Bakanlığı internet sitesinde ilân olunur.

Yazılı sınav; Türkçe, matematik, Türk kültür ve medeniyetleri, Atatürk ilkeleri ve inkılâp tarihi ve temel yurttaşlık bilgisi sorularından oluşan genel yetenek ve genel kültür konuları ile

a) Adlî yargıda; anayasa hukuku, medenî hukuk, borçlar hukuku, hukuk yargılama usulü, ticaret hukuku, icra ve iflâs hukuku, ceza hukuku, ceza yargılama usulü, idarî yargılama usulü ve idare hukuku,

b) İdarî yargıda; anayasa hukuku, idare hukuku, idarî yargılama usulü, hukuk yargılama usulü, borçlar hukuku (genel hükümler), medenî hukuk, ceza hukuku (genel hükümler), vergi hukuku, vergi usul hukuku ve maliye-ekonomi, konularını kapsayan alan

bilgisi sorularından yapılır.

Yazılı sınavda genel yetenek ve genel kültür soruları yirmi, alan bilgisi soruları seksen puan ağırlığa sahip olacak şekilde değerlendirmeye tâbi tutulur. Bu değerlendirme yapılırken genel yetenek ve genel kültür konuları ile alan bilgisi konuları kendi aralarında eşit olarak puanlanır.

Yazılı sınavda yüz tam puan üzerinden en az yetmiş puan almak kaydıyla en yüksek puan alandan başlamak üzere, sınav ilânında belirtilen kadro sayısının bir katı fazlası mülâkata çağrılır. Ancak başarı oranı, ilân edilen kadronun bir katı fazlasının altında olursa, sadece başarılı olanlar mülâkata çağrılır. Bu şekilde çağrılan en düşük puana sahip adayla aynı puanı alanlar da mülâkata alınır.

Mülâkat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur.

Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu birer üye bulunması halinde bu üyeler Mülâkat Kurulunda asıl üye olarak görevlendirilir.

Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunda Yargıtay ve Danıştay mensubu üye sayısı birden fazla ise, Yargıtay kontenjanı için Yargıtay mensupları arasından, Danıştay kontenjanı

için Danıştay mensupları arasından; Yargıtay veya Danıştay mensubu üyelerden birinin ya da her ikisinin bulunmaması halinde ise Yönetim Kurulunun diğer üyeleri arasından gizli oyla seçim yapılır.

Asıl üyelerin hukukî veya fiilî sebeplerle katılamamaları halinde; Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürlerinin yerine vekâlet edenler, Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulundan katılacak üyelerin yerine ise, Yönetim Kurulunun kendi üyeleri arasından her biri için ayrı ayrı gizli oyla belirleyeceği yedek üyeler Mülâkat Kuruluna katılır.

Mülâkat, ilgilinin;

- a) Muhakeme gücünün,
- b) Bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğinin,
- c) Genel ve fizikî görünümünün, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunun ve liyakatinin,
- d) Yetenek ve kültürünün,
- e) Çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığının,

puan vermek suretiyle değerlendirilmesi yöntemidir.

Mülâkat, yukarıdaki bentlerde yazılı özellikler herbiri yirmişer puan üzerinden değerlendirilerek yapılır. Mülâkat Kurulunun herbir üyesi tarafından verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir. Başarılı sayılmak için, üyelerin yüz tam puan üzerinden verdikleri notların aritmetik ortalaması

ekler

sının en az yetmiş olması şarttır.

Mülâkat sonucu en yüksek puan alandan başlamak üzere sıraya konularak mülâkat başarı listesi hazırlanır ve bu listenin altı Mülâkat Kurulu tarafından imzalanarak Personel Genel Müdürlüğüne teslim edilir.

Yazılı yarışma sınavına katılmayanların mazeretleri kabul edilmez. Mazereti sebebiyle mülâkata katılmayanların müracaatı üzerine Mülâkat Kurulunca mazeretlerinin kabulüne karar verildiği takdirde mülâkat yeri ile günü tespit edilir ve ilgili mülâkata çağrılır. Mazeret bildirenlerin mazereti Mülâkat Kurulunca reddedilir veya kabul edilmekle birlikte verilen süre içinde mülâkata katılmazsa başarısız sayılır.

Sınava katılanların, yukarıda belirtilen yazılı yarışma sınavı notunun yüzde yetmiş ile mülâkat notunun yüzde otuzunun toplamı tespit edildikten sonra en yüksek puan alandan başlamak üzere nihai başarı listesi hazırlanır. Bu sıralamaya tâbi tutulanların nihai puanlarının eşit olması halinde, yazılı sınavda aldığı puana öncelik tanınır. Yazılı puanlarının da eşit olması halinde, kura çekilmek suretiyle sırası belirlenir ve bu konuda yapılan işlemler düzenlenecek tutanakta gösterilir.

Hukuk alanında doktora yapmış olanlar ilân edilen boş kadrolara başvurabilir. Bunlar sadece mülâkata tâbi tutulur. Bu durumda olanlar için mülâkat puanı esas alınarak ayrı bir nihai başarı listesi düzenlenir.

Yazılı yarışma sınavı ile mülâkatın sekretarya hizmetleri Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilir.

Sınav kazananlardan gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu tespit edilenlerin sınavları geçersiz sayılarak atamaları yapılmaz. Ataması yapılmış olsa dahi iptal edilir. Bunlar hiçbir hak talebinde bulunamazlar.

Sınavı kazananlardan ataması yapıp da belge ile ispatı mümkün zorlayıcı sebepler olmaksızın 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62 nci maddesinde belirlenen kanunî süre içerisinde göreve başlamayanların atamaları iptal edilir. Tekrar atanmaları için başvurmaları halinde bunların atamaları yapılmaz.”

MADDE 4 – 2802 sayılı Kanunun 69 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 69** – Meslekten çıkarma: Bir daha mesleğe alınmamak üzere göreve son verilmesidir.

68 inci maddenin (e) bendinde yazılı hallerden dolayı hangi sınıf ve derecede olursa olsun iki defa, diğer hallerden dolayı bir derecede iki veya derece ve sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer değiştirme veya derece yükselmesinin durdurulması cezası almış olmak veya taksirli suçlar hariç olmak üzere, altı aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan biri ile kesin hüküm giymek meslekten çıkarılmayı gerektirir. Ancak, verilen cezanın 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı

suçlardan dolayı verilmemiş olması ve cezanın ertelenmiş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki tedbirlerden birine çevrilmiş veya yüzseksen günden fazla adli para cezası olması halinde meslekten çıkarma cezası yerine, yer değiştirme cezası verilir.

Birinci fıkra dışında kalan ceza mahkûmiyetlerinin ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki ceza veya tedbirlere çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın suçun niteliğine göre 64, 65, 66, 67 veya 68 inci maddelerde sayılan disiplin cezalarından biri verilir.

