

1303-6556

**Galatasaray Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi**

**2014/2**

**DOÇ. DR.  
MELİKE BATUR YAMANER'İN  
ANISINA ARMAĞAN**

Cilt II

**Hakemli Dergi**

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 80  
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 59

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

#### **YAYIN KURULU**

Doç. Dr. S. Anlam ALTAY (Başkan)

Yard. Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN

Araş. Gör. Dr. Özen ÜLGEN

Yard. Doç. Dr. Mehmet KARLI

Araş. Gör. Fatma Gül KARAGÖZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2015 yılının Nisan ayında yayımlanmıştır.

**ISSN** : 1303-6556

**Dizgi/Mizanpaj** : Beta Basım A.Ş.

**Baskı - Cilt** : Yazın Basın Yayın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti.  
(Sertifika No: 12028)

İkitelli Çevre Sanayi Sitesi 8. Blok No: 38-40-42-44

Başakşehir/İSTANBUL 0212 565 01 22 - 0212 565 02 55

**Kapak Tasarımı** : Gülgonca ÇARPIK

#### **Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.**

Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11 (Sertifika No. 16136)

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

#### **GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ**

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: dergigsu@gmail.com

## **DANIŞMA KURULU**

Prof. Dr. Cemal Bali AKAL (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU (Özyeğin Üniversitesi)

Prof. Dr. M.Turgut ÖZ (İstanbul Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Maltepe Üniversitesi)

## **HAKEM KURULU**

Prof. Dr. Cemal Bali AKAL

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN

Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU

Prof. Dr. Hasan KÖNİ

Prof. Dr. Tekin MEMİŞ

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Mehmet Tefvik ÖZCAN

Prof. Dr. Pervin SOMER

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU

DoÇ. Dr. Ali Ekrem AKARTÜRK

DoÇ. Dr. Anlam ALTAY

DoÇ. Dr. şule ÖZSOY BOYUNSUZ

DoÇ. Dr. Faruk Kerem GİRAY

DoÇ. Dr. Ali YEŐİLIRMAK

Yard. DoÇ. Dr. Demirhan Burak ÇELİK

Yard. DoÇ. Dr. Reyda ERGÜN

Yard. DoÇ. Dr. Hasan Atilla GÜNGÖR

Yard. DoÇ. Dr. Mehmet KARLI

Yard. DoÇ. Dr. Elif KÜZECİ

Yard. DoÇ. Dr. Zeynep Ceren PİRİM

Dr. Süheyla Balkar BOZKURT

Dr. Özen ÜLGEN



**Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER**





## **Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER**

### **Özgeçmişi**

28.09.1969 tarihinde İzmir’de doğmuştur. Galatasaray Lisesi’nde başladığı ortaöğrenimine, Ecole Française de Francfort (Almanya) devam etmiş ve Saint-Michel Fransız Lisesi’nde tamamlamıştır. 1992 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuştur. 1993 yılında Nottingham Üniversitesi’nde “The Israeli-Palestinian Conflict” başlıklı yüksek lisans tezini Dr. Nigel White danışmanlığında tamamlamıştır. 1994-1995 tarihleri arasında avukatlık stajını yapmıştır. 1994-2001 yılları arasında İletişim Fakültesi’nde araştırma görevlisi olarak çalışmıştır. 1999 tarihinde Robert Schumann Vakfı Doktora Araştırma Bursunu almıştır. 2001 yılında “Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu” başlıklı tezini de Prof. Dr. Süheyl Batum danışmanlığında tamamlamıştır. 2006-2007 tarihleri arasında Maison Fondation des Sciences de l’homme Araştırma Bursunu almıştır. 2001-2008 yılları arasında Genel Kamu Hukuku’nda Yardımcı doçent olarak çalışmıştır. 2009 yılında “Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması” başlıklı teziyle doçentlik ünvanını almıştır. 2009 yılından itibaren Genel Kamu Hukuku Bölüm Başkanı ve Dekan Yardımcısı olarak görev yapmıştır.

Uzmanlık alanı, uluslararası insan hakları hukuku ve insancıl hukuk olup verdiği dersler: “İnsan Hakları”, “İletişim Hukuku”, “Kamu Hukukuna Giriş”, “İletişim Hukuku”, “Siyasi Düşünceler Tarihi”, “Hukukun Temel Kavramları”, “Uluslar arası İnsancıl Hukuk”, “İfade Özgürlüğü”, “İletişim Hukuku”, “BM İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”dür.

## **BİLİMSEL ÇALIŞMALARI**

### **1. Kitaplar:**

-Kitle İletişim Özgürlüğü, (Prof. Dr. Özden Cankaya ile birlikte), Turhan Yayınevi, 2006; 2012.

-Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, Arıkan Basım Yayın, 2007.

### **2. Makaleleri**

- “National Security and the Freedom of Expression: An analysis of the Turkish cases brought before the European Court of Human Rights”, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, sayı: 3, 2001, s.135-147.
- “Principle of Distinction Between Civilians and Combatants in International Humanitarian Law and Its Application in the Recent Iraqi Conflict”, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı:1-2, 2002, s.27-39.
- “İnternet Aracılığıyla Yayınlanan İrkçi Söylemlerin Yasaklanması”, Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, sayı: 4, 2003, s.559-566.
- “Uluslararası Adalet Divanı ve Güvenlik Duvarı” Güncel Hukuk, Aralık 2003.
- “Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Tanıklıktan Çekinme Konusunda İki Önemli Kararı: Simic ve Brđjanin”, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, sayı: 5, 2004, s.241-252.
- “Karikatür Krizi ve AİHM Önünde Dine Hakaret Olgusu” (Yard. Doç. Dr. Emre Öktem ile birlikte) Güncel Hukuk, Mart 2005.
- “Amerikan Anayasasının 1. eki Gazetecilere Büyük Jüri Önünde Tanıklıktan Kaçınma Konusunda Bir Ayrıcalık Sağlamakta mıdır? Co-



- lumbia Bölge Temyiz Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Notlar”, Erden Kuntalp’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi, 2006, s.427-433.
- “İnsan Hakları Konseyi: Gerçek Bir Değişim mi?”, Güncel Hukuk, Haziran 2006.
  - “AİHM ve Ermeni Soykırımını İnkâr Suçu”, Güncel Hukuk, Kasım 2006.
  - “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, sayı: 5, 2007, s.389-402.
  - “Spinoza’dan Mill’e, Mill’den AİHM’ne İfade Özgürlüğü”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, s. 25-46. (Ar. Gör. Birden Güngören ile birlikte).
  - “Les limites de la Critique Admissible Envers le Président de la République: Observations sur l’Arrêt Pakdemirli c. Turquie, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005/1, 2007, s.273-281.
  - “İnsancıl Hukukun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Uygulanışında İçtihadi Gelişmeler”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, 2010/1, 2011 s.489-502.
  - “Imprescriptibilité des crimes de guerres: réflexions à partir d’un cas concernant la Turquie, L’homme dans la société internationale”, Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier, sous la coordination générale de Jean-François Akandji-Kombé, Bruylant, Bruxelles, 2013, s.1171-1184. (Doç. Dr. Emre Öktem ile birlikte).

### 3. Çeviriler

- Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I, Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, çevirmenler: Doç.Dr. Emre Öktem; Doç. Dr. Melike Batur Yamaner, Yard. Doç. Dr. Dolunay Özbek, Araş. Gör. Bleda R. Kurtarcan; Araş. Gör. Mehmet Cengiz Uzun; Av. Abdullah Kaya, Uluslar arası Kızılhaç Komitesi ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, Beta Basım, İstanbul, 2009.
- 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Protokolleri, Yayına Hazırlayanlar: Doç. Dr. Melike Batur Yamaner; Doç. Dr. Emre Öktem; Ar.Gör. Bleda Kurtarcan; Ar. Gör. Mehmet C. Uzun, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no:42, İstanbul, 2008.



# İÇİNDEKİLER

Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER Özgeçmişi ..... VII

## Cilt I

### ANI YAZILARI

**İlber ORTAYLI** ..... 7  
Melike

**Necmi YÜZBAŞIOĞLU** ..... 9  
İnsancıl Hukukun ve Cumhuriyetin Değerlerinin Yürekli Savunucusu Melike

**Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ** ..... 13  
İçtenlik Üzerine ya da Melike'ye Dair...

**Serap AMASYA** ..... 15  
Arkadaşım Melike'ye

**Emre ÖKTEM**..... 17  
16 Haziran 2011

**Birden GÜNGÖREN BULGAN** ..... 21  
Melike İçin

**Gülperi BAYRAK** ..... 23  
Sevgili Melike Hocam

**Ferda Nur GÜVENALP** ..... 25  
Hocamız Doç. Dr. Melike Batur Yamaner İçin

## KAMU HUKUKU

<b>Cemal Bâli AKAL</b> .....	31
La fin de l'utopie ou la liberté dans la nécessité	
<b>Rıdvan AKIN</b> .....	59
İttihat ve Terakki Hükümetleri'nin Divan-ı Harb-i Örfi'de Yargılanması ve Malta Sürgünleri (1918–1921)	
<b>Rukiye AKKAYA KİA</b> .....	121
Post Modern Zamanlarda Machiavelli Okumak	
<b>E. Eylem AKSOY RETORNAZ</b> .....	127
Mahpus Çocukların Hakları	
<b>Burcu ALKIŞ</b> .....	139
Anarşist Düşüncede Özgürlük	
<b>Pınar ÇAĞLI</b> .....	179
İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Yasallık Koşulu	
<b>Hülya DİNÇER</b> .....	227
Geçiş Dönemi Adaleti ve Toplumsal Cinsiyet: Kimin İçin Adalet, Kimin Hakikati?	
<b>Birden GÜNGÖREN BULGAN</b> .....	261
Faydacı ve Tarihi Hukuk Okulunun İnsan Hakları Eleştirileri	
<b>Nagehan GÜRBÜZ</b> .....	303
Rawls ve Nozick'in Adalet Teorileri Açısından İnsan Onurunun Değerlendirilmesi	
<b>Fatma Gül KARAGÖZ</b> .....	325
“Hester Prynne Gerçekten Yaşadı mı?”	
17. Yüzyıl <i>New England</i> Kolonileri'nde Cinsel Suçlar, Özgürlük ve Kadın	
<b>Bleda R. KURTDARCAN</b> .....	365
Küçük Kalibreli Askeri Mühimmatın Silahlı Çatışmalar Hukukuna Uygunluğu Meselesi	

<b>İrem LAÇIN</b> .....	391
Unutulma Hakkı	
<b>Nebile Pelin MANTI</b> .....	419
İspanyol İç Savaşı (1936-1939) Sırasında Muharıplik Statüsünün Tanınması Meselesi	
<b>Ceren MERMUTLUOĞLU</b> .....	443
Silahlı Çatışma Halinde İbadet Yerlerinin Korunması	
<b>Emre ÖKTEM</b> .....	461
Uluslararası Andlaşmanın İmza İle Onay Arasındaki Hukuki Rejimi	
<b>Ezgi ÖZLÜ</b> .....	505
Askerlik Hizmetine İlişkin Vicdani Ret Hakkı	
<b>Ceren Zeynep PİRİM</b> .....	537
Hans J. Morgenthau ve Uluslararası Hukuk	
<b>Aslı TOPUKÇU</b> .....	561
Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sanatsal İfade Özgürlüğü	
<b>Özen ÜLGEN</b> .....	591
Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu	
<b>Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN</b> .....	621
Toplumsal ve Hukuki Açından Kadına Karşı Şiddet	
<b>Şule YILDIZ</b> .....	639
İnsan Hakları Bağlamında Sigara Kullanımının Sınırları	
<b>Zülfiye YILMAZ</b> .....	665
Büyük Baraj Projelerinden Kalkınma Yatırımlarına Dünya Bankası Teftiş Paneli	
<b>Cihan YÜZBAŞIOĞLU</b> .....	687
Ceza Yargılamalarının Disiplin Yargılamaları Bakımından Etkisi	

**Necmi YÜZBAŞIOĞLU** ..... 717  
Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeni Yapılanması ve İşleyişi ile  
Bu Süreçte Anayasa Mahkemesinin Tutumu Üzerine Bir Değerlendirme

## Cilt II

### MALİ HUKUK

**Hakan ÜZELTÜRK** ..... 757  
Yeni Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler

### ÖZEL HUKUK

**Süheylâ BALKAR BOZKURT** ..... 795  
Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi,  
Uygulaması ve Değerlendirilmesi

**Nilüfer BATUR** ..... 863  
556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Kapsamında  
Tanınmış Markaların Korunması

**Nur BOLAYIR** ..... 895  
Bir Karar Işığında Asliye Ticaret Mahkemeleri ile Asliye Hukuk Mahkemeleri  
Arasındaki Görev İlişkisinin Zaman İtibariyle Uygulanması Sorunu

**H. Murat DEVELİOĞLU** ..... 909  
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Ön Ödemeli Satım Sözleşmesi" ile  
İlgili İsviçre Öğretisinde Yapılan Bazı Açıklamalar ve Bu Açıklamaların  
Türk Hukuku Açısından Kısaca Değerlendirilmesi

**Mehtap İpek İŞLETEN** ..... 927  
Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591,  
K.2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

<b>Erhan KANIŞLI</b> .....	955
Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararları	
<b>Başak KARAMAN</b> .....	1007
<i>Iustinianus</i> 'un ' <i>Institutiones</i> 'i' ve Hukuk Eğitimi Reformu	
İsviçre Federal Mahkemesi'nin Başkasının Arazisine Kendi Malzemesini Kullanarak İnşaat Yapan Kişiyeye Kanunî Bir İpotek Hakkı Tanınmasına İlişkin 06.12.2007 Tarihli (BGE 134 III 147) Kararı .....	1069
<i>Çeviren:</i> Fahri Erdem KAŞAK	
<b>Ozan Mert ÖNDEŞ</b> .....	1073
Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği Kavramı ve Bağımsızlık Kriterlerine Bakış	
<b>Valentin RÉTORNAZ</b> .....	1131
İlâm Zamaşımına Türk Borçlar Kanunu md. 153/6'nın Uygulanması	
<b>Fülürya YUSUFOĞLU</b> .....	1155
Jenerik İlaç ve Jenerik İlaç Ruhsat Başvurusunun Patente Tecavüz Çerçevesinde Değerlendirilmesi	





Cilt II



*Mali Hukuk*



# Yeni Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler

Hakan ÜZELTÜRK\*

*“Ölüm, başka bir yaşamın kaynağıdır”.*

**Michel de Montaigne**

## 1. Giriş

Gelir vergisi kapsamı itibarıyla çok fazla kişiyi ilgilendirdiğinden bugüne kadar tartışmalara en fazla konu olmuş vergilerden birisidir. Zira vergi gibi dinamik alanların sabit kurallara tabi olması düşünülemez. Vergi kanunları dinamik oldukları, gelişmelere uyum sağladıkları ölçüde başarı sağlayabilirler. Bu sebeple zaman zaman gündeme gelen reformlar ya da daha az iddialı olan revizyonlar veya küçük değişiklikler vergi kanunlarının varlığını sürekli kılmaktadır. Dünya üzerindeki ülkelerdeki farklı düzenlemeler hemen her konunun değiştirilip değiştirilemeyeceğini de gündeme getirmektedir.

Bütün vergilerde olduğu gibi gelir vergisi kanununda da verginin taraflarının bazı değişiklikler yapmak arzusu vardır. Gelir Vergisi Kanunu'nun uzun zamandır yürürlükte olması, mevcut haliyle çağdaş gelişmeleri izleyememesi ve uygulamada karşılaşılan çeşitli problemler sebebiyle bir gelir vergisi reformu fikri ağır basmaktadır. Bununla birlikte, yapılan çalışmaların reform olup olmadığı veya olup olmayacağı da ortaya çıkan düzenlemenin değerlendirilmesi sonucu belirlenecektir. Dolayısıyla yapılacak çalışmanın adından ziyade izlenen süreç ve bunun neticesinde içeriğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

\* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı.

## 2. Gelir Vergisi'nin Doğuşu

Gelir Vergisi Napolyon komutasındaki Fransız kuvvetlerine karşı mali destek amacıyla 1798 tarihinde önerilmiş ve 1799 tarihinde getirilmiştir. Savaş sebebiyle ağır bir mali sorun yaşayan Britanya, Başbakan ve Hazine Bakanı William Pitt tarafından getirilen bu vergi ile nefes almıştır. İlk getirildiğinde 60 sterlinin üzerindeki gelirlerden %10 olarak altı eşit taksitte alınıyordu. İlk zamanlarda vergi teriminin getirebileceği sıkıntılar sebebiyle gelir vergisi ifadesi özellikle kullanılmamıştır. Geçici olarak düşünülen gelir vergisi daha sonra kalıcı olarak vergi tarihinde yerini almıştır. ABD'de ise 1812'deki savaş sırasında gelir vergisi ilk defa gündeme girmiştir. 1861 senesinde ise 600 Doların üzerindeki gelirler için % 3 gelir vergisi getirilmiştir.

## 3. Geçmişte Bir Reform Çalışması

*“Tarih, farklı insanlara ve zamanlara rastlayan vakaların tekrarlanmasıdır.”*

**François-René de Chateaubriand**

Türkiye’de halen kullanmakta olduğumuz Gelir Vergisi’nin de hazırlandığı Reform Çalışmaları konusunda bu çalışmalarda Fritz Neumark ile birlikte en büyük paya sahip olan Ali Alaybek, 65 sene önce şunları söylemektedir:

“...Mükellef, vergi kanunları ve bunların tatbikatı karşısında bir takım reaksiyonlar gösterir. Adil bir vergi sistemi, mutedil vergi nisbetleri ve bilhassa vergi kanunlarının iyi tatbik edilmesi mükellefin bu reaksiyonları üzerinde müsbet bir surette tesir eder... Maliye memurunu şimdiye kadar vergi anlayışında ve vergi tatbikatında geriliğe ve delalete sevkemiş olan amillerin başında vergi mevzuatı gelir. Prensipleri belli olmayan, usul bakımından sert olduğu kadar sakat bulunan, ölçüsüz, adaletsiz ve vuzuhsuz vergi kanunları, bunları tatbik eden memurlarda salim bir vergi görüşünün teessüsüne imkân bırakmaz...”

Görüldüğü üzere burada temel hatalar ve kanunlarda olması gereken hususlar açık bir şekilde belirtilmektedir. Bu prensipler bunca yıl sonra hala üzerinde tartıştığımız hususlardandır.

1961 senesinde “Vergi Reform Komisyonu” kurularak göreve başlamıştır<sup>1</sup>. Yapılan çalışmaların amacı “...yeni vergilerin bozulan taraflarını düzelt-

<sup>1</sup> “Vergi Reform Komisyonu ve Ali Alaybek Üzerine Prof. Dr. Halil Nadaroğlu ile Söyleşi”, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı.243, Kasım-2001.

mek ve bilhassa girişilen reformu korumak, tamamlamak, ileri götürmek, değişen şartlara ve münasebetlere intibak ettirmek...” olarak belirtilmiştir. Bu dönemde yeni bir reform ihtiyacı ifade edilirken şu hususlar tespit edilmiştir<sup>2</sup>:

1. Gelir Vergisi Reformunu gerçekleştirmek hiç de kolay olmamıştır. Çeşitli değişiklikler ve zamlar sebebiyle içinden çıkılmaz bir hal almış bulunan randıman vergisi niteliğindeki Kazanç Vergisi'nin yerine çağdaş ve ileri bir vergi olan şahsileştirilmiş artan oranlı üniter gelir vergisinin konulmasına şiddetle karşı çıkan tutucu bazı çevreler, bu verginin nazi ve faşist vergisi olduğunu dahi iddia etmişlerdir.
2. Bu süreçte yer alan en önemli olumsuzluklardan birisi, tarım kesiminin gelir vergisi kapsamı dışında bırakılmasıdır. Tarım kesiminin Gelir Vergisi dışında bırakılması ne yazık ki basit bir başlangıç kusuru değildi. Kanımızca, politik sebepler, özellikle 1950 seçimlerindeki oy endişesi, çerçevesinde teknik mazeretler ileri sürülmek ve asıl niyet gizlenmek suretiyle gerçekleştirilmiş bir tasarruf idi. Bunun teknik gerekçesi, tarım kesimindeki yükümlülerin gelir vergisi uygulamasına intibak edecek gelişmişlik düzeyinde bulunmaması olarak açıklanıyordu.
3. 1960'larda ısrarla Türk Vergi Sistemi'nin yine de yeni bir reforma muhtaç bulunduğundan söz ediliyordu. Bunun en büyük nedeni, vergi gelirlerinde meydana gelen artışın yeterli olmadığı, vergi yükünün adil bir şekilde dağıtılamadığı eleştirileriydi. Vergi yükünün bütün ağırlığının vergi kaçırma imkânı bulunmayan ücretliler ile vergisini dürüst olarak ödeyen az sayıdaki yükümlünün sırtına yüklendiği yönünde oldukça yoğun eleştiriler geliyordu.
4. Vergi Reform Komisyonu, Türk vergiciliğinde çok önemli bir aşamadır, bir dönüm noktasıdır. Hatta öyle bir durum oluşmuştu ki, Meclisteki Vergi Komisyonu, Vergi Reform Komisyonu'nun görüşü alınmadıkça Meclis'te görüşme yapmıyordu. Bu nedenle zaman zaman Maliye Bakanı dahi Komisyon'a gelerek yapmak istediği düzenlemeler konusunda Komisyon'dan olumlu görüş almak istiyordu.
5. Vergi Reform Komisyonu'nun temel yaklaşımı: 1. Vergiden optimal hasılayı sağlamak, 2. Vergi sistemini sosyal ve ekonomik fonksiyonlarını yerine getirecek şekilde düzenlemek, 3. Vergi kanunlarını kolay,

---

2 İdem.

anlaşılır, açık ve basit hale getirmek, 4. Vergi hukukunu demokratik prensiplere göre düzenlemek yönünde olmuştur. Vergi Reform Komisyonu önerilerinde daima mükelleflerin tasarruflarını ve yatırımlarını vergi yoluyla teşvik etmeyi önemle göz önünde bulundurmıştır. Bu nedenle Komisyon kısa vadede vergi hâsılatında azalmaya sebep olabilecek bazı vergi indirim tedbirlerini önermekten de çekinmemiştir. Bunların en önemlileri, yatırım indirimi, hızlandırılmış amortismanın bir türü olan degresif amortisman, ihracatta vergi iadesi, tarıma konulmuş gelir vergisi kapsamının daraltılması gibi hususlardır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere tarih gerçekten bir tekrardan ibarettir. Bu gerçekleri ve tespitleri çok iyi okuyup değerlendirerek yeni bir çalışmaya başlamak gerekmektedir. Tabii daha kötüsü bundan sonra yapılacak vergi reformu çalışmalarında da benzer ifadelerin yer alacağı, benzer eleştirilerin yapılacağı bilinmesidir. Buna engel olabilecek tek davranış önceki eleştirilerin üstesinden gelmektir. Bunun için ise geçmiş ve gelecek arasında çok iyi bir tahlil yapmaktır.

J.J. Rousseau'nun güzel bir ifadeyle belirttiği üzere "*Tarih, okuyana kendi gözünün görme derecesine göre yol gösteren bir kılavuzdur*".

#### 4. Avrupa Birliği ve Vergi Reformları

Bu konuda öncelikli olarak Avrupa Birliği'nde bazı çalışmalar yapılmakta olduğunu, üye ülkelerin veri reformu konusunda ciddi adımlar atmakta olduklarını görmekteyiz. Avrupa Birliği gibi, genişlemeler sonrasında, çok sayıda ekonomik, sosyal, kültürel ve politik farklılıklar yaşayan bir kurumun sonuca ulaşmada karşılaştığı zorlukları anlamak zor değildir. Burada sonuçtan çok daha önemli olan kavram ciddiyettir. Bu ciddiyet farklı ülkelerde farklı şekillerde ortaya çıkmasına rağmen, çok kapsamlı ve uzun soluklu çalışmaların yapıldığını görmekteyiz. Mesela Birleşik Krallık'ta vergi reformu çalışmaları uzun yıllardır devam etmektedir. Bu çalışmalar neredeyse sürekli hale getirilmiş, bu sayede çağdaş gelişmeler yakalanabilmiştir.

Diğer ülkelerde yaşanan bazı örnekler şu şekilde verilebilir<sup>3</sup>:

- Avrupa Birliği'nin yeni ekonomileri nin daha düşük oranları ve karmaşık olmayan sistemleri sebebiyle eski üyeler yeni reformlar yapma ih-

3 "Europe Gets Up For Tax Reform", *International Tax Review*, Dec. 2006-Jan. 2007, p.1 (Cover Story).



tiyacını hissetmekte olduklarından İspanya, Almanya ve Hollanda bu konuda çalışmalar yapmaktadırlar. Özellikle Almanya, rekabet edebilmek için çok ciddi çalışmalar yapmaktadır. Bu çalışmalar özellikle kurumlar vergisi alanında yoğunlaşmakla birlikte gelir üzerinden alınan vergiler temel hedefdir. Özellikle 28.000 sayfalık vergi kanunlarının basitleştirilmesi çalışmaları önemlidir.

- Hollanda 1980'ler ve 1990'lardaki kuvvetli zamanına geri dönmek ve rekabet sebebiyle İrlanda ve Lüksemburg gibi gerisinde kaldığı ülkelerin önüne geçmek amacıyla hareket etmektedir.
- Merkezi Avrupa ve Doğu Avrupa ülkeleri de daha rekabetçi bir ortam için sürekli yeni kararlar almakta ve vergi sistemlerinde değişiklikler yapmaktadırlar.
- İspanya'da sistemin basitleştirilmesi çalışmaları reform olarak yapılırken rekabet konusu üzerinde durulması gerektiği de sürekli söylenmektedir. Reform çalışmalarının oranlardan ibaret olmadığı çok daha geniş çalışmaların yapılması gerektiği de vurgulanmaktadır.
- İtalya ise daha küçük fakat uzun süreli çalışmalar yapılmasını benimsemiş durumdadır. Sistemin basitleştirilmesi de ağır bürokrasi sebebiyle gündemde bulunan bir başka husustur.

Burada belirtilmesi gereken bir başka nokta Avrupa Birliği ülkelerinin sadece kendi istekleri ve memleket gerekleri sebebiyle değil, AB düzenlemeleri ve Adalet Divanı kararları çerçevesinde de birçok kanun değişiklikleri yaptıklarıdır. Bunların bir kısmı son derece önemli ve kapsamlı olabilmekte, ülkedeki temel vergi prensipleri değiştirilebilmektedir. Bunun yanında üye ülkelerin ikili anlaşmalar yoluyla bazı değişiklikler de yapması mümkündür. Her ne kadar son dönemlerdeki ekonomik değişiklikler ve özellikle 2008 krizi sonrasında oluşan farklı politikalar çalışmaları ve ülke ekonomilerini olumsuz etkilemekte ise de vergi çalışmalarının Avrupa Birliği bünyesinde yavaş fakat kararlı bir şekilde devam ettiği görülmektedir.

## **5. Bir Vergi Ülkesinin Zaman Penceresinden Vergi Reformuna Bakış**

Burada daha sonra değinilecek bir Final Raporu da olmasına rağmen temel hedef ve çalışmanın amacı aşağıda yer alan açıklamada yapılmıştır. Bu sebeple önce bu açıklama hakkında bilgi verilecektir.

## A- Başkan'ın Federal Vergi Reformu Tavsiye Grubu'nun 13.4.2005 Açıklaması

Amerika daha iyi bir vergi sistemi istiyor başlıklı açıklamada<sup>4</sup> Amerika'da vergi konusunda kayıtların tutulması, uzun vergi açıklamaları, karmaşık mevzuat ve hesaplama yöntemleri temel problemlerden bazıları olarak belirtilmektedir. Bu karmaşık vergi sisteminin çalışma, tasarruf ve yatırımları da sekteye uğrattığı, iş dünyasında rekabet ortamını da engellediği belirtilmektedir. Vergi mevzuatının bir muamma olduğu ve bu durumun vergi mükelleflerinin durumlarını da etkilediği ve adaletsizliklere sebep olduğu belirtilmektedir.

Rapor'da, 1986 senesindeki son büyük reform sonrasında vergi kanunlarında 14.000'den fazla değişiklik yapıldığı, birçok ek yükümlülük ve belirli vergi ayrıcalıkları getirildiği bunlardan bazılarının birkaç yıl içinde kaldırıldığı belirtilmektedir. Bu değişikliklerin vergi sisteminin dengesini, istikrarını ve şeffaflığını olumsuz olarak etkilediği ve mevcut sistemi daha karmaşık, gayri adil ve ekonomik olarak savurgan hale getirdiği ifade edildi. Vergi sisteminin reforma ihtiyaç duyduğu belirtilen Rapor'da bizim yazımızla da bağlantılı şu husus da zikredilmektedir: "Tarih bize reform yapılması konusunda mutabakatın sağlanmasının daha kolay olmasına rağmen bütün çıkar gruplarını tatmin edecek bir çözüm üretilmesinin çok daha zor olduğunu öğretti".

Reform çalışmalarında iki aşama öngörülmektedir. Önce mevcut sistemin ne kadar karmaşık ve gayri adil olduğunun, ekonomik büyümeye etkilerinin anlaşılması amacıyla yapılacak bir karşılaştırmalı analiz yapılması gerekmektedir. Bu aşama neredeyse tamamlanmıştır. İkinci aşamada, mevcut sistem konusundaki bilgilerin bir araya getirilmesi ve belirli vergi reform önerilerinin hazırlanmasıdır.

Burada ilginç olan husus vergi reformu konusunda öncelikli olarak Amerikan halkına ne düşündüğünün sorulmasıdır. Burada 300 milyonluk nüfus sorun edilmemiş, bir web sitesi hazırlanarak yapılan çalışmalar konusunda güncel ve sürekli bilgiler verilerek fikirler alınmıştır. Çalışmalarla ilgili binlerce yorum gelmiştir. Çalışmalar vergi sistemindeki karmaşanın Amerikan ekonomisine maliyeti yıllık yaklaşık 140 milyar dolardır. Bu da yapılan çalışmaların önemini göstermektedir. Bu açıklamaların sonrasında Çalışma Grubu Kasım-2005 tarihinde Final Raporu'nu hazırlamıştır.

4 The President's Advisory Panel on Federal Tax Reform, *America Needs a Better Tax System*, April 13, 2005.

## **B- Başkan'ın Federal Vergi Reformu Tavsiye Grubu'nun Kasım-2005 tarihli Final Raporu**

Bu Rapor çalışmalar konusunda değerlendirmeler ve önerileri içermektedir<sup>5</sup>. Yaklaşık 300 sayfalık Rapor'un önemli bir noktası başta yer alan teşekkür kısmıdır. Burada Hazine ve Gelir İdaresi'ne uzman sağlama, analiz yapma, toplantı ve basım katkılarından dolayı teşekkür edilmektedir. Devletin kurumları vergi reformuna tam destek vermektedirler. Bu başarıyı artırmaktadır. Rapor'da kapsamı bu toplantının çok ötesinde olan bazı değerlendirme ve öneriler vardır. Bunların yapılacak reform çalışmalarında mutlaka değerlendirilmesi gerekmektedir.

### **6. Türkiye'de Vergi Reformu İhtiyacı**

Ülkemizde vergi reformuna ihtiyaç var mıdır? Bu sorunun cevabı hiç kuşkusuz evettir. Neden mi? Vergi sistemimizde yer alan problemlere bakıldığında bu durum açık olarak görülmektedir. Bu durumun görülerek bir vergi reformuna ihtiyaç olduğunun belirlenmesi işin kolay kısmıdır. Asıl yapılması gereken bu çalışmalarda düzeltilmesi gereken hususlardır. Bazı örnekler şu şekilde verilebilir:

- 1- Vergilerle ilgili çalışmalara hukuk açısından yaklaşmak sistemin zaafiyetlerinin azalması neticesini getirecektir. Bu sebeple vergilendirme çalışmalarından ziyade vergi hukuku çalışmaları ön planda olmalıdır. Özellikle uygulamada yer alan vergi davalarının çokluğu ve bu davaların büyük bir kısmının üst mahkemeler tarafından bozulması gerçeği vergi hukuku boyutunun önemini ortaya koymaktadır. Vergi mevzuatımızdaki hukuk eksiklikleri vergiye gösterilen tepkilerin de temel kaynağıdır.
- 2- Bir vergi sisteminin en önemli unsurlarından bir tanesi de denetim kısmıdır. Hukuka uygun düzenlemelerin tamamlayıcı unsuru olan denetim, hem mükellefleri korumak hem de hazinenin gelirlerindeki azalmayı önlemek amacıyla hizmet etmektedir. Geçerli vergi sisteminin işlermesini sağlamak için yapılacak denetimlerin sağlıklı olması gerekir. Türkiye gibi halkı vergiye fazla sıcak bakmayan ülkelerde denetim kısmı daha fazla önem kazanmaktadır. Denetim mekanizması kullanılan malzeme ve yöntemler açısından zayıf kalmaktadır. Özel-

<sup>5</sup> Report of the President's Advisory Panel on Federal Tax Reform, *Simple, Fair and Pro-Growth: Proposals to Fix American's Tax System*, November–2005.

likle uzmanlaşmış kişilerin sayısındaki ve ekonomik şartlarındaki yetersizlikler sebebiyle denetim sorunları yaşanmaktadır.

- 3- Bir başka önemli husus denetimden sonra yapılacak işlemlerle ilgilidir. Modern devletlerde bu konuda mükellefle birlikte hareket ederek sorunları çözme fikri ön plandadır. Bu nedenle yargıya daha az dosya intikal etmekte, uyuşmazlıklar idari safhada çözümlenmektedir. Burada mükellefin vergiden korkmasını ve kaçmasını da engellemek amacı ağır basmaktadır. Türkiye’de ise yargı yolu çok sık kullanılmakta, bu nedenle hem zaman hem işgücü, hem de gelir kaybı olmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlıkların mümkün olduğu ölçüde yargıya az intikal etmesi sağlanmalıdır.
- 4- Vergi cezalarımız yüksek olmasına rağmen beklenen etkinin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Sisteminin bir bütün olarak düşünülmemesi ve uygulamadaki problemlere acil hukuki müdahaleler yapılamaması sebebiyle vergi suçlarıyla mücadele başarısız olmaktadır. Vergi cezaları gibi çok hassas bir konuda halâ çok rahatlıkla hukuka aykırı düzenlemeler yapılabilmektedir. Mükelleflere hukuken haklı oldukları konularda yargı yolu bir çözüm olarak sunulmamalıdır. Bu hem yargının yükünü çoğaltmakta hem de mükellef hakları odaklı çalıştığı iddiasında olan Gelir İdaresi’nin üzerine düşenleri yapmayarak gerçekte farklı amaçlarla hareket ettiğini göstermekte ve güven kaybetmektedir<sup>6</sup>.
- 5- OECD ülkeleri arasında olduğu gibi Avrupa Birliği’ne üye ülkeler arasında da en büyük problemlerden bir tanesi zararlı vergi uygulamalarıdır. Avrupa Birliği çerçevesinde Code of Conduct (Temel Kurallar) olarak belirlenen düzenlemeler çerçevesinde zararlı vergi uygulamaları ile mücadele edilmektedir. Türkiye’de bu konuda çalışmalar yapılmalıdır. Zor olan husus zararlı vergi uygulamalarının saptanmasıdır. Bu tür uygulamaların Türkiye için neler olduğunun saptanarak önlem alınması gerekmektedir. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında da bu hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.
- 6- Rekabetçi bir zihniyet ile hareket etmek ve vergi reformu çalışmalarını yapmak Türkiye’nin dış dünyada önünü açacaktır. Bu kapsamda çeşit-

6 Hakan Üzeltürk, “Vergi Ziyai Cezasının İptali: Birkaç Not”, *Legal Malî Hukuk Dergisi*, Sayı-12 (Aralık-2005), s.3287; Hakan Üzeltürk, “Vergi Ziyai Cezası Kapsamında Türkiye’de Vergi Hukuku’nun Hali Pür Melâli”, *Yaklaşım*, Sayı 166 (Ekim-2006), s.247-252 ve Sayı 167 (Kasım-2006), s.247-255.

li vergi kolaylıkları sağlama çalışmaları da sürmelidir. Fakat bu düzenlemelerde ayrımcılık yapılmamalı, hukuka ve adalete uygun kriterler getirilmelidir.

- 7- Vergi tabanının genişletilmesi ve vergi oranlarının düşürülmesi sözde kalmamalı artık hayata geçirilmelidir. Fakat bunun için belirli politikalar ve planlamaların yapılması şarttır. Özellikle kayıtdışı ekonomi ile mücadele ve denetim bu çabaların sonuçlarının alınmasındaki temel taşlardır. Vergi oranlarının düşürülmesinin vergi kaybına yol açacağı düşüncesi de bu iki kavramdaki başarıya göre şekilleneceğinden konu daha da önem kazanmaktadır.
- 8- Yatırımların teşviki konusunda diğer ülkelerin sağladıkları avantajların sağlanması yanında hukuk sisteminde de istikrar sağlanmalıdır. Unutulmamalıdır ki yabancı sermaye en fazla kendisi ile ilgili hukuki konulardaki düzenlemelerde süreklilik aramaktadır. Sık sık yapılan değişiklikler güven sorunu oluşturmaktadır.
- 9- Reform çalışmalarında yapılması gereken temel bazı hususlar şu şekilde belirlenebilir:
  - Herkes için beyanname verme zorunluluğunun getirilmelidir. Bu konuda ülkemiz şartlarından kaynaklanan sıkıntılarla mücadele edilmelidir.
  - Gelirin kavranması, denetimi ve tahsili konusunda vergilerin adaletsizliğe yol açtığı düşüncesini silecek düzenlemeler yapılmalıdır.
  - Vergi yükü ve tabanında verginin verimli olmasını sağlayacak düzenlemeler yapılmalıdır. Bunun için sonuçların yol açacağı farklı durumlar analiz edilmelidir.
  - Sistemi bozan istisna ve muafiyet gibi uygulamalar gözden geçirilerek ortadan kaldırılmalıdır.
  - Sistemdeki önemli eksikliklerden otokontrol mekanizmaları oluşturularak, vergi adaleti sağlanmalıdır. Bu mekanizmaların geçmişte yaşanan sıkıntılar sebebiyle çok iyi düşünülmesi gerekmektedir.
  - Gelir vergisi ve diğer vergi kanunları arasındaki uyum mutlaka sağlanmış olmalıdır. Keza diğer ilgili mevzuat bağlantıları da sağlanmış olmalıdır.
  - İdarenin kendi kararları arasında da birlik sağlanmalıdır. Örneğin muktezalar bakımından bu çok ciddi bir problemdir.

- Reform çalışmalarını başarılı kılacak bir husus da mevcut yargı kararlarının dikkate alınmasıdır. Böylece hem reform çalışmalarının başarı şansı yükseltilmiş olacak, hem de yargının ve İdare'nin yükü azaltılacaktır. Daha az problemin çıkması mükellefin vergi psikolojisi bakımından da önemlidir.

Bu çerçevede, reform çalışmalarında geniş katılım, planlı ve iyi kadrolarla yapılacak bir çalışma yanında toplumsal mutabakat mutlaka sağlanmalıdır. Yapılacak çalışmaların sekteye uğramaması, farklı birimlerde değişikliklere gidilmemesi ve özellikle Meclis görüşmelerinde verilecek önergelerle değiştirilmemesi insanın korunması bakımından gereklidir. Ayrıca bu çalışmalar sırasında çağdaş ülkelerdeki gelişmelerin sürekli izlenmesi yanında ülke koşullarının da dikkate alınması gerekmektedir. Ülke koşulları sorunları ileriye ertelemek şeklinde değil, problemlerin nasıl çabuk çözümleneceği noktasında olmalıdır. Ayrıca yapılacak düzenlemelerin ekonomik alandaki sonuçlarının çok iyi analiz edilmesi gerekir. Bunun için devletin uzman kuruluşları arasında işbirliği gerekmektedir.

Bütün bu nedenler ve ihtiyaçlarla zamanı iyi kullanmak ve akılcı kararlar alarak sağlam bir vergi sistemini kurmak gerekmektedir. Gelecekteki çalışmalar ve başarılar da bu gün oluşturulacak makul ve etkin bir vergi sistemiyle gerçekleştirilebilecektir. Bunun için öncelikli olarak hukuka uygun çalışmaların yapılması sistemin ileride görebileceği zararları engelleyecektir. Zira, sistemdeki hatalar bir yargı kararı ile ortaya çıkarıldığında geriye dönüş hem zor hem de maliyetli olmaktadır. Vergiler konusunda ise alınması gereken çok fazla yol vardır.

Bugün geçerli vergi sistemimiz, vergilere bakış açımız ve yapılan çalışmalara bakıldığında Türkiye'nin alması gereken mesafe söylenenlerin aksine çok zorlu ve uzundur. Uyarıların dikkate alınması yanında hayata geçirilmesi ve ısrarlı olarak uygulanması gerekmektedir.

Bütün bu özelliklere rağmen 2014 senesinde 2003 senesinden beri Türkiye'nin gündeminde olan Gelir Vergisi Tasarısı bakımından yukarıdaki açıklamaların yine hayata geçirilemediği gözlenmektedir. Hem usul hem de esas bakımından hayati önemi haiz olan prensiplerin izlenmemesi sebebiyle bugün bir gelir vergisi reformu gerçekleşmemiştir.

Mevcut tasarı ise ancak bir revizyon olarak değerlendirilebilecektir. Özellikle tasarı sürecinde metnin kamuoyundan gizlenmesi ve son ana kadar hükümet bünyesinde dahi bilinmemesi açıklamalarımızla zıt bir durum ortaya

çıkarmıştır. Böylece daha başta iyi bir çalışma yapılması ortamı oluşmamıştır. Ayrıca aşağıda açıklanacağı üzere içerik bakımından da Tasarı ciddi problemlerle barındırmaktadır.

## **7. Zamanın Tanıklığı: Bazı Toplantılarda Gelir Vergisi Çalışmaları**

2003 senesinde Vergi Konseyi bünyesinde başlanılan çalışmalarda hazırlanan metinler yıllar içinde şekilden şekile girmiş, çalışan kişiler ve metinler sürekli değişmiştir. Herakleitos'un "*Değişmeyen tek şeyin değişimdir*" sözünde olduğu gibi bu kadar fazla değişim çalışmalarda da sorun yaratmıştır. Hatta elimize ulaşan bir metnin 31 Kasım tarihli olması bu değişimler bakımından güzel bir espri konusu olmuştur.

Bu bölümde yakın dönem olarak 2003 senesinde başlanılan çalışmalarda belirli zaman aralıklarında ileri sürdüğümüz düşünceler ifade edilecektir.

### **A. Vergi Konseyi, Türk Vergi Sistemi'nin Vizyonu, Abant-2003**

31 Ocak-2 Şubat 2003 tarihleri arasında yapılan çalışmalarda alınan bazı temel kararlardan bir tanesi de Türk vergi mevzuatının, vergi sisteminin temel amacı doğrultusunda bir yıl içinde yapılandırılması gerektiği olmuştur. Bu çerçevede Gelir Vergisi Kanunu'nun yeniden yazımı ve yapılandırılması çalışmaları Vergi Konseyi'nin çok sayıda alt çalışma gruplarında yoğun bir programla başlatılmıştır.

### **B. Hesap Uzmanları Kurulu, 62. Yıl, 2007 - Ankara**

Hesap Uzmanları Derneği'nin kuruluşunun 62. Yılı münasebetiyle 2007 senesinde düzenlenen toplantı Gelir Vergisi konusundaydı. Bu konuda yukarıda temel noktaları belirtilen görüşlerimizi belirtmiştik. Bu toplantıda dönemin Hesap Uzmanları Kurulu Başkanı tarafından yapılan konuşmada bazı temel noktalar şu şekilde belirlenmiştir<sup>7</sup>:

- Günümüz vergiciliğinin içinde bulunduğu çerçeve, verginin tabanını oluşturan ekonomik alandaki gelişmelerle birlikte radikal değişimler geçirmektedir. Ülkelerin birbiriyle ilişkileri çok daha fazla artmış bulunmakta, sermaye sanayelerle ifade edilecek zamanda ülkeler arasında hareket edebilmekte, daha önce küçük ölçekte yapılan üretim

<sup>7</sup> Mahmut Vural, Açış Konuşması, Vergi Dünyası, Haziran-2007.

süreçleri çeşitli ülkelere dağılarak tamamlanabilmekte, fiziksel malların üretimi yanında bilişim teknolojileri kullanılarak yapılan üretim ve hizmetler ülkelerin milli gelirinin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Böyle bir ortam, bir ülkenin vergi sistemine karşı daha önce öngörülelememiş riskler/tehditler doğururken aynı zamanda vergilendirmede hedeflere ulaşılabilmesi açısından da yeni fırsatlar sunmaktadır.

- Günümüzün bir başka özelliği de ülkelerin, doğrudan veya çeşitli birlikler yoluyla sadece ekonomilerinde değil, idari yapılarında da, uyumlaştırma, standartlaşma ve hatta eklemleşmeye gitmeye çalışmalarıdır. Ancak ilginçtir ki, öne sürülen bütün savlara karşın, vergi idareleri ve denetim sistemleri hala her ülkenin kendi özelliğini taşıyan ve uluslararası standartlaşmaya en az açık olan alanlardan birisidir. Bunun nedeni başta vergi idaresi olmak üzere bir ülkenin vergi sistemi ile o ülkenin tarihsel gelişimi, sosyal, ekonomik, idari ve siyasi yapıları arasında yakın bir ilişki olmasıdır.
- Nitekim OECD tarafından hazırlanan bir çok dokümanın giriş kısmında her ülkenin egemenlik alanının politikalar, yasal çevre, yönetsel işlemler ve gelenekler açısından farklı olduğu, vergi idarelerinin farklı ortamlarda fonksiyon gördüğü, dolayısıyla vergi idareleri için örnek bir uygulama geliştirmenin pratik olmayacağı gibi istenen bir şey de olmadığı uyarı olarak belirtilmekte ve daha çok idarelerin yapısıyla ilgilenmeden taşınması gereken özellikler üzerinde durulmaktadır.
- İyi bir denetim örgütünün sahip olması gereken niteliklerin neler olduğu tanımlamalara göre farklılık göstermekle birlikte herkesin üzerinde uzlaştığı ortak bir liste çıkarmak mümkündür. OECD tarafından hazırlanan Vergi Denetim Kapasitesinin Güçlendirilmesi Konusunda Genel İlke ve Yaklaşımlar adlı bilgi notunda iyi bir denetim sisteminin sahip olması gereken sekiz tane temel özellikten bahsedilmektedir. Bunlar başlıkları itibariyle aşağıdaki gibidir<sup>8</sup>:

Doğru (Accurate)= Yasalara aykırılığın doğru ve kesin bir şekilde tespiti, kanunların doğru bir şekilde yorumlanması ve yükümlülüğün doğru bir şekilde değerlendirilmesi.

Etkin (Efficient)= Elde edilen sonuçlar itibariyle, mükelleflere verilen yükün ve denetim biriminin kullandığı kamu kaynağının minimal olması.

<sup>8</sup> OECD Bilgi Notu, Vergi Denetim Kapasitesinin Güçlendirilmesi Konusunda Genel İlkeler ve Yaklaşımlar, 16 Ekim 2006, Vergi Politikası ve Yönetimi Merkezi.



Objektif (Objective) = Verilen bütün kararların olaylara, delillere dayanması. Açık (Transparent)= Bütün işlemlerin çalışma kâğıtlarına dökülmesi ve genel olarak mükellefle inceleme sırasında değerlendirilmesi.

Adil (Fair)= Teknik olarak doğru ve süreç olarak mevcut mevzuata uygun işlem yapılması.

Bütüncül (Complete)= Mükellefin denetimin başlangıç ve bitişini bilmesi.

Savunulabilir (Defensible)= Denetim sırasında yapılanlar ve verilen kararların denetim dışında her aşamada savunulabilir olması.

Tutarlı (Consistent)= Hangi denetim elemanı incelerse incelesin aynı mükellefin durumunun aynı şekilde sonuç üretmesi.

- Bütün çabalar, konulan ilkeler çerçevesinde, incelenecek mükelleflerin seçiminde isabet, yapılacak incelemelerde etkinlik ve etkililik, yanlış yapan mükelleflerin incelemeler yoluyla eğitimi ve gönüllü uyuma teşvik, kasıtlı vergi kaçırıcıların ise görev alanı içerisinde süratle belirlenmesi, olayların doğru bir şekilde tespiti ve kamu alacağıının zamanında alınmasını sağlamaya yöneliktir.

### **C. TÜSİAD, Vergi Çalışma Grubu, 2010 - İstanbul**

Sivil Toplum Örgütleri'nin vergi reformları ve çalışmalarında söz sahibi olması gerektiğini belirtmiştik. Özellikle sadece İdare tarafından hazırlanan çalışmaların toplum mutabakatını sağlamada yetersiz olduğu bu yetersizliğin ve tepkilerin de başarısızlığı getirdiği aşikârdır. Bu çerçevede en etkili kuruluşlardan bir tanesi olan TÜSİAD çalışmaları bu yöndeki gelişmeler bakımından örnek verilebilir. Yıllardır Vergi Çalışma Grubu'nun yapmış olduğu çalışma ve toplantılar vergi dünyasına önemli katkılar sağlamakta, özellikle temel vergi mükellefleri bakımından önemli görüşler belirtilmektedir. Bu toplantılardan 2010 senesinde yapılan Gelir Vergisi başlıklı olanda aşağıda yer verilen bazı önemli hususlar tarafımızca vurgulanmıştır:

- Vergi Konseyi bünyesinde 2003'ten beri süren çalışmalar sırasında 2003 senesi tutanaklarına baktığımızda saptadığımız bazı görüşlerin bugün tamamen ortadan kalkmış olduğunu görüyoruz. Orada en önemli sonuç, bu tür reform çalışmalarında mutlaka idarenin ayrı bir çalışma, Sivil Toplum Kuruluşları'nın veya kamunun ayrı bir çalışma

yapması lazım geldiği. Daha sonra bu çalışmaların bir araya getirilmesi ve tartışılması gerekir. Gelir vergisi açısından 7-8 senedir süren çalışmalarda sonuç alınamamasındaki temel noktalardan bir tanesi budur, çünkü bu hem siyasi bir süreçtir hem de yapılacak sistemin temel çatıları sivil görüşlerden ziyade idarenin görüşleri altında gelişmiştir.

- Bir başka tartışma olan reform mu, revizyon mu meselesine geldiğimizde mutlak surette reform ihtiyacı bulunmaktadır. Revizyonlarla zaten bugüne kadar bazı şeyler süregeldiği için, reform fırsatları kaçırıldığı için yamalı bohçaya dönen sistemimizi ancak baştan sona yapılacak bir reform temizleyecektir. Tabii bu reform kavramının çok farklı anlayışları vardır. Hem İdare, hem STK, hem mükellef hem de siyasetçiler, reform kavramını farklı yorumlamaktadırlar.
- Bu baştan sona bir değişimi yansıtmakla birlikte her şey silinsin anlamına gelmemektedir. Çünkü bu tür durumlarda müesseseleri korumak doğrudur. Korunduğu zaman müesseseler, reform olsa bile, yargı içtihatları ya da kararları kaybedilmemiş olacaktır. Burada bazı temel müesseseler etrafında eksiklerin giderilmesi gerekiyor. Bu açıdan üçlü bir sacayağı, mükellef, idare ve yargı önemlidir. Yargı açısından çok büyük ölçüde dosya birikimi vardır, bu dosyalar temizlenememektedir. Her geçen sene devredilmektedir. Bugün itibariyle Danıştay'da iki yıl ya da ilk derece mahkemesinde bir yıl sürecek davalar artık vergi gibi dinamik alanların işleyişine hitap etmemektedir. O nedenle bir kere her şeyden önce bu yığılmanın önlenmesi amacıyla mükellef ile idare arasındaki bu bağın sağlanması gerekmektedir. Bugün bu bağ maalesef tamamen kopmuş durumdadır. Mükellefler en ufak bir sorunda yargıya gitmektedir hatta bu konuda inceleme elemanları, raporu ben hazırlayayım siz yargıya başvurursunuz demek suretiyle bir bakıma mükellefleri de teşvik etmektedirler. İdare açısından baktığımızda, idarede, tabii kendi içindeki reform dışında, mükellef idare ilişkilerinde ve özellikle hukuki bakış açısında çok ciddi bir gelişme ya da reform yapılması, idarenin vergilere bakış açısında bir değişiklik olması gerekmektedir.
- Mükelleflerin de bu konuda önemli eğitime ihtiyacı vardır, çünkü mükellefler gerek kayıtdışı ekonomi gerekse vergi kaçırmanın yol açtığı rekabet eşitsizliği sebebiyle vergi kaçırılmayı çok doğal bir hak ya da yöntem olarak görmektedirler. Bunun da mutlaka değiştirilmesi gerekmektedir.

- Reformda da her zaman örnek olarak alınabilecek çalışmalar bulunmaktadır. Özellikle Birleşik Krallık'taki reform süreci çok önemlidir. Orada oluşturulan kurumların nasıl objektif olabileceği, vergiciler dışında kişilerin de çalışmalarda bulunması gerektiği ve uzun yıllar titiz bir çalışma sonucunda sonuçların hayata geçirildiği çok dikkatle izlenmesi gereken bir durumdur. Bunun ifade edildiği toplantılarda Türkiye gerçeklerinden bahsetmek maalesef bazı konuları çözümsüzlüğe itmektedir. O nedenle reform mutlaka gereklidir. Üçlü sacayağı yani mükellef, yargı, idare eksenini açısından ayrı ayrı düzenlemeler yapılması gerekir ve bu çerçevede STK'lar ayrı bir görüş mutlaka bildirmelidir.
- Gelir vergisi reformunu yaptığımız zaman zaten içindeki bazı maddeler ya da mantığı veya sistematığı ile ilgili düzenlemeler aslında diğer unsurları da içeriyor ya da içermesi gerekiyor. Yani kayıtdışı ekonomi sürececek, gelir vergisi reformu yapacağız diye bir algılama zaten olması mümkün değil. Kaldı ki gelirin tanımına baktığınızda, tanımla belirlediğinizde bu sistematik de aslında ekonomik düzende kurulmuş olmalıdır.
- Bu çerçevede bazı prensipler çağdaş vergicilik bakımından ön plana çıkmaktadır. Gelirin tanımı, net artış mutlaka ideal olarak düzenlenen fikir olması lazım. Şu andaki kaynak sistemi dışında, çok kısaca söylüyorum, üniter vergi sistemi, artan oranlı vergi sistemi olması lazım. Beyan ağırlıklı, doğru ve geniş tabanlı olması lazım. Mesele bunların Türkiye'deki uygulaması. Uygulama sorunu ayrı bir şey, yani dünyada uygulama olmayacak diye hiç bir sistem geliştirmemek, vergi reformu yapmamak mümkün olmayacağı gibi bunu zamana yaymanın da manası yok çünkü Türkiye'de hiçbir zaman bu şartların oluştuğu bir zaman dilimi bulamayacağız çünkü zemin sürekli değişiyor. Aslında çalışmaları yapıp zamanın bu çalışmalara uymasını beklemek daha akılcı geliyor.
- 2003 senesinde yaptığımız bir toplantıda, gelirin tanımı ilk sıradaydı. Bunu daha önce de tartışıldı, 90'lı yıllarda da tartıştık, fakat şartlar hep oluşmamıştır denilerek ertelendi. Çünkü kişinin gelir giderini yıl içinde bütünüyle kavramak için başka alt yapılar gerekiyordu. Bu alt yapılar o zaman Türkiye'de yoktu. Bugün var mı, belki tam olarak istediğimiz manada yok ama eskisi kadar da boş değil. İşte bankacılık alanındaki gelişmelere bakın, elektronik beyan, idarenin yapısındaki

gelişmelere bakın, bunlar var aslında. Yani bunları yaptığımızda belki gönlümüzden geçeni tam olarak yapamayacağız ama büyük bir kısmını yapma imkânı var. Siyaseten gelecek mi, hayır. Yani biz burada buna karar verdiğimizde bu siyaseten hiçbir zaman gerçekleşmeyecek. Gelir vergi reformunu yapsak bile o görüşteyim.

- Reformda diğer ilkeler de olmalıdır. Verginin ilkeleri de olacak, o yüzden biz bir gelir tanımı yaptığımızda zaten bunun içinde kabul ettiğimiz sisteme göre kanunun diğer taraflarını da bu sistemin içerisine monte etmiş olacağız. Yani cevabımız aslında burada ilk seferde gelirin tanımında vereceğimiz cevaba göre değişecek. O zaman reform olacak mı, olmayacak mı? Bunun cevabını vereceksiniz. Vergi sistemi mantığı değişecek mi, değişmeyecek mi? Denetim uygulamada nasıl yapılacak çünkü denetim yapmazsanız zaten reformu yapamazsınız. Bunları da tabii kanunda belirteceksiniz.

## 8. Bugün: Gelir Vergisi Tasarısı-2014

2003 senesinden beri üzerinde çalışılan fakat bir türlü tamamlanamayan gelir vergisi değişiklikleri 2013 senesinde tasarı haline getirilmiş ve 12 Haziran 2013 tarihinde T.B.M.M.'ye sunulmuştur. İlk olarak Vergi Konseyi bünyesinde uzun ve detaylı çalışmaları yapılan, bununla birlikte ilk şeklienden farklı şekillere bürünen gelir vergisinin kurumlar vergisiyle birleştirilmesi düşüncesi de gerçekleştirilmiş oldu.

Çalışmaların başladığı dönemde gelir vergisi değişikliklerinin daha problemlili olduğu düşünülmüş ve öncelikle daha kolay yapılacağına inanılan kurumlar vergisiyle başlanmıştı. Zaman içinde gelir vergisi ile ilgili temel prensipler konusunda oluşan farklı düşünceler sebebiyle gelir vergisi değişikliği ve iki kanunun birleşmesi bugüne kadar uzamıştır. Kanun değişiklikleri konusunda düzenli, sürekli, toplumdaki değişik fikirlere açık ve farklı kesimlerden uzmanların yer aldığı bir tartışma zemini yaratılamamış olması yeni kanun bakımından da ileride birçok olumsuzluğun devam etmesine neden olacaktır. Tasarı metni dikkate alındığında bu çalışmanın beklentilerin aksine bir reform olmadığı da anlaşılmaktadır.

Bundan sonra kanunlaşma sürecinde üzerinde değişiklikler yapılması mümkün olan tasarı bu haliyle birçok yeni düzenlemeyi ve değişikliği de içermektedir. Her ne kadar madde sayısında bir azalma olduğu görülse de hacim yönünden bir artış bulunmaktadır. Daha önce Gelir Vergisi Kanunu 126 mad-

de ve 85 geçici madde, Kurumlar Vergisi Kanunu ise 38 madde ve 7 geçici madde olmak üzere toplam 256 madde iken tasarıda 91 madde ve 1 geçici madde bulunmaktadır. Tasarının yeni yıla yetiştirilmesi uygulama dönemi ve daha önceki vergi kanunlarının geriye dönük olacak şekilde uygulanması sebebiyle ortaya çıkan hukuka aykırılıkları da bertaraf edebilecektir.

Tasarı okunduğunda çok sayıda gramer hatası, ifade hatası ve terim hataları bulunduğu görülmektedir. Bu nedenle sadece dil üzerinde bile yeniden çalışmak gerekmektedir<sup>9</sup>.

Uzun zamandır kamuoyunda konuşulan Veraset ve İntikal Vergisi'nin kaldırılacağı, veraset kısmının herhangi bir vergiye tabi olmayacağı, intikal kısmında ise ödenecek verginin gelir vergisinin kapsamına alınacağı yönündeki gelişmeler de tasarıda yer almamaktadır.

Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı kapsamı itibarıyla birçok kişi ve kurumu etkileyecektir. Bu çerçevede sanayi dünyası da barındırdığı geniş mükellef kitlesiyle bu değişikliklerden ziyadesiyle etkilenecektir. Bu etkilerin neler olacağı ve yeni düzenlemelerin olumlu ve olumsuz yönleri hukuki boyutu da dahil olmak üzere bu çalışmada incelenmektedir.

Ülkemizde çeşitli kesimlerin hayatını etkileyebilecek temel bazı noktalar şu şekilde belirtilebilir:

- Asgari geçim indirimi müessesesi, ücretlerde vergi indirimi adı altında sürdürülecektir. Bu kapsamda üçüncü çocuk için indirim oranı % 5'ten % 10'a çıkartılmaktadır. Bununla birlikte asgari geçim indiriminin çocuk sayısına bağlanmış olması hem adaletsizlik yaratmakta hem de çeşitli anayasal düzenlemelere ve hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle asgari geçim indirimini her kesime ve çocuk sayısına bağlamadan getirmek gerekmektedir.
- Basit usulde vergilendirilenler hariç ticari kazanç sahipleri, serbest meslek erbabı ve kurumlar cari vergilendirme döneminin gelir vergisine mahsup edilmek üzere, ticari ve mesleki kazancın veya kurum kazançlarının tespitine ilişkin hükümlere göre belirlenen ilgili takvim yılı veya hesap döneminin üçer aylık kazançları üzerinden geçici vergi ödeyecektir. Geçici vergi matrahının hesaplanmasında Vergi Usul Ka-

<sup>9</sup> Bu konuda detaylı bir çalışma için bakınız, Barış Bahçeci, "Gelir Vergisi Kanunu Tasarısının Terim Kullanımı ve Lafzı Üzerine Bir Eleştiri", Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, Aralık-2013.

nu'nun değerlemeye ait hükümlerinin uygulanması bakımından, kazanç tespitine esas alınan üçer aylık dönemlerin son günü bilanço günü yerine geçer. Ancak bu dönemlerin son günündeki mal mevcutları, istenirse sadece kayıtlar üzerinden de tespit edilebilecektir. Mükellefler, işin bırakılması veya tasfiyeye girilmesi halinde, işin bırakıldığı ya da tasfiyeye girildiği dönemi izleyen dönemlerde geçici vergi ödemeyeceklerdir. Bakanlar Kurulu, geçici vergi oranını 5 puana kadar indirmeye ya da tekrar kanuni seviyesine kadar getirmeye, gerçek kişi veya kurumlar için farklı oranlar belirlemeye yetkili olacaktır. Geçici vergi, 3 aylık dönemi izleyen ikinci ayın 14. günü akşamına kadar bağlı olunan vergi dairesine beyan edilecek ve 17. günü akşamına kadar ödenecektir.

- Beyanname verme süreleri bir ay öne çekilerek, dördüncü dönem geçici vergi beyannamesi kaldırılmaktadır. Yıllardan beri bir sorun olarak ifade edilen dördüncü dönem geçici vergi ve normal dönem yoğunluğunun önlenmesi amaçlanmaktadır.
- Bir faaliyetin ticari muhasebe tutmayı gerektirecek hacim ve önemde olması ya da faaliyetin özelliğine göre işin; sermaye veya yer tahsisi, personel istihdamı, reklam ve tanıtım gibi pazarlamaya yönelik işlemlere girişilmesi, dış kaynak temini, işe mahsus makine ve araç tedariki gibi suretlerle yürütülmesi hallerinde ticari organizasyon oluşmuş sayılacaktır.
- Çalışanlara pay senedi veya pay senedi alım hakkı verilerek ücret ödenmesi durumunda, ücretin elde etme tarihi kanunda düzenlenmektedir. Buna göre, çalışana pay senedi verilmesi durumunda pay senedinin hukuki ve ekonomik olarak tasarruf edilebilir olduğu tarihte, pay senedi alım hakkı verilmesi durumunda bu hakkın fiilen kullanıldığı tarihte ücret geliri elde edilmiş sayılacaktır.
- Dar mükellefiyete baktığımızda gelir unsurlarının Türkiye'de elde edilmesini belirleyen kriterlerde bir değişiklik olmadığını görüyoruz. Ticari kazanç kapsamında ise bir farklılık bulunmaktadır. Tasarıda ihraç edilmek üzere Türkiye'den aldıkları malları Türkiye'de satmaksızın yabancı ülkelere gönderenlerin bu işlerden doğan kazançlarının Türkiye'de elde edilmiş sayılmayacağı belirtilirken, Türkiye'de satmak kavramına mevcut düzenlemelerin yanında '*işin veya işlemin Türkiye'den yürütülmüş ya da yönetilmiş olması*' kriteri de eklenmiştir. Bu yanımla ilgili olarak çeşitli ihtilaflar yaşanacağı şimdiden aşikârdır.

- Dar mükellefiyette toplama yapılmayan haller bakımından da bazı farklılıklar bulunmaktadır. Dar mükelleflerin stopaj suretiyle vergilendirilmiş olan ücret, serbest meslek kazançları, menkul ve gayrimenkul sermaye iratları ile diğer kazanç ve iratlar için beyanname verilmeyeceği ve ilave olarak da iratların istisna hadleri içinde kalan kısımlarının beyan edilmeyeceği Tasarı'ya eklenmiştir. Bireysel emeklilik ve sigortalılıktan ayrılmalar nedeniyle elde edilen gelirlerin dar mükellefler için de beyan edilmeyeceği bir başka farklılıktır.
- Değer artış kazançlarının vergilenmesi bakımından maliyet bedelinin tespitine yönelik getirilen değişiklikler, özel inşaatlarda kazancın tespitine yönelik getirilen düzenlemeler ve istisna uygulamalarına yönelik getirilen düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan özel inşaatlar ve istisnalar belirtilmiştir. Maliyet bedelinin tespitine yönelik getirilen değişikliklere baktığımızda, Tasarı'nın 47. maddesinde safi değer artış kazancının tespitine yönelik düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Böylece daha önce hukuken problem yaratan bazı hususlar kanun metnine alınmak suretiyle önlenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, iki temel değişiklik belirtilebilir: Aynı menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracından değişik tarihlerde alımlar yapıldıktan sonra bunların bir kısmının elden çıkarılması halinde FIFO yöntemi kullanılmak suretiyle alış bedelinin belirleneceği, bir menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası aracının alımından önce elden çıkarılması halinde elden çıkarılma tarihinden sonra yapılan ilk alım işlemi esas alınarak kazancın tespit edileceği ve aynı gün içerisindeki işlemlerde ağırlıklı ortalama maliyet yönteminin kullanılabileceği ifade edilmiştir; Mal ve hakların elden çıkarılmasında iktisap veya maliyet bedelinin elden çıkarılan mal ve hakların, elden çıkarıldığı ay hariç olmak üzere Türkiye İstatistik Kurumunca belirlenen ÜFE artış oranında artırılarak tespit edileceği ifade edilmiştir. Endekslemenin yapılabilmesi için aranan % 10 artışın kaldırıldığı görülmektedir.
- Diğer kanunlarda yer alan muafiyet, istisna ve indirim hükümlerinin gelir vergisi bakımından geçersiz olduğu; muafiyet, istisna ve indirimleri düzenleyen hükümlerin, ancak bu Kanuna ya da Vergi Usul Kanununa hüküm eklenmek veya bu Kanunlarda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenebileceği ve uluslararası anlaşma hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.
- Doğal afetlere uğrayan yer ya da bölgelere yapılacak yardımların in-

dirimi için Başbakanlık veya Başbakanlığın belirleyeceği kurum veya kuruluşlar aracılığı ile makbuz karşılığında yapılacak yardımların tamamının indirimine izin verilmektedir.

- Eğitim ve sağlık harcamalarının beyan edilen gelirden indirimi, vergi indirimi şekline dönüştürülmektedir. Düzenlemeye göre, eğitim ve sağlık harcamalarının %15'i, hesaplanan vergiden mahsup edilecek, ancak, harcama tutarı beyan edilen gelirin %15'ini ve asgari ücretin yıllık tutarını aşamayacaktır. Böylece artan oranlı tarifinin sağladığı avantajlar kaldırılmaktadır. Ayrıca tüzel kişiler bu indirim imkânından yararlanamamaktadır.
- Engelliler bakımından istihdam imkânlarının artırılması amacıyla korumalı işyeri indirimi getirilmektedir. Bu işyerlerinde istihdam edilen engelli çalışanlara yapılan ve kazancın tespiti sırasında indirilen ücret ödemeleri ayrıca beyanname üzerinden de indirilebilecektir.
- Finans ve sigortacılık sektörlerinde faaliyet gösteren kurumlar, Ekonomi Bakanlığı tarafından teşvik belgesine bağlanan yatırımlardan elde edilen kazançlar, yatırımın kısmen ya da tamamen işletilmesine başlanılan hesap döneminden itibaren, yatırıma katkı tutarına ulaşıncaya kadar indirimli oranlar üzerinden gelir vergisine tabi tutulacaktır. Bakanlar Kurulu, istatistiki bölge birimleri sınıflandırması ile kişi başına düşen milli gelir veya sosyoekonomik gelişmişlik düzeylerini dikkate alarak, illeri gruplandırmaya ve teşvik edilecek sektörleri, bu sektörler ile organize bölgeleri, Gökçeada ve Bozcaada'da yapılan yatırımlara turizm yatırımlarına ilişkin yatırım ve istihdam büyüklüklerini belirlemeye yetkili olacaktır. Her bir il grubu, stratejik yatırımlarda, katkı oranı % 55'i, yatırım tutarı 50 milyon lirayı aşan büyük ölçekli yatırımlarda % 65'i geçmemek üzere belirlemeye, gelir vergisi oranını % 90'a kadar indirimli uygulama yetkisi de Bakanlar Kurulu'nda olacaktır.
- Gayrimenkul sermaye iradının tespitinde indirilecek giderler Tasarı'da yer alan bir başka alanı oluşturmaktadır. Bu çerçevede, mal ve hakların kiralanması için ödenen komisyonlar ile kiraya veren tarafından yapılan ve taşınmazın iktisadi değerini arttırıcı niteliği olan ısı yalıtımı ve enerji tasarrufu sağlamaya yönelik harcamaların gayrisafi hasıllardan indirilebileceği ifade edilmiştir. Bunun yanında, "taşınmazın iktisadi değerini arttıracak surette tevsii, tadili veya bunlara ilaveler yapılması için katlanılan giderler onarım gideri sayılmaz" ifadesi yer almaktadır.



Bir başka farklılık gayrisafi hasıllattan indirilecek giderlerde “kiraya verilen mal ve haklar için ayrılan amortismanlar” yerine “kiraya verilen mal ve haklar ile bunlarla birlikte kiralanan demirbaş eşya için ayrılan amortismanlar” ifadesidir. Keza, gayrisafi hasıllattan indirilecek giderlerde “sahibi buldukları konutları kiraya verenlerin kira ile oturdukları konutun kira bedeli” hükmü varken Tasarı’da “sahibi buldukları konutları kiraya verenlerin Türkiye’de kira ile oturdukları konutun kira bedeli ile öğrenci yurtları, bakımevi ve huzurevlerine ödenen oda ve yatak ücreti” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenleme bu konuda verilen Danıştay kararlarında yer alan yurtdışında oturan konutlara ait kira giderlerinin indiriminin ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir.

- Geçici vergilendirme dönemi içinde yurtdışından elde edilen kazanç ve iratların bulunması halinde, bu kazanç ve iratlar üzerinden, kazancın elde edildiği ülkelerde kesinti ya da diğer şekillerde ödenen vergiler, o dönem için hesaplanan geçici vergi tutarından da mahsup edilebilecek olup, indirilecek tutar, yurtdışında elde edilen bu kazanç ve iratlar için Türkiye’de tarh edilen geçici vergi tutarından fazla olamayacaktır.
- Geçici verginin iade talebi, ilgili yılın sonuna kadar yapılabilirken, bu süre zaman aşımı süresine ötelenmektedir. Böylece uzun zamandır devam eden bir hukuka aykırılık, geç de olsa, düzeltilmektedir.
- Gelir Vergisi Kanunu’nda yer alan “deniz ve hava ulaştırma araçlarının kiralınması için yapılan ödemeler ile yapılan işin tamamlanabilmesi bakımında zorunluluk arz eden geçiş ücreti, liman ücreti gibi ödemeler” kısmına Tasarı’da “navlun ücreti” eklenmiştir.
- Gelir vergisine tabi gelir unsurlarından olan ticari kazanç tasarıda, her türlü ticari ve sınaî faaliyetlerden doğan kazançlar olarak tanımlanmaktadır.
- Gelirin toplanmasında gelir kaynaklarının bir kısmından hasıl olan zararlar, diğer kaynakların kazanç ve iratlarına mahsup edilebilecektir. Bu mahsup sonucunda kapatılmayan zarar kısmı, izleyen yıllarda beyan edilen gelirlerden indirilebilecek olup, arka arkaya beş yıl içinde mahsup edilmeyen zararlar, izleyen yıllara devredilmeyecektir. Menkul ve gayrimenkul sermaye iratlarında, gider fazlalığından doğanlar hariç, sermayede vukua gelen eksilmeler zarar kabul edilmeyecektir. Yıllık beyannamede bildirilecek gelir veya kazancın zarar mahsup-

larından sonra kalan kısmı indirimde esas gelir sayılacak, bu tutardan bazı indirimler yapılabilecektir.

- Genç girişimcilere vergi indirimi getirilmektedir. Ticari, zirai ve mesleki faaliyeti nedeniyle ilk defa gelir vergisine tabi olan ve mükellefiyet başlangıç tarihi itibarıyla 29 yaşını doldurmamış tam mükellef gerçek kişilerin, talepleri halinde, faaliyete başladıkları vergilendirme döneminden itibaren 3 vergilendirme dönemi boyunca elde ettikleri kazançlarının, asgari ücretin yıllık tutarına isabet eden kısmı üzerinden yapılacak hesaplama ile belirlenecek tutar, bunların kazançları üzerinden hesaplanan vergiden mahsup edilecektir. Bu vergi indiriminin uygulanmasında, kişinin kendi işinde bilfiil çalışılması, faaliyete devam eden bir işletmenin eş ve üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından devralınmamış olması, işe başlanma kanuni süresi içinde bildirilmiş olması şartları aranacaktır.
- Her kurum vergiye tabi kazancının tamamı için yıllık bir beyanname verecek, kurumların şubeleri, ajansları, alım satım büro ve mağazaları, imalathaneleri veya kendilerine bağlı diğer işyerleri için, bunların bağımsız muhasebeleri ve ayrılmış sermayeleri olsa dahi ayrı beyanname veremeyecektir. Ancak, tüzel kişiliği bulunmayan iktisadi kamu kuruluşları ile dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmelerden her biri için, bunların bağlı olduğu kamu tüzel kişileri ile dernek ve vakıflar tarafından ayrı beyanname verilecektir.
- İhracat, yurt dışında inşaat, onarım, montaj ve taşımacılık faaliyetlerinde bulunanların, bu faaliyetlerden döviz olarak elde ettikleri hâsılâtın binde beşi ile sınırlı olan götürü gider uygulaması bu işlerle ilgili fiilen katlanılan ancak tevsik edilemeyen giderlerle sınırlandırılmaktadır.
- İrtibat bürosu çalışanlarının ücretleri için uygulanan istisna devam etmektedir. Tasarı'da Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na atıf yapılarak, irtibat bürosu çalışanları tanımlanmaktadır.
- İşverenler tarafından çalışanlar için bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları, gelir ve kazançlardan indirilebilecektir.
- Kanun'da yer alan maktu had ve tutarların Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre, her yıl belirlenen yeniden değerlendirme oranı ile artırılacağı belirtilmiştir.

- Kira gelirlerindeki götürü gider uygulamasına sınırlama getirilmektedir. Taşınmazların konut olarak kiralanmasından elde edilen gelirin beyanında uygulanan götürü gider, elde edilen hasılat tutarına göre sınırlandırılmakta ve belli bir hasılat tutarı üzerinde gelir elde edilmesi durumunda kaldırılmaktadır. Bu uygulama mükelleflerin aleyhine, devletin gelirlerini artıracak olması sebebiyle lehinedir.
- Korumalı işyerlerinde istihdam edilen engelli çalışanlar için yapılan ücret ödemelerinin brüt tutarının tamamı bakımından korumalı işyerleri için indirim tanınmaktadır. Ayrıca münhasıran kreş ve anaokulu faaliyetinde bulunacak olan veya mevcut işletme içerisinde çalışanların çocuklarına bakım amacıyla kurulan kreş ve anaokuluna ilişkin kuruluş ve yapım giderlerinin tamamı indirilebilecektir.
- Kurum kazancından indirilemeyecek giderlere bakıldığında, finansman gider kısıtlamasına ilişkin mevcut düzenlemenin varlığını sürdürdüğü, her türlü alkol ve alkollü içkiler ile tütün ve tütün mamullerine ait ilan ve reklam giderlerinin kazançtan indiriminin kabul edilmediği görülmektedir. Bununla birlikte kapsamda bazı değişiklikler de bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi de tazminatlardır. Teşebbüs sahibi veya serbest meslek erbabı tarafından işlenen suçlardan doğan tazminatların ticari kazançtan indirilemeyeceğine ilişkin kural yeniden düzenlenmekte ve kusursuz sorumluluk halinde ödenen tazminat dışarıda bırakılmaktadır. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında ise mevcut düzenlemeden farklı olarak, maddede “gelir ve kurumlar vergisi kanunlarının uygulamasında” ifadesi bulunmamaktadır. Aynı durum, örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz ve benzerleri bakımından da mevcuttur.
- Kurumların en az iki yıl süre ile sahip oldukları taşınmaz ve iştirak hisselerinin satışından elde edilen kazançların % 75’i vergiden istisna edilmektedir. Tasarı’da bu düzenlemede bir değişikliğe gidilmekte ve kazancın istisna tutulacak kısmı elde tutma süresine bağlı olarak kademelendirilmektedir. Bu çerçevede: kurumların aktiflerindeki taşınmazlar, iştirak hisseleri, kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının, iki tam yıldan sonra satışından doğan kazançların %40’ı, üç tam yıldan sonra satışından doğan kazançların %50’si, dört tam yıldan sonra satışından doğan kazançların %60’ı ve beş tam yıldan sonra satışından doğan kazançların %75’i gelir vergisinden istisna edilecektir. Geçici madde düzenlemesiyle, kurumların aktiflerine kayıtlı

iktisadi kıymetlerden Kanun'un yayımı tarihi itibariyle iki yıl süreyle elde bulundurulmuş olanların, Kanun'un yayını tarihinden sonra elden çıkarılmasında, yukarıda yer alan oranların yerine % 75 oranının uygulanması öngörülmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus madde gerekçesinde holding şirketlerin ellerinde tuttıkları iştirak hisselerinin satışında istisnanın uygulanamayacağı ve grup şirketleri arasında yapılacak satışlardan elde edilen kazancın fiktif olduğu ve istisna kapsamında olmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte gerekçelerin bağlayıcı olmadığı unutulmamalıdır. Bu durum İdare'nin daha önce de çeşitli vesilelerle yaptığı bir uygulamadır. İdare gerekçede mevcut kanun ve yargı kararlarından farklı bazı ifadelere yer vermekte sonra da bu doğru veya hukuka uygunmuş gibi uygulamaya çalışmaktadır.

- Kurumların, yönetim kurulu başkan ve üyelerine ortaklık payı ile ilişkili olmaksızın ödenen kar paylarının ücret olarak tarifeye göre vergilendirilmesi öngörülmektedir. Bilindiği üzere, Gelir Vergisi Kanunu'nda "yönetim ve denetim kurulları başkanı ve üyeleriyle tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler" in ücret olarak değerlendirileceği hükmü mevcuttur. Tasarı ile bu tanım, yeni Türk Ticaret Kanunu ile uyumlu hale getirilerek, "yönetim kurulu başkanı ve üyeleri, Türk Ticaret Kanunu'nun 366. maddesine göre oluşturulan komite ve komisyon üyeleri ile tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın, menfaatler ve kâr payları" ücret olarak sayılmaktadır.
- Kurumların, yurt dışı iştirak kazançları, yurt dışı şube kazançları ve yurt dışı iştirak hisselerinin elden çıkartılmasından doğan kazançları, ilgili koşullar çerçevesinde gelir vergisinden müstesnadır.
- Menkul sermaye iratları bakımından bazı değişiklikler bulunmaktadır. Buna göre: Diğer intifa senetlerinin ihraççıya iade edilmek suretiyle imha edilmesi karşılığı yapılan ödemeler kâr payı olarak kabul edilmiştir; Kurumların İdare Meclisi başkan ve üyelerine verilen kar payları menkul sermaye tanımından çıkarılarak ücret gelirlerine dahil edilmiştir; Menkul kıymetler veya diğer sermaye piyasası araçlarının ödünç işlemlerinden sağlanan gelirler menkul sermaye iradı sayılmıştır; Mevcut Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 22. maddesinde yer alan istisnalar korunmuş, ilave olarak Geçici 67. maddede düzenlenen portföyünün sürekli olarak en az %51'i Borsa İstanbul Anonim Şir-

keti'nde işlem gören pay senetlerinden oluşan yatırım fonlarının bir yıldan fazla süreyle elde tutulan katılma belgelerinin ilgili olduğu fona iadesinden elde edilen iratlar kapsama dahil edilmiştir.

- Münhasıran banka ve aracı kurumlarca yapılacak kesintiler bakımından da bazı düzenlemeler mevcuttur. Tasarı'nın 62. maddesinde yürürlükte olan Gelir Vergisi Kanunu'nun menkul kıymetlerin vergilendirilmesini düzenleyen Geçici 67. maddesine yer verilmiştir. Yapılan bu düzenleme ile bazı yenilikler getirilmektedir. Örneğin, mevcut Kanun'daki istisna maddesi olan bankalar arası mevduat ve aracı kurumların borsa para piyasasında değerlendirdikleri kendilerine ait paralara yürütülen faizler hariç ifadesi Tasarı'da kaldırılmıştır.
- Özel inşaat işleri için yeni düzenlemeler de bulunmaktadır. Taahhüt niteliği bulunsun ya da bulunmasın, başkasının arsası üzerinde taşınmaz inşa etme, ticari kazanç hükümlerine tabi tutulacaktır. Kat karşılığı inşaat işleri dahil başkasına yaptırılan inşaatlarda, hasılatın müteahhit ile paylaşılmasının kararlaştırılmış olması, faaliyetin arsa sahibi yönünden de ticari faaliyet olduğunu gösterecektir. Bu konudaki Danıştay kararları da dikkate alındığında önemli hukuki problemler çıkacaktır. Özel inşaat işleri kapsamında, arsa sahibi tarafından inşa edilen veya ettirilen taşınmazların ya da kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde inşa edilip arsa sahibine bırakılan taşınmazların brüt kapalı alanları toplamının; bin metrekareyi aşması halinde ilk satış tarihinden itibaren ticari faaliyete başlanıldığı kabul edilecek. 500 metrekare ile 1000 metrekare arasında olması halinde ise inşa edilen taşınmazların satışının arsa sahibine veya müteahhide ait ticari bir organizasyon çerçevesinde gerçekleştirilmesi halinde ilk satış tarihinden itibaren ticari faaliyete başlanıldığı kabul edilecek. Bu kapsamda taşınmaz inşa ettiren arsa sahipleri, istedikleri takdirde inşaat faaliyetine başlanıldığı tarihten itibaren mükellefiyet tesis ettirebilecektir. 500 metrekareyi aşmaması halinde ise inşaat faaliyeti nedeniyle arsa sahibi yönünden ticari kazanç hükümleri uygulanmayacak. Arsa sahibi yönünden, belirtilen inşaat işlerinde; inşaatın bitim tarihini takip eden takvim yılı başından itibaren üç takvim yılı içinde taşınmaz satışı yapılmaması halinde, bu sürenin sonunda anılan taşınmazlar inşaatın bitim tarihindeki maliyet bedeli üzerinden iktisap edilmiş sayılacaktır. Yapılan son satış işleminden başlayarak üç yıl içinde herhangi bir taşınmaz satışı yapılmaması durumunda, ticari faaliyetin sona erdiği kabul edilerek

satışa konu edilmeyen taşınmazlar işletmeden çekilmiş olacaktır. Bu hüküm, ticari faaliyetine bu süre içerisinde son verenler hakkında da uygulanacak olup, işletmeden çekilen taşınmazlar, inşaatın bitim tarihindeki maliyet bedeli üzerinden bu tarihte iktisap edilmiş sayılacaktır. Mezkûr metrekaresi büyüklüklerini ayrı ayrı veya birlikte, büyükşehir belediyeleri, il veya ilçe sınırları itibarıyla ya da bağımsız bölüm ve müstakil yapının niteliğine veya kullanım amacına göre yarısından az ve iki katından fazla olmamak üzere yeniden belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili olacaktır. Bu kısım ile ilgili olarak ciddi hukuka aykırılıklar bulunmaktadır. Özellikle arsa sahibinin ticari bir organizasyon çerçevesinde devamlı olarak bu faaliyeti yapıp yapmadığına bakılmaksızın, sadece m<sup>2</sup> alana bakılarak kazancın ticari kazanç olarak belirlenmesi ve bu faaliyetin ticari faaliyet olarak kabul edilmesi doğru değildir.