Hükümlülüğü gerektiren suç, mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve güveni gideren nitelikte görülürse, Kanunda daha alt derecede bir disiplin cezası öngörülmemiş olmak kaydıyla, cezanın miktarına ve ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki ceza veya tedbirlerden birine çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, meslekten çıkarma cezası verilir.

Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir.”

GEÇİCİ MADDE 1 – 15/10/2006 tarihinde yapılan idarî yargı hâkim adaylığı yazılı yarışma sınavında, bu Kanunun 9/A maddesinin beşinci fik-

rasında belirtilen bir katı fazla kadro içinde kalanlardan mülâkatta başarısız sayılanlar, bu Kanun hükümlerine göre yeniden mülâkata alınırlar. Bu şekilde çağrılanlar bakımından önceden kadro ilânı şartı aranmaz. Bunlar arasından başarılı olanların adaylığa atamaları yapılır.

Birinci fıkrada belirtilen yazılı yarışma sınavı ve 25/6/2007-6/7/2007 tarihleri arasında yapılan mülâkat sonucuna göre atamaları yapılanların hakları saklıdır. Bu adayların meslek öncesi eğitimleri kaldığı yerden devam eder.

MADDE 5 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 6 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

4/12/2007

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN

Kanun No. 5718

Kabul Tarihi: 27/11/2007

BİRİNCİ KISIM

Milletlerarası Özel Hukuk

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

Kapsam

MADDE 1 – (1) Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi

ekler

bu Kanunla düzenlenmiştir.

(2) Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.

Yabancı hukukun uygulanması

MADDE 2 – (1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kural-lara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde ta-rafların yardımını isteyebilir.

(2) Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır.

(3) Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ih-tilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.

(4) Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçi-len hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.

(5) Hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ve bu birimler de değişik hukuk düzenlerine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı o devletin hukukuna göre belirlenir. O devlet hukukunda belirleyici bir hükmün yokluğu hâlinde ihtilâfla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır.

Değişken ihtilâflar

MADDE 3 – (1) Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır.

Vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk

MADDE 4 – (1) Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörül-medikçe;

a) Vatansızlar ve mülteciler hak-kında yerleşim yeri, bulunmadığı hâl-lerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku,

b) Birden fazla devlet vatandaşlı-ğına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku,

c) Birden fazla devlet vatandaşlı-ğına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukuku, uygulanır.

Kamu düzenine aykırılık

MADDE 5 – (1) Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açık-ça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.

Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları

MADDE 6 – (1) Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.

Hukukî işlemlerde şekil

MADDE 7 – (1) Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.

Zamanaşımı

MADDE 8 – (1) Zamanaşımı, hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbidir.

İKİNCİ BÖLÜM

Kanunlar İhtilâfı Kuralları

Ehliyet

MADDE 9 – (1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.

(2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

(3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.

(4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir.

(5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir.

Vesâyet, kısıtlılık ve kayımlık

MADDE 10 – (1) Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesâyet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir.

(2) Yabancı millî hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye’de ise Türk hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır.

(3) Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesâyete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tâbidir.

Gaiplik veya ölmüş sayılma

MADDE 11 – (1) Gaiplik veya ölmüş sayılma kararı, hakkında karar verilecek kişinin millî hukukuna tâbidir. Millî hukukuna göre hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemeyen kişinin mallarının Türkiye’de bulunması veya eşinin veya mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olması hâlinde, Türk hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilir.

Nişanlılık

MADDE 12 – (1) Nişanlanma ehliyeti ve şartları taraflardan her birinin nişanlanma anındaki millî hukukuna tâbidir.

(2) Nişanlılığın hükümlerine ve sonuçlarına müşterek millî hukuk, taraflar ayrı vatandaşlıkta iseler Türk hukuku uygulanır.

Evlilik ve genel hükümleri

MADDE 13 – (1) Evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbidir.

(2) Evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır.

(3) Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

Boşanma ve ayrılık

MADDE 14 – (1) Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

(2) Boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu hüküm ayrılık ve evlenmenin butlanı hâlinde de geçerlidir.

(3) Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir.

(4) Geçici tedbir taleplerine Türk hukuku uygulanır.

Evlilik malları

MADDE 15 – (1) Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması hâlinde evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukuku, bulunmaması hâlinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanır.

(2) Malların tasfiyesinde, taşınmazlar için buldukları ülke hukuku uygulanır.

(3) Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak

üzere, bu yeni hukuka tâbi olabilirler.

Soybağının kurulması

MADDE 16 – (1) Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur.

(2) Soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa iptali de o hukuka tâbidir.

Soybağının hükümleri

MADDE 17 – (1) Soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır.

Evlât edinme

MADDE 18 – (1) Evlât edinme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlât edinme anındaki millî hukukuna tâbidir.

(2) Evlât edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin millî hukukları birlikte uygulanır.

(3) Evlât edinmenin hükümleri evlât edinmenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir.

Nafaka

MADDE 19 – (1) Nafaka talepleri, nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna tâbidir.

Miras

MADDE 20 – (1) Miras ölenin millî hukukuna tâbidir. Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır.

(2) Mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(3) Türkiye’de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır.

(4) Ölümüne bağlı tasarrufun şekline 7 nci madde hükmü uygulanır. Ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölümüne bağlı tasarruflar da geçerlidir.

(5) Ölümüne bağlı tasarruf ehliyeti, tasarrufta bulunanın, tasarrufun yapıldığı andaki millî hukukuna tâbidir.

Aynî haklar

MADDE 21 – (1) Taşınırlar ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

ekler

(2) Taşınmakta olan mallar üzerindeki aynî haklara varma yeri hukuku uygulanır.

(3) Yer değişikliği hâlinde henüz kazanılmamış aynî haklar malın son bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlere şekil yönünden bu malların buldukları ülke hukuku uygulanır.

Taşıma araçları

MADDE 22 – (1) Hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynî haklar, menşe ülke hukukuna tâbidir.

(2) Menşe ülke, hava ve deniz taşıma araçlarında aynî hakların tescil edildiği sicil yeri, deniz taşıma araçlarında bu sicil yeri yoksa bağlama limanı, raylı taşıma araçlarında ruhsat yeridir.

Fikrî mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk

MADDE 23 – (1) Fikrî mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir.

(2) Taraflar, fikrî mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan talepler hakkında, ihlâlden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk

MADDE 24 – (1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık

olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.

(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler

MADDE 25 – (1) Taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

Tüketici sözleşmeleri

MADDE 26 – (1) Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için;

a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya

b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya

c) İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş,

olmalıdır.

(3) İkinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır.

(4) Bu madde, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye

hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz.

İş sözleşmeleri

MADDE 27 – (1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.

Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler

MADDE 28 – (1) Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yap-

mamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tâbi olur.