- Sermayenin tabana yayılması kolaylaştırılmaktadır. Finans Piyasaları-Yatırım-Girişimcilik üçgeninde bireysel katılım sermayesi, girişim sermayesi ve uluslararası fon yönetim şirketlerinin ülkemizde faaliyetinde bulunması desteklenmektedir.
- Stopajla ilgili düzenlemeler de Tasarı'da yer almaktadır. Buna göre, stopaja ilişkin maddeler tek maddede toplanmakta ve gelir türüne bağlı olarak % 15 ve % 25'lik iki oran getirilmektedir. Bakanlar Kurulu'na stopaj oranlarını yeniden belirleme konusunda geniş yetkiler verilmektedir. Burada Bakanlar Kurulu Ayrıca, Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre oluşturulan yönetimler ile her türlü iş hanı ve toplu işyerleri yönetimlerine, stopaj yapma mükellefiyeti getirilmektedir.
- Şirket hissesi satışı bakımından, anonim şirketler gibi, limited şirket hissesinin kazancına da istisna getirilmektedir. Şirket hissesi kaç yıl sonra satılırsa satılın değer artışı kazancı olarak vergilendirilmektedir.
- Şirket yönetim kurulu üyelerine, ortaklık payı ile orantılı olmaksızın ödenen kâr payları ücret olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda yapılan ödemeler ücret olarak stopaja tabi tutulacak ve giderleştirilecektir.
- Tam mükellef kurumların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesi ya da oy hakkının %25'ine sahip olduğu yurt dışı iştiraklerinden elde ettikleri kar payları üzerinden, Türkiye'de ödenecek gelir vergisinden, iştiraklerin bulunduğu ülkelerdeki kar payı dağıtımına kaynak oluştu-

ran kazançlar üzerinden ödenen gelir vergisi ve benzeri vergilerin kar payı tutarına isabet eden kısmı mahsup edilebilecektir.

- Tam mükellefiyette toplama yapılmayan haller çerçevesinde, tüzel kişiliği haiz emekli ve yardım sandıkları ile sigorta ve emeklilik şirketleri tarafından ayrılanlara yapılan prim ve irat tutarları ile bireysel emeklilik sisteminden ayrılanlara yapılan ödemeler için beyanname verilmeyecek ve diğer gelirler nedeniyle beyanname verilse dahi bu gelirler söz konusu beyannameye dâhil edilmeyecektir. Ayrıca kazanç ve iratların istisna tutarları içinde kalan kısımları da beyannameye dâhil edilmeyecektir. Bunun yanında, tahvil ve mevduat faizi, repo gelirleri, kâr zarar ortaklığı belgesi karşılığında elde edilen kâr payları ile banka ve aracı kurumlar tarafından tevkifat yapılan gelirler için de beyanname verilmeyecek ve diğer gelirler için beyanname verilse dahi bu gelirler beyannameye dahil edilmeyecektir. Ücretler bakımından, tek işverenden alınan ve tevkif suretiyle vergilendirilen ücretler için beyanname verilmeyecektir. Ancak yeni getirilen düzenleme uyarınca gelir vergisi dördüncü diliminde ücretler için belirlenen tutarın iki katının aşılması halinde beyanname verilecektir. Birden fazla işverenden alınan ancak tasarının 77. maddesinde ücretler için belirlenen dördüncü dilimin iki katını geçmeyen ücretler de beyan edilmeyecektir. Birden fazla işverenden alınan ücret gelirleri için birden sonraki işverenden alınan ücretlerin gelir vergisi ikinci diliminde yer alan tutarı (26.000 TL) aşması halinde ücretlerin tamamı için beyanname verilecektir. Bunların dışında, bir takvim yılı içinde 1.390 TL'yi aşmayan ve tevkifata veya istisnaya tabi olmayan menkul ve gayrimenkul sermaye iratları için beyanname verilmez ancak diğer gelirleri nedeniyle beyanname verilmesi halinde bu gelirlerinde beyannameye dahil edilmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere mevcut istisna uygulamasında bir değişiklik söz konusudur.
- Tam mükellefler şu şekilde belirlenmektedir: Medeni Kanuna göre Türkiye'de yerleşim yeri (ikametgah) bulunanlar; Geliş ve ayrılma günleri dahil on iki aylık kesintisiz bir dönemde bir veya birkaç seferde toplam 183 gün veya daha fazla Türkiye'de kalanlar; Resmi daire ve müesseselere veya merkezi Türkiye'de bulunan her türlü kurum, kuruluş, teşekkül ve teşebbüslere bağlı olup bunların işleri dolayısıyla yabancı ülkede oturan Türk vatandaşları (Bu kişilerden, buldukları ülkelerde elde ettikleri gelirleri dolayısıyla gelir vergisine veya ben-

zeri bir vergiye tabi tutulmuş bulunanlar, bu gelirleri üzerinden ayrıca vergilendirilmezler); Kurumlar bakımından kanuni veya iş merkezi Türkiye'de olan kurumlar.

- Tasarı ile getirilen bir başka değişiklik diğer indirimlerde indirime esas gelir beyannamede bildirilecek gelir yerine zarar mahsubundan sonra kalan gelir esas alınmaktadır. Dolayısıyla öncelikle zararların mahsubu öngörülmekte artan bir gelir olması halinde diğer indirimlere izin verilmektedir.
- Tasarı ücretlerin beyanında değişiklikler yapmaktadır. Kira geliri, diğer kazanç ve iratlar, telif kazançları veya ücretlerden, gelir unsurları itibarıyla herhangi birinin 188.000 lirayı aşması halinde, bu gelirlerin tamamının yıllık beyannamede toplanması gerekmektedir. Bu çerçevede, 188.000 lirayı aşmayan tek işverenden elde edilen ücretler ile 94.000 lirayı aşmayan birden fazla işverenden alınan ücretlerin (birden fazla işverenden alınan ücretlerde, birden sonraki işverenden alınan ücretlerin toplamının 26.000 lirayı aşması halinde birinci işverenden alınan da dâhil ücretlerin tamamı beyan edilir) beyan edilmesi gerekmemektedir.
- Tasarı'da gayrimenkul sermaye iradının tespitinde götürü gider uygulamasına bazı kısıtlamalar getirilmektedir. Elde edilen gayrimenkul sermaye iradının belli bir tutarın üzerinde olması durumunda götürü gider usulü uygulanamayacaktır. Elde edilen gayrimenkul sermaye iradı sadece taşınmazların konut olarak kiraya verilmesinden oluşan ve buna ilişkin hasılatları gelir vergisi vergi tarifesinin ikinci gelir diliminde yer alan tutarı (26.000 TL) aşmayan mükelleflerin, diledikleri takdirde gerçek giderlere karşılık olmak üzere hasılattan istisna tutarını düşükten sonra kalan kısmın %25'ini, ikinci gelir dilimindeki tutarı aşp üçüncü gelir dilimindeki ücret dışındaki gelirler için geçerli olan tutarı (94.000 TL) aşmayan mükelleflerin ise aynı şekilde bulunan tutarın %15'ini götürü gider olarak indirmeleri mümkündür. Mevcut Kanun'da, götürü gider usulünü kabul edenlerin iki yıl geçmedikçe bu usulden dönemeyecekleri ifade edilmiş iken Tasarı'da bu ifade yer almamaktadır.
- Tasarı'da, istihdam bakımından bazı düzenlemeler de bulunmakta olup ücretlerde vergi indirimi getirilmektedir. Buna göre, asgari ücretin yıllık tutarının, mükellefin kendisi için % 50'si, çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eşi için % 10'u, çocukların her biri için



ayrı ayrı olmak üzere ilk iki çocuk için % 7,5'i, üçüncü çocuk % 10'u oranında ücrette özel vergi indirimi uygulanacaktır. Gelirin kısmi döneme ait olması halinde, ay kesirleri tam ay sayılarak, bu süreye isabet eden indirim tutarları esas alınacaktır. İndirim tutarının tespitinde mükellefin, gelirin elde edildiği tarihteki medeni hali ve aile durumu esas alınacaktır. İndirim, bu oranlara göre hesaplanan tutarları aşmamak kaydıyla, ücret geliri elde eden aile fertlerinden her biri için ayrı ayrı, çocuklar için ise eşlerden yalnızca birisinin gelirin üzerine uygulanacaktır. Boşananlar için indirim tutarının hesabında, nafakasını sağladıkları çocuk sayısı dikkate alınacak ve özel indirim, teşvik amaçlı her türlü diğer indirim ve istisnadan önce uygulanacaktır.

- Tasarıda bir başka önemli alan vergi güvenlik müesseseleridir. Bunlardan bir tanesi emsal kira bedeli uygulamasının bazı hallerde sona erdirilmesidir. İkamet amacıyla kullanılan tek konutun elden çıkarılmasından doğan kazançlar vergiden istisna edilmektedir. Bu kapsamda, kira gelirleri için eşin anne ve babasının kullanımına bedelsiz olarak tahsis edilen konutlarda emsal kira bedeli esas uygulamasından vazgeçilmekte, çocuk tanımının kapsamı genişletilmektedir. Kardeşler ve anne babasını kaybetmiş kardeş çocukları da kanunun uygulanmasında mükelleflerin kendi çocukları gibi vergi indirimlerinden yararlanılacaktır.
- Tasarıda bir başka önemli gelişme yıllardır hep konuşulan fakat bir türlü gerçekleştirilmeyen istisnaların kısmen daraltılmasıdır. Bu alanın üzerinde daha fazla çalışmak gerekmektedir. Bu kapsamda kentsel rantların ve sermaye kazançlarının vergilendirilmesindeki istisnalar azaltılmakta olup, taşınmazlar, pay senetleri, ortaklık hakları ve hisselerinin elden çıkarılmasından sağlanan kazançlar, elde tutma süresine göre kademeli olarak istisnaya tabi tutularak vergilendirilecektir.
- Tasarıda hizmet ihracına yönelik teşvikler yer almaktadır. Yapılan Ar-Ge harcamalarının tamamı beyanname üzerinden indirilebilecektir.
- Tasarıda yer alan başlıca vergi güvenlik önlemleri şöyle belirlenebilir: Emsal kira bedeli esas; Örtülü sermaye; Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı; Kontrol edilen yabancı kurum kazancı; Zararlı vergi rekabetine yol açan ülkelere yapılan ödemelerde vergi kesintisi; Kat Mülkiyeti Kanununa göre oluşturulan yönetimler, her türlü iş hanı ve toplu iş yönetimlerine vergi kesintisi yapma sorumluluğu.

- Tasfiye, birleşme, bölünme ve devirlerle ilgili olarak Tasarı'da herhangi bir değişiklik öngörülmemektedir. Taslakta “Mahallin en büyük mal memuru” ifadesinin “Vergi dairesi başkanı, vergi dairesi başkanlığı kurulmayan yerlerde defterdar” olarak değiştirildiği görülmektedir.
- Taşınmazlar çerçevesinde, satıştan doğan kazançta uygulanacak gelir vergisi istisna oranları; iki yıldan sonra satıştan doğan kazançlarda % 40.2, üç yıldan sonra satıştan doğan kazançlarda % 50.3, dört yıldan sonra satıştan doğan kazançlarda % 60, beş yıldan sonra satıştan doğan kazançlarda % 75 olacaktır. Satış bedelinin, satışın yapıldığı yılı izleyen ikinci takvim yılı sonuna kadar tahsil edilmesi gerekmektedir. Kaynak kuruluşlar tarafından, taşınmazların kira sertifikası ihracı amacıyla varlık kiralama şirketlerine satışından doğan kazançlar için bu oran sıfır olarak uygulanacaktır.
- Teknolojik gelişmeler ışığında kanunların uyarlaması amacıyla her türlü elektronik ortam veya alan adlarının kiralamasından elde edilen iratların gayrimenkul sermaye iradı olduğu hükme bağlanmaktadır.
- Ticari faaliyet kapsamında elde edilip vergi kesintisine tabi tutulmuş olan kazanç ve iratlar, ticari kazançla ilişkin hükümler çerçevesinde kazancın tespitinde dikkate alınacak ve kesinti suretiyle ödenmiş olan vergiler, kazançların beyan edildiği beyannamelerde hesaplanan vergiden mahsup edilecektir.
- Ticari işletmelere dahil bulunan, düzenlemenin menkul ve gayrimenkul sermaye iradına konu olan varlıklar bölümünde yer alan kıymetlerin elden çıkarılması dahil olmak üzere bu kıymetlerden elde edilen gelir ticari kazanç kapsamında bulunacaktır.
- Ticari kazancın kapsamına bakarsak: Maden, taş ve kireç ocakları, kum ve çakıl üretim yerleri ile tuğla ve kiremit harmanlarının işlenmesinden, özel okullar ile hastane, laboratuvar, bakımevi ve benzeri yerlerin işletilmesinden, dış protezciliğinden, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası araçlarının alım satımı dahil, ticari bir organizasyon çerçevesinde borsalarda doğrudan kendi nam ve hesabına veya borsa komisyoncusu, borsa ajanı ve benzerleri aracılığıyla kendi hesabına alım satım yapanlarca bu işlerden, satın alınan veya trampa suretiyle iktisap olunan arazinin iktisap tarihinden itibaren 5 yıl içinde parsellenerek bu süre içinde veya daha sonraki yıllarda kısmen veya tamamen satılmasından, ticari bir organizasyon çerçevesinde taşınmaz

alım satımı ve inşası işleriyle uğraşanların bu faaliyetlerinden elde edilen kazançlar ticari kazanç sayılacaktır.

- Ticari kazanç kapsamında ticari bir organizasyonun varlığının saptanmasında, Tasarı'da, bir faaliyetin ticari muhasebeyi gerektirecek hacim ve önemde olması ya da faaliyetin özelliğine göre işin, sermaye veya yer tahsisi, personel istihdamı, reklam ve tanıtım gibi pazarlamaya yönelik işlemlere girilmesi, dış kaynak temini, işe mahsus makine ve araç tedariki gibi suretlerle yürütülmesi halleri esas alınmaktadır. "Gibi" eki sebebiyle ihtimaller artabilecektir.
- Ticari kazanç ve gerçek usulde vergilendirilen zirai kazanç sahipleri ile serbest meslek erbabı, ticari, zirai ve mesleki faaliyetlerinden kazanç temin etmemiş olsalar bile, yıllık beyanname vereceklerdir. Bu hüküm şirketlerin faaliyet ve tasfiye dönemlerine şamil olmak üzere kolektif şirket ortakları ile komanditeler hakkında da uygulanacaktır.
- Türkiye'de kalma süresi üç tam yılı aşan iş adamları, uzmanlar, memurlar, basın ve yayın çalışanları tüm kazançları üzerinden vergilendirilecektir. Böylece vergi tabanı genişletilmiş olmaktadır.
- Yatırım teşvik sistemi kapsamında yürütülen indirimli kurumlar vergisi uygulaması indirimli gelir vergisi adı altında yer almaktadır. Bu çerçevede, sosyo-ekonomik gelişmişlik düzeyine göre belirlenen iller için yürütülmekte istihdam teşvikleri sürecektir.
- Yeni Gelir Vergisi Tasarısı'nın 10. maddesi ticari kazançları tanımlamakta olup, söz konusu madde gelir ve kurumlar vergisi maddelerinin birleştirilmesiyle oluşturulmuştur. Farklı olarak bazı ilavelerin söz konusu olduğu görülmektedir. Maddenin 1-8. bentleri gelir vergisi; 9-11. bentleri ise kurumlar vergisi mükelleflerini kapsamaktadır. Maddenin 2. fıkrasının (b) bendine özel okullar ve hastanelerin yanı sıra laboratuvar, bakımevleri ve benzeri yerler eklenerek bu faaliyetle de ticari kazanç olarak tanımlanmıştır. Ayrıca maddede ticari organizasyondan ne anlaşılması gerektiği tanımlanmıştır. Daha önce Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 81/son fıkrasında yer alan faaliyetine devam eden bir ticari işletmenin kısmen ya da tamamen satılmasından veya ticari işletmeye dahil amortismanına tabi iktisadi kıymetlerin elde elden çıkarılmasından sağlanan kazançların ticari kazanç sayılacağı hükmü mevcut tasarının 10/5. fıkrasına taşınmıştır.
- Yıllara yaygın inşaat ve onarma işlerinde daha önce sadece işin bitimi-

ne ilişkin açıklama varken Tasarı'da yıllara yaygın inşaat ve onarma işinin ne zaman başlaması gerektiğine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Daha önce muktezalarla düzenlenen bu alan netleştirilmiştir. Buna göre: Sözleşmede yer teslim tarihi belirlenmiş ise bu tarih; Belirtilmemiş ise sözleşmede belirtilen işin başlangıç tarihi; Sözleşmede yer teslimi ve işin başlangıç tarihi belirtilmemiş ise sözleşme tarihi inşaat ve onarım işinin başlangıç tarihi olarak kabul edilecektir.

- Yıllara yaygın inşaat ve onarma işlerinde vergileme prensiplerini belirleyen mevcut düzenleme yeni tasarıda esas itibarıyla devam etmektedir. Fakat, daha önce madde metninde bulunmayan bazı hususlar mevcuttur. Mesela, önceden tali mevzuat ile düzenlenen yıllara sari inşaat ve onarma işlemlerine ilişkin avanslar dahil hak ediş badelerinin değerlendirilmesinden doğan gelirlerin, elde edildiği yılın kazancı sayılacağına ilişkin düzenleme artık bir madde metni haline gelmiştir. 2. fıkrada yer alan bu düzenlemeye göre, hak ediş bedelleri (avanslar dahil) değerlendirilmesi sonucu oluşan mevduat faizi, repo vb. gelirler söz konusu bu kazançların elde edildiği yılın kazancı sayılacak ve aynı yıl inşaatın bitimi beklenmeksizin vergilendirilecektir. Burada eksik olan husus kur farklarının belirtilmemiş olmasıdır. Bu nedenle, bu hususun mevcut idari görüşlere paralel olarak hak edişin bir unsuru olarak dikkate alınacağını ve aynı şekilde vergilendirileceği düşünülmelidir. Bununla birlikte bu tür bir anlayışın hukuka aykırı olduğunu da unutmamak gerekir.
- Yıllık beyanname üzerinden hesaplanan vergiler bakımından mahsuplar da yapılabilecektir. Geçici vergilendirme dönemi içinde elde edilen gelirler üzerinden kesinti yoluyla ödenmiş vergilerin bulunması halinde bu vergiler, o dönem için hesaplanan geçici vergi tutarından da mahsup edilebilecektir. Kesinti yoluyla ödenen vergilerin hesaplanan geçici vergiden mahsup edilemeyen kısmı geçici vergi dönemleri için iade edilmeyecektir.
- Yıllık beyanname, gerçek kişiler tarafından takvim yılını izleyen yılın Şubat ayının başından yirminci günü akşamına kadar; kurumlar tarafından ise hesap döneminin kapandığı ayı izleyen üçüncü ayın başından yirminci günü akşamına kadar tarha yetkili vergi dairesine verilecek veya taahhütlü olarak posta ile gönderilecektir. Takvim yılı içinde Türkiye'yi terk edenlerin beyannameleri terke takaddüm eden 15 gün içinde; ölüm halinde ise ölüm tarihinden itibaren 4 ay içinde verilecektir.

- Yıllık beyannameyle bildirilen gelir veya kazanç üzerinden tahakkuk ettirilen gelir vergisinin ödeme süreleri de değiştirilmektedir. Tasarıya göre gelir vergisi, gerçek kişiler tarafından Şubat ve Haziran aylarında olmak üzere iki eşit taksitte, kurumlar tarafından beyanname verilmesi gereken ayın sonuna kadar ödenecektir.
- Yine uzun yıllardır konuşulan 183 gün kuralı sistemimize girmektedir. Türkiye’de kalma kriteri takvim yılı yerine on iki aylık dönem şeklinde değiştirilmektedir.
- Yüz ve daha az sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde en fazla iki, yüzden fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en fazla dört amatör sporcu için uygulanmak üzere, her yıl ulusal yarışmalara iştirak ettiklerinin belgelenmesi şartıyla amatör sporcu çalıştıranların, bu sporculara ödedikleri ücretlerin asgari ücretin iki katını aşmayan kısmının üzerinden hesaplanan tutar vergiden mahsup edilecektir. Mahsup edilecek kısmın fazla olması halinde iade yapılmayacaktır.

## 9. Sonuçlar veya Yapılamayan Başlangıçlar

Bütün bu değişiklikler farklı bakış açılarına göre olumsuz veya olumlu olarak değerlendirilebilir. Fakat görülen Devletin yeni düzenlemeler sonrasında gelirlerinin artacağıdır. Bu aynı zamanda mükelleflerin ödeyeceği vergilerin artması, gelirlerinin ise azalacağı anlamına gelmektedir. Oysa vergi tabanının genişletilip, vergi oranlarının düşmesi, gerekli teşvik ve desteklerin sağlanması temel vergi politikası olmalıdır.

Vergi sistemimizin en önemli ihtiyacı vergi ve hukuku birlikte düşündürmektir. Yoksa sürekli yeni vergi tasarıları hazırlamak, bazı yenilikler getirmek, sözler vermek tek başına çözüm değildir. Daha sonraki uygulamalar buna paralellik arz etmedikçe sistem bir süre sonra etkisini yitirmektedir. Yıllardan beri olan durum da budur. Maliye İdaresi’nin kanunları yorumlarken, uygulamaları yerine getirirken, mükellefleri incelerken hukuk kurallarına uyması gerekir.

Oysa başta Vergi Usul Kanunu olmak üzere hemen bütün vergi kanunlarında oldukça çok sayıda hukuka aykırılık bulunmaktadır. Bugün yazı konusu yaptığımız Gelir Vergisi Tasarısında da aynı hukuka aykırılıklar, muğlak ifadeler, İdare’nin daha sonra düzenleyeceği alanlar yine varlığını sürdürmektedir.

Bu nedenle yeni vergi tasarılarından daha önemli olan bazı hususlarda gelişmelere ihtiyaç bulunmaktadır. Bunları temel olarak şöyle belirtebiliriz:

1. Sürekli yapılan değişiklikler hem sistemi bozmaya devam etmekte, hem de karmaşık bir mevzuatın oluşmasına yol açmaktadır. Vergi Kanunları sadece yıllık olarak çıkarılacak bir malî kanunla değiştirilmeli, sene içerisinde vergi kanunlarında değişiklikler yapılmamalıdır. Bu sayede hem vergi kanunlarına güven, hem de yabancı yatırımcıların daha kolay ülkemize gelmeleri sağlanacaktır. Bu uygulama modern devletlerde yapılmakta olup, mükelleflerin vergi güvenliği açısından son derece önemlidir. Ayrıca torba kanun uygulamasından da vazgeçilmeli, kanun metinlerinde ifadeler hatasız olmalıdır.
2. Buna bağlı olarak vergi idaresinin genel tebliğler, sirkülerler, iç genelgeler veya başka adlarla getireceği alt düzenlemelerin de kanun yapma boyutunda olmaması, kanunda yer almayan açıklamalar getirmemesi, sadece kanunların ne şekilde uygulanacağını göstermesi gerekir. Bu temel anayasal bir ilkedir. Ayrıca bu düzenlemelerde kanunla çelişen ifadeler olmaması sağlanmalıdır. Bu konudaki bir başka problem bu tür düzenlemelerin birleştirilmesi sebebiyle değişikliklerin izlenmesinin önlenmesidir.
3. Anayasa m.73/4'te yer alan Bakanlar Kuruluna verilen yetki ile ilgili son paragraf acil bazı durumlar dışında kaldırılmalıdır. Aksi halde yürütme organı da özellikle istisna ve muafiyetler yoluyla T.B.M.M. tarafından yapılması gereken bir görevi sürdürmektedir.
4. Vergi Kanunlarını yeniden oluşturulması öncesinde ve sırasında izlenecek vergi politikalar belirlenmeli en azından bazı temel prensipler kabul edilmelidir. Bu konuda özellikle belirlenecek politikalarla ilgili olarak varılacak sonuçlarda gerekli etki analizleri mutlaka yapılmalıdır. Bu tür politikalar belirlenmişse bunların kamuoyuna açıklanması gerekir.
5. Mükelleflerce sürekli yargıya taşınan ve İdare aleyhine karar verilen hususlarda çalışmalar yapılarak çözüm getirilmeli, yargı sürekli meşgul edilmemelidir.
6. Vergilerini geciktiren mükellef bakımından müeyyide söz konusu iken hukuka aykırı alınan vergilerin yargı kararı sonrası ödenmesinde bu denge mükellef aleyhine bozulmaktadır. Bu durum adalet duygusunu rencide ettiği gibi, bu haksızlık vergi kaçırma konusunda mükellefin de gerekçesi olabilmektedir. Devletin hukuka aykırı olarak aldığı bu vergilerin iadesi sırasında mükellefe bu işlemden dolayı uğradığı zararın devlet tarafından ödenmesi gerekmektedir.

7. Bu konuda mevzuat eksiklikleri yargı kararlarıyla giderilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin kararları kapsamında, idarenin hukuka aykırı davranışları karşısında uğranılan zararlar hukuk devleti ilkesi kapsamında tazminat yoluyla giderilmelidir.
8. Bir hukuk devletinde mükelleflerin ödevleri yanında hakları da bulunmaktadır. Bu haklar İdare tarafından da gözetilip korunmalı, mükellefler haberdar edilmelidir. Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından bu konuda yapılan açıklamalarda da bu husus vurgulanmaktadır. Örneğin, İdare mükellef ilişkilerinde saygılı ve dürüst olma, aklın rehber edinilmesi, adalet, tarafsızlık ve hukukun üstünlüğü prensiplerinin ilke edinilmesi, vergilerin kanunlarla konulması gerektiği, kanunları uygulayacak birimlerin yeterli ve nitelikli olması bunlar arasındadır. Bununla birlikte uygulamada mükellef hakları neredeyse yoktur.
9. Bu kapsamda belirtilmesi gereken bir başka nokta yapılacak inceleme ve aramalarda sadece ülkemizin mevcut Anayasa, kanun ve diğer mevzuat hükümlerinin değil uluslararası nitelikte belgelerin de geçerli olduğudur. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu, imzalayarak kabul ettiği ve böylece sonuçlarına uymayı taahhüt ettiği sözleşmeler de konumuz bakımından bağlayıcıdır. Bunların başında da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) gelmektedir. Burada yer alan hükümler ve özellikle adil yargılanma hakkı kapsamında mükelleflerin de sahip olduğu bazı haklar inceleme ve aramalarda da geçerlidir. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararları da ülkemiz bakımından bağlayıcıdır. Bu nedenle özellikle konumuz bakımından inceleme ve arama söz konusu olduğunda bu hususların da idare, mükellef ve yargı tarafından dikkate alınması ve uygulanması gerekmektedir.
10. Bu çerçevede vergi ilişkisinin bütün tarafları bakımından gerekli dış eğitimlerin verilmesi ve bütün vergi kanunlarının mükellef haklarıyla uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

Siz var olan şeyleri görür ve şöyle dersiniz: Neden?

Oysa ben olmayan şeyleri hayal eder ve derim ki: Neden olmasın?

**George Bernard Shaw** (1856 - 1950), *“Back to Methuselah”* (1921)





*Özel Hukuk*



# Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi

Süheylâ BALKAR BOZKURT\*

*“Renvoi is a subject loved by academics, hated by students and ignored (when noticed) by practicing lawyers including judges”<sup>1</sup>.*

## ÖZET

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin ihtilafların birden fazla ülkenin hukuk sistemini ilgilendirmesi halinde, hangi ülke hukukunun uyumsuzlıkla daha sıkı irtibatta olduğunu belirlemek suretiyle uyumsuzlığa uygulanacak hukuk sorununu çözüme kavuşturmak için kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulur. Bu kuralların uygulanışı esnasında uygulanacak hukuk olarak belirlenecek ülke hukukun hangi kapsamda uygulanacağı sorunu ise doktrinde “renvoi” yani “atıf teorisi” kurumunu yaratmıştır. Uluslararası özel hukukun belki de en tartışmalı konusunu teşkil eden bu kavramın, bazı ülkelerde reddedildiği, buna karşılık, kabul edildiği ülkelerde ise birbirinden farklı hukuki meselelerde ve farklı derecelerde uygulandığı görülmektedir. Bu çalışmada, atıf kavramının tarihi geçmişi, işlevi, amacı ve türlerinin incelenmesinin yanı sıra, karşılaştırmalı hukukta ve özellikle Türk hukukunda atıf teorisinin hangi hukuki meseleler açısından ve ne ölçüde kabul edildiği de belirtilmiş ve gerektiği yerde kuruma ilişkin değerlendirmeler de yapılmıştır.

\* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> “Atıf, akademisyenler tarafından sevilen, öğrenciler tarafından nefret edilen ve hakimler de dahil, hukuku uygulayanlar tarafından farkına varıldığı takdirde ise görmezden gelinen bir konudur”: Martin DAVIES/ Geoffrey RICKETSON/ Sam LINDELL: Conflict of Laws: Commentary and Materials, 1997, s. 379.

**Anahtar kelimeler:** Atıf, Renvoi Teorisi, Uluslararası Özel Hukuk, İade Atıf, Devam Eden Atıf, Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sistemi.

## **Never Ending Issue of Private International Law: The Renvoi Theory – Its Application and Evaluation**

### **ABSTRACT**

It is seen that sometimes judges apply in international disputes, beside his conflict of laws rules, the rules of conflict of laws of a foreign country. Behind the adoption of this application in different legal systems, there is an aim to ensure the harmony of the international judgements, as well as the aim of achieving some practical benefits. In French Law, these aims and benefits have given rise to the most theoretically challenging concept of private international law: the renvoi theory. This emergence has followed similar practices in different countries and as a result the famous doctrine of renvoi has maintained its controversial position until today. In this study, we will first present the historical background and different types of renvoi. Then, we will try to precise the legal areas of its application and its rejection. We will also look into the perspectives of the various countries about the renvoi problem and finally conclude with the detailed analysis and evaluation of the Turkish legal system's point of view concerning renvoi theory.

**Keywords:** Renvoi, Conflict of laws, Private International Law, Turkish Private International Law System, Remission, Transmission.

## **GİRİŞ**

Bazı uyuşmazlıklarda hakimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarının dışında, yabancı bir ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarını uyguladığı görülmektedir. Böyle bir uygulamanın farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde benimsenmesinin ardında uluslararası karar ahengini sağlamak olduğu kadar, bazı pratik yararlarla ulaşma amacı da bulunmaktadır.

Fransız Hukukunda bu yararlar *renvoi* yani atıf müessesesinin ortaya çıkışına sebep olmuştur. Bu ortaya çıkışı, farklı ülkelerdeki benzer uygulamalar takip etmiş ve sonuç olarak atıf varlığını ve doktrindeki tartışmalı yerini koruyarak günümüze dek gelmiştir.

Atıf, uluslararası niteliğe sahip uyuşmazlığa bakan hakimin, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan yabancı hukukun uygulanmasında, doğrudan bu hukukun iç hukukunu yani maddi kurallarını değil, kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alıp, bu kurallar uyarınca yetkili olan hukuku belirlemesi ve uygulamasıdır. Uluslararası Özel Hukukun ortaya çıktığı tarihten bu yana

hakkında en fazla doktrinel tartışma yapılmış olan bu teori, kimi zaman uluslararası özel hukukun baş belası<sup>2</sup> olarak nitelenmiş, kimi zaman da “kavramın doğası itibariyle mantıksız”<sup>3</sup> olduğu ileri sürülerek hep bir köşeye atılmış, ancak ne tam anlamıyla vazgeçilmiş, ne de tümüyle sahiplenilmiştir. Doktrinde birçok haklı eleştiriye maruz kalmasına rağmen bunca zaman varlığını sürdürebilen ve halen dahi tartışılıyor olması çok anlamlı olan atıf, bu sebepten ötürü hukuk çevrelerince “sfenks”e bile benzetilmiştir<sup>4</sup>.

Uluslararası doktrinde tartışmalar yaratan bu karmaşık teoriye ilişkin sorulması gereken soruların başında, atıf kurumunun uluslararası niteliğe sahip uyumsuzluklarda uygulanmasının gerekip gerekmeyeceğinin yanı sıra, uygulanmasında menfaat görülüyorsa bu menfaatlerin neler olduğu ve bu kurumun hangi alanlarda uygulanmasının kabul edilebilir, hangi alanlarda ise kabul edilemez olduğu gibi sorular gelmektedir.

Çalışmamız işte bu soruların yanıtlarını, *renvoi* ya da *atıf teorisinin* ilk ortaya çıktığı tarihten bu yana kaydettiği gelişmeler ışığında, karşılaştırmalı ve uluslararası hukuk temelinde bulmaya çalışacak ve doktrinin ve uygulamanın bu çok tartışmalı hukuk teorisine bakış açısı, kişisel görüşlerimizin de belirtildiği değerlendirmeler neticesinde ortaya konacaktır.

## I. Atıf Kavramı ve Tarihi Gelişimi

### A) Atıf Kavramının Tanımı ve Uluslararası Özel Hukuk'taki Yeri

Bir olay veya ilişki birden çok hukuk düzeni ile temas halinde bulunuyor ise, diğer bir deyişle bir yabancılık unsuru veya uluslararası nitelik taşıyorsa, bu olay veya ilişkiye hangi hukuk düzeninin uygulanacağı sorunu ortaya çıkar<sup>5</sup>. Yabancılık unsuru taşıyan olay ve ilişkilere, bu nitelikleri göz ardı edilip doğrudan uyumsuzluğa vaziyet eden mahkemenin maddi hukukunun uygu-

<sup>2</sup> Robert SHARPE: “*The Multiple Uses of Renvoi in Rule and Interest Analysis-Based Choice-of-Law Regimes*”, <http://ssrn.com/abstract=1623923> ; Thomas A. COWAN: “*Renvoi Does Not Involve a Logical Fallacy*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 87, 1938, s. 34 vd.

<sup>3</sup> Andrew LU/ Lee CARROLL: “*Ignored No More: Renvoi and International Torts Litigated in Australia*”, *Journal of Private International Law*, N.1, 2005, s. 35 vd.

<sup>4</sup> David Alexander HUGHES: “*The Insolubility of Renvoi and Its Consequences*”, *Journal of Private International Law*, Vol.6, N.1, 2010, s. 196; Martin DAVIES: “*Renvoi and Presumptions About Foreign Law*”, *30 Melbourne University Law Review*, 2006, s. 244-245.

<sup>5</sup> Ergin NOMER: *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, 2013, s. 5.

lanması, adil ve uygun bir çözüm olmayacağı için kabul edilemez. İşte bu noktada uluslararası özel hukuku ilgilendiren bir problem ortaya çıkmaktadır. Bu problem, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yetkili hukukun nasıl tespit edileceği sorunudur ve bu sorun her ülkenin kendi milli hukuk sisteminin bir parçası olan “*kanunlar ihtilafı kuralları*” veya “*bağlama kuralları*” adı verilen kurallar ile çözüme ulaştırılmaktadır<sup>6</sup>.

Bağlama kuralları aracılığı ile yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanacak yetkili hukukun tespit edilmesi kanunlar ihtilafı sisteminin ilk aşamasıdır. Bu aşamadan sonra ortaya çıkacak ikinci mesele, yetkili hukuk olarak tespit edilen hukukun (*lex causae*) uyuşmazlığa uygulanacak kurallardan ne anlaşılması gerektiğidir<sup>7</sup>. Zira Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenen yetkili hukukun yabancı hukuk olması halinde, bu hukukun uygulanması, uluslararası özel hukukun en teorik ve karmaşık kavramı olan ve çalışma konumuzu teşkil eden “*atf*” sorununu ortaya çıkarmaktadır.

Gerçekten de atf teorisi, kavramın ortaya atıldığı ilk zamandan beri varlığı, amacı ve gerekliliği uluslararası doktrinde en çok tartışma konusu yapılmış olan uluslararası özel hukuk problemidir<sup>8</sup>. Ancak bu problem yalnızca kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen yetkili hukukun yabancı bir hukuk olması durumunda söz konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle, atf problemi ancak *for* hukukunun, bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen ülke hukukundan farklı bir ülke hukuku olması halinde söz konusu olabilecektir. Zira *for* hukuku aynı zamanda uygulanacak hukuk olarak bulunan hukuk ise ortada atf sorunu olmayacaktır<sup>9</sup>. Şöyle ki; mutad meskenleri Türkiye’de olan Türk kadın ile Yunan kocası arasındaki boşanma davasında yetkili hukuk, MÖHUK<sup>10</sup>. md. 14/f.1 uyarınca Türk hukukudur. Türk hakimi, önüne gelen böyle bir davada artık hiç tereddütsüz Türk Medeni Kanunu’nun boşanmaya

6 Kanunlar ihtilafı kuralları yöntemi ve bu kuralların özellikleri için bkz. Süheylâ BALKAR, Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’na sunulmuş yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2002, s. 14-18.

7 Aysel ÇELİKEL/ Bahadır ERDEM: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2014, s. 111; Rona AYBAY/ Esra DARDAĞAN: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, Kanunlar İhtilafı, İstanbul, 2005, s. 141 vd.

8 Vahit DOĞAN: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2013, s. 179.

9 Pierre MAYER/ Vincent HEUZE: Droit International Privé, Paris, 2001, s. 147.

10 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, RG: 12 Aralık 2007 – 26728.

ilişkin hükümleri uyarınca davayı görecektir. Oysa aynı netlik yetkili hukukun yabancı bir hukuk olması durumunda bu denli mevcut değildir. Zira böyle bir durumda açıklığa kavuşturulması gereken öncelikli mesele, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmak üzere gösterdiği yabancı hukuktan anlaşılması gerekenin, bu hukukun doğrudan iç maddi hukuku mu yoksa kanunlar ihtilafı kurallarının oluşturduğu uluslararası özel hukuk kuralları mı olduğudur. İşte bu mesele kısaca, *for* hukuku kanunlar ihtilafı kurallarınca, *lex causae* olarak belirlenen yabancı hukuka yapılan atfın, o yabancı hukukun Medeni Kanun, Borçlar Kanunu gibi maddi hükümlerine mi yoksa o hukukun kendi uluslararası özel hukuk kurallarına mı yapıldığı meselesidir. Bu sebeptir ki, “*atf*” ya da doktrine fransızca olarak yerleşmiş tabiriyle “*renvoi*”, bir kanunlar ihtilafı yöntemi teorisisidir.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere atf, uluslararası niteliğe sahip bir uyuşmazlığa bakan hakimin, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan yabancı hukukun uygulanmasında, doğrudan bu hukukun iç hukukunu yani maddi kurallarını değil, kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alıp, bu kurallar uyarınca yetkili olan hukuku belirlemesi ve uygulamasıdır- ki bu hukuk kimi zaman hakimin hukuku (*iade atf*), kimi zaman üçüncü bir devletin hukuku (*devam eden atf*) olarak da karşımıza çıkabilmektedir.

Hemen belirtelim ki, gerek 1982 tarihli 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>11</sup>, gerek günümüzde yürürlükte olan 2007 tarihli 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, gerekse her iki kanundan evvelki dönemdeki uygulamalar<sup>12</sup> atf kavramının bizim hukukumuzda da kabul edildiğini göstermektedir<sup>13</sup>.

11 20.05.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, RG: 22 Mayıs 1982 – 17701.

12 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 129 vd.

13 Buna mukabil, doktrinde AYBAY/ DARDAĞAN tarafından ileri sürülen farklı bir görüş mevcuttur. Bu görüş, 2675 sayılı MÖHUK'un hazırlık çalışmaları boyunca “*atfın reddi*” eğiliminin egemen olduğunu, atfı reddeden İstanbul Ön tasarısı ile Hükümet Ön tasarısında, Danışma Meclisi Adalet Komisyonu tarafından sonradan yapılan değişikliğin aslında köklü bir değişiklik olarak ve bilhassa atfın kabul edilmesi şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazarlara göre, kanun metninde kullanılan dilin, hukuk tekniği ve Türkçe ifade bakımından başarılı bir tercih olmamasından ötürü, mevcut kanun hükmü yanlış anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kanunda aslında “*atfın reddi*” görüşünden vazgeçilmiş olunmadığını ve mevcut ön tasarılar eklenmiş ifadelerin sadece konuya açıklık getirme amacı taşıdığını savunan değerli hukukçular, bu iddialarını gerek 2675 sayılı kanunun hazırlık çalışmalarında yapılan tartışmalara ve ortaya çıkan tasarlara, gerekse eserlerinde detaylı bir biçimde ifade

## B) Atıf Teorisinin Tarihi Gelişimi

Uluslararası Özel Hukukta atıf teorisinin tarihi gelişimi açısından iki ülke hukuk uygulaması öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki, kavramı ilk olarak teorik bazda ortaya atan ve bir dizi kararla uygulamaya koymuş olan Fransız hukukudur. İkincisi ise, atıf teorisini daha önceki bir tarihte bazı kararlarında uygulayan ancak bunu açıkça ve genel bir uygulama olarak benimsemediği görülen İngiliz hukukudur<sup>14</sup>.

Uluslararası özel hukuk doktrininde *renvoi* terimiyle yeknesak bir isme kavuşan atıf teorisi, Fransız Yargıtayı'nın 24 Haziran 1878 tarihinde verdiği bir karara dayanmaktadır<sup>15</sup>. Bu karar, uluslararası doktrinde “*Forgo Kararı*” olarak bilinmektedir. Bu kararda, Fransız Yargıtayı'nın belli bir amacı sağlamak uğruna kanunlar ihtilafı yönteminin genel işleyişine atıf teorisini adapte etmek suretiyle müdahalesi söz konusu olmuş ve istenilen amaç bu şekilde gerçekleştirilmiştir.

*Forgo Kararı*na kısaca göz atmak gerekirse: Forgo, annesine bağlı olarak Bavyera vatandaşı (Almanya'nın birleşme öncesi dönemi) olan evlilik dışı bir çocuk olup, beş yaşından itibaren Fransa'da ikamet etmekteydi. 68 yaşında Fransa'da ölen Bay Forgo, hiçbir zaman Bavyera'da bulunmamış ve ölüncüye dek hep Fransa'da ikamet etmişti. Öldüğünde hiçbir mirasçısı olmayan Bay Forgo, bir kısmı paha biçilmez tabloların da içinde bulunduğu kültür hazinelerinden oluşan muazzam değerde taşınır terekeyi ardında miras bırakmıştı. Asıl olan mesele, bu çok değerli taşınır mirasın kime ait olacağı meselesiydi. Forgo'nun mirasçısız terekesinin intikali hususunda Fransız hazinesi ile Forgo'nun annesinin Bavyera'daki civar hısımları arasında bir uyuşmazlık çıktı. Uyuşmazlığa bakan mahkeme, Bordeaux Mahkemesi olduğundan, konuya Fransız kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktı. Bu hukuk uyarınca taşınır miras, ölenin hukuki ikametgâhı hukukuna tabi tutulmaktaydı. Bay Forgo ise, her ne kadar hayatı boyunca Fransa'da yaşamış olsa da, hiçbir zaman Fransa'da hukuki ikametgâh (*domicile de droit*) edinmemişti, zira Fransa onun sadece fiili ikametgâhıydı (*domicile de fait*). Bu bağlamda Fransız hakimi, hukuki ikametgâhı halen Bavyera sayılan Bay Forgo'nun taşınır terekesine, Bavyera Hukukunu uygulamış ve bunun sonucunda annesinin Bavyera'da-

---

ettikleri gibi, Türkçe dilinin kullanım kurallarına dayandırmaktadırlar. Bu hususa ilişkin bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 155-158.

14 ÇELİKEL/ERDEM, s. 115-117; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN FİGANMEŞE: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2014, s. 52.

15 10 Clunet, 1883, s. 64.



ki civar hısımları bu kıymetli miras üzerinde hak sahibi olmuştu. Bordeaux Mahkemesinde bu şekilde sonuçlanan dava, Fransız Hazinesinin davayı temyize götürmesi üzerine Yargıtay tarafından yeniden değerlendirildi. Fransız mahkemeleri, uyuşmazlığı bir şekilde Fransız Hukukuna bağlayabildikleri takdirde bu değerli mirasın Fransız Hazinesine kalacağını biliyorlardı. Zira Fransız Hukukunda yer alan kanuni düzenleme (Fransız iç maddi hukuku) uygulandığında, Bay Forgo'nun taşınır mirasının hak sahibi Fransız Hazinesi olacaktı. Peki ama uyuşmazlık ile Fransız Hukuku arasındaki bağlantı ne olabilirdi? İşte bu sorunun cevabı aranırken, Fransız mahkemeleri bir bağlantı keşfettiler: Her ne kadar dava Fransa'da açılmış olsa da, bir şekilde uyuşmazlığa Bavyera kanunlar ihtilafı kuralları uygulanabilse, bu hukuk uyarınca taşınır miras hakkında ölenin fiili ikametgâh hukuku yetkili olacağından, uyuşmazlık Fransız hukukuna bağlanabilecek ve böylelikle Fransız Hazinesi terekenin tek sahibi olabilecekti. İşte böyle bir saik içerisinde Fransız Yargıtay'ı, kendi kanunlar ihtilafı sistemi uyarınca yetkili hukuk olan Bavyera Hukuku'nun kanunlar ihtilafı kurallarını nazara alarak, bu hukukun fiili ikametgâhı esas alan bağlama kuralı vasıtasıyla uyuşmazlığı Fransız Hukukuna bağladı ve Bay Forgo'nun kıymetli taşınırlardan oluşan terekesinin Fransız Hazinesine intikalini sağlamış oldu<sup>16</sup>.

Fransız hukukunda *Forgo Kararı* hukuk çevrelerinde eleştirilere uğrasa da, Fransız mahkemeleri sonraki yıllarda da atıf teorisini istikrarlı bir biçimde uygulamaya devam etmiştir. İlk zamanlarda taşınır mirası<sup>17</sup> hakkında uygulanan atıf teorisi, sonradan boşanma ve soybağı hususlarında da tatbik alanı bulmuştur<sup>18</sup>.

İngiliz hukukunda ise atıf teorisinin ilk uygulamaları 1830'lu yıllarda görülmektedir. Fakat bu uygulama Fransa'dakinin aksine hem genel bir benim-

16 Ayrıntılı bilgi için bkz. Henri BATIFFOL/ Paul LAGARDE: *Traité de Droit International Privé*, Paris, 1993, s. 492-493; François RIGAUX/ Marc FALLON: *Droit International Privé*, 2005, s. 229; MAYER/ HEUZE, s. 147-148; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 114; NOMER, s. 143-144; AYBAY/ DARDAĞAN, s. 145-146, dn. 60.

17 9 Mart 1910 tarihli *Soulié* Kararı, Rev. Dr. Int. Pr, 1910. s. 870; 7 Kasım 1933 tarihli *Ben Attar* Kararı, Rev. Crit. 1933, s. 440, note Niboyet; 7 Mart 1938 tarihli *De Marchi* Kararı, Rev. Crit. 1938, s. 472, note Batiffol.

18 10 Mayıs 1939 tarihli ve Fransa'da ikamet eden İngiliz çiftin boşanmasını konu alan *Birchall* Kararı, S. 1942.1.73, note Niboyet; 8 Aralık 1953 tarihli Polonya vatandaşı bir kişinin soybağını konu alan *Sommer* Kararı, Rev. Crit., 1955, s. 133, note Motulsky; 1 Nisan 1954 tarihli İngiliz çiftin boşanmasını konu alan *Bradford* Kararı, Bull. Civ., 1954.II., s. 101; 15 Mayıs 1963 tarihli boşanmaya ilişkin *Patino* Kararı, Rev. Crit., 1964, s. 532, note Lagarde.

seyiŝe ve uygulamaya dönüşmemiŝ, hem de uygulaması Fransız hukukundakinden farklı olmuştur<sup>19</sup>. Ŗöyle ki, İngiliz hukukundaki uygulama, “*Foreign Court Theory*” adı verilen ve atfın kendine özgü bir biçimi olarak karşımıza çıkan bir kavrama dayanmaktadır<sup>20</sup>. Bu teoriye göre İngiliz hakimi, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuku, sanki o ülkenin hakimiyemiŝ gibi uygulayacak ve sanki dava o yabancı ülkede çözüle idi nasıl çözülecek idiyse o şekilde uyuşmazlığı sonuca ulaştıracaktır. Doktrinde ikili atıf (*double renvoi*) veya tam atıf (*total renvoi*) olarak da isimlendirilen bu teorinin<sup>21</sup>, atıf kavramının uluslararası özel hukuk doktrinindeki en karmaşık ve teorik tartiŝması olmasında payı büyüktür.

İngiliz ve Fransız hukuklarını takiben Belçika, Almanya, Avusturya, İsrail, Polonya, Türkiye, Çekoslavya, İspanya, Macaristan, Japonya gibi ülkelerin o yıllardaki yasal düzenlemelerinde de atıf teorisi farklı biçimlerde benimsenmiştir<sup>22</sup>. İsviçre ve Kanada hukuklarında kabul edilmediği görülen atıf teorisine, İtalya, Hollanda, Yunanistan, Brezilya, İskandinav ve Arap ülkeleri ile Amerikan eyaletlerinin büyük bir kısmı da mesafeli durmuŝ ve yasal düzenlemelerinde atfı ya kabul etmemiŝler ya da son derece kısıtlı bir kapsamda düzenlemiŝlerdir. Birinci Dünya Savaŝından sonraki dönemde hazırlanan La Haye Konvansiyonunda atfa yer verildiği (15 Haziran 1955 Tarihli La Haye Anlaşması), buna karşılık İkinci Dünya Savaşı sonrasında akdedilen La Haye Konvansiyonlarında ise atfın reddedildiği görölmektedir<sup>23</sup>.

Göröldüğü gibi, ilk ortaya çıkışından bu yana atıf teorisi ülke hukuk sistemlerinin sadece kabul etmek veya reddetmek şeklinde tavır aldığı bir kavram olmamiŝ, bunun çok ötesine geçerek, değişik mülahazalarla çoğu ülke hukuk sistemlerinin farklı amaç, kapsam ve türler ile somutlaŝarak yasal düzenlemelerinde veya mahkeme içtihatlarında hayat bulmuştur.

Atfın kabul edilmesindeki bu amaç, kimi zaman uluslararası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması, kimi zaman diğer uluslararası özel hukuka ilişkin menfaatlerin gerçekteŝtirilmesi, kimi zaman uluslararası karar ahenginin sağ-

19 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 115 vd.

20 BATIFFOL/ LAGARDE, s. 503-504; RIGAUX/ FALLON, s. 230; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 115 vd.

21 *Foreign Court Theory* kavramına atıf türlerini inceleyeceğimiz bölümde detaylı olarak yer vereceğimiz için, şimdilik böyle kısa bir açıklamayla yetiniyoruz.

22 BATIFFOL/ LAGARDE, s. 495-496; ŖANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŖE, s. 49.

23 BATIFFOL/ LAGARDE, s. 496; MAYER/ HEUZE, s. 148.

lanması ve kimi zaman da *Forgo Kararında* olduğu üzere, tamamen atfı kabul eden ülkenin çıkarlarına<sup>24</sup> hizmet etmesi şeklinde kendini göstermektedir.

## II. Atf Türleri

Fransız hukukunda 19. yüzyılın ikinci yarısında verilmiş olan *Forgo Kararı* sonrası, gerek Fransız, gerekse diğer ülke mahkemeleri atf teorisini belli amaçlar dahilinde farklı şekillerde uygulamışlar ve böylelikle birden fazla atf türü ortaya çıkmıştır. Çalışmamızın bu bölümünde, doktrinde sözü geçen farklı atf türlerini kısaca inceleyeceğiz.

Bu noktada doktrinde FALCONBRIDGE<sup>25</sup> tarafından yapılan ve aslında bu çalışmada ve klasik anlamda kullanılan atfın dışında başka bir atf kategorizasyonundan da bahsetmekte yarar görüyoruz. Şöyle ki: yazara göre atf kavramı aslında birbirinden farklı üç durumda ortaya çıkabilmekte ve bunların her biri de farklı atf kategorisini oluşturmaktadır. Bunlar kural-atf (*rule renvoi*), uygulama atfı (*application renvoi*) ve nitelik atfı (*characterization renvoi*) olarak isimlendirilmiştir<sup>26</sup>. Kural atf olarak nitelenen durumda, atf yapan ve yapılan ülke hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı kuralları birbirinden farklıdır. Uygulama atfında ise, her iki ülkenin de söz konusu uyumsuzluğa ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı aynı fakat kullandıkları bağlama kriterine verilen anlam farklıdır. Örneğin ikametgâh kavramı bir ülkede sadece mutaden oturulan yeri ifade ederken, bir başka ülkede ek bir takım kaydi ve resmi gerekliliklere ihtiyaç duyar. Nitelik atfında ise, iki ülkenin de görünürde kanunlar ihtilafı kuralı aynı olmasına rağmen aslında uyumsuzluğa konu vakıanın nitelendirilmesinde farklılık bulunmaktadır. Nişanın bozulmasının bir hukukta haksız fiil, bir başka hukukta sözleşmeye aykırılık sayılmasında olduğu gibi. İşte atf sorununun çözülmesi sırasında, bu hususlara ilişkin sorunların da öncelikle çözüme kavuşturulması gerekecektir<sup>27</sup>. Bu gibi yan

24 Bu amaç, ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE tarafından “*Forgo kararı detaylı olarak analiz edildiğinde, atf (renvoi) teorisinin milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamaktan ziyade, uygulanmasında menfaat bulunan ülke hukukunun tatbikinin manivelası olma fonksiyonuyla ortaya çıktığını söylemek hatalı olmaz*” demek suretiyle ifade edilmiştir (ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 52, dn. 101).

25 John D. FALCONBRIDGE: “*Renvoi, Characterization and Acquired Rights*”, 17 Canadian Bar Review, s. 369 (1939).

26 FALCONBRIDGE, s. 369.

27 Reid MORTENSEN: “*Troublesome and Obscure; The Renewal of Renvoi in Australia*”, 2 Journal of Private International Law, (2006), s. 1-26.

meseleler ise, atıf kavramının uluslararası özel hukukun neden en çetrefilli ve karmaşık teorisi olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Zira, pek çok hukukçunun değindiği gibi, atıf müessesesinin kabul edilmesindeki temel gerekçe şayet uluslararası karar ahenginin sağlanması ise, böyle bir amacın yukarıda değinilen farklı boyutlardaki yan meseleler karşısında ne ölçüde gerçekleştirilebileceği sorgulanması gereken bir meseledir.

Aşağıda, farklı ülke hukuk sistemlerinde yer alan ve uygulaması olan atıf türlerine kısaca değinilecektir.

### A) Basit Atıf (Renvoi Simple)

Basit atıf, atfın ortaya çıkması ile birlikte farklı ülke hukuk sistemlerinde en çok rastlanan klasik atıf türüdür. Basit atıf kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlar “birinci derece atıf” (*renvoi au premier degré*) ve “ikinci derece atıf” (*renvoi au second degré*) tür<sup>28</sup>.

#### 1) Birinci Derece Atıf (Renvoi au Premier Degré)

Atıf yoluyla bulunan hukukun kanunlar ihtilafı kuralının tekrardan *for* hukukunu göstermesi ve bunun neticesinde *for* hukukunun maddi hükümlerinin uygulanması doktrinde “birinci derecede atıf”, “*single renvoi*”<sup>29</sup>, “*renvoi au premier degré*” olarak isimlendirilmektedir.

Hakimin hukukuna geri gönderme yapılması ve bu hukukun maddi hükümlerinin uygulanmasının sağlanması anlamına gelen bu atıf türü, atıf denildiğinde anlaşılan ve uygulamada en sık karşılaşılan atıf türüdür. Hakimin kendi hukukunu uygulaması için önemli bir araç olan bu atıf için doktrinde durumu daha iyi ifade eden “iade atıf” terimi kullanılmaktadır (*remission/ rückverweisung/rinvio indietro*). Bu atıfta çoğu zaman şöyle bir denklem söz konusudur: *for* hukuku bağlama kriteri olarak milli hukuku kabul ederken, buna binaen yetkisi tesis edilen yabancı hukuk ise ikametgâh prensibini benimsemektedir ve davanın görüldüğü ülke, aynı zamanda uyuşmazlık konusu şahsın ikamet-

28 RIGAUX/ FALLON, s. 230.

29 Doktrinde bazı yazarların *single renvoi*'yı basit atıf ile aynı anlamda kullandığı görülmektedir. Örneğin BHARTI'ya göre, *single renvoi*, *for* mahkemesinin kanunlar ihtilafı kurallarına yetkili olan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun maddi kurallarının uygulanmasıdır. Varılan nokta *for* hukuku ise *remission*, üçüncü bir ülkenin hukuku ise *transmission* ismi alır (Abhishek BHARTI, “*The Concept of Renvoi in the Conflict of Laws*”, June 2008, [http://works.bepress.com/abhishek\\_bharti/1](http://works.bepress.com/abhishek_bharti/1), s. 7).

gâhının da bulunduğu ülke olduğundan ötürü, davada uygulanacak hukuk, hakim hukukunun konuya ilişkin maddi hukuk hükümleri olmaktadır<sup>30</sup>.

Fransız mahkemelerince verilmiş olan *Soulié ve Forgo kararları* Fransız hukukunda çoğunlukla benimsenen bu tür atfın ilk örnekleridir. Genel olarak bakıldığında, özellikle birinci derece atfın çoğu zaman taşınırların (*Soulié Kararı*, 9.3.1910; *Ben Attar Kararı*, 7.11.1933; *De Marchi Kararı*, 7.3.1938) veya bazen taşınmazların miras yoluyla intikali, boşanma (*Birchall Kararı*, 10.5.1939; *Bradford Kararı*, 1.4.195) ve nesep (*Sommer Kararı*, 8.2.1953) konularındaki uyuşmazlıklarda uygulandığı görülmektedir<sup>31</sup>.

## 2) İkinci Derece Atf (Renvoi au Second Degré)

İkinci derece atfta ise, *for* hakimi, uyuşmazlığa uyguladığı bağlama kuralı neticesinde ulaştığı yabancı hukukun, konuya ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının uygulanması sonucunda, kendi hukuku veya söz konusu yabancı hukuktan<sup>32</sup> farklı olarak üçüncü bir devletin hukukuna ulaşmaktadır. Bu atf türü “üçüncü bir devletin hukukuna atf” veya “devam eden atf” ismiyle de anılmaktadır (*transmission/ weiterverweisung/ rinvio altrove*). Yukarıda iade atf için verilen örnekteki yabancının ikametgâhının *for* ülkesinde değil, üçüncü bir ülkede bulunması durumunda olduğu gibi.

Somut bir örnekle açıklayacak olursak, *for* ülkesi (Fransa) kanunlar ihtilafı kuralları milli hukuk sıfatıyla İngiliz Hukukunu yetkili kılarken, İngiliz kanunlar ihtilafı kuralları, ikametgâh esasıyla Danimarka Hukukunu yetkili kabul ediyor. Bu durumda, Danimarka kanunlar ihtilafı kuralları atfı kabul ettiği için Danimarka’da ikamet eden İngilizin şahsi statüsüne Fransız hakimi Danimarka hukukunu uygulayacaktır<sup>33</sup>. Görüldüğü gibi, devam eden

30 Ör: Fransa’da ikamet eden bir İngiliz vatandaşının şahsi statüsünü belirleyen Fransız kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca milli hukuk sıfatıyla uygulanması gereken hukuk İngiliz hukuku iken, bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları aynı meselede ikametgâh hukuku sıfatıyla Fransız hukukunu yetkili görmektedir. Hal böyle iken, atfın kabul edilmediği durumda İngilizin şahsi statüsü İngiliz Hukukuna tabi olacakken, atf işletildiğinde ise mesele Fransız hukuku uyarınca çözülecektir. Bu atf türü, hakim hukukuna geri dönüş anlamı taşıyan iade atftır (MAYER/ HEUZE, s. 147).

31 MAYER/ HEUZE, s. 147-148; 150-151.

32 Şayet hakim kanunlar ihtilafı kuralınca yetkili olan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralı, *for*’unkinden farklı bir bağlama kriteri kabul etmesine rağmen, bu bağlama kriteri somut olayda bizzat söz konusu yabancı ülke hukukunu işaret ediyor ise, ortada atf sorunu da bulunmayacaktır (MAYER/ HEUZE, s. 147).

33 MAYER/ HEUZE, s. 148.

atıfta, hakimın kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan yabancı bir hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının atfın kabul edildiği bir üçüncü ülkenin hukuku olması halinde, *for* hakiminin bu hukuku uygulaması durumu söz konusudur.

İkinci derece atıf Fransız Hukuku'nda 15.5.1963 tarihli *Patino* Kararı<sup>34</sup> ile kabul edilmiş ve Fransız Yargıtay'ının diğer kararlarında da açıkça ikinci derece atfa yeşil ışık yakılmıştır<sup>35</sup>

Bu tür atıf kabul edildiği takdirde uyuşmazlığa nihai olarak uygulanacak hukuk, üçüncü devletin hukuku olmaktadır. Üçüncü devletin hukukuna yapılan gönderme neticesinde bu devletin kanunlar ihtilafı kuralının da bir başka yabancı ülkeye, o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının da beşinci bir ülke hukukuna gönderme yapması sık karşılaşılabilecek bir durum olmasa bile pekâla ihtimal dahilindedir.

Belirtmek gerekir ki, bir kez ikinci derece atfı kabul etmekte kullanılan gerekçe aynı zamanda 3., 4. ve 5. derece atfı da kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır<sup>36</sup>. Zira, ikinci derece atfı kabul etmekteki menfaat sonraki atıflar için de geçerli olmakta, sonraki derece atıfların reddedilmesi için hukuken meşru hiçbir sebep bulunmamaktadır. Hal böyle iken, sınırsız olmamakla beraber, atıfların seri biçiminde sürekli devam etmesi gibi karmaşık bir durum ortaya çıkmaktadır.

Zaten doktrinde atıf teorisinin en çok eleştirilmesine sebep olan gerekçe de işte bu ihtimalin gerçekleşmesi durumunda söz konusu olabilecek kısır döngü<sup>37</sup> veya bitmek bilmeyen bir gelgit ile karşı karşıya kalınması ihtimalidir.

Bu sorun, yasa koyucuların bu çeşit atfı bir derecede kesmeleri ile çözümü kavuşturulmaktadır<sup>38</sup>.

34 Rev. Crit.1964, s. 532, note Lagarde.

35 7 Mart 1938 *De Marchi* Kararı Rev. Crit., 1938, s. 472, note Batiffol; 1 Şubat 1972 *Rougeron* Kararı Rev Crit., 1973, s. 313, note Droz; 3 Ekim 1984 *Banque Ottoman* Kararı, Rev. Crit., 1985, s. 526, note Synvet bu kararlar arasında yer almaktadır (MAYER/ HEUZE, s. 149).

36 MAYER/ HEUZE, s. 149.

37 HUGHES, s. 197.

38 Gülören TEKİNALP: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, İstanbul, 2011, s. 41; DOĞAN, s. 187.

## B) Tam Atıf – İkili Atıf (Double Renvoi / Total Renvoi/ Foreign Court Theory)

*Double renvoi* veya *Foreign Court Theory*, İngiliz Hukukunda kullanılan atıf türüdür ve teoriye bir değişken daha ilave etmiştir. Buna göre, yabancı hukukun atfa bakış açısı da dikkate alınarak yetkili hukuk tespit edilmektedir<sup>39</sup>. Fransa'da 1938 tarihli *De Marchi* Kararı, bu türe kıta Avrupası Hukukundan bir örnektir<sup>40</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, *double renvoi* İngiliz hukukunda kabul edilmiş olan kendine özgü bir atıf türüdür. Burada, uyuşmazlığa bakan hakim, kendi hukukunun bağlama kuralının yetkilendirdiği yabancı hukuku, sanki o ülke hakimiyişi gibi uygulamakta ve dava o ülkede açılışaydı ne şekilde çözülecekse ve hangi kanunlar ihtilafı kuralı uygulanacaksa, ona göre hareket ederek uyuşmazlığı çözmektedir. Ancak bu uygulama doğrudan olmamakta, söz konusu yetkili yabancı hukukun atfı kabul edip etmemesine göre sonuç değişmektedir. Eğer söz konusu yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarında atıf reddediliyorsa uyuşmazlığa, bu hukukta kabul edilen bağlama kriterine göre *for* hukuku veya üçüncü bir devletin hukuku uygulanacak; ancak atfı kabul eden bir hukuksa, o yabancı hukukun iç maddi kuralları uygulanacaktır. Son derece karmaşık olan bu yöntem aslında nihai olarak ilk varsayımda basit atfın uygulanması (iade atıf veya devam eden atıf şeklinde) ile neticelenirken, ikinci varsayımda ise sanki atıf hiç uygulanmıyormuşçasına bir sonuca ulaşılmaktadır<sup>41</sup>.

Konuyu aydınlatmak amacıyla İngiliz *Chancery Division* mahkemelelerinin 1930 yılında verdiği ve atfın reddedildiği duruma örnek olan *re Ross Kararı*<sup>42</sup> ile atfın benimsendiği örneği oluşturan *re Askew Kararından*<sup>43</sup> bahsedebiliriz.

*Ross* kararında İtalya'da ikamet eden bir İngilizin taşınır mirasına uygulanacak hukuk söz konusudur. Davaya bakan İngiliz hakimi, kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca ölenin ikametgâhı sıfatıyla İtalyan hukukuna ulaşmış, atıf teorisini işleterek bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına gitmiş ve kendisini İtalyan hakimi yerine koyarak uyuşmazlıkta uygulanması gereken

39 NOMER, s. 146 vd.; ÇELİKEL/ ERDEM, S. 115 vd.

40 RIGAUX/ FALLON, s. 230.

41 RIGAUX/ FALLON, s. 232.

42 1930, I Ch 389 (RIGAUX/ FALLON, s. 230).

43 1930 II Ch 259 (RIGAUX/ FALLON, s. 230).

yetkili hukuk olarak murisin ikametgâhı hukukunu yani İtalyan hukukunu bulmuştur. Ancak atıf teorisinin İngiliz hukukunda uygulanma biçiminin kendine özgü mekanizması gereği, ulaşılan yabancı yetkili hukukun, ki bu davada İtalyan hukukudur, atıf teorisini kabul edip etmemesi İngiliz hakimini farklı sonuca ulaştıracaktır. Nitekim, İtalyan hukukunun o dönemde atfı reddeden bir uygulama içerisinde olması sebebiyle, İtalyan hukukunun doğrudan *for* hukukuna göndermede bulunmuş olması durumu kabul edilerek İngiliz hukuku uygulanmıştır. Böylelikle aslında İngiliz hakimi açısından basit atıf ile aynı sonuca ulaşılmış olmaktadır<sup>44</sup>.

*Askew* kararında ise, Almanya'da ikamet eden bir İngilizin çocuğunun soybağı davası söz konusudur. Uyuşmazlıkta ikametgâh hukukunu yetkili kılan İngiliz hukuku kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca Alman hukukuna ulaşan ve atıf suretiyle bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralını nazara alan İngiliz hakimi, Alman hukuku uyarınca yetkili hukukun milli hukuk sıfatıyla İngiliz hukuku olduğunu ve bu hukukta da atfın kabul edildiğini teşhis etmiştir. Kendini Alman hakimi yerine koyarak, dava Almanya'da açılsaydı hangi hukuk uygulanacaktı sorusuna cevap arayan İngiliz hakimi, önce milli hukuk sıfatıyla İngiliz Hukukuna ulaşmış ve sonra Alman hukukundaki atfı kabul eden yasal hükme dayanarak, İngiliz hukukunun Alman Hukukuna yaptığı göndermeyi muteber kılacak şekilde Alman hukukunun maddi kurallarını olaya uygulamıştır. *Foreign Court Theory* veya *Double Renvoi* (çifte atıf) da denilen bu kendine has ve karmaşık atıf türünde aslında sonuç olarak Alman maddi hukukunun uygulanması sebebiyle Alman hakimi açısından basit atıf, İngiliz hakimi açısından ise atfın hiç uygulanmaması gibi bir neticeye varılmaktadır<sup>45</sup>.

### C) Şartlı Atıf (Renvoi Conditionnel)

Atıf türlerinden biri olan şartlı atıfta, *for* hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kuralı, yetkili yabancı hukukun bağlama kuralının ancak belirli bir bağlama kriterini kabul etmesi haliyle sınırlı olmak üzere atfın uygulanabileceğini öngörmüştür. Şayet atfın uygulanması neticesinde uyuşmazlık *for* hukukunca uygulanması arzu edilen bağlama noktasına bağlanamıyorsa, atıf uygulanmamakta; bu takdirde yetkili yabancı hukukun doğrudan iç maddi kuralları uygulama alanı bulmaktadır<sup>46</sup>.

44 RIGAUX/ FALLON, s. 232.

45 RIGAUX/ FALLON, s. 230 ve 232.

46 RIGAUX/ FALLON, s. 231.



Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun değişik maddelerinde şartlı atfın örneklerine rastlamak mümkündür<sup>47</sup>. Şöyle ki, Belçika hukuku uyarınca gayrimenkul miras, gayrimenkulün bulunduğu yer hukukuna tabidir. Bununla beraber, ölenin son ikametgâhı hukukunu bağlama noktası olarak kabul eden bir ülke hukukuna atfın mümkün olduğu da belirtilmiştir (md. 78/f.2/2)<sup>48</sup>. Aynı şekilde, şirketlerin ehliyeti hususunu düzenleyen bağlama kuralı uyarınca yetkili hukuk, idare merkezinin bulunduğu yer hukuku olmakla beraber, kuruluş yeri hukukunu yetkili hukuk olarak kabul eden bir ülkenin kanunlar ihtilafı kuralına atfın uygulanmasının mümkün olduğu da hüküm altına alınmıştır (md. 110/ f. 2). Ehliyet konusunu düzenleyen 34. maddenin 1.fıkrası ise, netice itibariyle Belçika hukukunu yetkili kılan bir atfın uygulanmasına imkân tanımaktadır.

Görüldüğü gibi bu atf türünde, yabancı kanunlar ihtilafı kuralının içeriği yani hangi bağlama kuralını kullandığının *for* hakimi açısından bir önemi vardır. Zira, bu atf türünde *for* ülkesinin bağlama kuralları uyarınca yetkisi tesis edilen yabancı hukukun ancak belirli bağlama kurallarını kabul etmesi şartıyla atf uygulama alanı bulabilmektedir. Şayet bu şart gerçekleşmezse, *for* ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen yabancı ülkenin doğrudan iç hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Belli bir amaç ve politikanın güdüldüğü türdeki bazı sınırlı meselelerde şartlı atfın kullanıldığı görülür. Oysa kural olarak atf, herhangi bir ayırım yapmaksızın mekanik bir biçimde uygulanan ve bu sebeple de yabancı bağlama kuralının muhtevasıyla ilgilenmeyen bir özelliğe sahiptir.

Esas itibariyle şartlı atfın maddi bir nitelik taşıdığını, diğer bir deyişle belirli bir amaca hizmet etme gibi bir vasfının olduğunu söylemek mümkündür<sup>49</sup>. Ancak bu maddi nitelik, bilhassa tek taraflı bağlama kuralları veya

47 1 Ekim 2004 yılında yürürlüğe giren 16 Temmuz 2004 tarihli yeni Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu aslında atf kavramının kural olarak uygulanmayacağını kabul etmiştir. Gerçekten de, Kanunun 16. maddesinde yetkili yabancı hukukun uygulanmasında, söz konusu yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmayacağı belirtilmek suretiyle atf açık olarak reddedilmiştir. Bununla beraber, bazı hükümlerde Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun amacına hizmet ettiği varsayılan hallerde şartlı atfın kabul edildiği görülmektedir (Hakim BOULARBAH: “*Le Nouveau Droit International Privé Belge*”, Journal des Tribunaux, 12 Mars 2005, No: 6573, s. 181; Jean-Yves CARLIER: “*Le Code Belge de Droit International Privé*”, Rev. Crit., 1994, s. 27).

48 CARLIER, s. 27; RIGAUX/ FALLON, s. 231.

49 RIGAUX/ FALLON, s. 231.

alternatifli bağlama kuralları gibi kimi kanunlar ihtilafı kurallarının sahip olduğu maddi karakterden<sup>50</sup> ve belirli bir sonuca yönelme isteğinden farklılık gösterir. Şöyle ki, şartlı atıfta yetkili yabancı hukukun sadece içeriği yani öngörmüş olduğu bağlama kuralının ne olduğu önem taşır ve bu noktada *for* ülkesi kanun koyucusunun yasama politikasını yansıtan belirli bir bağlama kriterine ulaşılabilmesi haliyle sınırlı olarak atıf kabul edilmektedir. Oysa belirli bir amaca hizmet eden türdeki kanunlar ihtilafı kurallarında yasa koyucunun amaçladığı şey, uyuşmazlığa uygulanacak hukukta maddi bir hedefe ulaşılmasıdır. Örneğin, soy bağının kurulmasını düzenleyen MÖHUK md. 16 ve Türkiye’de bulunan taşınmaz mirasını Türk hukukuna bağlayan MÖHUK md. 20/f. 1 hükümlerinde olduğu gibi.

Keza, şartlı atıf, genel olarak uygulanan basit atıftan da farklılık gösterir. Zira basit atıfta atfın, netice itibariyle uyuşmazlığı hangi bağlama noktasına götüreceği yahut hangi hukuku yetkili hukuk olarak göstereceği dikkate alınmamakta ve herhangi bir kayıt veya şarta tabi tutmadan bir uygulama yapılmaktadır. Şartlı atıfta ise önemli olan, yasa koyucunun öncelikle uygulanmasını istediği ve uyuşmazlıkla ilgili olarak tercih ettiği belirli bir bağlama kuralına ulaşabilmektir<sup>51</sup>.

#### D) Farazi Atıf (Hypotetical Renvoi)

Atfın bir diğer türü de, Anglo Amerikan Hukukunda uygulanan farazi atıftır<sup>52</sup>. Esasen davaya vaziyet eden hakimin kendi hukukunu uygulayabilmek amacıyla başvurduğu bu atıf türü<sup>53</sup>, *for* hukuku kanunlar ihtilafı kuralları işletilerek bulunan yetkili yabancı hukukun yani *lex causae* olan hukukun, uyuşmazlık konusunu usul hukuku meselesi olarak vasıflandırdığında ortaya çıkmaktadır. Burada, uluslararası özel hukukun genel prensiplerinden biri olan “*usulî meselelere for hukuku uygulanır*” kuralı temelinde, *lex causae* olan yabancı hukukun meseleyi usulî bir mesele olarak görmesi, hakimin hukukuna yapılan bir atıf olarak varsayılmaktadır. Farazi atıfa verilebilecek tipik örnek, zamanaşımına uygulanacak hukuka ilişkin uyuşmazlıklardır. Zira içlerinde Türk Hukukunun da bulunduğu bazı ülkelerde zamanaşımını *lex ca-*

50 Süheylâ BALKAR BOZKURT: “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış”, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, GSÜHFD, 2011/1, s. 155.

51 RIGAUX/ FALLON, s. 231.

52 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 120.

53 DOĞAN, s. 184.

*usae*'ye tabii bir mesele olarak düzenlenmişken (MÖHUK md. 8), Amerikan hukuku gibi hukuk sistemlerinde zamaşaşımı usuli bir mesele olarak *lex foriye* tabi tutulmuştur. Dolayısıyla, farazi atfı kabul eden bir hukuk sisteminde bu iki farklı vasıflandırmanın devreye girdiği bir uyuşmazlık, *for* hukukunun yetkili hukuk olarak uygulanması ile sonuçlanacaktır<sup>54</sup>.

### E) Gizli Atf (Hidden Renvoi)

Gizli atf da, tıpkı farazi atf gibi Anglo Amerikan hukukunda uygulaması olan bir atf türüdür ve yine hakimin kendi hukukunu uygulama çabasının bir yansımasıdır<sup>55</sup>. Şöyle ki, Anglo Amerikan hukukunda, şahıs ve aile hukuku meselelerinde milletlerarası yetkinin varlığı halinde, iç hukukun da uyuşmazlığı çözmekte yetkili olduğu kabul edilmektedir. Burada, hakimin kanunlar ihtilafı kuralının yetkili gördüğu hukuk yani *lex causae*, tıpkı Amerikan hukukundaki gibi, belirli bir konudaki uyuşmazlıkta milletlerarası yetkisinin varlığı halinde kendi iç hukukunu uygulayan bir hukuk ise, bunun hakimin hukukuna yapılan gizli bir atf olduğu varsayılmaktadır ve bu nedenle hakim de olaya kendi iç hukukunu uygulayacaktır. Bu atf türü, Alman çocuklarının Amerikalılar tarafından evlat edinildiği olaylarda uygulanmış ve Amerikan mahkemeleri o konu hakkında yetkili oldukları takdirde her zaman kendi hukuklarını uygulamalarının, Alman hukukuna atf olarak sayılabileceği ve Alman mahkemelerince gizli atf yolu ile Alman Hukukunun uygulanmasının mümkün olabileceği düşünölmüştür<sup>56</sup>.

Doktrinde *Nomer* tarafından bu atf türü “örtöülü *iade atf*” olarak isimlendirilmektedir<sup>57</sup>. Bu nitelendirme tanıımı daha anlaşılır kılmaktadır. Zira, bu tür atıfta, uygulanması gerekli yabancı hukukun milletlerarası yetki kuralından bu hukukun tatbik edilmek istenmediği, aksine atıfta bulunan devletin mahkemelerinin yetkili kabul edildiği ve bu sebeple de onun hukukunun tatbikinin gerektiği bir durum söz konusudur<sup>58</sup>. Bu varsayımın temelinde, İngiliz ve Amerikan hukuklarında var olan ilginç bir prensip bulunmaktadır. Şöyle ki, evlenme ve nesep hukuku gibi bazı konularda, Anglo-Amerikan hukukları sadece milletlerarası yetki kurallarına sahiptirler; bu tür uyuşmazlıklarda

54 NOMER, s. 148.

55 DOĞAN, s. 184.

56 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 121.

57 NOMER, s. 147.

58 NOMER, s. 147.

uygulanacak hukuk meselesi doğmaz. Nitekim bu hukuklarda, bahsi geçen konularda kanunlar ihtilafı kuralları da mevcut değildir. Çünkü, prensip, milletlerarası yetkiye sahip olan mahkemenin hukukunun uygulanmasıdır<sup>59</sup>.

### III. Atfın İşleyişi ve Atfın Uygulanışında Önemli Hususlar

#### A) Atfın Uygulanması İçin Gereken Şartlar ve Atfın İşleyişi

Bir uyuşmazlığa kanunlar ihtilafı kurallarını uygularken atfın söz konusu olabilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan bazıları atfın türü ne olursa olsun dikkate alınacak olan şartlar iken, bazıları ise sadece belli bir atf türüne özgüdür.

Birinci ve ikinci derece atfın, diğer bir deyişle basit atfın uygulanabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi aranmaktadır<sup>60</sup>:

- (i) *For* ülkesi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan hukuk, *for* hukukundan başka yabancı bir ülke hukuku olmalıdır. Burada üzerinde durulması gereken husus, atf probleminin ancak *for* hukukunun, bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen ülke hukukundan farklı bir ülke hukuku olması halinde söz konusu olabileceğidir. Zira *for* hukuku aynı zamanda uygulanacak hukuk olarak bulunan hukuk ise ortada atf sorunu olmayacaktır.
- (ii) Basit atıfta, yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bilinmesi gerekir ancak bu hukukun atf müessesesi hakkındaki hukuki düzenlemesinin bilinmesine ihtiyaç yoktur<sup>61</sup>.
- (iii) Yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları mutlak surette *for* ülkesi kanunlar ihtilafı kurallarından farklı olmalıdır<sup>62</sup>.
- (iv) Yabancı kanunlar ihtilaf kurallarınca belirlenen hukuk, ya tekrar *for*

59 NOMER, s. 148.

60 Şartlar için bkz. RIGAUX/ FALLON, s. 231.

61 BHARTI, s. 7.

62 MAYER/ HEUZE, s. 147. Her iki ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları farklı bağlama kriterleri kabul etmiş olsa dahi yine de somut olayda atfın uygulanmasının hiçbir etkisinin olmadığı durumlar olabilir. Örneğin, İngiliz vatandaşının ikametgâhının da İngiltere'de olması halinde, Fransız kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca şahsi statüye milli hukuk olan İngiliz hukuku uygulanacak, bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarınca kullanılan bağlama kriterinin ikametgâh hukuku olması ise, ikametgâhın İngiltere olması sebebiyle bizi herhangi bir değişik sonuca götürmeyecektir (MAYER/ HEUZE, s. 147).

hukukunu (birinci derece atıf/ iade atıf) ya da bir üçüncü devletin hukukunu (ikinci derece atıf/ devam eden atıf) yetkilendirmelidir.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde, ulaşılan hukukun bu defa maddi normları mı yoksa kanunlar ihtilafı kurallarının mı uygulanacağı, *for* ülkesi hukukunun kabul ettiği atıf şekline göre belirlenecektir. Buna göre, şayet *for* ülkesi hukukunca kabul edilen atıf, atfı belirli bir derecede durduruyorsa, o derecedeki ülke hukukunun maddi normları uygulanacaktır. Buna karşılık, *for* ülkesi hukuku atıf için herhangi bir sınırlama kabul etmemişse, doktrinde yapılan tenis topu benzetmesi örneğindeki gibi, uygulanacak hukuk meselesi bir kısır döngü halini alacaktır<sup>63</sup>.

*Double renvoi* yani *foreign courts theory* uyarınca da yukarıda belirtilen bütün şartların varlığı aranmakla beraber bir değişken daha eklenmektedir ki bu da, yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı sisteminde atfın kabul edilip edilmediği hususudur<sup>64</sup>. Dolayısıyla, *double renvoi* atıf türünde sadece yabancı ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının değil, aynı zamanda bu yabancı ülkenin atıf hususundaki düzenlemesinin de bilinmesi gerekmektedir<sup>65</sup>.

Şayet bu hukuk atfı reddeden bir hukuksa, sonuç birinci veya ikinci derece atıfla ulaşılan sonuçla aynı olacaktır. Şayet bu hukuk atfı kabul eden bir hukuksa, sonuç sanki hiç atfa başvurulmamış gibi neticelenecektir.

Tüm bu atıf biçimlerini birer örnek<sup>66</sup> ışığında somutlaştıralım:

İngiliz vatandaşı Edward ikamet ettiği İtalya'da ölmüş ve İngiltere'de taşınır miras bırakmıştır. İngiliz kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili hukuk ikametgâh hukuku sıfatıyla İtalyan Hukukudur. Ancak İtalyan kanunlar ihtilafı kuralları ise milli hukuk esasını benimsemekte ve yetkili hukuku İngiliz hukuku olarak tayin etmektedir.

- (a) İngiliz hakiminin önüne gelen uyuşmazlıkta İngiliz hakimi kendi kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkili hukuk olarak İtalyan Medeni Kanununu uygulayarak mirasın intikalini sağlarsa bu "atfın uygulanmamasına" örnek teşkil eder. Bu senaryoda İngiliz hakimnin bilmesi gereken sadece yetkili yabancı hukuk olan İtalyan hukukunun mirasa ilişkin düzenlemeleridir.

63 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 123.

64 RIGAUX/ FALLON, s. 231.

65 BHARTI, s. 8.

66 BHARTI, s. 8 vd.

- (b) Şayet İngiliz hakimi kendi kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkili hukuk olarak İtalyan hukukuna başvurduğunda bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını da uygularsa, bu defa ulaşacağı hukuk tekrar kendi hukuku olan İngiliz Hukukunun maddi hükümleri olacaktır ve bu ihtimalde iade atfı (*remission*) dan bahsetmek gerekir. Şayet miras bırakan Yunan vatandaşı olsaydı, bu takdirde İngiliz hakimi olaya Yunan hukukunun mirasa ilişkin hükümlerini uygulaması gerekecekti (*devam eden atf/ transmission*). Görüldüğü gibi bu senaryoda İngiliz hakimnin bilmesi gereken salt İtalyan iç hukuku değil, aynı zamanda İtalyan kanunlar ihtilafı kuralları ve bu kuralların menkul miras açısından gösterdiği ülkenin de iç maddi hukuku olmaktadır. Bu ihtimalde İtalyan Hukukunun atfı düzenleyiş biçimini bilmek gerekmemektedir ve bunun bir önemi bulunmamaktadır. Bu “*renvoi simple/ basit atf*” olarak isimlendirilmektedir<sup>67</sup>.
- (c) İngiliz hakimi uyuşmazlığı, kendini yabancı hakimnin (örneğinizde İtalyan hakimi) yerine koyarak onun çözme biçimiyle ihtilafı çözmek istediği takdirde iki ihtimal karşımıza çıkmaktadır<sup>68</sup>.
- (i) İtalyan mahkemesinin İngiliz hukukunu yetkili görmesi ve bu hukukun doğrudan maddi hükümlerini uygular biçimde atfı reddetmesi halinde *for* mahkemesi olan İngiliz hakimi kendi iç hukukunu yani İngiliz miras hukuku hükümlerini uygular.
- (ii) İtalyan mahkemesinin İngiliz hukukunu yetkili görmesi ve bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını da dikkate alması, diğer bir deyişle atfı kabul eden bir hukuk sistemi olması ihtimalinde, atfı işletilerek İtalyan hakiminin ulaşacağı hukuk, ikametgâh hukuku sıfatıyla İtalyan hukuku olacağından, İtalyan iç hukuku uygulama alanı bulacaktır<sup>69</sup>.

Görüldüğü üzere bu senaryolarda hem İtalyan miras hukuku hükümleri, hem İtalyan kanunlar ihtilafı kuralları, hem de İtalyan hukukunda atfın kabul edilip edilmediği bilinmek zorundadır. Bu çeşit atfa “*tam atf/ total renvoi/ double renvoi*” adı verilmektedir. Bu atfı biçimi İngiliz Hukukunda *Foreign Court Theory* olarak da bilinir.

67 BHARTI, s. 8.

68 BHARTI, s. 8-9.

69 BHARTI, s. 9.

Şartlı atf ise, adından da anlaşılacağı üzere, *renvoi simple*'ten belli bir bağlama kuralıyla sınırlı uygulama alanı bulunması ile ayrılmaktadır. Bu atf türünün uygulanabilmesi için, *for* ülkesinin bağlama kuralları uyarınca yetkisi tesis edilen yabancı hukukun ancak *for* ülkesince belirlenen bağlama kurallarını kabul etmesi şarttır. Şayet bu şart gerçekleşmezse, *for* ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen yabancı ülkenin doğrudan iç hukuku uygulama alanı bulacaktır.

## B) Atfın Uygulanışında Önemli Hususlar

### 1) Atfın *for* hukukuna aidiyeti

Kanunlar ihtilafı yöntemini uygularken atf kavramını kabul etmek veya reddetmek iradesi, her ülke hukuk sisteminin kendi uluslararası özel hukuk kurallarında yer alan hükümler aracılığıyla somutlaşmaktadır<sup>70</sup>. Burada esas olan irade, uyumsuzluğa vaziyet eden ülke hakiminin kanunlar ihtilafı kurallarında atfa yer verilip verilmediği, verildiyse de bunun uygulanmasını engelleyecek somut olaya ilişkin bir sınırlandırmanın mevcut olup olmadığını belirleyen *for* hukukundaki düzenlemedir; yoksa bu hukuk tarafından yetkili kabul edilen yabancı hukukun kendi maddi hukuk kurallarını böyle bir ihtilafta tatbik etmek isteyip istememesi, atf müessesesinin devreye girmesi açısından bir önem taşımaz<sup>71</sup>. Dolayısıyla, kanunlar ihtilafı kuralları ile bulunan hukukun uygulanmasından o hukukun salt iç maddi kuralları anlaşılıyorsa atfın reddedildiği, o hukukun kendine özgü kanunlar ihtilafı kuralları da dikkate alınmıyorsa atfın kabul edildiği anlaşılır<sup>72</sup>.

70 Doktrinde Nomer, atfın reddediliş veya kabul edilmesini, aynı zamanda gönderme anlamına da gelen atfın, birbirinden farklı anlamda kullanıldığı teknik kavramlarla şöyle ifade etmektedir: “Bizim kanunlar ihtilafı kuralımızın yabancı hukuka yaptığı atfı, yabancı hukuk nizamının sadece maddi hukuk kurallarının tatbik edileceği anlamında (“maddi norm atfı”) yorumlarsak problem burada biter, yani yabancı hukukun yaptığı iade-atf veya devam eden-atf üzerinde durulmaz. Buna mukabil, kanunlar ihtilafı kuralımızın yaptığı atf yabancı hukuk nizamını bütünü ile içerisine alıyor, yani bu yabancı hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının da tatbik edileceğini söylüyorsa (“genel-atf” veya külli atf), bu, bizim hukukumuzun yabancı hukukun yapacağı iade-atfı veya devam eden-atfı kabul edeceği anlamına gelir”, NOMER, s. 142. Bu husus doktrinde DOĞAN tarafından “maddi hukuk atfı” ve “kanunlar ihtilafı atfı” şeklinde bir ayırımla ifade edilmiş ve hakim hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen yabancı ülke hukukunun hangi kapsamda uygulanacağı sorusunun özünde yer alan bu iki atf türünden hangisinin tercih edileceğinin ise, kanun koyucunun benimsediği hukuk politikasıyla ilgili olduğu belirtilmiştir (DOĞAN, s. 181-182).

71 Bu konuya ilişkin bkz. NOMER, s. 152.

72 DOĞAN'a göre, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda kanunlar ihtilafı atfı prensip, maddi hukuk atfı ise istisnadır (DOĞAN, s. 183). Ayrıca bkz. DOĞAN, s. 182, dn. 17.

## 2) Tarafların rolü ve hakimin atfı re'sen uygulaması

Atıfla ilgili önemli meselelerden biri, atfı kabul eden ülkelerde atfın uygulanışına dair usulî kurallardır. Acaba atıf hakimler tarafından re'sen mi dikkate alınır yoksa ancak tarafların ileri sürmesi halinde mi söz konusu olur? Bir başka soru, hakimlerin her önüne gelen uyuşmazlıkta bu kurumu uygulamasının zorunlu olup olmadığıdır. Acaba hakim atfı uygulamakta bir takdir yetkisine sahip midir?

Belirtmek gerekir ki, tüm bu sorulara verilecek cevap, hukukunda atfı kabul eden ülkenin yasa koyucusunun seçimine bağlıdır. Şayet atfın öngörüldüğü yasal düzenlemede bu kurumdan belirli bir menfaat bekleniyorsa, bu menfaatin söz konusu olduğu hallerde atfın uygulandığı, geri kalan hallerde ise atfın uygulanmadığı görülmektedir. Buna karşılık, *lex causae* olarak bulunan yabancı hukukun sadece maddi kuralları değil, kanunlar ihtilafı kurallarını da kapsar biçimde, kül halinde değerlendirilmesinin gereğinden hareket eden hukuk sistemlerinde atıf, hakim tarafından re'sen ve hiçbir takdir yetkisi bulunmaksızın uygulanmaktadır.

Atfın asıl olarak ortaya çıktığı Fransız hukukunda, atfın uygulanmasının kabul edilmediği haller dışında, hakim atfı yerindelik esasına göre değerlendirecek ve şayet somut uyuşmazlık açısından atfın uygulanmasında bir yarar varsa, atfı uygulayacak, yoksa uygulamayacaktır<sup>73</sup>. Genel olarak, tek bir bağlama kuralının var olduğu konular açısından atfın uygulanabileceği, buna mukabil, tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri konular (ör: sözleşmeler ve mal rejimi) ile birden fazla bağlama kuralının alternatif olarak kabul edildiği hallerde atfın uygulanmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır<sup>74</sup>. Bunların dışındaki her türlü meselede Fransız hakimi atfı uygulayabilecektir.

Fransız hukukunda hakimin, atfı *uygulamak* zorunda olmadığı ve fakat atfı *dikkate almak* zorunda olduğu ileri sürülmektedir<sup>75</sup>. Gerçekten de, Fransız hukukunda, hakimin durumun özelliklerine göre atfı uygulamama gibi bir takdir yetkisi bulunmaktadır<sup>76</sup>. Bunun anlamı, taraflar atfın uygulanmasını talep etsin etmesin, hakim re'sen atfı uygulamakla olmasa bile, yabancı kanun-

73 MAYER/ HEUZE, s. 152.

74 MAYER/ HEUZE, s. 152; RIGAUX/ FALLON, s. 243; TEKİNALP, s. 43; NOMER, s. 152-153; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 57.

75 MAYER/ HEUZE, s. 149.

76 RIGAUX/ FALLON, s. 237.



lar ihtilafı kurallarını dikkate almakla yükümlüdür<sup>77</sup>. Ancak yabancı kanunlar ihtilafı kurallarını bulmak *for* hakimi için imkânsız ise bu takdirde kendi kanunlar ihtilafı kullarının gösterdiği hukukun maddi kurallarını uygulaması gerektiği kabul edilmektedir<sup>78</sup>.

Türk hukukunda atıf, MÖHUK. md. 2/ f. 3'te düzenlenmiştir. Kanun her ne kadar açıkça belirtmemiş olsa da, şahıs ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda atfın uygulanmasının, kanunun lafzı itibarıyla zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de, hakim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yabancı hukuku ve bu hukukun atıf yaptığı yabancı hukukun maddi hükümlerini “re’sen” uygulamakla yükümlüdür<sup>79</sup>. Oysa uygulamaya bakıldığında atfın Türk içtihatında kural olarak hemen hiç dikkate alınmadığı ve çok istisnai birkaç karar dışında da uygulanmadığına rastlanmaktadır<sup>80</sup>.

### 3) Yabancı kanunlar ihtilafı kurallarının yorumu meselesi

Birinci veya ikinci derece atıf olsun, atıf müessesesi *for* ülkesi kanunlar ihtilafı kurallarından farklı bir kanunlar ihtilafı kurallarının varlığını gerektirir. Bu farklılık aynı zamanda vasıflandırmada da kendini gösterebilmektedir<sup>81</sup>. Şöyle ki, *for* hukukunda bir uyuşmazlık belirli bir X kategorisinde vasıflandırılırken, yabancı ülke kanunlar ihtilafı sistemi uyarınca aynı uyuşmazlık Y kategorisi içerisinde değerlendirilebilmektedir. Örneğin, *for* hukukunda ehliyet kategorisine dahil olan ve bu yüzden milli hukuka tabi olan bir uyuşmazlık, milli hukuk olan yabancı kanunlar ihtilafı sisteminde sözleşme kategorisinde vasıflandırılabilir.

Burada sorulması gereken soru, yabancı kanunlar ihtilafı sisteminin kullandığı bağlama kriterinin hangi hukuka göre nitelendirileceğidir. Doktrinde bu soruya iki tür cevap verilmiştir. Bir görüşe göre vasıflandırmanın, kendi-

77 21 Mart 2000 tarihli *Ballestrero* kararı, Rev. Crit., 2000, s. 399-408, note Ancel. Kararın ayrıntılı olarak incelendiği ve yorumlandığı bir makale için bkz. Nihal ULUOCAK: “*Taşınmaz Terekede Atfın Kabulün Dair Fransız İçtihadı*”, MHB, Yıl 23, 2003, s. 817 vd.

78 MAYER/ HEUZE, s. 153.

79 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 137; DOĞAN, s. 188.

80 Türk hukukunda atfa ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının kapsamı ve değerlendirilmesi için bkz. ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 53 vd; NOMER, s. 152-156. Türk hukukunda atıf kavramı çalışmamızın sonraki bölümlerinde ayrıntılarıyla inceleneceğinden, şimdilik bu hususta bu kadar açıklama yapmakla yetineceğiz.

81 MAYER/ HEUZE, atıf yapan ve yapılan ülke hukuklarındaki bu niteleme farkını “*renvoi de qualification*” yani “vasıflandırma atfı” olarak adlandırmaktadır (MAYER/ HEUZE, s. 153).

sine atıf yapılan ülke hukukuna göre yapılması gerekir<sup>82</sup>. Bir diğer görüş ise, vasıflandırmayı, atıf yapan ülke hukukuna tabi tutmaktadır. Dolayısıyla aslında mesele, *for* hukukunun “vasıflandırma” problemini ne şekilde çözdüğüyle ilgilidir. Buna göre, atıf yapan ülke hukuk sisteminde “*qualification lege fori*” veya “*qualification lege causae*” dan hangisi kabul ediliyorsa, bu sorun da ona göre çözüme bağlanacaktır<sup>83</sup>. Her ne kadar, atıf sonucunda bulunan yetkili yabancı hukukta yer alan bağlama kriterini yine bu hukuka göre vasıflandıran görüş, bu kriter bizzat o hukukun bir parçası olduğundan daha yerinde gözüküyor olsa da, vasıflandırmayı *lex causae*'ye tabi tutan görüşün hedef olduğu eleştirilerden muaf olmayacaktır<sup>84</sup>.

Atıf yoluyla ulaşılan yabancı kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama kriterinin, atıf yapan hukuktan farklı nitelendirilmesi de, özellikle bu hukuklardan birinin İngiliz hukuku olduğu hallerde sıkça karşılaşılan bir başka yorum problemini doğurmaktadır. Gerçekten, İngiliz hukukunda şahsi statüye uygulanacak hukuk söz konusu olduğunda kullanılan “ikametgâh” kavramının Kıta Avrupası hukuklarından farklı yorumlanması işte bu vasıflandırma sorununu yaratmaktadır<sup>85</sup>. *De Marchi* Kararında<sup>86</sup> ve sonrasında *Sommer* Kararında<sup>87</sup> bu husus açıkça sonuca bağlanmış ve her bağlama kriterinin ait olduğu yabancı hukuk sisteminde algılandığı şekilde yorumlanması gerektiği kabul edilmiştir<sup>88</sup>.

#### 4) Atıf neticesinde bulunan yetkili hukukun uygulanamaması

*For* hukukunun atfı kabul ettiği durumlarda atıf yapılarak bulunan hukukun uygulanacak hükümlerinin tespit edilemediği (bu hükümler yabancı kanunlar ihtilafı kuralları olabileceği gibi, bu kurallarca belirlenen hukuk da olabilir) veya bu hükümlerin *for* hukukunun kamu düzenine aykırı olduğu veya ikinci derece atfın neticesinde bir kısır döngüye girilip hiçbir yetkili hukuka varılmadığı hallerde nasıl bir çözüm benimseneceği doktrinde tartışılmış ve bu bağlamda doğrudan *for* hukukunun uygulanmasının değil, *for* hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen hukukun maddi hükümlerinin uygu-

82 MAYER/ HEUZE, s. 153; RIGAUX/ FALLON, s. 237.

83 RIGAUX/ FALLON, s. 237.

84 RIGAUX/ FALLON, s. 237.

85 Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 154; RIGAUX/ FALLON, s. 237.

86 Civ. 7 mars 1938, Rev. Crit., 1938, 472, note Batiffol.

87 Civ. 8 décembre 1953, Rev. Crit., 1953, 133, note Motulsky.

88 MAYER/ HEUZE, s. 153. Aynı yönde bkz. NOMER, s. 153.

lanmasının isabetli olacağı belirtilmiştir<sup>89</sup>. Bu görüşün temelinde, atfın kural değil istisna olduğu, bu istisnanın devreye girebilmesi için gerekli koşulların oluşmaması halinde de atfa başvurunun anlamsız olacağı ve dolayısıyla temel kural olan hakim kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukukun sadece maddi hükümlerinin uygulanması kuralına geri dönmenin daha isabetli olacağı fikri yatmaktadır<sup>90</sup>.

#### IV. Atfın Amacı Doğrultusunda Doktrinde Atfa Bakış Açısı

##### A) Atfın Amacı Ve Doktrindeki Olumlu Görüş

Atf teorisinin ortaya çıktığı *Forgo* kararından da anlaşılacağı üzere aslında atf tamamiyle *for* ülkesinin hukuk politikası çerçevesinde doğan ve uygulanması şekillenen bir kavramdır. Bir hukuk sisteminde atfın yer alıp almaması, yer almışsa hangi tür, hangi dereceye kadar ve hangi alanlarda yer aldığı kadar, bu teoriye hakimlerin rağbet edip etmemesi ve uygulamada içtihatların ne yönde geliştiği hep bu amaçlar doğrultusunda belirlenmektedir.

Doktrinde atf teorisinin aşağıda belirteceğimiz şu amaçlara hizmet ettiği vurgulanmaktadır:

Atf teorisinin doktrinde en çok ifade edilen amacının, uluslararası karar ahengini korumak olduğu ileri sürülmektedir<sup>91</sup>. Zira *for* hukuku hakimi, uygulanacak yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını nazara almakla, kendi ülkesinde dava açılmasına rağmen, sanki dava, uyuşmazlığın en sıkı irtibatla olduğunu varsaydığı ülkede açılmış gibi davayı bu ülke kanunlarına görmekte ve böylece davanın nerede açıldığı fark etmeksizin, atf sayesinde aynı sonuca ulaşılmaktadır<sup>92</sup>. Bunun da uluslararası karar ahengine hizmet ettiği düşünülmektedir.

Uluslararası karar ahenginin sağlanması aynı zamanda doktrinde “menfaatine uygun olacağını düşündüğü sonucu alabileceği hukuku uygulayacak kanunlar ihtilafı kuralına sahip ülke mahkemesinde dava açmak” anlamına gelen *forum shopping*'i<sup>93</sup> de engellemiş olur. Zira bu durumda, uygulanan

89 MAYER/ HEUZE, s. 153-154.

90 MAYER/ HEUZE, s. 154.

91 RIGAUX/ FALLON, s. 232.

92 RIGAUX/ FALLON, s. 232; HUGHES, s. 202 vd.

93 Gerçekten de, atfın uygulanması *forum shopping* riskini önemli ölçüde azaltır ve tarafların davalarını kendi menfaatlerine uygun bir mahkemede açmalarının adeta işine gelen türde bir

hukuk atıf kurumu sayesinde mahkemeden mahkemeye değişmeyeceği için, tarafların davalarını kendi menfaatlerine uygun bir mahkemede açmalarının bir anlamı kalmayacaktır (ancak bu gerekçe daha çok ikinci derece atıf için geçerlidir)<sup>94</sup>.

Örneğin, İsviçreli bir amca ile yeğeni, ikamet ettikleri Moskova'da evleniyorlar. Evliliklerinin geçerliliği hakkında hiçbir kuşkuya düşmüyorlar zira gerek İsviçre gerek Moskova kanunlar ihtilafı kuralları, evliliğin geçerliliğini evlenme yeri hukukuna tabi tutuyor ve bu hukuk da, amca-yeğen evliliğini muteber kabul eden Moskova hukukudur. Ancak, sonradan Almanya'ya yerleşen çift, ihtilafa düşüp Alman mahkemesi önüne geldiğinde hiç öngörmedikleri bir durumla karşılaşılıyorlar. Şöyle ki, Alman kanunlar ihtilafı kuralları evliliğin geçerliliğine eşlerin müşterek milli hukukunu uyguladığından, bu sıfatla uygulanan İsviçre Hukuku uyarınca evlilik geçersiz kabul ediliyor ve Alman hakimi evliliği iptal ediyor. İşte atıf tam da bu örnekte uluslararası karar ahengine hizmet etmektedir. Zira, Alman hakimin atfı kabul etmesi ile sorun "uluslararası karar ahengi" açısından çözülmüş olacak ve uyuşmazlık Moskova, İsviçre veya Almanya mahkemelerinden herhangi birinin önüne geldiğinde sonuç değişmeyecektir<sup>95</sup>.

Doktrinde sözü edilen bir diğer amaç da, *for* hakiminin uygulanacak hukuka ilişkin yetkili gördüğü yabancı maddi hukukun, bizzat bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca kendini uyuşmazlıkla yakın irtibatla görmediği için yetkili saymamasıdır. Böyle bir durumda atfın uygulanması, kendi hukukunu uygulamak istemeyen ve kendi hukukunu uyuşmazlıkla yeterince sıkı bağlantıda görmeyen yabancı ülke kanunlarına saygı anlamı taşır ve bu yüzden de atıf bu bağlamda yabancı ülke kanun koyucusunun iradesine ve egemenliğine saygı amacına hizmet etmektedir<sup>96</sup>.

---

mahkeme seçimi yapmalarının önüne geçilmiş olunmaktadır. Çünkü, uygulanan hukuk atıf kurumu sayesinde mahkemeden mahkemeye değişmeyeceği için, tarafların da bu bağlamda uyuşmazlıklarını götürecekleri mahkemenin bir önemi kalmayacaktır.

94 MAYER/ HEUZE, s. 150.

95 MAYER/ HEUZE, s. 150.

96 Doktrinde belirtildiği kadarıyla, atfın en eski ve klasik anlamdaki bu işlevi şu varsayıma dayanmaktadır: yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı sistemi bile kendi iç hukukunu yetkilendirmeyen, *for* ülkesi kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen yabancı hukukun, atıf uygulanmayarak, doğrudan iç hukukunun uygulanması o ülkenin "egemenlik yetkisine" müdahale oluşturmaktadır. Kendisini yetkili görmeyen bir hukukun, *for* hakimince yetkilendirilmesi bir anlamda egemenliğin hukuki bağlamda aşılmasıdır (RIGAUX/ FALLON, s. 232).

Atfın inkâr edilemez bir başka amacı da, *for* ülkesi hakiminin uyuşmazlıkta hiç bilmediği yabancı bir hukuku uygulamak külfeti yerine, en iyi bildiği hukuk olan “kendi hukukunu” uygulamasına olanak tanınmasıdır<sup>97</sup>. Ancak bu amaç pek tabii sadece iade atfı için söz konusu olmaktadır<sup>98</sup>.

Atfı bazen de *for* ülkesi hukukunda kabul edilen belirli bir hukuk politikasının gerçekleşmesi için kullanılan ve bu maksadın belli bir bağlama kriterine bağlandığı ve ancak bu bağlama kriterinin söz konusu olduğu hallerle sınırlı uygulaması olan bir kavram olarak da karşımıza çıkmaktadır. Şartlı atfı işte bu amaca hizmet eden atfı türüdür<sup>99</sup>.

Opportunité yani yerindelik sorunları söz konusu olduğunda hakime büyük ölçüde uluslararası özel hukuk adaletini sağlama imkânı vermesi de yine atfı teorisinden umulan menfaatler arasında yer almaktadır<sup>100</sup>.

Son olarak, atfın, tıpkı dünyaya yayılmasına sebep olan *Forgo* kararında olduğu gibi, kendisini uygulayan ülkenin maddi, manevi, kültürel, tarihsel, sosyal veya siyasal her türlü menfaatini gerçekleştirebilmesine hizmet etme amacı da taşıdığını söylemek gerekir. Belirtmek gerekir ki, belli bir amaç için “yaratılmış” ve dolayısıyla istisnaen uygulama alanı bulan bir teörinin sonradan ülke hukuk sistemlerinde beklenmedik bir yaygınlıkla kabul görmesi, teörinin doktrin tarafından tekrardan ele alınıp incelenmesine sebep olmuştur. Zaman içinde *istisna* bir uygulama, kanunlarda yerini bulan bir *kural* haline dönüşmüş ve çıkış noktasından çok ötelere giden bu teori doktrinde adeta tekrardan şekil almıştır.

97 Birinci derece atfı ya da diğeri bir deyişle iade atfın en büyük yararı, hakim en iyi bildiği hukukun kendi hukuku olması ve bu hukuka geri dönüş çabası içinde atfı müessesesinin ona bu doğrultuda imkân tanınmasıdır. *Soulié* kararında Fransız Yargıtayı birinci derece atfın işlevini, “*bu sayede her türlü ihtilaf ortadan kalkmış ve kendi toprakları üzerinde ortaya çıkan her türlü ihtilafa hakim Fransız kanunlarını uygulama imkânı doğmuştur*” şeklinde açıklamıştır (MAYER/ HEUZE, s. 150).

98 RIGAUX/ FALLON, s. 232.

99 Atfı, bir ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarıyla izlediği ve tercih ettiği hukuk politikasını gerçekleştirebilmesi için uygun bir enstrüman olarak kullanılabilir. Atfı, kanun koyucunun söz konusu kanunlar ihtilafı kuralını kabul ederken güttüğü ancak somut olayda ulaşamadığı maddi neticeye ulaşması için kullanılabilirdiği takdirde bu amaca hizmet eder. Bu avantaj da daha çok şartlı atfı için geçerlidir (RIGAUX/ FALLON, s. 232).

100 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 125.

## B) Doktrinin Atıf Teorisine Olumsuz Yaklaşımı

Atıf teorisinin yukarıda sayılan amaçları, bu amaçların ne ölçüde yerine geldiği, ne ölçüde gerçekleşmediğine paralel olarak başka bir tartışmaya zemin hazırlamıştır- ki bu da doktrinde atıf teorisine yapılan eleştirilerdir.

Atıf, menşei olan Fransız Hukukunda dahi varlığı doktrinde tartışmalara neden olan bir kurumdur. Bununla beraber, atfın gerekliliğini savunan yazarlar bile bu hukuki aracın uygulanmasının kanunlar ihtilafı meselelerinin tümüne hasredilecek biçimde mecburi olmamasını, aksine, hakim atfın uygulanıp uygulanmayacağını somut olaya göre değerlendirmesinin veya belli bazı konularla sınırlı olarak uygulanmasının daha doğru olacağı fikrindedirler. Elbette bu eleştiriler gayet geçerli sebeplere dayanmaktadır.

Atıf teorisine getirilen ilk eleştiri, *öngörülebilirliğe* ilişkindir. Atıf neticesinde bulunan hukuk taraflarca öngörülebilir olmaktan uzak olduğu için doktrinde atıf teorisine hep mesafeli bakılmıştır. Zira bazen atıf sonucu uygulanacak hukukun tespiti tam bir muamma veya kısır döngü olabilmektedir. Gerçekten de, atfın hakim takdir yetkisine bağlı olarak uygulandığı ve somut olayda hakim atıf teorisini uygulamadığı hallerde, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk taraflarca öngörülemezdir. Keza, yabancı hukukunun *single renvoi*'yı kabul etmediği veya İngiliz Hukukundakine benzer bir şekilde hem *for* hukukunun hem de yabancı hukukun *double renvoi*'yı kabul etmesi halinde ise bir hukuk karmaşası ve bir kısır döngü söz konusu olacaktır. Bu açmazdan ancak atıf yapan ve yapılan hukuklardan birinin atıf teorisini terk etmesi ile çıkmak mümkün olabilecektir<sup>101</sup>. 1930 Tarihli *Re Askew* Kararında<sup>102</sup> bu husus vurgulanmıştır<sup>103</sup>. Böyle bir çözüm tarzının da atıf kurumunun gerekliliğine destek olmayacağı aşikârdır. Zira, atfın çözümü, atfın uygulanmamasında aranmamalıdır.

Atıf teorisine şiddetle karşı olan BARTIN'a göre, *for* hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarından yabancı bir hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak adına vazgeçmek, *for* ülkesi hukukunun egemenliğine saygı ve üstünlüğünden feragât anlamı taşır<sup>104</sup>. Buna karşılık BATIFFOL, yabancı kanunlar ihtilafı kurallarının mucizevi bir şekilde tepeden inmediği, bu kurallara

101 BHARTI, s. 11.

102 2 Ch 259, 276.

103 BHARTI, s. 11.

104 BATIFFOL/LAGARDE, s. 493; NOMER, s. 144, MAYER/HEUZE, s. 149.

bizzat *for* hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla ulaşıldığını savunarak, bu eleştiriye bir nebze de olsa yumuşatmıştır<sup>105</sup>.

Atf teorisine tamamen karşı olan bir diğer hukukçu da Franz KAHN'dır. Yazara göre atf, hukuken mantıklı ve kanunlar ihtilafı sisteminin işleyişine uygun değildir<sup>106</sup>. Şöyle ki; atfın önemli bir dezavantajı da, zaten zor ve karmaşık, adeta labirent gibi bir işleyişe sahip olan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını iyice zorlaştırmasıdır. Çünkü atf, hakime sadece yabancı hukukun maddi kurallarını bilmeyi değil, kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kuralların kullandığı bağlama noktasını o yabancı hukuka göre vasıflandırıp uygulayabilmesi külfetini de yüklemiş olmaktadır.

Gerçekten de, atfın kabul edilmesi durumunda yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının kullandığı farklı bağlama kriterleri ve gerek bunun gerekse mevcut hukuki olayın vasıflandırılması problemleri de gündeme gelecektir. Bunun yanı sıra, atf uygulandığında bulunan yabancı hukukun muhtevası hakkında bilirkişilere başvurunun zorunlu olduğu bir takım durumlarla da karşılaşmak mümkün olacağından, bu durum mahkemelere gereksiz bir yük de yükleyecektir.

Atfın yaratacağı karışıklığı bir nebze de olsa gidermek için uluslararası doktrinde çeşitli çareler ileri sürülmüştür. Örneğin FRANCESKAKIS'e göre, bağlama noktaları kendi aralarında bir hiyerarşik sıralamaya tabi tutulmalı, örneğin milli hukuktan ikametgâh hukukuna gönderme mümkün olup tersi mümkün olmamalı ve böylelikle durum en azından biraz daha yeknesak uygulamalara imkân vermelidir<sup>107</sup>. AUDIT ise atfın ancak belirli konularla ve belirli bağlama noktaları ile sınırlı bir biçimde uygulanmasıyla işlevsel olabileceğini ileri sürmektedir<sup>108</sup>.

Atf teorisinin avantajlarından biri olarak gösterilen, hakime en iyi bildiği hukuk olan kendi hukukunu uygulama imkânı tanınması gerekçesi<sup>109</sup> doktrinde eleştirilmiştir. Atf teorisinden böyle bir çıkar sağlamak bizzat uluslararası

105 BATIFFOL/LAGARDE, s. 497-498.

106 NOMER, s. 144, MAYER/HEUZE, s. 149. Doktrinde atf teorisinin gereksiz olduğuna ilişkin görüşler için bkz. P.R.H. WEBB and D.J.L. BROWN, A Casebook On the Conflict of Laws, London, 1960, s. 60; DICEY and MORRIS, On the Conflict of Laws, London, 2000, s. 76-77. Atfın doğası itibariyle mantıksız bir uygulama olduğuna ilişkin bkz. LU/CARROLL, s. 67.

107 Phocéon FRANCESKAKIS: La Théorie du Renvoi et Les Conflits des Systèmes, Paris, 1958, s. 249 vd.

108 Bernard AUDIT: Droit International Privé, Paris, 1997, s. 193 ve 196.

109 BATIFFOL/LAGARDE, s. 499.

özel hukukun meşruiyetine ve varlık sebebine aykırı düşmektedir. Zira böyle bir anlayış tüm kanunlar ihtilafı sistemini de sorgulatan bir yaklaşımdır ve uyuşmazlıkların uluslararası niteliklerini göz ardı etmeyi yüceltme anlamı taşır. Böyle bir amaç sadece atfı değil, tüm kanunlar ihtilafı sistemini de reddetmeye kadar gidebilir<sup>110</sup>. Hiç şüphesiz hakimin yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığa kendi hukukunu uygulamasının, en iyi bildiği hukuk kendi hukuku olması, bu durumda kamu düzeni müdahalesinin gerekmemesi gibi bir takım artıları da olacaktır<sup>111</sup>. Ancak tüm bu avantajlar, uyuşmazlıkla en sıkı irtibatla olduğu kabul edilen bir yabancı hukukun uygulanmaması için yeterli gerekçeyi teşkil etmez. Kaldı ki atfı neticesinde uygulanacak hukuk olarak *lex fori*'ye ulaşıldığı hallerde, bu durum hakime en iyi bildiği hukuk olan kendi hukukunu uygulama kolaylığı sağlıyor olsa da, bu sonuca ancak atfı gibi karmaşık bir vasıta aracılığıyla ve içeriğinin tespiti hakim için zor ve meşakkatli bir görev olan yabancı kanunlar ihtilafı kuralı uygulanmak suretiyle ulaşılabilecektir. O halde, atfın hakime “kolaylık” sağladığı hususu da aslında pek geçerli değildir<sup>112</sup>.

Atfı teorisi bazen kısır döngüye (*circulus inextricabilis*) de sebep olabilmektedir<sup>113</sup>. *For* ülkesi kanunlar ihtilafı kuralının yabancı bir ülkeyi yetkili kıldığı ve bu ülkenin veya devam eden atfıta söz konusu olabilecek yabancı bir ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının nihai olarak tekrardan *for* ülkesi hukukunu yetkili kıldığı durum aslında doktrinde kısır döngü olarak nitelenmektedir<sup>114</sup>. Bu döngüden kurtulabilmenin 3 yolu vardır: ya *for* hukukunda iade atfı kabul edilmiş olup, bu ihtimalde *for* hukukunun maddi kuralları uygulanacak; ya *for* hukukunda Anglo-Amerikan hukukundaki *double renvoi* veya *foreign court theory* kabul edilmiş olup, *for* hakimi kendini yabancı ülke hakimi yerine koyup, uyuşmazlığı sanki oranın mahkemesiymiş gibi çözecek ya da son ihtimal *for* hakimi, kendi hukukuna iade atfı yapan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralını göz ardı ederek, bu ülkenin doğrudan iç maddi hukukunu uygulayacaktır<sup>115</sup>. Doktrinde böyle bir kısır döngüye girilip hiçbir yetkili hukuka varılamadığı hallerde nasıl bir çözümün benimseneceği

110 MAYER/ HEUZE, s. 151.

111 MAYER/ HEUZE, s. 151.

112 RIGAUX/ FALLON, s. 241.

113 HUGHES, s. 197.

114 Bu kısır döngü için KAHN “aynalar odası” ve BUZZATI ise “uluslararası tenis” tabirini kullanmışlardır (BATIFFOL/ LAGARDE, s. 493; NOMER, s. 145).

115 HUGHES, s. 198-199; MAYER/ HEUZE, s. 154.



konusundaki tartışmanın, doğrudan *for* hukukunun uygulanması ile değil, *for* hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen hukukun maddi hükümlerinin uygulanması ile çözümlenmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir<sup>116</sup>. Bu görüşün temelinde yine, atfın kural değil istisna olduğu, bu istisnanın devreye girebilmesi için gerekli koşulların oluşmaması halinde de atfa başvurmanın anlamsız olacağı fikri yatmaktadır<sup>117</sup>.

Evvelce belirttiğimiz gibi, atf teorisinin savunucularının üzerinde en çok durduğu gerekçe, atf sayesinde “uluslararası karar ahenginin” sağlanması gerekçesidir. Ne var ki, bu hedefe sadece atfın kabul edilmesi ile ulaşmak mümkün değildir. Gerçekten de, uluslararası karar ahenginin sağlanması oldukça zor ve tesadüfi olup, salt atfın kabul edilmesi veya reddedilmesinden öte bir takım faktörlere de bağlıdır. Zira uyuşmazlığın hangi ülkenin mahkemesi önüne geldiği kadar, bu ülkenin atfı kabul edip etmediği, ediyorsa hangi tür atfı kabul ettiği, bu atfın neticesinde yetkisi tesis edilen ülkenin atfı kabul edip etmediği, ediyorsa hangi ölçüde ve konularda uyguladığı gibi tamamen olayın münferit özelliklerine göre değişebilecek pek çok kriter rol oynayacaktır. Dolayısıyla, ne atfın kabulünün ne de reddinin başlı başına “uluslararası karar ahengi”nin sağlanması açısından tek başına sağlıklı bir parametre olmayacağı doktrinde önemle vurgulanmaktadır<sup>118</sup>.

## V. Atfın Uygulama Alanı

### A) Atfın kapsam dışı olduğu konular

Atf teorisinin menşei olan Fransız hukukunda dahi atf, her türlü uluslararası özel hukuk meselesine uygulanmamaktadır. Her ülke hukuk sisteminde farklı konu ve kapsamda uygulama alanı bulsa da, yine de doktrinde üzerinde hem fikir olunan bazı konularda atf teorisinin uygulanmasının mümkün olmayacağı kabul edilmektedir<sup>119</sup>. Genel olarak hangi alanlarda atfın uygu-

116 MAYER/HEUZE, s. 153-154.

117 MAYER/HEUZE, s. 154.

118 NOMER, s. 146-147; DOĞAN, s. 185. Doktrinde atf teorisinin en önemli amacı olarak gösterilen uluslararası karar ahenginin sağlanması amacının gerçekte ne ölçüde gerçekleşebildiğine ilişkin bkz. HUGHES, s. 202 vd. Bu bağlamda doktrinde Larry KRAMER tarafından atfın uluslararası karar ahengini sağlamasının önündeki engelleri ortadan kaldıran oldukça ilginç bir yöntem ileri sürülmüştür (Larry KRAMER: “Return of the Renvoi”, NYU Law Review, 1991, 66, s. 1032 vd.). Bu yöntem HUGHES tarafından daha da ileri boyuta götürülmüştür (HUGHES, s. 217 vd.).

119 Örneğin atf konusunda içtihatı hayli kabank olan ve kendine özgü atf türlerine sahip olan

lanmayacağına bakılacak olursa, irade serbestisinin hakim olduğu ve uygulanacak hukukun tarafların seçimine bırakıldığı alanlarda atfın uygulanmadığı görülmektedir. Sözleşmeler alanında taraflara tanınmış hukuk seçimi yapma yetkisi<sup>120</sup> ve mal rejimlerine ilişkin meselelerde taraflara tanınmış olan hukuk seçme serbestisinde (ör: MÖHUK md. 15/1) olduğu gibi<sup>121</sup>. Bunun sebebi, hukuk seçiminde bulunanların, işin tabiatı gereği seçtikleri hukukun maddi düzenlemelerini düşünerek bu seçimi yapmış olmalarıdır. Şayet atıf vasıtasıyla seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacak olursa, bu defa taraflar açısından hiç düşünmedikleri ve öngörmedikleri bir hukukla karşı karşıya kalmaları gibi istenmeyen bir durum ortaya çıkacaktır. Nitekim bu husus, bizzat MÖHUK md. 2/4'te ifadesini bulan “*uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır*” hükmü ile yasada açıkça düzenlenmiştir.

Bu noktada akla şu soru gelebilir: irade serbestisinin söz konusu olduğu ve taraflara hukuk seçimi yapma yetkisi tanınan bu gibi konularda, bu hususta tarafların herhangi bir hukuk seçimi yapmamaları halinde yine de atıf teorisini kapsam dışı mı kalacaktır yoksa seçim yapılmadığı için artık bu konularda atıf uygulanabilecek midir? Doktrinde bu soruya verilen cevap, tarafların hukuk seçiminde bulunmamaları halinde dahi, atfın bu tür uyuşmazlıklarda uygulanmaması gerektiği yönündedir<sup>122</sup>. Buna, tarafların, her ne kadar hukuk seçiminde bulunmamış olsalar da, aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk hakkında aşağı yukarı bir fikirlerinin bulunduğu ve buna göre karşılıklı hak ve yükümlülüklerini geniş çerçevede de olsa tahmin edebilmeleri gerekçe gösterilmektedir<sup>123</sup>. Nitekim Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arasındaki

---

İngiliz hukukunda dahi, haksız fiiller, sigorta, mortgage, yaşayanlar arası bağış veya ölüme bağlı kazanımlar, ortaklıklar gibi bazı meselelerde yetkili hukukun yabancı hukuk olduğu durumlarda hakimın doğrudan o hukukun iç maddi hükümlerini uygulamakta en ufak bir tereddüt yaşamayacağı ve bu konularda atfın uygulanmadığı belirtilmiştir (Peter NORTH/ J.J. FAWCETT: *Cheshire and North's Private International Law*, 2004, s. 64-65) .

120 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 126.

121 NOMER, s. 152; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 57. Unutulmamalıdır ki, Türk hukukunda atıf sadece şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda kabul edilmiştir. Bu sebeple, sözleşmeler alanındaki hukuk seçiminde atfın olmaması örneği bizim hukukumuz açısından zaten söz konusu olabilecek bir durum değildir. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalara sonraki bölümde yer verileceğinden şimdilik bu tespiti yapmakla yetineceğiz.

122 MAYER/ HEUZE, s. 480.

123 MAYER/ HEUZE, s. 480.

akdi ilişkilere uygulanacak hukuk konusunu düzenleyen 1980 tarihli Roma Konvansiyonu da aynı çözüm tarzını benimsemiştir. Fransız hukukunda aynı yaklaşım, mal rejimlerine ilişkin hukuk seçimi yapılmamış olması halinde de geçerlidir<sup>124</sup>.

Aynı şekilde, alternatif bağlama kurallarının kabul edildiği türdeki kanunlar ihtilafı kurallarında da atfın uygulanmasının reddedildiği prensip olarak kabul edilmiştir<sup>125</sup>. Her iki alanda da, kanun koyucunun belirli bir menfaati nazara aldığı ve bu maddi sonucun gerçekleşebilmesi için atfın uygulanması gerekliliği esas gerekçeyi oluşturmaktadır. Nesebin kurulmasına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının basamaklı bir biçimde çeşitli bağlama kriterleri kabul etmek suretiyle çocuğun soy bağına kurmayı hedeflemesinde olduğu gibi<sup>126</sup>.

Uygulanacak hukukun “en sıkı ilişkili hukuk” veya “daha sıkı ilişkili hukuk” gibi bağlama kriterlerinin kullanıldığı türdeki uyuşmazlıklarda da, bu bağlama kriterleriyle belirlenecek hukukun doğrudan maddi hükümlerinin kastedildiğinin anlaşılması gerektiği doktrinde belirtilmektedir<sup>127</sup>. Yukarıda belirtilenler dışındaki konularda atfın, menşei ülkesi olan Fransız hukukunda kabul edildiği ve uygulandığı görülmektedir.

Bunun yanı sıra, taşınmazlar üzerindeki aynı haklar açısından da, konunun hemen hemen bütün ülke hukuk sistemlerinde *lex rei sitae*'ye tabi olması sebebiyle atfın uygulanması pek mümkün olmayacağını söylemek yanlış olmaz<sup>128</sup>. Taşınır malların üzerindeki mülkiyet ve menkul rehni gibi aynı hakların intikalinde ise, *lex rei sitae*'ye yapılacak atfın kabul edilebileceği; *for* hukukunun belirlediği ülke hukukunun aynı zamanda malın bulunduğu ülke hukuku olması ve bu hukukun da başka bir hukuka atıf yapması durumunda da atfın göz önünde bulundurulması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür<sup>129</sup>.

124 1 Şubat 1972 tarihli Cour de Cassation Iere Chambre Civil tarafından verilmiş olan *Gouthertz kararı*, Grands Arrêts no:51; Bulletin Civil, No: 35, s. 32.

125 ŞANLI/ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 57. Karş. BATIFFOL/ LAGARDE, s. 507.

126 NOMER, s. 153; ŞANLI/ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 57.

127 NOMER, s. 153. İstisna için bkz. BATIFFOL/ LAGARDE, s. 507.

128 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 127. Bu konuda atfın, ilişkinin niteliği gereği uygulanmaması gerektiğine ilişkin bkz. Aysel ÇELİKEL: “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Atıf Prensibinin Uygulanması”, MHB, 83/2, s. 3.

129 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 127-128;

Keza, haksız fiillerde de, fiilin gerçekleştiği yer hukuku (*lex loci delicti*) genel olarak kabul edilmiş olan bir bağlama kriteri olduğundan, atf prensibine bu alanda da rastlamak çok mümkün değildir<sup>130</sup>.

Miras hukukunda atf teorisinin kabul edilip edilmediği ise, mirasın taşınır veya taşınmaz miras olmasına göre farklı değerlendirilmiştir. Taşınır mirasta atf, hemen hemen atfın kabul edildiği tüm ülkelerde genel olarak benimsenmiştir. Ancak aynı şeyi taşınmaz miras için söylemek mümkün olmamaktadır. Bilindiği gibi, taşınmaz miras pek çok ülke hukuk sisteminde taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi tutulmuştur. Buna mukabil, taşınmaz mirasını İtalyan ve Alman kanunlar ihtilafı kurallarında olduğu gibi, mirasın milli hukukuna bağlayan kanunlar ihtilafı kuralları da mevcuttur. Türk doktrininde, taşınmaz mirasına uygulanacak hukuk olan ölenin milli hukukunun (MÖHUK md. 20/1), taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna yaptığı atfın *lex rei sitae* kuralının amacına daha uygun düşeceği ve bu tür atfın kabul edilmesinin isabetli olacağı belirtilmiştir<sup>131</sup>. Kanaatimizce de bu ihtimalde atfın uygulanması hem *lex rei sitae* prensibinin genel olarak benimsenmesinden ötürü milletlerarası karar ahengine hizmet edecek, hem de taşınmazın bulunduğu ülkenin kamu otoritelerince yapılması gereken işlerde kolaylık sağlayacaktır.

Son olarak, Türk hukukunda atfın uygulanmasının kabul görmediği ve tıpkı atf gibi genel hükümler içerisinde yer alan hukuki işlemlerde şekil (MÖHUK md. 7) ve zamaşıımı (MÖHUK md. 8) meselelerine değinmekte fayda görüyoruz. Atfın bu iki konuya ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları açısından uygulanmayacağı ve bu hususta yetkili olan hukukun doğrudan maddi hükümlerinin uygulanmasının daha mantıklı olduğu doktrinde ileri sürülmüştür<sup>132</sup>.

## B) Atf Teorisinin Uygulama Alanı

Atf teorisinin ilk ortaya çıktığı tarihte farklı ülkelerin kanun koyucularının tavrı şimdikine nazaran daha keskindi. Şöyle ki, atf belli bir ülke hukuk sisteminde ya kabul ediliyordu ya da reddediliyordu<sup>133</sup>. Oysa zaman içinde bu net tavır daha esnek bir hal aldı ve artık ülke hukuk sistemleri atf teorisini belirli konulara hasretmek, belirli şartlar dahilinde uygulamak veya belirli bazı

130 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 127. Karş. aşağıda (B) bölümündeki açıklama.

131 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 127.

132 NOMER, s. 152-153; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 132.

133 BATIFFOL/ LAGARDE, s. 493.

uluslararası özel hukuka ait menfaatlerin varlığı halinde devreye sokmak gibi esnek bir tutum sergilemektedirler.

Genel olarak bakıldığında, atıf teorisini kabul eden bir ülke dahi, bu teorelinin uygulama alanına dahil olan konularda bile genel bir kural olarak her somut olaya uygulanmasını benimsememektedir. Kavramın ait olduğu Fransız hukukunda dahi bu konudaki kural, somut olayın kanunlar ihtilafı kuralının güttüğü amaca uygunluğu halinde uygulanması yönündedir<sup>134</sup>.

Buna karşılık, atıf teorisinin belirli özelliklere sahip konular açısından uygulama alanı bulunduğu görülmektedir<sup>135</sup>. Şöyle ki, ülke egemenliğine gibi bir temel üzerine dayanan bir kanunlar ihtilafı kuralı söz konusu olduğunda, atfın işletilmesinin mümkün olduğu genel olarak kabul görmektedir<sup>136</sup>. Örneğin, şahsi statüyü ilgilendiren meselelerde Fransız hukukunun milli hukuku yetkili görmesi, yabancı bir şahsa kendi hukukunun uygulanmasını istememesinden değil, şahsa ait meselelerin en iyi onun vatandaşı olduğu hukuk tarafından düzenleneceği varsayımındandır- ki burada uyruk meselesi bir ölçüde egemenliği yansıtır. Keza, eşyaların, buldukları yer hukukuna (*lex rei sitae*) tabi olması da, gerektiği takdirde eşyanın bulunduğu ülkenin yerel mercilerinin devreye girmesinin söz konusu olabilmesine dayanması bakımından yine bir egemenlik yansımasıdır. İşte bu tür konularda yetkili yabancı hukukun bir başka hukuka yaptığı atıf, adeta konunun o ülke kanun koyucusunun egemenlik tasarrufuna dahilmiş gibi addedilmesi sebebiyle kabul görmektedir<sup>137</sup>.

BATIFFOL / LAGARDE' a göre, uyuşmazlığı varsayımsal olarak en yakın irtibatlı hukuka bağlayan ( haksız fiillerdeki *lex loci delicti* prensibi) veya varlığı halinde daha yakın irtibattaki hukuka bağlamayı hedef alan (MÖHUK. 24/4-son cümlede olduğu gibi) türdeki kanunlar ihtilafı kurallarınca tespit edilecek olan hukukun doğrudan maddi hükümlerinin uygulanması ilk bakışta daha doğru gibi görülse de, kuralların amacı düşünüldüğünde, atfın uygulanması sonucunda uyuşmazlıkla daha çok bağlantılı bir hukuka ulaşmanın mümkün olması halinde, atfın uygulanmasının isabetli olacağı istisnai durumlar olabilir<sup>138</sup>. Örneğin, hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde haksız fiiller alanında kabul edilen en yakın irtibatlı hukuk haksız fiilin gerçekleştiği ülke

134 BATIFFOL/ LAGARDE, s. 507.

135 İngiliz hukukuna ilişkin bkz. NORTH/ FAWCETT, s. 64-66.

136 BATIFFOL/ LAGARDE, s. 507.

137 BATIFFOL/ LAGARDE, s. 507.

138 BATIFFOL/ LAGARDE, s. 507.

hukukudur (*lex loci delicti*). Buna mukabil, bu kural neticesinde ulaşılan ülkenin kanunlar ihtilafı kuralının, haksız fiili işleyen ve mağduru olan kişilerin müşterek mutad meskenleri hukuku gibi bir başka yakın irtibat prensibi kabul etmesi ve somut uyuşmazlıkta da bu şahısların müşterek mutad meskenlerinin bulunmasına rağmen haksız fiilin işlendiği yerin tesadüfi bir yer olması halinde, hâlâ *lex loci delicti*'nin uygulanmasında diretilmesi kanunlar ihtilafı kuralının amacına ters düşecek, atfın işletilmesi ise, kuralın hedeflediği amacı gerçekleştirecektir<sup>139</sup>.

Atfın, maddi bir amaca ulaşmayı hedefleyen kanunlar ihtilafı kurallarının söz konusu olduğu ve fakat bu amaca somut uyuşmazlıkta ulaşılamadığı hallerde de yararlı olabileceği belirtilmiştir<sup>140</sup>. Çoğu zaman alternatif kanunlar ihtilafı kuralları ile düzenlenmiş olan bu türdeki konulara örnek olarak, soy bağının kurulması veya hukuki işlemlerin şekli geçerliliği verilebilir<sup>141</sup>. Belirtmek gerekir ki, doktrinde bu gibi alternatifli kanunlar ihtilafı kurallarının söz konusu olduğu türdeki uyuşmazlıklara, hedeflenen belirli bir amaca ulaşılmış olduğu takdirde atfın uygulanmaması gerekeceği fikri ağırlıklı olarak savunulmuştur<sup>142</sup>. Bu yaklaşım kanımızca isabetlidir. Ancak BATIFFOL'ün üzerinde durduğu olasılık, bu tür alternatifler kabul edilerek ulaşılmak istenen maddi menfaate (*favor negotii* veya çocuğun soy bağının kurulmasındaki menfaat) getirilmiş olan hiçbir alternatif kural ile ulaşılamaması durumudur. İşte bu olasılıkta atf, söz konusu maddi amacı gerçekleştiriyorsa kullanılmalıdır; yoksa, gerçekleşen maddi menfaati bozmak için atfın her şeye rağmen devreye girmesi söz konusu olmamalıdır (*renvoi ad favorem*). Örneğin, çocuğun soy bağının MÖHUK md. 16'daki gibi çok ihtimalli hallerde dahi kurulamadığı bir durumda, bu hukuklardan birinin kanunlar ihtilafı kuralının yetkili kıldığı hukuka göre soybağının kurulması mümkün oluyorsa atf o uyuşmazlıkta işletilmelidir<sup>143</sup>; buna mukabil, sayılmış olan alternatif bağlama kurallarından birinin gösterdiği ülkenin iç hukukunun aracılığıyla çocuğun soybağı kurulabiliyor iken, bu hukukun soy bağı kuramayan bir başka hu-

139 BATIFFOL/LAGARDE, s. 507; Karş.NOMER, s. 153.

140 BATIFFOL/LAGARDE, s. 508.

141 BATIFFOL/LAGARDE, s. 508.

142 ŞANLI/ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 58; NOMER, s. 153.

143 Doktrinde bu ve benzeri ihtimallerde atfın, amaçlanan maddi sonucun ulaşılmamasına engel olma ihtimalinin, yasa koyucunun söz konusu kanunlar ihtilafı kuralını kabul ederken hedeflediği amacı gerçekleştirebileceği ihtimali karşısında daha az nazara alınacak bir durum olarak yorumlandığı görülmektedir (ŞANLI/ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 57-58; NOMER, s. 153).

kuku yetkili kılan kanunlar ihtilafı kuralının atfı yoluyla uygulanmasının ne anlamı ne de o kuraldan umulan maddi menfaat açısından bir yararı vardır. Aynı şekilde, hukuki işlemin şeklen geçerliliğini mümkün merteye sağlamak adına çok alternatifli kabul edilen bağlama kurallarından hiçbiri hukuki işlemi ayakta tutamazken, bu hukuklardan birinin kanunlar ihtilafı kuralının atfı yoluyla yetkili kıldığı ülke hukukunun aynı hukuki işlemi şeklen geçerli kabul etmesi de benzer bir maddi menfaate hizmet edeceğinden (*renvoi ad favorem*) BATIFFOL tarafından savunulmuştur<sup>144</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk hukuku açısından hukuki işlemlerde şekil meselesi bizzat MÖHUK md. 7 uyarınca atfın uygulanmayacağına açıkça belirtildiği türden bir meseledir. Şöyle ki, madde hükmünde açıkça “*Hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir*” demek suretiyle atfı dışlanmıştır. Hal böyle iken, en azından Türk hukuku açısından yukarıdaki örnekte soy bağının kurulması bağlamında mümkün olan atfın (zira MÖHUK md. 2/3 uyarınca sadece şahsın hukuku ve aile hukuku alanlarında atfı mümkündür) uygulanmasının, hukuki işlemin şekli açısından imkânsız olduğunu belirtmemiz gerekir.

Birçok ülke hukukunda kabul edilmiş olan atfı, bu ülkelerde yer alan yasal düzenlemelerin izin verdiği ölçüde ve öngördüğü konularla sınırlı olarak uygulandığından, atfı teorisinin genel bir kural olarak şu veya bu konuda uygulandığını söylemek mümkün değildir. Ancak, ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, atfın daha çok şu konularda uygulandığı görülmektedir: vasiyetnamelerin şekli ve maddi geçerliliği, kanuni mirasın (menkul-gayrimenkul) intikali, sonradan evlilikle nesebin düzeltilmesi, evliliğin şekli geçerliliği, evlenme ehliyeti, ikinci evliliğin geçerliliği, boşanma, evlat edinme, haksız fiil, şahsi statü değişikliği, vb.<sup>145</sup>.

Bakıldığında atfın işlediği davalarda çoğu zaman ya İngiliz vatandaşı bir kişinin olduğu ya da uyuşmazlığın İngiliz hakimî önüne geldiği görülmekte-

144 BATIFFOL/LAGARDE, s. 508-509. Atfın benimsendiği pek çok ülkede evlenmenin şekli ve vasiyetnamenin şekli konularında, bu hukuki işlemlerin genel olarak tabii olduğu işlem yeri hukuku uyarınca geçersiz iken (*locus regit actum*), atfı uygulandığı takdirde ulaşılan hukuka göre şeklen geçerli kılınıbiliyorsa atfı uygulanmaktadır.

145 Genel olarak özellikle birinci derece atfın çoğu zaman taşınırların (Soulié Kararı, 9.3.1910; Ben Attar Kararı, 7.11.1933; De Marchi Kararı, 7.3.1938) veya kimi zaman taşınmazların miras yoluyla intikali, boşanma (Birchall Kararı, 10.5.1939; Bradford Kararı, 1.4.195) ve neseb (Sommer Kararı, 8.2.1953) konularındaki uyuşmazlıklarda uygulandığı görülmektedir.



dir. Zira atf teorisinin varlık bulabilmesi için, aynı kategorideki bir uyumsuzluk konusu için farklı bağlama noktalarından hareket edilmesi gerekmektedir ki bu farklılık çoğu zaman şahsi statüyü milli hukuka tabi tutan kontinental hukuk sistemi ile ikametgâh hukukuna tabi tutan anglo-amerikan hukuku sistemi arasında cereyan etmektedir.

## VI. Ulusal Ve Uluslararası Düzenlemelerde Atf

### A) Ulusal Hukuklarda Atf

Her ülke hukuk sisteminde atf teorisinin yeri, aynı zamanda bu ülkelerin hukuk sistemlerinin de dahil olduğu bir farklılığa sahiptir. Kanunlar ihtilafı kurallarının yazılı olduğu sistemlerde atf teorisi kabul edildiğinde, bu kavramın da genellikle kural ve istisnaları şeklinde yazılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Buna karşılık, yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklara uygulanacak hukuku tespit eden sabit ve önceden belirli kanunlar ihtilafı kurallarına sahip olmayan ülkelerde, bu tür uyumsuzlukların, somut olayda uygulanması muhtemel ülke hukukları arasında yapılan bir seçimle çözüme kavuşturulduğu görülmektedir<sup>146</sup>. Bu seçim, bazen en sıkı irtibatlı hukuk gibi uluslararası özel hukuka ilişkin menfaatler, bazen de devletin sürdürdüğü politika ve menfaatler doğrultusunda *for* ülkesi hakimince takdir edilecek en uygun ülke hukukunun uygulanması şeklinde somutlaşmaktadır.

Hiç kuşkusuz yazılı kanunlara sahip ülke hukuk sistemleri açısından kanunlar ihtilafı kuralları (*rule-based choice of law regime*) ve bu kurallarda yer alan atfa ilişkin hüküm, yazılı kanunlar ihtilafı sistemine sahip olmayan (*interest analysis-based choice-of-law system*) ülkelerdekenden çok daha objektif, soyut ve nötr niteliktedir<sup>147</sup>.

### 1) Fransa

Evvelce belirttiğimiz gibi, atf teorisinin menşei ülke olmasından ötürü Fransız hukukunda ve doktrininde atf kavramı önemli bir yere sahiptir. Fransız Hukukunda kullanılan atf biçimi genel itibariyle birinci derece atıftır ve yargı içtihatlarında ilk kez meşhur "*Forgo Kararı*" nda kullanılmıştır<sup>148</sup>. Fransız hukukunda atf teorisi gerek pozitif hukukta gerekse mahkeme karar-

<sup>146</sup> SHARPE, s. 9-11.

<sup>147</sup> SHARPE, s. 11.

<sup>148</sup> MAYER/ HEUZE, s. 147.



larında yerini bulmuştur. Özellikle içtihat bazında, atfın bazı meşhur kararlara konu olduğu görülmektedir. Şöyle ki, birinci derece atfın uygulanmasına taşınır mirası konusundaki *Soulié Kararı*, boşanma konusundaki *Birshall Kararı*; ikinci derecedeki atfın uygulanmasına ise boşanma konusundaki *Patino Kararı*, soybağına ilişkin *Sommer Kararı*, şirketler hukuku alanındaki *Banque Ottoman Kararı*<sup>149</sup> ve evlenmenin şekline ilişkin *Zagha Kararı*<sup>150</sup> bu kararlara örnektir. Buna mukabil, Fransız mahkemelerinin atf teorisini uygulamadığı kararları da yok değildir. Mal rejimlerine ilişkin olarak atfın reddedildiği *Lardans*<sup>151</sup> ve *Gouthertz*<sup>152</sup> kararları buna örnek olarak verilebilir. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar atf teorisi Fransız hukukunda her türlü ihtilafta uygulanmasa da, bunun sebebi sadece belirli bazı meselelerin niteliklerinin atfın uygulanmasıyla bağdaşmayacağı değil, aynı zamanda henüz mahkemelerin atfı diğer başka konularda da uygulayacak vesile bulamamış olmalarıdır<sup>153</sup>.

Fransız hukukunda, atf teorisinin genel olarak uygulanmasının, belirli meselelere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları açısından uygun olmayacağından hareketle, bu tür meselelerde atfın reddedildiğinin kabulü gerekeceği ileri sürülmüştür. Bu tür meseleleri genel olarak, kanunlar ihtilafı kuralının amacına ters düşen sonuçlar yaratabilme riski olan meseleler olarak açıklamak mümkündür. İrade serbestisi ilkesinin hakim olduğu sözleşmeler ve mal rejimlerine ilişkin meseleler ile hukuki işlemlerin şeklen geçerliliğini sağlamaya yarayan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanı bulduğu ihtilaflar bu meselelere örnek olarak verilebilir.

Gerçekten de, bu tür uyuşmazlıklar, haklarında tatbiki gereken kanunlar ihtilafı kurallarının belirli bir amaca sahip olduğu türden uyuşmazlıklardır. Söz gelimi, irade serbestisi ilkesinin yansıması olan hukuk seçiminde bulunabilme yetkisi, sözleşmeler veya mal rejimlerine ilişkin uyuşmazlıklarda atf teorisinin uygulanması halinde anlamsızlaşabilecektir. Keza hemen hemen bütün ülkelerin hukuk sistemlerinde hukuki işlemlerde şekil konusunu düzenleyen *locus regit actum* yani işlemin yapıldığı yer hukuku ilkesi, kişilerin belirli bir yerde, o yer hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun olarak gerçekleştirdikleri işlemlerin geçerli olacağına ilişkin inançlarını korumayı

149 Paris, 19 mars 1965, Clunet, 1966, 118, note Goldman.

150 Cass. Civ. 15 juin 1982, Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1983, s. 300, note Bischoff.

151 Cass. Civ., 27 janvier 1969, Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1969, s. 710, note Derruppé.

152 Cass. Civ., 1 février 1972, Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1972, s. 644, note Wiederkehr.

153 Yvon LOUSSOUARN/ Pierre BOUREL: Droit International Privé, Paris, 1999, s. 232.

hedeflemektedir. Bir hukuki işlemi, atfın uygulanması neticesinde başka bir ülke hukukunun aradığı şekil şartına tabi tutmak suretiyle bu prensibin etkisiz kılınması ve bunun neticesinde hukuki işlemin geçersiz hale gelmesi, elbette ki kanunlar ihtilafı kuralının amacıyla örtüşmeyecektir. İşte bu gibi hallerde atfın uygulanmaması Fransız hukukunda genel olarak kabul edilmektedir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus da, Fransız hukukundaki “*renvoi sélectif*” yani “*seçici atf*” kavramına ilişkindir<sup>154</sup>. Bu kavram, yukarıda bahsi geçen ve genel anlamda atfın uygulanmaması gerekli hallerde dahi, belirli şartlar dahilinde uygulanmasına olanak sağlayan bir kavramdır. Şöyle ki, belirli bir menfaatin nazara alındığı (*renvoi ad favorem*) (ör: soybağının kurulmasına ilişkin veya hukuk seçiminde bulunabilme yetkisinin bulunduğu ihtilaflar) veya belirli bir işlemin geçerliliğinin mümkün mertebe sağlanmasının hedeflendiği (*renvoi ad validitatem*) türdeki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında, şayet bu amaçların yerine getirilmesinde müspet rol oynamaları ihtimali bulunuyor ise, atfın uygulanabileceği belirtilmektedir<sup>155</sup>. Evlenmenin şeklen geçerliliği konusundaki 15 Haziran 1982 tarihli *Zagha Kararı*, atf teorisinin uygulanması suretiyle şeklen geçersiz bir evliliğin geçerli olmasını sağlaması açısından bu tür atfa örnektir.

Son olarak, Fransız hukukunda atf teorisinin hakimler tarafından mutlak surette dikkate alınması gerektiği ancak uygulayıp uygulamamak konusunda yerindelik değerlendirmesi yapacaklarını belirtebiliriz.

## 2) Birleşik Krallık

İngiliz hukukunda “*foreign court theory*” adı verilen kendine özgü bir atf kavramının kabul edildiğini önceden belirtmiştik. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda İngiliz hakiminin kendisini İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı ülkenin hakimi yerine koyup, o ülkenin hakimi yetkili hukuku nasıl uygulayacaksa aynı şekilde uygulaması anlamına gelen bu atf türü, özellikle belirli tür uyuşmazlıklarda karşımıza çıkmaktadır. Örneğin vasiyetnamenin şekli ve esasa ilişkin geçerliliği, kanuni miras, ikinci evliliğin geçerliliği, bazı şahsın hukuku ve aile hukuku konularında *Foreign Court Theory* kabul edilmiştir<sup>156</sup>. Buna mukabil, Birleşik Krallık Hukukunda, Act 1995 Bölüm 9 (5) te haksız fiillerde atfın uygulanmayacağı belirtilmiştir.

154 LOUSSOUARN/BOUREL, s. 251.

155 LOUSSOUARN/BOUREL, s. 251.

156 HUGHES, s. 199. İngiliz Hukukunda atf kavramı çalışmamızın başında ayrıntılarıyla incelendiğinden, burada kısaca değinilmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, kabul edildiği alanlarda dahi atıf her zaman ve her olayda uygulama alanı bulmayabilir. Nitekim atıf teorisinin uygulanmadığı pek çok mahkeme kararına rastlamak mümkündür<sup>157</sup>. İngiliz doktrini atfın uygulanması hususunda, uluslararası özel hukuk hakkaniyeti ve adaletini sağlaması bakımından yararlı olabileceği konularda uygulanmasını, bazı vakalarda ise reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>158</sup>.

### 3) İtalya

1 Haziran 1995 tarihinden bu yana yürürlükte olan 31 Mayıs 1995 tarihli ve 218 sayılı Kanun ile İtalyan hukuk sisteminde uluslararası özel hukuk alanında büyük bir reform gerçekleşmiştir<sup>159</sup>. Atıf kavramı da yeniden düzenlenen konuların başında gelmektedir. Kanunun 13. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, iki durumda atıf kabul edilmektedir. Bunlar (i) atıf yapılan ülkenin de atfı kabul eden bir ülke olması ve (ii) İtalyan hukukuna iade atıf yapılması (md. 13/1). Atıf, şu üç konuda uygulama dışı bırakılmıştır: (i) irade serbestisinin hakim olduğu konular (ii) hukuki işlemlerde şekil ve (iii) sözleşme dışı sorumluluk halleri (md. 13/2). Bununla beraber, soybağı konusunda tamamen çocuğun menfaatini gözeten bir atıf rejimi benimsenmiştir. Buna göre, çocuğun soybağının kurulmasını sağlayan yabancı kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasına ilişkin atıf da (şartlı atıf) kabul edilmektedir (md. 13/3)<sup>160</sup>. 13. maddenin 4. fıkrası ise uluslararası konvansiyonlarla ilgili bir düzenlemeye ayrılmıştır. Buna göre şayet bu kanunun (İtalyan milletlerarası özel hukuk kanunu) uygulanması bir uluslararası konvansiyonun uygulanmasını gerektiriyorsa, bu takdirde bu konvansiyonun atıf konusunda ne şekilde bir çözüm benimsediğine göre hareket edileceği hüküm altına alınmıştır<sup>161</sup>.

### 4) İsviçre

İsviçre hukukunda 18 Aralık 1987 tarihinden bu yana yürürlükte olan İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu (*Loi Fédérale Sur Le Droit Inter-*

157 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 117.

158 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 118.

159 *Riforma del sistema itaiano di diritto internazionale privato*, 31 May 1995, Suppl Ord GU Serie Gen 128, 3 Jun 1995. Ayrıntılar için bkz. Andrea GIARDINA: “*Les Caractères Généraux de La Réforme*”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 85, (1), 1996, s. 2 vd.

160 GIARDINA, s. 15; RIGAUX/ FALLON, s. 234.

161 GIARDINA, s. 16.

*national Privé-LDIP*)<sup>162</sup> 10. maddesinde uygulanacak hukuka ilişkin genel hükümler arasında atıf da düzenlenmiştir. Buna göre, uygulanacak hukukun İsviçre hukukuna yaptığı atıf (iade atıf) veya o ülkede atfın kabul edilmesi şartıyla başka bir ülke hukukuna yapılan atıf uygulanabilir (LDIP md. 14/1). Medeni hal konusunda yabancı hukukun İsviçre hukukuna yaptığı atıf da kabul edilmektedir (LDIP md. 14/2).

Atıf yan başlıklı 14. maddede yer alan bu genel düzenlemelerden başka, söz konusu kanunun miras (md. 91/1), isim (md. 37) ve taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekli (md. 119) gibi konularda da birinci ve ikinci derece atfın kabul edildiği görülmektedir<sup>163</sup>. *Foreign Court Theory'nin* isim ve miras konusunda kabul edildiği kararlar da mevcuttur<sup>164</sup>.

### 5) Avusturya

Avusturya'da halen yürürlükte olan 15 Haziran 1978 tarihli Avusturya Uluslararası Özel Hukuk Kanunu<sup>165</sup>'nin 5. maddesinde atıf kabul edilmiştir. Bu madde hükmü uyarınca atıf, Avusturya hukukuna geri gönderme yaptığı takdirde (iade atıf) kabul edilmiş; üçüncü bir devlet hukukuna gönderme yapılması halinde ise, ilk defa yetkilendirilen hukuka geri dönmek şartı ile atıf kabul edilmiştir<sup>166</sup>.

### 6) Almanya

Atıf, Alman Medeni Kanunu EGBGB<sup>167</sup>'nin 3 ila 49. maddeleri arasında düzenlenen uluslararası özel hukuka ilişkin hükümler arasında 4. maddede yer almaktadır ve yetkili yabancı hukukun iç hukuk değil, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağı açıkça kabul edilmiştir. Genel anlamda atfın kabul edildiği sistemde, md. 4 hükmü belirli hususları ayrıca düzenlemiştir. Buna göre, şayet yabancı ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları tekrar Alman hukuku-

<sup>162</sup> LDIP 18.12.1987, RO, 1988, 1776.

<sup>163</sup> RIGAUX/ FALLON, s. 235.

<sup>164</sup> HUGHES, s. 199.

<sup>165</sup> IPR Gesetz, 15 Jun 1978, Bundesgesetzblatt No: 304/1978.

<sup>166</sup> ÇELİKEL/ ERDEM, s. 129.

<sup>167</sup> Bundesgesetzblatt 194 I 2494. EGBGB kısaltmasının uzun adı, “*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*” olup, Türkçe çevirisiyle, “Alman Medeni Kanununa Giriş Yasası”dır. Kanunun İngilizce metni için bkz. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgbeg/englisch\\_bgbeg.html#p0027](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0027).

nun uygulanması ile sonuçlanıyorsa, bu takdirde Alman iç maddi hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir (md. 4/1). Maddenin ikinci fıkrasında, taraflara hukuk seçme imkânının verildiği hallerde, bu hukukun maddi kurallarının uygulanacağı ve atfın uygulanmayacağı kabul edilmiştir (md. 4/2). Şayet atfı sonucu hukuku uygulanacak devlet birden fazla hukuk sistemine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı, o devletin hukukuna göre belirleneceği ve o devletin hukukunda belirleyici bir hüküm olmaması halinde ise, uyumsuzlukla en yakın bağlantılı olan bölge hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir (md. 4/3)<sup>168</sup>.

## 7) İspanya

Ayrı bir uluslararası özel hukuk kanunu olmayan ülkelerden biri olan İspanya'da Medeni Kanun'un 8 ila 12. maddeleri arasında medeni hukuka ilişkin uluslararası nitelikteki uyumsuzluklara uygulanacak hukuku belirlemeye yarayan az sayıda kanunlar ihtilafı kuralı bulunmaktadır. İspanya'nın gerek Avrupa Birliği'ne üye olmasından ötürü, gerekse başka bölgesel örgütlere katılımı sebebiyle, bu kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanı da son derece kısıtlı kalmıştır. Konumuz açısından düşünüldüğünde, İspanyol Medeni Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasında atfı kavramı düzenlenmiştir. Sadece iade atfın kabul edildiği İspanyol hukukunda<sup>169</sup>, yakın dönem uluslararası konvansiyonlardaki atfa ilişkin olumsuz yaklaşıma işaret edilerek, atfın son derece kısıtlı ve belirli şartların varlığı halinde uygulanması gereken istisnai bir kavram olduğu mahkeme kararları ve doktrinde de belirtilmiştir<sup>170</sup>.

## 8) Belçika

Son zamanlarda reforma uğrayan önemli bir Kıta Avrupası ülkesi hukuk sistemlerinden biri de Belçika Uluslararası Özel Hukuk Kanunudur ve 1 Ekim 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>171</sup>. Sadelik ve basitlik anlayışının egemen olması iddiasıyla hazırlanan bu kanun, bu amaç doğrultusunda doktrinin meş-

168 [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgbeg/englisch\\_bgbeg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html) (EGBGB md. 4'ün İngilizce versiyonu).

169 RIGAUX/ FALLON, s. 234.

170 Jose Carlos FERNANDEZ ROZAS: "Le Droit International Privé Espagnol Aujourd'hui ou Le Dépassement Paradigmes", [http://eprints.ucm.es/9253/1/TRAVAUUX\\_COMITE\\_FRANCES.pdf](http://eprints.ucm.es/9253/1/TRAVAUUX_COMITE_FRANCES.pdf), s. 19.

171 Loi du 16 Juillet 2004 portant le code de droit international privé, Moniteur Belge 27.7.2004, ed. 1, 57344-57374.

hur sayılacak birçok karmaşık teorisini de düzenleme dışında bırakmıştır<sup>172</sup>. Bu teorilerin başında da “atıf teorisi” gelmektedir.

Atıf, Belçika Kanununun 16. maddesinde açıkça reddedilmiş ve sadece kanunda düzenlenen istisnai bazı konularla sınırlı uygulanacağı hüküm altına alınmıştır<sup>173</sup>. Bunlar ehliyet (md. 34/f. 2), taşınmazların miras yoluyla intikali (md. 78/2-2) ve tüzel kişiler (md. 110) dir. Bunlardan ehliyet konusunda sadece birinci derece atıf kabul edilirken, diğer iki meselede de şartlı atıf kabul edilmiştir<sup>174</sup>.

### 9) Portekiz

1966 Tarihli Portekiz Medeni Kanununun 17 ve 18. maddelerinde birinci ve ikinci derece atıf kabul edilmiş ancak atfın uygulanabilmesi “uluslararası karar ahengi”nin sağlanması amacıyla hizmet edecek bir halin söz konusu olabilmesi şartına bağlanmıştır<sup>175</sup>. Opportünist bir yaklaşım benimseyen Portekiz hukuku atfı bu amaca hizmet ettiği sürece hakimlerin kullanabileceği bir araç olarak görmektedir. Bu maddelere bakıldığında, maddelerin şahsi statüyü ilgilendiren uyuşmazlıklara ilişkin olduğu ve fakat ikametgâh hukuku *for* hukuku olan Portekiz olduğunda atfın uygulanmayacağı kabul edildiği görülmektedir<sup>176</sup>.

Portekiz Hukukunda atfın kabul edildiği bir diğer alan ise hukuki işlemlerin geçerliliğini koruma amacıyla atfın uygulanmasıdır (*favor negotii-favor validitatis*)<sup>177</sup>. Ancak burada da yine pragmatik bir yaklaşım benimsenmiş ve atfın bu meselelerde mutlak değil, işlemi ayakta tutması halinde uygulanacağı kabul edilmiştir<sup>178</sup>.

172 Jean-Yves CARLIER: “*Le Code Belge de Droit International Privé*”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 94 (1), 2005, s. 27.

173 Belçika Hukukunda atfın uygulandığı konuların başında kişisel statüye ilişkin meseleler ile aile ve miras hukukuna ilişkin belirli uyuşmazlıklar gelmektedir. Örneğin bir çocuğun tanınması, evlat edinme, evliliğin geçerliliği gibi konularda özellikle Belçika hukukundan farklı bağlama kuralı kabul eden bir ülkenin kanunlar ihtilafı kuralı, atıf teorisi sayesinde Belçika mahkemelerince uygulanmaktadır. Konuya ilişkin Belçika mahkeme kararları için bkz. RIGAUX/ FALLON, s.235.

174 RIGAUX/ FALLON, s.235.

175 Rui Manuel MOURA RAMOS: “*Droit International Privé Vers La Fin du Vingtième Siècle: Avancement ou Recul?*”, *Documentação e Direito Comparado*, no: 73/74, 1998, s. 108.

176 MOURA RAMOS, s. 108.

177 MOURA RAMOS, s. 109.

178 MOURA RAMOS, s. 110.

## 10) Tunus

Yeni Tunus Uluslararası Özel Hukuk Kanunu<sup>179</sup>, 27 Kasım 1998 tarihini taşıyor ve Avrupa Ülkelerinin kanunları ile çeşitli uluslararası konvansiyonlardan etkilenmiştir.

Tunus hukukunda atıf problemi son derece net bir biçimde çözülmüştür ve Kanunun 35. maddesinde, “*Kanunda aksi belirtilmiş olmadıkça, Tunus hukukunun veya başka bir hukukun uygulanması sonucunu yaratacak olsa dahi, atıf uygulanmaz*” ifadesi yer almaktadır.

Tunus kanun koyucusunun atfı reddetmesinin ardında yatan gerekçeler arasında, gerek Arap ülkelerinin, gerekse İsviçre (LDIP md. 14) ve İtalya (md. 13) gibi nispeten yeni kanunlara sahip Avrupa ülkelerinin yasal düzenlemelerinde artık atfın benimsenmemesi ve eski önemini yitirmesi gösterilmiştir<sup>180</sup>. Keza bir diğer gerekçe de, kanunlar ihtilafı sisteminin mantığının uyumsuzlukla en yakın irtibattaki maddi hukukun uygulanmasına dayanmasına rağmen, atıf uygulandığında bu amaçtan uzaklaşmış olacağı ve dolayısıyla her ülkenin kanun koyucusunun benimsediği bağlama noktası ile yansıttığı en yakın irtibattaki hukuktan da ayrılınması için makul bir sebebin olmamasıdır<sup>181</sup>.

## 11) Venezüela

6 Ağustos 1998 tarihli Venezüela Uluslararası Özel Hukuk Kanunu 6 Şubat 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>182</sup>. Bu kanunda atıf, salt *for* iç hukukunun uygulanması neticesini doğurduğu takdirde uygulama alanı bulmaktadır (iade atıf). Kanunun 4. maddesi uyarınca, ancak yabancı kanunlar ihtilafı kuralları Venezüela hukukunun uygulanmasını sağlıyorsa atfa başvurulabilecek ve bu halde Venezüela iç hukukunun uygulanması gerekecek; aksi takdirde Venezüela kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili gördüğü hukukun maddi kurallarının uygulanması gerekecektir<sup>183</sup>.

179 JORT no: 96 du 1er Decembre 1998.

180 Mohamed EL ARBI HACHEM: “*Le Code Tunisien de Droit International Privé*”, *Revue Critique de Droit International Privé* 88 (2) 1999, s. 238.

181 EL ARBI HACHEM, s. 238.

182 Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela, no: 36.511, 6 août 1998 (<http://www.csj.gov.ve/legislacion/ldip.html>).

183 Gonzalo PARRA-ARANGUREN: “*La Loi Vénézuélienne de 1998 sur Le Droit International Privé*”, *Revue Critique de Droit International Privé* 88 (2), 1999, s. 215-216.

## 12) Avustralya

Avustralya Yüksek Mahkemesi, atıf konusunda oldukça yeni sayılabilecek bir tarihte önemli bir karara imza atmıştır. 2005 tarihli bu kararda (*Neilson vs Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd.*, HCA 54- 29.09.2005) Yüksek Mahkeme, haksız fiile uygulanacak olan ika yeri hukuku olan Çin Hukuku uyarınca zamanaşımına uğramış olan tazminat talebini, atıf kurumunu kullanarak, tarafların her ikisinin de Avustralya vatandaşı olmalarından dolayı kendisini yetkili kılan Avustralya Kanununun 146. maddesine dayanarak kabul etmiş ve tazminata hükmetmiştir. Ancak bu karar doktrinde fazlasıyla eleştiriye maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin başında konunun atfa gidilmeksizin de çözülebileceği zira zamanaşımının usuli bir mesele olması dolayısıyla *lex foriye* yani Avustralya Hukukuna tabi olması ve bu hukuk uyarınca henüz zamanaşımı dolmadığı için esasa ilişkin yetkili hukuk olan Çin Hukuku uyarınca uyuşmazlığın çözümlenebileceği eleştirisi gelmektedir. Avustralya'da haksız fiiller konusunda *Neilson* kararında olduğu gibi *foreign court theory* uygulanmaktadır<sup>184</sup>.

## 13) Amerika Birleşik Devletleri

ABD hukukunda, yarı resmi nitelikte bir kod olan ve Amerikan kanunlar ihtilafı kurallarını içeren 1934 tarihli Restatement (I)'de atıf kuralına sadece taşınmaz mallar üzerindeki aynı hakların tabi olduğu hukuk (*lex situs*) ve boşanmanın geçerlilik şartları konularında yer verilmiş, bunun dışında atıf reddedilmiştir<sup>185</sup>. 1965 tarihli Restatement (II)'de ise atıf kuralının uygulanması, uyuşmazlığa bakan hakimin takdirine bırakılmak suretiyle genel olarak kabul edilmiştir<sup>186</sup>. Bununla birlikte gerek ABD mahkemelerinin içtihatlarında, gerekse doktrinin çoğunluğunda atıf teorisinin benimsenmediği görülmektedir<sup>187</sup>. Aynı şekilde, birçok eyalet kanunlar ihtilafı kuralları içerisinde atfa yer verilmemiştir.

1950 Tarihli *Re Schneider's Estate* Davası (96 N.Y.S. 2d 652, 1950) atfın hakimlerin gerektiğinde başvurabilecekleri bir kurum olduğuna işaret eden

184 HUGHES, s. 199.

185 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 118.

186 “*Hakim, lex causae'nin kanunlar ihtilafı kurallarının gerçek amacını yerine getirmek gerektiğinde atfa başvurabilir*” şeklindeki ifadenin hakime yol gösterici olmaktan uzak ve muğlak bir ifade olduğu aşikârdır. Böyle bir ifade karşısında hakim, atfı her zaman uygulayabileceği gibi, hiçbir zaman da atfı uygulamayabilir (ÇELİKEL/ ERDEM, s. 118).

187 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 118; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 53, dn. 101.



istisnai bir karardır. Az sayıdaki mahkeme kararlarında, atfın ABD hukuk uygulamasında özellikle taşınmaz mülkiyeti veya aile hukukunda uygulanabileceği belirtilmiştir.

#### 14) Bulgaristan

17 Mayıs 2005 tarihli Bulgar Uluslararası Özel Hukuk Kanunu<sup>188</sup>'nin 40. maddesi atf kavramını düzenlemektedir. Buna göre, *“kanunda belirli bir devletin hukuku dendiğinde, aksi bu veya başka bir kanunda açıkça belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere konuya ilişkin kanunları anlaşılmalı gerekir”* (md. 40/1) hükmü yer almaktadır.

Kanunun ikinci fıkrasında, belirli konularda Bulgar kanununa yapılan iade atf veya üçüncü bir devletin hukukuna yapılan devam eden atfın uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bu konular (i) tüzel kişilerin ve tüzel kişiliği olmayan kurumların hukuki statüsü (ii) hukuki işlemlerde şekil (iii) hukuk seçimi yapılan haller (iv) nafaka (v) akdi ilişkiler (vi) akit dışı ilişkiler (md. 40/2).

Kanunun üçüncü ve son fıkrası ise, atfın kabul edildiği konularda, kendisine atf yapılan ülke hukukunun, bu ülke hukuku iade atf ile Bulgar hukuku olabileceği gibi, üçüncü bir ülke hukuku da olabilir, maddi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmek suretiyle atfı bu derecede kesmiştir (md. 40/3).

#### 15) Yunanistan

Yunan kanunlar ihtilafı kuralları, Yunan Medeni Kanunu'nun 4 ila 33. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Atf kavramı bu Kanunun 32. maddesinde açıkça reddedilmiştir<sup>189</sup>.

#### 16) Rusya

Rus kanunlar ihtilafı kuralları, 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe giren Rusya Federasyonu Medeni Kanunu'nun 3. Kitabı içerisinde 6. Bölüm başlığı

188 Kanunun İngilizce metni için bkz. <http://www.ifrc.org/Docs/idrl/868EN.pdf>. (State Gazette No: 42, 17 May 2005).

189 *“Where the rules of Greek private international law stipulate that the law of another country applies, the provisions of its substantive law apply and no reference is made to the provisions of that country's private international law (Article 32 of the Civil Code), which in turn might stipulate that Greek law or the law of some third state applied”* ([http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable\\_law/applicable\\_law\\_gre\\_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_gre_en.htm)).

altında düzenlenmiştir<sup>190</sup>. Kanunun 1190. maddesinde açık bir biçimde “*Bu Kanun uyarınca yabancı hukuka yapılan her türlü göndermede, söz konusu yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları değil, maddi hükümleri anlaşılmalıdır*” denilerek atıf kurumu reddedilmiştir<sup>191</sup>. Bununla beraber, Rus Medeni Kanunu’nun 1195 ila 1200. maddeleri arasında düzenlenen haller açısından, bir gerçek kişinin hukuki statüsüne ilişkin uyumsuzluklarda yabancı hukuk tarafından Rus hukukuna yapılan atıf istisnaen kabul edilmiştir<sup>192</sup>.

### 17) Diğer Ülkeler

Norveç, İsveç, Danimarka gibi İskandinav ülkeleri<sup>193</sup> ile, Hollanda, Peru, Quebec, Özbekistan, Brezilya gibi ülkeler de atıf kurumunu genel anlamda reddeden ülkeler arasında yer almaktadır<sup>194</sup>. Bunların yanı sıra, Mısır, Kuveyt, Sudan, Cezayir gibi şahıslararası kanunlar ihtilafı kurallarına sahip müslüman ülkelerin hukuk sistemlerine ters düşeceği aşikâr olan atıf, bu sebeple söz konusu ülke hukuklarınca da reddedilmiştir<sup>195</sup>. Macar Hukukunda (md.4) ise sadece birinci derece atıf kabul edilmiştir<sup>196</sup>.