(3) İşçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili işçi ve işveren arasındaki sözleşmelere, iş sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk uygulanır.

Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler

MADDE 29 – (1) Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde, sözleşmenin kuruluşu sırasında taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise bu ülkenin sözleşmeyle en sıkı ilişkili olduğu kabul edilir ve sözleşmeye bu ülkenin hukuku uygulanır. Tek seferlik charter sözleşmeleri ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmeler de bu madde hükümlerine tâbidir.

(3) Hâlin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun

bulunması hâlinde sözleşmeye bu hukuk uygulanır.

Temsil yetkisi

MADDE 30 – (1) Temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir.

(2) Temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır.

(3) Temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisi, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

Doğrudan uygulanan kurallar

MADDE 31 – (1) Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralın amacı, niteliği, muhtevası ve

sonuçları dikkate alınır.

Sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddî geçerliliği

MADDE 32 – (1) Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.

(2) Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

İfanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirler

MADDE 33 – (1) İfa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır.

Haksız fiiller

MADDE 34 – (1) Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir.

(2) Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır.

(3) Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı

ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır.

(4) Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir.

(5) Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler.

Kişilik haklarının ihlâlinde sorumluluk

MADDE 35 – (1) Kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâlinden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre;

a) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku,

b) Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya

c) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku,

uygulanır.

(2) Kişilik haklarının ihlâlinde cevap hakkı, süreli yayınlarda, münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayınlandığı ülke hukukuna tâbidir.

(3) Maddenin birinci fıkrası, ki-

ekler

şisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlâl edilmesinden doğan taleplere de uygulanır.

İmalâtçının sözleşme dışı sorumluluğu

MADDE 36 – (1) İmal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa, zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır. İktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, mamulün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir.

Haksız rekabet

MADDE 37 – (1) Haksız rekabetten doğan talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tâbidir.

(2) Haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlâl edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

Rekabetin engellenmesi

MADDE 38 – (1) Rekabetin engellenmesinden doğan talepler, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir.

(2) Türkiye’de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez.

Sebepsiz zenginleşme

MADDE 39 – (1) Sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler, zenginleşmeye sebep olan mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukukî ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. Diğer hâllerde sebepsiz zenginleşmeye, zenginleşmenin gerçekleştiği ülke hukuku uygulanır.

(2) Taraflar, sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra, uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler.

İKİNCİ KISIM

Milletlerarası Usul Hukuku

BİRİNCİ BÖLÜM

Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Milletlerarası yetki

MADDE 40 – (1) Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder.

Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar

MADDE 41 – (1) Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları,

yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye’de sâkin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.

Yabancıların kişi hâllerine ilişkin bazı davalar

MADDE 42 – (1) Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesâyet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye’de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir.

Miras davaları

MADDE 43 – (1) Mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye’de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür.

İş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları

MADDE 44 – (1) Bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. İşçinin, işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin

yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir.

Tüketici sözleşmesine ilişkin davalar

MADDE 45 – (1) 26 ncı maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketicinin seçimine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkilidir.

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılan tüketici sözleşmeleri hakkında tüketiciye karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, tüketicinin Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesidir.

Sigorta sözleşmesine ilişkin davalar

MADDE 46 – (1) Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ancak sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye’deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir.

Yetki anlaşması ve sınırları

MADDE 47 – (1) Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar,

aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşılabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür.

(2) 44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez.

Teminat

MADDE 48 – (1) Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır.

(2) Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar.

Yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanamayacağı hâller

MADDE 49 – (1) Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz.

(2) Bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir.

İKİNCİ BÖLÜM

Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması

Tenfiz kararı

MADDE 50 – (1) Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.

(2) Yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir.

Görev ve yetki

MADDE 51 – (1) Tenfiz kararları hakkında görevli mahkeme asliye mahkemesidir.

(2) Bu kararlar kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye’deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu yer mahkemesinden, Türkiye’de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinden istenebilir.

Tenfiz istemi

MADDE 52 – (1) Kararın tenfiz edilmesinde hukukî yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir. Tenfiz istemi dilekçe ile olur. Dilekçeye karşı tarafın sayısı kadar örnek

eklenir. Dilekçede aşağıdaki hususlar yer alır:

a) Tenfiz isteyenle, karşı tarafın ve varsa kanunî temsilci ve vekillerinin ad, soyad ve adresleri.

b) Tenfiz konusu hükmün hangi devlet mahkemesinden verilmiş olduğu ve mahkemenin adı ile ilâmın tarih ve numarası ve hükmün özeti.

c) Tenfiz, hükmün bir kısmı hakkında isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu.

Dilekçeye eklenecek belgeler

MADDE 53 – (1) Tenfiz dilekçesine aşağıdaki belgeler eklenir:

a) Yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilâmı veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi.

b) İlâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi.

Tenfiz şartları

MADDE 54 – (1) Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dâhilinde verir:

a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün

kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması.

b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.

Tebliğ ve itiraz

MADDE 55 – (1) Tenfiz istemine ilişkin dilekçe, duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. İhtilâfsız kaza kararlarının tanınması ve tenfizi de aynı hükme tâbidir. Hasımsız ihtilâfsız kaza kararlarında tebliğ hükmü uygulanmaz. İstem, basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır.

(2) Karşı taraf ancak bu bölüm hükümlerine göre tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine

ekler

getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilir.

Karar

MADDE 56 – (1) Mahkemece ilâmın kısmen veya tamamen tenfizine veya istemin reddine karar verilebilir. Bu karar yabancı mahkeme ilâmının altına yazılır ve hâkim tarafından mühürlenip imzalanır.

Yerine getirme ve temyiz yolu

MADDE 57 – (1) Tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunur.

(2) Tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyizi genel hükümlere tâbidir. Temyiz, yerine getirmeyi durdurur.

Tanıma

MADDE 58 – (1) Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımadaki 54 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi uygulanmaz.

(2) İhtilâfsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tâbidir.

(3) Yabancı mahkeme ilâmına dayanılarak Türkiye’de idarî bir işlemin yapılmasında da aynı usul uygulanır.

Kesin hüküm ve kesin delil etkisi

MADDE 59 – (1) Yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi

MADDE 60 – (1) Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir.

(2) Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye’deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır.

Dilekçe ve inceleme usulü

MADDE 61 – (1) Yabancı bir hakem kararının tenfizini isteyen taraf, dilekçesine aşağıda yazılı belgeleri, karşı tarafın sayısı kadar örnekleriyle birlikte ekler:

a) Tahkim sözleşmesi veya şartının, aslı yahut usulüne göre onanmış örneği.

b) Hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcılık kazan-

miş aslı veya usulüne göre onanmış örneği.

c) (a) ve (b) bentlerinde sayılan belgelerin tercüme edilmiş ve usulen onanmış örnekleri.