### B) Uluslararası Düzenlemelerde Atıf

Uluslararası konvansiyonlarda belirli bir ülke hukukunun uygulanması söz konusu olduğunda, bunun o ülkenin iç maddi hukukunun mu yoksa atıf vasıtasıyla uygulanması muhtemel kanunlar ihtilafı kurallarının mı kastedildiği tartışma konusudur. Bununla beraber, şayet o konvansiyonda aksi belirtilmemişse, bu tereddütün atfın reddedildiğini varsayarak aşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>197</sup>. Bunun nedeni, uluslararası konvansiyonlarda atfın uygulanmasının, âkit devletlerde farklı maddi hukukların uygulanması teh-

190 Rusya Federasyonu Uluslararası Özel Hukuk Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. Yearbook of Private International Law, Volume 4, 2002, s. 349-364.

191 Sergei LEBEDEV/ Aleksander MURANOV/ Roman KHODYKIN/ Elena KABATOVA: “New Russian Legislation on Private International Law”, Yearbook of Private International Law, Volume 4, 2002, s. 123.

192 LEBEDEV/ MURANOV/ KHODYKIN/ KABATOVA, s. 123.

193 BATIFFOL/ LAGARDE, s. 496.

194 HUGHES, s. 198.

195 BATIFFOL/ LAGARDE, s. 496.

196 RIGAUX/ FALLON, s. 234.

197 NOMER, s. 149.

likesini ortaya çıkaracağıdır<sup>198</sup>. Oysa uluslararası konvansiyonlarda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının görevi, uygulanacak maddi hukuku belirlemek olduğu kadar, bu hukukta birliği<sup>199</sup> ve böylelikle uluslararası karar ahengini sağlamaktır.

Uluslararası alanda genel itibariyle kanunlar ihtilafı kurallarını yeknesaklaştırma amacı güden konvansiyonların atfı reddettiği görülmektedir. Örneğin, son zamanlarda akdedilen La Haye Konvansiyonlarına bakıldığında, atfın reddedildiği ve uygulanacak hukuktan kastın yetkili hukukun maddi kuralları olduğunun açıkça belirtildiği görülmektedir<sup>200</sup>. Bunun yanı sıra, pek çok kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen uluslararası konvansiyonlarda, uygulanacak hukukun, kanunlar ihtilafı kurallarını da kapsayıp kapsamadığı, diğer bir deyişle atfın kabul edilip edilmediği hususu açık hükümle düzenlenmiştir<sup>201</sup>. 1973 Tarihli Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Konvansiyonu'nun "*Birinci maddede öngörülen nafaka yükümlülüğünü, nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu devletin iç hukuku düzenler*" ifadesini içeren 4. maddesi, atfın açıkça reddedilmiş olduğunu belirtmek suretiyle buna örnek teşkil etmektedir.

Gerçekten de, belirli bir konvansiyonun hazırlayıcıları, uygulanacak hukuk olarak belirlenen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da dikkate alınmasını istedikleri takdirde prensip olarak bu hususa açıkça konvansiyon metninde yer verdikleri görülmektedir<sup>202</sup>. Örneğin, Türkiye'nin de taraf olduğu ICSID Konvansiyonu'nun (Devlet ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Anlaşma) 42. Maddesi uyarınca "*Heyet, anlaşmazlığa tarafların üzerinde anlaştıkları hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma olmaması halinde, Heyet, anlaşmazlığa taraf olan âkit ülkenin hukukunu, bu ülke hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere) ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygular*" (f.1) hükmü yer almaktadır.

198 NOMER, s. 149.

199 NOMER, s. 149.

200 MAYER/ HEUZE, s. 152; RIGAUX/ FALLON, s. 235; NOMER, s. 149. La Haye Sözleşmelerinde atf teorininin uygulanması hususunda bkz. İnci ATAMAN FİGANMEŞE: "*La Haye Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış*", MHB 2002/2 (Ergin Nomer'e Armağan), s. 40 vd.

201 ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 58.

202 ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 58.

Avrupa Birliği ülkelerinden bu Konvansiyonu onaylayan ülkeler açısından bağlayıcı nitelik taşıyan Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında 19 Haziran 1980 Tarihli Roma Konvansiyonu'nun 15. maddesi uyarınca, uygulanacak hukuktan anlaşılması gerekenin yetkili hukukun maddi hükümleri olacağı hüküm altına alınmış ve böylelikle atfın uygulanması sözleşmeler alanında açıkça reddedilmiştir.

17 Haziran 2008 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü'nün 20. maddesi atıf konusunu, atfı kural olarak reddetmek suretiyle düzenlemektedir<sup>203</sup>. Buna göre, Tüzük hükümleri uyarınca uygulanacağı belirlenen hukuk ile kastedilen, Tüzük'te aksi belirlenen istisnai haller dışında (madde 7/3-2 'de düzenlenen sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemede olduğu gibi), o hukuk düzeninin kanunlar ihtilafı dışında kalan maddi kurallarıdır.

11 Ocak 2009 tarihinden itibaren sözleşme dışı borç ilişkilerini Avrupa Birliği'ne üye ülkeler açısından düzenleyen Roma II Tüzüğü (864/2007 EC) yürürlüğe girmiştir<sup>204</sup>. Bu Tüzüğün 24. maddesi uyarınca haksız fiillere uygulanacak hukuk açısından da atıf açık bir biçimde reddedilmiş ve uygulanacak hukuktan anlaşılması gerekenin Tüzüğün gösterdiği hukukun maddi hükümleri olduğu hüküm altına alınmıştır<sup>205</sup>.

## C) Türk Hukukunda Atıf

### 1) Türk Hukukunda Atıf Teorisinin İlk Uygulaması: 1.1.1944 Tarihli Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 406 Sayılı Kararı

Atıf teorisi Türk hukukuna ilk kez Yargıtay'ın 1944 yılında vermiş olduğu bir karar ile girmiştir. Henüz 2675 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmediği bir dönemde verilen bu karar, tamamen ulusal ve uluslararası doktrinde o yıllarda atıf teorisine dair yapılan ateşli tartışmaların etkisini taşır.

<sup>203</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016>. (593/2008 EC , L177/6).

<sup>204</sup> 31.7.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır (L199, s. 40). Tüzüğün Fransızca metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=EN>.

<sup>205</sup> Günseli ÖZTEKİN GELGEL: Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, İstanbul, 2006, s. 272; Zeynep Derya TARMAN: "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topuluğu Tüzüğü", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-02/AUHF-2008-57-02-tarman.pdf>, s. 217-218.

Kararın konumuz açısından önem arz eden kısmı aynen şöyledir:

“...*Dava ve hükmün hülasası: İngiliz tabiiyetinde bulunan müdealeyhin akli maluliyetine binaen hacir altına alınması talep edilmiş ve hacir ve buna mümasil hususlar ahkâm-ı şahsiyeye mütedair olup hacir altına alınması istenilen şahsın tabiiyetinde bulunduğu Devletin kanununun tatbik edilmesi lazım gelmesine ve İngiliz hukukunda akıl zayıflığı ve mümasil sebeplerden dolayı bir kimsenin hacir altına alınacağına dair bir hüküm bulunmamış olmasına mebni davanın reddine karar verilmiştir.*

*Temyiz kararı: Davacı vekili İngiliz mevzuatına göre ahkâm-ı şahsiye hususunda ikametgâh kanununun tatbiki lazım geleceğini iddia etmiş olmakla bu cihet tahkik ve tetkik edilerek ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 76. Maddesi sarahati de nazara alınarak hadisenin o dairede halli lazım gelirken yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz olduğundan hükmün bozulmasına 1.1.1944 tarihinde karar verildi...*”<sup>206</sup>.

Görüldüğü gibi, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 460 sayılı bu kararında, iade atfın dikkate alınması sonucunu sağlayacak şekilde yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

Bir İngiliz vatandaşının akıl hastalığı sebebiyle hacir altına alınmasına ilişkin olan bu uyuşmazlıkta, o dönem yürürlükte olan 1330 Tarihli (1915) Muvakkat Kanun'un 4. maddesi gereği, konunun kişi hallerini ilgilendirmesinden ötürü milli hukuk sıfatıyla İngiliz hukukunun uygulanması gerekmektedir. Ancak uyuşmazlık açısından yetkili olan İngiliz maddi hukukunda akıl hastalığı hacir sebebi olmadığı için, bu hukuk uygulandığı takdirde söz konusu şahsın hacir altına alınması mümkün olmuyordu. Türkiye’de ikamet etmesinden ötürü, ehliyeti ile ilgili her nevi kişisel meselenin sosyal çevresini de etkiler nitelikte olması gibi bir takım menfaatlerin devreye girdiği bu uyuşmazlıkta, Yargıtay tipik bir atf uygulaması ile bu sorunu çözdü. Şöyle ki, Türk kanunlar ihtilafı sistemi uyarınca yetkili olan İngiliz hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları, kişi halleri açısından ikametgâh hukukunu yetkili görüyordu. Uyuşmazlıkta İngiliz vatandaşı şahsın ikametgâhı Türkiye’deydi.

<sup>206</sup> Karar ve değerlendirilmesi için bkz. Osman Fazıl BERKİ/Hilmi ERGÜNEY: Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafı ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlili ve İzahları, Ankara, 1963, s. 105-106; Osman Fazıl BERKİ: “Türk Hukukunda Ahkâm-ı Şahsiyeden Doğan Teşrii ve Kazai Selahiyet İhtilafı Esasları”, s.460-461.  
<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1952-09-01-02/AUHF-1952-09-01-02-Berki.pdf>.

O halde, uyuşmazlıkta İngiliz hukukunun Türk hukukuna yaptığı bir iade atıf söz konusuydu. Bu hususu dikkate alarak atıf teorisini uygulayan Yargıtay, böylelikle İngiliz vatandaşı şahsın hacir altına alınmasını sağlamış oldu.

Türk hukukunda atıf teorisinin ilk nüvesi sayılan bu karardan sonra 1982 yılına dek atıfla ilgili ne bir karara ne de bir düzenlemeye rastlanmamıştır.

## 2) 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Atıf

1982 yılında 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>207</sup>, un yürürlüğe girmesiyle birlikte atıf kavramı yazılı olarak da kanunda yerini almıştır.

Önceki MÖHUK'un 2. maddesinin 3. fıkrasında atıf şöyle düzenlenmiştir:

*“Uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır”.*

Bu madde hükmünü inceleyecek olursak, şu tespitleri yapabiliriz:

Öncelikle madde metnindeki *“Uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kuralları”* ifadesi, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun doğrudan maddi hükümlerinin değil, kanunlar ihtilafı kurallarının da dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Böylelikle atıf, Türk hukukuna genel bir kural olarak girmiştir.

Dikkat çeken bir diğer husus da, eski kanunun atfı, şahsın hukuku veya aile hukuku gibi belli bir konuya hasretmediğini, atfı bütün hukuki uyuşmazlıklara uygulanmak üzere kabul etmesidir.

Uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının *“başka bir hukuku yetkili kılması halinde”* ifadesi ise, hukukumuzda hem iade atfın, hem de devam eden atfın kabul edildiğini göstermektedir. Zira başka bir hukuk, hakim in hukuku olabileceği gibi, üçüncü bir devletin hukuku da olabilmektedir.

Son olarak, *“bu hukukun maddi hükümleri uygulanır”* ifadesine değinmek gerekir. Bu ifade, atfın bir kez yapıldıktan sonra duracağını belirtir ve böylelikle sonu gelmez bir git-gel yaşanmasının önüne geçilmiş ulunmaktadır.

207 20.5.1982-2675; RG. 22.5.1982- 17701). 27.11.2007-5718; RG. 12.12.2007

Madde hükmünün belki de en tartışmalı konusu, hükmün “uygulanır” şeklinde biten yüklem kelimesidir. Maddenin son kelimesinin, atfın uygulanmasındaki katıyeti ifade ettiği ve bu haliyle atfın uygulanıp uygulanmayacağı hususunda hakimlere takdir yetkisi tanımadığı ileri sürülmüştür<sup>208</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, kanun maddesinin bu kesin ifadesine rağmen atfın, doktrinde atfa olumlu yaklaşımlar da dahil olmak üzere, her olaya uygulanmasının uygun olmayacağı kabul edilmektedir. Nitekim bu yaklaşım mahkemelerce de benimsenmiş olmalıdır ki, 1944 yılından sonra, birkaç istisna dışında, düzenli bir atfı uygulamasına rastlanmamıştır<sup>209</sup>. Zaten doktrinde atfı maddesinin kaleme alınış biçimine getirilen eleştirilerin başında, atfın somut olaya göre uygulanması hakim tarafından değerlendirilecek esnek bir kavram olmaktan ziyade, uygulaması yoruma imkân vermeyen bu kati ifade gelmektedir. Atfın her türlü hukuki ilişkiye uygulanır biçimde genel bir kural olarak düzenlenmiş olması ile istisnaların belirtilmemiş olması da, diğer büyük eleştiriler arasındadır. Bu eleştiriler, yıllar boyu doktrinde süre gelen atfa ilişkin yerindelik, işlevsellik, amaca uygunluk temelindeki sorunsalları beslemiştir. Mahkeme içtihatlarının da mütemadiyen atfı göz ardı eden uygulamaları bu kavramın varlık sebebini tartışılır hale getirmiştir. Bu tartışmaların bir sonraki platformu, 2007 yılında yürürlüğe girmiş olan yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun olacaktır.

### 3) 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Atf

27.11.2007 tarihli 5718 sayılı yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un “Yabancı hukukun uygulanması” başlıklı 2. maddesi atfı kavramını yeniden ve önceki kanundan farklı bir biçimde düzenlemiştir.

Kanun'un atfa ilişkin 3. ve 4. fıkrası şu şekildedir:

*(3) Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır.*

<sup>208</sup> ÇELİKEL/ ERDEM, s. 131; ÇELİKEL, s. 3-4.

<sup>209</sup> Yargıtay'ın atfı teorisini uyguladığı 1993 ve 1995 tarihli bazı kararlara rastlamak mümkündür. Boşanma davasına ilişkin olan bu kararlar için bkz. Yargıtay 2 Hukuk Dairesi, E. 6392, K. 7628, T. 21.6.1993 (RG: 20.09.1995-22410), Yargıtay 2 Hukuk Dairesi, E. 1995/7581, K. 1995/8106, T. 12.07.1995 (RG: 20.09.1995-22410), Yargıtay 2 Hukuk Dairesi, E. 9385, K. 11926, T. 08.12.1993 (RG: 4.2.1994-21839).

(4) *Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır.*

Belirtmek gerekir ki, ortaya çıkışından bu yana uluslararası özel hukukun bu en tartışmalı kavramı Türk hukukunda da, yukarıda anlatıldığı üzere, önemli görüş ayrılıklarına sebep olmuştu. Atıf taraftarları olduğu kadar, atfın gereksizliğini savunanlar da mevcuttu. Yeni kanun hazırlanırken, kanun koyucunun bir tercih yapması gerekiyordu. Her ne kadar Türk hukuk uygulamasında atıf teorisinin 1944'teki meşhur karardan sonra uygulanmasına pek rastlanmamışsa da, kanun koyucunun bu tercihinin, modern hukuk devletlerinin son yıllardaki düzenlemelerini örnek almak suretiyle atıf lehine kullandığı görülmektedir. Ancak bu defa atfın, önceki kanundan farklı olarak uygulama alanının daraltılmış ve kapsamı ve sınırlarının net bir biçimde belirtilmiş olduğu fark edilmektedir. Dolayısıyla, yeni kanunun, önceki kanunda yer alan atfa ilişkin düzenlemeye getirilen eleştirileri dikkate almış olduğu ve atfın amacına daha uygun bir düzenleme getirdiğini söylemek mümkündür<sup>210</sup>.

İlk göze çarpan değişiklik, atıf teorisinin münhasıran kişiler ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarla sınırlı olarak uygulanabilmesidir. Oysa evvelki düzenlemede bu hususta herhangi bir sınırlama mevcut değildi. Nitekim incelememizde sıkça örneklediğimiz üzere, atıf kavramının karşılaştırmalı hukukta da en çok aile ve şahsın hukukuna dair meselelerde uygulandığını görmüştük. Bu açıdan kanun koyucunun atıf kavramını bu meselelerle sınırlı tutması yerinde olmuştur. Buna mukabil, karşılaştırmalı hukuktan farklı olarak, mirasa ilişkin ihtilaflarda, bilhassa vasiyetnamelerin geçerliliği konusunda, yeni kanunun atıf teorisine yer vermemesi dikkat çekmektedir. Oysa evvelce belirttiğimiz

<sup>210</sup> Kanununun madde gerekçesinde bu değişiklik şöyle ifade edilmiştir: “2675 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve “atf”, “renvoi” diye isimlendirilen bu hüküm, her türlü hukukî ihtilâf için uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması hâlinde bu hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanmasını öngörmekteydi. Tatbikatta, mahkemelerin yabancı hukuku uygulamasındaki güçlükler ve özellikle yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı hükümlerinden hareketle, diğer bir yabancı hukuku araştırıp bulmasındaki zorluklar dikkate alınarak, mevcut hüküm sadece “kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarla” sınırlandırılmıştır. Çünkü, milletlerarası özel hukuk kuralları düzenlenirken kişinin menfaatinden hareket edilen kişinin hukuku ve aile hukuku alanında, kişiye en yakın hukuk olarak kabul edilen “millî hukuk” gibi bir hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının da dikkate alınarak uygulanması adil bir yaklaşımdır. Ayrıca 2 nci maddenin üçüncü fıkrasında atfın genel olarak uygulanacağına ilişkin hüküm yanında uygulanmayacağı halleri saymak yerine, kişinin hukuku ve aile hukuku gibi uygulanacağı konular açıkça hüküm altına alınarak basit ve anlaşılması kolay bir düzenleme getirmek amaçlanmıştır”.



üzere, karşılaştırmalı hukukta atfın belki de en sık uygulandığı konu vasiyetnamelerin geçerliliği ile kanuni miras meseleleridir. Her ne kadar ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği hususunda kanun çok alternatifli bir kanunlar ihtilafı kuralı benimsemiş olsa da, bu meselelerin de atıf kapsamında yer almasının, özellikle *favor testimenti* ilkesini mümkün olduğunca korumak adına yararlı olabileceği ilk anda akla gelebilir. Bununla beraber, miras hukuku alanında uluslararası düzeyde pek çok düzenleme bulunmaktadır. Vasiyetnamelerin geçerliliğini sağlamak amacını taşıyan 1961 tarihli *Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda La Haye Sözleşmesi*<sup>211</sup> bunlardan biridir ve 41 ülkenin katıldığı bu Sözleşme'ye Türkiye 1983 yılında taraf olmuştur<sup>212</sup>. Sözleşmenin uygulanmasının karşılıklılık şartına bağlı olmaması, Sözleşmenin en önemli özelliğidir. Diğer bir deyişle, ilgili kişilerin âkid devlet vatandaşı olmaması veya Sözleşme uyarınca uygulanacak hukukun bir âkid devlet hukuku olmaması halinde dahi La Haye Sözleşmesi uygulama alanı bulabilmektedir. Uygulama alanının son derece geniş olmasının yanı sıra, Sözleşmenin en önemli ikinci özelliği de, vasiyetnamelerin geçerliliği konusunda sekiz devletin hukukunu yetkili kabul etmesidir- ki böylelikle *favor testimenti* prensibinin mümkün merteye yerine getirilmesi kolaylaştırılmıştır. Hal böyle iken, Türkiye açısından ölüme bağlı tasarrufların şekline dair MÖHUK md. 20/4 hükmünün, vasiyetnamelerin geçerliliği bakımından uygulama alanı kalmamıştır<sup>213</sup>. Dolayısıyla, atıf teorisinin yabancı hukuklarda en çok uygulamasının bulunduğu konulardan olan vasiyetnamelerin geçerliliği açısından Türk hukukunda atfa yer verilmemiş olmasının önemli bir eksiklik yaratmayacağı ortadadır<sup>214</sup>.

İkinci olarak dikkati çeken husus, tıpkı önceki kanunda olduğu gibi, 5718 sayılı Kanunda da hakim in ülkesi hukukuna ve üçüncü bir ülkenin hukukuna

211 [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=40](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=40).

212 R.G. 17.1.1983-17391.

213 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 296.

214 Miras hukuku alanında atfın terk edildiğine ve 5718 sayılı MÖHUK'ta miras hukuku açısından atfa yer verilmemesinin isabetli olduğuna ilişkin görüş için bkz. Feriha Bilge TANRIBİLİR: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87, 2010, s. 207. Vasiyetnamelerin dışında, mirasa uygulanacak hukuka ilişkin La Haye Sözleşmesi için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira, Mirasa Uygulanacak Hukuka İlişkin 1989 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde de atfın kabul edilmediği, sadece bu Sözleşme'ye taraf olmayan devlet hukukunun uygulanması halinde atfın istisnai olarak uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak bu Sözleşme'yi sadece 1 devlet kabul etmiş ve Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir. [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=62](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=62).

atıf anlamına gelen iade atıf ile devam eden atfın tekrar kabul edilmiş olmasıdır. Bununla beraber, yine önceki Kanun'da olduğu gibi, her iki atıf türünde de atıf sadece bir kere işletecek ve uyuşmazlığa göre, atıf neticesinde ulaşılan hukuk bağlamında hakimin hukukunun veya üçüncü bir devletin hukukunun bu defa maddi hükümleri uygulanacaktır. Böylelikle atıf teorisine ilişkin uluslararası doktrinde ileri sürülen en önemli gerekçelerden biri olan sonu gelmez git-gel ihtimalinin de önüne geçilmiş olunmuştur. Kanun koyucunun bu açıdan da yerinde bir düzenleme yaptığını söylemek gerekir.

Atıf teorisine ilişkin MÖHUK md. 2'nin kanaatimizce tartışmalara sebebiyet verecek nitelikteki 4. fıkrası ise hakikaten üzerinde durulması gereken bir düzenlemedir. Bu madde, "*Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır*" demektedir. Acaba bu hükümden ne anlaşılması gerekir?

Hükümün gerekçesine baktığımızda, hukuk seçiminin yapılabildiği hallerde atfa başvurulamayacağına ilişkin bu maddenin, doktrinde de genel olarak kabul edilen görüş olduğu ve bu konuda oluşabilecek tereddütleri bertaraf etme gayesini taşıdığı belirtilmiştir<sup>215</sup>.

Doktrinde ÇELİKEL/ ERDEM ise, söz konusu hükmün, milletlerarası akdi ilişkilerde taraf iradesine ve hukuk seçimine verilen önemin bir göstergesi olduğu fikrindedir<sup>216</sup>. Yazarlara göre, taraf iradesinin büyük önem taşıdığı akdi borç ilişkilerine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralınca taraflar, aralarında akdettikleri sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler. İşte bu durumda, taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının, hukuk seçimi yapılmasını etkisiz ve anlamsız kılacağından ötürü, yazarlar bu konuda atfın uygulanmasının sakıncalı olacağını belirtmişlerdir<sup>217</sup>. Diğer bir deyişle, sözleşmeler alanında taraflara tanınan hukuk seçiminde bulunabilme hakkından umulan menfaat, atıf teorisine ile çelişmektedir. Zira sözleşmelerine uygulanmak üzere tarafların belirli bir hukuka ilişkin seçimleri elbette o hukukun maddi hükümleri düşünülerek yapılmıştır ve dolayısıyla sözleşmesel ilişkilerde taraflarca seçilen hukuk açısından atfın kabul edilmediği kuralı, yazılı olsun veya olmasın, karşılaştırmalı hukukta hemen her ülkede kabul edilen bir kural haline gelmiştir.

215 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>.

216 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 133-134.

217 ELİKEL/ ERDEM, s. 133-134.

Önceki Kanun döneminde sadece doktrinde yer alan bu saptama, ÇELİKEL/ERDEM'e göre, MÖHUK md.2/4'te açıkça ifadesini bulmuş ve böylelikle konuya ilişkin oluşabilecek tereddütler, bizzat kanun tarafından önlenmiştir. Hatta yazarlara göre kanun koyucu bir adım daha ileriye giderek, “*Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır*” şeklindeki madde hükmünde yer alan “*taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça*” kaydını koymakla, “*taraflara isterlerse, milletlerarası akitten doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere belirledikleri hukukun kanunlar ihtilaflı kuralları ile birlikte uygulanmasını “açıkça” olmak kaydıyla seçebilmelerine*” imkân tanımıştır<sup>218</sup>.

2675 sayılı MÖHUK döneminde sürdürülen tartışmalar düşünüldüğünde, yukarıdaki tespite hak verilebilse de, kanaatimizce mevcut düzenlemenin kaleme alınış biçimi açısından böyle bir yorum yapmak, kanunun lafzı dikkate alındığında çeşitli tereddütlere yol açacak niteliktedir. Şöyle ki:

Öncelikle vurgulanması gereken husus, atfı düzenleyen 2. maddenin 3. fıkrasındaki konu bakımından sınırlamanın hükmün tamamı açısından taşıdığı önemdir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, yeni Kanun'da atfın sadece kişiler hukuku ve aile hukuku meselelerinde uygulanacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, kanunun 4. fıkrasındaki “*uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen haller*” ifadesinin akdi borç ilişkilerini yani sözleşmelerdeki hukuk seçimini (MÖHUK. md. 24/1) kapsayamayacağı açıktır. Zira bu konu atfın kapsamını belirleyen madde hükmünde zaten kapsam dışında tutulmuştur. O halde bu fıkra neyi ifade etmektedir ve ne için konmuştur sorularına cevap bulmak gerekmektedir.

Bilindiği gibi, “*uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen haller*” kanunda sadece sözleşmesel ilişkilerle sınırlı değildir. Atfın kabul edildiği aile hukuku meselelerine dahil olan MÖHUK md. 15'te düzenlenen evlilik malları hakkında da eşler sınırlı da olsa bir hukuk seçimi imkânına sahiptirler. Gerçekten, MÖHUK md. 15, “*evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebilirler*” demek suretiyle bu hususu hüküm altına almıştır. Dolayısıyla, aslında MÖHUK md. 2/4'te yer alan “*Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır*” şeklindeki hüküm, atfı kavramının münhasıran kişiler ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda uygulanabileceğini belirten 3. fıkra ile

218 ÇELİKEL/ERDEM, s. 134.

beraber düşünüldüğünde, olsa olsa sadece MÖHUK md. 15'teki evlilik mallarına uygulanacak hukuka dair yapılacak seçim açısından anlam ifade edebilecektir<sup>219</sup>.

Kanun koyucunun düşüncesi veya murad ettiğinin bu olup olmaması ayrı bir mesele olmakla birlikte, bu noktada şu konu üzerinde durmanın yararlı olabileceğini düşünmekteyiz. Şöyle ki, kanunun taraflara hukuk seçme imkânı verdiği hallerde, tarafların bir hukuk seçiminde bulduklarında, bu hukukun maddi hükümlerini seçmeyi istediklerinden şüphe edilmediği doktrin ve karşılaştırmalı hukukta tartışmasız kabul edilmektedir. Zira doğal olan, aralarındaki hukuki ilişkiyi yönetecek olan kuralları seçmeleridir; seçmeyip, seçimi bu hukuka teslim etmeleri değil. Zaten bu sebeptir ki, hukuk seçiminin yapıldığı bu gibi hallerde, atfın uygulanması, tarafları iradeleriyle seçmiş oldukları hukukun uygulanmaması gibi bir sonuca götürebileceğinden, sakıncalı kabul edilir ve uygulanmaz.

Peki ya taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı verilmiş olan konularda taraflar bu imkânı kullanmamış ve herhangi bir hukuk seçmemişlerse ne olacaktır? Bu ihtimalde atfın uygulanacak mıdır?

Kanunun lafzı dikkate alındığında, “*uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça -seçilen hukukun- maddi hukuk hükümleri uygulanır*” ifadesinin sadece bir hukuk seçiminde bulunduğu ihtimalini düzenlediği anlaşılmaktadır; zira maddenin devamında “*seçilen hukukun*” ifadesi kullanılmıştır. O halde, atfa ilişkin MÖHUK md. 2/4 hükmünün tek uygulama sahası evlilik mallarına ilişkin MÖHUK md. 15 hükmü olduğundan, bu konu da aile hukukuna ilişkin bir mesele olduğundan, tarafların herhangi bir seçim yapmamaları halinde, objektif bağlama kuralları uyarınca bulunacak ülke hukukunun ve bu bağlamda atfın da uygulanması gerekecektir. Akitler açısından düşünüldüğünde ise, bu alan zaten MÖHUK. md. 2/f.3 gereği atfın uygulama alanı dışında kaldığından, bir hukuk seçimi yapılmamış olması ihtimalinde dahi atfın uygulanması mümkün olmayacaktır.

Evvelce değindiğimiz gibi, atfın teorisinin ortaya çıktığı Fransız hukukunda ve uluslararası doktrin ve birçok konvansiyonda, sözleşmesel ilişkiler veya

<sup>219</sup> Aynı yönde görüş için bkz. TANRIBİLİR, s. 208. Yazar, kanun gerekçesinde söz konusu hükmün konuluş sebebinin “*bu konuda doğabilecek tereddütleri gidermek*” olarak belirtilmesini eleştirerek, bizzat hükmün kendisinin tereddütlere sebebiyet verdiğini belirtmektedir. Ayrıca bkz DOĞAN, s. 189.

evlilik malları konusunda olduğu gibi hukuk seçimine imkân verilen hallerde, atfın uygulanmaması ve seçilen hukukun doğrudan maddi kurallarının uygulanmasının gerektiği kabul edilmektedir. Ancak, Fransız hukukunda, hukuk seçimi yapılmamış olsa dahi, objektif bağlama kurallarınca bulunacak hukukun maddi hükümlerinin uygulanması esastır ve bu halde de atıf uygulanmaz<sup>220</sup>. Bunun sebebi, tarafların, her ne kadar aralarındaki münasebeti idare edecek hukuku seçmemiş olsalar dahi, haklarında tatbiki muhtemel objektif bağlama kurallarınca belirlenecek yetkili hukuka rıza göstermiş varsayılmalarıdır<sup>221</sup>. Zira, tarafların, her ne kadar hukuk seçiminde bulunmasalar da, aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk hakkında aşağı yukarı bir fikirlerinin bulunduğu ve buna göre karşılıklı hak ve yükümlülüklerini geniş çerçevede de olsa tahmin edebildikleri düşünülmektedir. Dolayısıyla, Fransız hukukunda bu varsayımdan umulan menfaat, söz konusu alanda atfın uygulanmasından doğacak menfaatin üzerinde tutulmuştur. Türk hukuku açısından atıf teorisinin menşei ülke hukukundaki bu uygulamaya itibar edilip edilmeyeceği ve gelecekte durumun ne olacağı mahkeme içtihatlarıyla şekillenecektir.

Son olarak bahsedilmesi gereken konu, atfın kanuni kapsamına giren konular açısından her somut uyuşmazlıkta uygulanmasının zorunlu olup olmadığı meselesidir.

Dikkat edilecek olursa, 2675 sayılı MÖHUK ile 5718 sayılı MÖHUK'un bu açıdan birbirinden farklı bir düzenleme getirmediği görülür. Her iki kanun da, atıf kavramını düzenlediği maddelerde “uygulanır” yüklemine kullanmıştır. Bunun anlamı, atıf teorisinin hakimın takdirine bağlı olmayan bir biçimde, kapsamına girdiği her uyuşmazlıkta uygulanacağıdır. Nitekim bu husus doktrinde ÇELİKEL/ ERDEM tarafından “*Hakim, MÖHUK md. 2 gereğince Türk kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yabancı hukuku ve bu hukukun atıf yaptığı yabancı hukukun maddi hükümlerini re'sen uygulamakla yükümlüdür. Hakim kanunun gösterdiği hukuku uyguladıktan sonra hüküm ve sonuç ne olursa olsun herkes bu hükme saygı duymak ve uymakla yükümlüdür*” demek suretiyle açıkça belirtmiştir<sup>222</sup>. Doktrinde ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE de aynı hususu şu ifadelerle vurgulamıştır: “*Önemle belirtelim ki; aile hukuku ve şahsın hukukuna dahil meselelerde, hakim, öncelikle yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak durumundadır. Türk kanunlar*

220 LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 249-250.

221 1 Şubat 1972 tarihli Cour de Cassation 1ère Chambre Civil tarafından verilmiş olan *Gouthertz kararı*, Grands Arrêts no:51; Bulletin Civil, No: 35, s. 32.

222 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 137.

*ihtilafı kurallarına göre davada tatbik edileceği sonucuna ulaşılan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının, meselenin çözümünü hakim huku-kuna veya üçüncü bir devletin hukukuna göndermesi halinde, bu hukukların maddi hukuku tatbik edilmek suretiyle uyuşmazlık nihai olarak karara bağ-lanacaktır*<sup>223</sup>. Aynı şekilde, DOĞAN da, atfı düzenleyen hükmün emredici nitelikte olduğu ve bunun tabii bir sonucu olarak da, hakim tarafından, atfın kapsamında kalan olay ve ilişkilere uygulanacak hukukun tespitinde re'sen nazara alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>224</sup>.

Kanunun lafzından çıkan anlam bu olmakla beraber, tıpkı Fransız hu-kukunda veya diğer ülke hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukukunda da bazı durumlarda, düzenleme konusu ilişkinin hukuki niteliği gereği, söz konusu ilişkiyi düzenleyen kanunlar ihtilafı kuralının kendisinin maddi bir neticeye ulaşmak amacı güttüğü hallerde atf teorisinin uygulanmasının isa-betli olmayacağı açıktır<sup>225</sup>. Örneğin, soybağının kurulmasına ilişkin MÖHUK md. 16'da yer alan basamaklı kanunlar ihtilafı kuralı, prensip olarak soyot ve nötr karaktere sahip kanunlar ihtilafı kurallarından<sup>226</sup> farklı olarak, belirli bir maddi amaca ulaşmayı hedeflemektedir- ki bu amaç soybağının kurulma-sını sağlamaktır. Dolayısıyla, böyle bir hukuka ulaşıldığında artık iade atf veya devam eden atfın uygulanması, bu amaca uygun düşmeyeceğinden genel olarak reddedilmektedir<sup>227</sup>. Bununla birlikte, gene Fransız hukukunda olduğu gibi, bu amaca ulaşılmadığı hallerde, yani soybağının kurulamadığı durumlarda, şayet atfın uygulanması bu amacı gerçekleştiriyorsa, kanaatimizce "*renvoi ad favorem*"<sup>228</sup> yani, menfaati korunacak ilgili kişinin lehine olmak kaydıyla, atf teorisinin uygulanmasının hukukumuz açısından da yararlı olacağı düşün-cesindeyiz.

223 ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 53-54.

224 DOĞAN, s. 188-189.

225 Kanunun kat'î ifadesine rağmen, aile hukuku ve şahsın hukuku alanına giren bütün mesele-lerde atfın mutlak bir şekilde uygulama alanı bulacağını söylemenin doğru olmayacağı, bazı hallerde atfın zımnen reddedildiğinin kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. ŞAN-LI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 57-58.

226 BALKAR BOZKURT, s. 154-156.

227 ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 58.

228 Alternatifli kanunlar ihtilafı kurallarının maddi bir amaca ulaşmayı hedeflediğinden atf teori-sine uygun olmadığını kesin bir kural olarak söylemek yerine, seçici bir şekilde, somut uyuş-mazlıkta menfaati korunmak isteyen ilgili (*renvoi ad favorem*) veya ayakta tutulmak istenen işlem (*renvoi ad validatatem*) lehine atf teorisinin kabul edilmesini savunan görüş için bkz. LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 251.

#### 4) Türk Ticaret Kanunu Açısından Atıf

Türk hukukunda atıf teorisi, MÖHUK'dan ayrı olarak Türk Ticaret Kanunu<sup>229</sup>, nun 766, 778 ve 818. maddelerinde düzenlenmiştir. TTK. md. 766/1'deki poliçe ile borçlanma ehliyetine ilişkin düzenleme, TTK. md. 778/1-j'de bono ile borçlanma ehliyeti ve TTK. md. 818/1-ş'de çekle borçlanma ehliyeti açısından da uygulanmaktadır. Söz konusu hüküm “*Bir kişinin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyet tabi bulunduğu devletin hukukuna göre belirlenir. Bu hukuk diğer bir ülkenin hukukuna göndermede bulunuyorsa, o hukuk uygulanır*” şeklindedir. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, poliçe taahhüdünde bulunma ehliyeti konusunda kabul edilen atıf, hem iade atıf hem de devam eden atıf şeklinde olabilecektir. Bununla birlikte, madde metnindeki “*diğer bir ülkenin hukukuna göndermede bulunuyorsa, o hukuk uygulanır*” ifadesindeki “*o hukuk uygulanır*” cümlesinden ne anlaşılacak gerektiği tereddütlere yol açacak şekildedir. Acaba MÖHUK md. 2/3'te olduğu gibi atıf tek derecede mi kesilecek yoksa ileriye doğru devam eden atıf şeklinde, atıf suretiyle bulunan yabancı hukukun da kanunlar ihtilafı kuralı uygulanacak mıdır? Kanun bu noktada açık değildir. Ancak, doktrin bu hususta ilk çözüm şeklini benimsemiş ve atıf neticesinde ulaşılan hukukun bu defa maddi kurallarının tatbiki suretiyle uyumsuzluğun çözüleceğini belirtmiştir<sup>230</sup>.

#### SONUÇ

Atıf kavramı, ilk olarak Fransız hukukunda *Forgo kararı* ile ortaya çıktığı tarih olan 1878 yılından bu yana neredeyse 150 senedir milletlerarası özel hukukun hiç bitmeyen tartışma konularından biri olmuştur. Uluslararası doktrinde atıf kavramına genellikle iki şekilde yaklaşıldığı görülmektedir: ya atıf teorisi tamamen reddedilmekte ve uluslararası özel hukukun başına açılmış adeta en büyük bela muamelesi görmekte<sup>231</sup>; ya da hakkında uzun analizler ve soyut çıkarımlar yapılarak hak ettiği konumdan çok daha öte bir konuma yerleştirilerek sanki kutsal bir kavrammışçasına savunulmaktadır.

229 13 Ocak 2011 Tarih ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, 27846 Sayılı ve 14 Şubat 2011 Tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

230 Hatice ÖZDEMİR: Kambiyo Senetlerine İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993, s. 25; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 135; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 57; NOMER, s. 151. Karşı görüş için bkz. Mesut AYGÜN: “*Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti*”, AÜHFD, 61 (3), 2012, s. 938.

231 SHARPE, s. 3; HUGHES, s. 195, Rhoda BARISH: “*Renvoi and The Modern Approaches to Choice of Law*”, The American University Law Review, Vol.30, 1981, s. 1049.



Her ülke hukuk sisteminde ve uluslararası özel hukuk doktrinde atf teorisine olan olumlu veya olumsuz yöndeki bu farklı yaklaşımlar, atf kavramına ilişkin bu tartışmayı daima canlı ve güncel tutmayı başarmıştır. Benimsensin veya benimsenmesin, kimi zaman ses getiren bir uluslararası uyuşmazlıkta içtihat olarak, kimi zaman yeni hazırlanan bir konvansiyon metninde kabulü veya reddi tartışılarak, kimi zaman da belli bir ülkenin yasal düzenlemesinde yer alarak veya yer verilmeyerek, tam da unutulduğu zannedildiği anlarda tekrar gündeme gelmiş ve böylelikle atf teorisi her daim kendinden söz ettirmeyi bilmiştir.

Atf ya da teknik anlamıyla *renvoi* teorisinin bu denli sonu gelmez bir tartışmaya konu olmasının ardında hiç şüphesiz kendisini yaratan amaçların da uluslararası özel hukuk açısından taşıdığı önem bulunmaktadır. Atf teorisi, kendisini yaratan amaç ve ihtiyaçlara cevap verebildiği ölçüde aklanıp; bu amaçların dışına çıkıldığı ölçüde de günah keçisi ilan edilmektedir.

Atf teorisi, çalışmamızda da detayıyla incelediğimiz üzere, uluslararası karar ahenginin sağlanması, böylelikle *forum shopping'in* önüne geçilmesi, hakime kendi hukukunu uygulama imkânı vermesi açısından kolaylık yaratması, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında esneklik sağlanması, bu kurallardan bazılarının amaçladığı somut sonuca ulaşılmasına yaraması veya bizzat kanun koyucu veya uygulayıcılarının belirli bir hedefe ulaşmasında hukuki bir enstrüman olarak kullanılabilmesi gibi amaçlara hizmet etmek için yaratılmış, benimsenmiş ve bu maksatlarla uygulanmaktadır.

Ancak, uygulamada atf kavramının kendisini yaratan bu amaçlara ne ölçüde cevap verebildiği daima eleştiri konusu olmuştur. Örneğin, atf teorisinin uluslararası karar ahengini her zaman sağlamadığı, hakime kendi hukukunu uygulama kolaylığı sunacak bu yöntemin bizzat kendisinin son derece karmaşık ve anlaşılması ve uygulanması zor olmasının kendi içinde bir çelişki olduğu ve bu yararı ortadan kaldırdığı, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında esneklik sağladığı ölçüde belirsizlik veya öngörülemezlik de yaratabileceğinden tehlikeli olduğu akla gelebilecek ilk eleştirilerdendir.

Atf teorisi sadece hedeflediği amaçları gerçekleştirebilme kriteri anlamında değil, bizzat kanunlar ihtilafı sistemi içerisindeki varlığı açısından da tartışma konusu olmuştur. Bu eleştirilerin merkezinde atfı kabul eden ülke ile kendisine atf yapılan yabancı ülkenin “egemenliğinin çatışması” meselesi bulunmaktadır. Atf teorisini kabul eden ülkenin, atfı uygulamak suretiyle ulaştığı yabancı ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları lehine egemenliğinden feragat ettiği fikri ileri sürülmüşse de, bu düşünce, ulaşılan yabancı hukukun, bizzat hakimin hukuk kuralları yetki tanıdığı için uygulanacağı ve



dolayısıyla ortada bir egemenlik meselesi bulunmadığı gerçeği karşısında savunulamaz. Zira aksinin kabulü, yabancı ülke hukukunun uygulanması veya yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemelerin yetkilendirilmesi gibi milletlerarası özel hukukun temel kurumlarını ve kavramlarını topyekun sorgulamayı gerektirir- ki bu tamamen mantık dışıdır.

Bununla beraber, bu eleştiriler ne tamamen haklı ne de tamamen haksızdır. Zira nasıl ki, atfın uygulamasının her ülke hukuk sistemine, her alandaki kanunlar ihtilafı kuralına veya her somut olaya teşmil edilmesi atf teorisiinden beklenen yararı vermek bir tarafa, incelememizde evvelce belirttiğimiz olumsuz sonuçlara neden olacaksa; aynı şekilde atf kavramına yapılan eleştirilerin de genellenmesi aynı ölçüde atfı savunanlarca daima tepkiyle karşılanacaktır.

Kanaatimizce atf teorisi iki menfaat arasında bir seçim yapmayı veya en azından bu menfaatler arasında dengeyi kurmayı gerektirir. Bu menfaatlerden ilki, atfın uygulanmasındaki uluslararası karar ahengini sağlamak, milletlerarası özel hukuk adaletine ve somut uyuşmazlık türünde hedeflenen belirli bir üstün amaca ulaşmaktaki menfaattir. Hedeflenen bu üstün amaç, kanun koyucunun belirli bir kanunlar ihtilafı kuralının ihdası ile gözettiği veya devlet politikasını yansıttığı sosyal veya ekonomik bir sonuçla somutlaşacak bir amaç olabileceği gibi, hakimin tamamen somut olayın özelliklerine göre ulaşmayı hedeflediği bir hukuku uygulama amacı da olabilmektedir.

Atf teorisi açısından terazinin diğer kesesinde ise bir diğer menfaat bulunmaktadır ki bu menfaat de, atfın uygulanmamasındaki basitlik, hukuki güvenilirlik ve öngörülebilirliğin sağlanmasındaki menfaattir.

Her iki menfaatin de yabancılık unsuru taşıyan uluslararası özel hukuk uyuşmazlıkları açısından taşıdığı önem ve avantaj büyüktür. Bu sebepledir ki, kanunlar oluşturulurken yasa hazırlayıcıları tarafından yapılan tartışmalar, çoğu zaman her iki menfaatin de dengelenmesi adına verilen tavizlerle, orta yol bulunarak hazırlanan kanunlar ile sonuçlanmıştır. Değişik ülke hukuk sistemlerinde atf farklı kanuni düzenlemelere konu olmuş; çoğunda ne tam olarak atıftan vazgeçilmiş, ne de tümüyle benimsenmiştir. Belirli konulara hasredildiği, belirli konularda kesinlikle uygulanamayacağı, belirli alanlarda uygulanmasının tarafların iradesine bırakıldığı veya uygulayıp uygulamama açısından hakimlere kimi zaman şartlı kimi zaman herhangi bir sınır getirmeyen ölçüde geniş bir takdir yetkisi bırakıldığı görülmektedir.

Kesin olan şudur ki, insan ve insan ilişkileri süregeldiği müddetçe, uyuşmazlıkların birbirinden farklı nitelikleri ve somut olayın şartları atfın belirli bir ülke hukukunda kabul edildiği şekliyle uygulanmasına uyumlu sonuç

vermeme riskini daima taşıyacaktır. Dolayısıyla, benimsenen atfı şekli veya derecesi ne olursa olsun, her zaman diğer seçeneği veya atfın uygulanmamasını sorgulatacak uyuşmazlıklarla karşılaşılması mümkün olacaktır. Hal böyle iken, atfı teorisini, kabul edildiği alanlarda her zaman katı bir biçimde uygulamaktan ziyade, kanunlar ihtilafı kuralılarının somut olayın özelliklerine uyum sağlamadığı veya amacını gerçekleştirmediği hallerde, incelememizde sözüne ettiğimiz amaç ve menfaatlere ulaşmak maksadıyla istisnaen kullanılabilir bir hukuki enstrüman olarak yorumlamakta fayda bulunmaktadır. Hakimlerin bu kuruma her başvurduklarında bunun hukuki gerekçesini, hukuki belirsizliğe ve keyfiliğe sebep olmaması adına kararlarında açıklamaları ve kendilerine verilen takdir yetkisini, hukuka uygun bir biçimde ve öngörülen menfaatler çerçevesinde kullandıklarını ortaya koymaları atfı teorisine yapılan eleştirileri de engelleyecektir. Zira, belirli bir ülke hukukunda atfı yasal düzenlemeler bazında kabul edilmesine rağmen uygulanmadığında veya ne zaman uygulanacağına ilişkin sınırlar net bir biçimde çizilmediğinde ve hakim bu uygulamadaki rolü açık bir biçimde belirlenmediğinde ortaya çıkacak olan muğlak tablo, hakimlere atfı belirli alanlarda istisnaen kullanabilmelelerine olanak tanıyan biçimde verilen takdir yetkisinin doğuracağı belirsizlikten daha önemsiz değildir.

Görünen o ki, kanunlar ihtilafı kuralları yönteminin uygulanmasında ihtiyaç duyulan hallerde hakime esneklik sağlayan ve bu yöntemi zenginleştiren atfı teorisinden, hizmet ettiği amaç ve menfaatlerin alternatifi yaratılmadığı müddetçe vazgeçmek pek de kolay olmayacaktır. Dolayısıyla atfı teorisi, kanunlar ihtilafı yöntemi gibi son derece teknik, uygulaması zor ve karmaşık kurallar içeren bir yöntemin en teorik ve çetrefilli konusu olmaya devam edecektir<sup>232</sup>.

232 William Prosser tarafından kanunlar ihtilafı yöntemi ve araçlarını tasvir eden şu anlatımı iro-nik ve dikkat çekicidir: “*Kanunlar İhtilafı Krallığı, gizemli konular hakkında garip ve anlaşıl-maz bir jargon kullanan bilgili ancak eksantrik profesörlerin ikamet ettiği sarsıcı balçıklarla dolu kasvetli bir bataklıktır. Sıradan bir mahkeme veya avukat, bulaştığı anda bu bataklık ta-rafından yutulur ve kaybolur*” (*The realm of the conflict of laws is a dismal swamp, filled with quaking quagmires, and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon. The ordinary court, or lawyer, is quite lost when engulfed and antangled in it*; naklen BARISH, s. 1049). Atfı teorisinin şematik olarak anlatılmaya çalışıldığı bir resim, bu benzetmeye hak verir niteliktedir: bkz. Hüseyin Ali SADROLEŞRAFİ: “*Devletler Özel Hukuku’nda Genel Olarak Atfı Teorisi (Ren-voi)*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kudret Ayter Armağanı, Cilt 3, 1987, Sayı 1-4, s. 519.

**KAYNAKÇA**

- ATAMAN FİĞANMEŞE** İnci: “*La Haye Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış*”, MHB 2002/2 (Ergin Nomer’e Armağan), s. 39-74.
- AUDIT** Bernard: *Droit International Privé*, Paris, 1997.
- AYBAY Rona / DARDAĞAN** Esra: *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul, 2005.
- AYGÜN** Mesut: “*Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti*”, AÜHFHD, 61 (3), 2012, s. 925-972.
- BALKAR BOZKURT** Süheylâ: “*Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış*”, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, GSÜHFHD, 2011/1, s. 141-196.
- BALKAR** Süheylâ: *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’na sunulmuş yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2002.
- BARISH** Rhoda: “*Renvoi and The Modern Approaches to Choice of Law*”, *The American University Law Review*, Vol.30, 1981, s. 1049-1076.
- BATIFFOL** Henri / **LAGARDE** Paul: *Traité de Droit International Privé*, Paris, 1993.
- BERKİ** Osman Fazıl / **ERGÜNEY** Hilmi: *Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlili ve İzahları*, Ankara, 1963.
- BERKİ** Osman Fazıl: “*Türk Hukukunda Ahkâm-ı Şahsiyeden Doğan Tesrii ve Kazai Selahiyet İhtilafı Esasları*”, AÜHFHD, Cilt.9, Sayı.1, 1952, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/316/3096.pdf>.
- BHARTI** Abhishek, “*The Concept of Renvoi in the Conflict of Laws*”, June 2008, [http://works.bepress.com/abhishek\\_bharti/1](http://works.bepress.com/abhishek_bharti/1), s. 1-15.
- BOULARBAH** Hakim: “*Le Nouveau Droit International Privé Belge*”, *Journal des Tribunaux*, 12 Mars 2005, No: 6573, s. 173-177.
- CARLIER** Jean-Yves: “*Le Code Belge de Droit International Privé*”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 94 (1), 2005, s.11-45.
- COWAN** Thomas A.: “*Renvoi Does Not Involve a Logical Fallacy*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 87, 1938, s. 341-349. [http://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol87/iss1/2](http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol87/iss1/2)
- ÇELİKEL** Aysel / **ERDEM** Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, 2014.

- ÇELİKEL** Aysel: “*Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Atf Prensibinin Uygulanması*”, MHB, 83/2, s. 1-4.
- DAVIES** Martin / **RICKETSON** Geoffrey / **LINDELL** Sam: *Conflict of Laws: Commentary and Materials*, 1997.
- DAVIES** Martin: “*Renvoi and Presumptions About Foreign Law*”, 30 *Melbourne University Law Review*, 2006, s. 244-268.
- DICEY / MORRIS**: *On the Conflict of Laws*, London, 2000.
- DOĞAN** Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara, 2013.
- EL ARBI HACHEM** Mohamed: “*Le Code Tunisien de Droit International Privé*”, *Revue Critique de Droit International Privé* 88 (2) 1999, s. 227-244.
- FALCONBRIDGE** John D.: “*Renvoi, Characterization and Acquired Rights*”, 17 *Canadian Bar Review*, 1939, s. 369-398.
- FERNANDEZ ROZAS** Jose Carlos: “*Le Droit International Privé Espagnol Aujourd’hui ou Le Dépassement Paradigmes*”, [http://eprints.ucm.es/9253/1/TRAVAUX\\_COMITE\\_FRANCES.pdf](http://eprints.ucm.es/9253/1/TRAVAUX_COMITE_FRANCES.pdf)
- FRANCESKAKIS** Phocéon: *La Théorie du Renvoi et Les Conflits des Systèmes*, Paris, 1958.
- GIARDINA** Andrea: “*Les Caractères Généraux de La Réforme*”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 85, (1), 1996, s. 1-19.
- HUGHES** David Alexander: “*The Insolubility of Renvoi and Its Consequences*”, *Journal of Private International Law*, Vol.6, N.1, 2010, s. 195-224.
- KRAMER** Larry: “*Return of the Renvoi*”, *NYU Law Review*, 1991, s. 979-1044.
- LEBEDEV** Sergei / **MURANOV** Aleksander / **KHODYKIN** Roman / **KABATOVA** Elena: “*New Russian Legislation on Private International Law*”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 4, 2002, s. 117-144.
- LOUSSOUARN** Yvon / **BOUREL** Pierre: *Droit International Privé*, Paris, 1999.
- LU** Andrew / **CARROLL** Lee: “*Ignored No More: Renvoi and International Torts Litigated in Australia*”, *Journal of Private International Law*, N.1, 2005, s. 35-68.
- MAYER** Pierre / **HEUZE** Vincent: *Droit International Privé*, Paris, 2001.
- MORTENSEN** Reid: “*Troublesome and Obscure; The Renewal of Renvoi in Australia*”, 2 *Journal of Private International Law*, (2006), s. 1-26.
- MOURA RAMOS** Rui Manuel: “*Droit International Privé Vers La Fin du Vingtième Siècle: Avancement ou Recul?*”, *Documentação e Direito Comparado*, no: 73/74, 1998, s. 85-125.
- NOMER** Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, 2013.

**NORTH Peter / FAWCETT J.J.:** Cheshire and North's Private International Law, 2004.

**ÖZDEMİR Hatice:** Kambiyo Senetlerine İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993.

**ÖZTEKİN GELGEL Günseli:** Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, İstanbul, 2006.

**PARRA -ARANGUREN Gonzalo:** "La Loi Vénézuélienne de 1998 sur Le Droit International Privé", Revue Critique de Droit International Privé 88 (2), 1999, s. 209-226.

**RIGAUX François / FALLON Marc:** Droit International Privé, 2005.

**SADROLEŞRAFI Hüseyin Ali:** "Devletler Özel Hukuku'nda Genel Olarak Atıf Teorisi (Renvoi)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Cilt 3, 1987, Sayı 1-4, s. 515-522.

**SHARPE Robert:** "The Multiple Uses of Renvoi in Rule and Interest Analysis-Based Choice-of-Law Regimes", <http://ssrn.com/abstract=1623923>, s. 1-100.

**ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN FİĞANMEŞE İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2014.

**TANRIBİLİR Feriha Bilge:** "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87, 2010, s. 195-227.

**TARMAN Zeynep Derya:** "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-02/AUHF-2008-57-02-tarman.pdf>, s. 193-222.

**TEKİNALP Gülören:** Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, İstanbul, 2011.

**ULUOCAK Nihal:** "Taşınmaz Terekede Atfın Kabulün Dair Fransız İctihadı", MHB, Yıl 23, 2003, s.817-825.

**WEBB PR.H./ BROWN D.J.L.,** A Casebook On the Conflict of Laws, London, 1960.



# 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Kapsamında Tanınmış Markaların Korunması

Nilüfer BATUR\*

## GİRİŞ

Bir firmanın ürettiği mal veya hizmet içerik olarak diğer firmanın ürettiğinden farklı olsun ya da olmasın, tüketicinin zihninde o ürüne ilişkin olarak farklılık yaratan temel unsur her zaman marka olmaktadır. Marka başarılı bir işletmenin vazgeçilmez unsurlarından birisi ve özellikle de firmanın ürettiği mal veya hizmeti diğer firmaninkinden ayırt etmesi açısından, firmayı var edici unsurlardan bir tanesidir.

Ülke veya dünya çapında belirli ölçüde tanınmış hale gelen markanın ekonomik bir değer kazanmış olması sebebiyle marka sahibi için işletmesinin diğer unsurlarının taşıdığı önem gibi markasının ekonomik değerini korumak ve meydana gelebilecek her türlü tecavüz ve ihlalin önlenmesini sağlamak amacıyla ulusal ve uluslararası mevzuatla tanınmış marka için getirilmiş olan korumalardan faydalanmak ister.

Mallar veya hizmetler genellikle markalarının sahip olduğu ünü takip ederler. Yani bir mal veya hizmet çoğu zaman fiziksel olarak bir ülkenin pazarına girmeden daha önce tanıtılır ve belli bir tüketici çevresine sahip olurlar. Dünya ticaretinin genişlemesi, reklamcılık ve internetin yaygınlaşması, iletişim olanaklarının gelişmesi ve insanların ülkeler arasında eskiye oranla daha serbest hareket edebilmelerinin mümkün hale gelmesi ile ülkeler arasındaki coğrafi sınırların önemi azalmıştır. Bunun doğal sonucu olarak da çok uluslu şirketlerin sahipleri markalarının uluslararası düzende korunmasına her geçen gün daha fazla ihtiyaç duymaktadır.

\* Avukat, İstanbul Barosu.

Marka kavramı her ülkenin ulusal mevzuatıyla korunuyor olsa da “tanınmış marka” veya “herkes tarafından bilinen marka” kavramlarının ortaya çıkmasıyla beraber markaların ülkesel anlamda korunması hak sahiplerinin haklarını korumak ve tecavüzleri önleyici nitelikte olmaktan çıkmıştır. Hukukun dinamik olması ve dünyadaki değişimlerin hızlı olması ulusal yasaları yetersiz hale getirmiştir.

Bu tür markalara sahip olan kişilerin haklarını korumak maksadıyla ulusal mevzuatlarda “tanınmış marka”, “herkes tarafından bilinen marka”, “ünlü marka”, “dünya markası” şeklinde değişik isimlerle adlandırabileceğimiz toplumda belirli bir tanınmışlığa eriştiği için korunması gereken tanınmış markaları himaye altına almak maksadıyla düzenlemeler yapılmıştır.

## I. TANINMIŞ MARKANIN ÖNEM KAZANMASININ SEBEPLERİ

Tanınmış markalar, özellikle yerel müteşebbislerin, ulusal sınırlara daha az bağımlı hale gelmesi ve gelişen iletişim olanakları sayesinde bilginin her geçen gün daha hızlı ve etkin bir şekilde, daha geniş alanlara yayılabilmesi nedeniyle, gittikçe daha fazla ihtiyaç duyulan bir sınai mülkiyet hakkı haline gelmişlerdir<sup>1</sup>.

Tanınmış markanın bir marka çeşidi olmasından daha önemlisi söz konusu markanın “tanınmışlığı”dır. Markanın kendi sınırlarını aşarak, ülke ve hatta ülke sınırlarını da aşarak uluslararası üne sahip olduğu durumlarda da tanınmış markadan ve öneminden bahsetmek mümkün olacaktır<sup>2</sup>.

Markalar arasında *tanınmış marka* kategorisinin belirmiş olması ve önem kazanmasının nedenleri üç grupta toplanabilir. Bunlardan ilki dünya ticaretinin genişlemesi, hız ve yoğunluk kazanmasıdır. Ulaşım araçları büyük miktarlarda malların nakline imkan verirken, üreticiler yabancı tüketicileri de göz önünde bulundurarak üretimlerini planlamaktadırlar. İkinci neden ise, çağımızda kitle üretimi olgusunun yer almasıdır. Sınai ve teknik alanda gözle görülecek bir şekilde standartlaşmaya gidilmiş, üretici de bu sebeple ürünlerinin popülaritesini artırmak ve mümkün olduğu kadar geniş bir müşteri kitlesine ulaşmayı hedeflemiştir. Üçüncü sebep ise, reklamcılık sektörü sayesinde ürünlerin potansiyel müşteriye daha kolay ulaşması, ona tanıtılması ve ula-

1 Sadettin Akın, Tanınmış Markalar, Türk Patent Enstitüsü Uzmanlık Tezi, Ankara 2001, s.1.

2 Levent Yünlü, Tanınmış Markalar ve Korunması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001, s.60.



şılmak istenen amacın daha kısa sürede daha çok kar ve daha az maliyetle sağlanmasıdır<sup>3</sup>.

## II. TANINMIŞ MARKANIN FONKSİYONLARI

### A) KÖKEN GÖSTERME – AYIRT ETME FONKSİYONU

Markanın en önemli fonksiyonlarından biri köken gösterme fonksiyonudur. Tarihte markalar ilk önce malın hangi müteşebbis tarafından yapıldığını gösterirlerdi. Marka bir malı diğer maldan ayırt etmeye yaradığı gibi bir malın hangi işletme tarafından imal edildiğini veya piyasaya sürüldüğünü, bir hizmetin hangi teşebbüs tarafından yerine getirildiğini de gösterir<sup>4</sup>.

Markaların köken gösterme fonksiyonu tarih içinde belli bir süreç izlemiştir. Buna göre ilk önce marka, girişimciyi ifade etmiş daha sonra marka, işletmeyi ifade etmiş ve en nihayetinde marka, adeta malın ismi olmuştur. Tüketici mal üzerinde tanıdığı bir işletmenin markasını görerek malın kaynağını öğrenmiş olur<sup>5</sup>. Markanın malın ismi haline gelmesi ve halk dilinde markanın eşyanın adı yerine kullanılması ve bu sebeple işaretin ayırt edici gücünün ortadan kalkacağı ileri sürülebilir<sup>6</sup>. Örneğin selpak, nescafe gibi. Markanın ayırt edici niteliğe sahip olması için kolayca tanınabilir olması gerekir<sup>7</sup>.

Tanınmış markalar da köken gösterirler. Ancak tanınmış markalar çoğunlukla işletmeyi ifade ederler. Doktrinde bazı yazarlara göre, tanınmış markalar doğrudan işletmeyi işaret ettikleri için kaynak gösterme fonksiyonu tanınmış markalar için önemini korumaktadır<sup>8</sup>. Bir firma birden çok mal üretip piyasaya sürdüğü takdirde, tanınmış markanın işletmeyi belirtmesi ve onun yerine geçmesi tehlikesi mevcuttur. Bu tehlikeyi önlemek amacıyla firma markaları ortaya çıkmıştır<sup>9</sup>.

Tanınmış markanın sahip olduğu ün, çekicilik, halk kitlelerine inmiş olması, geniş bir kitleye hitap etmesi, tanınmış markanın köken gösterme fonk-

3 Hamdi Yasaman, Tanınmış Markalar, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, 1978, s.692.

4 Hamdi Yasaman, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.I, İstanbul 2004, s.250.

5 Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, C.I, Giriş- Ticari İşletme, Ankara 1968, s.403.

6 Yasaman, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, s.697.

7 Remzi Tamer Pekdiğer, Marka Hakkı ve Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001, s.54.

8 Akar Öçal, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967, s.7.

9 Yasaman, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, s.697.

siyonuna paralel olarak gelişen ayırt etme fonksiyonunun da diğer markalara göre daha belirgin olmasını sağlar. Geniş halk kitleleri bir malı alırken ya da ortaya konan bir hizmeti, tercih ederken, tanınmış olan marka ön plana çıkar ve diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilir.

Ayırt edicilik fonksiyonu sayesinde tanınmış markanın reklam ve garanti fonksiyonu daha belirgin hale gelmektedir. Garanti fonksiyonu ve reklam fonksiyonu, tanınmış markalarda daha yüksek olduğu için, ayırt edicilik fonksiyonu daha da ön plana çıkar ve tanınmış marka sahibini kaliteli mal ve hizmet sunmada daha dikkatli olmaya sevk eder<sup>10</sup>.

## B) GARANTİ FONKSİYONU

Tüketici açısından en önemli olan fonksiyon garanti fonksiyonudur. Markanın garanti fonksiyonu alıcının güven duyduğu, malın kalitesine inandığı işletmeyi markasıyla tanıdığı, teşhis ettiği anlamına gelir<sup>11</sup>. Genel olarak, alıcı malın kimin tarafından üretildiği ya da satışa çıkarıldığı konuları ile ilgilenmez. Onun için önemli olan satın aldığı ve memnun kaldığı malın değişmez bir kaliteye ve standarda sahip olmasıdır. Gerçekten, tüketici için marka değişmez bir kaliteyi ifade eder. İşletme sahibi ise bu güveni kaybetmemek için malının kalitesini düşürmemek için gayret içindedir<sup>12</sup>.

Garanti fonksiyonu, alıcı bakımından beğendiği memnun kaldığı malı yarın da bulacağı, üretici bakımından ise, malların alıcı bulacağını ifade eder. Alıcı bir mal ya da hizmetten memnun kaldığı zaman, o mal veya hizmeti tercih konusunda devamlılık sergiler. İşte bu devamlılık durumunun ortaya çıkmasıyla, malın üreticisi bakımından o mal veya hizmeti sürekli kalite ve standartlara uygun tutma zorunluluğu ortaya çıkar, bu uygun tutma zorunluluğu markanın garanti işlevini teminini sağlar<sup>13</sup>. Yani marka, kalitenin sembolü olduğunda bir kararlılığı ifade eder ve tanınmış marka söz konusu olduğunda ise herkesin zihninde iyi kalite fikrini uyandırır<sup>14</sup>.

Tanınmış marka alıcıya bir güven verir. Alıcı seçim yaptığı sırada tanınmış markaya yönelir<sup>15</sup>. Bu da tanınmış markada yanılma şansının çok az ol-

10 Yünlü, Tanınmış Markalar ve Korunması, s.89.

11 Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2013, s.436.

12 Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.251.

13 Yünlü, Tanınmış Markalar ve Korunması, s.89.

14 Yasaman, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, s.697.

15 Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.251.

masından kaynaklanır. Çünkü alıcı pahalı da olsa kalitesinden emin olduğu için tanınmış markayı tercih eder. Ayrıca, alıcıları tanınmış markaya yönlendiren ve garanti fonksiyonu içinde değerlendirilebilecek bir diğer husus da aldığı malda bir kusur meydana gelmesi halinde malın kusursuz olmasıyla değiştirileceğini bilmesi ve markaya bu açıdan da güvenmesidir.

### C) REKLAM FONKSİYONU

Garanti, kalite, yüksek ticari değer, güçlü dağıtım gibi etkenlerle birlikte eğer markanın reklam fonksiyonu da iyi kullanılırsa, söz konusu markanın tanınmış marka niteliğine sahip olması daha kolay olur<sup>16</sup>.

Firmalar markanın tanınmışlık düzeyi ölçüsünde muhatap kitlesine hitap edebilmekte ve pazarlama gücünü arttırabilmektedir. O nedenle ki firmalar markalarını tanıtmak için yoğun bir reklam faaliyetine girişmekte ve ürünlerinin kalite düzeyini de sürekli arttırmaya çalışmaktadır. Bu bağlamda markalı orijinal ürünleri satın alan üçüncü kişilerin markanın toplumda sağladığı şöhrete zarar verici bir faaliyette bulunması markanın reklam fonksiyonuna zarar verecektir. Mesela, tanınmış marka olan *Vakko*'nun sıradan bir ürün gibi semt pazarlarında tezgah üzerinde satılması ya da sıradan bir ürün gibi tanıtılması o markanın tüketiciler nezdinde sağladığı şöhretine zarar verici nitelikte bir faaliyettir<sup>17</sup>.

Marka seçilirken onun reklam kabiliyetine sahip olması, halkın ilgisini çekmesi ve halka hitap etmesine dikkat edilir. Reklamda kullanılan işaret ne kadar dikkat çekici ise reklam gücü yükselir ve reklam gücünün yükselmesi ile birlikte tanınmış marka hitap etmediği ya da ulaşamadığı halk kitlelerine ulaşmış olur. Örneğin, seçilen işaretin orijinalliği, kelimelerin uyum halinde olması ya da çarpıcı olması, kelimenin bir fikir uyandırması gibi. Tanınmış markalarda reklam fonksiyonu kendini açıkça ortaya koyar. Tanınmış marka yalnız markayı tanıyan, alan, kullanan, memnun olan kişiler üzerinde değil; markayı tanımayan ancak reklamlar sayesinde söz konusu markadan haberdar olan kimseler üzerinde de etkili olur ve tercihini etkiler<sup>18</sup>.

Hiçbir manası olmayan, hatta çirkin olan bir kelime veya şekil marka olarak seçilebilir. Bu işaret daha sonra kullanılma ve reklam ile ayırt edici nitelik

16 Yünlü, Tanınmış Markalar ve Korunması, s. 92.

17 Adem Aslan, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004, s.16.

18 Yasaman, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, s.699.

kazanır. Böylece, sadece birkaç kelime veya harften ibaret bir marka tanınmış hale gelebilir. Örneğin, Mercedes'in spor ve lüks otomobilleri için kullandığı "SLK" markası ayırt edicilik niteliği kazanmış ve Mercedes marka arabalar içinde spor türünü belirleyen bir işaret haline gelmiştir<sup>19</sup>.

Kolay telaffuz edilen, hecelenebilir ve kolay hatırlanabilir sözcüklerin akılda kalıcılığı karmaşık sözcüklere oranla daha yoğundur<sup>20</sup>. Bu niteliğe sahip işaret reklam vasıtasıyla çekici hale getirilmeye çalışılır. Bu sayede marka uzak yerlere kadar duyurulur ve alıcılar şartlandırılır. Bunun yanında, malın kalitesinin iyi olması nedeni ile alıcı kitlesi tarafından benimsenen markanın tanınmışlığı artar ve marka bir reklam vasıtası olur.

KHK'de tanınmışlık düzeyi yüksek bir markanın sahip olduğu reklam fonksiyonunu koruyucu düzenlemeye yer verilmiştir. KHK madde 8/4 uyarınca, marka sahibi, markasının toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markasının itibarının zarara uğramasının söz konusu olabileceği durumlarda markanın farklı bir mal ya da hizmet için tesciline dair itiraz edebilir<sup>21</sup>.

Tanınmış marka aynı zamanda bir sosyal mevkii de tanımlar. Tanınmış marka taşıyan veya bu markanın logosunu ihtiva eden ürünlerin kullanılması veya giydirilmesi kişilerde psikolojik olarak tatmin duygusu yarattığı gibi, diğer kişilere karşı bir üstünlük duygusu yaratır. Tanınmış markanın kullanılması, örneğin Mercedes veya BMW markalı otomobillere sahip olmak sosyal mevkide bir aşama olarak gösterilir. Tanınmış marka kendi ürününün reklamını yaparken, bunu kullanan kişiler de kendi reklamını yapmış olurlar<sup>22</sup>.

Günümüzde kitle iletişim araçlarının gelişmiş olması markaların reklamının yapılmasını kolaylaştırmaktadır. Özellikle internet, uydu gibi araçlarla halk kitlelerine tanınmış markanın ünü daha çabuk yayılmaktadır. Böylece, marka kısa süre içerisinde tanınmış marka statüsüne erişebilmektedir.

19 Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.251.

20 Şule Özdal, 556 Sayılı KHK'nın 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul 2005, s.50.

21 Sabih Arkan, Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997, s.39.

22 Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.251.

### III. 556 SAYILI KHK KAPSAMINDA TANINMIŞ MARKA İLE İLGİLİ MADDELERİN İNCELENMESİ

#### A) KHK MADDE 7-1

556 sayılı KHK'nın m.7-1 bendine göre Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6.maddesine göre, tanınmış marka, marka tescilinde mutlak red sebepleri arasında sayılmıştır. Tanınmış markaların tescili, marka sahibinin markasını tanınmış kılabilmek ve bu tanınmışlığını sürdürmesini sağlamak amacıyla ve aynı zamanda sarf ettiği emek ve servet düşünülerek yasaklanmıştır<sup>23</sup>. TPE bu hususu resen nazara alacağı gibi onun nazara almaması halinde tanınmış marka sahibi tescil başvurusuna karşı itirazda bulunabilir. Tescilde bu durum mutlak red sebebi olarak belirtilmesine rağmen tescil gerçekleşmişse tanınmış marka sahibi KHK 42. maddeye göre markanın hükümsüzlüğünü tescilden itibaren beş yıl içinde isteyebilir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir.

Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi uyarınca Birlik Ülkeleri, aynı veya benzer ürünlerde kullanıldığı “herkesçe bilindiği mütalaa edilen” bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneği, taklidi veya tercümesinden ibaret olan bir markanın tescilini ülke mevzuatı müsait ise re’sen, aksi takdirde ilgilinin isteği üzerine red veya hükümsüz kılmak taahhüdü altına sokulmuşlardır. Bir Birlik Ülkesi olan Türkiye, bu taahhüdünü ifa etmek için KHK'nin 7. maddesinin (1) bendinde tanınmış markaların tescilini nisbi değil, mutlak bir red sebebi olarak düzenlemiştir<sup>24</sup>.

Tanınmış markaların KHK madde 7 den yararlanabilmeleri için Türkiye’de tescilli olmaları zorunlu değildir<sup>25</sup>. Onlara mevzuatla *tescilsiz tekel hakkı* tanınmıştır. Tanınmış marka sahibine tanınan tescilsiz tekel hakkı sadece markanın kullanıldığı aynı veya benzer ürünler açısından diğer bir deyişle aynı sınıf ile sınırlıdır. 556 Sayılı KHK ile tanınmış markalara sağlanan sınıflar üstü koruma sadece Türkiye’de tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış tanınmış markalara özgüdür. Bu husus KHK madde 8/IV ile nisbi red nedeni m.42/I b ile de hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmiştir<sup>26</sup>.

23 Nazmi Ocak, Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı, Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s.110.

24 Kutlu Oytaç, Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargaşasına Son, Ankara Barosu FMR Dergisi, Sayı: 2001/3, s.91-92.

25 Sami Karahan, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, s.78.

26 Karahan, Hükümsüzlük Davaları, s.79.

Tanınmış marka sahibi, Türkiye’de henüz tescil ettirmedeği markasının sadece aynı sınıf veya alt grup içerisinde yer alan mallar veya hizmetler<sup>27</sup> için korunmasını talep edebilecektir. Bunların dışında kalan mal veya hizmetler üzerinde markasının kullanılmasını engellemek için markasını Türkiye’de tescil ettirmelidir. Aksi takdirde, farklı mal ve hizmetler için markasının bir başkası tarafından kullanılması ve tescili söz konusu olabilecektir<sup>28</sup>.

Yargıtay, KHK’nin 7. maddesinin (1) bendi doğrultusunda, Dünya’nın birçok ülkesinde ve bu arada ülkemizde tescilli “Red Bull” ve “Red Bull+şekil” markasının, 556 sayılı KHK yanında Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesine göre koruma altında olduğuna hükmetmiş ve “Power Bull” markasının kullanımını men etmiştir<sup>29</sup>.

Yabancı tüzel kişi, Türkiye’de 556 sayılı KHK kapsamından yararlanacak ve bir Türk vatandaşının sahip olduğu aynı haklara sahip olacaktır. Sözleşmeye dahil bir ülkede usulüne uygun olarak tescil edilmiş olan marka, diğer üye devletlerde de aynen tevdi kabul edilecek ve korunacaktır. Esas itibarıyla bir marka şekil bakımından ilk tescil edildiği ülke kanunlarına uygun ise diğer ülkelerde de tescil için müracaat edildiğinde o ülke kanunlarına uygun olmasa da korunur<sup>30</sup>.

*Yargıtay, 06/07/1998 tarihli ve 1734/5146 sayılı Dolce Vita kararında*<sup>31</sup>

27 Aynı veya benzer mal kriterine yer verildiği için, tanınmış marka tespiti yapılırken sadece markanın üzerinde kullanıldığı mallar değil aynı veya benzer sayılan ve bunların alıcı kitlesi dikkate alınacaktır. Örneğin, 11. HD 11/11/2004 tarih, 1522/11159 sayılı kararında “...davacının...markasını davalının ülkedeki tescilinden önce çeşitli ülkelerde tescil ettirip, meşhur maruf hale getirdiği, birebir aynı faaliyet kolunda olmamakla beraber, benzer konularda üretim yapan davalının basiretli iş adamı özeni göstermekle yükümlü olduğu,...davacıya ait markayı...bilmesi gerektiği...(bu şartlarda) davalının ayrıca kötünietinin kanıtlanmasının gerekmediği” değerlendirilmesi yapmıştır (Kaya, Marka Hukuku, s.117, dn. 97).

28 Karahan, Hükümsüzlük Davaları, s.80.

29 Yarg. 11. HD. 16/11/2000, 3824/8955 sayılı karar (yayınlanmamıştır)[ Karahan, Hükümsüzlük Davaları, s.80].

30 Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.246.

31 Dosyadaki kanıtlara göre, “Dolce Vita” markasının İspanya’da 24.05.1978 tarihinde parfümeri, esansal yağlar, kozmetikler, losyonlar, sabunlar v.s. için Don Jarne ve Don Jesus Perez Garcia adına tescil edildiği, markanın davacıya devir edildiği ve davacının bu markayı Paris’te 11.10.1983 tarihinde adına tescil ettirdiği, bu tarihten sonra dünyanın değişik 22 ülkesinde daha davacı adına tescil ettirildiği, Madrid Anlaşması uyarınca 23 Ekim 1995 tarihinde “Fikri Haklar Dünya Örgütü Bürosuna” Uluslararası Markalar Siciline tescil edildiği, davalının ise aynı cins emtialar için 11.02.1993 tarihinde Türkiye’de marka tescil belgesi aldığı anlaşılmaktadır (Batider, C.XXI, S.4, 1998, s.283-286).

Paris Sözleşmesinin 1.mükerrer 6.maddesinde (Noterisch Bekannttue Marken) kelimelerini kullanmış olup bunu umumen /herkesçe bilinen marka anlamında kullanmış ve Avrupa Topluluğu'na üye bir ülkede maruf hale gelmiş olan markayı ifade etmiştir. Bu tür markalar dünya çapında olmasa bile Paris Sözleşmesine üye ülkelerde hatta bu üye ülkelerin bazılarında bilinen marka ise bu madde kapsamında kabul edilmektedir. Bu tür markaların Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesinden yararlanabilmesi için markanın Türkiye'de umumen malum olması yeterli olup ülkemizde fiilen kullanılması zorunluluğu olmadığı belirtmiştir. Umumen malum malın Türkiye'de imal edilmemesi ve ithal edilmemesi halinde dahi ülkemize her zaman getirilip satılma olanağı bulunduğundan bu malın markasını hatırlatmak ve onun şöhretinden yararlanmak amacıyla bu markanın aynı cins mallar üzerinde kullanılmasının iyiniyet kurallarına aykırılığına karar verilmiştir<sup>32</sup>. Ayrıca, Yargıtay söz konusu bu kararda, "*Paris Sözleşmesinin 6. mükerrer 1. maddesi uyarınca birçok yabancı ülkede tescilli bulunan hele somut olayda Fikri Mülkiyet Bürosuna tescilli davacı markasının korunması gerekip, davalı parfüm konusunda uzman bir kuruluş olup dünyadaki parfüm buluşlarını, gelişmelerini ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorundadır. Bu basiretli tacir olmanın zaruri bir sonucudur: O halde aynı sahada çalışan davalının 22 ülkede tescilli bu markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye'de tescil ettirdiğini ileri sürmesi MK. nun 2. maddesine göre mümkün görülmemiştir. Şu halde kötü niyetli bir tescil vardır ve bu tescilin terkinin talep edilebilir.*"<sup>33</sup> demek suretiyle karar vermiştir<sup>34</sup>.

*Yargıtay 11.HD 08/12/2003 tarihli ve 4210/11663 sayılı bir kararında; "556 sayılı KHK'nin 7. maddesinin son fıkrası, bir marka tescil tarihinden*

32 Batider, C.XXI, S.4, 1998, s.283-286.

33 Batider, C.XXI, S.4, 1998, s.283-286.

34 Bozmada oybirliği, gerekçede oyçokluğu ile alınan bu kararda, iki üyenin karşı oy yazısı bulunmaktadır. Üyelerden H. Deniz'e ait karşı oy yazısı aşağıdaki gibidir: "Davalı tarafından, Türkiye'de Dolce Vita markası tescil edildiği tarihte, davacının sadece 13 ülkede bu markayı tescil ettirdiği anlaşılmaktadır. Davacı bu markayı davalının tescili ve bu tescilden iki yıl sonrasına kadar kullandığını ileri sürmediği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bir markanın maruf-meşhur-tanınmış olarak nitelenmesi için kullanıldığına kanıtlanması ya da herkesçe bilinir durumda olması gerekir. 13 ülkede tescil edilmiş olması yeterli kabul edilemez. Böyle bir kabul uygulanan sözleşmenin açık hükmüne aykırıdır. 13 ülkede tescilli olması nedeniyle davalının kötüniyetle bu markayı Türkiye'de tescil ettirdiği sonucu da olaya uygun değildir. ... davalının "Dolce Vita" sözcüğüne sırf davacının tescili ile haberdar olduğunun ve bu ibareyi Türkiye'de kötüniyetle tescil ettirdiğinin ayrıca kanıtlanması gerekir. Davalının kötüniyetinin ayrıca inandırıcı delillerle kanıtlanması gerekir" (Batider, C.XXI, S.4, 1998, s.286-287).



önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetler ile ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmışsa, aynı maddenin (b) bendindeki aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka bulunduğundan bahisle tescil isteminin red olunamayacağı hükmünü içermektedir. Diğer bir deyişle, böyle bir halde yasa koyucu, ayırt edici nitelik kazanmış bir marka sahibine önceki benzer tescilli markanın terkinini istemeden bu markayı tescil ettirebileceğini öngörmüş bulunmaktadır. Ayırt edici nitelik kazanmış markalar bakımından getirilen bu özellik, Paris Sözleşmesi'nin 1 nci mükerrer 6 ncı maddesi hükmü uyarınca sözleşmeye dahil tüm ülkelerde üstünlük tanınmış bulunan “tanınmış markaya” evleviyet ilkesi uyarınca tanınması gerekir.

Zira, doktrinde de değinildiği üzere, “556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, kazanılan ayırt edici nitelik dolayısı ile piyasada aynı veya benzer markanın varlığından rahatsızlık duymamakta, kazanılan ayırt edici niteliğin birden ziyade aynı ve benzer marka arasındaki karıştırılma riskini ortadan kaldıracığını kabul etmekte...” dir. Aynı ilkelerin tanınmış markaya da uygulanması halinde, tanınmış marka sahibinin, kendinden önce tescilli markayı terkin ettirme yoluna gitmeden kendi markasının tescilini isteyebilmelidir. Böyle bir halde, terkin davası açma yükümlülüğü tanınmış marka sahibine değil, bu niteliği taşımayan önceki tescilli marka sahibine ait olmalıdır<sup>35</sup> demek suretiyle 556 sayılı KHK'nın 7.maddesinin son fıkrası ile Yasa koyucu ayırt edici nitelik kazanmış bir marka sahibini önceki benzer tescilli markanın terkinini istemeden bu markayı tescil ettirebileceğini öngörmüş bulunmaktadır.

556 Sayılı KHK'nin 7. maddesinin (1) bendinde “Paris Sözleşmesi'nin 1. inci mükerrer 6 ncı maddesine göre tanınmış markalar” nitelemesi KHK madde 8/IV hükmünde markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyinin yüksekliği şeklinde ifade edilmiş ve bu tür markaların farklı mal ve hizmetler için dahi tescil edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu ikisi arasındaki ilişki ve farklılık doktrinde; 556 Sayılı KHK madde 7'deki bilinmişlik düzeyinin “markanın, Sözleşmenin hükümlerinden yararlanan bir kişiye ait olduğunun Türkiye'de o mal veya hizmetle ilgili çevrenin büyük bir kesimince bilinmesi” şeklinde olduğu, KHK m. 8/IV anlamında tanınmışlık içinse “sadece o markayı taşıyan mal ya da hizmetlerle ilgili çevre içinde değil bu çevre dışında,

35 <http://www.kazanci.com.tr>.



*o mal ya da hizmetle ilgisi olmayan kişilerce de bilinmesi gerekir” şeklinde ifade edilmektedir<sup>36</sup>.*

## **B) KHK MADDE 8/IV**

Tescil dışı korumayı aynı mal sınıfını dikkate almaksızın tüm mal ve hizmet sınıfları için koruma sağlamak maksadıyla, tanınmış markadan ayrı olarak *“toplumda tanınmışlık düzeyine erişmiş marka”* adı altında ikinci bir düzenleme getirilmiştir. 556 sayılı KHK’nin 8. maddesinin 4. fıkrasına göre; *“Marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte, farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir. Ancak tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusu red edilir”.*

KHK madde 8/IV ile tanınmış markanın toplumda ulaşmış olduğu tanınmışlık düzeyi dolayısıyla toplumda yarattığı güven ortamından haksız yararlanılması veya tanınmış markanın kalitesiz mal ve hizmetler ürettiği intibasına yol açacak şekilde, tanınmış marka tarafından bu tanınmışlığı sağlayan mal ve hizmet üretimi kalitesinden düşük nitelikte mal ve hizmet üretilmesi suretiyle tanınmış markanın itibarına zarar verilmesi engellenmek istenmiştir<sup>37</sup>.

Tanınmış markanın aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanılması mutlak red sebebi iken bu markanın farklı mallarda kullanılması nispi red sebebi olarak kabul edilmiştir. Tanınmış marka farklı ürün ve hizmetlerde kullanıldığında bu kullanım haksız bir yarar sağlıyorsa veya markanın itibarına zarar veriyorsa ya da markanın ayırt edici karakterini zedeliyorsa tanınmış marka sahibinin bunu engellemesi mümkündür<sup>39</sup>. Çünkü bu durum nispi red sebebi olarak düzenlenmiştir.

36 Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.93; Hanife Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s.56 vd.

37 Yarg. 11.HD. 03/07/2000 tarih, 5331/6265 sayılı karar (Karahana, Hükümsüzlük Davaları, s.122).

38 Söz gelimi, *Kodak*, fotoğraf makinesi üzerinde dünya çapında ün yapmış bir markadır. *Kodak* markası başka bir emtia için kullanılmak istense halk bunun bilinen *Kodak* markası ile hiçbir

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 26/02/2001 tarihli 1396/1665 sayılı yayınlanmamış bir kararında<sup>39</sup> çikolata markası olan *Alpella*'nın tanınmış marka olduğu gerekçesiyle, farklı bir sınıfta da olsa başka bir ürünün aynı marka ile tescil edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Somut olayda “davacı vekili, müvekkil şirketin bisküvi, şekerleme ve çikolatalı mamüller konusunda üretim ve satış yaptığını, “Alpella” markasının 14.07.1994 tarihinden itibaren birkaç kez tescil edildiğini, tanınmış marka olduklarını, davalı şirketin aynı markayı yatak, yorgan, yastık, nevresim, çarşaf, oturma grubu, yaylı kanepeler ve mobilyada kullanmak üzere davalı Enstitü nezdinde girişimde bulunduğunu, bu markanın davalı adına tescilin müvekkil şirketin tanınmış markası ile iltibas yaratacağı gerekçesiyle Enstitü nezdinde itirazda bulunulduğunu, itirazın reddi üzerine üst kurula müracaat edildiğini, buradan da red cevabı alındığını beyanla davalı Enstitünün YİDK'nun kararının iptali ile *Alpella* ibaresinin davalının markasından çıkarılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

*Davalı TPE vekili, farklı mallar veya hizmetlerin farklı kişiler adına tescil edilebileceğini, istisnanın tescilli markanın tanınmışlığı konusunda olduğunu, davacının markasının tanınmışlık statüsüne alınmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.*

*Mahkemece; iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre bir markanın tanınmış kabul edilebilmesi için TPE'nün herhangi bir kararı veya işleminin bulunmasının gerekmediği, Alpella markasının toplumun büyük kesimi tarafından davacıya ait bir çikolata markası olarak bilindiği, tanınmış marka olarak kabulünün gerektiği sonucuna varılarak davanın kabulü ile TPE Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun... kararının iptaline karar verilmiştir”. TPE vekili kararı temyiz etmiş, 11. Hukuk Dairesi temyiz itirazlarını yerinde bulmamış ve birinci derece mahkemesinin kararını onaylamıştır.*

Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesinde sadece Ticaret Markaları için koruma öngörülmüştür. Fakat, daha sonra bu eksikliğin fark edilmesi üzerine TRIPS 16(2) maddesinde tanınmışlığın hizmet markalarını da kapsaması gerektiği açıklanmış ve tanınmış hizmet markaları için koruma, KHK'nin 8. maddesinin IV. fıkrasında sağlanmıştır.

---

ilgisinin bulunmadığını düşünmeyecek, *Kodak* firmasının başka mallar da imal etmeye başladığını ya da hiç değilse *Kodak* firması ile bir ölçüde bir bağın varlığına hükmedecektir (Tekil, Ticari İşletme Hukuku, s.274). Böyle bir durumda *Kodak* markasının sahibi tescil farklı mal ve hizmet sınıfına ilişkin olsa dahi itirazda bulunabilecektir.

39 Özdal, Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, s.67-68.

556 sayılı KHK’de tanınmış marka kavramı tanımlanamamıştır. KHK’nin 8. maddesinde, markanın “toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi”nden bahsedilmiştir. Toplumda tanınmışlık düzeyine erişmiş marka kavramı ile tanınmış marka kavramının aynı olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Tekinalp*, toplumda tanınmışlık düzeyine erişmiş deyiminin tanınmış marka kavramından farklı olduğunu ondan daha geniş fakat tanınmışlık derecesi itibariyle daha düşük olduğunu; her tanınmış markanın toplumda tanınmışlık düzeyine ulaştığını ancak her markanın tanınmış marka olmasa bile toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşabileceğini ifade etmiştir. Örneğin *Coca Cola’nın* tanınmış marka olmasına karşılık bir bölgede bilinen *Ferah Cola’nın* toplumda tanınmışlık düzeyine eriştiğinin kabul edilebileceğini ileri sürmüştür<sup>40</sup>.

*Yasaman* ise KHK madde 8/IV ile kastedilenin tanınmış markalar olduğunu yani toplumda tanınmışlık düzeyine erişmiş markaların da tanınmış marka olarak kabul edilmesi gerektiğini söylemiştir<sup>41</sup>. *Kavlak* ise, “Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Marka – İyi Bilinen Marka” kavramlarının “Tanınmış Marka”dan farklı olduğunu, her “Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Marka”nın “Tanınmış Marka” sayılamayacağını, her “Tanınmış Marka”nın ise, bir zamanlar “İyi Bilinen” veya “Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Marka” olduğunu belirtmiştir<sup>42</sup>. Tanınmış markanın farklı mallarda kullanılmasının önlenmesi için markanın toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşması gerekir. KHK’de tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka kavramı ile tanınmış marka anlatılmak istenmiştir.

Bir markanın tanınmış olup olmadığına ürünün hitap ettiği müşteri kitlesine göre karar verilmesi gerekir. Bazı mal ve hizmetler yurt çapında dağıtılır ve satılırlar ancak bazı mal ve hizmetler belli bölgelerde pazarlanır, belli tüketici, sanayi ve ticaret gruplarına hitap ederler. Örneğin; *Coca Cola*, *Mercedes* gibi markalar bütün Türkiye’de toplum tarafından büyük çoğunlukla tanınır. Buna karşılık *Dior*, *Chanel* gibi markaların her bölgede özellikle doğu ve güneydoğu bölgelerinde tanındığı söylenemez. Bu bakımdan tanınmışlık, hedef müşteri kitlesi nazara alınarak tayin edilmesi gereken bir kavramdır<sup>43</sup>.

40 Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.435-436.

41 Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.411.

42 Umut İlkey Kavlak, TPE Bülteni Özel Sayı, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İyi Bilinen ve Tanınmış Markalar, Ankara 2003, s.26.

43 Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.410-411.

Tanınmış markanın en başta gelen özelliği, bu markanın sadece kullanıldığı mal ve hizmetlerin alıcısı olan kişilerce değil toplumun büyük bir kesimi tarafından belli mal ve hizmetle bağlantılılık içinde algılanmasıdır<sup>44</sup>. Sadece kendi alıcı çevresinde tanınan markanın, KHK 8/IV anlamında “*tanınmışlık düzeyi yüksek*” marka olduğu söylenemez, zira böyle bir markanın, başka mal ve hizmetler için kullanılması halinde onun cazip gücünden istifade edilmesi söz konusu olmaz.

Tanınmış markanın başka mal ve hizmetlerde kullanılmasının önlenmesi için üç şarttan birisinin varlığı yeterlidir. Bunlar, tanınmış markanın farklı mal ve hizmetlerde kullanılması sonucu haksız bir yararın sağlanması, markanın itibarına zarar verilmesi ya da markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesidir.

#### a) Haksız Bir Yararın Sağlanması

Yargıtay tanınmış markanın farklı mallarda kullanılması halinde bunun toplumda yarattığı itibardan yararlanıldığını ve bu suretle haksız bir avantaj sağlandığını hemen hemen bütün kararlarında otomatik olarak kabul etmektedir<sup>45</sup>. Fakat, her somut olayda marka tanınmış marka olarak nitelendirilebiliyorsa, bu tanınmış markanın farklı mal ve hizmetlerde kullanılmasının haksız avantaj oluşturup oluşturmayacağını ayrıca incelenmesi gerekir<sup>46</sup>. Yabancı mahkeme kararlarında markanın itibarından haksız yararlanma olup olmadığının tespitinde somut olaya göre inceleme yapıldığı görülmektedir<sup>47</sup>.

Bir başka deyişle, tanınmış markanın farklı mal ve hizmetlerde kullanılması, kendiliğinden haksız avantaj sağladığı sonucuna ulaştırmaz. Önemli olan, markanın farklı mal ve hizmetlerde kullanılmasının, markanın ayırt edici karakterine zarar verip vermeyeceği ya da çekici gücünden haksız biçim-

44 Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.105.

45 Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.413.

46 Ali Dural, Yargıtay 11.HD'nin Tanınmış Markalara İlişkin 08/06/2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 2002, Y.1, S.1, s.866.

47 Almanya'da viski markası “Dimple”ın kozmetik ürünlerde, “Rolex” ve “Dunhill”in tişörtlerde kullanılmasının itibardan haksız yararlanma teşkil ettiği yönünde mahkeme kararı mevcuttur. Buna karşın Alman Federal Mahkemesi, kayak markası “Salomon”un sigarada kullanılması ile markanın itibarının sigaraya aktarılmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile haksız yararlanmanın da söz konusu olmayacağına hükmetmiştir (Hamdi Yasaman, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C.II, Kasım 2005, s.23).

de yararlanılmasına neden olup olmayacağıdır<sup>48</sup>. *Dural*'a göre, bu hususun belirlenmesi için de, markanın tanınmışlık düzeyinin yanında, piyasada bu markanın aynının ya da benzerinin kullanılmakta olup olmadığı, markanın ne ölçüde orijinal olduğu ve markanın sahip olduğu reklam değeri ile hafızalarda yer edinmiş olup olmadığının araştırılması gerekir<sup>49</sup>.

*Yargıtay 11.HD, 03/07/2000 tarihli ve 5331/6265 sayılı bir kararında*; davacı markasının yüzden fazla yabancı ülkede tescilli olmasının söz konusu marka için tanınmışlık düzeyine eriştiğini kabul etmek için yeterli olduğunu belirtmiştir. Halbuki uluslararası marka tescil sistemleri olan Madrid Konvansiyonu veya Madrid Protokolü ile ki yönlendirme suretiyle bir menşe ülkede tescil sonrasında yüz adet ulusal tescil başvurusu yapılabilen ve tesciller demeti elde edilebilmektedir<sup>50</sup>. Bir günde yaratılabilen bir marka, yüz ülkede tescil edildi diye tanınmış marka statüsü kazanabilecektir ki bu tür bir tanınmışlık kıstası bulunmamaktadır. Ayrıca sözü edilen kararda; tanınmış marka tescilli markanın ulaştığı tanınmışlık düzeyi dolayısı ile toplumda yarattığı güven ortamından haksız yararlanılması yani davacının tanınmış markasının toplumda yarattığı isimden yararlanacağı ve satışlarını bu surette arttıracığı başka bir deyişle kendisine haksız bir avantaj sağlayacağını belirtilmiştir<sup>51</sup>.

### **b) Markanın İtibarına Zarar Verilmesi**

Tanınmış markanın aynısı veya benzerinin farklı mal ve hizmetlerde kullanılması bazı hallerde tanınmış markanın itibarına zarar verebilir. Aynı tür mal veya hizmette kullanılmamasına rağmen tanınmış markanın garanti (güven) ve/veya reklam gücünden yararlanılarak tanınmış markanın itibarına zarar verilir. Tanınmış marka tüketicinin gözünde malın veya hizmetin kaynağını belirtir. Markanın bu reklam gücü ve tüketici nezdinde oluşturduğu güven malın satılmasında en önemli etkidir. Olayların büyük çoğunluğunda tanınmış marka ile markayı üreten firma tüketici veya alıcıların gözünde özdeşleşir<sup>52</sup>.

*Yargıtay 11.HD'nin 21/10/1982 tarihli kararında* Ford markasının bir başka firma tarafından unvan olarak yedek parçalar üzerinde kullanılması ha-

48 Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.106.

49 *Dural*, *Yargıtay 11.HD'nin Tanınmış Markalara İlişkin 08/06/2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler*, s.866.

50 Kutlu Oytaç, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku*, 2002, s.142.

51 YKD, C.27, S.2, Şubat 2001, s.214-215.

52 Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.414.

linde bu yedek parçaların orijinaleri ile aynı kalitede olmaması ihtimalinin dahi müşteriler üzerinde olumsuz etki yaratacağı, markaya olan talep ve güveni sarsmasının mümkün olacağı ve markanın itibarına zarar vereceği sonucuna varılmıştır<sup>53</sup>. *Yargıtay 11.HD'nin 03/07/2000* tarihli kararında tanınmış markanın kalitesiz mallarda kullanılmasının markanın itibarını zedelediği sonucuna varılmıştır<sup>54</sup>.

Tanınmış markanın, örneğin şaka malzemelerinde kullanılması da itibar kaybına yol açabilir<sup>55</sup>.

*Yargıtay, 13/06/2000 tarihli bir kararında*, E.... markasının dünyaca tanınmış marka olduğu ve 556 sayılı KHK'nin 8/IV. maddesine göre, farklı mal sınıfında dahi olsa bu markanın başkası adına tescilinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Böyle olmakla birlikte, dava dışı yabancı firmaya ait anılan markanın tanınmış marka olarak tescilli olduğuna dair dava dosyasında bir bilgi ve belgeye rastlanmamıştır. Ancak mahkemece bu markanın dünya çapında tanınmış bir marka olduğunun herkesçe bilindiği HUMK'nun 238/2. maddesi hükmü uyarınca ayrıca ispatının gerekmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Tescile itiraz eden dava dışı firma, dünya çapında tanınmış marka sahibi olduğunu iddia etmesine karşın buna ilişkin belge sunmadığına göre, davacı vekiline bu firmaya karşı dava açması için uygun bir önel tanınması, davanın açılması halinde bu dava ile birleştirilip birlikte görülerek, anılan firmaya ait markanın dünyaca tanınmış bir marka olup olmadığı açıklığa kavuşturularak hükme bağlanması gerekirken, somut uyuşmazlıkta uygulama yeri olmayan HUMK'nun 238. maddesine yapılan gönderme ile yetinilmek suretiyle eksik inceleme ve yetersiz araştırmaya dayalı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir<sup>56</sup>.

### c) Ayırt Edici Karakterin Zedelenmesi

Tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, marka sahibinin itirazı üzerine farklı mal

53 Yargıtay 11.HD, 21/10/1982 tarih, 3859/4025 sayılı karar (Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.416).

54 Yarg. 11.HD, 03/07/2000 tarih, 5331/6265 sayılı karar (Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.417).

55 Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.417.

56 Yargıtay 11.H.D, 13/06/2000 tarih, 2154/5469 sayılı karar (Remzi Tamer Pekdingçer, Fikri Sınai Mülkiyet Hukuku Mevzuatı, İstanbul 2003, s.212; YKD, C.26, S.10, Ekim 2000, s.1548-1549).

ve hizmetlerde kullanılacak olsa bile sonraki markanın tescil başvurusu red edilir.

Tanınmış markanın farklı mal ve hizmetlerde kullanılması, markanın ayırt edici niteliğini kendiliğinden (ipso iure) zedeleyici nitelikte değildir. Bu hususun her somut olayda irdelenmesi gerekir. Nitekim, Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda “*Camel*” sözcüğünün sigara markası olarak %85.3 düzeyinde tanınmasına rağmen, aynı sözcüğün Türkiye’ye seyahatler düzenleyen bir turizm işletme adında yer almasını (*Camel Tours*), markanın ayırt edici karakterini zedeleyici nitelikte görmemiş ve deveyi ifade eden *Camel* sözcüğünün, işletme adında Ortadoğu’yu simgeleyen bir işaret olarak değerlendirerek sigara markası ile bağımlılık içinde algılanmadığına karar vermiştir<sup>57</sup>.

### C) KHK MADDE 9/I-c

KHK m.9/1-c’ye göre; *tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescili istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılmasını marka sahibinin önlemeyi talep yetkisi vardır.*

KHK’nin 9. maddesinin 1. fıkrasının (c) hükmü tescilli markanın tanınmış marka statüsünde olması halinde bu markanın itibarından haksız şekilde yarar elde edilmesi söz konusu ise üçüncü kişilerce farklı mal ya da hizmetler için aynı veya benzer işaretin kullanımının marka sahibi tarafından önlenebileceğini ifade etmektedir. Ancak bu imkan yalnızca tanınmış marka söz konusu ise mevcuttur. Yoksa tanınmış markanın söz konusu olmadığı hallerde kural aynı markanın farklı sınıflardaki mal ve hizmetler için farklı kimseler tarafından kullanımının mümkün olduğu yönündedir. Bu madde üçüncü kişinin tescilli markayı marka sahibinden izin almaksızın kullanması ihtimalini düzenlemekte ve marka sahibine kullanımına müdahale imkanı tanıyarak onun markayı tekel halinde kullanma yönündeki menfaatini korumaktadır<sup>58</sup>.

57 Dural, Yargıtay 11.HD’nin Tanınmış Markalara İlişkin 08/06/2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler, s.866; Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması, s.93, dn.27.

58 Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.491.



*Yargıtay 11.HD 28/04/2003 tarihli “Win-Dorwin” kararı ile win ibareli markasının tescilinden sonra, davalının aynı eşya sınıfı için “dorwin” ibaresinin tescili başvurusunda bulunduğunu, müvekkilinin başvuruya en son yaptığı itirazın da YİDK'nca reddedildiğini, oysa 556 sayılı KHK'nin 8/1-b hükmü uyarınca itirazının kabulü gerektiğini, müvekkili şirketin reklam harcamaları ve imalatının kalitesi ile piyasada ulaştığı tanınmışlıktan davalının yararlanmak istediğini, vurgu kelimesinin “win” olduğunu ileri sürerek, davalının marka başvurusunun hükümsüzlüğüne, markaya haksız tecavüzünün önlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Bu bağlamda mahkemece, özellikle davacı vekilinin her iki markanın “karıştırılma ihtimali” bulunduğu yönündeki itirazları dikkate alınarak ve davaya konu emtianın niteliği itibarıyla alıcısı olan halk kitlesinin “ayırt etme, bağlantı kurma” durumu göz önünde tutularak bu konuda uzman bilirkişilerce inceleme yaptırılarak, oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekirken, davacı vekilinin bu husustaki itirazları değerlendirilmeden yetersiz bilirkişi raporuna göre eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması doğru görülmemiş ve kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir<sup>59</sup>.*

*Yargıtay 11.HD 03/07/2000 tarihli ve 5331/6265 sayılı bir kararında; “...davacının tanınmış markası, davalı tarafından başka mallarda kullanılmak üzere tescil edilmiştir. Davalı markasının, davacının tanınmış markasının toplumda yarattığı isimden yararlanacağı, yani kendisine haksız avantaj sağlayacağı kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK'nin 9/c maddesinde öngörülen koruma halinin gerçekleştiğinin kabulü gerekir” şeklinde bir karar vermiştir<sup>60</sup>.*

59 Yarg.11.HD, 28/04/2003 tarih, 11715/4181sayılı karar (Yasaman, KHK Şerhi, C.I, s.505-506; FMR, C.3, S.4, 2003, s.119 vd).

60 Davacı vekilleri, müvekkilleri adına tescilli, çok tanınmış “GLASURIT” markası ile davalılar tarafından yaptırılan, “GLASSERIT” markası arasında iltibas bulunduğunu ileri sürerek, davalı markasının sicilden terkinini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacı markasının tanınmış olmadığına ve markalar arasında benzerlik bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan deliller ve yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucuna göre, markaların farklı sınıflara giren emtianlar için tescil edildiği, davalı markasının davacıya ait markanın itibarına zarar verebilecek nitelikte olmadığı ve ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurmasının da mümkün bulunmadığı yolundaki bilirkişi raporu benimsenerek davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, taraflar vekili temyiz etmiştir. 1- Dava, tanınmış olduğu ileri sürülen markaya, başka mallarda kullanılmak üzere tescili yapılan markanın yarattığı iltibas nedeniyle sicilden terkinini istemine ilişkindir. Davacı markasının yüzden fazla yabancı ülkede tescilli olduğunun ve tanınmışlık düzeyine eriştiğinin kabulü gerekmektedir. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporu ve mahkemenin kabulü de bu yöndedir. Davada halli gereken çekişme,



## IV. TANINMIŞ MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

### A) GENEL OLARAK

Paris Sözleşmesi tanınmış markalarla ilgili haksız tescil talebini mevzuat müsait olduğu takdirde öncelikle mutlak red nedeni ve herhalde nisbi red nedeni ve her nasılsa yapılan haksız bir tescille ilgili olarak bunu hükümsüzlük hali olarak düzenlemeyi öngörmektedir. Dolayısıyla, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış olan markalarla ilgili yetkisiz kişilerce yapılan tescil isteklerini sözleşmeye taraf ülkeler hem mutlak red nedeni (mevzuat müsaitse), hem nisbi red nedeni hem de bir hükümsüzlük hali olarak düzenlemeyi taahhüt etmişlerdir.

KHK'nın 42. maddesi 1/a bendi 7. maddede sayılan mutlak red nedenlerinin varlığına rağmen her nasılsa tescil edilmiş markaların hükümsüzlüğüne karar verilebileceğini öngörmektedir. Burada, mutlak red nedenleri, tescil sonrasında oluşan nedenler değil, tescil aşamasında zaten var olan nedenlerdir. Hükümsüzlük kararı ile başlangıçta verilmemesi gereken bir markanın sicilden terkini sağlamaktadır. KHK'nın 42. maddesi 1/a bendi uyarınca sahibinden kullanımı için izin alınmamış tanınmış markaların tescili mümkün değildir. Tescil edilmeleri halinde bu bir hükümsüzlük sebebidir.

---

bu markanın başka mal ve hizmetlerde kullanılmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir. 556 sayılı Markalar Hakkında KHK'nin 9/1-c madde, fıkra ve bendi uyarınca, marka sahibi, markasının aynı veya benzeri olan bir işaretin, markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerde kullanılmasını, bu kullanım tescilli markanın itibarı dolayısıyla kullanana haksız avantaj sağlıyor veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar veriyorsa, men edebilir. Anılan Kararname maddesine getirilen bu hükümlerle, tescilli markanın ulaştığı tanınırlık düzeyi dolayısıyla toplumda yarattığı güven ortamından haksız yararlanılması veya tanınmış markanın kalitesiz mal veya hizmetler ürettiği intibasına yol açacak şekilde, tanınmış marka tarafından bu tanınırlığı sağlayan mal ve hizmet üretimi kalitesinden düşük nitelikte mal veya hizmet üretilmesi suretiyle tanınmış markanın itibarına zarar verilmesi engellenmek istenmiştir. Somut olayda, davacının tanınmış markası davalı tarafından başka mallarda kullanılmak üzere tescil edilmiştir. Davalı markasının davacının tanınmış markasının toplumda yarattığı isimden yararlanacağı ve satışlarını bu suretle artıracığı, yani kendisine haksız avantaj sağlayacağı kuşkusuzdur. Hal böyle olunca 556 sayılı Markalar Hakkında KHK nin 9/1-c maddesinde öngörülen koruma halinin gerçekleştiğinin kabulüyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, aksine düşünceyle yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir. 2- Bozma nedenine göre davalı vekillerinin temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir. Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına BOZULMASINA, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmediğine, ödedikleri temyiz peşin harçların temyiz edenlere iadesine, 3.7.2000 tarihinde oybirliğiyle karar verilmiştir (YKD, C.27, S.2, Şubat 2001, s.214-215).

KHK'nın 42. maddesi 1/b bendi uyarınca 8. maddede sayılan nisbi red nedenlerinin varlığı hükümsüzlük sebebi olarak kabul edilmiştir. Burada mutlak red nedenlerine dayanan hükümsüzlükten farklı olarak başlangıçta tescil edilmemesi gereken ama yanlışlıkla tescil edilen bir marka söz konusu değildir. Daha sonra ortaya çıkan sebeplerden dolayı hükümsüzlüğü söz konusu olmaktadır.

KHK'nın 42. maddesi 1/b bendi uyarınca; Marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte, farklı mal ve hizmetlerde kullanılabilir. Ancak, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın sahibinin müracaatı üzerine, farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescili hükümsüz kılınabilir.

## **B) TANINMIŞ MARKA SAHİBİNİN AÇACAĞI HÜKÜMSÜZLÜK DAVASINDA SÜRE**

Tanınmış markalarda hükümsüzlük davasının beş yıl içinde açılmasını öngören hüküm, Paris Sözleşmesi'nin 1.mükerrer 6. maddesinin II. fıkrasından alınmıştır. Paris Sözleşmesi'nin söz konusu hükmüne göre, tanınmış markaların kaydının terkinin istenmesi için tescil tarihinden itibaren en az beş yıllık bir sürenin tanınması gerekir<sup>61</sup>.

Paris Sözleşmesi'nin 1.mükerrer 6. maddesinde sözü edilen ve herkesçe bilindiği kabul olunan markanın başkası adına kötüniyetle tescil olunması halinde ise, hükümsüzlük davasının beş yıl içinde açılmasını öngören hüküm uygulanmaz (KHK m.42/1-a son cümle; Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6.3). Paris Sözleşmesinin bu hükmünün kapsamına giren ve dolayısıyla Türkiye'de de tanınmış olan markanın bir başka kişi tarafından kendi adına tescilinin istenmesi halinde kötüniyetin varlığı asıldır<sup>62</sup>.

KHK m.42/1-a'ya göre, tanınmış markaya benzer bir işaretin tescil edilmesi durumunda tanınmış markanın sahibi tarafından açılacak hükümsüzlük davasının, ikinci markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde açılması

61 Sabih Arkan, Marka Hukuku, C. II, Ankara 1997, s.157.

62 Arkan, Marka Hukuku, C.II, s.158.

gerekmektedir. Bu hükme göre, ikinci tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde dava açılmaması halinde, tanınmış marka hakkı sahibi ikinci markanın sicilden terkinini talep edemez. İkinci tescilin kötüniyetli bir tescil olması durumu bu kuralın dışında tutulmuştur. Bu takdirde herhangi bir süre sınırlaması yoktur.

Tanınmış markalar bakımından dava açma süresini tescil tarihinden itibaren beş yıl olarak sınırlandırmak haksız sonuçlara yol açabilir. *Yasaman*'ın kitabında belirttiği üzere, markanın tanınmış olup olmadığına bakılmaksızın, önceki hak sahibinin dava açması, *sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesine* göre belirlenmelidir. Aksi takdirde tanınmış marka hakkı sahibinin hakkı, alelade marka hakkı sahibinin hakkından daha az korunmuş olacaktır. Beş yıllık süre, ikinci tescil tarihinden değil, kullanmanın öğrenildiği tarihten itibaren başlatılmalıdır. Zira, aksi takdirde; tanınmış bir markaya benzer bir markanın tescil edilip de beş yıl boyunca kullanılmaması, önemli olmayan ölçüde kullanılması veya tanınmış marka sahibinin bu kullanımdan haberdar olmaması halinde, tanınmış marka sahibinin ikinci markanın terkinini talep etme hakkının düştüğü kabul etmek gerekecektir<sup>63</sup>. Oysa, böyle bir sonuç KHK'nin ruhuna aykırıdır.

### C) TANINMIŞ MARKALAR İÇİN ÖNGÖRÜLEN BEŞ YILLIK SÜRENİN DİĞER MARKALAR BAKIMINDAN DA UYGULANMASI SORUNU

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 42/1-a hükmünde tanınmış markalar için öngörülen hal hariç hükümsüzlük davası ile doğrudan doğruya ilgili her hangi bir hak düşürücü veya zamanaşımına uğraticı süre öngörülmemiştir.

556 Sayılı KHK'nin mehazı olan 89/104 sayılı Yönerge (madde 9) ile bundan aktarmalar yapan Alman Markalar Kanunu ve İngiliz Markalar Kanununda hükümsüzlük davasının açılması süreye tabi kılınmıştır. Buna göre, tescilli markanın sahibi, markasının aynen veya benzeri itibarıyla tescil ettirilmesine ses çıkarmaz ve bu hal fiili kullanımdan itibaren asgari beş yıl sürerse süre sonunda dava hakkını kaybedecektir<sup>64</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar hükümsüzlük davasının zamanaşımına uğramasının söz konusu olmadığını, hukuka aykırılık oluşturan durumun yani tesci-

<sup>63</sup> Yasaman, KHK Şerhi, C.II, s.867.

<sup>64</sup> Karahan, Hükümsüzlük Davaları, s.145.

lin süreklilik arz ettiğini, terkin halinde hükümsüzlük kararı verilemeyeceğini belirtmektedir<sup>65</sup>.

*Tekinalp*'e göre, Yönergenin 9. maddesinin 556 sayılı KHK'ye aktarılmış olması hukuki bir boşluk doğurmuştur. Tanınmış markalarla ilgili hükümsüzlük davasının beş yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmasının öngörülmüş olması, hukuka aykırı tescil olgusunun varlığı süresince zamanaşımının işlemeyeceği savının Türk Kanun koyucusu tarafından reddedilmesi anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, Türk Kanun koyucu hukuka aykırılık devam ederken de hak düşürücü sürenin cereyanını öngörerek, tescil devam ettikçe süreler durur kuralının eşyanın doğası gereği olduğu savını reddetmiştir. Türk Hukukunda *sessiz kalma yoluyla hak kaybı* kanunen düzenlenmemiş olduğundan sakınca daha da büyüktür. Markanın hükümsüzlüğü davasının terkinde kapsayan bir eda davası olduğu unutulmamalıdır. Eda davalarının belli bir süre içinde ikamesi zorunludur. Bu sebeple 556 Sayılı KHK madde 70'de<sup>66</sup> yer alan zamanaşımı süresinin hükümsüzlük davalarına da -42. maddede öngörülen ve parantez içinde gösterilmiş bulunan istisnalar da göz önüne alınarak- uygulanması doğru olur. Hükümsüzlük sebebine ıttıladan itibaren bir, her halde on yıl ve cezayı gerektiren durumlarda ceza zamanaşımı süresi, hak sahibini korumak bakımından yeterli uzunluktaki sürelerdir. Ayrıca, zamanaşımını durduran ve kesen sebepler de hak sahibi bakımından ayrı bir güvence oluşturmaktadır. Tecavüz sürdükçe davanın açılmayacağı savı bu durumda geçerli olmamalıdır<sup>67</sup>.

*Karahan*'a göre, hükümsüzlük davaları nitelik itibariyle haksız rekabet hukukunda men davaları ile benzeşmektedir. Her ikisinde de süregelen bir hukuka aykırılık vardır. Men davaları ise kural olarak zamanaşımının işlemeyeceği ve her zaman açılabilir davalar olarak mütalaa edilmektedir. Ancak, MK. 2'den kaynaklanan genel kabul görmüş *sessiz kalma yoluyla hakkın kaybı ilkesine* göre, dava hakkının hiçbir zaman sınırlaması olmaksızın sınırsız olarak tanınması hukuki güvenlik ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz<sup>68</sup>. Ben-

65 Arkan, Marka Hukuku, C.II, s.167,257, dn.22; Reha Poroy- Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 10. baskı, Vedat, İstanbul 2010, s.351; Yasaman, KHK Şerhi, s.851.

66 KHK m.70; "Marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, zamanaşımı süresi için, Borçlar Kanununun, zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır".

67 Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.483.

68 Sami Karahan, Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2001, s.293 vd.

zerlik nedeniyle söz konusu ilke hükümsüzlük davalarına da uygulanabilir. Hukuka aykırılık halini yani haksız tescili bilmesine rağmen uygun bir süre içinde dava açmayarak kendi isteğiyle sessiz kalan ve bu hareketi MK madde 2 uyarınca zımnî icazet ve aksine hareket edilmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilen durumlarda<sup>69</sup>, dava hakkının zamanaşımına uğradığı ve artık hükümsüzlük davası açılmayacağı sonucuna varılmalıdır. Yönerge’de ve Alman Hukukundaki beş yıllık süreden yararlanarak tanınmış markalar için öngörülen beş yıllık sürenin tanınmış olmayan diğer markalar açısından da hükümsüzlük davalarında zamanaşımı süresi olarak benimsenmesi uygundur<sup>70</sup>.

*Yargıtay*, marka sahibinin, markasının bir başkası tarafından uzun süre kullanımına sessiz kaldıktan sonra dava açmasının hakkın kötüye kullanımı olduğunu, dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağını benimsemekte ve sessiz kalmanın muvafakat ve zımnî izin anlamına geldiğini ifade etmektedir<sup>71</sup>. Yüksek Mahkeme kararlarında, tanınmış marka statüsünde olmayan markaların sahipleri tarafından açılacak hükümsüzlük davaları için de, tanınmış marka sahipleri açısından öngörülen beş yıllık sürenin uygulanması kabul edilmektedir<sup>72</sup>. Bu sürenin hak düşürücü mü olduğu yoksa zamanaşımı niteliği mi taşıdığı belirsizdir. Yargıtay’a göre; “...556 Sayılı KHK’de, 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 42. maddesinde Paris Konvansiyonuna göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasının, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde açması gerekeceğinin belirtilmesi ve bu hususta dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile de bağ-

69 Haksız tescilin gerçekleştiği tarih ile hükümsüzlük davasının açıldığı tarih arasında geçen sürede, marka sahibi, markasını, emek, zaman ve para sarf ederek, yatırımlar yaparak, reklam ve ilan faaliyetlerine girişerek, tanıtılmış piyasada tanınmış ve korumaya değer bir ekonomik konum oluşturmuş olabilir. Bu durumda söz konusu marka üzerinde hak sahibi olan ve dava açma hakkı bulunan kişinin aradan uzun zaman geçmiş olmasına rağmen dava açması ve böylece diğer kişinin büyük gayretlerle oluşturmuş olduğu ekonomik değeri yok etmeye çalışması ve hatta davacının davalı tarafça oluşturulmuş ekonomik değerden yararlanması hakkaniyete aykırılık teşkil edebilir (Karahana, Sessiz Kalma, s. 303-304).

70 Karahan, Sessiz Kalma, s.303-304.

71 Karahan, Hükümsüzlük Davaları, s.148.

72 Yasaman, KHK Şerhi, C.II, s.868.

*daşmayacağı nazara alındığında, bu husustaki yasal boşluğun, yukarıda sözü edilen tanınmış sayılan markalar için öngörülen beş yıllık sürenin, en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak doldurulması gerekmektedir. Nitekim, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 189 ncu maddesi uyarınca kabul edilen 89/104 sayılı Yönerge'de tanınmış markalar için de, 5 yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür”<sup>73</sup>.*

*Kanaatimizce, sessiz kalma yoluyla hakkın kaybı ilkesi uyarınca dava hakkının hiçbir zaman sınırlaması olmaksızın sınırsız olarak tanınması hukuki güvenlik ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Bu sebeple KHK m. 42/a hükmünde tanınmış markalar için öngörülen beş yıllık sürenin diğer markalar açısından da uygulanması yerinde olacaktır.*

#### D) KÖTÜNİYET KAVRAMI

Kişinin bilmesi veya bilmesi gerektiği şeyi bilmemesi kötüniyetin varlığını kabul için yeterlidir<sup>74</sup>. Asıl olan tescilin kötüniyetle gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu nedenle davayı gören hakim tescil tarihinden itibaren beş yıllık sürenin geçirilmiş olması halinde davacıdan karşı tarafın kötüniyetini ispatlamasını aramamalı, aksine kötüniyetin varlığını karine olarak kabul etmelidir. Sürenin geçirilmiş olduğunu dolayısıyla kendisinin iyiniyetli olduğunu iddia eden davalı tarafa ise kendisine bu iddiasını ispatlama ve kötüniyet karinesini çürütme imkanı tanınmalıdır<sup>75</sup>.

*Yargıtay 11. HD.'nin 07/04/1997 tarih ve 650/2470 sayılı kararında kötüniyetin hak düşürücü süreyi ortadan kaldırdığını ifade etmiştir; “Davacı*

73 Yarg. 11. HD.'nin 25/12/1997 tarih ve 5417/9676 sayılı 'Sabuncakis' kararı (Yasaman, Marka Hukuku, C.I, s.868) ile 11.09.2000 tarih ve 5607/6604 sayılı kararı (Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.478).

74 Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 10/04/1997 tarih ve 1920/2708 sayılı yayınlanmamış kararında daha ağır bir özen ölçüsü getirmekte ve kişilerin markayı tescil ettiren basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümü altında olduğunu belirtmektedir (“...olayda Paris Sözleşmesinin uygulanmasının gerekmesine, marka tescilini yaptırırken basiretli bir iş adamı özeni göstermek ödeviyle yükümlü bulunan davalının ilgili çevrelerce tanınmış davacıya ait markayı bilip bilmediğinin üzerinde durulmasına...”). Karahan bu görüşe katılmamakta ve gerekçesini şu şekilde belirtmektedir; *basiretli bir iş adamı gibi özen gösterme görevi ticaret hukukumuzda sadece tacirlere yüklenmiştir (TTK m.20). Markayı tescil ettiren kişinin tacir olması halinde bu hüküm dolayısıyla aynı özeni göstermek zorunda kalacağı şüphesizdir. Ancak, markayı esnafların ve diğer serbest meslek erbabının da tescil ettirebileceği bir vaka olduğuna göre, bunlara aynı ağır özen borcunu yüklemek isabetli değildir* (Karahan, Hükümsüzlük Davaları, s.81).

75 Karahan, Hükümsüzlük Davaları, s.81-82.

*davalıdan çok daha önce, dava konusu ‘Davidoff’ markasını dünya çapında tanıtıp meşhur ettiğini iddia etmiş ve davalı yan da anılan markayı Türkiye’de davacıdan önce tescil ettirdiğini ve zamanasını savunmasında bulunmuş, mahkemece talebin reddine karar verilmiştir. Davada hak düşürücü süre gerçekleşmiş olmasına rağmen, davalının suiniyetli olması karşısında, Paris Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, süreye tabi olmadan, davalının, davalının markasını sicilden terkinine talebe her zaman hakkı bulunmakla hak düşürücü süre geçirildikten sonra davanın açılmış olması nedeni ile reddi doğru bulunmamış ve hüküm bu nedenle bozulmuştur”<sup>76</sup>.*

Kötüniyetten kasıt iyiniyetli olmamak, yani tanınmış markanın varlığını bilmek veya öğrenebilecek durumda bulunmaktır; yoksa bir hilenin, aldatmanın veya dolanmanın varlığını veya TPE’nin kusurunun bulunup bulunmadığını aramaya gerek yoktur<sup>77</sup>. TPE’nin tanınmış markanın varlığını bilmesi tanınmış markayı tescil ettirmenin kötüniyetini ortadan kaldırmaz<sup>78</sup>.

## V. TANINMIŞLIK TEMELİNE DAYALI OLAN MARKA TÜRLERİ

### A) MARUF MARKA

Maruf marka terimi, 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 15.maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde bir markayı ilk defa tescil ettiren markanın sahibi sayılmaktaydı. Ancak, bu durumun istisnası olarak, başka bir kişi aynı emtia için aynı markayı daha önce ihdas ve istimal ettiğini ve piyasada maruf hale getirdiğini ispat etmek hakkına sahiptir.

Maruf markalar, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 8.maddesinin IV. fıkrası ve 9/1-c bendinde düzenlenen tanınmış marka ile Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6. madde anlamında tanınmış markadan farklıdır<sup>79</sup>.

Maruf markadan söz edebilmek için, markanın Türkiye’de kullanılması ve bu nedenle bilinmesi gerekir iken, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markanın Türkiye’de kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca Pa-

<sup>76</sup> Hamide Erdoğan, Markanın Hükümsüzlük Halleri ve Marka Hakkının Sona Ermesi, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2001, s.11-12.

<sup>77</sup> Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.486.

<sup>78</sup> Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.486.

<sup>79</sup> Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması, s.41.



ris Sözleşmesi 1.mükerrer 6.maddesi anlamında tanınmış markanın ilgili toplumsal çevrenin büyük bir bölümünde bilinmesi gerekir<sup>80</sup>.

Maruf marka, tanınmış markadan farklıdır. Zira, maruf marka, Türkiye’de veya Türkiye’nin bir bölgesinde tanınmış marka olabilir. Maruf marka tanınmışlığı, bir çevre ile sınırlanmış markadır. Sınırlı bir coğrafi bölgede biliniyor olma maruf marka için yeterlidir. Maruf marka da bir tanınmış markadır fakat sınırlı bir çevrede mesela malın üretildiği yerde veya piyasaya sürüldüğü yerde bu mal ile ilgilenen bir tüketici, alıcı kitlesi varsa, sadece o çevre ile sınırlı olarak korunur. O çevre dışına çıkıldığında, sözü geçen markanın tanınmışlığı söz konusu olmaz<sup>81</sup>. Bu açıdan yöresel bir marka da, maruf marka kabul edilebilir. Bu anlamda markanın bilinmesi, coğrafi bölge yönünden sınırlı olabileceği gibi, yine sınırlı bir ticari çevrede veya alıcı çevresinde bilinen bir marka da olabilir. Buna karşılık tanınmış markanın Türkiye çapında ve ilgili toplumsal çevrenin büyük bir bölümünde bilinmesi; bunun yanında niteliksel unsur olarak belirli bir itibara da sahip olması gerekmektedir<sup>82</sup>.

*Teoman* bir dava nedeniyle verdiği hukuki mütalaada<sup>83</sup>; “*DORMEUIL* markasının gerek 556 sayılı KHK m.7/ı ve m.42 f.1 bent (a) gerek Paris Sözleşmesinin 1.mükerrer 6. maddesine göre ‘tanınmış marka’ olduğunu söyleyebilmek olanaklı değildir. Gerçekten *DORMEUIL* olsa olsa bu markanın ilgilileri sayılabilecek kumaş üreticileri ve tacirleri ile ekonomik durumları gereği pahalı bir kumaştan ısmarlama elbise diktirebilecek olan sınırlı bir alıcı kesimi tarafından bilinen ‘maruf marka’ olarak nitelendirilebilir” demektedir.

## B) ÜNLÜ MARKALAR

Ünlü marka yüksek, olağanüstü bir tanınmışlığı bulunan markadır. Dolayısıyla, ünlü bir markadan söz edebilmek için bu markanın sadece alıcı çevresi ile sınırlandırılmaksızın, ilgili coğrafi bölgede, eğitim düzeyleri, yaşı, cinsiyeti gibi özellikleri açısından bir ayırım yapılmaksızın, söz konusu mal veya hizmetin muhatabı olan veya olmayanlar tarafından bilinen bir markanın bulunması gerekir.

Ünlü marka kavramının, bugün bir çok hukuk düzenlerinde kullanılan ve farklı mal veya hizmetler için koruma sağlanan tanınmış marka kavramını

80 Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması, s.41.

81 Yünlü, Tanınmış Markalar ve Korunması, s.80.

82 Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması, s.41.

83 Ömer Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C.1, Kitap 8, 1997, s.41.



karşılıklı karşılamadığı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre tanınmış marka ünlü markadan farklıdır. Ayrıca bu görüş uyarınca tanınmış markanın, ünlü markanın koşulları daha esnek yorumlanarak değerlendirilmek suretiyle ünlü markanın bir türü olduğu da kabul edilemez<sup>84</sup>.

*Oytaç*'a göre, bütün mal ve hizmetler için korunan markalar meşhur markalardır. Tanınmış markalar ise, sadece aynı veya benzer ürünler için korunurlar<sup>85</sup>.

Meşhur markalar Uluslararası Nis Sınıflandırılması'nda yer alan tüm mal ve hizmet sınıfları için koruma elde edecek olan markalardır. Global düzeyde büyük bir pazara hitap eden ve yüksek tanınmışlık düzeyine ulaşmış olan markalar, mal ve hizmet kapsamı açısından geniş bir korumaya ihtiyaç duyarlar<sup>86</sup>. Çünkü bu tür markalar, ulaşmış oldukları tanınmışlık düzeyi nedeniyle sürekli olarak taklit edilirler veya farklı şekillerde ihlale uğrarlar.

Bu tartışmalar tamamen teoriktir. Zira, halihazırda ünlü ve tanınmış marka olarak ayrı yasal düzenleme ve koruma biçimleri söz konusu olmadığından, klasik anlamda ünlü markanın tanınmış markadan farklı olduğu kabul edilse dahi, nihai olarak koruma, tanınmış markalar için öngörülen hükümler ile sağlanacaktır. Ünlü marka olarak nitelenen markalar, her halde tanınmış markalar için gerekli kriterlere sahip olup; Kanun Hükmünde Kararname'de tanınmış markalar için öngörülen korumadan evleviyetle yararlanacaktır. Esasen, birçok ülkede ünlü markalar için aranan koşulların son derece ağır olması ve böylece üstün bir tanınmışlık derecesi ve iyi şöhreti bulunmasına rağmen, örneğin markanın teklik konumuna sahip olmadığı gibi nedenlerle yeterli korumanın sağlanamamasından dolayı tanınmış marka kavramı üzerinde uzlaşma sağlanmıştır. Tanınmış markaya uluslararası sözleşmeler çerçevesinde yeknesak bir anlam ve koruma konusundaki çabalar ise halen devam etmektedir<sup>87</sup>.

### C) DÜNYA MARKALARI

Dünya markası olarak anılan markalar, Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6. maddesinde yer alan markalar ile tanınmış markadan farklıdır. Bu tür markalar, dünya çapında satılan veya fiilen belirli ülkelerde markanın kullanıldığı

84 Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması, s.43-44.

85 Oytaç, Markalar Hukuku, s.59-60.

86 Akın, Tanınmış Markalar, s.7.

87 Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması, s.44-45.

malların satışı yapılmasa dahi, bu ülkelerde de bilinen *Coca Cola*, *Mercedes*, *Ford*, *Pepsi Cola*, *Hilton*, *BMW*, *Türk Hava Yolları* gibi markalardır. Bu tür markalar çoğu zaman ulaşılmış oldukları tanınımlık düzeyi nedeniyle sahibi bulunan firmanın diğer tüm maddi (bina, makine, teçhizat vb.) ve gayri maddi (patent, lisans, telif hakkı vb.) varlıklarının toplamından daha fazla bir finansal değere ulaşırlar<sup>88</sup>.

Dünya markaları, toplumda somut bir mal veya mal grubu ile özdeşleşmiş markalardır. Bununla birlikte bu tür markalar, özellikle yüksek tescil giderlerinden dolayı her ülkede tescilli değildirler. Bu tür markalar, tanınmış markanın sadece belirli bir ülke ile sınırlı bir tanınımlılığının bulunması yeterli kabul edildiğinden, tanınmış marka kavramı ile özdeş değildir. Bununla birlikte, dünya markaları her halükarda tanınmış markanın koşullarına sahip olacağından, Türk hukuku yönünden 556 sayılı KHK'ye göre tanınmış markanın korunmasına ilişkin hükümlerle korunabilecektir<sup>89</sup>.

## SONUÇ

Çalışmamızın konusunu oluşturan tanınmış markalar sahip oldukları ticari çekicilikten dolayı ticaret hayatında gittikçe önemli bir unsur haline gelmektedir. Bu markaların sahip oldukları ekonomik güçten faydalanmak isteyen üçüncü kişilerin ihlal ve tecavüzleri ile marka sahiplerinin büyük zararlara uğraması sebebiyle tanınmış markaların diğer markalara oranla özel hükümlerle korunmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Tanınmış markanın tanımına ulusal ve uluslararası mevzuatlarda rastlanmamakla beraber tanınmış markayı ifade etmek amacıyla farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Ünlü marka, dünya markası gibi markalar birçok ülke mevzuatında tanınmış marka başlığı altında korunmaktadır. Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi anlamında herkes tarafından bilinen markanın ise koruma şartları daha esnek ve tanınma derecesi daha dar tutulmaktadır.

Uluslararası mevzuatlarda olduğu gibi 551 Sayılı Markalar Kanununda ve 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede tanınmış markanın tanımına rastlanmamaktadır. Söz konusu olan bu boşluk doktrin tarafından doldurulmaktadır. *Kanaatimizce* tanınmış markanın kesin olarak tanımını yapmak mümkün değildir. Somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak tespit edilmesi en uygun olanıdır. Öğretide yapılmış olan tanımlardan en uygun olanı *Teki-*

88 Akın, Tanınmış Markalar, s.8.

89 Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması, s.46-47.

*nalp*'in tanımıdır. Çünkü, dünya çapında olmasa bile Paris Sözleşmesi'ne üye ülkelerde, hatta üye ülkelerin bazılarında bilinen markanın “tanınmış marka” kategorisi içinde savunulması gerekir.

Markanın tanınmışlığından söz edebilmek için, bir ülkede yaşayanların tamamının söz konusu markayı bilmesi zorunlu olmayıp, marka sahibinin hedef kitlesinin esas alınması gerekir. Bir ülkede yaşayan herkes, her tür mal veya hizmetle ilgilenmediğinden, bu grupların tanınmışlık kavramının belirlenmesinde dikkate alınması uygun değildir. Zira, bir markanın itibarı, ayırt ediciliğine zarar verilmesi veya istismar edilmesi, kural olarak hitap ettiği çevre açısından önem taşımaktadır. Bu açıdan ürünün kalitesine, dağıtım yollarına ve reklamlara göre markanın muhataplarından oluşan, ilgili toplumsal çevrenin belirlenmesi gerekir.

Bir markanın tanınmışlığı, ayırt ettiği yabancı malın Türkiye'ye ihraç edilmesine veya yabancı hizmetin Türkiye'de görülmesine, hatta markanın fiilen bilinmesine, tesciline ve kullanılmasına bağlı değildir, önemli olan o markanın Türkiye'de tanınıyor olmasıdır. Aksi takdirde, Paris Sözleşmesinin markaları uluslararası açıdan koruyan hükümlerinden beklenen fayda azalacaktır. Bu itibarla önemli olan bir markanın Türkiye'de fiilen tanınmışlığı değil tanınabilirliğidir. Nitekim Paris Sözleşmesinde bir markanın herkesçe bilinmesinden değil, bilindiğinin “mütalaa edilmesi”nden söz edilmektedir.

**KAYNAKÇA**

**AKIN, Sadettin.** *Tanınmış Markalar*, TPE Uzmanlık Tezi, Ankara 2001.

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

**ARKAN, Sabih.** *Marka Hukuku*, C.II, Ankara 1997.

*BANKA VE TİCARET HUKUKU DERGİSİ.*

**DİRİKKAN, Hanife.** *Tanınmış Markanın Korunması*, Ankara 2003.

**DURAL, Ali.** “Yargıtay 11. Hukuk Dairesi”nin Tanınmış Markalara İlişkin 8/6/2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2002, Yıl:1, S.1, s.857-866.

*FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ.*

**KARAHAN, Sami.** “Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, C. I, s.293-306.

**KARAHAN, Sami.** *Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları*, Konya 2002.

**KAVLAK, Umut İlkay.** *TPE Bülteni Özel Sayı, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İyi Bilinen ve Tanınmış Markalar*, Ankara 2003.

*KAZANCI MEVZUAT BANKASI* (<http://www.kazanci.com>).

*LEGAL FİKRİ VE SİNAİ HAKLAR DERGİSİ*

**OCAK, Nazmi.** “Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı”, Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s.269-286.

**OYTAÇ, Kutlu.** *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku*, 2002, 2. Bası.

**OYTAÇ, Kutlu.** “Ticaret Unvanı İle Marka Arasındaki Fark”, *Kazancı Hukuk- İşletme ve Maliye Bilimleri*, Hakemli Dergi, Haziran 2004, Sayı:1, s.81-91.

**OYTAÇ, Kutlu.** “Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargaşasına Son”, Ankara Barosu FMR Dergisi, 2004, Sayı: 3, s.92-102.

**ÖÇAL, Akar.** *Türk Hukukunda Markaların Himayesi*, Ankara 1967.

**PEKDİNÇER, Remzi Tamer.** *Fikri Sınai Mülkiyet Hukuku Mevzuatı*, İstanbul 2003.

**PEKDİNÇER, Remzi Tamer.** *Marka Hakkı ve Korunması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001.

**POROY, Reha - YASAMAN, Hamdi.** *Ticari İşletme Hukuku*, 2010.

**TEKİNALP, Ünal.** *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 2012, 5.Bası.

**TEOMAN, Ömer.** *Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar*, C.I, Kitap 8, 1997.

*YARGITAY KARARLARI DERGİSİ.*

**YASAMAN, Hamdi.** “Tanınmış Markalar”, *Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nun Anısına Armağan*, 1978, s.691-708.

**YASAMAN, Hamdi.** “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD’sinin Kararı Üzerine Düşünceler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, S. 2, s.151-158.

**YASAMAN, Hamdi.** *Marka Hukuku – 556 Sayılı KHK Şerhi*, C.I, İstanbul 2004.

**YASAMAN, Hamdi.** *Marka Hukuku – 556 Sayılı KHK Şerhi*, C.II, İstanbul 2004.

**YÜNLÜ, Levent.** *Tanınmış Markalar ve Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2001.



# Bir Karar Işığında Asliye Ticaret Mahkemeleri ile Asliye Hukuk Mahkemeleri Arasındaki Görev İlişkisinin Zaman İtibariyle Uygulanması Sorunu

Nur BOLAYIR\*

## ÖZET

Asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki görev ilişkisinin zaman itibariyle uygulanması hususunda özel bir hükme yer veren TTK. m. geçici 9'a göre 1 Temmuz 2012 tarihinden evvel açılmış olan davalar bakımından iş bölümü ilişkisi hakkındaki kurallar, 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra açılmış davalarda ise, görev kuralları uygulanacaktır. Ancak, mahkeme ilgili hükmü dikkate almaksızın görevsizlik kararı vermiştir. Kanun'da bu yönde bir düzenleme öngörülmemiş olsaydı bile, usûl ekonomisi ilkesinin gereği olarak yargılamanın çabuk ve ucuz şekilde sonuçlandırılabilmesi için 1 Temmuz 2012'den önce açılmış davalar hakkında iş bölümü itirazına ilişkin kuralların, bu tarihten sonra açılan davalarda ise göreve ilişkin kuralların uygulanması gerekecekti.

**Anahtar kelimeler:** Asliye Ticaret Mahkemeleri, Asliye Hukuk Mahkemeleri, Görev, İş Bölümü, Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması.

## Problem of Application of Attributive Competence By Time Between Commercial Courts of First Instance and Civil Courts of First Instance in Light of a Court Decision

## ABSTRACT

Temporary article number 9 of Turkish Commercial Code is a special disposition about application of attributive competence by time between

\* Yard. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

commercial courts of first instance and civil courts of first instance. According to this article, rules of division of work will be applicable for pending suit before 1 July 2012, rules of attributive competence will be applicable for the suits which will be filled after this date. But, in this case the court ruled lack of subject-matter jurisdiction without taking account of this article. If this article wasn't in code, rules of division of work will have been applicable for pending suit before 1 July 2012, rules of attributive competence will have been applicable for the suits which will be filled after this date because of economy of procedure.

**Keywords:** Commercial courts of first instance, Civil courts of first instance, Attributive competence, Division of work, Application of civil rules by time.

## GİRİŞ

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülmüş olan Sulh Hukuk Mahkemeleri ile Asliye Hukuk Mahkemeleri arasındaki görev ayırımını korumakla birlikte, Asliye Hukuk Mahkemeleri'nin görev alanını oldukça genişletmiştir. HMK. m.2'ye göre, dava konusunun değerine ve miktarına bakılmaksızın malvarlığına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda aksine bir düzenleme olmadıkça asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiş; gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, gerekse diğer kanunlarda aksine bir hükme yer verilmedikçe asliye hukuk mahkemelerinin diğer davalar ve işler bakımından da görevli olacağı benimsenmiştir. Madde metninden anlaşıldığı üzere, Sulh Hukuk Mahkemeleri'nin görev sınırları oldukça daraltılmış; yalnızca kanun koyucunun açıkça düzenlediği hallerde söz konusu mahkemelerin görevli olacağı öngörülmüştür.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde asıl olarak, Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli olmakla birlikte, bu mahkemelerin görevine giren ticarî davalara ilişkin uyuşmazlıklar büyük illerde ve ilçelerde ihtisas mahkemeleri olan asliye ticaret mahkemelerince çözümlenmektedir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca aynı yerdeki asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri arasında iş bölümü ilişkisinin varlığı kabul edilmiş; ancak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesi ise, sözü geçen mahkemeler arasında görev ayırımı bulunduğunu düzenlemiştir.



## I- İnceleme Konusu Karar

İnceleme konusu karar, İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 16.10.2012 tarih ve E.152/2012, K.221/2012 sayılı kararıdır. Söz konusu kararın tam metni aşağıda verilmiştir.

**Dava:** Tasarrufun İptali (İİK. m.277 ve devamı)

**Dava Tarihi:** 23.05.2012

**Karar Tarihi:** 16.10.2012

Mahkememizde görülmekte bulunan tasarrufun iptali (İİK. m. 277 ve devamı) davasında dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda gereği düşünüldü: Davacı vekili tarafından verilen dilekçe ile İİK'nın 277-280 maddeleri gereğince davalı borçlu ... adına kayıtlı iken, diğer davalılara satışı yapılan araçlarla ilgili olarak borçlu şirketin mal kaçırmasına yardımcı olan ve dava konusu ... ve ... plakalı araçları önce devir alan sonra satışını yapan ...'in araçları diğer davalılara devir etmesinden kaynaklanan devir bedelleri yönünden menkul ve gayrimenkul malları ile 3. şahıslardaki hak ve alacaklarının ihtiyaten haczi ve müvekkil şirket lehine iptalini, haciz ve satış yetkisi verilmesini talep ve dava etmiştir.

Dosya üzerinde yapılan incelemede, davacı ... tarafından davalılardan ... adına kayıtlı iken, diğer davalılara satışı yapılan araçların satışına ilişkin tasarrufun İİK'nın 279 ve devamı maddeleri gereğince iptaline karar verilmesinin istendiği tasarrufun iptali davasının İcra-İflâs Kanunu'ndan kaynaklanmış olup ticarî dava niteliğinde bulunmadığı, 6100 sayılı HMK'nın 2. maddesi gereğince malvarlığı ve şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemelerinin olduğu sonucuna varıldığından, davanın mahkememizin görevsizliği nedeniyle usûlden reddine karar verilmesi gerekmiştir.

**HÜKÜM:** Yukarıda açıklanan gerekçeyle,

- 1- Davanın mahkememizin görevsizliği nedeniyle usûlden reddine,
- 2- Kararın kesinleşmesi sonrası talep halinde dosyanın İstanbul Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine,
- 3- Mahkeme masrafı, yargı harçları ve vekâlet ücreti hususlarının görevli mahkemece değerlendirilmesine,

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu Yargıtay yolu açık olmak üzere karar verildi.

## II- Çözümlemesi Gereken Hukukî Problem

Söz konusu olayda, çözümlemesi gereken hukukî problem, ticarî bir uyuşmazlık bulunmadığından asliye hukuk mahkemelerinin görevli olması sebebiyle, asliye ticaret mahkemesinin göreve ilişkin kuralların zaman itibarıyla uygulanması çerçevesinde re'sen görevsizlik kararı verip veremeyeceğidir.

## III- Kararın İncelenmesi ve Değerlendirilmesi

### A- Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla Getirilen Değişikliklerin İncelenmesi

26 Haziran 2012 tarihinde kabul edilip 30 Haziran 2012 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanmış olan 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası<sup>1</sup> değiştirilmiştir. İlgili hükümde, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğu; görev hakkındaki usûl kurallarının uygulanacağı ifade edilmiş; bu sebeple 1956'dan beri asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemeleri arasında süregelen iş bölümü ilişkisine son verilmiştir<sup>2</sup>. 6335 sayılı Kanun'un

<sup>1</sup> 13 Ocak 2011 tarihinde kabul edilmiş olan 6102 sayılı TTK. m.5/f.III'ün 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki metninde, iki tarafın isteklerine bağlı olmayan işler hariç olmak üzere, bir davanın ticarî veya hukukî niteliği nedeniyle mahkemenin iş alanına girip girmediğinin taraflarca sadece ilk itiraz olarak ileri sürülebileceği düzenlenmişti. İlgili hükümden anlaşıldığı üzere, iki mahkeme arasında iş bölümü ilişkisi olduğu ortaya konulmuştu (Madde metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6102.html>). (Ayrıca bkz. 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete). Yürürlükten kalkan 6762 sayılı TTK. m.5/f.III'te de aynı yönde bir düzenlemeye yer verilmişti.

<sup>2</sup> 6335 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle 6102 sayılı TTK'ya eklenmiş olan geçici 9. maddenin gerekçesinde "...Hukuk yargılamamızda, mahkemeler arasındaki yargılama konusu bakımından öngörülen ilişki, temelde görev ilişkisidir. Genel sistemin dışında kalan ve aslında usûl hükmü olup Türk Ticaret Kanununda düzenlenen işbölümü ilişkisi, hem teorik bakımdan hem de uygulama bakımından sorunlar doğurmaktaydı. Çünkü, mahkemelerin görev alanı hukuk yargılaması bakımından kamu düzeninden kabul edilirken, ticarî uyuşmazlıklar ve çekişmesiz yargı işleri bakımından özel mahkeme niteliğindeki asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin iş bölümü ilişkisi sayılması, işin niteliğine uygun düşmemektedir. Keza iş bölümü itirazında bulunulmaması halinde, aslında ticarî olan uyuşmazlıkların asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi veya tersi durumla karşılaşılmaktaydı. Bu hususlar

49. maddesinde belirtildiği üzere, söz konusu değişiklik Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş ve o tarihten itibaren asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ayırımına dönüşmüştür.

İş bölümü ve görev arasındaki en temel farklılık, bunların yargılama sırasında ileri sürülme zamanı ile hâkimin söz konusu aykırılıkları re'sen nazara alıp alamayacağı bakımındandır. HMK. m. 116/f.I-c uyarınca iş bölümü itirazı bir ilk itiraz hali olarak düzenlenmiş olup<sup>3</sup> HMK. m.117/f.I'e göre davalı tarafından cevap dilekçesinde ileri sürülmediği takdirde bir daha iş bölümü itirazında bulunulamamakta; hâkim de iş bölümü kurallarına aykırılığı re'sen nazara alamamakta; davayı görmeye devam etmektedir. Söz konusu durumun aksine, görev kuralları kamu düzeni karakterli olduklarından yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilmekte; hâkim de mahkemenin görevsizliğini kendiliğinden dikkate alabilmektedir.

Doktrinde asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki iş bölümü ilişkisinin kaldırılarak görev ilişkisine dönüştürülmesinin son derece isabetli bir düzenleme olduğu savunulmaktadır<sup>4</sup>. Asliye hukuk mahkemesi ile iş mahkemesi, icra mahkemesi, tüketici mahkemesi ve fikrî ve sınaî haklar mahkemesi gibi özel mahkemeler arasında görev ilişkisi bulunurken, diğer bir özel mahkeme olan asliye ticaret mahkemesi bakımından iş bölümü ilişkisinin varlığını kabul etmenin haklı bir nedeni bulunmamaktaydı. Temeli usûl hukukuna dayanan görev ayırımının Türk Ticaret Kanunu'nda farklı bir düzenlemeye tâbi tutulması isabetli olmadığından, yeknesak bir uygulamanın sağlanabilmesi için söz konusu değişikliğin yapılması yerinde olmuştur.

---

*dikkate alınarak, asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki iş bölümünden çıkarılarak, diğer mahkemelerde olduğu gibi görev ilişkisine dönüştürülmüştür”* ifadelerine yer verilerek asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemelerinin arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olarak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

3 6335 sayılı Kanun ile asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak düzenlenmesi sebebiyle, bu Kanun'da HMK. m.116/f.I-c hükmünün yürürlükten kaldırıldığı açıkça belirtilmemiş olsa da, iş bölümü ilişkisini görev ilişkisine dönüştüren 6335 sayılı Kanun'un 2. maddesi gereğince HMK.'nın ilgili hükmü zımnen yürürlükten kaldırılmıştır (Hakan **Pekcanitez**/Hülya **Taş Korkmaz**/Nedim **Meriç**, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 5. Bası, Ankara 2014, s. 160).

4 Abdürrahim **Karlı**, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3.Baskı, İstanbul 2012, s. 245; Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medenî Usûl Hukuku, 14.Bası, Ankara 2013, s.193.

Kanaatimizce de asliye hukuk mahkemesi ile ihtisas mahkemesi olarak çalışan özel mahkemeler arasında görev ilişkisinin varlığını kabul edip buna karşılık diğer bir ihtisas mahkemesi olan asliye ticaret mahkemeleri bakımından iş bölümü ilişkisini benimsemenin mantıklı bir gerekçesi mevcut bulunmamaktaydı. Diğer özel mahkemeler açısından davanın her aşamasında görev itirazında bulunulmasına imkân tanınırken, asliye ticaret mahkemeleri açısından iş bölümü itirazını yalnızca ilk itiraz süresiyle sınırlı tutup söz konusu sürenin geçmesinden sonra mahkemenin kendiliğinden görevli duruma geldiğinin kabul edilmesi de isabetli değildi. Aynı derecedeki mahkemeler arasında eşitlik ilkesini gözetmeyen eski düzenlemenin yerine, görev kuralları bakımından aynı derecedeki mahkemeler arasında eşit bir uygulama getiren yeni düzenleme sayesinde asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi ve diğer özel mahkemelerin birbirleriyle ilişkileri bakımından bir yeknesaklık sağlanacaktır.

### **B- Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla Getirilen Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanma Alanının Belirlenmesi**

6335 sayılı Kanun'un 49. maddesine göre bu Kanun ile yapılan değişiklikler de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 1 Temmuz 2012'den itibaren yürürlüğe girmiş ve 1956'dan bu yana asliye hukuk ile asliye ticaret mahkemeleri arasında geçerli olan iş bölümü ilişkisi yerini görev ilişkisine bırakmıştır.

Kanun'un yürürlük tarihi olan 1 Temmuz 2012'den sonra açılan davalar bakımından iş bölümüne ilişkin kuralların değil; göreve ilişkin kuralların uygulanacağı hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu tarihten sonra ticarî olmayan davalar asliye ticaret mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesinde açıldıkları veya tersi söz konusu olduğu takdirde görev kurallına uyulmaması nedeniyle, yargılamanın her aşamasında taraflarca görev itirazında bulunulabilecek; hâkim de mahkemenin görevsizliğini re'sen nazara alıp davanın usûlden reddine karar verebilecektir.

Uygulamada tereddüt yaratacak olan mesele, 1 Temmuz 2012 tarihinden önce geçerli olan iş bölümü kurallarına aykırı olarak açılmış olan ve Kanun'un yürürlüğe girmesi sırasında görülmekte olan davaların durumunun ne olacağıdır. İş bölümü kurallarına aykırı olarak açılmış olan davalar ilk itiraz süresi olan iki haftalık cevap süresi geçirildiği için görülmeye devam mı edi-

lecek yoksa yeni Kanun hükümleri gereği görevsizlik sebebiyle her aşamada tarafların talebi doğrultusunda veya hâkimin kendiliğinden bu hususu gözetmesi sonucunda usûlden ret mi edilecektir? Söz konusu meseleye ilişkin olarak 6335 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'na eklenmiş olan geçici 9. maddede özel bir hükme yer verilmiş ve ilgili Kanun'un göreve ilişkin hükümlerinin Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalarda uygulanmayacağı, o davaların açıldıkları tarihte yürürlükte olan Kanun hükümlerine tâbi oldukları belirtilmiştir. Kanun koyucu göreve ilişkin hükümlerin zaman itibariyle uygulanması hususunda açık bir düzenlemeye yer vererek, 1 Temmuz 2012 tarihinden evvel açılmış olan davalar bakımından iş bölümü ilişkisi hakkındaki kuralların tatbik edileceğini; buna karşılık 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra açılmış davalarda ise, görev kurallarının uygulama alanı bulacağını ortaya koymuştur. Kanun'un ifadesinden anlaşıldığı üzere, 1 Temmuz 2012 tarihinden önce ticarî uyuşmazlıklardan doğan bir dava asliye ticaret mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesinde açıldığı veya tersi bir durum söz konusu olduğu takdirde, taraflarca cevap dilekçesinde ilk itirazda bulunulmadığı takdirde, davanın açıldığı mahkemenin görevi tartışma konusu yapılamayacaktır<sup>5</sup>. Asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasında görev ilişkisi bulunduğu ilişkin TTK. m. 5/f. III hükmüne dayanılmayacak ve cevap dilekçesinin verilmesinden sonra ne taraflarca görev itirazında bulunulabilecek ne de mahkeme re'sen görevsizlik kararı verebilecektir.

Geçici 9. maddenin gerekçesinde, yargılama usûlüne ilişkin hükümlerin derhal yürürlüğe girmesi ve uygulanması esas olduğundan, kural olarak derdest davalar bakımından da tatbik edilmesi gerekmele birlikte buna bazı istisnalar getirilebileceği belirtilmiştir. Geçici 9. maddede görev bakımından öngörülmüş olan istisna da bunlardan biridir. Gerekçede ifade edildiği üzere, göreve ilişkin hükümlerin derhal yürürlüğe girmesi, uygulamada davanın esasına girmiş ve dosyayı belli bir aşamaya getirmiş olan mahkemenin görevsizlik kararı vermesini zorunlu kılacağından yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebep olacaktır. Uygulamada yaşanabilecek gereksiz zaman kayıplarına engel olunup yargılamanın makul süre içinde bitirilebilmesi için usûl ekonomisi ilkesi gözetilmiş ve Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan

5 İş bölümü ilişkisini görev ilişkisine dönüştüren 6335 sayılı Kanun'un 2. maddesi gereğince iş bölümünü ilk itiraz hali olarak düzenleyen HMK.m.116/f.I-c hükmü zımnen yürürlükten kalkmış olmakla birlikte, söz konusu değişiklik, TTK'nın geçici 9. maddesi uyarınca görülmekte olan davaları etkilemeyecektir (**Pekcanitez/Taş Korkmaz/ Meriç**, s. 160).

davaların açıldıkları tarihte yürürlükte olan hükümlere göre çözümlenmesi amaçlanmıştır.

Usûl kurallarının zaman itibariyle uygulanması hususunda düzenleme getiren HMK. m.448'de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümlerin tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Maddenin ifadesinden anlaşıldığı üzere, kanunda aksine bir düzenleme öngörülmediği takdirde, yeni kanun hükümlerinin tamamlanmış usûlî işlemler üzerinde herhangi bir etkisi olmayacak<sup>6</sup>; önceki kanunun yürürlükte olduğu dönemde usûlüne uygun şekilde yapılmış ve tamamlanmamış olan usûlî işlemler ise, yeni kanuna tâbi olacak; söz konusu işlemler hakkında "derhal uygulanırlık" kuralı geçerli olacaktır<sup>7</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nun geçici 9. maddesinde asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemeleri arasında geçerli olacak göreve ilişkin usûl kurallarının ne zamandan itibaren uygulanacağı hususunda açık bir düzenlemeye yer verilmiş ve 1 Temmuz 2012'den sonra açılmış olan davalar bakımından "derhal uygulanırlık" kuralı kabul edilmiştir. 1 Temmuz 2012'den önce açılmış davalar hakkında ise, bu kuralın geçerli

6 Tamamlanmış olan usûlî işlemlerin yeni yürürlüğe giren kanundan etkilenmemesi hususunda düzenleme getirilerek subjektif hakların emniyet altına alınması ve davalarda istikrar sağlanması amaçlanmaktadır (Necmeddin M. **Berkin**, *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul 1981, s.69). Ayrıca, söz konusu durum hukuk güvenliği ilkesinin de bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır (Başak **Baysal**, *Kanunların Zaman Açısından Yürürlülüğü*, Prof.Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, İstanbul 2004, s.486). Kişiler, yürürlükte olan hukuk kurallarına göre işlemler yapıp eylemlerde bulunmaktadırlar. Kişilerin yapmış oldukları bu işlemler ve eylemler daha sonra yürürlüğe giren bir hukuk kuralıyla geçersiz veya hukuka aykırı sayılırsa onların hukuka olan güvenleri zedelenecektir; çünkü kişilerin kendilerini hukukî güvenlik içinde hissedebilmeleri için hukuk kurallarının belli ve önceden bilinir olması gerekmektedir (Hakan **Pekcanitez**, *Medeni Usul Hukukunda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması*, GSÜHFD 2005/2, s.186 vd.; Muhammet **Özekes**, *Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010, s.2864).

7 Sabri Şakir **Ansay**, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7.Baskı, Ankara 1960, s.7; Necip **Bilge**, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 2.Basım, İstanbul 1967, s.20 vd.; Necmeddin M. **Berkin**, *Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulama Alanı*, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s.165-166; Saim **Üstündağ**, *Medeni Yargılama Hukuku*, C.I-II, 7.Baskı, İstanbul 2000, s.74-75; **Baysal**, s.485-486 ve 493; **Pekcanitez**, s.181-182 ve 191; **Özekes**, s.2871-2872; H.Yavuz **Alangoya**/M.Kâmil **Yıldırım**/Nevhis **Deren-Yıldırım**, 8.Tıpkı Baskı, İstanbul 2011, s.16; İsmail **Ercan**, *Medeni Usul Hukuku*, 7.Baskı, İstanbul 2011, s.9; Timuçin **Muşul**, *Medenî Usul Hukuku*, 3.Baskı, İstanbul 2012, s.18; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.68 vd. Kanunların derhal yürürlüğe girmesi hususunda teorik tartışmalar için ayrıca bkz. **Baysal**, s.479 vd.

olmayacağı son derece açık bir şekilde ifade edilmiştir. Kanun koyucunun 1 Temmuz 2012'den önce açılmış davalar ile anılan tarihten sonra açılmış davalar bakımından farklı hükümlerin tatbikini öngörmesi, usûl hükümlerinin tamamlanmamış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağını belirten HMK. m.448 hükmünün somut bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, HMK.m.448 çerçevesinde “derhal uygulanırlık” kuralı tamamlanmış olan usûlî işlemler bakımından geçerli olmamakta; bu kural yalnızca tamamlanmamış usûlî işlemler üzerinde etkisini göstermektedir. O halde, asliye hukuk mahkemesinde açılması gereken bir dava 1 Temmuz 2012'den önce asliye ticaret mahkemesinde açıldığı veya tersi bir durum söz konusu olduğu takdirde, davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan yargılama kurallarının uygulanması gerekecektir. Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 1 Temmuz 2012 öncesinde asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemeleri arasında iş bölümü ilişkisi geçerli olduğundan, iş bölümü itirazında bulunmak için gerekli olan iki haftalık cevap süresi geçirildikten sonra mahkeme kendiliğinden görevli hale gelmektedir. Böylece, ilk itiraz süresinin bitimiyle, iş bölümü itirazı yapılmasına ilişkin usûlî taraf işlemi de tamamlanmış olmaktadır. Bu nedenle, iş bölümü itirazı için gerekli olan cevap süresi geçirildikten sonra yeni Kanun'un yürürlüğe girip asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemeleri arasındaki iş bölümü ilişkisini görev ilişkisine dönüştürmesi nedeniyle taraflarca yargılamanın her aşamasında görev itirazında bulunulabilmesi; hâkimin de re'sen görevsizlik kararı verebilmesi kesinlikle söz konusu olamayacaktır<sup>8</sup>. Çünkü, geçici 9. maddedeki açık hüküm gereği, görev kuralları yalnızca 1 Temmuz 2012'den sonra açılmış davalarda uygulanma imkânına sahip olacaktır<sup>9</sup>. İş bölümü itirazının yapılabilmesi için gerekli olan iki haftalık süre henüz sona ermeyip davalı tarafça da ilk itirazda bulunulmamışsa ve 1 Temmuz 2012 itibarıyla iş bölümü ilişkisini görev ilişkisine çeviren Kanun yürürlüğe girmişse, henüz ortada tamamlanmamış bir usûlî işlemin olması sebebiyle, usûl kurallarının derhal uygulanması gündeme gelecektir. O halde, ilk itiraz süresiyle bağlı olmaksızın davanın her aşama-

8 Bu husus, HUMK.m.578/f.II'de “*Bu Kanun'da tâyin edilmiş olan müddetler içinde istimal edilmeyen haklar artık istimal olunamaz. Şu kadar ki, henüz müddeti içinde bulunan alâkadar, bu Kanun'un neşri gününden itibaren bu Kanun'daki müddetler içinde haklarını istimal edebilir.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek ortaya konulmuştu.

9 HMK. Geçici m.1/f.I'de de TTK. Geçici m.9'dakine paralel bir düzenlemeye yer verilmiş ve HMK'nın göreve ilişkin hükümlerinin Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış davalarda uygulanmayacağı belirtilmiştir.



sında taraflarca görev itirazında bulunulabilecek; mahkemenin görevsizliği hâkim tarafından da re'sen nazara alınabilecektir.

Kanun koyucu, asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemeleri arasındaki görev ayırımına ilişkin kuralların zaman itibariyle uygulanmasını belirlemek amacıyla geçici 9. maddeyi düzenlemiş ve maddede belirtilen hususlar çerçevesinde meseleyi çözüme kavuşturmuştur. Geçici 9. madde hükmü öngörülmemiş olsaydı bile, meselenin usûl kurallarının zaman itibariyle uygulanması hakkında genel hüküm olan HMK. m.448 ışığında çözüme kavuşturulması mümkün olacaktı. Bu durumda, usûl ekonomisi ilkesini gözeterek yargılamanın makul süre içerisinde ve ucuz bir şekilde sonuçlandırılabilmesi için 1 Temmuz 2012'den önce açılmış davaların açıldıkları tarihte geçerli olan usûl hükümlerine tâbi olmaları; anılan tarihten sonra açılan davalar bakımından yeni usûl kurallarının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılabilecekti. Çünkü, Kanun'un yürürlük tarihinden evvel açılmış olup ilk itiraz süresinin geçmiş olması sebebiyle esastan görülmeye başlanılmış davalarda görevsizlik kararı verildiği takdirde, taraflarca görevli mahkemeye başvurulması gerekecek ve o mahkeme nezdinde birtakım usûlî işlemlerin tekrarlanması, yeni usûlî işlemlerin yapılması zorunluluğu ortaya çıkacak; söz konusu durum da gereksiz yere zaman kaybedilmesine ve masraf yapılmasına sebep olabilecektir<sup>10</sup>.

10 Doktrinde, davanın usûlüne uygun olarak görevli mahkemede açılmasından sonra yeni bir kanunun yürürlüğe girip o uyumsuzluk bakımından bir ihtisas mahkemesinin görevli kılınması veya görev kurallarına ilişkin değişiklikler yapılması halinde de usûl ekonomisinin gözetilmesi gerektiği belirtilerek benzer bir çözüme ulaşılmıştır. Bu hususta bkz. İlhan E. **Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.Bası, İstanbul 1975, s.130-131; **Pekcanitez**, s.183-185; **Pekcanitez/ Atalay /Özkes**, s.73-74. Yargıtay da yeni kurulan özel mahkemelerle ilgili hükümlerin zaman itibariyle uygulanmasına ilişkin yeni tarihli kararlarında davanın görevli mahkemede açılmasından sonra görevle ilgili değişikliklerin bu davayı etkilemeyeceği, dolayısıyla mahkemenin görevsizlik kararı vermeyip davayı görmeye devam etmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. "...*Dava konusu edilen hukuki uyumsuzluğun meydana geldiği tarihte yürürlükte olan yasalara göre kurulmuş bulunan mahkemelerin uyumsuzluğu çözmesi ana kural olmakla birlikte bazen yasal düzenlemelerle böyle bir uyumsuzluğun çözümü yeni kurulan mahkemelere de verilebilmektedir. Bu noktada 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun'un geçici 1. maddesi; "Aile Mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemeler faaliyete geçtiğinde, yargı çevresinde ve görev alanına giren sonuçlanmamış dava ve işler, yetkili ve görevli aile mahkemelerine devredilir."* hükmünü içermektedir. Anılan yasal düzenlemeye istinaden diğer mahkemeler, Aile Mahkemeleri'nin görev alanına giren dava ve işleri bu mahkemelere devretmiştir. Halbuki, Denizcilik İhtisas Mahkemeleri'nin kurulmasını öngören 5136 sayılı Yasa'da görülmekte olan davaların Denizcilik İhtisas Mahkemesi'ne devri ya da görevsizlikle gönderilmesi yönünde bir düzenleme mevcut değildir. O halde, Denizcilik İhtisas Mahkemesi'nin faaliyete geçirildiği tarihten önceki olaylarla ilgili olarak Asliye



### C- Değerlendirme ve Sonuç

İnceleme konumuz olan karara ilişkin dava asliye ticaret mahkemesinde 23 Mayıs 2012 tarihinde, yani 6335 sayılı Kanun ile kabul edilmiş olan asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemeleri arasında görev ayırımının yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Temmuz 2012'den önce açılmıştır. Söz konusu dava 16 Ekim 2012 tarihinde, yani 1 Temmuz 2012'den sonra görevsizlik nedeniyle usûlden ret kararı verilerek sonuçlandırılmıştır. Dava iş bölümü itirazının uygulandığı dönemde açılmış; taraflarca ilk itiraz süresi içinde iş bölümü itirazında bulunulmamış ve ortada ticarî bir uyumsuzluk bulunmaması nedeniyle aslen görevsiz olan asliye ticaret mahkemesi kendiliğinden görevli hale gelmiştir. Bu durumda, kural olarak davayı görmeye devam etmesi gereken asliye ticaret mahkemesi görevsizlik kararı vermiştir. Asliye ticaret mahkemesinin görevsizlik kararı vermesinin sebebi, görev kurallarının kamu düzeni karakterli olup göreve ilişkin aykırılıkların davanın her aşamasında kendiliğinden nazara alınabileceği düşüncesidir<sup>11</sup>.

---

*Ticaret Mahkemesi'nde açılmış olup derdest bulunan davaların, istek üzerine veya doğrudan doğruya, görevsizlik ya da gönderme kararı ile Denizcilik İhtisas Mahkemesi'ne gönderilmesine olanak bulunmamaktadır. Somut olayda; asıl ve birleşen davalar 15.09.2003 ve 03.05.2004 tarihlerinde Asliye Ticaret Mahkemesi'nde açılmış; dava görülmekte iken, 5136 sayılı Kanun ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesine eklenen fıkra uyarınca İstanbul/Denizcilik İhtisas Mahkemesi kurularak, 20.07.2004 tarihinde faaliyete geçirilmiştir. Az yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, taraflar arasındaki uyumsuzluğu yargılayacak ve çözecek olan mahkeme, uyumsuzluğun doğmasından önce kanunen belli olan Asliye Ticaret Mahkemesi olup, dava tarihinden sonra kurulan ve faaliyete geçirilen İstanbul/Denizcilik İhtisas Mahkemesi'nde davaya bakılması olanaklı değildir..."* HGK, 19.04.2006, 11-58/228 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Benzer bir karar için bkz. HGK, 04.04.2007, 11-189/193 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

- 11 Doktrinde özellikle özel mahkemelerin kurulmasına ilişkin kanunlarda yürürlük maddesi bulunmadığı durumlarda, görev kurallarının kamu düzeni karakterli olması sebebiyle "derhal uygulanırlık" kuralının geçerli olduğu, davayı gören mahkemenin görevsizlik kararı verip davaya yeni kurulan mahkeme tarafından bakılması gerektiği savunulmaktadır (Ansay, s.6-7; Bilge, s.22; Necip Bilge/Ergun Önen, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3.Baskı, İstanbul 1978, s. 8-9; Berkin, Usule İlişkin Hükümler, s.168; Nedim Turhan, Kazanılmış Hak Kavramı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bu Konu İle İlgili Bir Kararı Üzerine Düşünceler, YD 1992/4, s.467-468; Ayşe Banu Şavata Tanverdi, Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 1993, s.61 vd.; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s.114; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 6.Bası, İstanbul 2001, s. 310; Ercan, s.67; Sema Taşpınar Ayyavaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 193 vd.; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2.Baskı, Ankara 2014, s. 13). Yargı-

Ancak, TTK. m. geçici 9'da asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki görev ilişkisinin zaman itibariyle uygulanması hususunda özel bir hükme yer verilmiş ve 6335 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 1 Temmuz 2012 tarihinden evvel açılmış olan davalar bakımından iş bölümü ilişkisi hakkındaki kuralların tatbik edileceği; 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra açılmış davalarda ise, görev kurallarının uygulama alanı bulacağı açıkça ifade edilmiştir. Oysa, mahkeme TTK. m. geçici 9 ile öngörülmüş olan görev kurallarının zaman itibariyle uygulanmasına ilişkin düzenlemeyi göz ardı ederek görevsizlik kararı vermiştir. Ayrıca, yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere<sup>12</sup> geçici 9. madde hükmü öngörülmemiş olsaydı bile, usûl ekonomisi ilkesinin gereği olarak yargılamanın çabuk ve ucuz şekilde sonuçlandırılabilmesi için 1 Temmuz 2012'den önce açılmış davalar hakkında iş bölümü itirazına ilişkin kuralların, bu tarihten sonra açılan davalarda ise görevle ilişkin kuralların uygulanması gerektiği sonucuna ulaşabilecektik.

Sonuç olarak, ilgili kararın 6335 sayılı Kanun'un göreve ilişkin hükümlerinin Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalarda uygulanmayacağı, söz konusu davaların açıldıkları tarihte yürürlükte olan Kanun hükümlerine tâbi olduklarına ilişkin düzenleme getiren TTK. m. geçici 9'a aykırı düşüğü son derece açıktır.