(2) Mahkemece hakem kararlarının tenfizinde 55 inci, 56 ncı ve 57 nci madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

Ret sebepleri

MADDE 62 – (1) Mahkeme,

a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise,

b) Hakem kararı genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı ise,

c) Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse,

ç) Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise,

d) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış ise,

e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,

f) Hakemlerin seçimi veya ha-

kemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise,

g) Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise bu kısım hakkında,

h) Hakem kararı tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise,

yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.

(2) Birinci fıkranın (ç), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yazılı hususların ispat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa aittir.

Yabancı hakem kararlarının tanınması

MADDE 63 – (1) Yabancı hakem kararlarının tanınması da tenfizine ilişkin hükümlere tâbidir.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Son Hükümler

Yürürlükten kaldırılan hükümler

MADDE 64 – (1) 20/5/1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun,

ekler

(2) 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 866 ncı maddesinin ikinci fıkrası,

(3) 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 88 inci maddesi, yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük

MADDE 65 – (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 66 – (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

11/12/2007

YÖNETMELİKLER

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ ADLİ YARDIM YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 – 30/3/2004 tarihli ve 25418 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliğinin 7 nci maddesinin beşinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 2 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

RG 20/10/2007

İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİNE DAİR USUL VE ESASLAR HAKKINDA YÖNETMELİK

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Tanımlar ve İlkeler

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; içerik sağlayıcıların, yer sağlayıcıların ve erişim sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik; 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında;

a) Abone: Herhangi bir sözleşme ile erişim sağlayıcılarından internet ortamına bağlanma hizmeti alan gerçek veya tüzel kişileri,

b) Başkan: Telekomünikasyon İletişim Başkanını,

c) Başkanlık: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını,

ç) Bilgi: Verilerin anlam kazanmış biçimini,

d) Dosya bütünlük değeri: Bir bilgisayar dosyasının içindeki bütün verilerin matematiksel bir işlemde geçirilmesi sonucu elde edilen ve dosyanın içerisindeki verilerde bir değişiklik yapıp yapılmadığını kontrol için kullanılan dosyanın özünü belirten değeri,

e) Erişim: Herhangi bir vasıta ile internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını,

f) Erişim sağlayıcı: İnternet toplu kullanım sağlayıcılarına ve abone olan kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan işletmeciler ile gerçek veya tüzel kişileri,

g) Erişim sağlayıcı trafik bilgisi: İnternet ortamında yapılan her türlü erişime ilişkin olarak abonenin adı, kimlik bilgileri, adı ve soyadı, adresi, telefon numarası, sisteme bağlantı tarih ve saat bilgisi, sistemden çıkış tarih ve saat bilgisi, ilgili bağlantı için verilen IP adresi ve bağlantı noktaları

gibi bilgileri,

ğ) Faaliyet belgesi: Erişim sağlayıcı veya yer sağlayıcı olarak faaliyette bulunabilmek için Kurum tarafından verilen Kanun kapsamındaki yetkilendirmeyi içeren belgeyi,

h) IP adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adresi,

ı) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

i) İnternet ortamı: Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı,

j) İzleme: İnternet ortamındaki verilere etki etmeksizin bilgi ve verilerin takip edilmesini,

k) Kanun: 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunu,

l) Kullanıcı: Aboneliği olup olmamasına bakılmaksızın internet ortamından yararlanan gerçek veya tüzel kişileri,

m) Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu,

n) Sabit IP adresi: Belirli bir ağa

ekler

bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, zamana, oturuma göre değişmeyen ve sistem yöneticisi tarafından belirlenip tanımlanan ve değiştirilebilen IP adresini,

o) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı: İnternet salonu ve benzeri umuma açık yerlerde belirli bir ücret karşılığı internet toplu kullanım sağlayıcılığı hizmeti veren veya bununla beraber bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zekâ geliştirici nitelikteki oyunların oynatılmasına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

ö) Vekil sunucu trafik bilgisi: İnternet ortamında erişim sağlayıcı tarafından kullanılan vekil sunucu hizmetine ilişkin talebi yapan kaynak IP adresi ve port numarası, erişim talep edilen hedef IP adresi ve port numarası, protokol tipi, URL adresi, bağlantı tarih ve saati ile bağlantı kesilme tarih ve saati bilgisi gibi bilgileri,

p) Veri: Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri,

r) Yayın: İnternet ortamında yapılan yayını,

s) Yer sağlayıcı: İnternet ortamında hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri,

ş) Yer sağlayıcı trafik bilgisi: İnternet ortamındaki her türlü yer sağlamaya ilişkin olarak; kaynak IP adresi,

hedef IP adresi, bağlantı tarih ve saat bilgisi, istenen sayfa adresi, işlem bilgisi (GET, POST komut detayları) ve sonuç bilgileri gibi bilgileri, ifade eder.

İlkeler

MADDE 4 – (1) Yayınlar;

a) İnsan onuruna, temel hak ve hürriyetlere saygılı olmalıdır.

b) Gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlakî gelişimini zedeleyecek türden içeriklere yer vermemelidir.

c) Ailenin huzur ve refahını sağlayan hususlara zarar verecek nitelikte olmamalıdır.

ç) Kişileri, uyuşturucu madde bağımlılığı, fuhuş, müstehcenlik ve kumar gibi kötü alışkanlıklara teşvik edici olmamalıdır.

(2) Herkesin kendisine yönelik haklarını ihlal eden internet yayınlarının içeriklerinden dolayı cevap ve düzeltme hakkı olmalıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

İçerik Sağlayıcıları, Yer Sağlayıcıları ile Erişim Sağlayıcılarının

Sorumluluk ve Yükümlülükleri

Bilgilendirme yükümlülüğü

MADDE 5 – (1) Ticari veya ekonomik amaçlı içerik sağlayıcıları, yer

sağlayıcıları ve erişim sağlayıcıları, aşağıda belirtilen tanıtıcı bilgilerini, kendilerine ait internet ortamında, kullanıcıların ana sayfadan doğrudan ulaşabileceği şekilde ve iletişim başlığı altında, doğru, eksiksiz ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür:

a) Gerçek kişi ise; adı ve soyadı, tüzel kişi ise; unvanı ve sorumlu kişiler, vergi kimlik numarası veya ticaret sicil numarası,

b) Yerleşim yeri, tüzel kişi ise merkezinin bulunduğu yer,

c) Elektronik iletişim adresi ve telefon numarası,

ç) Sunduğu hizmet, bir merciin iznine veya denetimine tabi bir faaliyet çerçevesinde yapılıyor ise, yetkili denetim merciine ilişkin bilgiler.

(2) Ticari veya ekonomik amaçlı içerik sağlayıcı, birinci fıkradaki bilgilerle birlikte, yer sağlayıcıya ilişkin tanıtıcı bilgileri, doğru, eksiksiz ve güncel olarak ana sayfasında bulundurmakla yükümlüdür.