---

tay yeni kurulan özel mahkemelerle ilgili hükümlerin zaman itibariyle uygulanmasına ilişkin eski tarihli kararlarında, görev kurallarının kamu düzeni karakterli olduğunu vurgulayarak doktrinde savunulan bu görüş doğrultusunda yorum yapmıştır. "...*Dava, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na dayanılarak telif haklarının ihlâli nedeniyle açılan maddi tazminatın tahsili istemine ilişkindir. 4.4.2001 gün ve 24363 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 26.3.2001 tarih ve 335 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararı uyarınca 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4630 sayılı Kanun'la değişik 76'ncı maddesi gereğince bu Kanun'un düzenlediği hukukî ilişkilerden doğan davalarda dava konusunun miktarına bakılmaksızın görevli ve yetkili mahkeme olarak, İstanbul ilinde Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi'nin bu Kanun'dan kaynaklanan hukuk davaları için ihtisas mahkemesi olarak belirlenmesi ve yargı çevresinin İstanbul ili mülki hudutları olarak tespit edilmesine karar verilmiştir. Anılan karar uyarınca mahkeme bu davaya bakmaya görevli olmaktan çıkarılmıştır. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında re'sen gözönüne alınması gereken hususlardandır. Şu halde, mahkeme davaya bakmaya görevli bulunmadığından kararın sırf bu nedenle bozulması gerekmiştir...*" 11.HD, 09.04.2002, 584/3326 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Benzer kararlar için bkz. 4. HD, 02.04.1984, 1854/3248 (Yasa 1984/5, s.716); 16.HD, 27.06.1990, 15718/10354 (YKD 1991/1,s.87-88); 11.HD, 16.01.2006, 137/109 (MİH-DER 2006/3, s.740-742).

12 Bkz. yuk. s. 8.

## KAYNAKÇA

- Alangoya** H.Yavuz / **Yıldırım** M.Kâmil / **Deren-Yıldırım** Nevhis, 8.Tıpkı Baskı, İstanbul 2011.
- Ansay** Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7.Baskı, Ankara 1960.
- Baysal** Başak, Kanunların Zaman Açısından Yürürlülüğü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, İstanbul 2004, s.475-501.
- Berkin** Necmeddin M., Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulama Alanı, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s.163-180 (*Kısaltma: Berkin, Usule İlişkin Hükümler*)
- Berkin** Necmeddin M., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981.
- Bilge** Necip, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 2.Basım, İstanbul 1967.
- Bilge** Necip / **Önen** Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3.Baskı, İstanbul 1978.
- Ercan** İsmail, Medeni Usul Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 2011.
- Karlı** Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3.Baskı, İstanbul 2012.
- Kuru** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995.
- Kuru** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 6.Bası, İstanbul 2001.
- Muşul** Timuçin, Medenî Usul Hukuku, 3.Baskı, İstanbul 2012.
- Özekes** Muhammet, Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010, s.2859-2875.
- Pekcanitez** Hakan, Medeni Usul Hukukunda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması, GSÜHFD 2005/2, s.163-192.
- Pekcanitez** Hakan / **Taş Korkmaz** Hülya / **Meriç** Nedim, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 5. Bası, Ankara 2014.
- Pekcanitez** Hakan / **Atalay** Oğuz / **Özekes** Muhammet, Medenî Usul Hukuku, 14.Bası, Ankara 2013.
- Postacıoğlu** İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.Bası, İstanbul 1975.
- Şavata Tanverdi** Ayşe Banu, Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 1993.
- Taşpınar** Ayyavz Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.
- Turhan** Nedim, Kazanılmış Hak Kavramı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bu Konu İle İlgili Bir Kararı Üzerine Düşünceler, YD 1992/4, s.461-475.

**Umar** Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2.Baskı, Ankara 2014.

**Üstündağ** Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7.Baskı, İstanbul 2000.

Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası

# 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan “Ön Ödemeli Satım Sözleşmesi” ile İlgili İsviçre Öğretisinde Yapılan Bazı Açıklamalar ve Bu Açıklamaların Türk Hukuku Açısından Kısaca Değerlendirilmesi

H. Murat DEVELİOĞLU\*

## ÖZET

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda “ön ödemeli satış sözleşmesi” düzenlenmiştir. Bu kurum 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olmayan bir kurum olup, Borçlar Kanunu'na alınmasında güdülen temel amacın tüketicinin korunması olduğu kabul edilmektedir. Böylece ön ödemeli taksitle satımla ilgili, özellikle alıcının hak ve borçlarını düzenleyen, bir takım emredici hükümler kanuna ithal edilmiştir. Bu çalışmada, yeni getirilen düzenlemeler, İsviçre Hukuku'nda ön ödemeli taksitle satışla ilgili görüşlere nazaran değerlendirilmeye tabi tutulmuştur.

**Anahtar kelimeler:** Ön ödemeli satım sözleşmesi, borçlar kanunu.

## Some Remarks of the Swiss Doctrine on “Prepaid Sales Agreement” Regulated in the Turkish Code of Obligations Numbered 6098 and a Brief Analysis of These Remarks According to Turkish Law

## ABSTRACT

The new Turkish Code of Obligations numbered 6098 has introduced a new legal institution that did not exist in the former Turkish Code of Obligations numbered 818: “prepaid sales contract”. The legislator has aimed to protect the consumers, by importing mandatory rules in the Code, that provide the rights and obligations of the parties, in particular the seller,

\* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı.

during a prepaid sales contract. In this study, these new provisions has been evaluated in view of the theories developed by the Swiss doctrine on pre-paid sales contracts.

**Keywords:** Prepaid sales agreement, Turkish Code of Obligations.

## GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (BK)<sup>1</sup> “*Özel Borç İlişkileri*” başlıklı İkinci Kısmı'nın, “*Satış Sözleşmesi*” başlıklı Birinci Bölümü'nün “*Bazı Satış Türleri*” başlıklı Üçüncü Ayırımı'nda “*Kısmî Ödemeli Satışlar*”<sup>2</sup> başlığı altında taksitle satımla ilgili hükümleri takip eden 264-273. maddeler arasından düzenlenmiş olan “*Ön ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi*” 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan, yeni bir kurumdur. Mevzuat İsviçre Borçlar Kanunu'na 23 Mart 1962 sayılı Federal Kanunla eklenen ön ödemeli taksitle satımla (*la vente avec paiements préalables, der Vorzahlungsvertrag*) ilgili hükümler 1 Ocak 1963 tarihinde yürürlüğe girmiş, ancak aynı kanunla yürürlüğe giren taksitle satımla ilgili İBK m. 226a – 226m hükümleri, 23 Mart 2001 tarihli Tüketici Kredileri ile ilgili Federal Kanun ile 1 Ocak 2003 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılırken, ön ödemeli taksitle satımla ilgili İsviçre Borçlar Kanunu (CO) m. 227a-227i hükümleri yürürlükte kalmaya devam etmiştir<sup>3</sup>.

Yapılan bu düzenlemelerle güdülen temel amacın tüketicinin korunması olduğu kabul edilmektedir; gerçekten de İsviçre Kanun Koyucusu yeterli deneyime sahip olmayan tüketicilerin satıcıların sözleşmelere koydukları şartlar sebebiyle zarara uğramalarını önlenmek istemiştir<sup>4</sup>. Böylece, ön ödemeli

1 Bkz. 4.2.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

2 Öğretide kısmî ödemeli satım, satım bedelinin bir seferde ödenmediği, ödemenin satım konusu malın tesliminden önce veya sonra kısmî edimler halinde gerçekleştirildiği satım sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır. Pierre ENGEL, *Contrats de droit suisse*, Berne 2000, s. 71-72; Pierre TERCIER, *Les contrats spéciaux*, Zurich-Bâle-Genève 2003, s. 116, N. 917, s. 182, N. 1226.

3 Ancak, İsviçre'de ön ödemeli taksitle satım hükümlerinin fazla bir uygulama alanı kalmamıştır. Bunun sebebinin de yeni tüketim biçimleri ve küçük çaplı kredi imkânlarının veya tüketim mallarının leasingi gibi diğer finansman yöntemlerinin artması olduğu kabul edilmektedir. Hatta “*Commentaire Romand*”ın (Fransızca İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi) ön ödemeli taksitle satımla ilgili CO m. 227a-227i hükümlerinin hiç uygulanmaması sebebiyle kitabın hiçbir yazarın o bölümü yazmak istemediği bilgisi yer almakta ve eserde CO m. 227a-227i hükümlerine hiçbir açıklama eklenmeksizin yer verilmektedir. bkz. *Commentaire Romand*, *Code des obligations I*, art. 1–529, art. 227, Genève, Bâle, Munich 2003, N. 1.

4 TERCIER, s. 182, N. 1231.

Ön ödemeli taksitle satımla ilgili hükümlerin İsviçre Borçlar Kanunu'na ilk ithal edildikleri zaman anılan sözleşme, özellikle, mobilya sanayinde, çeyiz satımında ve dikiş makinası satı-

taksitle satımla ilgili, özellikle alıcının hak ve borçlarını düzenleyen bir takım emredici hükümler kanuna ithal edilmiştir.

## I- TANIM VE UYGULAMA ALANI

Ön ödemeli taksitle satım sözleşmesinin tanımı BK m. 264/f. 1'de şu şekilde verilmiştir: "*Ön ödemeli taksitle satış, alıcının taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satıştır.*"

Tanımdan açıkça çıkarılabileceği üzere, ön ödemeli taksitle satım sözleşmesinin konusunu – aynen taksitle satım sözleşmesi için olduğu üzere (BK m. 253) – sadece taşınır şeyler oluşturabilir<sup>5</sup>. Taksitle satımla ilgili ileri sürü-

---

mında kullanılan bir sözleşme tipi olmuştur. ENGEL, s. 83; Theo GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, s. 361, N. 95. Satıcı açısından getirdiği avantaj alıcıyı uzun bir süre için kendisine bağlamak ve sattığı şeyin sürümünü artırmaktır. Eğer ödeme bankaya yapılmazsa, ön ödemeli taksitle satım sözleşmesi, satıcı açısından, bir işletme kredisi niteliğini haiz oluyordu. Buna karşılık, alıcı açısından ön ödemeli taksitle satış, bankadan normalden daha yüksek faiz aldığı bir yatırım aracıydı ve bu sayede normalde satın alamayacağı değerde bir mal satın alabiliyordu. Ancak, özellikle kapıdan satışlar açısından uygulama alanı bulan bu sözleşmede satıcılar alıcıların tecrübesizliğinden faydalanmaya başlamışlardır. Alıcı satıcıya ön ödemelerde bulduktan sonra satıcı elde ettiği meblağı kendi teşebbüsünde kullanabiliyordu. Alıcının da sözleşme yapmaktaki menfaati ön ödemelerin devam ettiği süre içinde kaybolabiliyordu. TERCIER, s. 183, N. 1234. Ayrıca bkz. GUHL, s. 361, N. 95.

- 5 Bununla beraber, taksitle satım sözleşmeleri açısından, taşınmazların da taksitle satım sözleşmesine konu olabileceği, ancak taksitle satım sözleşmesinin konusunu bir taşınmazın oluşturması halinde, BK m. 253 vd.'nin uygulama alanı bulmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Halûk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2008, s. 304. Yargıtay'ın tapusuz taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkını taşınır üzerinde mülkiyet hakkı olarak kabul eden kararları karşısında, tapusuz taşınmazların taksitle satımı halinde BK m. 253 vd.'nin (eBK m. 222-224) uygulanabileceği kabul edilmektedir. Y 1. HD, 3.7.1950, 9921/3148 (Senaî OLGAÇ, Kazaî ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususî Kanunlar, Cilt II, m. 182-371, İstanbul 1966, s. 269, n. 237); Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 299; Fahrettin ARAL, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 180; Aydın ZEVKLİLER/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010, s. 74. Karşı görüşte Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul 2013, s. 149.

Bu düşünceler, ön ödemeli taksitle satım sözleşmeleri açısından da – tapuda resmi şekilde yapılacak satım sözleşmesinin şarta bağlı yapılacağını kabul eden görüş kabul edildiğinde – ileri sürülebilecektir. Tabi ki, ön ödemeli taksitle taşınmaz satım vaadi sözleşmesi de yapılabilir; ki, bunun – işlemin tapuda yapılmasına gerek olmadığı için – daha pratik olduğu şüphesizdir. Her iki halde de taksitle satım sözleşmesi ile ilgili olarak ileri sürülen görüş devreye girecek ve BK m. 264 vd. hükümleri ön ödemeli taksitle satım sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulmayacaktır.

len alacak hakkının, ekonomik değer, maddi olmayan bir malın satımının taşınır satımı olduğundan yola çıkarak bunların satımına BK m. 253 vd.'nin uygulanacağı yönünde bir görüş<sup>6</sup> ve aksi görüş<sup>7</sup> ön ödemeli taksitle satımlar açısından da savunulacaktır.

Bunun dışında, ön ödemeli taksitle satım sözleşmesi ile ilgili hükümlerin, aynı işlevi gören sözleşmeler açısından da<sup>8</sup>, hatta farklı sözleşmelerin biraraya gelmesi halinde dahi uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Bu son duruma örnek olarak, alıcıyla satıcı veya üçüncü bir şahıs arasında, satım sözleşmesi ile beraber satım bedelinin bir kısmının veya tamamını konu alan bir ödünç sözleşmesi yapılması verilmektedir. Bu konuda verilen diğer bir örnek ise, bir kooperatif şirketin ön ödemeli taksitle satım sözleşmesi yaparak, sözleşmede müşterilerin satılan şeyi kooperatif üyelerinden veya kooperatifin şubelerinden temin etmelerinin öngörülmesidir<sup>9</sup>.

Ön ödemeli taksitle satımla ilgili düzenlemeler arasında yer alan “*uygulama alanının sınırlandırılması*” kenar başlıklı BK m. 272'ye göre, alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda, 264 ilâ 271. maddeler uygulama alanı bulmaz. Kanun koyucu bu örneklerde alıcının ön ödemeli taksitle satım sözleşmesinin doğuracağı riskleri iyi tartabildiği gerçeğinden hareket etmiştir. Burada şu husus üzerinde durmakta fayda vardır: BK m. 272'ye denk gelen CO m. 227i maddesindeki ifade “*malın doğası gereği zanaatle ilgili veya sınaî bir teşebbüse veya profesyonel bir kullanıma özgülenmesi*”dir. İsviçre Federal Mahkemesi de, maddede anılan kıstasların uygulanmasında sadece satılan malın objektif özellikleri uyarınca yapısını dikkate almakta, alıcının kişiliği ve ihtiyaçlarının belirleyici olmadığını kabul etmektedir<sup>10</sup>. Ancak, BK m. 272'de “*malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması*”ndan bahsedilerek bu duruma nazaran açıkça bir farklılık yaratılmıştır. Dolayısıyla, hükmün açık lafzı karşısında, Türk Hukuku açısından, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kabul ettiği objektif yorum değil, sübjektif bir değerlendirme yapılacak ve ticari işletmeyle veya alıcının yaptığı meslekle “*doğası gereği*” ilgisi olmayan bir şeyin, bir seferlik dahi olsa ticari işletmenin

6 YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 299.

7 GÜMÜŞ, s. 149.

8 ATF 98 Ia 348 (JdT 1973 I 211).

9 TERCIER, s. 183, N. 1238, 1239.

10 ATF 103 II 114 (JdT 1978 I 144).



ihtiyacı veya meslekî bir amaçla satın alınması hakkında yapılan ön ödemeli taksitle satım sözleşmesine Borçlar Kanunu'nda yer alan ve çoğu emredici özelliği haiz hükümler uygulama alanı bulmayacaktır.

## II- SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI

BK m. 264/f. 2'ye göre ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Sözleşmenin her iki tarafı da borç altına gireceği için, her iki tarafın da imzası sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için şarttır<sup>11</sup>; sözlü olarak kurulmuş bir ön ödemeli taksitle satım sözleşmesinin taraflarca sadece onaylanması veya sözleşmeyi taraflardan sadece birinin imzalaması yeterli olmayacaktır<sup>12</sup>.

Söz konusu yazılı şekil, nitelikli yazılı şekildir. Zira aynı hükmün devamına göre, "Sözleşmede aşağıdaki hususlar belirtilir:

1. Tarafların adı ve yerleşim yeri.
2. Satışın konusu.
3. Toplam satış bedeli.
4. Taksitlerin sayısı, tutarı, vadesi ve sözleşmenin süresi.
5. Taksitleri kabule yetkili banka.
6. Alıcıya karşı üstlenilen faiz miktarı.
7. Alıcının yedi gün içinde sözleşme yapılması konusundaki irade açıklamasını geri alma hakkı.
8. Alıcının sözleşmeden cayma hakkı ve bu sebeple ödeyeceği cayma parası.
9. Sözleşmenin kurulduğu yer ve tarih."

BK m. 264/f. 2/b. 2 uyarınca sözleşme konusunun belirlenebilir olması yeterlidir. Burada şu hususun değerlendirilmesinde fayda vardır: İsviçre Borçlar Kanunu'nun BK m. 264'e denk gelen CO m. 227a maddesinin 2. fıkrasının 3. bendinde "satıcının global alacağı" ifadesi yer almaktadır. Bu alacaklının sözleşme uyarınca biriktirmek zorunda olduğu en yüksek miktarı belirtmek için kullanılmış bir ifadedir. Böylece alıcı, satın alacağı şeyleri, ödediği top-

11 Örnekler için bkz. TERCIER, s. 184, N. 1244.

12 TERCIER, s. 184 N. 1245.

lam bedele denk gelecek şekilde teslim zamanında seçebilecektir<sup>13</sup>. Alıcının satım bedeli önceden belirlenmemiş eşyayı, belirli bir miktara kadar satın almayı, buna karşılık satıcının da, alıcının seçtiği eşyanın mülkiyetini satım tarihindeki peşin satıştaki olağan bedellerle alıcıya geçirmeyi taahhüt ettiği bu tip satım sözleşmelerine “*tahsis kaydıyla satım*” adı verilir<sup>14</sup>. 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda “*satıcının global alacağı*” ifadesi yerine “*toplam satış bedeli*” ifadesinin kullanılmış olması, Türk Hukuku’nda ön ödemeli taksitle satım sözleşmesinin tahsis kaydıyla yapılabilmesine engel değildir. Kaldı ki bu husus, ödenecek toplam satım bedelinin sözleşmede belirlenmiş olmasıyla birlikte, devredilecek eşyanın önceden belirlenmemiş ve satıcı tarafından bu eşyayı seçme hakkının alıcıya tanınmış olduğu hallerde, satıcının peşin satıştaki olağan bedelleri göz önünde tutmak suretiyle alıcının yapacağı seçime tam olarak uymakla yükümlü olduğunu öngören BK m. 268/f. 2 ile de teyit edilmiştir<sup>15</sup>.

BK m. 264 hükmü, ön ödemeli taksitle satım sözleşmesinin yazılı bir şekilde akdedilmedikçe geçerli olmayacağından söz etmekle beraber, BK m. 264/f. 2 uyarınca içermesi gereken hususları içermemesi halinde bunun sonuçlarının ne olacağını açıkça düzenlenmemektedir. İsviçre Öğretisi’nde, anılan şartların sözleşmede düzenlenmemesi halinde de, aynı yazılı şekil şartına uyulmaması halinde olduğu gibi, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmayacağı kabul edilmektedir<sup>16</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de bu hususu açıkça ifade etmiştir<sup>17</sup>. Tercier’ye göre, korunmaya çalışılan alıcının menfaatleri olduğundan, şekle uyulmaması halinde alıcı, ifa ettiği edimin tamamen iadesini talep edebilmeli, ancak “*özel olarak şok edici durumlar*”ın varlığı halinde şekle aykırılığın ileri sürülmesinin MK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği unutulmamalıdır<sup>18</sup>.

BK m. 273’ün yaptığı yollama sonucu taksitle satım sözleşmesi ile ilgili BK m. 254 hükmü, ön ödemeli taksitle satım sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulur. BK m. 254 uyarınca “*Ayırt etme gücüne sahip bir küçük*

13 ATF 85 II 401 (JdT 1960 I 204); ATF 84 II 266 (JdT 1959 I 42). ENGEL, s. 83.

14 Bu gibi satışlarda alıcı istediği malın şekli, ölçüsü vs. özelliklerini sonradan bildirerek sözleşmeyi tamamlamak hakkını saklı tutar. Nihat YAVUZ, Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2010, s. 639-640.

15 Madde gerekçesinde de bu sonuç açıkça belirtilmiştir.

16 ENGEL, s. 83; GUHL, s. 362, N. 97.

17 JdT 1965 II 112.

18 TERCIER, s. 185, N. 1250.

veya kısıtlı tarafından yapılmış olan taksitle satış sözleşmesinin geçerliliği, yasal temsilcinin yazılı rızasına bağlıdır. Bu durumda rızanın, en geç sözleşmenin kurulduğu anda verilmiş olması gerekir." Görüldüğü üzere, BK m. 254, ehliyetle ilgili genel kurallara nazaran bazı değişiklikler de içermektedir. Öncelikle yasal temsilcinin rızasının "yazılı" olarak verilmesi gerekir – kanaat uyandırıcı davranışlarla veya zımnî olarak verilen rıza hukukî bir sonuç doğurmayacaktır<sup>19</sup> – halbuki normalde bu rıza zımnî olarak dahi verilebilir<sup>20</sup>. Diğer yandan, kanunî temsilcinin en geç sözleşmenin kurulduğu anda "rıza" göstermiş olması gerekecektir; genel kuraldan farklı olarak sonradan verilecek bir icazet ise sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir<sup>21</sup>. Anılan rızanın belirlenen zaman dilimi içerisinde verilmemiş olması halinde, ön ödemeli taksitle satım sözleşme kesin hükümsüz olacaktır.

Rızanın olmadığı ileri sürülmesi, prensip olarak, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecektir. Cenevre Kanton Mahkemesi, taksitle satım sözleşmesi ile ilgili verdiği ve ön ödemeli taksitle satım sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulabilecek olan bir kararında, sözleşmenin tamamen ifa edilmiş olduğu bir halde dahi, rızanın verilmemiş olduğunun ileri sürülmesinin – kanun koyucunun alıcıyı koruma amacı dikkate alındığında – hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediğini kabul etmiştir<sup>22</sup>.

19 ENGEL, s. 74.

20 Serap HELVACI, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013, s. 82.

21 TERCIER, s. 122, N. 969.

22 SJ 1983 75. Anılan karara konu olan olayda eksik olan rıza, 6098 sayılı Kanun'a alınmamış olan, "eşin rızası"dır. Ancak, eşin rızası da kanunî temsilcinin rızası ile aynı koşullara tâbi olduğundan incelenmesinde yarar vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Kanton Mahkemesi'nin söze konu kararında, sözleşmenin geçersizliğinin eşin rızası olmaması sebebiyle ileri sürülmesinin "asla" hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceği sonucuna varılmamıştır. Bir otomobilin taksitle satımının söz konusu olduğu somut olay açısından şu ifadeler kullanılmıştır: Kanun koyucu genel bir ifade ile tüketiciyi korumayı amaçlamıştır; böyle bir durumda kendisini korumaya yönelik hükümlerden faydalanamayacağını söylemek mantıksız olacaktır. Zaten, Federal Mahkeme'ye göre de, kanun koyucunun tarafların irade özerkliklerine zayıf olan tarafı korumak amacıyla müdahale etmesi, zayıf olan tarafın sözleşmenin kanunî gereksinimleri uygun olmadığını ileri sürebileceği ve bunun hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceği anlamına gelmektedir (SJ 1976 140). Somut olayda da, sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecektir; davalı şekil eksikliğini – sonradan ileri sürmek amacıyla – kendisi yaratmadığı gibi, böyle bir eksikliğin farkına varıp bunu kabul etmiş de değildir. Davalının şekil eksikliğini ileri sürmesi, sonradan zayı olan otomobili taksitle satın almış olmasının kendisini ekonomik olarak zor duruma sokmasından ileri gelmektedir. Eşin rızasının en geç sözleşmenin kurulması aşamasında verilmesi gerektiği için de, sonradan otomobile binmesi sözleşmeyi geçerli hale getirmez. SJ 1983 75. Ayrıca bkz. ENGEL, s. 74.

Yine BK m. 273'ün yaptığı yollama sonucu taksitle satım sözleşmesi ile ilgili BK m. 255 hükmü de, ön ödemeli taksitle satım sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulur. 818 sayılı Borçlar Kanunu açısından, taksitle satım sözleşmesi, taraflar aksine bir düzenleme yapmamışlarsa, sözleşmenin kurulması ile beraber hüküm ve sonuçlarını doğuruyordu. Oysa, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun "*Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ve geri alma açıklaması*" kenar başlıklı 255. maddesi ile alıcıya tanınan hak uyarınca, ön ödemeli taksitle satım sözleşmesi, ancak, alıcı sözleşmenin bir nüshasını aldıktan sonra yedi gün içerisinde satıcıya "*irade açıklamasını geri aldığı*" yazılı olarak bildirmemesi halinde hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Bildirimin yazılı olarak yapılmaması halinde geri dönme hakkı kullanılmamış sayılır<sup>23</sup>. Geri alma bildirimini, sözleşmenin hükümlerini doğurması açısından, geciktirici, iradî ve negatif bir şart olarak kabul edilmektedir<sup>24</sup>.

Geri alma bildiriminin sürenin son gününde – yedinci gün – postaya verilmiş olması, gönderilmesi, sonuç doğurması için yeterlidir (BK m. 255/f. 1/son); bu zaman dilimi içerisinde postaya verilmemiş olan bildirim hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır.

Hükmün temelinde yatan mantık, alıcının – özellikle de satıcının ikna edici etkisi sonucu – çok çabuk ikna olarak sözleşmeyi imzalamış olabileceğidir ve bu sebeple kendisine sözleşme ile bağlı kalmama yönünde yeni bir imkân yaratılmaktadır<sup>25</sup>. Anılan hüküm emredici niteliktedir ve alıcının bu hakkından önceden feragat etmesi mümkün değildir (BK m. 255/f. 1/c. 3). Buna karşılık, alıcının sözleşmenin kurulması aşamasında bu hakkından feragat edebileceği kabul edilmektedir<sup>26</sup> ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, böyle bir feragatin yazılı şekilde yapılması gerekir<sup>27</sup>. Doğal olarak, geri alma süresi içerisinde de, alıcının bu hakkından feragat etmesi mümkün olacaktır. Ancak, taksitle satımda, satılanı teslim alan alıcının onu olağan bir gözden geçirmeyi aşacak şekilde kullanmasına geri alma hakkını kullanmaktan feragat ettiği sonucunun bağlanmasını öngören BK m. 255/f. 2 hükmü, ön ödemeli taksitle satım sözleşmesinde, mal sözleşmenin kurulması aşamasında teslim edilmediği için, uygulama alanı bulmayacaktır.

23 ATF 108 II 296 (JdT 1983 I 206).

24 ENGEL, s. 74; TERCIER, s. 122, N. 970; GUHL, s. 352, N. 60.

25 ENGEL, s. 74; TERCIER, s. 122, N. 971.

26 TERCIER, s. 122, N. 971.

27 ATF 108 II 296 (JdT 1983 I 206).

Geri alma hakkının kullanılması halinde sözleşmenin hüküm doğurması ihtimali ortadan kalkar. Söz konusu olan, hüküm doğurmaya başlamış bir sözleşme olmadığı için, sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi değildir. Bu sebeple de, alıcının geri alma hakkını kullanması hâlinde, kendisinden cayma parası istenemeyeceği gibi (BK m. 255/f. 3), başka ad altında herhangi bir tazminat da talep edilememelidir.

### III- TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

Ön ödemeli taksitle satımlarda tarafların hak ve borçları, normal satım sözleşmesine nazaran çeşitli farklılıklar arz eder. Kanunda yapılan düzenlemelere nazaran şu noktalar üzerinde durulabilir:

- "*Sözleşmenin süresi*" kenar başlıklı BK m. 270'e göre, ön ödemeleri ifa borcu, beş yılın geçmesiyle sona erer. Hüküm alıcıyı korumayı hedef almıştır. Zira, ön ödeme süresi arttıkça, taksit tutarları azalacak ve çok cüzi rakamlarla ifade edilecek taksitler sebebiyle alıcılar ihtiyaçları olmayan şeyleri, bazen de bütçelerini zorlayacak şekilde, düşüncesizce alabileceklerdir. Eğer ön ödeme süresi beş seneyi aşacak bir şekilde belirlenmişse, beşinci seneden sonraki taksitlerin talep edilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, sekiz yıl geçtiği hâlde satılanın devri isteminde bulunmazsa, satıcı kendisini uyararak üç aylık süre tanır. Alıcı bu süre içinde kayıtsız kalırsa satıcı, alıcıya sözleşmeden cayma hâlinde tanınan haklara sahip olur<sup>29</sup>.

- Yeni Borçlar Kanunu'nun "*ödemelerin güvenceye bağlanması*" kenar başlıklı 265. maddesinin 1. fıkrasına göre, ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, ödemeleri sözleşmede belirtilen bir bankada kendi adına açılacak gelir getiren bir tasarruf veya yatırım hesabına yatırmakla yükümlüdür. Hükümün amacı, satıcının iflası ihtimaline karşı alıcıyı korumaktır; zira taksitlerin satıcıya ödenmesi halinde satıcı bunları kendi

<sup>28</sup> TERCIER, s. 185, N. 1252.

<sup>29</sup> CO m. 227g/f. 2'de satıcının alıcıya üç aylık süre tanınmasından bahsedilmemiş, sadece 8 senelik süreden sonra 3 ayın da geçmesi ile anılan sonuçların gerçekleşeceği belirtilmiştir. Ancak, İsviçre Öğretisi'nde de, bu 3 aylık sürenin alıcıya satıcı tarafından yapılacak bildirimden sonra işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. TERCIER, s. 188, N. 1274.

işletmesi için harcayabilir ve satıcının iflası alıcının ödediği taksitleri geri almasını imkânsız hale getirebilir<sup>30</sup>.

Bu ihtimalde satıcı ve alıcı arasındaki hukukî ilişki dışında banka ile alıcı ve banka ile satıcı arasında da hukukî ilişkiler kurulmaktadır ve BK m. 265/f. 2 uyarınca banka, her iki tarafın çıkarlarını gözetmek zorundadır<sup>31</sup>. Her iki tarafın da vekili pozisyonunda olan banka<sup>32</sup> açılan hesaptan satıcıya yapacağı ödemeyi, satıcının sözleşmeden doğan borçlarını sözleşmeye uygun ve tam olarak ifa etmesi halinde dahi, her iki tarafın rızası olmadan gerçekleştiremez<sup>33</sup>. Alıcı tarafından önceden – mesela ön ödemeli taksitle satım sözleşmenin kurulması aşamasında – verilen bu yöndeki bir rızanın ise herhangi bir etkisi yoktur; bu son halde, bankanın satıcıya ödeme yapmadan önce alıcıdan tekrar rıza alması gerekecektir.

Aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca ise ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde, alıcı satılanın devrine kadar 269. madde uyarınca sözleşmeden cayarsa, satıcı bu “*hesap üzerindeki bütün haklarını*” kaybeder<sup>34</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu’nda BK m. 265/f. 3’e denk gelen CO m. 227b/f. 3’e göre ise, eğer alıcı BK m. 269 uyarınca cayma hakkını kullanırsa, satıcı, sadece hesap üzerindeki haklarını değil, alıcıya karşı olan “*tüm haklarını*” kaybedecektir<sup>35</sup>. Türk Hukuku’nda da, BK m. 265. maddesi hükmünün emredici özelliği karşısında, taraflar arasında yapılan aksine sözleşmelerin geçersiz olacağı, dolayısıyla da sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin BK m. 269 anlamında bir cayma teşkil etmeyeceği ve satıcının alıcıdan alınan hüküm uyarınca herhangi bir talebinin söz konusu olamayacağı kabul edilmesi yerinde olur.

- “*Alıcının malın devrini isteme hakkı*” kenar başlıklı BK m. 266 alıcının satılanın teslimini teslim zamanından önce talep etmesi halini düzenlemekte-

30 TERCIER, s. 185, N. 1253.

31 Bu ifadenin çok muğlak bir ifade olduğu ve satım sözleşmesinin tarafı olmayan ve tek görevi talep üzerine mevduat hesabı açmak olan bankalara bu çeşit bir işlev tanınmasının doğru olmadığı yönünde bkz. YAVUZ, Nihat, s. 637.

32 ENGEL s. 84.

33 GUHL, s. 362, N. 98.

34 İsviçre Öğretisi’nde bu hükmün, alıcının BK m. 265/f. 1’in emredici hükmünü ihlâl ederek ödemeyi satıcıya yaptığı hallerde de uygulama alanı bulacağı, alıcının bu sebeple BK m. 269 uyarınca sözleşmeden dönebileceği ve bu halde satıcının alıcıya karşı olan her türlü hakkını kaybedeceği kabul edilmektedir.

35 TERCIER, s. 185, N. 1255; GUHL, s. 362-363, N. 98.

dir. Anılan hüküm uyarınca, alıcı satım bedelinin tamamını ödemek şartıyla her zaman malın kendisine devredilmesini isteyebilir. Eğer alıcı, bedelin tamamını derhal ödeyemeyecekse, bu hakkını kullanması mümkün değildir<sup>36</sup>. Bedelin tamamını ödeyerek BK m. 266/f. 1'in kendisine tanıdığı hakkı kullanan alıcı, satıcının malı başkasından sağlayarak devredecek olması halinde, bunun için kendisine uygun bir süre tanımak zorundadır.

6098 sayılı Kanun ile alıcıya tanınan bir diğer bir imkân uyarınca (BK m. 266/f. 2), alıcı satıcıdan malın teslim etmesini talep edebilir<sup>37</sup>. Bu durumda, ön ödemeli satım sözleşmesi, taksitle satım sözleşmesine dönüştürüleceğinden, taksitle satım sözleşmesi ile ilgili emredici kurallara riayet etmek gerekecektir. Özellikle de, BK m. 256 uyarınca, alıcının peşin satım bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak ödemesini öngören hüküm uygulanacak ve satıcının malı alıcıya teslimi için bu miktarın ödenmiş olması aranacaktır.

Alıcı birden çok şey satın almış veya seçim hakkını saklı tutmuş ise, satılanın kısım kısım devredilmesini, ancak BK m. 256'da öngörülen asgarî peşinatı ödedikten sonra isteyebilir. Satılanın eşya topluluğu oluşturduğu hâllerde ise, alıcı bu istemde bulunulamaz. Satım bedelinin tamamen ödenmemesi hâlinde, satıcıdan satılanı kısmen devretmesi, ancak geri kalan kısmın yüzde onunun kendisine güvence olarak bırakılması koşuluyla istenebilir.

- "*Satış bedelinin ödenmesi*" kenar başlıklı BK m. 267'ye göre, ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde satım bedelinin, satılanın devri anında tamamen ödenmiş olması gerekir; alıcı bankaya fonları bozdurması için talimat verecektir<sup>38</sup>. Ancak, satıcının devir işlemlerini gerçekleştirmek için dahi nakde ihtiyacı olabilir. Bunu dikkate alan kanun koyucu, satılanın devredilmesini isteyen alıcının hesabındaki bakiyeden, satım bedelinin en çok üçte birlik kısmını satıcı lehine serbest bırakabileceğine hükmetmiştir. Ancak, alıcı, önceden, sözleşmenin kuruluşu sırasında buna ilişkin taahhütte bulunamaz.

- "*Satış bedelinin belirlenmesi*" kenar başlıklı BK m. 268'e göre, satıcının sözleşmenin kurulduğu sırada belirlenen toplam satım bedeline ek bir bedel isteme hakkını saklı tutan bütün kayıtlar geçersizdir. Kanun koyucu, alıcıyı

36 GUHL, s. 363, N. 99.

37 İsviçre Borçlar Kanunu'nda anılan hükme denk gelen CO m. 227c/f.2 hükmü, 23 Mart 2001 tarihli Tüketici Kredileri ile ilgili Federal Kanun ile 1 Ocak 2003 tarihinden itibaren yürürlükten kalkmıştır.

38 BK m. 266 hükmü saklıdır. Ancak anılan hüküm, zaten ön ödemeli taksitle satım sözleşmesinin, taksitle satım sözleşmesine dönüştürülmesini öngören bir hükümdür.

sözleşmede belirlenen dışında yapılacak taleplere karşı korumak istemiştir. Böylece, aynı zamanda, alıcı sözleşmenin yapılmasından sonraki dönemde satılan şeyde meydana gelecek fiyat artışlarına karşı da korunmuş olacaktır.

Ödenecek toplam satım bedeli sözleşmede belirlenmiş olmakla birlikte, devredilecek eşya önceden belirlenmemiş ve satıcı tarafından bu eşyayı seçme hakkı alıcıya tanınmış ise (yani ön ödemeli taksitle satım sözleşmesi aynı zamanda “*tahsis kaydıyla satım sözleşmesi*” ise<sup>39</sup>) satıcı, peşin satıştaki olağan bedelleri göz önünde tutmak suretiyle alıcının yapacağı seçime tam olarak uymakla yükümlüdür. Bu son durumda, sözleşmenin kurulması aşaması ile ifası aşaması arasındaki mal bedellerinin artması riskine alıcı katlanacaktır<sup>40</sup>.

Buna aykırı anlaşmalar, ancak alıcının yararına olduğu ölçüde geçerlidir.

- BK m. 273'ün yaptığı yollama sonucu taksitle satım sözleşmesi ile ilgili BK m. 257 hükmü, ön ödemeli taksitle satım sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulur. Uygulamada ön ödemeli taksitle satım sözleşmelerinde aleyhine getirilen hükümlere karşı alıcıyı korumak isteyen kanun koyucu, alıcının takas ileri sürme yetkisinin elinden alınmasını kabul etmemiştir; bu hüküm borçlunun önceden takastan feragat edebileceğini öngören eBK m. 124'e (BK m. 145) bir istisna teşkil etmektedir. Gerçekten de, “*Alıcının Def'ileri*” kenar başlıklı BK m. 257/f. 1 uyarınca alıcının, satıcının ön ödemeli taksitle satımdan doğan alacağı ile kendisinin satıcıdan olan alacağını takas etme hakkından önceden feragat etmesi hükümsüzdür<sup>41</sup>.

Yine aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, satıcının alıcıdan olan alacağını temlik etmesi halinde de, alıcının satım bedeli alacağına ilişkin def'ileri sınırlanamaz ve ortadan kaldırılamaz. Tarafların bu hükmün aksine yapacakları sözleşme geçersiz olacaktır. Böylece eBK m. 167/f. 1'deki (BK m. 188/f. 1) düzenleme ön ödemeli taksitle satım sözleşmeleri açısından emredici bir hüküm halini almıştır<sup>42</sup>.

#### IV- ALICININ TEMERRÜDÜ

Prensip olarak, ön ödemeli taksitle satımlarda alıcının temerrüdü ile ilgili adî satım sözleşmesini düzenleyen hükümler uygulama alanı bulur; ancak

39 Bkz. yukarıda dipnot 14 ile ilgili paragraf.

40 TERCIER, s. 186, N. 1260-1261; ENGEL, s. 85.

41 ENGEL, s. 76.

42 GUHL, s. 354, N. 67.



ön ödemeli taksitle satımla ilgili de bir takım özel düzenlemeler mevcuttur. Öncelikle "Alıcının Temerrüdü" kenar başlıklı BK m. 271'e göre, alıcı bir veya daha çok ön ödemede temerrüde düşerse satıcı, ancak vadesi gelmiş olan ödemeleri isteyebilir; prensip budur. Satıcının satım bedelinin tamamını talep hakkı ise – taksitle satım sözleşmesinden farklı olarak (BK m. 259) – yoktur.

Ancak, alıcı toplam alacağın en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen iki ön ödemede veya toplam alacağın en az dörtte birini oluşturan bir tek ön ödemede temerrüde düşmüşse ya da sonuncu ön ödemenin vadesi gelmişse satıcı, alıcıya tanıyacağı bir aylık ödeme süresinin alıcının ödeme yapmamasıyla geçmesinden sonra sözleşmeden dönme hakkına sahip olur<sup>43</sup>.

Eğer alıcı malın devrini talep etmemişse ve satıcı, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan ön ödemeli taksitle satım sözleşmesinden dönerse, BK m. 260/f. 2 hükmü kıyas yoluyla uygulanır ve satıcı, alıcıdan sadece ödenmeyen peşinat üzerinden, sözleşmeden döndüğü tarihe kadar işleyecek yasal faiz ile sözleşmenin kurulmasından sonra, satılanın uğramış olduğu değer kaybı sebebiyle tazminat isteyebilir. Sözleşmede alıcının temerrüde düşmesi sebebiyle sözleşmeden dönülmesi halinde alıcının sözleşme cezası ödeyeceği kararlaştırılmışsa, bu ceza peşin satım bedelinin yüzde onunu aşamaz. Süresi bir yılı aşan sözleşmelerde satıcı, ancak BK m. 269/f. 2'de öngörülen cayma parasını ve alıcıya ödenmesi gereken ortalama banka mevduat faizini aşan zararlarının giderilmesini isteyebilir.

Buna karşılık, bir yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde temerrüde düşmüş olan alıcının malın devrini istemesi hâlinde satıcı, yasal anapara faizi ile birlikte, devir isteminden sonra malın değerinde oluşacak eksilmelerin giderilmesini isteyebilir. Sözleşmede cezai şart belirlenmişse, sözleşme cezasının miktarının satım bedelinin yüzde onunu geçmeyeceği kuralı burada da uygulanır.

Satılanın devredilmiş olduğu hâllerde, dönme konusunda 260. maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır ve her iki taraf aldığı geri vermeye yükümlü olur. Satıcı, ayrıca hakkaniyete uygun bir kullanım bedeli talep edebileceği gibi, satılanın kullanılması sebebiyle değerinin azalması hâlinde tazminat da isteyebilir. Satıcı bu bedelleri iade etmesi gereken satım bedelinden mahsup edebilir<sup>44</sup>. Burada söz konusu olan değer azalması olağan kullanımı aşan,

43 İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninde bu bir aylık sürenin borçlu tarafından tanınacağına ilişkin açık bir ibare olmasa da, bu sonuç kabul edilmektedir. ENGEL, s. 86.

44 ATF 95 II 312 (JdT 1970 I 351); ATF 96 II 186 (JdT 1971 I 189).

“olağandışı” bir kullanım sonucu ortaya çıkan bir değer azalması olmalıdır; “olağan” kullanım sebebiyle ortaya çıkan değer azalması zaten kullanım bedelinin içinde hesaba katılmaktadır. Bu değer azalmasının kazara veya bilinçli olarak yaratılmış olmasının, kullanım sebebiyle veya gerekli bakımın yapılmamış olması sebebiyle ortaya çıkmış olmasının ise herhangi bir önemi yoktur<sup>45</sup>. Hakkaniyete uygun kullanım bedeli, şeyin normal amortismanına ve satıcının elde etmekten yoksun kaldığı kapital faizine denk gelir; söz konusu kapital ise malın peşin satım değeridir ki, bu da şeyin sözleşmenin yapıldığı günkü değerine yapılan masrafların eklenmesi ile bulunur<sup>46</sup>. Ancak, satıcı hiçbir şekilde sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı elde edecek olduğundan fazlasını isteyemez. Aldığı şeyi iade borcu olan alıcı, şey üzerine onun iyileştirilmesi, değiştirilmesi gibi amaçlarla çalışmalar yapmış ise, MK m. 994 uygulama alanı bulur.

Sözleşmeden dönülmesi halinde, satıcının aldığı satım bedelini iade etmeyeceğini öngören şartlar geçersizdir<sup>47</sup>.

BK m. 273'ün yaptığı yollama sonucu taksitle satım sözleşmesi ile ilgili BK m. 261 hükmü, ön ödemeli taksitle satım sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulur. 6098 sayılı Kanun'da, alıcının menfaatlerini korumak için hâkime tanınan bu özel yetki uyarınca (BK m. 261), hâkim, temerrüde düşen alıcının borçlarını ödeyeceği konusunda güvence vermesi ve satıcının da bu yeni düzenleme dolayısıyla herhangi bir zararının söz konusu olmaması koşuluyla, alıcıya ödeme kolaylıkları sağlayabilir<sup>48</sup>. Hükmün amacı bir yandan ödeme ihtimali olan alıcıya imkân tanınması iken, diğer yandan da satıcının geç de olsa – hiç elde edememe ihtimali bulunan – alacağına kavuşmasını sağlamaktır<sup>49</sup>. Bu ödeme kolaylıkları, özellikle, alıcıya ödeme yapması için zaman tanınması, vadesi gelmemiş taksitler açısından yeni vadeler belirlenmesi olabilir<sup>50</sup>. Hakim bunlar dışında somut olaydaki gereksinimlere göre, farklı ödeme kolaylıklarına hükmedebilir<sup>51</sup>.

45 SJ 1988 80.

46 SJ 1998 115; ATF 110 II 244 (JdT 1985 I 152, SJ 1985 155).

47 TERCIER, s. 187, N. 1269.

48 Hâkim ayrıca, örnek olarak sözleşme BK 266/f. 2 uyarınca taksitle satım sözleşmesine dönüştürülmüşse ve böylece satılan alıcıya teslim edilmişse, satıcının satılanı geri almasını da yasaklayabilir.

49 YAVUZ, Nihat, s. 632.

50 ENGEL, s. 77.

51 YAVUZ, Nihat, s. 632.

## V- SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

"Cayma hakkı" kenar başlıklı BK m. 269/f. 1'e göre, ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, satılanın kendisine devrine kadar her zaman sözleşmeden cayabilir. Ancak, bu hak malın teslimine kadar geçerli olan bir haktır; teslimden sonra sona erer. Söz konusu olan kanunî bir dönme hakkıdır ve alıcının bu hakkından faydalanmak için haklı sebebe ihtiyacı yoktur<sup>52</sup>. Bununla beraber, sözleşmeden cayan alıcının cayma parası ödeyeceği kararlaştırılabilir. Cayma parası, durumun özelliğine ve sözleşmenin kurulması ile cayma arasında geçen süreye bakılarak belirlenirse de, miktarı satıcının toplam alacağıının yüzde ikisinden az ve yüzde beşinden fazla olamaz<sup>53</sup>. Alıcı, yapmış olduğu ödemelerin cayma parasını aşan kısmının, getirileri ile birlikte kendisine geri verilmesini isteyebilir.

Alıcının ölmesi veya kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi ya da sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi yüzünden sözleşmeden cayılmış olursa, cayma parası istenemez.

Sözleşmenin sona ermesi ile ilgili ikinci bir hal "Sözleşmenin Süresi" kenar başlıklı BK m. 270/f. 2'de düzenlenmiştir. Buna göre "ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, sekiz yıl geçtiği hâlde satılanın devri isteminde bulunmazsa, satıcı kendisini uyararak üç aylık süre tanır. Alıcı bu süre içinde kayıtsız kalırsa satıcı, alıcıya sözleşmeden cayma hâlinde tanınan haklara sahip olur."

Sözleşmenin ikale anlaşması ile sona erdirilebileceği konusunda şüphe yoktur<sup>54</sup>.

52 TERCIER, s. 188, N. 1272; ENGEL, s. 87.

53 Ayrıca anılan hükmün, 2. fıkranın ilk cümlesi ile hakime bir takdir hakkı bırakıldığı düşüncesi uyandırılmaktaysa da, mehzaz kanunda böyle bir düzenleme yer almamaktadır. CO m. 227/f. 2'de bu konuda farklı sınırlar öngörülmüştür: Cayma parasının toplam satım bedelinin yüzde 2,5'u ile 5'i arasında olacağı belirlendikten sonra, sözleşmenin kurulması ile sözleşmeden cayılması arasında 1 aydan kısa bir süre olması halinde 100 CHF'i, daha uzun bir süre olması halinde ise 250 CHF'i geçemeyeceği öngörülmüştür. Bu konuda bkz. GUHL, s. 364-365, N. 102.

54 ENGEL, s. 87.

## VI. YETKİLİ MAHKEME VE TAHKİM

BK m. 273'ün yaptığı yollama sonucu taksitle satım sözleşmesi ile ilgili BK m. 262 hükmü, ön ödemeli taksitle satım sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulur. Gerçekten de, ön ödemeli taksitle satım sözleşmeleri açısından da kanun koyucu, alıcının menfaatlerini, sadece maddî hukuk kuralları vasıtasıyla korumakla yetinmemiştir. Uygulamadaki Borçlar Kanunu'nda yer almayan “*Yetkili Mahkeme ve Tahkim*” kenar başlıklı BK m. 262'ye göre “*Yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden (ön ödemeli taksitle satım sözleşmesinden) doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz.*” Hükmün emredici olduğu konusunda şüphe duymamak gerekir.

## KAYNAKÇA

**ARAL Fahrettin**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1-529, art. 227, Genève, Bâle, Munich 2003.

**ENGEL Pierre**, Contrats de droit suisse, Berne 2000.

**GUHL Theo**, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000.

**GÜMÜŞ Alper**, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul 2013.

**HELVACI Serap**, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013, s. 82.

**OLGAÇ Senâî**, Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususî Kanunlar, Cilt II, m. 182-371, İstanbul 1966.

**TANDOĞAN Halûk**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2008.

**TERCIER Pierre**, Les contrats spéciaux, Zurich-Bâle-Genève 2003.

**YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

**YAVUZ Nihat**, Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2010.

**ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010.



**Aile Konutu Şerhi**  
**ve**  
**Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin**  
**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun**  
**4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591,**  
**K.2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde**  
**Değerlendirilmesi**

---

**Mehtap İpek İŞLETEN\***

**ÖZET**

TMK m. 193/III'te düzenlenen şerh, TMK m. 1010 anlamında tasarruf yetkisi sınırlaması şerhidir. Şerh açıklayıcıdır. Tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığına dair şerhin işlenmesinden önce, diğer eşin rızası hilafına mâlik eşle yapılan hukuki işlemler geçersizdir. İşlemin diğer tarafının iyiniyeti hükümsüzlüğü gideremez. Her nasılsa, bu hükümsüz işleme dayanılarak işlemin diğer tarafı adına bir tescil yapılmışsa, söz konusu tescil yolsuz tescildir. Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş, TMK m. 1025'in hak sahibi eşe tanıdığı imkândan yararlanarak, işlemin diğer tarafına karşı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabilir.

Aile konutunda hak sahibi olmayan eşin, evli olduğunu ve şerh verdirilmek istenen konutun aile konutu olarak kullanıldığını belgelemek suretiyle, mahkeme kararı olmaksızın, taşınmazın tapu kütüğüne aile konutu şerhi işlenmesini talep edebilmesine yönelik hukuki düzenlemenin uygulanmasının sağlanması gerekir.

**Anahtar kelimeler:** Aile konutu, tasarruf yetkisi kısıtlaması, aile konutu şerhi, yolsuz tescil, tapu kütüğü.

---

\* Yard. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

## **Annotation of Family Home to the Land Registry and the Impact of Annotation on Third Parties Acting in Good Faith in the Light of the Judgment of the Supreme Court Dated 4.10.2006**

### **ABSTRACT**

Annotation regulated in Article 193/III of the Turkish Civil Code, is the annotation on the limitation of the power of disposition in the meaning of Article 1010 of the Turkish Civil Code. The annotation is explanatory. Before the addition of the annotation specifying the usage of the immovable property as a family house, to the land register, legal transactions carried out with the owner spouse contrary to the consent of the other spouse, are invalid. The good faith of the other party of the transaction, does not eliminate the invalidity. If, somehow, a registration has been made in the name of the other party of the transaction, based on the relevant invalid transaction, such a registration would be a wrongful entry. The non-right owner spouse with regard to the family house, may file an action for the correction of the wrongful entry against the other party of the transaction, benefitting from the opportunity provided by the Article 1025 of the Turkish Civil Code to the right-owner spouse.

The non-right owner spouse with regard to the family house, has to ensure the application of the legal arrangement for the possibility to demand the addition of the family house indication to the land register of the immovable property without having to obtain a court judgment, by proving through documents that he/she is married and the relevant house is used as a family house.

**Keywords:** Family home, limitation of the power of disposition, annotation, wrongful entry, land register.

### **§ 1. GENEL OLARAK**

Aile konutu kavramı, 1 Ocak 2002 tarihinde 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle hukuk sistemimize dahil olmuştur. Kanun'un çeşitli maddelerinde (TMK m. 194, 240, 254, 279, 652) aile konutuna ilişkin düzenlemeler getirilmiş, ancak, söz konusu hükümlerde "aile konutu" kavramının tanımına yer verilmemiştir. Medenî Kanun'un 194. maddesinin gerekçesinde, aile konutunun "...eşlerin bütün yaşam faaliyetini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan..."<sup>1</sup> olduğu ifade edilmiştir.

<sup>1</sup> Öğretideki benzer tanımlar için bkz. **Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 160; **Ahmet Kılıçoğlu**, Medenî



Türk Medenî Kanunu ile evlilik birliğinde eşlerin yaşamlarının merkezi olarak seçtikleri yere ayrı bir önem atfedilmiş, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş ve çocukların korunması amacıyla, konut üzerinde hak sahibi olan eşin hukukî işlem özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Aile konutuna ilişkin bu koruma, aslında bir anlamda aile birliğinin korunmasına da hizmet etmektedir.

İşte bu korumanın bir parçası olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin üçüncü fıkrasında, aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebileceği düzenlenerek, şerh imkânı getirilmiştir.

Ancak, söz konusu düzenleme, şerhin niteliği ve fonksiyonu bakımından bir hüküm içermediğinden doktrinde tartışmalara, yargı kararlarında tereddüt-lere sebep olmuştur. Biz de incelememizde, TMK m. 194/III'de aile konutuna ilişkin olarak getirilen şerh kurumuna yönelik görüş ayrılıklarına yer verdikten sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.10.2006 tarihli, E. 2006/2-591, K.2006/624 sayılı kararını değerlendirerek konu ile ilgili görüşümüzü ortaya koymaya çalışacağız.

## § 2. AİLE KONUTU ŞERHİ

### I- ŞERH TALEBİ

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin üçüncü fıkrasında, aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eşe, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteme imkânı tanınarak, aile için ekonomik ve sosyal güvence oluşturan, dolayısıyla, maddi ve manevi bakımdan eş ve çocuklar için önem taşıyan aile konutuna özel bir koruma getirilmiştir.

Şerh konabilmesi için talep şarttır. TMK m. 194/III'ün lafzından, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin, bir mahkeme kararına ya da hak sahibi

---

Kanun`umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler (Yenilikler), Ankara 2004, s. 47; **Rona Serozan**, “Aile Konutuna Değişik Bir Yaklaşım (MK 194/III Kuralını Bir Belirtmişçesine Yenibaştan Okuma Zorunluluğu)” (Aile Konutu (2)), Prof. Dr. Zahir İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 281; **Turgut Akıntürk**, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. II, İstanbul 2006, s. 125; **Nami Barlas**, “Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları” Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan” Ankara 2004, s. 122; **Şükran Şıpka**, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), İstanbul 2004, s. 56; **Mustafa Alper Gümüş**, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, s. 33 vd; **Aydın Zevkliler/Ayşe Havutçu, Damla Gürpınar**, Medenî Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2008, s. 291.

eşin iznine gerek olmaksızın şerh talebinde bulunabileceği anlaşılır. Ancak, şerh talebinin nasıl ve nereye yapılacağı konusunun kanunda düzenlenmemiş olması, Tapu Dairelerinin şerh talebini yerine getirmekten kaçınmalarına, dolayısıyla, uygulamada sorunlara yol açmıştır.

Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, 01.06.2002 tarihinde, 2002/7 No'lu genelge ile aile konutu şerhine ilişkin tereddütleri kısmen de olsa ortadan kaldıracak bir düzenleme getirmiştir. Ancak, Danıştay 10. Dairesi, 13.6.2011 tarih, E.2010/11873 sayılı kararında<sup>2</sup> aile konutu şerhi konulmasına ilişkin belgeleri düzenleyen Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi ile 2002/7 sayılı genelgenin "Aile Konutu Şerhi" başlıklı bölümünün 1. maddesinin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı da, 16.08.2011 tarihli yazısı ile,- Danıştay 10.Dairesininbu kararına dayanarak,aile konutu şerhi verilmesi için mahkeme kararı aranacağını açıkça belirtmiştir.

### **A. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarihli ve 2002/7 No'lu Genelgesi İle Getirilen Düzenleme**

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün01.06.2002 tarihli ve 2002/7 No'lu genelgesinde<sup>3</sup>, malik olmayan eşin, şerh talebinde bulunurken, evlilik birliği-

<sup>2</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. § 2/ I/ B.

<sup>3</sup> TC. Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 1.6.2002 tarihli, 2002/7 no'lu genelgesi "Aile Konutu Şerhi" yan başlığı altında şerhin talebine ilişkin olarak aşağıdaki düzenlemeyi getirmiştir.

#### **I- AİLE KONUTU ŞERHİ: (M.K. m.194)**

1) Malik olmayan eşin talebiyle: Evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile bu konutta birlikte yaşantılarını sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgenin ibrazı halinde "Aile konutudur." şerhinin islenmesi,

2) Taşınmaz mal maliki olan esin ya da eslerden her ikisinin birlikte talebiyle: Evlilik cüzdanı veya nüfus kayıt örneğinin ibrazı halinde başkaca bir belge aranmaksızın "Aile konutudur." şerhinin islenmesi,

3) Aile Konutu, eslerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekanları ifade ettiğinden, zaman zaman ya da hafta sonu kullanmak amacıyla edinilen yazlık konut, dağ evi gibi konutlar Türk Medenî Kanununun 194 üncü maddesi kapsamına girmediğinden, bu yönde gelecek taleplerin karşılanmaması,

4) 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda üçüncü sahsa ait taşınmaz mal üzerine "aile konutudur." şerhi verilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, 194 üncü maddenin son fıkrasında yazılı olan durum nedeniyle üçüncü sahsa ait taşınmaz mal üzerine şerh verilmemesi,

nin resmen devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile bu konutta birlikte yaşadıklarını kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgeyi ibraz etmesi aranıyor-  
du. Aile konutunun maliki olan eşin ya da eşlerin her ikisinin birlikte talebi söz konusu ise evlilik cüzdanının veya nüfus kayıt örneğinin ibrazı yeterli görülmüştü.

Konuya ilişkin olarak Tapu Sicili Tüzüğü m. 57/d hükmü, konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ve vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanının ibrazını gerekli görüyordu<sup>4</sup>.

Doktrinde de bazı yazarlarca<sup>5</sup>, şerh talebinde bulunan eşin, nüfus kaydı, muhtarlıktan alınacak ikametgâh belgesi ve apartman yöneticisinden alınmış bir yazı ile başvurmasının yeterli olacağı belirtiliyordu.

5) Taşınmaz malin üzerinde mevcut “aile konutudur.” şerhinin terkini:

- a) Şerh malik olmayan esin talebiyle işlenmiş ise; yine malik olmayan esin talebiyle,
- b) Şerh her iki esin birlikte talebiyle işlenmiş ise; her ikisinin de talebiyle,
- c) Eslerin birlikte malik olduğu hisseli taşınmaz mallarda şerh eslerden birinin talebiyle işlenmiş ise; şerhi işlettiren esin talebiyle,
- d) Malik olan esin talebiyle şerh verilmiş ise malik olmayan esin de talep ya da muvafakatiyle, Terkin edilmesi, ancak malik olmayan esin ya da eslerin birlikte malik olduğu hisseli taşınmaz mallarda şerh talebinde bulunan esin ölümü ya da bu konuda alınmış mahkeme kararının ibrazı halinde diğer eşin tek taraflı talebiyle de terkin işleminin karşılanması,

6) Aile konutu şerhi eslerden herhangi birinin tek taraflı talebiyle işlenmiş ise diğer esin işlemin sonucundan duyuruda bulunulması, (M.K. m.1019 )

7) Aile konutu şerhi işlenmesinde; gereken hallerde taşınmaz malin şerhi talep edilen taşınmaz mal ile aynı olduğunun kadastro müdürlüğüne veya muhtarlıkça tespit edilmesi,

8) Mali yönü: Aile konutu şerhine yönelik 492 sayılı Harçlar Kanununda herhangi bir düzenleme bulunmadığından talebin harç, Ö.I.V., E.K.P. ve döner sermaye ücreti tahsil edilmeden karşılanması,

9) Hukukî sonuç: “Aile konutudur.” şerhi bulunan taşınmazda eşlerin rızası sağlanmadıkça tapu kütüğü üzerinde tasarrufu taleplerin karşılanmaması, (M.K. m.194/1 ) Gerekmektedir.

4 2.12.2004 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 25658 sayılı Tapu Sicil Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük’ün 12. maddesi ile Tapu Sicili Tüzüğü’nün 57. maddesine, konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ve vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanının ibrazının gerekli olduğunu belirten(d) bendi eklenmiştir.

5 **Kemal Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, İstanbul 2011, .s 219 vd; **Ahmet Kılıçoğlu**, Türk Medenî Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı (Yasal Alım Hakkı), Ankara 2002, s. 1 vd; **Şıpka**, s. 152; **Arzu Genç Arıdemir**, “*Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgesi’nin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi*”, Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan, 2006, s. 141 vd.

*Serozan*<sup>6</sup> ise, şerhin MK m. 1011 de düzenlenen geçici tescil şerhi niteliğinde olduğunu ileri sürerek, aile konutunun maliki olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili şerhin konulmasını mahkemeden isteyebileceğini, bu talebin de ancak devirden sonra, tapu sicilinin düzeltilmesi davasından önce olabileceğini kabul etmekteydi.

### **B. Danıştay 10. Dairesinin 13.6.2011 tarih, E.2010/11873 Sayılı Ara Kararından Sonraki Durum**

Danıştay 10.Dairesinin 13.06.2011 tarih, E.2010/11873 sayılı dosyasında, davacı taraf, aile konutu şerhinin, Tapu Müdürlüklerince mahkeme kararı olmaksızın konulması sırasında, evli olan tarafların birlikte yaşadıklarına dair belgenin istenilmesine ilişkin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarih, 2002/7 sayılı genelgesinin 1. maddesinin ve Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. maddesinin d bendinin iptalini ve yürütmesinin durdurulmasını talep etmiştir.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarih, 2002/7 sayılı genelgesinin 1. maddesi, şerh talebinin malik olmayan eş tarafından yapılması halinde, evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile aile konutu şerhi talebinde bulunan malik olmayan eşin bu konutta malik eş ile birlikte yaşantılarını sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgenin istenilmesine ilişkindir.

Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. maddesinin d bendi ise, aile konutu şerhi için, taşınmazın aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ile birlikte vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanı ibrazını zorunlu tutar.

Karara konu olayda davacı, aile konutu şerhinin mahkeme kararı olmaksızın verilebilmesi hususunda, Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. maddesinin d bendi ve 2002-7 sayılı genelgenin 1. maddesinde yer alan **“birlikte yaşamaya dair belgenin”** hukukî değil, işlem belgesi olduğunu ve yasa uyarınca malik olmayan eşin açık rızası olmaksızın aile konutunun devrinin yasaklandığını ifade ederek, **“aile konutu şerhi talep eden eşin, malik eş ile birlikte yaşadıklarına dair belgenin aranmaksızın”** ve **mahkeme kararı olmaksızın** şerh konulmasını talep etmiş ve bu suretle TMK madde 194 uyarınca aile konut şerhi konulmasına ilişkin belgeleri düzenleyen Tüzüğün ve Genelgenin ilgili maddelerinin iptalini istemiştir.

6 **Rona Serozan**, “*Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım*” (Aile Konutu (1)), Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 593 vd.

Danıştay 10. Dairesi 13.6.2011 tarih, E.2010/11873 sayılı kararı ile Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi ile 2002/7 sayılı genelgenin "Aile Konutu Şerhi" başlıklı bölümünün 1. maddesinin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.

Danıştay, yürütmeyi durdurma kararında, 4721 sayılı yasanın 1008. maddesi uyarınca şerhlerin de tescil edilecek işlemler arasında olduğunu, tescil için mahkeme kararı gerektiğini, bu durumda kanun hükmü uyarınca şerh düşülebilmesi için mahkeme kararının şart olduğunu gerekçe göstermiştir.

Tapu Sicil Genel Müdürlüğü, Danıştay'ın verdiği yürütmeyi durdurma kararı neticesinde, tüm tapu dairelerine bir genelge göndermiş, bu genelge ile yürütmeyi durdurma kararı verilen dosya karara çıkana kadar, mahkeme kararı olmaksızın, tüzüğün ilgili maddesi uyarınca aile konutu şerhinin beyanla, belirtilen belgeler eşliğinde konulması uygulamasını durdurmuştur.

Nitekim, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı da, 16.08.2011 tarihli yazısı ile aile konutu şerhi verilmesi için mahkeme kararı aranacağını açıkça belirtilmiştir.

Danıştay 10. Dairesinin 13.06.2011 tarih, E. 2010/11873 sayılı kararına yapılan itirazlar neticesinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu dosyayı incelemiş ve tapu kaydına, malikin rızası veya mahkeme kararı aranmaksızın eşin istemi üzerine idarece aile konutu şerhi konurken, TMK 194/3. maddesinin getiriliş amacı göz önünde bulundurulduğunda konutun aile konutu olup olmadığı hususunun çekişmeden uzak olması gerektiğini belirtmiş, evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanı ile konutun aile konutu olduğunu, eşlerin konutta birlikte yaşantılarını sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belgenin ibrazı ile idarece aile konutu şerhinin konulabileceğine ilişkin düzenlemenin hukuka uygun bulunduğunu kabul etmiştir. Bu nedenlerle, Danıştay 10. Dairesinin 13.06.2011 günü 2010/11873 sayılı kararının kaldırılmasına ve yürütmenin durdurulması için gerekli şartların gerçekleşmemesi sebebiyle yürütmeyi durdurma kararı isteminin reddine oy birliğiyle karar vermiştir<sup>7</sup>.

Bugün artık malik olmayan eş, Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. maddesi uya-

7 Bundan sonra, Danıştay 10. Daire Başkanlığı, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararı uyarınca esas hakkında karar verecektir. Tarafların esas hakkındaki kararı temyiz etmemeleri halinde karar kesinleşecektir.

rınca istenen “konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ile birlikte vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanı” belgelerini ibraz ederek mahkeme kararı aranmaksızın tapuya aile konutu şerhi koyabilecektir. Ancak, uygulamada yaşanacak sorunların önüne geçebilmek adına Tapu Müdürlüğü'nün yeni bir genelge ile aile konutu şerhi konması için mahkeme kararı gerekeceğine ilişkin genelgesinin hükümsüz hale geldiğini Tapu Sicil Müdürlüklerine bildirmesi yerinde olacaktır.

Konutun aile konutu olarak kullanılıp kullanılmadığı çekişmeli ise Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2011/801 YD itiraz numaralı kararı gereğince, aile mahkemesi hâkiminin kararı gerekecektir<sup>8</sup>.

## II. ŞERHİN NİTELİĞİ ve FONKSİYONU

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi ile aile konutu üzerinde hak sahibi eşe getirilen sınırlamaların fiil ehliyeti sınırlaması mı yoksa tasarruf yetkisi sınırlaması mı olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Aynı şekilde, maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen şerhin açıklayıcı mı, yoksa kurucu mu olduğu hususunda da Türk Hukukunda bir görüş birliği mevcut değildir.

### A- Öğretideki görüşler

Türk Hukukunda, aile konutunun şerhine yönelik tartışmalar daha ziyade şerhin işlevinin ne olduğu yönünde toplanmıştır.

Bir görüşe göre<sup>9</sup>, TMK m. 194/III'teki şerhin aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşle işlem yapacak üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını bertaraf etme fonksiyonu vardır. Konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin tapuya şerh koydurmasından önce malik eşle işlem yapan ve taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığını bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen üçüncü kişiler, TMK m. 1023 uyarınca konut üzerinde mülkiyet hakkını kazanacaktır. İşte şerhin işlevi, TMK m. 1023 uyarınca malik eşle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetle hak iktisabını engellemektir. Bu sebeple, aile konutu şerhi bulunmadığı halde,

<sup>8</sup> YHGK'nun, 28.09.2011 tarihli, 2011/2-44 E. ve 2011/566 K. sayılı kararında bu yöndedir.

<sup>9</sup> *Kılıçoğlu*, TMK m. 194'ün tasarruf yetkisini sınırlayan bir düzenleme olduğu görüşünü kabul etmemektedir. **Ahmet Kılıçoğlu**, “*Aile Konutu ve Konut Eşyası ile Sağlanan Koruma*” (Aile Konutu) Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 535 vd; **Selma Bakır**, *Aile Mahkemeleri*, Ankara 2003, s. 96; **Seza Reisoğlu**, “*Yeni Medeni Kanunun Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri*” *Bankacılar Dergisi*, S. 40, Mart 2002, s. 67 .

malik eşle işlem yapan ve taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığını bilen veya bilebilecek durumda olan üçüncü kişiler, mülkiyet hakkını kazanamayacaklardır<sup>10</sup>. Bu görüşü savunan yazarlara göre şerh açıklayıcıdır.

Diğer bir görüş ise<sup>11</sup>, TMK m. 194/III'teki şerhin "tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi" olduğunu ileri sürer. Bu görüşü savunan yazarlara göre, şerh açıklayıcıdır. Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızası dışında yapılacak tasarruf işlemi hukuken geçersizdir; bu sebeple de buna bağlı olarak yapılan tescil yolsuz tescil olacaktır. Şerhin etkisi, bu yolsuz tescile güvenerek hareket eden üçüncü kişilerin iyiniyetle aile konutu üzerinde hak iktisap etmelerine engel olmaktır. Burada, yukarıdaki görüşten farklı olarak, şerh ile, mâlik eşle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetinin değil, yolsuz tescile güvenerek işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetinin bertaraf edilmesi söz konusudur.

TMK m. 194/III'de ifade bulan şerhin, tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi olduğunu ve açıklayıcı olduğunu kabul eden Şıpkı<sup>12</sup>, şerhin amacının işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetini engellemek olduğu kabul edilir-

- 
- 10 **Kılıçoğlu**, Aile Konutu, s. 535 vd; **Bilge Öztan**, Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 209 vd; **Reisoğlu**, s. 67 vd; **Yusuf Büyükkay**, "Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Eylül 2006, S. 55 (www.e-akademi.org).
- 11 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 219; **Barlas**, s. 126; **Murat Doğan**, "Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu", AÜHF D. C. VI, S. 1-4, 2002, s. 291; **Mahmut Kamacı**, "Tapu Kütüğüne Aile Konutu Şerhi" nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu" Yarg. Der. 2010/7, C. 36, S. 3, s. 53 vd; **Özcan Günergök**, "Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Hak İktisabı", EÜHF D. 2009, C. XIII, S. 1-2, s. 276 vd; **Genç Arıdemir**, s.138, 146 vd; **Gümüş**, aile konutuna ilişkin verilen şerhin TMK m. 1010 anlamında gerçek olmayan bir tasarruf kısıtlaması şerhi olduğunu kabul eder. Bkz. **Gümüş**, Yeni Şerhler, s. 62 vd; Aynı görüş için bkz. **Sezer Çabri**, "Aile Konutu Şerhi", Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 409; **Kurt**, her ne kadar TMK m. 194/III de ifade edilen şerhin "tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi" olduğunu belirtse de şerhin işlevi bakımından kendi görüşünü belirtmemiştir. Bkz. **Ekrem Kurt**, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, Ankara 2003, s. 61 vd; **Ömer Bağcı**, "Aile Konutu Üzerinde Tasarruf" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, C. IV, S. 2, s. 170 vd.
- 12 **Şıpkı**, 160 vd; **Uçar**, TMK m. 194'te aranan rızanın, 'birlikte karar verme hakkının' özel bir görünümünü olduğunu ileri sürer ve işlemin geçerli olarak kurulabilmesi için hem taahhüt hem de tasarruf işlemlerinde rızanın aranacağını belirtir. Yazar ayrıca, rıza alınmaksızın yapılan işlemlerde üçüncü şahsın iyiniyet iddialarının dinlenmemesi gerektiğine dair görüşlerin, aile konutu uygulaması bakımından daha da uygun olduğu kanaatinde. Bkz. "4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu Müessesesi", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Ocak 2006, S. 47 (www.e-akademi.org).



se, hükmün esas amacının gerçekleşmesini engelleyecek bir uygulamaya yol açılacağını belirtir. Yazar, kanun koyucunun evlilik birliğini kendisine özgü yapısı olan bir ortaklık olarak kabul ettiğini ve eşlerin bazı hukuksal işlemleri tek başına yapamamasının bu ortaklıkta eşlere tanınan katılma hakkının bir görünümü olduğunu ileri sürer<sup>13</sup>. Yazara göre, bu kanundan doğan bir sınırlamadır; bu sebeple, herkesçe bilinmesi gerekir. İşlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyi niyeti korunmaz.

*Serozan*<sup>14</sup> ise, TMK m. 194'ün öngördüğü sınırlamanın basit bir tasarruf yetkisi sınırlaması olmadığını, dolayısıyla, aile konutu şerhinin TMK m. 1010 hükmü anlamında özel çıkara hizmet eder bir tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi sayılamayacağını kabul eder. Yazara göre<sup>15</sup>, burada aile konutunun ağırlığıyla orantılı ağırlıklı bir "ehliyet" ya da "katılım gereği" sınırlaması vardır ve aile konutuna ilişkin şerh, TMK m. 1011 hükmü anlamında "geçici tescil şerhi" olabilir. Aile konutunun devrinde rızası alınmayan eş, TMK m. 194 sayesinde elde ettiği dava açma yetkisiyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açacak, bu dava devam ederken iyiniyetli üçüncü kişinin bu yolsuz tescile güvenerek konut üzerinde hak kazanmasını engellemek için geçici tescil şerhi talep edecektir<sup>16</sup>. Görüldüğü üzere, *Serozan*'a göre, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş, TMK m. 194/III'de ifade edilen bu şerhi, ancak devirden sonra ve sadece mahkemeden isteyebilecektir<sup>17</sup>.

Bilindiği üzere, yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını açabilecek olanlar TMK m. 1025'de aynı hakkı zedelenen kimseler olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin yolsuz tescil davası açıp açamayacağı da Türk Hukukunda tartışmalıdır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere *Serozan*<sup>18</sup> hak sahibi olmayan eşin yolsuz tescil davası açma hakkının TMK'nın 194. maddesinden kaynaklandığını ileri sürer. *Çabri*'de benzer şekilde Medenî Kanununun 194. maddesinin işlevini yerine getirebilmesi için yapılacak amaçsal yorum neticesinde aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin de yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabileceğini kabul eder<sup>19</sup>.

13 **Şıpkı**, s. 159 vd.

14 **Serozan**, Aile Konutu (2), s.281 vd.

15 **Serozan**, Aile Konutu (2), s.281 vd.

16 **Serozan**, Aile Konutu (2), s. 285vd.

17 **Serozan**, Aile Konutu (1), s.594 vd.

18 **Serozan**, Aile Konutu (1), s. 593 vd.

19 **Çabri**, s. 411.



*Gümüş*<sup>20</sup> ve *Kılıçoğlu*<sup>21</sup>da aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabileceğini kabul eder.

Bu yazarlardan farklı olarak *Ayan*<sup>22</sup>, TMK m. 1025'in açık ifadesi karşısında aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabileceğini kabul etmenin mümkün olmadığını belirtir. Bununla birlikte yazar, adına yolsuz tescil yapılan işlem tarafı üçüncü kişinin tahliye talebi gibi bir talebine karşı, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin tescilin yolsuz olduğunu ileri sürebileceğini ifade eder.

*Armutçuoğlu*<sup>23</sup> ise ailenin bütününe ilgilendirmesi nedeniyle, aile konutuna ilişkin borçlandırıcı işleme de müdahale edilmesinin gerektiğini düşünür. Yazara göre, kanun koyucu aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin fiil ehliyetine sınırlama getirmektedir. Yazar, TMK m.194'ün, davranışları ile ailesini darlık ve yoksulluğa düşüren kişinin ehliyetini sınırlayan TMK m. 406 hükmüne paralel bir düzenleme olduğunu ileri sürer<sup>24</sup>. *Armutçuoğlu*, aile konutu şerhinin, hak sahibi olmayan eşin açacağı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası sırasında davacının yapacağı olası devir işlemlerinde üçüncü kişilerin iyi niyetlerini ortadan kaldırma işlevi gören, geçici tescil şerhi olduğunu ifade eder<sup>25</sup>.

*Acar*<sup>26</sup>, TMK m.194 ile getirilen sınırlamanın “birlikte karar verme hakkı” olduğunu kabul eder. Yazara göre, işlemin geçerli olarak kurulabilmesi

20 **Alper Gümüş**, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), (Evliliğin Genel Hükümleri), İstanbul 2008, s. 87 vd.

21 **Kılıçoğlu**, Yenilikler , s. 61 vd.

22 **Serkan Ayan**, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 106 vd.

23 Yazar, tasarruf işlemini gerçekleştiremeyen hak sahibi eşin, işlemin karşı tarafının ifaya olan menfaatini karşılamak zorunda olacağından, aile konutunun saldırıya açık olacağını belirtir. Bu sebeple de, yazar, TMK m. 194'te aranan rızanın borçlandırıcı işleme de sirayet ettirilerek aile konutuna daha etkili bir koruma sağlanması gerektiğini kabul eder. Bkz. **Can Yalçın Armutçuoğlu**, “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, MÜHF-HAD, C. 17, S. 1-2, s. 425, 426 vd.

24 Yazar, fiil ehliyeti sınırlaması ile ehliyeti sınırlanan kişiyi koruma amacı güdüldüğü, oysa, TMK m. 194'te ehliyeti sınırlanan kişiden başkasının menfaatlerinin korunduğu yönündeki eleştirileri, ailenin korunması ile ehliyeti sınırlanan kişinin de menfaatlerinin korunmuş olacağı gerekçesiyle reddetmektedir. Bkz. **Armutçuoğlu**, s. 426 vd.

25 Aile konutu şerhi, hak sahibi eş üçüncü kişilerle işleme girişmeden de tapu siciline işlenebileceğinden, yazar burada öncelenmiş geçici tescil şerhinin söz konusu olduğunu kabul eder. Bkz. **Armutçuoğlu**, s. 428,429.

26 **Faruk Acar**, Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2012, s. 44 vd.

aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin onayına bağlıdır<sup>27</sup>. Onay kuru-  
cudur; onay verilmez ise, hem taahhüt hem de tasarruf işlemi geçersizdir<sup>28</sup>.  
Yazar, birlikte karar verme hakkının ailenin korunmasına ilişkin kamusal bir  
menfaate hizmet ettiğini, dolayısıyla, TMK m. 194 ile getirilen sınırlamanın  
tasarruf yetkisi sınırlamasından daha geniş olduğunu ifade eder<sup>29</sup>. Yazar ay-  
rıca, şerhin niteliğine ilişkin görüşünü ifade etmemiştir; ancak, şerhin, adına  
yolsuz tescil bulunan işlem tarafı ile ilişkiye giren üçüncü kişilerin, tescilin  
geçerliliğine yönelik iyiniyetini koruyacağını kabul eder<sup>30</sup>.

## B. İsviçre Hukukundaki Düzenleme

Aile konutu, İsviçre Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde düzenlenmiş-  
tir<sup>31</sup>. Türk Medenî Kanunu 194. madde hükmü de, madde gerekçelerinde be-  
lirtildiği üzere İsviçre Hukukundan iktibas edilmiştir. Ancak, İsviçre Medenî  
Kanunu m. 169, Türk Hukukundan farklı olarak, taşınmazın tapu kütüğüne  
aile konutuna ilişkin şerh verdirilmesi imkânını tanımamıştır. Bu sebeple,  
Türk Hukukunda karşılaştığımız şerhin niteliği ve fonksiyonuna ilişkin tartış-  
malara İsviçre hukukunda rastlanmamaktadır.

İsviçre Hukukunda, aile konutu üzerindeki hakta diğer eşin rızası alınma-  
dan tasarruf edilmesi halinde, yapılan işlemin kesin hükümsüz olacağı kabul  
edilir<sup>32</sup>. Kesin hükümsüz işlemin iyiniyetli üçüncü kişiler üzerindeki etkisi  
hususunda ise, işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmayacağı belir-  
tilir<sup>33</sup>. Herhangi bir şekilde, borçlandırıcı işlemin tarafı üçüncü kişi adına aile

27 Acar, s. 44 vd.

28 Acar, s. 44 vd.

29 Acar, s. 45 vd.

30 Acar, s. 45 vd.

31 **Logement de la famille:CCS Art. 169:** 1 Un époux ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, n'aliéner le bail, n'aliéner la maison ou l'appartement familial, n'instaurer ni d'autres actes juridiques des droits dont dépend le logement de la famille.

2 S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé sans motif légitime, l'époux intéressé peut en appeler au juge.

32 **Henri Deschenaux/Paul-Henri Steinauer/Margareta Baddeley**, Les effets du mariage, Berne 2000, s. 140 vd; **Yvan Guichard**, Les restrictions au droit de disposer du logement de la famille, Lausanne 2002, s. 160 vd ; **Olivier Guillod**, Droit des familles, Neuchâtel 2012, s. 57 vd; Federal Mahkemenin 27.11.2008 tarihli kararı için bkz. 5A\_695/2008, cons. 4.1; benzer yönde ATF 118/II 489 cons. 2, p. 490- 491; 4A\_470/2007, cons. 5.5.1 (kararlar için bkz. www.swisslex.ch).

33 **Deschenaux/ Steinauer/ Baddeley**, s. 112, 140 vd; **Guichard**, s. 165 vd; **Guillod**, s. 55, 59.

konutuna etki eden mülkiyet hakkı veya sınırlı ayni hakkın tescil edilmesi halinde, söz konusu tescilin yolsuz tescil teşkil edeceği, bu durumda, bu yolsuz tescile güvenerek hak iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımlarının korunacağı hüküm altına alınmıştır (İMK m. 973, m. 975)<sup>34</sup>.

İsviçre Hukukunda, yolsuz tescile güvenen iyiniyetli üçüncü kişilerin hak kazanımlarının önüne geçmek için, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin de, adına yolsuz tescil yapılan işlem tarafına karşı, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açarak yolsuz tescilin düzeltilmesini isteyebileceği kabul edilir<sup>35</sup>. İMK m. 975 uyarınca, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş zaten yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabilmektedir.

### § 3. 4.10.2006 tarihli ve E. 2006/2-591, K. 2006/624 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi

#### I- 4.10.2006 tarihli ve E. 2006/2-591, K. 2006/624 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

*Taraflar arasındaki “tapu iptal-tescil ve aile konutu şerhi verilmesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Sivas Aile Mahkemesi)nce davanın reddine dair verilen 28.10.2004 gün ve 609-1142 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin 03.05.2005 gün ve 2547-7234 sayılı ilamı ile,*

*( ...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş, yeni Kanunda 194, 240, 254, 279 ve 652. maddelerde “aile konutu” adı altında yeni bir hukuki kavram getirmiştir. Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi “eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez; aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandıramayacağını” hükme bağlamıştır. Bu düzenleme ile Tapu Sicilinde konutun maliki olarak gözüken eşin, hukuki işlem özgürlüğü diğer eşin katılımına onamına bağlanmıştır.*

*Amaç, aile konutunun ve bu konutla ilgili kanuni hakları koruma altına almaktır. Bu koruma, evlilik birliği devam ettiğine göre 4721 sayılı Kanunun*

---

Bu yöndeki kararlar için bkz. 5A\_695/2008, cons. 4.1; ATF 118/ II 489 cons. 2, p. 490- 491; ATF 115/ II 361-364 (kararlar için bkz. www. swisslex.ch).

34 Guichard, s. 165 vd; Deschenaux/ Steinauer/ Baddeley, s. 141.

35 Deschenaux/ Steinauer/ Baddeley, s. 141.

yürürlüğe girişi 01.01.2002'den önceki edinilmiş aile konutları için de geçerlidir. Toplanan delillerden dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülendikleri tartışmasızdır. Davalılar Harun ve Hadi'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacının da satışa rızasının bulunmadığını bildikleri sabittir. Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koşulları da gerçekleşmemiştir. Bu açıklamalar karşısında davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi uygun görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

**KARAR:** Dava, tapu iptal-tescil ve aile konutu şerhi verilmesi istemine ilişkindir.

Davacı; üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan dava konusu meskenin, tapuda kayden malik olan eşi Yüksel B. tarafından, kendisinin rızası alınmadan davalılara satıldığını, dava konusu meskenin 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 194. maddesinde ifadesini bulan aile konutu olduğunu ileri sürerek; davalılar üzerinde bulunan tapu kaydının iptali ile eşi Yüksel B. adına tesciline ve tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin şerh konulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun satıştan altı ay sonra yürürlüğe girdiğini, bu itibarla geçmişe etkili olamayacağını savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmişlerdir.

Mahkemece, “davanın kabulüne” dair verilen ilk karar; Özel Daire’ce “husumetin malik eşe de yöneltmesi gereğine” işaretle bozulmuş; Yerel Mahkeme bozma kararına uyarak, “davalıların tapu kaydına güvenle, aile konutu olduğunu bilmeden taşınmazı satın aldıkları ve meskenin davacı eşin rızası hilafına satıldığını bilmediklerinin anlaşıldığı” gerekçesiyle “davanın reddine” karar vermiştir.