İçerik sağlayıcının sorumluluğu

MADDE 6 – (1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

(2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise,

genel hükümlere göre sorumludur.

Yer sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 7 – (1) Yer sağlayıcı;

a) Yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre Başkanlık, adli makamlar veya hakları ihlal edilen kişiler tarafından haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla,

b) Sunucu barındırma hizmeti dâhil, yer sağlamakla ilgili hizmetlerinde (a) bendindeki hükümlere uymakla,

c) Yer sağlayıcı trafik bilgisini altı ay saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşturan verilerin dosya bütünlük değerlerini zaman damgası ile birlikte saklamak ve gizliliğini temin etmekle,

yükümlüdür.

(2) Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

Erişim sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 8 – (1) Erişim sağlayıcı;

a) Herhangi bir kullanıcısının

ekler

yayınladığı hukuka aykırı içerikten, Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre, Başkanlıkça haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak en-gelleme imkânı bulunduğu ölçüde erişimi engellemekle,

b) Sağladığı hizmetlere ilişkin olarak, Başkanlığın Kanunla ve ilgili diğer mevzuatla verilen görevlerini yerine getirebilmesi için; erişim sağlayıcı trafik bilgisini bir yıl saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşturan verilerin dosya bütünlük değerlerini zaman damgası ile birlikte muhafaza etmek ve gizliliğini temin etmekle, internet trafik izlemesinde Başkanlığa gerekli yardım ve desteği sağlamakla, faaliyet belgesinde yer alan Başkanlığın uygun gördüğü bilgileri talep edildiğinde bildirmekle ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılar için belirli bir IP bloğundan sabit IP adres planlaması yapmakla ve bu bloktan IP adresi vermekle,

c) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce, durumu Kuruma, içerik sağlayıcılarına ve müşterilerine bildirmekle, Kuruma bildirilen kapanma tarihinden geriye doğru bir yıllık süredeki trafik bilgilerine ilişkin bütün kayıtları metin dosyası olarak, log formatlarını açıklamalarıyla birlikte, abone kütük bilgilerini Başkanlığa cd, dvd gibi optik medya ortamında teslim etmekle,

ç) Faaliyete başlamasından itibaren her ay düzenli olarak, her erişim yöntemine ilişkin kullanacağı erişim numaralarını ve toptan hizmet verdiği

abonelere ilişkin bilgileri Başkanlığa göndermekle,

d) Başkanlık ile aralarındaki bağlantıdan erişimi engellenecek adreslere ilişkin gönderilecek bilgileri kendi sistemlerinde derhal uygulanabilmesi için, gerekli olan donanım ve yazılımı kurarak lazım olan düzenlemeleri yapmakla,

e) Kullanıcılarına vekil sunucu hizmeti sunuyor ise; vekil sunucu trafik bilgisini bir yıl saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşturan verilerin dosya bütünlük değerlerini zaman damgası ile birlikte muhafaza etmek ve gizliliğini temin etmekle,

yükümlüdür.

(2) Erişim sağlayıcı, verdiği hizmeti kullananlara ilişkin bilgilerin başkaları tarafından elde edilmesini ilgili mevzuatta belirlenen esas ve usullere uygun olarak engeller.

(3) Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadığını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.

İdari para cezaları

MADDE 9 – (1) Bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı veya erişim sağlayıcıya Başkanlık tarafından iki bin Yeni Türk Lirasından onbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) Bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yer alan yükümlülüklerden birini yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına, Başkanlık tarafından onbin Yeni Türk Lirasından ellibin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Cevap Hakkı

İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı

MADDE 10 – (1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcıya, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcıya, internet ortamından veya bizzat başvurarak, kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı, kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde erişim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere, hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi

üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik sağlayıcıya veya yer sağlayıcıya tebliğinden itibaren iki gün içinde, içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına, kullanıcıların ana sayfadan doğrudan ulaşabileceği şekilde ve tehzip başlığı altında başlanır.

Cezai yaptırım

MADDE 11 – (1) Sulh ceza hâkiminin kararı, 10 uncu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Erişimin Engellenmesi

Erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan suçlar

MADDE 12 – (1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

ekler

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

Koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi kararı

MADDE 13 – (1) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir,

Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

(2) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara, Başkanlıkça ve Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ilgililer tarafından itiraz edilebilir.

İdari tedbir olarak erişimin engellenmesi kararı

MADDE 14 – (1) İçeriği 12 nci maddede belirtilen suçları oluşturan yayınlarda, içerik sağlayıcının veya yer sağlayıcının yurt dışında bulunması halinde veya içerik sağlayıcı veya yer sağlayıcı yurt içinde bulunsa bile, içeriği Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan çocukların cinsel istismarı veya aynı Kanunun 226 ncı maddesinde yer alan müstehcenlik suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesine Başkanlıkça re'sen karar verilir. Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan çocukların cinsel istismarı veya aynı Kanunun 226 ncı maddesinde yer alan müstehcenlik suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak içerik veya yer sağlayıcının yurt içinde bulunması durumunda bu karar, yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur ve hâkim kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Başkanlık tarafından derhal kaldırılır ve erişim sağlayıcılara bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(2) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Başkanlık, suç duyurusuna esas teşkil edecek verilerin elde edilebilmesi için kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi ve belge talep edebilir.

Erişimin engellenmesi kararında belirtilmesi gerekli hususlar

MADDE 15 – (1) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararında;

- a) Kararı veren merciin adı,
 - b) Karar tarihi ile soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası,
 - c) Tedbirin hangi suç için istendiği, bu suça ilişkin yeterli şüphe sebeplerinin neler olduğu,
 - ç) “URL adresi: <http://www.abcd.com/abcdefgh.htm>” şeklinde örneklenen, suça ilişkin bilgilerin bulunduğu tam web adresi,
 - d) “www.abcd.com” şeklinde örneklenen, hakkında tedbir uygulanacak internet yayınlarının alan adı,
 - e) Hakkında tedbir uygulanacak internet yayınlarının bulunduğu yer sağlayıcıya ait IP adresi,
 - f) Alan adı veya IP adresi olarak erişim engelleme yöntemi,
- belirtilir.

Erişimin engellenmesi usulü

MADDE 16 – (1) Yönetmeliğin 13 üncü maddesi gereğince, hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı Başkanlığa gönderilir. Kararlar, doğrudan erişim sağlayıcılara gönderilemez. Başkanlık, kararlara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

(2) Kişiler veya kurumlar tarafından Başkanlığın kurduğu bilgi ihbar merkezine yapılan ihbarlar, teknik ve hukuki incelemeye alınır. Söz konusu içerikte bu suçlardan birisinin olduğu konusunda yeterli şüphe sebebi tespit edildiği takdirde, 14 üncü maddeye göre işlem yapılır. Suça ilişkin yeterli şüphe sebebi tespit edilemediği takdirde işlem yapılmaz.

(3) 13 üncü ve 14 üncü maddeler kapsamındaki erişimin engellenmesi kararlarına ilişkin bilgiler, Başkanlıkça ilgili erişim sağlayıcılara elektronik ortamda bildirilir ve kararların gereği erişim sağlayıcılar tarafından derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir. 13 üncü maddeye göre erişimi engellenen yayınlar, Başkanlık tarafından hazırlanan ve mevcut sayfa yerine kararı veren merciin adı ile karar tarih ve sayısını belirten uyarı sayfasına yönlendirilir.

(4) Erişim sağlayıcılar, Başkanlık ile aralarındaki bağlantıdan aktarılacak erişimin engellenmesi kararlarının, kendi sistemlerinde derhal

ekler

uygulanabilmesi için gerekli olan donanım ve yazılımı kurarak lazım olan düzenlemeleri yapar.

(5) Erişimin engellenmesi kararı kapsamında, erişimin engellenmesi kararına konu olan suçun olduğu konusunda yeterli şüphe sebebinin tespiti sürecinde, erişim engellenmeden önceki yayının durumu elektronik ortamda Başkanlıkça arşivlenir.

(6) Gerektiğinde Başkanlık, erişimin engellenmesi kararlarına konu olan içeriğin yayından kaldırılmasını, 7 nci maddenin birinci fıkrası uyarınca yer sağlayıcıdan isteyebilir.

Erişimin engellenmesinin hükümsüz kalması

MADDE 17 – (1) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

(2) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

(3) Başkanlıkça resen verilen erişimin engellenmesi kararı, hâkim tarafından onaylanmadığı takdirde hükümsüz sayılır. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

Erişimin engellenmesinin kaldırılması

MADDE 18 – (1) Konusu bu Yönetmeliğin 12 nci maddesinde sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır. Bu kararın bir örneği Başkanlığa gönderilir. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

(2) Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Bu kararın bir örneği Başkanlığa gönderilir. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

İdari ve cezai yaptırımlar

MADDE 19 – (1) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının Başkanlıkça bildirilmesinden itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından faaliyet belgesinin iptaline karar verilebilir.

(2) Soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme; soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini Başkanlıkça bildirilmesinden itibaren yirmidört saat içinde yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Kanun yolu

MADDE 20 – (1) Bu Yönetmelikte tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve

2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

Çalışma kurulları

MADDE 21 – (1) Başkanlık, Ulaştırma Bakanlığı, kolluk kuvvetleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile içerik, yer ve erişim sağlayıcılar ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasında koordinasyon oluşturarak internet ortamında yapılan ve Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye yönelik çalışmalar yapmak amacıyla çalışma kurulları oluşturabilir. Çalışma kurulları, Başkanın görevlendireceği personelin başkanlığında çalışmalarını yürütür. Kurulların çalışma usul ve esasları Başkanlıkça belirlenir. Çalışma kurullarının her türlü giderleri Kurum tarafından karşılanır.

(2) Başkanlık bu Yönetmelikle verilen görevlerini yerine getirirken danışman kullanma, hizmet satın alma, tanıtma, kiralama gibi faaliyetlerde bulunabilir.

İşbirliği ve koordinasyon çalışmaları

MADDE 22 – (1) Başkanlık, bilişim ve internet alanındaki gelişmeleri izlemek amacıyla, uluslararası kurum ve kuruluşlarla, gerek Türkiye’de gerekse yurt dışında, giderleri Kurum tarafından karşılanan işbirliği ve ortak çalışmalar yapar.

ekler

(2) Başkanlık, Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçların, internet ortamında işlenmesini konu alan her türlü temsili görüntü, yazı veya sesleri içeren ürünlerin tanıtımı, ülkeye sokulması, bulundurulması, kiraya verilmesi veya satışının önlenmesini teminen yetkili ve görevli kolluk kuvvetleri ile soruşturma mercilerine, teknik imkânları dahilinde gereken her türlü yardımda bulunur veya koordinasyonu sağlar. Bu doğrultuda Başkanlık, soruşturma mercileri ile yetkili ve görevli kolluk kuvvetleri tarafından intikal ettirilen talepleri inceler, değerlendirir ve Kanunda öngörülen suçların önlenmesini teminen gerekli tedbirlerin alınmasını sağlayabilir.

(3) Başkanlık, İnternet Kurulu ile gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlar; bu Kurulca izleme, filtreleme ve engelleme yapılacak içeriği

haiz yayınların tespiti ve benzeri konularda yapılacak öneriler ile ilgili gerekli her türlü tedbir veya kararları alır. Başkanlık görevlerinin yerine getirilmesi amacıyla, Başkan veya görevlendireceği daire başkanı ile ilgili daire başkanları İnternet Kurulu toplantılarına katılır. İnternet Kurulu, Başkanlığın Kanundaki görevlerine ilişkin hususlarda Başkanlığın görüşünü alarak karar verir.

Yürürlük

MADDE 23 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 24 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Başbakan yürütür.

RG 30/11/2007

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

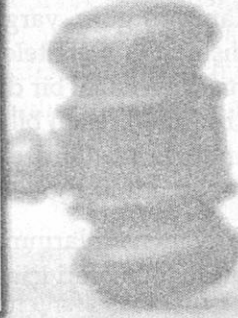
ISSN 1304-3888

- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

31.05.2005



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10



Roche
Sağlık Hukuku Günleri
Ağustos 2007

Roche tarafından, 31 Mart 2007 - Antalya, 14 Nisan 2007 - Gaziantep, 28 Nisan 2007 - İzmir, 12 Mayıs 2007 - Erzurum, 26 Mayıs 2007 Trabzon, 23 Haziran 2007 - İstanbul ve 30 Haziran 2007 - Ankara'da düzenlenen, "Sağlık Hukuk Günleri" isimli sempozyumlarda sunulan tebliğler ve bu sempozyumlarda sorulan sorular ve cevapları, iki ayrı cilt olarak bu kitaplarda yayınlanmıştır. Düzenlenen sempozyumlarda, Doç. Dr. Hakan Hakeri tarafından "Tıp Hukukuna Giriş"; Doç. Dr. Yener Ünver tarafından "Hekimin Cezai Sorumluluğu"; Doç. Dr. Zafer Zeytin tarafından "Hekimin Hukuki Sorumluluğu"; Yrd. Doç. Dr. Yahya

Deryal tarafından "Hasta Hakları"; Yrd. Doç. Dr. Özlem Yenerer tarafından "Aydınlatma ve Rıza"; Yrd. Doç. Dr. Ramazan Çağlayan da "Memur ve Kamu Görevlisi Kavramı ve Tıptan Kaynaklanan İdare Hukuku Sorunları" konulu tebliğler sunmuş. Sağlık hukuku alanında yapılmış olan bu gibi verimli sempozyumlar sayesinde, sağlık hukuku, daha dinamik hale gelecek ve gelişecektir.



Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Av. Tacar Çağlar
Türk Hukuk
Bibliyografyası - 2001
Türk Hukuk Kurumu Yay.
Ankara 2007

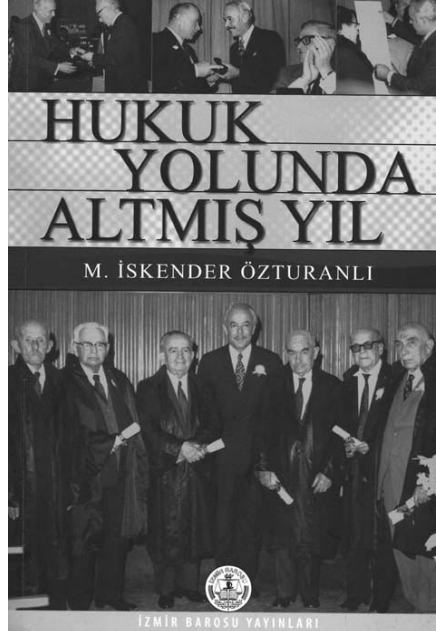
Bibliyografya, "günümüzde, yayınların belli bir sisteme göre sınıf-

landırılması şeklinde tanımlanmaktadır." Bibliyografya, okuyucuların belli bir konuda yayınlanmış eserlerin, kimliklerini buldukları, kaynakçalardır. Bibliyografyalar, belli bir konuda araştırma yapan araştırmacıların, o konudaki bütün kaynaklara kolayca ve kısa zamanda ulaşmalarını sağlamayı amaçlamaktadır. Hukuk araştırmacılarının, özel olarak hukuk bibliyografyasından yararlanmalarının önemi ortadadır. Türk Hukuk Kurumu yayını olan, Prof. Dr. Ejder Yılmaz ve Av. Tacar Çağlar tarafından hazırlanan, Türk hukuk Bibliyografyası, ülkemizde ki az sayıda hukuk bibliyografyası çalışmasından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Yazarların deyimi ile, "Hukukçu ve hukuk araştırmacısı da, hukuk alanında çıkan kaynakları bilmek ihtiyacındadır. Kaynak (kaynakça) tespiti, bilimsel çalışmalara ayrılan zamanın önemli bir bölümünü alabilmektedir. Eğer elde hukuk bibliyografyaları varsa, kaynak tesbitine ayrılan zaman oldukça kısalmaktadır."

**Av. M. İskender Özturanlı
Hukuk Yolunda Altmış Yıl
İzmir Barosu Yayınları
Ağustos 2007**

Özturanlı'nın altmış yılda yaptığı hukuk mücadelesinin kaleme alındığı bu eser, İzmir Barosu

Yayınları tarafından okuyuculara sunulmuştur. Avukat M. İskender Özturanlı, 1970-1974 yılları arasında İzmir Barosu Başkanlığı, 1978-82 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Başkanlığı, 1990 yılında İzmir Atatürkçü Düşünce Derneği Kuruculuğu ve Başkanlığı, Türk Dil Kurumu Üyeliği yapmıştır. Ayrıca, Özturanlı'nın, Sabah Postası, Yeni Asır, Demokrat İzmir, Ege Ekspres, Vatan, Yeni Ortam, Milliyet, Cumhuriyet gazetelerinde ve Varlık, Türk Dili, Çağdaş Türk Dili, Sanat Çevresi dergilerinde çeşitli konularda yazıları, denemeleri, eleştirileri yayınlanmıştır. Hukuk Yolunda Altmış Yıl isimli bu kitap, değerli yazarın konuşmalarının, bildiri ve başvurularının, büyük hukuk-



çular üzerine yazdığı yazılar ile hukuk yazılarının toplandığı bir eser olarak karşımıza çıkmaktadır. Eserin kanaatimizce en ilgi çeken kısmı, yazarın İzmir Barosu Başkanlığı döneminde, sıkıyönetim komutanlığı ile yapmış olduğu yazışmaların yer aldığı bölümdür. Bu bölümde yazar, sıkıyönetim zamanında, yargının savunma ayağının yani avukatların çalışma koşullarının açıkça sergilendiği, tarihi metinlere yer vermiştir. "Hukuk Yolunda Altmış Yıl" isimli bu değerli eser, yargılamada savunmanın ve hukuk mücadelesinin önemini avukatlara yeniden hatırlatmaktadır. Yazarın deyimi ile, "Tarih boyunca, kim özgürlüğünü yitirmişse, onu savunmadığı için yitirmiştir".

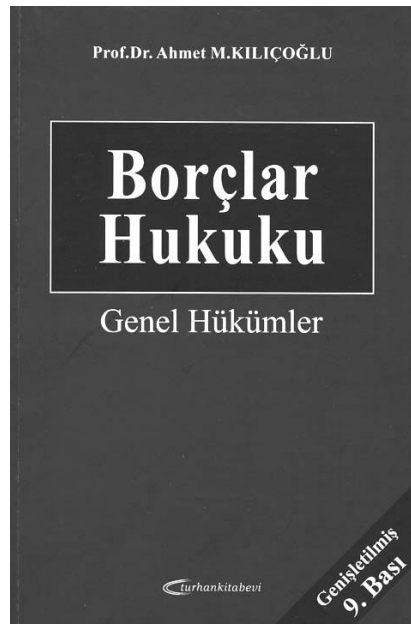
Prof.Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu
Borçlar Hukuku
Genel Hükümler
Turhan Kitabevi, Eylül 2007

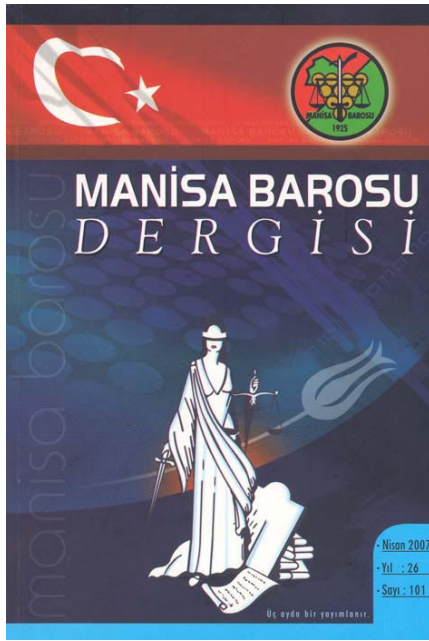
Turhan Kitapevi tarafından 9. Basısı yapılan kitap, Eylül 2007 tarihi itibariyle okuyuculara sunulmuştur. Bu kitap, hukuk eğitiminde, özel hukuk alanında asgari formasyon temin eden, borçlar hukuku genel hükümler dersi için hazırlanmış, ders notlarının 5 yıl kadar önce bir kitap haline getirilmesi ile oluşturulmuştur. Ayrıca uygulayıcılar için, özet Yargıtay kararlarını ihtiva eden kitap, özel

hukuk uygulaması içinde önemli bir eser olarak hukuk literatüründe yerini almaktadır.