Davacının temyizi üzerine bu karar, Özel Daire’ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme “Türk Medenî Kanununun 194/1. maddesinde ifadesini bulan aile konutunun devir ve buna ilişkin malikin işlem yasağının, taşınmaza daha önceden aile konutu olduğuna yönelik bir şerh konulması halinde mümkün olacağı ve ancak bu halde, üçüncü kişilerin ve dolayısıyla davalıların taşınmazın devrine ilişkin iyiniyetli olup olmadıklarının değerlendirilebileceği” gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir.

*Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 194. maddesinin III. fıkrasında yer alan aile konutu şerhinin bir kurucu şerh olup olmadığı, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet hakkı kazanan işlem tarafı üçüncü kişinin bu kazanımının korunup korunmayacağı noktasındadır.*

*Bir başka ifadeyle, Yerel Mahkeme, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 194. maddesinin III. fıkrasında yer alan şerhin kurucu bir şerh olması sebebiyle, şerhin yokluğunda artık işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımının korunmasını öngörmekte; Özel Daire ise, aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini istememiş olsa bile işlem tarafı üçüncü kişi kötüniyetli ise şerhin yokluğuna rağmen kazanımının korunamayacağını kabul etmektedir.*

*Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun aile konutu ile ilgili 194. maddesi ile tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımının korunmasına ilişkin 1023. maddesi hükmünün birlikte değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.*

...

*Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.*

*Bu kadar önemli olduğu açık olan bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukukî işlem yapması, diğer eşin önemli yararlarını zedeler. Bu nedendir ki, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi hükmü ile bu konutun başkalarına devri diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, aile konutu olarak özgülünen taşınmazın mülkiyetinin devri diğer eşin rızasına bağlı bir hukukî işlem olarak kabul edilmiştir. (Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, Ankara-2004, s. 207; Ahmet M. KILIÇOĞLU, Türk Medenî Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara-2002, s. 18)*

*4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası hükmü ile rıza alınmadan yapılacak işlemleri önleyebilmek amacıyla tapu kütüğüne şerh verilmesi olanağı getirilmiştir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, anılan madde ile tapuya güven ilkesine bir istisna getirilmiş değildir. (KILIÇOĞLU, s. 20)*

*Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur.*

*Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Bu sebeple, yerel mahkemenin tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı; eş söyleyişle, şerhin bir "kurucu şerh" olduğuna ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımının korunması gerekeceğine ilişkin belirlemesi yerinde değildir.*

*Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesi, tapuya güven ilkesini öngörmektedir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası ise, tapuya güven ilkesinin aynen sürdürülmekte olduğunun bir ifadesidir. (KILIÇOĞLU, s. 20)*

*Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülendiği tartışmasızdır. İşlem tarafı olan davalılar Harun ve Hadi'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacı malik olmayan eşin satışa rızasının bulunmadığını bildikleri de kuşku ve duraksamadan uzaktır.*

*Şu hale göre, tapuya güven ilkesini esas alan Türk Medenî Kanununun 1023. maddesi koşulları da işlem tarafı olan üçüncü kişiler yönünden gerçekleşmemiştir.*

*Hal böyle olunca; Yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ve davanın kabulü gereğine işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenlerle bozulmalıdır.*

## **II. Kararın İncelenmesi**

### **A- Karara Konu Olay**

Karara konu olay, aile konutu olarak kullanılan taşınmazın, malik olmayan eşin rızası alınmadan üçüncü kişilere satılmasıdır. Bunun üzerine malik olmayan davacı eş, davalılar üzerinde bulunan tapu kaydının iptalini ve eşi adına tescilini istemiş, ayrıca tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin şerh konulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun taşınmazın satışından

altı ay sonra yürürlüğe girdiğini, bu itibarla geçmişe etkili olamayacağını savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

İlk derece mahkemesinin, “davanın kabulüne” dair verdiği ilk kararı,- Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından “husumetin malik eşe de yöneltilmesi gerektiği” ifade edilerek bozulmuş; ilk derece mahkemesi bozma kararına uyararak, davalıların tapu kaydına güvenle, aile konutu olduğunu bilmeden taşınmazı satın aldıkları ve meskenin davacı eşin rızası hilafına satıldığını bilmedikleri gerekçesiyle “*davanın reddine*” karar vermiştir.

Davacı ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etmiş, bunun üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, amacın, aile konutunun ve bu konutla ilgili kanuni hakların koruma altına alınması olduğunu, bu korumanın, evlilik birliği devam ettiğine göre 4721 sayılı Kanunun yürürlüğe girişi 01.01.2002 tarihinden önce edinilmiş aile konutları için de geçerli olacağını belirtmiştir. Toplanan delillerden dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülendiğinin tartışmasız olduğunu ifade eden Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, davalılar Harun ve Hadi'nin, taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacının da satışa rızasının bulunmadığını bildiklerini, Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesi koşullarının gerçekleşmediğini gerekçe göstererek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Yerel mahkemenin gerekçesini değiştirerek kararda direnmesi üzerine uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir. Yerel mahkeme direnme kararında, davalıların taşınmazın devrine ilişkin iyiniyetlerinin ancak aile konutuna ilişkin şerh varsa incelenebileceğini ifade etmiştir. Yerel mahkemeye göre şerh kurucudur ve şerh yoksa davalıların iyiniyetleri araştırılmaksızın kazanımları korunacaktır.

### **B. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Benimsediği Sonuç**

Karara konu olayda, Yerel mahkeme, MK m. 194/III'de ifade edilen şerhin kurucu olduğunu, bu sebeple de şerhin yokluğunda, işlem tarafı üçüncü kişinin, iyiniyetin aranmasına gerek kalmaksızın aile konutunun mülkiyetini kazanacağını kabul ederken, Özel Daire, aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini talep etmemişse, işlem tarafı üçüncü kişinin kötü niyetli olması ihtimalinde şerhin yokluğuna rağmen korunmayacağını, taşınmazın mülkiyetini kazanamayacağını ileri sürmüştür.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu dava konusu taşınmazın aile konutu olarak özgülendiğinin kuşkusuz olduğunu belirttikten sonra, aile konutunun maliki



olan eş ile işlem yapan diğer tarafın, taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacı malik olmayan eşin satışa rızasının bulunmadığını bildiklerini, dolayısıyla tapuya güven ilkesini esas alan Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesinin koşullarının işlem tarafı olan üçüncü kişiler bakımından gerçekleşmediğini kabul etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, MK m. 194 hükmü ile MK m. 1023 hükmünün birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirttikten sonra,

-aile konutu olarak özgülünen taşınmazın mülkiyetinin devrinin diğer eşin rızasına bağlı bir hukukî işlem olduğunu,

-MK m.194/III'ün tapuya güven ilkesinin bir istisnası olmadığını, aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile, işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımının TMK m. 1023 ile korunduğunu,

-şerhin etkisinin, eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyi niyetine rağmen geçersiz sayılacağına yönelik olduğunu,

-şerhin kurucu şerh olmadığını, dolayısıyla, Yerel mahkemenin tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerh ile doğacağı ve işlem tarafı üçüncü kişinin, iyi niyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımının korunması gerekeceği görüşünün doğru olmadığını,

- işlem tarafı davalıların, taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olarak kullanıldığını ve davacı malik olmayan eşin satışa rızasının bulunmadığını bildiklerini, bu sebeple, tapuya güven ilkesini esas alan TMK m. 1023'ün koşullarının işlem tarafı üçüncü kişiler bakımından gerçekleşmediğini

belirterek, Yerel mahkemenin Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnmesini, usul ve yasaya aykırı bulmuş ve direnme kararını bozmuştur.

### **C. Kararın Değerlendirilmesi**

#### **1- 4721 sayılı Kanunun Zaman İtibariyle Uygulama Alanı Bakımından**

Kanunların zaman itibariyle uygulanabilirliği bakımından genel kural, kanunların Resmî Gazetede yayınlanıp yürürlüğe girdikleri tarihten sonra ce-



reyan eden olaylara uygulanmasıdır. Kanunun, yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen olaylara uygulanması, diğer bir ifade ile, kanunların geçmişe etkili olması, hukuk güvenliği ile bağdaşmaz<sup>36</sup>. Bu sebeple, davalıların, satışın 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden altı ay önce gerçekleştiğini ileri sürmesine rağmen, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin evlilik birliğinin devam ettiği gerekçesiyle, 4721 sayılı Kanunun, 01.01.2002'den önceki edinilmiş aile konutları için de geçerli olduğunu kabul ederek davaya devam etmesi akılları karıştırmıştır. Nitekim, 4721 sayılı Kanunun, 01.01.2002'den önceki edinilmiş aile konutları için de uygulanacağı hususunda kuşku yoktur. Yeter ki, 01.01.2002 tarihinden önce edinilen konut, 01.01.2002 tarihinden sonra devredilmiş olsun. Ancak, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin gerekçesi, davalıların, aile konutunun satışından altı ay sonra Kanun'un yürürlüğe girdiğine dair savunmalarına bir cevap olarak ve Kanun'un uygulama alanını belirtmek amacı ile ileri sürülemez. Zira, taşınmaz 01.01.2002 tarihinden önce edinilmiş ve 01.01.2002 tarihinden önce satılmış ve devredilmiş ise, evlilik birliğinin devam ettiği gerekçesiyle, satım işleminin 4721 sayılı Kanun'a tâbi olacağı sonucuna varılması Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun'a aykırılık teşkil eder.

Aile konutuna ilişkin satış işleminin 4721 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden altı ay önce gerçekleştirilmiş olması karşısında, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Kanun'un somut olaya zaman açısından uygulanamayacağını tespit etmesi gerekirken, 4721 sayılı Kanun uyarınca inceleme yapması doğru olmamıştır.

Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 4721 sayılı Kanunun somut olaya zaman açısından uygulanıp uygulanmayacağına dair bir inceleme yapmamıştır. Gerek yerel mahkemenin, gerek Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin gerekse de Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, Kanun'un zaman açısından uygulama meselesini incelemeksizin, konuyu sadece davalıların iyiniyetli olup olmamasına dayalı olarak çözmeye çalışması hukuka aykırı olmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Kanun'un zaman açısından uygulanması meselesini incelemesi gerekirken, yerel mahkemenin direnme kararını başka gerekçelerle bozması, bu gerekçelerin de üzerinde durulmasını gerektirmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun aile konutuna ilişkin şerhin ni-

36 **Kemal Oğuzman/NamiBarlas**, Medeni Hukuk Temel Kavramlar, İstanbul 2013, s. 79 vd; **Rona Serozan**, Medenî Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, s. 179 vd; **Başak Baysal**, "Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü" Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan" Ankara 2004, s. 475, 486 vd.

teliği ve fonksiyonu hakkındaki görüşleri, karara ilişkin diğer gerekçelerin değerlendirilmesi suretiyle ortaya konacaktır.

## **2- Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinde Öngörülen Sınırlamanın Hukukî Niteliği Bakımından**

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yukarıdaki gerekçelerle verdiği kararının değerlendirilmesi, öncelikle, eşlerden birinin diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağı hükmünü içeren Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin değerlendirilmesiyle mümkün olacaktır.

Kanun koyucu, söz konusu maddenin gerekçesinde, aile konutunun, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantılarına buna göre yön verdiği, acı tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan olduğunu ifade ettikten sonra, bu denli önemli bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına işlem yapmasının diğer eşin önemli yararlarını etkileyebileceğini, bu sebeple de konut üzerindeki hakları kısmen veya tamamen sınırlayıcı işlemlerin diğer eşin rızasıyla mümkün olabileceğini belirtmiştir. Maddenin gerekçesinden kanun koyucunun evlilik birliğini ve aileyi korumak amacıyla aile konutuna özel bir önem verdiği, buna bağlı olarak da onu özel bir hükümlerle koruma ihtiyacı hissettiği açıkça anlaşılmaktadır. Bu sebeple bundan sonra yapacağımız değerlendirmelerde, kanun koyucunun bu amacına göre hareket etmek gerekecektir.

İlk olarak, TMK m. 194/I'de öngörülen sınırlamanın bir fiil ehliyeti sınırlaması mı yoksa tasarruf ehliyeti sınırlaması mı olduğunu ortaya koymak gerekir.

TMK m. 194'te öngörülen sınırlama, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, konutta hak sahibi olmayan eşin ve çocukların barınma hakkını korumak, onlara bir güvence sağlamak amacıyla, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşe, sadece aile konutuna ilişkin işlemleri için getirilmiş bir sınırlamadır. Benzer bir düzenleme içeren TMK m. 199 hükmüne bakıldığında, madde yan başlığının "*tasarruf yetkisi sınırlaması*" olduğunu görürüz. Maddenin birinci fıkrasında, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin iste mi üzerine, hâkimin, belirleyeceği mal varlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebileceği düzenlenir. TMK m. 199/II'de, hâkimin bu durumda gerekli önlemleri alacağı belirtildikten sonra, maddenin üçüncü fıkrasında, hâkimin, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde ta-

sarruf yetkisini kaldırırrsa, re'sen durumun tapu kütüğüne şerhedilmesine karar verebileceği ifade edilir.

TMK m. 199 hükmünün kanun koyucu tarafından tasarruf yetkisi sınırlaması olarak düzenlenmesi, kanımızca TMK m. 194'ün de bir tasarruf yetkisi sınırlaması getirdiğini göstermektedir. Zira, her iki hüküm de, evlilik birliği ve ailenin ekonomik varlığının korunması amacına hizmet etmektedir. Ayrıca, her iki hüküm de mal varlığı değeri ile ilgili tasarrufların ancak diğer eşin rızası ile mümkün olabileceğine ilişkin düzenleme içerir. TMK m. 199'da, hâkimin belirleyeceği malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruflarda rıza aranması kararını hâkim verirken, TMK m. 194'de aile konutuna ilişkin işlemler düzenlenmiş ve sınırlama için hâkim kararına gerek görülmemiştir. Kanun koyucunun salt aile konutuna ilişkin işlemlerde fiil ehliyeti sınırlaması getirdiğini kabul etmek, kanun koyucunun bu konuda bilinçli olarak bir ayırım yaptığını kabul etmek anlamına gelir ki, ne Medenî Kanun'un 194. maddesinin gerekçesinde ne de 199. maddesinin gerekçesinde böyle bir bilgiye rastlanmamaktadır. Aksine, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarihli 200/7 No'lu genelgesinde de "aile konutudur" şerhi bulunan taşınmazda eşlerin rızası sağlanmadıkça tapu kütüğü üzerinde "tasarrufi taleplerin" karşılanmayacağı belirtilmiştir.

Nitekim, TMK m. 194 ile getirilen sınırlamanın tasarruf yetkisi sınırlaması olarak nitelendirilmesi, diğer bir ifade ile, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, diğer eşin rızasını almaksızın aile konutuna ilişkin olarak sadece tasarruf işlemini yapamayacağının kabul edilmesi, kanımızca düzenleme ile amaçlanan korumayı da sağlamaktadır. Bu durumda aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, her ne kadar diğer eşin rızası olmadan aile konutuna ilişkin borçlandırıcı işlemi geçerli bir şekilde yapabilecek olsa da, bu borçlandırıcı işleme dayanarak tasarruf işlemini gerçekleştiremeyecektir. Gerçi, borçlandırıcı işlemin ifa edilememesi dolayısıyla ortaya çıkabilecek tazminat taleplerinde aile konutuna başvurulması mümkün olacaktır<sup>37</sup>. Ancak, aynı tehlike

37 "TMK'nın 194. maddesi aynen 'Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini fesh edemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz' hükmünü içermektedir. Yasal bu düzenleme, aile konutunun tapu sicilinde maliki olan borçlunun borcundan dolayı alacaklıların yapacakları bir icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmemektedir". Y12HD, T. 04.05.2006, E. 5829, K. 8852; "Alacaklının B.A. hakkında başlattığı takibin kesinleşmesi üzerine borçlu taşınmazına haciz konulmuştur. Anılan taşınmazın tapu sicilinde aile konutu şerhinin bulunması haczedilmesine engel teşkil etmez". Y12HD, T. 18.04.2006, K. 5585, E. 8228. Kararlar için bkz. **Nazif Kaçak**, Açıklama ve İçtihatlarla Haczedilmezlik, Ankara 2006, s. 69, 92.

aile konutuna ilişkin olmayan ve ifa edilemeyen diğer borçlandırıcı işlemler için de söz konusu olduğundan, sırf tazminat taleplerinin önüne geçmek amacıyla TMK m. 194 ile getirilen sınırlamayı fiil ehliyeti sınırlaması olarak kabul etmek, aile konutuna ilişkin olmayan hukukî işlemlerden kaynaklanan tazminat talepleri bakımından ortaya çıkacak sakıncaları gidermek bakımından yeterli olmayacak, amaca hizmet etmeyecektir<sup>38</sup>.

Bu nedenle, Medenî Kanun'un 194. maddesi ile malik eşe, aile konutuna ilişkin işlemler yönünden getirilen sınırlamaların tasarruf yetkisi sınırlaması olarak değerlendirilmesi gerektiği inancındayız.

### 3- Türk Medenî Kanunu m.194/III'de Düzenlenen Şerhin Hukukî Niteliği ve Fonksiyonu Bakımından

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinde düzenlenen tasarruf yetkisi sınırlaması için hâkim kararına gerek yoktur. Konutun, aile konutu olarak kullanılması, üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanması için yeterlidir. Diğer bir deyişle, aile konutuna ilişkin tapu kütüğüne verdirilen şerh, kurucu değil, açıklayıcı bir tasarruf yetkisi sınırlaması şerhidir<sup>39</sup> (TMK m. 1010). Zira, aile konutunun korunması ihtiyacının, eş ve çocukların barınma hakkının korunması gerektiği düşüncesinden kaynaklandığı ve dolaylı olarak evlilik birliğinin korunmasına da hizmet ettiği düşünüldüğünde, bu korumanın ancak, şerhe açıklayıcı bir nitelik tanınmasıyla etkin şekilde sağlanabileceği görülmektedir.

Bu durumda, aile konutu ile ilgili olarak konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızası olmaksızın yapılan işlem, tasarruf yetkisi sınırlaması se-

---

*Akil*, TMK m. 194 ile getirilen sınırlamanın amacından aile konutunun kaybına neden olacak ve ailenin barınma hakkını tehlikeye düşürecek her türlü hukukî işlemin diğer eşin rızasına bağlı olacağı sonucunun çıkarılabileceğini, taşınmaz üzerine aile konutu şerhinin verildiği durumda, bu konut aynı zamanda borçlunun hâline münasip evi ise borçlu olmayan eşin de haczedilmezlik şikâyetinde bulunabileceğini kabul eder. Yazara göre, takip borçlusunu olan eşin, aynı zamanda aile konutu durumunda bulunan hâline münasip evin haczedilmezliğinden diğer eşin rızası olmaksızın feragat etmesi geçerli değildir. Bkz. **Cenk Akil**, “*Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m.. 82/12)*” **AÜ-HFD 2011, S. 60 (4), s. 799 vd.**

38 *Gümüş*, haklı olarak, İcra İflas Kanununda yapılacak bir değişiklik ile aile konutunun haczedilmeyen mallar arasına katılmasının gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **Gümüş**, Yeni Şerhler, s. 50 vd.

39 **Oğuzman/Seliçi**, s.219 vd; **Barlas**, s. 126 vd; **Şıpka**, s. 160; **Günergök**, s. 280 vd; **Kamacı**, s. 53 vd; *Gümüş*, “gerçek olmayan bir tasarruf sınırlaması şerhi” olarak nitelendirir. Bkz. **Gümüş**, Yeni Şerhler , s. 62 vd.

bebiyle geçersiz olacak, yapılacak tescil de yolsuz tescil teşkil edecektir<sup>40</sup>. İşlemin diğer tarafı, konutun aile konutu olarak kullanıldığı bilmediğini veya bilebilecek durumda olmadığını, tapuda bu yönde bir şerhin bulunmadığını, bu sebeple, iyiniyetli olduğunu ileri sürerek aile konutu üzerinde hak iddia edemeyecektir. Zira, Medenî Kanununun 3. maddesinin ilk fıkrasında, Kanunun iyiniyete hukukî sonuç bağladığı durumlarda asıl olanın iyiniyetin varlığı olduğu belirtilerek, iyiniyetin ancak kanunun öngördüğü hallerde ve ölçüde koruyucu rol oynayacağı kabul edilmiştir. Aile konutuna ilişkin işlemin diğer tarafının iyiniyetinin, taşınmazın maliki olan eşin tasarruf yetkisi eksikliğini gidereceğine ilişkin bir koruma hükmü yasada mevcut değildir.

Bu açıklamalar doğrultusunda görülmektedir ki, aile konutuna ilişkin tapu kütüğüne koydurulan şerhin etkisi, malik eşle işlem yapan tarafın iyiniyetini bertaraf etmeye yönelik değildir. Nitekim, TMK m. 194'ün koruma amacı da böyle bir yoruma müsaade etmemektedir.

İşlem tarafı kişinin aile konutu üzerinde hak kazanabilmesi ancak, diğer eşin işleme rıza göstermesi ile mümkündür. Rıza beyanı açık olmalıdır<sup>41</sup>. Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş, hukukî işleme önceden “izin” verebilir veya hukukî işlem yapıldıktan sonra “icazet” verebilir. İzin veya icazet, işlem tarafı eşe veya işlemin diğer tarafı üçüncü kişiye yöneltilebilir. İşlemin aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızası alınmadan yapılması halinde “noksanlık” söz konusudur<sup>42</sup>. Bu durumda, rızası alınmayan eş, işleme icazet verirse işlem yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelir, icazet vermezse işlem yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz hale gelir.

Taşınmazın tapu kütüğüne, bu geçersiz işleme dayanılarak işlemin diğer tarafı adına bir tescil yapılırsa, bu tescil yolsuz tescil olur. TMK m. 194/III'de düzenlenen şerh müessesesi de işte bu yolsuz tescile güvenen iyiniyetli üçüncü kişilerin aile konutu üzerinde hak kazanımlarını bertaraf etme işlevini görür<sup>43</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yerel mahkemenin şerhin kurucu olduğu yönündeki görüşünü benimsemeyerek yerinde bir karara varmış olsa da,

40 **Barlas**, s.126 vd; **Gümüş**, s. Yeni Şerhler, s 58 vd.

41 Rıza beyanı şekle tâbi değildir. Örtülü rıza geçerli olmadığı gibi iradeyi ortaya koyan davranışlarla hukukî işleme rıza gösterildiği de kabul edilmez. Bkz. **Barlas**, s. 128 vd; **Kamacı**, s. 28 vd.

42 Bkz. **Gümüş**, Mal Rejimleri, s. 83 vd; **Barlas**, s. 129 vd; **Kamacı**, s. 25 vd.

43 Bkz. **Gümüş**, Mal Rejimleri , s. 86 vd.

hukukî işleme konu olan taşınmaz üzerinde aile konutuna ilişkin şerhin bulunmaması halinde, TMK m. 1023'e dayanarak hukukî işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması gerektiğini ileri sürmesi, hukuken doğru değildir. TMK m. 1023, işlem tarafının tasarruf yetkisinin varlığına yönelik iyiniyetini değil, adına yolsuz tescil bulunan işlem tarafı ile ilişkiye giren üçüncü kişilerin, tescilin geçerliliğine yönelik iyiniyetini korumaktadır<sup>44</sup>. Nitekim, *Serozan*'ın da haklı olarak belirttiği üzere, aile konutu şerhedilmemişse konutu devralanın iyiniyetinin herhalde korunacağı, bu kişinin işlem tarafı da olabileceği görüşü, rızası alınmayan eşe işlem tarafının kötüniyetini ispat etme yükü getireceğinden TMK m. 194'ün aileyi koruma amacına da hizmet etmiş olmayacaktır<sup>45</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu somut olayda, aile konutuna ilişkin şerhin açıklayıcı olduğunu, dava konusu taşınmaza ilişkin aile konutu şerhi bulunmadığını, TMK m. 1023 uyarınca hukukî işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağını, ancak davalıların taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olarak kullanıldığını ve malik olmayan eşin satışa rızasının bulunmadığı bildiklerini belirterek, Özel Daire bozma kararına uyulması gerektiğini kabul etmiş ve Yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur.

Oysa, daha önce de belirttiğimiz üzere, işlemin aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızası alınmadan yapılması halinde “noksanlık” söz konusu olacaktır. Rızası alınmayan eş işleme icazet vermezse, işlem zaten yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz hale gelecektir. Bu durumda, işlem tarafının iyiniyeti, malik eşin tasarruf yetkisi eksikliğini gideremeyecek, iyiniyetli işlem tarafı adına tapuya yapılan tescil yolsuz tescil olacaktır. Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş, TMK m.1025 uyarınca yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabilecek ve aynı davada tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin şerh konulmasına karar verilmesini talep edebilecektir.

44 **Gümüş**, s. 63 vd.

45 Belirtmek gerekir ki *Serozan*, diğer eşin rızası alınmaksızın aile konutunun devredilemeyeceğini, böyle bir devrin her nasılsa gerçekleştirilmesi halinde işlemin kesin hükümsüz olacağını kabul eder. Kesin hükümsüzlüğün, işlemin diğer tarafının iyiniyeti ile veya işlem öncesi rızası alınmayan eşin sonradan vereceği icazet ile giderilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda, kesin hükümsüz sayılan işlemi eksik unsurları telafi ederek tekrar yapılması gerekecektir. Bkz. **Serozan**, Aile Konutu (1), s. 591 vd.

Ancak biz, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işlemin aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin rızası alınmadan yapılması halinde “noksanlık” söz konusu olacağı, bu durumda, rızası alınmayan eş işleme icazet verirse, işlemin yapıldığı andan itibaren geçerli hale geleceği, icazet vermezse, işlemin yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz olacağı kanaatindeyiz.

Aile konutuna ilişkin işlemin diğer tarafının iyiniyetinin, taşınmazın maliki olan eşin tasarruf yetkisi eksikliğini gidereceğine ilişkin bir koruma hükmü yasada mevcut olmadığından, malik eşle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaları da kesin hükümsüz işlemi geçerli hale getirmeyecektir. TMK m. 1023'ün tapudaki yolsuz tescile güvenerek işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetini koruduğu dikkate alındığında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aile konutu şerhi bulunmadığı ihtimalde, TMK m. 1023 uyarınca hukukî işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağını, ancak, davalıların kötüniyetlerinin sabit olması dolayısıyla TMK m. 1023'ün sağladığı korumadan yararlanamayacaklarını gerekçe göstererek yerel mahkemenin direnme kararını bozması yerine değildir.

### SONUÇ:

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından bağımsız olarak genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, TMK m. 193/III'te düzenlenen şerh, TMK m. 1010 anlamında tasarruf yetkisi sınırlaması şerhidir. Şerh açıklayıcıdır. Tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığına dair şerhin işlenmesinden önce, diğer eşin rızası hilafına mâlik eşle yapılan hukuki işlemler geçersizdir. İşlemin diğer tarafının iyiniyeti hükümsüzlüğü gideremez. Her nasılsa, bu hükümsüz işleme dayanılarak işlemin diğer tarafı adına bir tescil yapılmışsa, söz konusu tescil yolsuz tescildir. Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş, TMK m. 1025'in hak sahibi eşe tanıdığı imkândan yararlanarak, işlemin diğer tarafına karşı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabilir.

Diğer yandan, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin aile konutuna şerh verdirebilmesi için mahkeme kararının aranması kanımızca aile konutuna ilişkin düzenlemenin amacına ters düşer. Aile konutuna ilişkin özel bir koruma hükmü getirmenin amacı, konutta hak sahibi olmayan eşin ve çocukların barınma hakkını korumak, onlara bir güvence sağlamaktır. Oysa, tapu kütüğüne şerh verdirebilmek için mahkeme kararının aranması, kadın eş ve çocukların barınma hakkını ve ekonomik güvencesini tehlikeye sokacaktır. Ülkemizin toplumsal gerçeklerini de göz önüne aldığımızda, çoğu zaman güçsüz olan kadın eş mahkemeye başvurmaktan çekinecektir. Bu sebeple, ilgili kanun hükmünün amacının etkin bir şekilde sağlanabilmesi için, aile konutunda hak sahibi olmayan eşin, evli olduğunu ve şerh verdirilmek istenen konutun aile konutu olarak kullanıldığını belgelemek suretiyle, mahkeme kararı olmaksızın, taşınmazın tapu kütüğüne aile konutu şerhi işlenmesini talep edebilmesine yönelik hukuki düzenlemenin uygulanmasının sağlanması gerekir.



**KAYNAKÇA**

- Akıntürk, Turgut**, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. II, İstanbul 2006.
- Akil, Cenk**, “Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m.. 82/12)” AÜHFD 2011, S. 60 (4).
- Armutçuoğlu, Can Yalçın**, “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, MÜHF-HAD, C. 17, S. 1-2.
- Ayan, Serkan**, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.
- Bağcı, Ömer**, “Aile Konutu Üzerinde Tasarruflar” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, C. IV, S. 2.
- Baktır, Selma**, Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.
- Barlas, Nami**, “Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları” Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan” Ankara 2004.
- Baysal, Başak**, “Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü” Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan” Ankara 2004.
- Büyükay, Yusuf**, “Yeni Türk Medeni Kanunu’nun 194. maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Eylül 2006, S. 55 (www.e-akademi.org).
- Çabri, Sezer**, “Aile Konutu Şerhi”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007.
- Deschenaux, Henri /Steinauer, Paul-Henri /Baddeley, Margareta**, Les effets du mariage, Berne 2000.
- Doğan, Murat**, “Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Bir Müesseseye: Aile Konutu”, AÜHFD C. VI, S. 1-4, 2002.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2010.
- Genç Arıdemir, Arzu**, “Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgesi’nin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, 2006.
- Guichard, Yvan**, Les restrictions au droit de disposer du logement de la famille, Lausanne 2002.
- Guillod, Olivier**, Droit des familles, Neuchâtel 2012.
- Gümüş, Alper**, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), (Evliliğin Genel Hükümleri), İstanbul 2008.



- Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003.
- Günnergök, Özcan**, “Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Hak İktisabı”, EÜHFHD 2009, C. XIII, S. 1-2.
- Kaçak, Nazif**, Açıklama ve İçtihatlarla Haczedilmezlik, Ankara 2006.
- Kamacı, Mahmut**, “Tapu Kütüğüne Aile Konutu Şerhi’ nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu” Yarg. Der. 2010/7, C. 36, S. 3.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, “Aile Konutu ve Konut Eşyası ile Sağlanan Koruma” (Aile Konutu) Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Medenî Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler (Yenilikler), Ankara 2004.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Türk Medenî Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı (Yasal Alım Hakkı), Ankara 2002.
- Kurt, Ekrem**, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, Ankara 2003 .
- Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami**, Medeni Hukuk Temel Kavramlar, İstanbul 2013.
- Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe**, Eşya Hukuku, İstanbul 2011.
- Öztan, Bilge**, Aile Hukuku, Ankara 2004.
- Reisoğlu, Seza**, “Yeni Medeni Kanunun Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri” Bankacılar Dergisi, S. 40, Mart 2002.
- Serozan, Rona**, “Aile Konutuna Değişik Bir Yaklaşım (MK 194/III Kuralını Bir Belitmişçesine Yenibaştan Okuma Zorunluluğu)” (Aile Konutu (2) ), Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan, İstanbul 2009.
- Serozan, Rona**, “Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım” (Aile Konutu (1)), Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009.
- Serozan, Rona**, Medenî Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, İstanbul 2011.
- Şıpka, Şükran**, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), İstanbul 2004.
- Uçar, Ayhan**, “4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu Müessesesi”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Ocak 2006, S. 47 (www.e-akademi.org).
- Zevkililer, Aydın / Havutçu, Ayşe / Gürpınar, Damla**, Medenî Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2008.



# Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararları

---

Erhan KANIŞLI\*

## ÖZET

Tarafların aralarında tahkim anlaşması bulunması ve uyuşmazlığın tahkime elverişli olması durumunda, uyuşmazlık devlet mahkemeleri yerine tahkimde görülebilecektir. Alternatif bir yargı yolu olan tahkimde, hakem veya hakem kurulu tahkim anlaşmasında kendilerine verilen yetki ve tahkim usulüne uygulanacak hukuka göre tahkimi yürütmekle görevlidir. Bu süreç boyunca da çeşitli kararlar verilmekte ve bunlar, maddi ve usul hukuku olmak üzere; ya da doğuracakları sonuçlara göre çeşitli tasniflere konu olabilmektedirler. Tahkim yargılamasında kesin hüküm etkisine sahip bağlayıcı bir kararın verilmesi ile birlikte davayı kaybeden taraf için iptal; kazanan taraf içinse tanıma ve tenfiz aşaması söz konusu olacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Milletlerarası Ticari Tahkim, Hakem Kararları Çeşitleri, Hakem Kararlarının Etkileri, Res Judicata, Hakem Kararlarının Tanıma ve Tenfizi.

## Arbitral Awards in International Arbitration

### ABSTRACT

In case that there is an arbitration agreement between parties and a dispute which is capable of being settled by arbitration, namely *arbitrability*, this dispute may be resolved in arbitration in lieu of national courts. In arbitration, as an alternative way of dispute resolution, arbitrator or arbitral tribunal is under a duty to conduct judicial process as per the authority given by the parties accordingly and the law governing the arbitral procedure. During the course of arbitration proceedings, manifold types of awards are to be rendered and can be classified as substantive and procedural law or in different ways depending on their effects to the dispute. Once an arbitral award which has *res judicata* and binding effect on the parties is made, the losing party will be able to seek challenge to the award and winning party can proceed to the process of recognition and enforcement.

---

\* Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi; İstanbul Barosu Avukatı.

**Keywords:** International Commercial Arbitration, Types of Arbitral Awards, Effects of Arbitral Awards, Res Judicata, Recognition and Enforcement of Arbitral Awards.

## GİRİŞ

Bir hukuki ilişki içerisinde bulunan tarafların o hukuki ilişkiden beledikleri amacın bir takım nedenlerle gerçekleşmemesi ya da gerçekleşmeme tehlikesiyle karşı karşıya kalması durumunda, ortaya çıkan uyuşmazlığın nasıl ve nerede çözüleceği sorusu gündeme gelmektedir. Söz konusu uyuşmazlık en genel hukuki tasniflerle ifade edilirse, sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilmektedir. Bu bağlamda, maddi gerçeğe ulaşma amacı doğrultusunda uyuşmazlığı çözecek makamın, taraflar arasındaki hak ve borç dağılımının nasıl olduğuna, hangi menfaatlerin zarar gördüğüne, hukuksal düzlemde nasıl bir adalet sağlanması gerektiğine ve nihayet uyuşmazlığın çözümü için nasıl bir yol izleneceği gibi konuları göz önünde bulundurması gerekir. Söz konusu makam, önüne gelen uyuşmazlıkları çözerken kural olarak devletten aldığı yargı yetkisiyle hareket etmektedir. Nitekim bu husus Anayasanın<sup>1</sup> 9. maddesindeki “yargı yetkisi bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla bir uyuşmazlığın çözüm mercii kural olarak devlet mahkemeleridir<sup>2</sup>.

Ancak liberal hukuk anlayışının ve küresel ekonominin de etkisiyle, hukuk sistemlerinin öngördüğü sınırlar içinde ve belirli şartlarla alternatif uyuşmazlık çözüm şekilleri ortaya çıkmıştır<sup>3</sup>. Çoğunlukla tarafların kendi iradeleleriyle hukuki sonuç yaratabildikleri alanlarda kullanılabilen bu istisnai yargı yolları bugün birçok ihtiyaca da cevap vermektedir. Nitekim serbest piyasa şartlarının gereksindiği hızlılık, esneklik ve kar maksimizasyonu gibi etkenler, kişileri neredeyse bir zorunluluk olarak devlet yargısından başka uyuşmazlık çözüm yolları aramaya sevk etmiştir. Son yıllarda, bilhassa uluslararası ticaret

1 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No. 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982.

2 **Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara 2013, s. 71; **Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 734; **Taşkın, Alim:** Hakem Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2005, s. 2.

3 Tahkimin tarihsel bağlamdaki ilk örneği, özellikle devlet otoritesinin ve yargı gücünün zayıfladığı dönemlerde adalet arayışı içindeki insanların alternatif yargı yolu arayışlarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla tahkimin, yani uyuşmazlığın tarafları dışındaki bir kimse tarafından görülmesi olgusunun, devlet otoritesinin ve yargı yetkisinin kemikleşmesinden önce de var olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu konuda bkz. **Taşkın**, s. 2 vd.

alanında, uyuşmazlıkların çözümü için en çok başvurulan alternatif yol olarak tahkim karşımıza çıkmaktadır<sup>4 5</sup>.

Nitekim taraflarca imzalanan bir tahkim anlaşması kapsamında temel-lenen tahkim yolunda; uyuşmazlığı çözecek olan hakemlerin belirlenmesi, tahkim yargılamasının yapılacağı yerin tespiti, usule ve esasa uygulanacak olan hukukun seçimi ve bunun gibi birçok konuda serbestçe seçim yapabilme imkanın bulunması, kuşkusuz tahkimi devlet yargısı ve diğer alternatif çö- züm yolları karşısında öne çıkarmaktadır<sup>6</sup>. Keza, uluslararası aktörlerin devlet

- 
- 4 **Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 29. Doktrinde çeşitli tahkim tanımlarına rastlamak mümkündür. Bunlardan bazıları şunlardır; “*Bir hak üzerinde ihtilafa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir*” (**Taşkın**, s. 7 naklen). “*Tahkim, tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın ha- kemlerce çözümlenmesi için yaptıkları bir anlaşmadır.*” (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 734 naklen). Kuru’nun tanımıyla tahkim, “*bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişi veya kişilere bırakmalarına ve uyuş- mazlığın bu özel kişi veya kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasınıdır.*” **Kuru**, s. 779 (naklen)
- 5 Uzlaşma, arabuluculuk, uzman görüşü vs. gibi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bu çalışma kapsamında yer almamakla birlikte, burada günümüz enformasyon ve bilişim dün- yasındaki gelişmelerin uyuşmazlık çözüm yöntemlerindeki yansımalarına değinmek faydalı olacaktır. Bu bağlamda, sayıları artmakta olan çeşitli kurumların “*Online Dispute Resolution (ODR)*” adı altında kümelenen belirli yöntemlerle internet üzerinden uyuşmazlıkların çözü- mü imkanı sunmaları önem arz etmektedir. Bu konuda öne çıkan kurumlar için bkz; <http://www.modria.com>, <http://www.mediate.com/odr/>, <http://www.smartsettle.com/>. Diğer taraftan UNCITRAL’in de 2010’dan bu yana çalışmalarını sürdürdüğü “*Online Dispute Resolution for Cross-Border Electronic Commercial Transactions*” kuralları da bu kapsamda anılma- ya değer gözükmektedir. İnternet vasıtasıyla uyuşmazlık çözüm yöntemlerine bakıldığında, bunların hem sanal uyuşmazlıklar hem de fiziki uyuşmazlıkları içine aldığı görülmektedir. Sistemin işleyişi bu hizmeti veren kurumlara göre değişmekle beraber; uyuşmazlık teklif- lerinin kademe kademe taraflarca birbirlerine gönderilmesi, bu konuda belirli bir eğitimden geçmiş hukukçuların devreye girerek tarafların uyuşmazlıkla ilgili konulardaki ifadelerine görüş bildirmesi, fiziki olarak cereyan edecek olan uyuşmazlık çözüm yöntemi için belgelerin online sunulma imkanı sağlanması gibi çeşitli çalışma şekilleri göze çarpmaktadır. Bu konuda bkz. **Goodman, W Joseph:** The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites, 2 Duke Law & Technology Review, 2003, s. 13 vd.; **Kauf- mann-Kohler, Gabrielle:** Online Dispute Resolution and its Significance for. International Commercial Arbitration, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, ICC Publishing, Publication 693, 2005, s. 439 vd.
- 6 **Akıncı, Ziya:** Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi, Batider, C. 17, S. 3, 1994, s. 1; **Taşkın**, s. 10, 11, 152; **Erten, Rifat:** Yabancı Mahkeme ve

mahkemeleri tarafından yürütülen yargılamalardan uzak durmak istemelerinin altındaki gerekçeler de bu durumu haklı çıkarmaktadır.

Öte yandan, tarafların tahkimden bekledikleri faydayı alabilmeleri için belirli hususlarda güvence sahibi olmaları da gerekmektedir. Bunlardan ilki, tahkim anlaşması neticesinde uyuşmazlığı tahkime götürmeye karar vermiş olan tarafların, bu iradelerinin hukuken korunması ve o uyuşmazlığın artık devlet yargısında görülemeyecek olmasıdır<sup>7</sup>. Bununla birlikte, devlet mahkemesinin tahkim süresince de bazı zorunluluklar ve istisnai durumlar dışında yargılamaya müdahale etmemesi gerekir<sup>8</sup>. Nihayet, tahkim müessesesinin hakkıyla işlevini yerine getirmesi için, yargılama sonunda verilen hakem kararları, taraflar ve devlet mahkemeleri nezdinde bağlayıcı nitelikte olmalıdır<sup>9</sup>.

---

Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu mudur?, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 25, Sayı 1-2 (Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan) 2005, s. 196; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 734 vd.

- 7 **Kaplan, Yavuz**: Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin, Ankara 2002, s. 167; **Daniel, Angualia**, The Role of Domestic Courts in International Commercial Arbitration (September 10, 2010). <http://ssrn.com/abstract=1674760>, s. 4; **Taşkın**, s. 7. Doktrinde etkin bir uyuşmazlık çözüm yönteminde bulunması gereken belirli temel kriterlere vurgu yapıldığı görülmektedir; bunlar, masrafların makul dereceyi aşmaması, yöntemin hızlı olması, yargıçların ya da hakemlerin hatasız karar verme yeteneklerinin bulunması, uyuşmazlık taraflarının ve halkın yönetime güven duyması, yöntemin işlevselliği ve taraflarca belirli ölçüde öngörülebilir olup sürprizlerle karşılaşılması. **Özbek, Mustafa**: Türkiye’de Tahkim ve ADR, Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar, TBB Sempozyum, Ankara 09-10 Ocak 2009, s. 189 vd.
- 8 Söz konusu istisnai müdahaleler genel itibariyle iki başlık altında ele alınabilir; “(i) Henüz “tahkim yargılamasının yürütülme evrede”, millî mahkemelerin tahkime dahil. (Örnek olarak, millî mahkemelerin tahkim yoluyla görülmekte olan davaya ilişkin ihtiyatî tedbir kararları (4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) md. 6) veya millî mahkemelerin tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin kararları (MTK. md. 10/B) gösterilebilir). (ii) Hakem kararının verilmesinden “sonraki” evrede millî mahkemelerin tahkime dahil. [Bu evrede millî mahkemelerin tahkim yargılamasına dahil: (a) Hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belgenin verilmesi (MTK md. 15/B); (b) İptal davası (MTK 15/A); (c) Tanıma ve tenfiz davasında, görülür (New York Konvansiyonu)].” **Ataman-Figanmeşe, İnci**: Milletlerarası Ticari Tahkim Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolde Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri, MHB Yıl 31, S. 2, 2011, s. 40 naklen.
- 9 **Akıncı**, MT, s. 32; **Kaplan**, s. 167 **United Nations Conference on Trade and Development**: 5.6 Making the Award and Termination of Proceedings, UNCTAD/EDM/Misc. 232/Add. 41, 2005 (UN Conference), s. 1; **Mills, R. Lawrence/Bader, Lani/Brewer J. Thomas/Williams, J. Peggy**: Vacating Arbitration Awards, 11. Disp. Resol. Mag. 23, 2004-2005, s. 26, 27; **Cur-**

Sayılan bu hususlar üzerinde bugün tartışma bulunmamakla birlikte, New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletler nezdinde de söz konusu güvenceler ayrıca birer yükümlülük olarak gündeme gelmektedir. Hatta hakem kararlarının herhangi bir devlet mahkemesinden onay alınmadan tanınması ve tenfizi yoluyla icra edilebilmesi de aynı amaca hizmet etmektedir<sup>10</sup>.

Tahkim yargılamasına ilişkin bu açıklamalar çerçevesinde özet olarak; devlet yargısına istisnai olarak teşekkül eden tahkim müessesesi, öncelikle tarafların içeriğini serbestçe düzenleyebilecekleri tahkim anlaşması üzerinden temellenmekte ve hakemlerin bu anlaşmada öngörülen yetki sınırları içinde kalarak uyuşmazlığı nihai olarak çözmeleriyle de amacına ulaşmaktadır<sup>11</sup>. Bu süreci taraflardan aldığı yetkiyle yöneten hakem veya hakem kurulu da yargılama süresi boyunca çeşitli kararlar verebilmekte ve nihai hükümle birlikte uyuşmazlıktan el çekmektedir<sup>12</sup>.

Bu çalışmanın ana eksenini milletlerarası tahkimde “hakem kararı” oluşturmaktadır<sup>13</sup>. Ancak konunun daha iyi açıklanabilmesi için fiktif bir tahkim süreci göz önünde bulundurulmuş ve kronolojik bir bakış açısıyla hakem kararının öncesi aşaması, hakem kararının verilmesi aşaması ve hakem karardan sonraki aşama olarak ilerleyen bir anlatım şekli benimsenmiştir. Bu amaçla ilk olarak “Karar Kavramı” incelenerek, ardından “Hakem Kararı Çeşitleri” açıklanacaktır. Daha sonra “Hakem Kararının Verilmesi” başlığı altında, hakem veya hakem kurulunun karar verme süreci aktararak “Hakem Kararının Şekli ve İçeriği” konusuna değinilecektir. Son olarak, “Hakem Kararı Dışında Tahkimin Sona Ermesi” ve “Hakem Kararlarının Sonuçları ve İcrası” konuları incelenecektir.

---

**tin, M. Kenneth:** Contractual Expansion & Limitation of Judicial Review of Arbitral Awards, Dispute Resolution Journal, February-April 2001, s. 78.

10 **Kaplan,** s. 168.

11 **Yavuz, Cevdet:** Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler, 2. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim, 2009, s. 161; **Taşkın,** s. 7.

12 **Özsunay, Ergun:** Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararı, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul Ticaret Odası Semineri, 2004/16, s. 173.

13 Burada milletlerarası ticari tahkim kavramının seçilmemesi maksatlıdır. Zira bir milletlerarası uyuşmazlığın “ticari” nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda genel geçer bir kriter vermek kolay değildir. Bu konuda New York Sözleşmesi m. 1’de, bu tavsifin tenfiz yeri ülkesinin hukukuna göre yapılacağı ifade edilmiştir. Ancak uyuşmazlıkların nasıl nitelendirileceği meselesi, ayrıca *lex fori* kapsamında yapılacak bir vasıflandırma sorunu olarak da kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu ikilikten sakınmak adına bu ibareyi Milletlerarası Tahkim kavramına dahil etmemeyi uygun görmekteyiz.

## I. HAKEM KARARI

### A. KARAR KAVRAMI: ÖZELLİKLE *DECISION*, *ORDER* VE *AWARD* KAVRAMLARININ AYRITLARI

Hakem veya hakem kurulu tarafından tahkim yargılaması süresince verilen kararların doğru bir şekilde incelenebilmesi için öncelikle karar (*decision*) ve hüküm (*award*) kavramları arasındaki farkların dikkate alınması gerekmektedir. Karar, genel bir tanımla, uyuşmazlığı çözecek olan yargı merciinin yargılama süresi boyunca yaptığı irade açıklamasıdır<sup>14</sup>. Öyle ki, bu kararlar uyuşmazlığın esasına girilmeden önce ya da sonra verilebilmekte, maddi hukuka ilişkin olabileceği gibi usul hukukuna ilişkin de olabilmektedir. Kararlar doğuracakları sonuçlara göre de çeşitli görünüm alabilmektedir. Bu bağlamda, ara kararlar, geçici hukuki koruma kararları ve nihai kararlar şeklindeki ayırım akla getirilebilir<sup>15</sup>.

Öte yandan, hüküm ise tarafların uyuşmazlık kapsamında ileri sürdükleri taleplerin nihai olarak cevaplanarak uyuşmazlığın ileriye dönük olarak tam ve kesin olarak çözülmesidir<sup>16</sup>. Diğer bir deyişle, hükümler, uyuşmazlığı çözecek merciye sunulan konuların geri dönülmez bir şekilde açıklığa kavuşturulduğu, tarafların hangi haklara ve borçlara sahip olduğunun belirlenerek taleplerinin akibeti konusunda kesin sonuca varıldığı kararlardır. Görüldüğü üzere, her hüküm bir karar mahiyetinde olmakla birlikte, her kararın hüküm vasfı bulunmamaktadır. Hükümler de kısmi hüküm, tam hüküm ve geçici hüküm şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir<sup>17</sup>.

Burada değinilmesinde fayda olan bir diğer husus da, karar ve hüküm kavramları yanında ayrıca açıklanması gereken, hakem kurulunun “*procedural order*” şeklindeki kararlarıdır. Bu tür kararlar uyuşmazlığın esasına değil, usul kısmına ilişkindir<sup>18</sup>. Örneğin, hakem veya hakem kurulunun duruşmanın nerede ve ne zaman yapılacağına ilişkin kararı *procedural order* olarak nitelendirilmektedir<sup>19</sup>. Keza geçici hukuki önlemlere ilişkin, söz gelimi ihtiyati

14 **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 537; **Özsunay**, s. 151; **Haddad, Michael**: Adequacy of Reasons in Arbitral Awards, *Macquarie J. Bus. L.* Vol. 5, 2008, s. 353; **UN Conference**, s. 3, 4.

15 **Kuru**, s. 449 vd; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 537; **UN Conference**, s. 7, 8 vd.

16 **Haddad**, s. 353; **UN Conference**, s. 3

17 **Pekcantez/Atalay/Özekes** s. 539

18 **Yu, Hse Chiu**: Final, Interim, Interlocutory or Partial Award: Misnomers Apt to Mislead, 13 *Singapore Academy of Law Journal*, 2001, s. 472.

19 **UN Conference**, s. 3.



tedbire veya delil tespitine ilişkin karar da aynı mahiyettedir<sup>20</sup>. Burada önemli olabilecek bir diğer konu, ICC Kuralları<sup>21</sup> m. 27 uyarınca, hakem divanının ancak “hakem karar taslaklarını (*Draft Awards*)” gözden geçirebilecek olmasıdır. Diğer bir deyişle, şayet hakem kurulu, kararını “*order*” yahut “*decision*” olarak verirse, bunun hakem divanına sunulmasına gerek kalmayacaktır. Dolayısıyla zamansal açıdan ayrıca önem arz eden geçici önlemlerin “*order*” niteliğinde verilmesi bu bakımdan işlevsel bir rol oynayabilmektedir. Nitekim, ICC Kuralları m. 23’te bu tür önlemler hakem veya hakem kurulunun takdiri-ne bağlı olarak *order* yahut *award* şeklinde verilebileceği ifade edilmektedir. Yine buna paralel olarak, UNCITRAL Model Kanunu<sup>22</sup> m. 17’de geçici önlemlerin karar ya da başka bir görünümde olabileceği belirtilmiştir. Buna karşın Türk Hukuku’nda, yukarıda açıklandığı üzere, yargılama süresince verilen kararların etkileri ve sonuçlarına göre isimlendirilmesi tercih edilmeyerek, karar ve hüküm şeklinde bir ayrıma gidilmiştir. Dolayısıyla bu ayrıma uygun olarak, MTK<sup>23</sup> m. 6’da hakem veya hakem kurulunun tahkim süresince geçici hukuki önlemlere karar verebileceği ifade edilmekle yetinilmiştir. Hiç kuşkusuz bu yönde bir karar, nihai nitelikte olmayıp ara karar niteliğinde olacaktır.

Karar ve hüküm kavramlarının farklı niteliği tahkim yargılamasında birçok bakımdan önem arz etmektedir<sup>24</sup>. Şöyle ki, aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere, her ne kadar verildikleri andan itibaren bağlayıcı olsalar da, kararların (*decision* ve *order*) kural olarak kesin hüküm etkileri bulunmadığından, bunu yerine getirmeyen tarafa karşı ne New York Sözleşmesi<sup>25</sup> ne de MÖHUK<sup>26</sup> uyarınca icra edilebilmeleri mümkündür<sup>27</sup>. Aynı şekilde nihai ka-

20 UN Conference, s. 4.

21 Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (2012).

22 UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (with amendments as adopted 2006)

23 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun No: 4686, Kabul Tarihi: 21.6.2001, R.G.: 5.7.2001-24453

24 Doktrinde, *award* ve *decision* farkının yaratabileceği karışıklıkların önüne geçilmesi için “*award*” kavramının esasa ilişkin olarak belirli bir konuyu tamamen çözen hakem kararları şeklinde anlaşılması ve bu yönde düzenleme yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir. Hatta Yazar, bugün birçok tahkim kurallarında da yer alan tahkim kararlarının, geçici, ara ve nihai şeklindeki sınıflandırılmasının da bir an önce terk edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Yu, Hse Chiu**, s. 481.

25 New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958)

26 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun No: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, R.G.: 12.12.2007-26728

27 UN Conference, s. 3

rar verilene kadar bu kararların iptal prosedürüne tabi olmaları da söz konusu olmamaktadır<sup>28 29</sup>. Öte taraftan, hakem veya hakem kurulu tarafından verilen nihai karar ise, kararın verildiği andan itibaren taraflar için bağlayıcı olup, kesin hüküm (*res judicata*) niteliği göstermektedir (New York Sözleşmesi m. 3, ICC Kuralları m. 34, UNCITRAL Kuralları<sup>30</sup> m. 34, CIETAC<sup>31</sup> m. 47, AAA<sup>32</sup> giriş bölümü, ICSID<sup>33</sup> m. 53, LCIA<sup>34</sup> m. 26).

Bu çerçevede önem kazanan bir husus da, hakem kararının yerel mahkeme önüne getirilmesi durumunda, hakimin hakem kurulu tarafından yapılan tasnifleri benimsemek zorunda olmamasıdır. Dolayısıyla, iptal talebiyle kararı inceleyen hakim, kararın nihai, geçici, ara karar şeklindeki niteliğine dikkat etmeyecektir<sup>35</sup>. Aynı husus tanıma ve tenfiz için de geçerlidir. Zira burada önemli olan, kararın hakem kurulu tarafından yapılan tasnifinden ziyade, onun bir uyuşmazlığı kesin olarak çözüp çözmediği, bir talep hakkında kesin olarak karar verip vermediğidir.

28 **UN Conference**, s. 6. “As a general proposition, decisions are not subject to the control by the courts. Some decisions, such as a decision by the tribunal that it has jurisdiction or ordering an interim measure of protection may take the form either of an award or of a decision/procedural order.” Bkz. **UN Conference**, s. 6.

29 Sorunun bu aşamasında şu hususa açıklık getirmek zorundayız; uygulamada hakem veya hakem kurulu tarafından verilen bütün hükümler (*arbitral award*) karar olarak anılmakta, hatta tüm kararlar da *decision* veya *order* farkı gözetilmeksizin hakem kararı olarak ifade edilmektedir. Bu durum birçok kavramsal farklılığın da üstünü kapatabilme riskini taşımaktadır. Çünkü *award* ve *decision* ayrımını göz ardı ettiğimizde ortaya çözümü güç bir sürü sorun çıkmaktadır. Söz gelimi, bir hakemin tahkim yeri ile ilgili kararı ile borçlunun ödemesi gereken tazminat miktarı konusundaki kararının aynı nitelikte varsayılması, özellikle, iptal edilebilirlik, tanıma ve tenfize uygunluk konularında çeşitli sıkıntıları da beraberinde getirecektir. Ancak genel Türk tahkim uygulaması ve literatüründen sapmamak amacıyla biz de hakem hükmü yerine hakem kararı kavramını kullanarak ilerlemeyi tercih edeceğiz. Ancak kavramsal ayrımın önem kazandığı noktalarda parantez içine alarak *decision*, *order* ve *award* ibarelerini vurgulayacağız.

30 UNCITRAL Arbitration Rules (2010)

31 CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission) Arbitration Rules (2011)

32 AAA (American Arbitration Association) Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures (2013)

33 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (2006)

34 The London Court of International Arbitration Rules (1998)

35 **UN Conference**, s. 5.

## B. HAKEM KARARLARININ MİLLİYETİ

Hakem veya hakem kurulu tarafından verilen kararların hangi milliyete sahip olduğu, kararın iptali ve tanıma-tenfiz aşamasında yerel mahkeme tarafından öncelikle belirlenmesi gereken bir konudur. Zira MÖHUK m. 60 ve New York Sözleşmesi uyarınca tenfiz ve tanınması gerçekleştirilecek olan tahkim kararları yabancı karar olmak zorundadır<sup>36</sup>. Bir hakem kararının yerli ya da yabancı olduğunu söyleyebilmek için evvela hakem kararının milliyetini belirleyen kriteri incelemek gerekmektedir. Bu konuda doktrinde ve Yargıtay kararlarında çeşitli görüşler bulunmakta; öne çıkanlar ise başlıca, otorite prensibi ve ülkesellik prensibidir.

Otorite prensibine göre, hakem kararı hangi ülkenin otoritesi altında verilmişse, milliyeti ona göre belirlenecektir. Bunun için de tahkimin yürütülmesine hakim olan usul hukukuna bakılmalıdır<sup>37</sup>. O halde tahkime usul yönünden uygulanan hukuk MTK ise verilen hakem kararları da yerli sayılacaktır. Hakemlerin veya tarafların milliyetinin, tahkim anlaşmasının yapıldığı yerin, esasa uygulanacak hukukun bu bakımdan önemi bulunmamaktadır<sup>38</sup>.

Diğer taraftan ülkesellik prensibine göre, hakem kararının milliyetinin tespitinde, hakem kararının verildiği yer belirleyici rol oynamakta, bunun tespiti için de tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer göz önünde bulundurulmaktadır. New York Sözleşmesi açıkça bu ilkeyi benimsemiştir<sup>39</sup>. Bize

36 New York Sözleşmesi, tanıma ve tenfiz talebinin yapıldığı devletten başka bir devlet ülkesinde verilen hakem kararlarına uygulanmaktadır. Bu bakımdan, New York Sözleşmesine taraf olan bir devlette verilmiş yerli olmayan bir kararın Türkiye’de tenfizi istendiğinde New York Sözleşmesi, MÖHUK m. 1 f. 2 uyarınca öncelikli uygulanacaktır.

37 **Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal:** Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008, s. 504; **Tanrıbilir, Bilge, Feriha/Şit, Banu:** Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, 2002, s. 824; **Kalpsüz, Turgut:** Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, s. 176. Yargıtay’ın 1985 tarihli kararı da bu yöndedir; kararda, ICC tahkiminin Türk usul hukuku uyarınca cereyan etmiş olması nedeniyle verilen kararın yerli hakem kararı sayılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yerli hakem kararları gibi tenfiz aşamasına gerek kalmadan yerel mahkemenin tasdiğiyle icra edilebileceği ifade edilmiştir (Y. 11. HD, E. 7355, K. 7099, T. 19.12.1985, yine aynı yönde bkz. Y. 15. HD, E. 1996/3249, K. 1996/5584, T. 25.10.1996). Başka bir Yargıtay kararında ise, ICC tahkiminin ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunmamasından hareketle, kararlar üzerinde herhangi bir otorite sağlamaya muktedir olamayacağı belirtilmiştir. Bu yüzden de ICC kurallarının uygulanmış olmasının söz konusu hakem kararını yabancı hakem kararı yapmaya yetmeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Y. 15. HD, E. 1998/3507, K. 1998/4108, T. 6.11.1998.

38 **Kalpsüz**, s. 175.

39 Yargıtay’ın 1976 tarihli bir kararında da aynı prensibin benimsendiği görülmektedir. Y. 15

göre de, hem belirlenmesindeki kolaylık, hem de kararın milliyeti meselesinin çoğunlukla iptal ve tenfiz aşamasında söz konusu olacak olması gibi nedenlerle New York Sözleşmesi'nde zikredilen kriterin yöntemin kabul edilmesi daha isabetli bir çözümdür. Yalnız hemen işaret edelim ki, bir hakem kararının yerli ya da yabancı niteliğine karar verecek olan merci, her halükarda uyuşmazlığa bakan mahkeme olacaktır. Bu sebeple, yabancı bir mahkemenin bir tahkim kararını yerli ya da yabancı addetmesi Türk hakimini bağlamaz. Türk hakimi söz konusu belirlemeyi yine Türk Hukuku perspektifinden yapacaktır<sup>40</sup>.

Bu çerçevede önem kazanan bir diğer husus, tahkimin milletlerarası özelliğinin tahkim kararının milliyeti meselesinden farklı bir incelemeye tabi olmasıdır. Tahkimin milletlerarası olmasından anlaşılan, taraflara ya da uyuşmazlığa ilişkin unsurların birden fazla ülke ile bağlantı halinde bulunmasıdır<sup>41</sup>. Bu husus MTK m. 2'de "*aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır*" şeklinde ifade edilmiştir. Özetle, tahkimin yerli ya da milletlerarası olması ile hakem kararının milliyeti arasında birbirlerini belirleyen bir ilişki yoktur<sup>42</sup>.

### C. HAKEM BİLİRKİŞİ KARARLARI

Uygulamada genellikle sözleşme konusunun miktarı, niteliği ve uyuşmazlığa ilişkin bir olgunun tespiti konusunda başvurulmuş hakem bilirkişi kurumunun verdiği kararlar, tahkim kapsamında verilen hakem kararlarından farklıdır. Burada, belirtilen konu çerçevesinde rapor verecek olan hakem bilirkişi ile uyuşmazlığın tarafları arasında bir tür özel hukuk sözleşmesi yapılmaktadır<sup>43</sup>. Münhasır delil sözleşmesi niteliğinde de sayılan bu sözleşme

---

HD. 10.3.1976, 1617/1052. "*Karar yeri ülkesi, tarafların veya hakemlerin karar yeri olması hususunda anlaşmaya varmış oldukları yerdir. Belirtmek gerekir ki, bazı tahkim davalarında, tahkim yargılaması, taraflarca karar yeri ülkesi olarak kararlaştırılmış ülkede hiç yürütülmemektedir; buna rağmen, taraflarca karar yeri ülkesi olması hususunda üzerinde anlaşmaya varılan ülke hukuku, tahkim yargılamasının "lex arbitri" si olarak kabul edilmekte ve buna istinaden hakem kararı bu ülke bakımından "yerli" sayılmaktadır.*" **Ataman-Figanmeşe**, s. 42 dn. 19 naklen.

40 **Kalpsüz**, s. 182, 183.

41 **Tanrıbilir/Şit**, s. 823.

42 **Tanrıbilir/Şit**, s. 823.

43 **Nomer/Şanlı**, s. 514; **Kuru**, s. 442; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 742; **Akıncı**, MT, s. 36.

sonucunda verilecek karar, diğer bilirkişi raporlarının aksine taraflar ve mahkemeyi bağlamaktadır<sup>44</sup>.

## II. HAKEM KARARI ÇEŞİTLERİ

Hakem kararları çeşitli yönlerden birçok ayrıma tabi tutulabilir. Bu bağlamda, bir hakem kararı maddi hukuku ya da usul hukukuna ilişkin olarak sınıflandırılabilmesi gibi, verilen kararın sonuçları ve etkileri yönünden de kategorilendirilebilir. Hakem veya hakem kurulunun kendi yetkisine, tahkim yerine, delillerin ya da belgelerin ibrazına, keşif yapılmasına ilişkin kararları usul yönünden; uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespiti, tazminata hükmedilmesi gibi kararlar da maddi yönünden örnek gösterilebilir<sup>45</sup>. Sonuçları ve etkileri bakımından ise -kullanılan terminoloji üzerinde çeşitli tartışmalar bulunmakla birlikte- genel olarak; nihai karar, ara karar, kısmi karar, tarafların sulh anlaşması yapmaları halinde verilen karar ve bir tarafın yokluğunda verilen karar şeklinde bir ayırım kabul edilmektedir<sup>46</sup>.

ICC Kuralları m. 2 ve m. 32, m. 35'e bakıldığında, hakem kararlarının, *inter alia*, ara karar (*interim award*), kısmi karar (*partial award*), sulh kararı (*award by consent*), ek kararlar (*correction and interpretation of the awards*) ve nihai karar (*final award*) olarak verilebileceği düzenlenmektedir (aynı şekilde AAA m. 47<sup>47</sup>). UNCITRAL Kurallarında ise, hakemlerin farklı zamanlarda farklı konularda kararlar verebileceği ifade edilerek aynı ayrıma işaret edilmiştir (m. 34). Buna paralel olarak UNCITRAL Model Kanunu ve CIETAC Kurallarında da benzer hükümler bulunmaktadır. MTK m. 14/A'da nihai ve kısmi karar; m. 14/B'de düzeltme, tamamlama ve yorumlama kararı; m. 6'da ise geçici hukuki koruma önlemlerine ilişkin ara karar verilebileceği düzenlenmiştir. Yine, çeşitli tahkim kurumlarının kuralları ve bazı ülkelerin tahkim kanunları incelendiğinde benzer sınıflandırma yapmamıza kaynaklık edecek hükümlerin bulunduğu görülmektedir (LCIA Kuralları m. 25, 26, 27, Alman Tahkim Kanunu<sup>48</sup> para. 1041, 1054, İngiliz Tahkim Kanunu<sup>49</sup> m. 47,

44 Nomer/Şanlı, s. 514; Kuru, s. 442, 443; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 742; Akıncı, MT, s. 37.

45 Özsunay, s. 151.

46 UN Conference, s. 7; Lew, Julian D.M./ Mistelis, Loukas A./Kröll, Stefan: Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law Arbitration, 2005, para. 24-14.

47 "In addition to a final award, the arbitrator may make other decisions, including interim, interlocutory, or partial rulings, orders, and awards".

48 Alman Medeni Usul Kanunu (Zivilprozessordnung, ZPO)'nun onuncu kitabı olarak, para. 1025 vd.

49 English Arbitration Act (1996).

52 vb.). Bu açıklamalar çerçevesinde biz de, hakem kararlarını sonuçları ve etkileri yönünden altılı bir ayırımı giderek; nihai karar, kısmi karar, ara karar, sulh kararı, bir tarafın yokluğunda verilen karar ve ek kararlar şeklinde inceleyeceğiz<sup>50</sup>.

### A. NİHAİ KARAR (*FINAL AWARD*)

Nihai kararlar, sonuçları ve etkileri bakımından esas olarak iki yönde işlevsel rol oynamaktadır. İlk olarak, tahkim yargılamasında verilen nihai bir karar, tahkim sürecini sonlandırmakta ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesin ve nihai olarak çözmektedir<sup>51</sup>. Böylelikle tarafların iddiaları ve savunmaları karara yansıtılarak talepleri konusunda bağlayıcı bir karar verilmiş olmaktadır. Dolayısıyla nihai hakem kararı, taraflar açısından bağlayıcı ve kesin hüküm (*res judicata*) niteliğine sahip olmakla beraber, aynı zamanda yargılamayı neticelendirerek hakemlerin görevine de son vermektedir (*functus officio*)<sup>52</sup>. Kesin hüküm etkisine sahip olan hakem kararları herhangi bir devlet mahkemesinde tenfiz edilebilecek, yine aynı şekilde kararın verildiği yerdeki iptal prosedürüne konu olabilecektir<sup>53</sup>. Nihai hakem kararının diğer bir işlevsel anlamı ise, uyuşmazlığın belirli bir kısmına ilişkin geri dönülmemek üzere verilebilmesi ve böylece karara konu olan kısım bakımından *res judicata* etkisini haiz olmasıdır. Bu tür kararlara uygulamada da sık rastlanmakta ve kısmi nihai karar (*partial final award*) ya da kısmi karar (*partial award*) olarak adlandırılmaktadırlar.

50 Esas itibarıyla bir tarafın yokluğunda verilen karar ve sulh kararı hakem kararının sonuçları ve etkileri yönünden yapılan sınıflandırmaya girmemekte, daha çok tarafların yargılama sırasındaki hareketlerine paralel olarak gündeme gelen durumlara kaynaklık etmektedirler. Gerçekten de aşağıda görüleceği üzere bir tarafın tahkim yargılamasına katılmaması sonucunda sırf bu nedenden ötürü bir karar verilmemektedir. Burada kastedilen, yargılamanın bir tarafın yokluğunda devam ederek nihai bir hakem kararın verilebilmesi olasılığıdır. Öte yandan, tarafların sulh olması durumunda da aynı şey söz konusu olup, burada da sulh anlaşmasının nihai bir tahkim kararı hüviyetine sokulması amaçlanmaktadır. Ancak hem yabancı doktrinde böyle bir sınıflandırmanın bulunması nedeniyle hem de bu iki türü hakem kararları başlığı altında aktararak konuyla ilgilerini bir merkezde toplamak amacıyla bu ikisini karar çeşitleri olarak aktarmayı uygun bulmaktayız.

51 UN Conference, s. 7; Lew/Mistelis/Kröll, s. 632; Özsunay, s. 153.

52 Redfern, Alan/Hunter, Martin: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, London 1997, para. 8-33; Özsunay, s. 152; UN Conference, s. 7; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-16; Ataman-Figanmeşe, s. 37.

53 Özsunay, s. 153; UN Conference, s. 7; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-19;

## B. KISMİ KARAR (*PARTIAL AWARD*)

Yukarıda da açıklandığı üzere, hakemler tahkim yargılaması sürecinde birçok karar verebilmektedirler. Kısmi karar, uyuşmazlığın belirli bir hususuna ilişkin olup, yalnız ilgili olduğu kısım için bağlayıcı ve nihai olan karardır<sup>54</sup>. Her ne kadar çoğu tahkim kuralları ve kanunlarında zikredilmiş olsa da, tanımlaması yapılmamıştır<sup>55</sup>. Ancak bugün genel kabul gördüğü üzere, kısmi kararlar, ilgili olduğu konu kapsamında taraflar için bağlayıcı ve *res judicata* etkisine sahip niteliktedirler<sup>56</sup>. Dolayısıyla iptal ve tenfize konu olabilmektedirler.

UNCITRAL Kuralları m. 34 f.1’de hakemlerin çeşitli zamanlarda çeşitli kararlar verebileceği; m. 34 f. 2’de de bütün hakem kararlarının (*arbitral awards*) taraflar için bağlayıcı olduğu düzenlenmiştir. Aynı yönde bir düzenlemeye CIETAC m. 57; AAA m. 27/7 ve LCIA Kuralları m. 26/7’de rastlamak mümkündür. MTK’da ise m. 14/4’te hakemlerin kısmi kararlar verebileceği açıkça ifade edilmiştir.

Kısmi kararlar çeşitli nedenlerle verilebilmektedir. Söz gelimi, yetki konusuna, esasa uygulanacak hukuk tespitine, tazminat sorumluluğunun varlığına ve hatta tazminat miktarına ilişkin kısmi karara hükmedilebilmekte ve bu kapsamda kararın bağlayıcı ve icra edilebilir olması sağlanmaktadır<sup>57</sup>.

Kısmi karar verilmesi, çok yönlü bir uyuşmazlığın görüldüğü tahkim yargılamasında gayet faydalı ve işlevsel rol oynayabilmektedir. Zira girift bir uyuşmazlık yapısını aydınlatmaya çalışan hakem veya hakem kurulu, deyim yerindeyse sağlam adımlarla ilerlemek amacıyla bu nitelikte kararlar vermeyi tercih edebilir<sup>58</sup>. Hatta taraflar da, yargılama sürecinde kendi aleyhlerine verilen bu tür kararları, tahkim yargılaması sonunda hakemler tarafından takdir edileceği düşüncesiyle ve bir iyiniyet göstergesi olarak rızaen yerine getirebilirler. Öte yandan, kısmi kararın bir takım olumsuz sonuçları da söz konusu olabilmektedir. Şöyle ki, kısmi kararların ilgili olduğu konuda bağlayıcı ve kesin olması, aynı zamanda hakem veya hakem kurulu için de geçerli olduğundan, verilen bu tür bir kararın yargılamanın ileri bir aşamasında değiştirilmesi

54 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-19; Özsunay, s. 154; UN Conference, s. 7.

55 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-19; UN Conference, s. 7.

56 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-19, 24-22; Özsunay, s. 153; UN Conference, s. 8.

57 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-19; Özsunay, s. 153, UN Conference, s. 8.

58 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-23.



mümkün değildir<sup>59</sup>. Böylece, hakem veya hakem kurulu kısmi kararı ile tutarlı kalabilmek adına sonraki kararlarında bir ölçüde kendisini sınırlandırılmış hissetme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilmektedir<sup>60</sup>. Yine bu bağlamda söz konusu olabilecek başka bir sakınca, kısmi kararların da iptal mekanizmasına tabi olmaları nedeniyle tahkim yargılamasının bu yüzden uzayabilecek olmasıdır<sup>61</sup>. Kuşkusuz tarafların tahkim anlaşmalarında iptal haklarından feragat etme hakları bulunmaktadır<sup>62</sup>.

Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken bir husus da, tarafların kısmi karar verilmemesi yönünde anlaşma yapabilmeleri imkanındır (MTK m. 14/A). Dolayısıyla bu yönde bir anlaşma bulunmadığı takdirde, hakemlerin kısmi karar verme konusunda serbesti sahibi olduğu ayrıca not edilmelidir<sup>63</sup>.

### C. ARA KARAR (*INTERIM AWARD*)

Çeşitli kurallar ve kanunlarda geçici karar (*interlocutory award*) olarak da anılan ara karar, bir uyuşmazlığı nihai şekilde çözmeyen, yargılamanın o anki aşamasında gerekli olarak hükmedilen geçici nitelikte kararlardır<sup>64</sup>. Bu tanımdan hareketle, ara kararlar, taraflar arasında bağlayıcı niteliği olmasına rağmen, *res judicata* etkisini haiz olmadıklarından iptal ya da tenfize konu olamamaktadırlar<sup>65</sup>. Ancak hemen belirtelim ki, ara kararların New York Sözleşmesi uyarınca tenfize konu olup olmayacağı konusunda tartışmalar mevcuttur. Azınlığı temsil etmekle birlikte, bazı ülke mahkemelerinde ara kararların tenfiz edildiği görülmüştür<sup>66</sup>. Ancak çoğunluk aksi yönde olup, birçok mahkeme, bu yönde bir talebi *res judicata* eksikliğinden reddetmektedir<sup>67</sup>. Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin gördüğü bir davada, lisans veren taraftan lisans alan aleyhine ileri sürülen bu yönde bir talep, ABD'de verilen ge-

59 UN Conference, s. 8.

60 UN Conference, s. 8.

61 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-23; UN Conference, s. 8.

62 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-23.

63 Redfern/Hunter, para. 8-34; Özsunay, s. 153.

64 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-24; Özsunay, s. 154; UN Conference, s. 8.

65 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-24, 24-28; Özsunay, s. 154; UN Conference, s. 8.

66 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-26 (ve dn 32'deki kararlar); ABD'de bazı mahkemelerde de ara kararların New York Sözleşmesi uyarınca tenfiz edildiği görülmüştür (Özsunay, s. 155).

67 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-27; UN Conference, s. 9.



çici hukuki korumaya ilişkin ara kararın, geçici olduğu ve tahkimi sona erdirmediği gerekçesiyle reddedilmiştir<sup>68</sup>. Özetle, kural olarak ara kararlar nihai kararlardan ayrı olarak ne iptal ne de tenfiz edilebilmektedir<sup>69</sup>.

Uygulamada en sık rastlanan ara kararlar geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda verilmektedir<sup>70</sup>. Tahkim kurallarının birçoğunda bu yönde bir düzenleme yapılmıştır (UNCITRAL Kuralları m. 26, AAA m. 37, CIETAC m. 21). Bu konuda değinilmesi gereken bir tartışma da, geçici önlemlerin “*order*” şeklinde mi, yoksa “*interim award*” şeklinde mi verileceği noktasındadır<sup>71</sup>. ICC Kuralları m. 28’de, bu konudaki inisiyatif hakemlere bırakılmış ve uygun görüldüğü takdirde iki şekilde de düzenlenebileceği zikredilmiştir.

Her ne kadar, ara karar ile kısmi karar arasında sonuçları ve etkileri yönünden ciddi farklar bulunmasına rağmen, uygulamada bu iki kavramın sık sık karıştırıldığı görülmektedir<sup>72</sup>. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, kısmi kararlar ilişkili olduğu uyuşmazlık kısmını nihai olarak çözüme bağlamakta; dolayısıyla iptal ve tenfize konu olabilmekteyken, ara kararlar bir uyuşmazlığı kesin olarak çözmekte ve geçici nitelik arz etmektedirler.

#### D. SULH KARARI (*AWARD ON AGREED TERMS*)

Tahkim sürecinde her zaman tarafların anlaşarak aralarındaki anlaşmazlığı çözmeleri mümkündür. Bu anlaşma, hâlihazırdaki sözleşmelerini değiştirerek yahut bu yönde yeni bir sulh anlaşması imzalayarak sonuçlanabilmektedir. Uyuşmazlığı kendi aralarında çözen taraflar söz konusu sulh anlaşmasını hakem ya da hakem kuruluna sunarak bu yönde bir hakem kararı alabilirler<sup>73</sup>.

68 Kararın hüküm kısmı ise şu şekildedir; “... *the Interim Arbitration Order and Award made by the arbitrator... is not an arbitral award within the meaning of the Convention nor a foreign award... it does not take on that character simply because it is said to be so...*” bkz. *Resort Condominiums International Inc (USA) v Ray Botwell and Resort Condominiums Pty Ltd. (Australia)* Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-27; UN Conference, s. 9.

69 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-28.

70 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-25; Özsunay s. 154; UN Conference, s. 8.

71 UN Conference, s. 8.

72 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-24; Özsunay s. 154; Hatta UNCITRAL Model Kanunu hazırlayan çalışma grubunun bir toplantısında bu sorun gündeme getirilmiş ve şu şekilde bir tanım yapılmıştır; “*an interim or interlocutory or provisional award is an award which does not definitely determine an issue before the tribunal*”. Ancak bu tanım Model Kanun’a alınmamıştır. Bu yönde bkz. Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-24.

73 Özsunay, s. 155; UN Conference s. 10; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-29; Akıncı, MT, s. 180.

Hatta hakem kararı, sulh sözleşmesinde düzenlenen şartlara koşut olarak da düzenlenebilir<sup>74</sup>. Kuşkusuz böyle bir imkan tanınmamış olsaydı, sulh anlaşmasının ihlal edilmesi durumunda, elinde bağlayıcı bir karar bulunmayan diğer taraf, hakkını aramak için tekrar tahkim yoluna yahut mahkemelere müracaat etmek zorunda kalacaktı<sup>75</sup>. Oysa ki, bu yönde bir hakem kararı diğer nihai hakem kararları gibi bağlayıcı ve icra edilebilir olduğundan New York Sözleşmesi uyarınca herhangi bir devlette tenfiz edilebilecektir<sup>76</sup>.

Ancak burada dikkat edilecek husus, bu yönde bir karar verilirken, hakem veya hakem kurulunun gerçekten tarafların anlaştığı konusunda “yeterli kanaate” sahip olmaları gerektiğidir. Aksi halde, bazı tahkim taraflarının uyuşmazlıklarına uygulanacak emredici hükümlerden sıyrılmak amacıyla bu yolu seçmesinin önü açılmış olacaktır<sup>77</sup>. Burada New York Sözleşmesi ve birçok ülke kanununun tenfize ve iptale ilişkin hükümlerinde bulunan kamu düzeni filtersinin işleyeceği de unutulmamalıdır<sup>78</sup>. Ancak yine de, hakem veya hakem kurulunun sürekli özen yükümlülüğü bu tür kararların sorgulanmadan ve dikkatsizce verilmesini engellemelidir<sup>79</sup>. Zaten hakem veya hakem kuruluna bu yöndeki bir talebi kabul etmeme hakkının verilmesi de aynı amaca yöneliktir.

Tarafların sulh anlaşmalarına ilişkin hakem kararı düzenlenebilme opsiyonu çoğu tahkim kuralları (UNCITRAL Kuralları m. 36, ICC Kuralları m. 32, LCIA m. 26/8) ve tahkim kanunlarında (MTK m. 12/D, UNCITRAL Model Kanun m. 30, Alman Tahkim Kanunu, para. 1053, 1054) düzenlenmiştir.

## E. BİR TARAFIN YOKLUĞUNDA VERİLEN KARAR (DEFAULT AWARD)

Uyuşmazlık taraflarından birisinin yargılamaya geçerli bir sebep göstermeksizin katılmaması durumunda hakem veya hakem kurulu bazı hallerde

74 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-29; **UN Conference**, s. 10; **Özsunay**, s. 155. Burada ICC kurumsal tahkim çerçevesinde, söz konusu kararın incelenmek (*approval*) üzere tahkim divanına sunulması gerekeceği de göz önünde bulundurulmalıdır (ICC Kuralları m. 33). (**Özsunay**, s. 155). Anlaşmanın illa hakem kurulu önünde akdedilmesi gerekmemektedir. **Akıncı**, MT, s. 180.

75 **UN Conference**, s. 9; **Akıncı**, MT, s. 181.

76 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-31; **Akıncı** MT, s. 181.

77 **UN Conference**, s. 10.

78 **UN Conference**, s. 10.

79 Hatta hakem veya hakem kurulu, tarafların talebi ahlaka veya kamu düzenine aykırıysa ya da tahkime elverişli bir konuya ilişkin değilse bu husus dikkate alarak hakem kararı vermekten imtina etmesi gerekmektedir. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s 754.

tahkim yargılamasının yine de devam edeceğine ilişkin karar verebilmektedir<sup>80</sup>. Yargılamaya katılmayan tarafın bu hareketi, hakkında iddialara cevap vermemesi, duruşmalara katılmaması gibi durumlardan kaynaklanabilir. MTK m. 11/C' (aynı yönde UNCITRAL Model Kanun m. 25, UNCITRAL Kuralları m. 30) deki düzenlemeye bakıldığında tarafların niteliği ve çeşitli hareket tarzlarına göre tahkim yargılamasının seyrinin şu şekillerde değişebileceği görülmektedir; (i) şayet davacı dava dilekçesini geçerli bir sebep olmadan süresi içinde vermezse, hakem veya hakem kurulu yargılamaya son verecektir. (ii) Dava dilekçesinde bulunması gerekenlerde eksiklik olması durumunda, bu eksiklik, hakem veya hakem kurulunca verilen sürede giderilmezse hakem veya hakem kurulu yine yargılamaya son verecektir. (iii) Davalı cevap dilekçesini vermezse; bu durum davacının iddialarının kabulü olarak nitelendirilmeyip yargılamaya devam edilecektir. (iv) Taraflardan birisinin geçerli bir neden göstermeksizin duruşmaya gelmemesi veya delillerini sunmaması durumunda da yargılama mevcut delillere göre yürütülecektir. Görüldüğü üzere, bir tarafın tahkime katılmaması durumunda verilecek *default award*, ancak bu son iki halde söz konusu olabilecektir.

Bu çerçevede önem kazanabilecek bir başka husus da, taraflardan birisinin tahkime katılmaması halinde, hakem veya hakem kurulunun, tahkimin taraf yokluğunda devamına ilişkin mutlaka karar verme zorunluluğunun bulunmamasıdır<sup>81</sup>. Diğer bir deyişle, hakem veya hakem kurulunun yukarıda belirtilen şartlar bulunsa dahi *default award* vermeme yönünde takdir haklarını kullanmaları mümkündür. Hatta söz konusu durum hakemlere göre MTK m. 13/A kapsamında yargılamanın sürdürülmesini gereksiz ve imkansız hale getiriyorsa tahkim süreci nihai karar verilmeksizin sona ermektedir<sup>82</sup>.

## F. EK KARARLAR

Tahkim yargılamasında taraflar için bağlayıcı olan ve *res judicata* niteliğindeki hakem kararları, kural olarak hakemlerin görevlerinin sona ermesi ve uyuşmazlıktan el çekmeleri sonucunu (*functus officio*) doğurmaktadır<sup>83</sup>. Ancak bazı durumlarda tahkimi ayakta tutma ilkesinin de etkisiyle uyuşmazlığa ilişkin ek kararlar verilebilmektedir<sup>84</sup>. Birçok tahkim kuralları ve kanunların-

80 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-32; Özsunay, s. 158; Kalpsüz, s. 88; UN Conference, s. 11.

81 Kalpsüz, s. 88.

82 Kalpsüz, s. 88.

83 Özsunay, s. 173.

84 Kalpsüz, s. 123; Erdoğan, Feyiz: Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ekim 200, s. 215 vd. Bu-

da da düzenlenmiş olan ek kararlar genel itibariyle; düzeltme (*correction*), yorumlama (*interpretation*) ve tamamlama (*addition*) kararları olarak üçe ayrılmaktadır. Ek kararlarla ilgili ayrıntılı açıklamalara geçmeden önce, hepsi için uygulanacak bazı kuralların burada öncelikle belirtilmesi faydalı olacaktır.