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından çıkarılan dergi, 1981 yılından beridir yayınlamaktadır. Dergi, 6 ayda bir yayınlanmakta olup, hakemli bir dergi niteliğindedir. Dergide, milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukukla ilgili makalelere yer verilmektedir. Ayrıca, derginin bazı sayıları, önemli hukukçulara armağan olarak çıkarılmıştır.





Manisa Barosu Dergisi

1981 yılından beri 26 yıldır yayınlanmakta olan, "Manisa Barosu Dergisi", Kasım 2007 itibariyle 102. sayısına ulaşmıştır. Dergi üç ayda bir yayımlanmaktadır. Manisa Barosu Dergisi, hukuk ile ilgili bilimsel çalışmaları, güncel yüksek mahkeme kararları ve Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararlarını yayımlamaktadır. Ayrıca, dergide avukatlık mesleği ile ilgili güncel haberlere yer verilmektedir.

Adalet Dergisi

Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan Adalet Dergisi, 31.08.1991 tarihinden itibaren yayınına son verildikten, 7 yıl aradan sonra

1999 yılından itibaren yeniden yayın hayatına başlamıştır. Dergi, 4 ayda bir yayımlanmaktadır. Dergide, hukuk alanında yazılmış bilimsel makalelere yer verilmektedir.

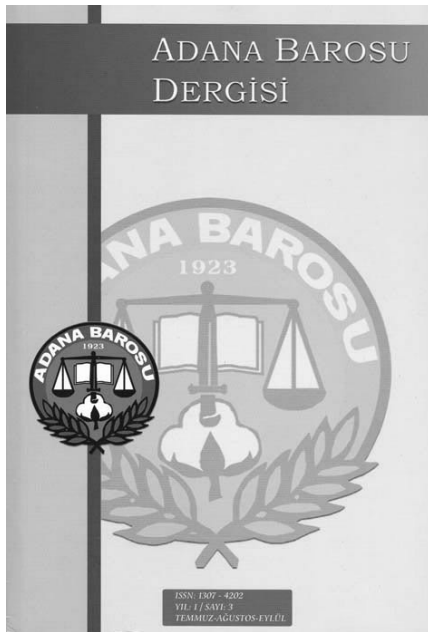
İstanbul Barosu Dergisi

İstanbul Barosu'na ait olan dergi 2 ayda bir yayımlanmaktadır. Dergide, güncel hukuk çalışmalarına, yüksek mahkeme kararlarına ve İstanbul Barosundan haberlere yer verilmektedir. Dergide, avukatlara mesleklerinde kullanacakları pratik ve yararlı bilgilere de yer verilmektedir.



Terazi Hukuk Dergisi

2005 yılında okurlarına merhaba diyen Terazi Dergisi, aylık yayımlanan bir hukuk dergisidir. Dergi, okuyucularına hukuk dünyasından haberler, hukuk alanında bilimsel çalışmalar sunmaktadır. Ayrıca, dergide güncel yargı kararları ve mevzuat sunulmakta, hukukçular için pratik hukuk bilgileri, kitap tanıtımı ve hukuk tarihinden önemli bazı hukukçuların hayat hikayelerine yer verilmektedir.



Adana Barosu Dergisi

Adana Barosu'na ait olan dergi, üç ayda bir yayımlanmaktadır. Dergide, Adana Barosu'ndan haberler, hukuk konusunda ya-

zılmış olan makaleler yanında, yargısal içtihatlarla da yer verilmektedir.



Bursa Barosu Dergisi

Bursa Barosu'na ait olan dergi, 3 ayda bir yayımlanmaktadır. Hukuk makaleleri ve araştırmalarına, yargısal içtihatlarla yer verilmektedir. Ancak, diğer baro dergilerinden farklı olarak dergide ayrıca edebi metinlere de yer verilmiştir. Bu hoş farklılık, dergide hemen göze çarpmaktadır. Ayrıca, dergide hukuk dünyasından haberlere de yer verilmiştir.

Erciyes Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Genç bir hukuk fakültesi olan Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olan dergi, 2006 yıl itibariyle çıkarılmaya başlanmış, hakemli ve akademik bir dergidir. Dergide, kamu hukuku ve özel hukuk hakkındaki makaleler yanında, tez özetlerine de yer verilmektedir.

Yargıtay Kararları Dergisi

Ocak 1975 yılında kurulan Yargıtay Kararları dergisi, 33 yıldır yayımlanmaktadır. Dergi, hukuk ve ceza bölümü olarak iki bölümden oluşmakta olup, Yargıtay'ın dairelerinin vermiş olduğu kararlar, dergide yayınlanmaktadır.

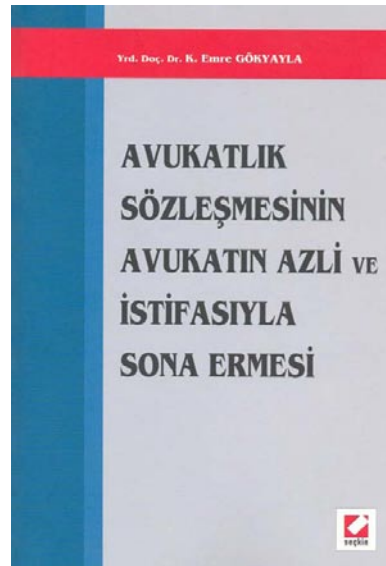
Kitap ve dergi tanıtımlarını

Hazırlayan:

Av. Sezercan BEKTAŞ

Yard. Doç. Dr. Emre Gökyayla Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi , Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

Avukatlık hukuku ile akademik düzeyde çok az sayıda çalışma ve yayının bulunduğu ülkemizde, bu alanda yapılan çalışmalar, özellikle avukatlar için değerlidir. Borçlar hukuku alanında ve özel olarak da vekalet sözleşmesi ile ilgili çalışmalar yapılmasına rağmen "Avukatlık Sözleşmesi" çerçevesinde bu tür çalışmaların bulunmadığı da dikkate alındığında, "Avukatlık Sözleşmesinin Avukat Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi" adlı kitabın avukatlar için ne kadar yararlı bir eser olduğu yadsınamaz. Ayrıca, eserin başta avukatlar ve hakimler olmak üzere tüm uygulamacılara yararlı olacağı bir yana konu ile ilgili akademik çalışma yapanlara da yarar sağlayacağı kanaatiyle tüm hukukçulara tavsiye ederiz.



Av. Özcan ÇİNE