Evvvela, ek karar türlerinin hepsinde, bu yönde talepte bulunan tarafın karşı tarafı bilgilendirmesi gerekmekte ve ancak hakimin bu talebi haklı bulması şartıyla karar verilebilmektedir. Yine bu bağlamda başka bir husus, verilen ek kararların hepsi nihai kararın bir parçası sayılmakta ve bu itibarla taraflara bildirildiği tarihten itibaren iptal süresi başlamaktadır<sup>85</sup>. Ek kararlar vermek konusunda geniş takdir yetkisi bulunan hakemlerin bu aşamada dikkat etmesi gereken en önemli husus, verilen ek kararın, dayanağı olan nihai kararı değiştirmemesi, onun esas içeriğine temas etmemesi gerektiğidir<sup>86</sup>. Dolayısıyla bu bakımdan ek kararların başat fonksiyonu, verilen nihai kararın bazı şekli eksikliklerinin bulunması, taraflarca tam olarak anlaşılabilmesi ve yargılama sırasında ileri sürülmüş ancak nihai karara konu olmamış bir hususun sonradan karara eklenmesidir. Aksi bir durum nihai kararın iptali sonucunu doğurabilecektir<sup>87</sup>. Ek kararların düzenlenebileceğini öngören tah-

---

rada dikkat edilmesi gereken bir başka konu, belirtilen ek kararların (düzeltme, yorumlama ve tamamlama) kısmi kararlar ya da ara kararlar için verilip verilemeyeceğidir. Gerek doktrinde gerek tahkim kurallarında bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanımızca her iki tür karar için de bu imkan tanınmalıdır. Zira ek kararlar verildikleri an nihai kararların bir parçası sayıldıklarından aynı sonucun kısmi ve ara kararlar için de benimsenmesi, tahkimi ayakta tutma ilkesi bakımından da tutarlı bir yaklaşımdır. Kaldı ki bunu engelleyen herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Yalnız önemle belirtelim ki, bu yönde bir talepte bulunulması halinde, hakem veya hakem kurulunun önünde denge kurması gereken iki husus gündeme gelmektedir; bunlardan ilki, yargılamanın ilgili tarafça yavaşlatılmaması, diğeri de söz konusu talebin haklılık payı. Diğer bir deyişle, hakem veya hakem kurulu ek karara hükmetmeden önce, talebin haklılığına ve yargılamayı yavaşlatmak adına yapılmadığına kanaat getirirse, kısmi kararlar ve ara kararlar için de ek karar verilmesi yolu açık olmalıdır.

85 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-34; **Kuru**, s. 793; **Pekcantez/Atalay/Özkes**, s. 755; **Kalpsüz**, s. 124; **Akıncı**, MT, s. 186; **Ekşi, Nuray**: Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 67, S. 1, 2009, s. 57. Nihai kararların icrası aşamasında hakimler tarafından ek kararların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir (**Akıncı**, MT, s. 186). Zira yukarıda da belirtildiği gibi ek kararlar da nihai kararın bir parçası olarak telakki edilmekte bu nedenle iptal ve tenfize konu olabilmektedir. **Özsunay**, s. 176.

86 **Akıncı**, MT, s. 184; **Özsunay**, s. 174. Hakemlerin yine bu çerçevede taraflardan yeni deliller sunmalarını istemesi de mümkün değildir. **Özsunay**, s. 174.

87 MTK m. 15 uyarınca; “*Tahkim yargılanmasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürü-*

kim kurallarının hemen hemen hepsinde hakemlerin bu kararları verebilmesi için gerekli süreden bahsedilmektedir ve genellikle bu süre 30 gün olarak belirlenmiştir<sup>88</sup>. MTK 14/B uyarınca bu süreler; düzeltme ve yorumlama kararları için 30 gün; tamamlama kararı için 60 gündür<sup>89</sup>. Son olarak, MTK 16/A'da ek kararların verilmesi durumunda ek hakem ücretine hükmedilme-yeceği belirtilmiştir<sup>90</sup>.

### 1) Düzeltme

Hakem veya hakem kurulu, kararda hesap, yazı ve benzeri maddi hatalar varsa, herhangi bir taraftan bu yönde bir talep aldığı takdirde yahut kendisinin bu durumu fark etmesi halinde kararı düzeltilebilecektir<sup>91</sup>. Bu husus MTK m. 14/B'de gayet açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, düzeltme talebi, ilgili kararın tarafa bildirilmesinden itibaren 30 gün içinde yapılmalı ve bu husus karşı tarafa bildirilmelidir. Söz konusu talebi ve karşı tarafın bu konudaki görüşünü inceleyen hakem veya hakem kurulu, kararın düzeltilme-sinde haklılık payı bulunduğu kanaat getirirse 30 gün içinde bu hatayı dü-

---

*tülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu...*" ibaresi kararın iptali için pekala gerekçe teşkil edebilecektir.

- 88 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-33; **Özsunay**, s. 175; **Akıncı**, MT, s. 186; ICC Kuralları m. 35 (30 gün), AAA m. 50 (hakem veya hakem kurulunun bu yönde karar vermesi için gereken süre bu maddede 20 gün olarak belirtilmiştir), CIETAC m. 51, 52 (30 gün), LMAA m. 25 (28 gün), LCIA m. 27 (30 gün), İngiliz Tahkim Kanunu m. 57 (28 gün), Alman Tahkim Kanunu para. 1058 (1 ay).
- 89 Burada karşımıya çözümü gerekli şu soru çıkmaktadır; acaba esas hakkında karar verilmesi için düzenlenmiş 1 yıllık sürenin (MTK m. 10/B) bazı şartlarda uzatılmasını mümkün kılan düzenleme, ek kararlar için öngörülen süreye kıyasen uygulanabilecek midir? Bu konuda doktrinde herhangi bir görüşün ileri sürülmediği görülmekte ve ek kararlarla ilgili MTK m. 14/B'de de bu konuya ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Kanımızca, kural olarak tahkimin esası hakkında karar verilmesi için kanunun öngördüğü 1 yıllık süre, nasıl ki tarafların anlaşmasıyla veya bir tarafın talebiyle mahkeme tarafından uzatılabiliyorsa, aynı imkanın ek kararlar açısından da benimsenmesinin hiçbir sakıncası yoktur. Böylelikle hem tahkimi ayakta tutma ilkesi zarar görmemiş, hem de taraflar için ek yargılama külfetlerinin neden olacağı zaman kaybı ve işlem maliyetlerinin önüne geçilmiş olur. Keza HMK m. 437 f. 2'ün (UNCITRAL Model Kanunu m. 33/4), "*icap ederse bu süre hakem veya hakem kurulunca uzatılabilir*" şeklinde bir ifadeye yer vermesi de MTK açısından aynı sonuca ulaşmamızı kolaylaştırır niteliktedir.
- 90 Ancak söz konusu ek kararlar kapsamında masraf yapılmışsa bunların da tahkim giderleri sayılması ve hakem veya hakem kurulu tarafından hükme eklenmesi gerekmektedir. Bu yönde bir hüküm UNCITRAL Kuralları m. 40/3'de yer almaktadır.
- 91 **Kalpsüz**, s. 122; **Özsunay**, s. 174; **Akıncı**, MT, s. 185; **UN Conference**, s. 13.

zeltecektir. Aynı şekilde hatayı kendisi fark eden hakem veya hakem kurulu da kararın verildiği tarihten itibaren 30 gün içinde resen düzeltme yapabilir. Birçok tahkim kuralları ve kanunlarında düzeltme kararı verilebileceği ifade edilmiştir<sup>92</sup>.

Burada düzeltme sınırının titizlikle belirlenmesi gerekmektedir. Şöyle ki, hakem veya hakem kurulu kararda bulunan basit hesap, yazı ve benzeri maddi hataları, ancak kararın içeriğini değiştirmeyecek şekilde düzeltilmelidirler. Diğer bir deyişle, düzeltmenin kapsamı bazı aritmetik ve tipografik yanlışlıklar çerçevesinde tutulmalı, hükmü değiştirecek tarzda düzeltmeler yapılmamalıdır<sup>93</sup>. Söz gelimi hukuki hataların giderilmesi veya uyuşmazlığa uygulanan yanlış faiz oranının düzeltilmesi gibi işlemler aynı zamanda kararın değiştirilmesi anlamına geleceğinden, hakem veya hakem kurulunun bu durumlarda kararı düzeltmemesi gerekmektedir<sup>94</sup>.

## 2) Yorumlama

Kararın içeriğinin tam olarak anlaşılabilmesi, tarafların talep sonuçlarının belirsiz olarak kaleme alınmış olması veya yanlış anlaşılmalara mahal verecek çelişik ifadelerin bulunması gibi durumlarda, taraflardan birisinin bu yöndeki talebi üzerine, (ve diğer tarafı da bilgilendirerek) karar, hakem veya hakem kurulu tarafından yorumlanabilmektedir (MTK m. 14/B)<sup>95</sup>. İlgili hususların açıklığa kavuşturulması için yapılan yorum talebi, kısmi ya da kararın tümüne ilişkin olabilir<sup>96</sup>. Hakem veya hakem kurulunun bu talebi yerinde görmesi halinde, 30 gün içinde söz konusu karar yorumlanır. Çoğu tahkim kurallarında taraflara bu yönde bir imkanın tanındığı görülmektedir<sup>97</sup>. Hakemin kararla ilgili yorumunun salt hükümlerle ilgili olması, gerekçeye ilişkin olmaması gerekmektedir<sup>98</sup>.

92 UNCITRAL Kuralları 37, ICC Kuralları m. 35, CIETAC m. 62, LCIA m. 27/3, UNCITRAL Model Kanun m. 33. Bu metinlerde düzeltme kararı verilmesi için öngörülen süre 30 gün olarak belirtilmiştir.

93 Akıncı, MT, s. 185; Özsunay, s. 174; Kalpsüz, s. 122.

94 Akıncı, MT, s. 185; Özsunay, s. 174.

95 Akıncı, MT, s. 184; Özsunay, s. 175; Kalpsüz, s. 122; UN Conference, s. 13.

96 Kalpsüz, s. 123.

97 UNCITRAL Kuralları m. 38, ICC Kuralları m. 35, AAA m. 50, CIETAC m. 62, LCIA m. 27, İngiliz Tahkim Kanunu, m. 57, UNCITRAL Model Kanun m. 33, ICSID m. 50.

98 UN Conference, s. 13.

### 3) Tamamlama

MTK m. 14/B uyarınca, şayet tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen hakem veya hakem kurulu tarafından bir şekilde karara yansıtılmamış hususlar varsa, taraflardan birisi, ilgili kararın bu çerçevede tamamlanmasını talep edebilmektedir<sup>99</sup>. Örneğin tahkim giderlerine ilişkin nihai miktarın ne olduğuna dair talep üzerine hakem kararı tamamlanabilir<sup>100</sup>. Ancak önemle belirtelim ki, bu imkan, MTK m. 15/A'da belirtilen "*hakem veya hakem kurulunun... istemin tamamı hakkında karar vermediği...*" gerekçesi ile kararın iptal edilebilmesi kuralının bir istisnası niteliğindedir<sup>101</sup>. Bu istisnanın taraflara tanınmış olması kuşkusuz tahkimi ayakta tutma prensibinin bir görünümüdür. Ancak bu durumda dahi, yukarıda da belirtildiği üzere, hakem veya hakem kurulu, kararı tamamlarken hükmü değiştirmemeli ve kararın halihazırdaki içeriğine müdahale etmemelidir. Yine burada önem taşıyabilecek bir diğer konu da, yargılama süresince ileri sürülmemiş bir husus hakkında kararın tamamlanamayacak olmasıdır<sup>102</sup>. Söz konusu talep, ilgili tarafça 30 gün içinde (ve karşı tarafı da bildirerek) hakem veya hakem kuruluna sunulur. Hakem veya hakem kurulu, düzeltme ve yorumlama kararından farklı olarak, 60 gün içinde söz konusu kararı tamamlar. Birçok tahkim kanunu ve kurallarında da bu yönde benzer hükümler yer almaktadır<sup>103</sup>.

## III. HAKEM KARARININ VERİLMESİ

### A. HAKEMİN KARAR VERİRKEN DİKKAT ETMESİ GEREKEN HUSUSLAR VE İLKELER

Tahkim yargılamasını yürütecek olan hakem veya hakem kurulu, bu yetkisini esas itibarıyla taraflar arasında imzalanan tahkim anlaşması ve tahkime uygulanacak hukuktan almaktadır<sup>104</sup>. Burada, hakem veya hakem kurulunun karar verme aşamasında (dolayısıyla tahkim süresince) ne gibi hususlara dikkat edeceği taraflar ile arasındaki ilişkinin niteliğiyle yakından ilgilidir.

<sup>99</sup> UN Conference, s. 13; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-33.

<sup>100</sup> Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-34; UN Conference, s. 13.

<sup>101</sup> Kalpsüz, s. 123; Özsunay, s. 175; Akıncı, MT, s. 186.

<sup>102</sup> Kalpsüz, s. 123.

<sup>103</sup> UNCITRAL Kuralları 35, ICC Kuralları m. 30, AAA m. 30, CIETAC m. 62, LCIA m. 27, İngiliz Tahkim Kanunu, m. 57, UNCITRAL Model Kanun m. 33, ICSID m. 50.

<sup>104</sup> Franck, D. Susan: The Role of International Arbitrators, ILSA Journal of International & Comparative Law, 2006, s. 13.



Bugün genel kabul gören görüş uyarınca, hakem veya hakem kurulunun tahkime ilişkin görevi bir iş görme edimi olarak kabul edilmekte ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekalet hükümlerinin söz konusu olması gerektiği savunulmaktadır<sup>105</sup>. Dolayısıyla tahkim sürecini yürüten hakemin uyuşmazlığın taraflarına karşı özen yükümlülüğü bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu itibarla hakemin görevini yaparken aynı zamanda özenle ve dikkatle bu edimini yerine getirmesi gerekmektedir<sup>106</sup>. Diğer bir anlatımla, hakem veya hakem kurulu, hakem sözleşmesinin karşı tarafı olan uyuşmazlık taraflarının, tahkim süresi boyunca menfaatlerine ve iradelerine uygun olarak yargılama yapmalıdırlar<sup>107</sup>. Bu kapsamda usul ekonomisine, ve tarafların işlem maliyetlerinin (*cost-efficiency*) aşırı şekilde artmamasına dikkat etmesi gerekmekte, görevini yerine getirirken adil ve tarafsızlığını bir kenara bırakmamalıdır<sup>108</sup>. Hakem veya hakem kurulunun hangi şekilde ve hangi tarafça seçildiği yargılama faaliyetini etkilememeli, onlar tarafların temsilcisi yahut vekili gibi hareket etmemelidirler<sup>109</sup>.

Birçok tahkim kanununda ve tahkim kurallarında hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması amacına yönelik çeşitli hükümler öngörülmüştür<sup>110</sup>. UNCITRAL Model Kanunu m. 12 bu bakımdan önemlidir; söz konusu hükme göre, tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda haklı bir şüphesi olan hakemin bu durumu gecikmeksizin açıklama yükümlülüğü (*disclosure*) bulunmaktadır<sup>111</sup>. MTK m. 7/C'de de bu yönde düzenleme bulunmakta, ayrıca hakemlerin reddedilme şartları ve usulleri belirtilmektedir. Ayrıca hakemlerin hukuki

105 **Taşkın**, s. 40 vd; **Akıncı**, MT, s. 38; Hakem sözleşmesinin ivazsız olması durumunda vekalet; ivazlı olması durumunda ise hizmet sözleşmesi olacağı yönünde bkz. **Kuru**, s. 785 dn. 10.

106 **Taşkın**, s. 173 vd. Hakemlerin hakem sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri şu şekilde sıralanabilir; Yargılama prosedürünün hakem yargılama usulüne uygun olarak yürütülmesi yükümlülüğü, hakemin şahsi edim yükümlülüğü, hakemin sadakat yükümlülüğü (**Taşkın**, s. 163-169), hakemin bilgi verme yükümlülüğü (**Taşkın**, s. 169-172), hakemin özen yükümlülüğü (**Taşkın**, s. 173-174), hakemlerin tarafların iradesine uyma yükümlülüğü (**Taşkın**, s. 175-177).

107 **Taşkın**, s. 176.

108 **Franck**, s. 10, 11; **Erdoğan**, s. 210.

109 **Nazan, Candaner Elver**: Kurumsal Tahkim Sistemlerinde Hakemin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Reddi, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul Ticaret Odası, 2004/16, İstanbul 2004, s. 38 vd.

110 AAA m. 17, ICC Kuralları m. 11, CIETAC m. 30, LMAA m. 3, İngiliz Tahkim Kanunu m. 33, Alman Tahkim Kanunu para. 1035, LCIA m. 5.

111 Tarafsızlık kavramı taraflar ile hakem arasındaki ilişkide ortaya çıkarken, bağımsızlık ise taraflarla yahut tahkimin sonucuyla ekonomik ya da özel bir bağı olmamasını gerektirir. Bu yönde bkz. **Kaplan**, s. 96.



ya da fiili sebeplerle görevini yapmaması durumunda yargılamadan çekilmesi gerekmektedir (MTK m. 7/F). Bu kapsamda bir diğer önemli husus, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmeyen hakemin bu nedenle tarafların uğradığı zararı tazmin borcunun bulunmasıdır (MTK m. 7/H). Hemen belirtelim ki, ICC kuralları m. 40'taki, hakemlerin, tahkime uygulanacak hukuk çerçevesinde aksi yasak olmadıkça, tahkim yargılaması nedeniyle hiçbir tarafa karşı sorumluluğu bulunmayacağı şeklindeki düzenleme burada gözden uzak tutulmamalıdır.

Hakem veya hakem kurulunun tahkim yargılamasında dikkat etmesi gereken en önemli hususlardan bir tanesi de, verilen nihai kararların olabildiğince iptal edilmeyecek şekilde verilmesi gerektiğidir<sup>112</sup>. Nitekim MTK m. 15/A'daki bazı iptal nedenleri, bize, hakem veya hakem kuruluna ait özen yükümlülüğünün içeriği konusunda fikir verebilecek niteliktedir. Bu bağlamda, hakem veya hakem kurulunun tahkim anlaşması çerçevesinde karar vermesi, eksik karar vermemesi ve yetkisini aşmaması gerekir. Öte taraftan, tahkim süresince tarafların eşitliği ilkesine dikkat edilmesi ve hukuki dinlenilme haklarının eşit şekilde tanınması gerekmektedir (MTK m. 8/B)<sup>113</sup>.

MTK m. 10/B'ye göre, tahkim yargılamasında esasa ilişkin karar ilk toplantı tutanağının düzenlenmesinden itibaren 1 yıl içinde verilmelidir. Nihai karar bu süre içinde verilmediği takdirde MTK m. 15/A uyarınca taraflardan birisi tarafından kararın iptali mümkün olabilecektir. Dolayısıyla hakem veya hakem kurulunun tahkim yargılaması boyunca bu süreye de dikkat etmesi gerekecektir<sup>114</sup>.

Şayet uyuşmazlığın tarafları, bu anlatılanlar kapsamında ve çeşitli endişelerle tahkim yargılamasının işleyiş şeklini bir ölçüde belirlemek istiyorlarsa

112 Bu konuda ICC Kurallarındaki şu düzenleme ayrıca önemlidir; *“In all matters not expressly provided for in the Rules, the Court and the arbitral tribunal shall act in the spirit of the Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law”* (m. 41)

113 **Franck**, s. 10, 11; **Biçkin, İnci**: Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 67, 2006, s. 382.

114 **Taşkın**, s. 159, 160. UNCITRAL Model Kanununu hazırlayan çalışma grubu toplantılarında tahkim süresine ilişkin düzenlemenin gerekliliği tartışılmış, ancak her uyuşmazlığa belirli bir sürenin öngörülmesinin pek mümkün olmayacağı bu nedenle bu konunun dışarıda bırakılmasına karar verilmiştir (**UN Conference**, s. 18; **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-37). Aynı şekilde tahkim kanunların çoğunluğunda da bu yönde bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir (**Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-36). Öte yandan bu konuda düzenleme yapan tahkim kuralları da mevcuttur; örneğin, ICC m. 24; CIETAC m. 52; ICSID kural 46 vb. (**Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-39).

tahkim anlaşmalarına bazı kurumların hazırladıkları etik kurallarını dercedebilirler<sup>115</sup>. Bu sayede hakem veya hakem kurulunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı konularında ortaya çıkabilecek bir takım sorunların bu tür ayrıntılı düzenlemelerle önüne geçilebilecektir. Bu tür kurallara örnek olarak; *IBA Guidelines, American Arbitration Association Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* ve Milan Ticaret Odası Etik Standartları Kuralları verilebilir<sup>116</sup>.

## B. OY ÇOKLUĞU

Uyuşmazlıklarını tahkimde çözmek isteyen taraflar, tek sayı olmak şartıyla hakem sayısını belirlemekte serbesttirler. Bu seçim, tahkim anlaşmasında bizzat taraflarca yapılabileceği gibi, anlaşmazlık durumunda, tahkimin kurumsal yahut ad hoc olmasına göre, ilgili kurum<sup>117</sup> ya da yerel mahkeme<sup>118</sup> tarafından da yapılabilecektir. Tahkim yargılamasını yürütecek hakem sayısının birden fazla olması durumunda, hakem kurulu kararlarını kural olarak oyçokluğu ile vermektedir. Ancak hemen belirtelim ki, tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür (MTK m. 13/A). Yani taraflar uyuşmazlığı çözecek hakem kurulunun oybirliği ile karar vermesi konusunda anlaşılabilirler<sup>119</sup>. Oyçokluğunun kural olarak yeterli görülmesinin altında yatan temel mantık; tahkim davasını kaybedecek olan tarafın seçtiği hakemin oybirliğini bozarak nihai kararın verilebilmesini engelleyebileceği olasılığıdır<sup>120</sup>. Bu yüzden birçok tahkim kanunu<sup>121</sup> ve kuralları<sup>122</sup> karar nisabını, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, oyçokluğu olarak belirlemişlerdir<sup>123</sup>. Yalnız burada gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus, oyçokluğuna ulaşılamaması durumunda ne olacağıdır. Bu sorun, ICC kuralları m. 31' göre<sup>124</sup>, hakem kurulu başkanı-

115 **Franck**, s. 24.

116 **Franck**, s. 25.

117 ICC Kuralları m. 12 uyarınca bu seçimi tahkim divanı (*the Court*) yapmaktadır.

118 MTK m. 7/A gereğince bu seçim asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılmaktadır.

119 **Kalpsüz**, s. 119; **Eksi**, s. 163.

120 **UN Conference**, s. 18.

121 İngiliz Tahkim Kanunu m. 52/3, İsviçre Özel Hukuk Kanunu m. 189, MTK m. 13/A,

122 CIETAC, m. 54, ICC m. 31, AAA ICDR m. 26, UNCITRAL kuralları m. 31, ICSID kural 47, LCIA m. 26

123 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-42, 24-43; **Özsunay**, s. 157, 158.

124 “*When the arbitral tribunal is composed of more than one arbitrator, an award is made by a majority decision. If there is no majority, the award shall be made by the president of the arbitral tribunal alone*”.

nın oyu ile çözülmektedir<sup>125</sup>. MTK'da ise bu yönde bir hüküm bulunmayıp, sadece taraflar veya hakem kurulunun diğer üyelerinin yetki vermiş olmaları durumunda, hakem kurulu başkanının “yargılama usulü” ile ilgili belirli konularda tek başına karar vereceği belirtilmiştir.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta da şudur; tahkim yargılaması süresince hakem kurulu tüm kararlarını kendi içinde müzakere yaparak almakta ve bu müzakereler gizlilik prensibine uygun olarak yürütülmektedir<sup>126</sup>. Hatta bazı düzenlemelerde karardan önce müzakere yapılma zorunluluğu dahi getirilmiştir<sup>127</sup>. Bu bağlamda, bir hakemin söz konusu müzakerelere katılmaktan imtina etmesi durumunda ne olacağı sorusu da önem kazanmaktadır. Kural olarak bu gibi durumlarda diğer hakemlerin müzakereleri kendi aralarında yürütebilecekleri kabul edilmektedir<sup>128</sup>.

### C. KARŞI OY VE GÖRÜŞ AÇIKLAMASI (*DISSENTING AND CONCURRING OPINIONS*)

Birden çok sayıda hakemden oluşan hakem kurulunun verdiği kararlarda kuşkusuz her zaman tüm hakemlerin aynı görüşte olması beklenemez. Bu yüzden hakem ya da hakemlerin verilmiş karar ilişkin karşı oylarının veya görüş açıklamalarının kararla birlikte taraflara bildirilmesinin ne gibi etkileri olacağı ve tahkim yargılamasının güvenilirliğini zedeleyip zedelemeyeceği gibi hususlar, bu yönde birçok tartışmaya da kaynaklık etmiştir<sup>129</sup>. Söz konusu tartışmaların odak noktasını belirleyebilmek için, burada evvela karşı oy (muhalefet şerhi, *dissenting opinion*) ve görüş açıklaması kavramlarının incelenmesi gerekmektedir.

125 Hakem kurulu başkanının tek başına vereceği kararın usule aykırılık ya da kamu düzenine aykırılık gerekçeleriyle iptal edilebileceği veya tenfize engel olacağı hususunda bkz. **Erdoğan**, s. 214.

126 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-35; **Özsunay**, s. 158.

127 **Redfern/Hunter**, para. 8-29; **Özsunay**, s. 158.

128 **Özsunay**, s. 158.

129 UNCITRAL Model Kanun'u yapan çalışma grubunun bir toplantısında karşı oy açıklamasının düzenlenmesi önerilmiş ancak bu pek taraftar toplamamıştır. Nitekim Model Kanun'da bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır (**Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-47; **UN Conference**, s. 19). Ancak bazı ülkeler Model Kanun'u kendi iç hukuklarına dahil ederlerken karşı görüşte bulunan bir hakemin görüşünü karara ekleyebileceği şeklinde bir düzenlemeye de yer vermişlerdir. Örneğin Quebec Hukuk Yargılama Usulü Kanun'u (**UN Conference**, s. 20; **Özsunay**, s. 161). Diğer taraftan UNCITRAL Kuralları ve ICC Kurallarında bu yönde hüküm bulunmadığı görülmektedir.

Karşı oydan anlaşılması gereken, hakem kararının hem hüküm kısmına, hem de gerekçe kısmına muhalefet edilmesidir. Diğer yandan, görüş açıklaması ise (*concurring opinion*), bir hakemin (ya da hakemlerin) kararın hükmüne katılmaları ancak gerekçe konusunda farklı düşüncede olmalarıdır. Hükme ve/veya gerekçeye katılmayan hakemin bu yöndeki görüşünü açıklayabilmesine ilişkin çoğunluk tahkim kanunlarında bu yönde hüküm bulunmamaktadır<sup>130</sup>. MTK m. 14/A gereğince hakemlerin karşı oy verebilecekleri ve bunun karar içeriğine dahil olduğu düzenlenmiştir.

Karşı oy ve görüş açıklaması, gerek mevcut kararın bir eki olarak, gerekse karardan ayrı bir belge olarak taraflara bildirilsin, hiçbir şekilde kararın parçası sayılmamaktadır<sup>131</sup>. Bu çerçevede gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husus da, karşı oy ve görüş açıklamasının hiçbir şekilde karar aleyhine olan taraf için iptal davasında kullanılabileceği argümanları içermemesi gerektiğidir<sup>132</sup>. Aynı şekilde, hakem kurulunun kendi içinde yürüttüğü müzakerelerin gizliliğinin ihlal edilmemesi de burada özel bir öneme sahiptir<sup>133</sup>.

Karara katılmayan hakemin imza atmayı reddetmesi de bir bakımdan karşı oy anlamına gelmektedir. Ancak bu durumda çoğu tahkim kuralları, imzalamamayı tercih eden hakemin neden imzalamadığının belirtilmesi şartıyla, hakem kurulunun çoğunluk imzasını karar için yeterli kabul etmektedir<sup>134</sup>.

#### D. BİLDİRİLMESİ

Tahkim yargılamasında da devlet yargılamasındaki gibi verilen kararların uyumsuzluk taraflarına bildirilmesi gerekmektedir. Böylece karar aleyhine olan taraf iptal prosedürüne, lehine olan taraf ise tanıma ve tenfiz prosedürüne başlayabilecektir<sup>135</sup>. MTK m. 14/A'da hakem veya hakem kurulu başkanı ta-

<sup>130</sup> Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-47; Özsunay, s. 161; UN Conference, s. 19; Uluslararası tahkimde hakem kararına ilişkin karşı oy açıklamasına nadir rastlandığı görülmektedir. (Redfern/Hunter, para. 8-70; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-46.

<sup>131</sup> UN Conference, s. 19; Özsunay, s. 161; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-46.

<sup>132</sup> Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-49; UN Conference, s. 19. Ancak diğer taraftan farklı bir görüşe göre, karşı oyların veya görüş açıklamalarının taraflara iletilmesi, uyumsuzluklarının hakem veya hakem kurulu tarafından son derece ciddiye alındığı şeklinde bir algı yaratacak ve tahkime duyulan güven artacaktır. UN Conference, s. 19.

<sup>133</sup> Redfern/Hunter, para. 8-69, 8-71; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-45.

<sup>134</sup> UN Conference, s. 19; Özsunay, s. 163. UNCITRAL Kuralları m. 32/4 maddesi bu şekilde bir düzenlemeye örnek verilebilir.

<sup>135</sup> Lew/Mistelis/Kröll, para. s. 24-51, UN Conference, s. 20; Akıncı, MT, s. 184; Kalpsüz, s. 121.

rafından yapılacak bu bildirim taraflara nasıl iletileceği düzenlenmiştir<sup>136</sup>. Taraflar ayrıca, masrafını ödemek şartıyla kararın Asliye Hukuk Mahkemesi'ne (MTK m. 3'e göre belirlenen) gönderilmesini de isteyebilirler (MTK m. 14/A).

Öte yandan kurumsal tahkimlerde ise, kararı taraflara bildirme görevi bizzat Sekreteryaya'ya aittir<sup>137</sup>. Yine bu bağlamda bazı tahkim kanunları ve kuralları ise, belirli bir harcın ödenmesi şartıyla hakem kararının mahkemeye tevdi ya da kayıt (*deposit* veya *register*) edilmesi gerektiği yönünde düzenlemeler içermektedir<sup>138</sup>. Keza MTK öncesi ve HUMK döneminde de benzer bir düzenleme yürürlükte olup, hakem kararlarının yetkili mahkemeye tevdi edilip orada dosyalanması gerekiyordu (HUMK m. 532)<sup>139</sup>. Taraflar da hakem kararını bu mahkemeden tebliğ alıyor ve bu tarihten itibaren temyiz yoluna başvurabiliyorlardı. Yeni HMK ile hakem kararlarının temyiz edilme imkanı ortadan kalktığından hem ulusal hem de uluslararası tahkimlerde tevdi ya da kayıt prosedürü artık işlememektedir<sup>140</sup>.

## E. İNCELENMESİ (APPROVAL)

Hakem kararları bazı kurumsal tahkim kuralları uyarınca bağlayıcı ve nihai olmadan önce, henüz taslak halindeyken belirli bir mercii tarafından incelenip onaylanmaktadır. Hatta karar incelemeyi geçip onaylanmadık-

<sup>136</sup> “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça herhangi bir yazılı bildirim, bizzat gönderilene ya da gönderilenin yerleşim yerine, olağan oturma yerine, iş yerine veya posta adresine teslim edildiği takdirde alınmış sayılır.

Gerekli araştırma yapılmasına rağmen yukarıdaki bildirim yerlerinden hiçbirinin bulunmaması halinde, gönderilenin bilinen son yerleşim yerine, olağan oturma yerine, iş yerine veya posta adresine taahhütlü mektupla veya teslim teşebbüsünün belgelendiği herhangi bir başka vasıta ile gönderilen yazılı bildirimler alınmış sayılır.

Yazılı bildirim, öngörülen şekillerde teslim edildiği tarihte alınmış sayılır. Bu fıkra hükümleri mahkemelerce yapılan tebliğatlara uygulanmaz”

<sup>137</sup> Alman Tahkim Kurumu (DIS) Kuralları m. 36/2; ICC Kuralları m. 34, AAA m. 27/5. ICC Tahkim’de kararlar taraflara tebliğ edildikleri an bağlayıcılık kazanmakta ancak ulusal düzenlemelerdeki prosedürlere göre icra edilebilirlik etkisinin ne zaman başlayacağı değişebilmektedir. **Ekşi**, ICC, s. 57.

<sup>138</sup> **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-50; Örneğin, UNCITRAL Kuralları m. 32’e göre, “kararın verildiği ülke hukukunun öngörmesi halinde, hakem kurulu belirtilen zamanda ve belirtilen şekilde kararı tevdi ya da kayıt ettirmek zorundadır.”

<sup>139</sup> **Kalpsüz**, s. 122.

<sup>140</sup> **Kalpsüz**, s. 122.

ça hakem veya hakem kurulu nihai kararı verememektedir. ICC Kuralları m. 33'te öngörülen bu şekilde bir inceleme hakem divanı tarafından hiçbir şekilde hakemlerin karar verme özgürlüklerine müdahale etmeksizin yapılmaktadır. İncelemenin kapsamı, şekli bakımından bazı değişiklikler yapılması ve esasla ilgili hususlara hakem veya hakem kurulunun dikkatinin çekilmesi ile sınırlıdır<sup>141</sup>. Bu tür bir inceleme, kuşkusuz birçok bakımdan hakem kararının iptal olması olasılığını azaltacak nitelikte olduğu gibi, aynı zamanda tarafsızlığın ve bağımsızlığın ikinci bir kontrolü de sayılabilecektir<sup>142</sup>. Ancak öte yandan, incelemeyi yapacak merciin kendi görüşlerini hakem veya hakem kuruluna dayatabileceği, ve onları yönlendirebileceği de ileri sürülmüştür<sup>143</sup>. Yargıtay'ın ünlü Keban Kararı bu kapsamda anılmaya değerdir. Söz konusu kararda, ICC Hakem Divanı tarafından yerine getirilen inceleme faaliyeti, Yargıtay tarafından kamu düzenine aykırı bulunmuştur<sup>144</sup>. Ancak daha sonraki kararlarda bu tutumun terkedildiği görülmektedir<sup>145</sup>.

## E. GİZLİLİĞİ VE YAYINLANMASI

Tahkim yoluna başvuran uyuşmazlık taraflarının bu yöndeki tercihini belirleyen en önemli sebeplerden birisi de hakem kararlarının gizliliği, yani kamuya açık olmamasıdır<sup>146</sup>. Böylelikle tahkime yansıtılan uyuşmazlık tarafların ticari hayatlarını ve piyasadaki durumlarını etkilemeyecektir. Ancak nihai karardan sonra iptal ya da tenfize başvurulması halinde bu gizliliğin ortadan kalkacağı da burada ayrıca not edilmelidir<sup>147</sup>. Öte yandan kararların yayınlanmasının tahkim yargılamasını geliştireceği ve tahkime ilişkin sürekli içtihat yaratacağı şeklinde görüşlerin de haklılık payı bulunmaktadır<sup>148</sup>.

Tahkim kanunlarında hakem kararlarının gizliliği ya da yayınlanması konusunda bir düzenlemeye rastlanmamaktadır<sup>149</sup>. Buna karşın, tahkim ku-

141 **Eksi**, ICC, s. 57.

142 **Kalpsüz**, s. 177.

143 **Özsunay**, s. 177.

144 Y. 15. HD, E. 1617, K. 1052, T. 10.3.1976. Bu kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. **Eksi**, ICC, s. 61, 62.

145 Y. 15, HD, E. 2383, K. 3667, T. 10.7.1991.

146 **UN Conference**, s. 33; **Özsunay**, s. 17.

147 **UN Conference**, s. 33.

148 **Özsunay**, s. 178, 179;

149 **UN Conference**, s. 33; **Özsunay**, s. 178; **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-99 vd.

ralarında ise tarafların rıza göstermesi halinde kararların, onların kimlikleri gizlenerek yayınlanması yönünde hükümler mevcuttur<sup>150</sup>.

#### IV. HAKEM KARARININ ŞEKLİ VE İÇERİĞİ

Hakem kararının şekli ve içeriği büyük oranda da Tahkim yargılamasını yürüten hakem veya hakem kurulunun dahil olduğu hukuk sistemine ve uygulanacak hukuka göre değişmektedir<sup>151</sup>. Söz gelimi, *Common Law* çevresine dahil olan hakemlerin verdikleri kararlar daha kapsamlı ve uyumsuzluğun ayrıntılarına nüfuz ederek kaleme alınırken, *Civil Law* sistemlerindeki kararların kısa ve özet olarak ifade edildiği görülmektedir<sup>152</sup>. Ancak her halükarda bir hakem kararının ne şekilde ve ne içerikte olması gerektiği konusunda asgari bir takım unsurlara dikkat edilmesi gerekmektedir. Nitekim ICSID kuralları (kural 47/1), UNCITRAL Kuralları m. 32, UNCITRAL Model Kanun m. 31 ve MTK m. 14/A'de kararların şekli ve içeriği konusunda bu yönde düzenlemeler bulunmaktadır. Aşağıda bu konuda daha ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

##### A. ŞEKİL

Hakem kararının hangi şekilde verileceği konusunda şu iki unsurun öne çıktığı görülmektedir; yazılılık ve imza. Kuşkusuz, kararın hakem veya hakem kurulu tarafından imzalı olarak verilmesi gerektiği yönündeki bir düzenleme aynı zamanda yazılı olması gerektiğini de anırtmaktadır. Fakat yazılı olma şartının imzayı içerip içermediği, şayet imza gerekiyorsa, hakem kurulunu oluşturan bütün hakemlerin mi yoksa çoğunluğunun imzasının mı yeterli kabul edileceği, bu noktada önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>153</sup>.

Milletlerarası tahkimde bugün tartışmasız kabul gördüğü üzere hakem kararlarının yazılı olmaları gerekmektedir<sup>154</sup>. Bu bağlamda MTK'daki düzenleme anılmaya değerdir; zira kararların hakem veya hakem kurulu tarafından

150 **Özsunay**, s. 178; **UN Conference**, s. 34 UNCITRAL Kuralları m. 32/5, LCIA m. 30, LMAA m. 26, ICSID Kural 48; ICC tahkim kurumu kararlarının çoğu 1990'dan bu yana tarafların kimlikleri belirtilmeden yayınlanmaktadır. Bkz. ICC Yearbook of Commercial Arbitration veya ICC Bulletin

151 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-53, **UN Conference**, s. 23, **Özsunay**, s. 164.

152 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-53, **UN Conference**, s. 23, **Özsunay**, s. 164.

153 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. s. 24-58; **Özsunay**, s. 163; **UN Conference**, s. 24.

154 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. s. 24-53; **UN Conference**, s. 23; **Özsunay**, s. 162.

imzalanması gereği öngörülerek bu şekilde doğal olarak yazılı olacağı ima edilmiştir (m. 14/A). Keza New York Sözleşmesi m. 4 ile de aynı sonuca gidilebilmektedir. Öte yandan, bazı tahkim kanunu ve kurallarında ise hem yazılılık hem de imzalı olma şartı açıkça ifade edilmiştir; bu bakımdan UNCITRAL Kuralları m. 32, LCIA Kuralları m. 26, ICSID kural 47, İngiliz Tahkim Kanunu m. 52, UNCITRAL Model Kanun m. 31 örnek olarak sayılabilir.

Hakem kararlarının imzalanarak taraflara bildirilmesi konusunda ise ilgili düzenlemeler çeşitlilik göstermektedir. Ancak burada tüm hakem kurulunun kararı imzalaması gerektiği yönündeki bir hükmün, aynı zamanda imzalamaktan imtina eden bir hakem tarafından tahkim sürecinin kilitlenmesi tehlikesini yaratabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır<sup>155</sup>.

Tahkim kanunları ve kurallarının bir kısmı sadece hakem kurulu başkanının imzasını yeterli kabul ederken<sup>156</sup>, bir kısmı da kararın imzalamayan hake-min gerekçesini de içermesi kaydıyla, çoğunluğun imzasının yeterli olacağını düzenlemektedir (UNCITRAL Kuralları m. 32/4, UNCITRAL Model Kanun m. 31, Alman Tahkim Kanunu para. 1054.)<sup>157</sup>.

## B. İÇERİK

Yukarıda da değinildiği üzere, hakem kararının içeriği, onu kaleme alan hakem veya hakem kurulunun temayül gösterdiği hukuk sistemine ve tahkime uygulanacak hukuka göre farklılık gösterebilmektedir. ICC Kuralları m. 31, UNCITRAL Kuralları m. 32, UNCITRAL Model Kanun m. 31 ve MTK m. 14/A'ya bakıldığında içerik konusunda hayli geniş ifadelere yer verildiği<sup>158</sup>, genel bir kapsamın çizildiği görülmektedir. Öte taraftan bu konuyu daha ayrıntılı düzenleyen kurallar ve kanunlar da mevcuttur (örneğin ICSID Kural 47)<sup>159</sup>.

<sup>155</sup> UN Conference, s. 24.

<sup>156</sup> İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu, m. 189/2, ICC Kuralları m. 31, LCIA m. 26, CIE-TAC m. 56.

<sup>157</sup> İngiliz Tahkim Kanunu m. 52/3'te düzenleme de ise, sadece karara katılan hakemlerin imzaları kararın oluşması için yeterli sayılmaktadır. Aynı şekilde ICSID m. 47'de bu yönde bir hüküm içermektedir.

<sup>158</sup> UNCITRAL Kuralları m. 32 ve Model Kanun m. 31 hakem kararlarının içeriği konusunda şu şekilde bir düzenleme yapmıştır; hakem kararı (i) yazılı, (ii) imzalamayan hakemin gerekçesiyle birlikte diğer hakemler tarafından imzalanmış, (iii) tahkim yeri ve tarihinin belirtildiği, (iv) taraflarca aksi yönde kararlaştırılmadıkça, hükmün temelinde yer alan gerekçelerin ifade edildiği şekilde olmalıdır.

<sup>159</sup> Özsunay, s. 164; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-55.



Bugün, üzerinde herhangi bir tartışma bulunmayacak şekilde, bir hakem kararının ilke olarak şu içerikte olması gerektiği savunulmaktadır;

- Tarafların ve varsa temsilcilerinin kimlikler ve adresleri
- Hakemlerin kimlikleri ve adresleri
- Tahkim yeri
- Hakem veya hakem kurulunun yargılama yetkisinin varlığı ve dayanağı
- Karar verilmesi aşamasına kadar olan usuli sürecin özeti
- Tarafların uyuşmazlıkla ilgili iddia ve savunmaları ve ileri sürdükleri deliller
- Uyuşmazlıkla ilgili vakıalar ve taraflar arasındaki asıl hukuki ilişki
- Uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk
- Hakem veya hakem kurulu tarafından incelenen hususlar
- Tarafların talepleri ve her bir taleple ilgili hakem veya hakem kurulunun hükmettiği sonuç
- Tazminata hükmedilmesi durumunda tazminatın miktarı ve uygulanacak faiz
- Kararın dayandığı hukuki sebepler ve gerekçe
- Tahkim giderleri
- Karar tarihi ve hakemlerin imzası<sup>160</sup>

MTK m. 14/A çerçevesinde belirlenen hakem kararının içeriği ve unsurları ise aşağıda alt başlıklar halinde açıklanacaktır.

### 1) Tarafların ve Varsa Temsilcileri ile Vekillerinin Adları ve Soyadları ile Unvanları ve Adresleri

Hakem kararında bu konuların belirtilmesi birçok bakımdan önem arz etmektedir. Öncelikle tarafların ve temsilcilerinin kimliklerinin (ve adreslerinin) kararda zikredilmesi, kararın kesin hüküm etkisinin (*res judicata*) kimler üzerinde sonuç doğuracağıın tayini bakımından önemlidir<sup>161</sup>. Bu konunun kararda belirtilmesinin diğer bir işlevi, uyuşmazlık taraflarının davaya taraf

160 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-55; Redfern/Hunter, para. 8-46; Özsunay, s. 165.

161 Akıncı, MT, s 181; Kalpsüz, s. 112.

olma ehliyetleri, dava ehliyetleri ve taraf sıfatlarının tespitini sağlayacak olmasındır<sup>162</sup>.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, uyuşmazlık taraflarının bazı hukuki sebeplerden ötürü yargılamaya dava arkadaşları şeklinde katılmasının zorunlu olduğu durumlarda, her birinin davacı yahut davalı olarak gösterilmesi gerektiğidir. Örneğin bir konsorsiyum ya da ortak girişim şeklinde vuku bulan hukuki bir ilişkide, adi ortaklık ve bu bağlamda elbirliği mülkiyeti hükümleri uygulanacağından medeni usul hukuku kuralları gereği dava arkadaşlığı kurumu ortaya çıkmaktadır<sup>163</sup>.

MTK m. 8/B uyarınca, tahkim yargılamasında taraflar, yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından da temsil edilebileceklerdir. Şu kadar ki, bu hüküm tahkimle ilgili mahkemelere yapılan istemlerde uygulanmayacaktır. Tahkim itirazı, kararın iptali ve tenfizi prosedürleri burada örnek olarak verilebilir.

## 2) Gerekeçe

Devlet mahkemelerinde kabul edilen, nihai kararların gerekçeli verilmesi zorunluluğu tarafların serbest iradeleri üzerinden temellenen tahkim yargılamasında bu kadar kesin ve açık bir zorunluluk olarak kabul edilmemektedir<sup>164</sup>. Bu bağlamda, yapılan tartışmaların odak noktalarına bakıldığında şu şekilde argümanlar ileri sürülmektedir; öncelikle hakem kararının gerekçeli olması birçok uluslararası antlaşmada da dayanağını bulan adil yargılama ilkelerine uygundur<sup>165</sup>, öte taraftan gerekçesiz kararların keyfi olarak görülebilme tehlikesi bulunmaktadır<sup>166</sup>. Yine aynı şekilde, gerekçe gösterilmesi, uyuşmazlıkla ilgili taraflara, iddia ve savunmalarını ileri sürme hakkı tanındığının bir göstergesidir<sup>167</sup>. Nitekim gerekçesiz ya da gerekçesi yeterli olmayan hakem kararları kamu düzeni nedeniyle iptal edilebileceği gibi tenfiz aşamasında da mahkemece red sebebi olarak görülebilecektir<sup>168</sup>.

162 Akıncı, MT, s 181; Kalpsüz, s. 112.

163 Akıncı, MT, s 181; Kalpsüz, s. 112.

164 Özsunay, s. 167; Redfern/Hunter, para. 8-55.

165 Erdoğan, s. 214. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birleşik Krallık İnsan Hakları Kanunu (UK Human Rights Act).

166 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-69; Özsunay, s 168.

167 MTK m. 8/B; Kalpsüz, s. 112.

168 Özsunay, s. 168; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-68. Bu bağlamda bir diğer argüman ise Kalpsüz tarafından ileri sürülmüş olup, yazara göre yerli hakem kararları da kesinleştiğinden itibaren

Bu tartışmaları bir kenara bırakırsak, bir hakem kararında gerekçenin ne şekilde olması gerektiği belirli kıstaslar dikkate alınarak belirlenebilir. Öncelikle, gerekçenin çok kapsamlı olmasına gerek olmayıp, tarafların, bu gerekçeye bakarak hakem veya hakem kurulu tarafından uyuşmazlığın nasıl çözüldüğünü ve buradan hareketle iddia ve savunmalarının dinlenerek taleplerinin cevaplandırıldığını anlayabilmesi yeterlidir<sup>169</sup>. Ayrıca gerekçe içeriğinden tahkime uygulanacak usule ve esasa ilişkin kuralların hakem veya hakem kurulu tarafından karar verilirken dikkate alınıp alınmadığı görülebilmelidir<sup>170</sup>. Nitekim kararın iptali aşamasında yerel mahkeme, iptal sebeplerinin bulunup bulunmadığını bu gerekçeye bakarak tetkik etmektedir<sup>171</sup>. Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, gerekçenin hem maddi vakıaları hem de hukuki sebepleri içeren bir bütün olduğundan hareketle, gerekçede uyuşmazlığı meydana getiren olgular açıklanmalı, uyuşmazlığın hukuki altlaması yapılmalı ve taraflarca ileri sürülen taleplere yer verilmelidir<sup>172</sup>.

Hakem kararlarında gerekçe gösterilmesine ilişkin tahkim kanunları dört farklı yaklaşım benimsemişlerdir<sup>173</sup>: (i) her halükarda gerekçenin gösterilmesi<sup>174</sup>, (ii) tarafların sulh olduğuna ilişkin karar verilmesi veya tarafların tahkim anlaşmasında aksini düzenlemeleri dışında gerekçe gösterilmesi<sup>175</sup>, (iii) şarta bağlı yahut uyuşmazlık konusu eşyanın niteliğine ilişkin hakem kararı değilse gerekçe gösterilmesi<sup>176</sup>, (iv) gerekçe konusunun düzenlenmemiş olması<sup>177</sup>.

---

aynen mahkeme kararları gibi icra edilecek olduğundan Anayasa m. 141 gereği, onların da mahkeme kararları gibi gerekçeli olmaları gerekmektedir (**Kalpsüz**, s. 113, dn. 153). Ancak yakın tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının Türk kamu düzenine aykırı sayılmayacağı ifade edilmiştir. “*Yabancı mahkeme kararlarının salt gerekçesinin bulunmamasının kesinleşmiş yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olmayacağı ve bu hususun 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 54/c maddesi anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık sayılmayacağı...*” Y. İBK. E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012.

169 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-68.

170 **Kalpsüz**, s. 113, 114.

171 **Kalpsüz**, s 113, 114.

172 **Kalpsüz**, s. 113, 115.

173 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-65; **Özsunay**, s. 167.

174 Brezilya Tahkim Kanunu m. 26/2, Fransız Yeni Hukuk Yargılaması Usul Kanunu m. 1471.

175 İngiliz Tahkim Kanunu m. 52/4, İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu, m. 189/2, UNCITRAL Model Kanun m. 31/2.

176 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-65.

177 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-65.

Tahkim kurallarında ise iki farklı yaklaşım kabul edilmiş olup<sup>178</sup>, ilk gruptaki düzenlemeler, her zaman gerekçenin gösterilmesini öngörmekte<sup>179</sup>, ikinci grup ise taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça kararın gerekçeli olarak verileceğini düzenlemektedirler<sup>180</sup>.

MTK m. 14/A uyarınca hakem kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir. Öyle ki gerekçeli olmayan kararların MTK m. 15/A'ya göre tahkime uygulanacak usul kurallarına göre yürütülmediği ve bu durumun esasa etkili olduğu taraflarca ileri sürülerek ya da MTK m. 15/B uyarınca kamu düzenine aykırılığı yerel mahkemece resen dikkate alınarak iptal edilmesi mümkündür.

### 3) Tarafların İleri Sürdüğü Talepler

Hakem veya hakem kurulunun tarafların hangi talep veya taleplerini kabul edip, kararında o yönde hüküm vereceği, öncelikle tahkim anlaşmasına ve tahkime uygulanacak hukuka göre değişiklik gösterecektir. Kural olarak mahkemelerden istenen her türlü talep hakemlerden de istenebilmektedir<sup>181</sup>. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, söz konusu taleplerin usul hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ilişkin olduğudur<sup>182</sup>. Zira söz konusu hukukun kurallarına göre hakem veya hakem kurulunun hareket alanı belirlenmektedir. Yine bununla bağlantılı olarak, hakem veya hakem kurulunun tahkim anlaşması kapsamında kendisine tanınan yetki alanını aşmaması gerekmektedir<sup>183</sup>.

Genel itibarıyla hakem kararlarında, tarafların taleplerine yönelik şu konularda hüküm verilmektedir<sup>184</sup>;

- Aynen ifa (*specific performance*)<sup>185</sup>

178 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-66.

179 **CIETAC** m. 55, **ICC Kuralları** m. 31.

180 **UNCITRAL** kuralları m. 32/3, **AAA** m. 27/2, **LCIA** m. 26.

181 **Özsunay**, s. 168; **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-70; **UN Conference**, s. 26;

182 **UN Conference**, s. 26; **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-70. Çoğu tahkim kanunu ve kuralları, taleplere karşı hakemlerin hangi tür yaptırıma hükmedeceğine ilişkin düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla hakemlerin bu konudaki hareket alanı, tarafların tahkim anlaşması, tahkime uygulanacak usul kuralları ve esasa ilişkin maddi hukuk kuralları göz önünde bulundurularak belirlenecektir. Bkz. **McKendrick, Ewan/Maxwell, Iain**; *Specific Performance in International Arbitration*, *Chin J Comp Law* (2013) 1 (2), s. 207.

183 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-70; **UN Conference**, s. 26.

184 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-71; **Özsunay**, s. 169.

185 Sözleşme ilişkisi çerçevesinde karşı edimine kavuşamayan tarafın tek taraflı bir irade beyanı yahut mahkeme yoluyla aynen ifayı talep etmesidir. Ancak önemle belirtelim ki, *Common*

- Tazminat (*damages*)
- Bir hakkın varlığının ya da yokluğunun tespiti (*declaratory relief*)
- Sözleşmedeki boşlukların doldurulması ve sözleşmenin uyarlanması (*gap-filling ve adaptation*)<sup>186</sup>
- Sözleşmenin tasfiyesine ve edinilen yararların iadesine (*restitution*)<sup>187</sup>
- Bir şeyin yapılmasına ya da yapılmamasına (*injunctive relief*)
- Sözleşmenin düzeltilmesine (*rectification*)<sup>188</sup>

*Law*'da bu yönde bir hüküm verilmesi hakimın takdir yetkisi dahilinde olup, buna karşın *Civil Law*'da ise hakim talep ile bağlıdır. Zira *Common Law* sisteminde sözleşmeye aykırılığın esas yaptırımı tazminat olarak düzenlenmekte ve ancak tazminatın yeterli olmadığı veya aynen ifanın yerine getirilmesinin çok önemli olduğu durumlarda aynen ifaya hükmedilmektedir. *Civil Law*'da ise edimin imkansızlığı dışında aynen ifanın her zaman talep edilmesi mümkündür (Bu konuda bkz. **McKendrick /Maxwell**, s. 200 vd; **Atamer, Yeşim M.:** İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2010, s. 239 vd.) Ancak burada uluslararası uyumlaştırma metninin bu iki kutup arasında bir nevi köprü kurduğu da unutulmamalıdır; bu bağlamda United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), Principles of International Commercial Contracts (PICC), Principles of European Contract Law (PECL) gibi sözleşmeler örnek olarak verilebilir. (**McKendrick, /Maxwell**, s. 204; **Atamer**, s. 227 vd.).

- 186 Sözleşmenin yorumlanması, karşılıklı irade beyanları ile kurulan sözleşmenin içeriğinin belirlenmesidir. Bu itibarla hakim, sözleşme hükümlerinin ne anlama geldiklerini incelerken, dürüstlük kuralı temelinde ve güven teorisi çerçevesinde tarafların gerçek arzularını araştıracaktır (**Atamer, Yeşim M.:** Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 63, S. 1-2, 2005, s. 175; **Dural, Mustafa/Sarı, Suat;** Türk Özel Hukuku Cilt 1, İstanbul 2004, s. 188 vd.). Bunun tespit edilememesi halinde farazi ortak arzuların bulunması denenecektir. Şayet yorumlama faaliyetinden herhangi bir sonuç çıkmadığı takdirde, sözleşmede boşluk olduğu kabul edilmede ve MK m. 1 uyarınca hakim tarafından doldurulması yoluna gidilmektedir. Burada ise, öncelikle sözleşmenin otonom şekilde tamamlanması seçilecek, mümkün olmaması halinde yedek hukuk kuralları uygulanacaktır. Yedek hukuk kuralların da çözüm alamaması halinde hakim, bu sefer tarafların farazi iradeleri doğrultusunda boşluğu doldurmaya çalışacaktır (**Atamer**, s. 189, 190; **Dural/Sarı**, s. 190 vd.)
- 187 Çoğunlukla ifa engelleri kapsamında sözleşme ilişkisi tasfiye edilirken gündeme gelen bu imkan, yararların iadesini amaçlamaktadır (**Beatson, J:** Anson's Law of Contract, 28th Edition, Oxford University Press, 2002, s. 642 vd.). İsviçre-Türk hukukunda sözleşmeden dönme halinde yerine getirilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme kapsamında iadesi (*restitutio in integrum*) bu bağlamda örnek olarak verilebilir.
- 188 *Common Law* merkezli olan *rectification* kurumunda, tarafların karşılıklı edim dengesini oluşturan iradeleri ile sözleşmeye döktükleri beyanları uyuşmamakta, karşılıklı bir hata hali

- Cezai tazminata (*punitive damages*)

Bu çerçevede belirtilmesi gereken önemli bir nokta da, uyuşmazlık taraflarının ileri sürebileceği taleplerin dayanılan hukuki ilişkilere göre çeşitlilik gösterebilmesidir. Hatta söz konusu hukuki ilişkilerin nasıl bir sınıflandırmaya tabi tutulduğu da ilgili hukuk sistemine ait bir sorundur. Burada çalışmanın kapsamı içinde kalabilmek adına bazı genel açıklamalarla yetinilecektir.

Öncelikle tarafların dava yoluyla serdettikleri taleplerin bazıları iptal ve tenfiz aşamalarında mahkemelerin çeşitli müdahalelerine maruz kalabilmektedir. Söz gelimi, *Common Law* ülkelerinde benimsenen cezai tazminata (*punitive damages*) hükmedebilme imkanı, sadece kusur kriteri ve zarar kapsamına göre tazminata hükmeden *Civil Law* sistemlerine son derece yabancıdır<sup>189</sup>. Dolayısıyla *Civil Law* hakiminin önüne böyle bir tazminatı içeren hakem kararı geldiğinde, bu istem çoğu zaman New York Sözleşmesi m. 5/2 bağlamında kamu düzeni gerekçesiyle reddedilebilecektir<sup>190</sup>. Keza aynı tehlikeye MÖHUK m. 62 çerçevesinde de söz konusudur. Ayrıca bu durum MTK m. 15 anlamında bir iptal sebebi de sayılabilecektir.

Bu kapsamda tartışmalı olan bir husus, hakem veya hakemlerin sözleşmedeki boşlukların doldurulması ya da sözleşmenin uyarlanması konularında yetkilerinin olup olmadığıdır<sup>191</sup>. Tarafların tahkim anlaşmalarında bu yönde bir yetkiyi hakem veya hakem kuruluna vermeleri halinde bu konuda herhangi bir sorun yaşanmayacaktır<sup>192</sup>. Aksi bir durumda ne olacağı ise, UNCITRAL Model Kanununun hazırlanması aşamasında uzun uzadıya tartışılmış ancak her milli hukukun bu yönde kendisine özgü kuralları olduğu ve meselenin henüz uluslararası alanda yeknesak olarak düzenlenmesinin zor olacağı düşünülerek bu yönde bir hüküm dahil edilmemiştir<sup>193</sup>.

---

ortaya çıkmaktadır. Bunun üzerine, hakim tarafların gerçek arzularına göre sözleşmeye müdahale etmekte, onu düzeltmektedir. *Rectification*'a hükmedilebilmesi için; sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olması ve hata edildiği hususunun tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık olması gerekmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Beatson**, s. 389 vd.

189 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-74; **Özsunay**, s. 169; **UN Conference**, s. 26.

190 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-75; **Özsunay**, s. 169; **UN Conference**, s. 26.

191 **Özsunay**, s. 170; **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-77; **UN Conference**, s. 26.

192 **Özsunay**, s. 170; **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-77; **UN Conference**, s. 26.

193 **UN Conference**, s. 27; **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-80; **Özsunay**, s. 171.

#### 4) Faiz

Konusu para borcu olan bir uyuşmazlığın çözülmesiyle birlikte, davalının asıl borca ek olarak ne oranda ve ne zamandan itibaren faiz ödemesi gerektiği konusu gündeme gelmektedir. Hiç kuşkusuz bugün çoğu hukuk sisteminde, ticari uyuşmazlıklarda tazminata ya da para borcuna ilişkin aynen ifaya hükmedilmesi durumunda bununla beraber faize de hükmedilmektedir<sup>194</sup>. Nitekim hakem veya hakem kurulu, bu şekilde bir talebin davalı tarafça ödeneceğine hükmederken ayrıca faiz oranını, faizin başlangıç tarihini ve mürekkep faizin uygulanıp uygulanmayacağını da tespit edecektir<sup>195</sup>. Hakem veya hakem kurulu bu belirlemeyi tahkimin esasına uygulanacak hukuk çerçevesinde yapacaktır<sup>196</sup>. Faizin yasak olduğu İslam ülkelerinde tenfiz edilme olasılığının bulunduğu durumlarda genellikle hakemlerin faize ilişkin kararı ayrı bir karar olarak verdikleri, böylelikle tenfizin reddi halinde asıl taleple ilgili kararın bundan etkilenmemesini sağladıkları görülmektedir<sup>197</sup>.

#### 5) Tahkim Giderleri

Tahkim yargılamasının yürütülmesi için yapılan masraflar genel olarak iki gruba ayrılmaktadır; bunlar, yargılama masrafları (*arbitration costs*) ve taraf masraflarıdır (*legal costs*)<sup>198</sup>. Kurumsal tahkimlerde ayrıca yönetim masrafları (*administrative expenses*) da gündeme gelmekte ve bunlar da yargılama masrafları grubuna dahil olmaktadır. Yargılama masrafları; yönetim masrafları (kurumsal tahkim olması durumunda), hakem ücretleri, duruşmaların yapılacağı yerin kira ücreti, hakemlerin seyahat ve yol masrafları, bilirkişi ücretleri, keşif masrafları, çeviri ve yargılama için gerekli diğer harcamalardan oluşmaktadır<sup>199</sup>. Taraf masrafları ise, uyuşmazlık taraflarının tahkim süresi boyunca yargılamaya ilişkin yaptıkları masraflar olup, vekalet ücreti ve dosyalama masrafları bu bakımdan örnek olarak verilebilir<sup>200</sup>.

194 Redfern/Hunter, 8-78 vd.; Özsunay, s. 171.

195 Özsunay, s. 171; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-87.

196 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-88.

197 Özsunay, s. 171; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-89.

198 UN Conference, s. 27; Akıncı, MT, s. 235, 236.

199 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-80; Özsunay, s. 171; Kalpsüz, s. 165; UN Conference, s. 27; Akıncı, MT, s. 241.

200 Kalpsüz, s. 167; Akıncı, MT, s. 244; Özsunay, s. 173; Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-84. Ancak burada bir hususa açıklık getirmekte fayda var; vekalet ücretinin esas itibarıyla iki görünümü bulunmakta, ilki, taraf ile hukuki temsilcisi arasında anlaşılan ücret; ikincisi ise dava-

MTK m. 16 tahkim giderlerinin kapsamını, tahkim giderleri için yatırılacak avansı ve giderlerin yargılama sonunda kime bırakılacağı düzenlenmektedir. MTK çerçevesinde tahkim giderleri; (i) hakemlerin ücretini, (ii) hakemlerin seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları, (iii) hakem veya hakem kurulu tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvuru alan diğer kişilere ödenen ücretleri ve keşif giderlerini, (iv) hakem veya hakem kurulunun onayladığı ölçüde tanıkların seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları, (v) hakem veya hakem kurulunun davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdir ettiği vekalet ücretini, (vi) mahkemelere yapılacak başvurularda alınan yargı harçlarını, (vii) tahkim yargılamasına ilişkin bildirim giderlerini kapsamaktadır<sup>201</sup>. MTK m. 16/A uyarınca hakem veya hakem kurulunun verdiği ek kararları için hakem ücreti istenmeyeceği ancak bu doğrultuda herhangi bir masraf yapılmışsa bu kalem altında ödenmesi gerektiği de burada bir kez daha hatırlanmalıdır.

Tahkim giderleri için henüz yargılama başında avans yatırılması gerekmektedir. Kurumsal tahkim söz konusu ise bu avansın ne oranda ve hangi taraftan isteneceği kuruma ilişkin tahkim kurallarında veya bu kuralların ekleindeki listelere göre belirlenmektedir. Ancak uyuşmazlık taraflarının tahkim anlaşmasında bu yönde düzenleme yapmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Uygulamada çoğunlukla, uyuşmazlık konusu, hakem ücretleri ve tahkim giderleri göz önünde bulundurularak oranlama yapılmakta ve tahkim talebinin alınmasından itibaren davacıdan istenmektedir<sup>202</sup>.

ICC Tahkimde bu usul, m. 36 uyarınca gerçekleştirilmekte ve tahkim talebini alan Sekreteryaya, görev belgesi düzenlenene kadar, Tahkim Divanı tarafından olası tahkim masrafları olarak belirlenen meblağı, davacıdan geçici bir avans olarak istenmektedir (m. 36/1). Hakem veya hakem kurulu tarafından ha-

---

nın kaybedilmesi durumunda avukatlık kanuna göre hükmedilmesi gereken asgari avukatlık ücretidir. Taraf masraflarına dahil olan vekalet ücreti ikincisidir (**Kalpsüz**, s. 167). Bununla bağlantılı olan bir diğer konu ise, tarafların dava dosyasına sunmak üzere edindikleri hukuki mütalaalar ve uzman bilirkişi raporlarının masraflara dahil olup olmayacağıdır. Burada kabul edilmesi gereken, söz konusu giderlerin tahkimi kaybeden taraftan istenemeyecek olmasıdır. Dolayısıyla bu tür giderler de taraf masraflarına girmemektedir (**Kalpsüz**, s. 166). Tanık dinletme giderleri ise hakem veya hakem kurulunun makul saydığı ölçüde masraflara dahil olacaktır (**Kalpsüz**, s: 167). Öte yandan ICC Tahkiminde ise, tahkimi kazanan taraf ile avukat arasında kararlaştırılan vekalet ücretinin, makul ölçüde kaybeden tarafa ödeltildiği görülmektedir. **Akıncı**, MT, s. 244.

201 Bu konuda bkz. ICC Kuralları m. 37, UNCITRAL Kuralları m. 40.

202 **Özsunay**, s. 172; **Akıncı**, MT, s. 244, 245.



zırlanacak görev belgesinde ise, avans miktarının taraflarca yarı yarıya ödeneceği düzenlenmektedir (m. 36/2). Taraflardan birisi kendisine düşen miktarı ödemezse tahkime devam etmek isteyen taraf, daha sonra karşı taraftan almak üzere, diğerinin de ödemesi gereken meblağı ödeyebilir. Hatta bu meblağa ödenmesinden itibaren temerrüt faizinin uygulanabileceği söylenebilir<sup>203</sup>. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus, m. 37/1 uyarınca hakem veya hakem kurulunun tahkim süresince tahkim giderlerine ilişkin karar verebilecek olması ve bu doğrultuda taraflardan ödeme yapılmasını isteyebilmesidir. UNCITRAL Model Kanun'da bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan UNCITRAL Kuralları m. 40 vd'daki düzenlemeler kapsamlı olarak bu konuyu düzenlemektedir.

MTK m. 16/C'ye göre ise, hakem veya hakem kurulu avans yatırılmasını davacı taraftan isteyecektir. Hakem veya hakem kurulu kararını verdikten sonra avansların ne için ve ne miktarda harcandığını gösteren bir belgeyi taraflara verecektir. Avansın artması durumunda da bu miktar ödeyene iade edilir. Söz konusu avansın öngörülen süre içerisinde ödenmemesi durumunda ise, hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilecektir. Bu hususun taraflara tebliğinden itibaren otuz gün içinde avans ödenmediği takdirde tahkim yargılaması sona erecektir<sup>204</sup>.

Tahkim giderlerinin yargılama sonunda hangi tarafa yükletileceği, öncelikle tarafların aralarındaki anlaşmaya göre belirlenecektir. Bu konuda anlaşmanın bulunmaması halinde ise, tahkim giderleri kural olarak davayı kaybeden tarafa bırakılmaktadır. MTK m. 16/D uyarınca benimsenen çözüm bu olmakla birlikte, iki tarafın haklı olması durumunda haklılık durumlarına göre oranlama yapılacağı ifade edilmiştir.

Bu yöndeki genel kuralın yanında son yıllarda öne çıkan iki yaklaşıma da değinmek gerekir. İngiltere, Fransa ve İsviçre'deki tahkim uygulamalarına baktığımızda, davayı kaybeden tarafın tüm tahkim giderlerini ödemesi kuralının geçerli olduğu kararlardan başka, ayrıca kaybeden tarafın sadece giderlerin önemli bir bölümünü ödemesine hükmedildiği kararlar da mevcuttur<sup>205</sup>. Diğer bir eğilim ise, haksız çıkma kriteri yanında tarafların tahkim süresi boyunca gösterdikleri tutum ve davranışlarının dikkate alınarak hangi tarafın ne kadar ödeyeceğinin belirlenmesidir. Böylece tahkimin sürüncemede bırakılması ve

203 **Kalpsüz**, s. 171.

204 Avans konusunda bkz. ICC Kuralları m. 36, UNCITRAL Kuralları m. 43.

205 **Lew/Mistelis/Kröll**, para. 24-82; **Özsunay**, s 173.

işlem maliyetinin artması olasılığının azalacağı beklenmektedir<sup>206</sup>. Bu bağlamda UNCITRAL Kuralları m. 43'te bu yönde bir düzenleme mevcuttur<sup>207</sup>.

MTK m. 16/D gereğince hakem veya hakem kurulu, tahkimi sona erdiren veya tarafların sulh olmasına ilişkin kararında yargılama giderlerini de belirtecektir. Burada tahkimi sona erdiren ibaresinin kullanılması maksatlıdır. Zira MTK m. 13'te nihai karar verilmeksizin tahkimin sona ereceği haller düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu madde kapsamına giren hallerde de yargılama giderlerine ilişkin bir karar verilmelidir<sup>208</sup>. Öte yandan uluslararası tahkim uygulamasında, yargılama giderlerinin belirtildiği karar ile birlikte söz konusu giderlerin miktarını açıklayan ayrı bir karar verildiği de görülmektedir<sup>209</sup>.

### 6) Karara Karşı İptal Davası Açılabileceği Hususu

MTK m. 14/A uyarınca hakem kararında taraflara “*karara karşı iptal davacı açılabilirliği hususu*” da bildirilmektedir. UNCITRAL Kuralları, ICC Kuralları, UNCITRAL Model Kanun ve diğer tahkime ilişkin metinlerin birçoğunda bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır.

### 7) Kararın Verilme Yeri ve Tarihi

Uyuşmazlık tarafları, tahkim anlaşmalarında tahkim yerini belirlemekte serbesttirler. Şayet anlaşmada bu yönde bir hüküm yoksa, kurumsal tahkimlerde kurum içi mercii tarafından<sup>210</sup>, ad hoc tahkimde ise olayın özelliklerine göre hakem veya hakem kurulu tarafından seçilmektedir<sup>211</sup>. Nasıl belirlenmiş olursa olsun, her halükarda kararın verilme yerinin nihai kararda gösterilmesi gerekmektedir. Böylelikle tahkim yargılamasında ve sonrasında ortaya çıkabilecek birçok konu açıklığa kavuşacaktır. Evvela, kararda gösterilen tahkim yeri, tahkim süresince hangi mahkemenin uyuşmazlıkla ilgili hususlarda yetkili olduğunu gösterecektir<sup>212</sup>. Aynı şekilde, tahkime uygulanacak kurallar,

206 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-82; Özsunay, s 173.

207 UNCITRAL Kuralları m. 43, “*The costs of the arbitration shall in principle be born by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case*”.

208 Akıncı, MT, s. 177; Kalpsüz, s. 171.

209 Lew/Mistelis/Kröll, para. 24-86.

210 ICC Kuralları m. 18.

211 MTK m. 9, UNCITRAL Model Kanun m. 20, UNCITRAL Kuralları m. 18.

212 Kalpsüz, s. 115.

hakem kararının yerli ya da yabancı olup olmadığı, karara karşı hangi kanun yollarına gidilebileceği gibi konularda da tahkim yerinin belirleyici rolü bulunmaktadır<sup>213</sup>. Bu hususun belirtilmemiş olması halinde tarafların bu eksikliğin giderilmesi için hakem veya hakem kurulundan ek karar alma imkanı vardır<sup>214</sup>. Aksine bir anlaşma olmadıkça hakem kararı tahkim yerinde verilmiş sayılmaktadır<sup>215</sup>.

Bu konuyla bağlantılı olan bir diğer husus, kararın imza yerinin bazı durumlarda tahkim yerinden farklı olabilmesidir. Gerçekten de, karar verildikten sonra imza aşamasına gelindiğinde, hakemlerin farklı yerde bulunuyor olmaları mümkündür ve bu durum imzaların farklı yerlerde atılmasını sonucunu doğurmaktadır. Ancak belirtelim ki, imza yeri hususunun tahkim yeri ile herhangi bir bağlantısı olmamakta, dolayısıyla yukarıda sayılan konularda belirleyici özelliği bulunmamaktadır<sup>216</sup>.

Hakem kararların ayrıca kararın hangi gün verildiği de belirtilmelidir. Bu husus, MTK m. 10 uyarınca belirlenen tahkim süresine uyulup uyulmadığı, bu doğrultuda MTK m. 15 çerçevesinde bir iptal sebebi bulunup bulunmadığı bakımından önemlidir. Öte yandan kararın verildiği tarihten itibaren işleyecek birçok süre ve bunlara bağlanan çeşitli imkanlar bulunmaktadır. Örneğin ek kararların istenebilmesi için kararın bildirilmesinden itibaren otuz günlük bir süre söz konusudur. İptal davası açma hakkı da yine otuz günlük süreye tabidir. Bunlar dışında, zamanaşımı, kararın kesin hüküm etkisi gibi unsurlar da kararın verildiği tarihten etkilenmektedir<sup>217</sup>.

## 8) Kararı Veren Hakem veya Hakemlerin Ad-Soyadları, İmzaları ve Varsa Karşı Oyları

Yukarıda açıklandığı üzere, hakem kararları kural olarak çoğunluk nisa-bıyla verilmektedir. Ayrıca kararların bağlayıcı hale gelebilmeleri için hakem veya hakem kurulu tarafından imzalanmaları gerekmektedir. Bu konuda her ne kadar MTK'da bütün hakemlerin kararı imzalaması gerektiği yönünde bir hüküm bulunmasa da, yaygın görüş, karara katılınsın ya da katılmasın bütün hakemlerin kararda imzaları bulunması gerektiği yönündedir<sup>218</sup>. Şayet her-

213 Kalpsüz, s. 115.

214 Özsunay, s. 166.

215 Özsunay, s. 166.

216 Akıncı, MT, s. 182; Özsunay, s. 166.

217 Özsunay, s. 167; Akıncı, MT, s. 182; Kalpsüz, s. 116.

218 Kalpsüz, s. 116; Akıncı, MT, s. 183.

hangi bir hakem ya da hakemlerin imza atmaktan kaçındıkları takdirde tahkimi ayakta tutma ilkesi çerçevesinde, şayet çoğunluğun imzası kararda yer alıyorsa kararın bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir<sup>219</sup>. Bu kural ve kabul edilen görüş, hakemlerin ad ve soyadları açısından da geçerlidir. Yine MTK m. 14 uyarınca azınlıkta kalan hakemler karşı oylarını ister nihai kararın içinde, ister karara bu yönde bir şerh koyarak ayrıca verebilirler<sup>220</sup>.

### 9) Hüküm Sonucu

MTK'da açık şekilde belirtilmemiş olsa da, kuşkusuz tarafların hak ve borç dağılımını geri dönülmeyecek şekilde etkileyeceğinden, nihai kararlarda mutlaka hüküm sonucunun açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınması gerekmektedir<sup>221</sup>.

## V. HAKEM KARARI DIŞINDA TAHKİMİN SONA ERMESİ

Uyuşmazlığın devlet mahkemeleri dışında, etkin, hızlı ve elverişli şekilde çözülmesi amacıyla başvuru tahkim yargılamasında normal olan, esasa ilişkin nihai karar ile yargılamanın sona ermesidir. Hatta bununla birlikte hakemlerin uyuşmazlığı çözmeye yükümlülüğü de sona erecektir (*functus officio*). Ancak bazı hallerde, hakem veya hakem kurulu tarafından verilen nihai bir karar olmaksızın da tahkimi sona erdiren durumlar ortaya çıkmaktadır. Bunlar MTK m. 13/B'de düzenlenmekte olup; bu şartlardan birisinin varlığı halinde, yani,

- Davalının itirazı üzerine, hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukuki yararı bulunduğunu kabul etmesi hali hariç, davacı davasını geri alırsa<sup>222</sup>,
- Taraflar yargılamanın sona erdirilmesi konusunda anlaşılırlarsa (sulh)<sup>223</sup>

<sup>219</sup> Kalpsüz, s. 116; Akıncı, MT, s. 183.

<sup>220</sup> Kalpsüz, s. 118; Akıncı, MT, s. 183.

<sup>221</sup> Akıncı, MT, s. 182.

<sup>222</sup> Davanın geri alınması, davadan feragattan farklı olduğundan, davayı geri alan taraf ileride tekrar dava açma hakkını saklı tutmaktadır. Buna karşın, davalının da bu geri alma işlemine itiraz edebilmesi mümkündür. Hakem veya hakem kurulunun itirazı haklı bulunmasında, davacının geri alma talebi reddedilecektir. Bu itirazın kabul edilmemesi halinde ise, öngörülen zamanaşımı süresi içinde davacı tekrar davasını açabilecek ve ortada herhangi bir nihai karar bulunmadığından ikinci davada davalının kesin hüküm itirazı boş dönecektir. Bu konuda bkz. Akıncı, MT, s. 176.

<sup>223</sup> Tarafların yargılama süresinde sulh olmaları dışında uyuşmazlık konusu üzerindeki tasar-

- Hakem veya hakem kurulu, başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkansız bulursa<sup>224</sup>,
- Tahkim süresinin uzatılması talebi mahkeme tarafından reddedilirse<sup>225</sup>
- Taraflarca kararın oybirliği ile verilmesi kararlaştırılmış, ancak hakem veya hakem kurulu oybirliğine ulaşamıyorsa<sup>226</sup>
- Taraf olma niteliğinin kaybedilmesi durumunda<sup>227</sup>,
- Tahkim avansı yatırılmamışsa<sup>228</sup>

tahkim yargılaması sona ermektedir.

## VI. HAKEM KARARININ SONUÇLARI VE İCRASI

Tahkim yargılaması süresince verilen nihai kararların önemli sonuçları ve bunlara bağlı olarak hukuki etkileri bulunmaktadır. Nihai bir hakem kararı verildiği andan itibaren, bağlayıcılık, kesin hüküm etkisi ve hakemlerin uyuşmazlıktan el çekmesi şeklinde sonuçlar ortaya çıkmaktadır<sup>229</sup>.

Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken çok önemli bir husus, bağlayıcılık ve kesinleşme kavramları arasındaki farklardır. Bağlayıcılık kural

---

ruf yetkilerinden kaynaklanan kabul ve feragat gibi haklarını da bu bağlamda ileri sürmeleri mümkündür (Akıncı, MT, s. 180). Bu çerçevede önem kazanan bir diğer husus, sulh, kabul ve feragat hallerinde dahi bu durumun hakem kararı şeklinde düzenlenebilmesidir. Böylece, bu yöndeki taahhüdüne uymayan tarafa karşı, diğer tarafın elinde nihai ve tenfiz edilebilir bir hüküm bulunacaktır. Dolayısıyla tekrar sil baştan yargılama sürecine başlanması gerekmeyecektir (Akıncı, MT, s. 181).

- 224 Davalının uyuşmazlık konusu edimi ifa etmesi bu bakımdan örnek olarak verilebilir (Akıncı, MT, s. 181). Yine başka bir örnek; davacının duruşmaya gelmemesi üzerine, şayet davalı da karşı bir dava açmamışsa, hakem veya hakem kurulunun tahkimin sona ermesi yönünde takdir hakkını kullanmasıdır **Kalpsüz**, s. 88.
- 225 Daha önce de açıklandığı üzere, tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla ya da taraflardan birisinin bu yönde başvurusuyla mümkün olmaktadır. Mahkemenin bu talebi reddetmesi durumunda, şayet öngörülen normal tahkim süresinin bitimine hala zaman varsa, o süre sonuna kadar tahkim yine devam edecektir (Akıncı, MT, s. 178).
- 226 Oyçokluğunun arandığı durumlarda, bu nisabın sağlanamaması halinde de aynı sonucun söz konusu olacağı ileri sürülebilir.
- 227 Taraflardan birisinin ölmesi, bir anonim şirketin devrolunan sıfatıyla birleşmeye konu olması sonucunda tüzel kişiliğini kaybetmesi gibi durumlar örnek olarak verilebilir.
- 228 MTK m. 16/C uyarınca avans yatırılmaması halinde, hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilecek; bu durumun taraflara bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde de ödenmemesi durumunda da tahkim yargılaması sona erecektir.
- 229 **Özsunay**, s 173; **Erten**, s. 197; **Daniel**, s. 26.

olarak tahkime uygulanan usul hukukuna göre belirlenmektedir<sup>230</sup>. Bir kararın bağlayıcı olması için temel şart, açık ve net bir şekilde kaleme alınmış olmasıdır<sup>231</sup>. New York Sözleşmesi uyarınca yabancı hakem kararları verildikleri an herhangi bir makamın onayına (*confirmation*) gerek olmadan bağlayıcı ve icra edilebilir nitelik kazanmaktadır<sup>232</sup>. Dolayısıyla söz konusu kararın icra edilmesini isteyen taraf bu yönde bir ispatla yükümlü kılınmamakta, kararın bağlayıcı olmadığına ispat yükü tenfize itiraz eden tarafa düşmektedir<sup>233</sup>. Bu husus neredeyse tahkime ilişkin tüm uluslararası metinlerde kabul edilmiştir (UNCITRAL Kuralları m. 32/2, ICSID m. 53, ICC Kuralları 34/6, New York Söz. m. 5). Kesinleşme ise, kural olarak bir hükmün kanunda belirtilen gereklerle uyularak belirli kanun yollarından geçmesi yahut bu yollara başvurulmayarak ilgili sürenin geçmesi neticesinde sahip olduğu niteliklerdir. Kesinleşmiş bir kararın en önemli sonuçları, kesin hüküm ve icra edilebilirliktir<sup>234</sup>. Bu itibarla aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı sebeplere dayanılarak bir daha dava açılmayacak, diğer bir deyişle söz konusu uyuşmazlık nihai olarak çözülmüş sayılacaktır<sup>235</sup>. New York Sözleşmesi'nde yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için kesinleşme şartının aranmayıp sadece bağlayıcılık kriterinin öngörülmesi bu bakımdan maksatlardır. Zira bazı ülke hukuklarında hakem kararlarına karşı kanun yollarının öngörülmesi, kararın verildiği an kesin hüküm etkisi kazanmasını engelleyebilmektedir.

Türk hukuku bakımından ise hakem kararlarına karşı gidilebilecek tek yol iptal kurumu olup<sup>236</sup>, bu mekanizmanın esas itibarıyla bir kanun yolu olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır<sup>237</sup>. Zira MTK m. 15'te düzenlenen iptal prosedürünün temel mantığı, söz konusu hakem kararının varlığının ve geçerliliğinin

230 **Kaplan**, s. 167.

231 **Kaplan**, s. 166.

232 **Kaplan**, s. 166; **Erten**, s. 207. Tenfizi isteyen tarafın bu bağlamda yerine getirmesi gerekenler New York Sözleşmesi m. 4 gereğince; asıl sözleşme, tahkim anlaşması ve hakem kararı metinlerinin ve bunların çevirilerinin dosyaya sunulmasından ibarettir. Keza MÖHUK m. 61'deki düzenleme de bu şekildedir.

233 **Kaplan**, s. 166, 168.

234 **Erten**, s. 197, 198.

235 **Erten**, s. 198.

236 MTK ve HMK öncesi dönemde, HUMK m. 533 vd. maddeleri uyarınca hakem kararlarına karşı temyiz yoluna gidilebiliyordu.

237 **Sarıtaş, Haticce**: 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları, *Sayıştay Dergisi*, S. 59, 2005, s. 142; **Özsunay**, s. 180; **Kalpsüz**, s. 125; **No-mer/Şanlı**, s. 518.

belirlenmesi amacıyla m. 15 kapsamında şekli bir denetiminden ibarettir. Diğer taraftan temyiz, istinaf ve karar düzeltme gibi kanun yollarında ise, asıl amaç, verilen kararın maddi olgulara, kanuna ve usule uygunluğu incelenmektedir<sup>238</sup>. Bunun sonucunda da, üst mahkeme tarafından uyuşmazlığa ilişkin dosyanın tekrar alt mahkemeye gönderilmesi söz konusudur. Bu çerçevede diğer önemli bir fark; iptal mekanizmasının aksine, kanun yollarına başvurulması durumunda kural olarak hükmün icrasının durmayacak olmasıdır<sup>239</sup>. Özetle, New York Sözleşmesi ve MÖHUK kapsamına giren hakem kararları verildikleri an bağlayıcı ve kesin hüküm etkisine sahip olmakta, icra edilebilmeleri için herhangi bir makamın onayına (*confirmation*) ihtiyaç bulunmamaktadır.

Nihai hakem kararının verilmesi ile birlikte, yukarıda da açıklandığı üzere taraflara tebliğ edilmektedir. Bu bildirimden itibaren bir takım değişkenlere göre farklı süreçler söz konusu olabilmektedir. Şöyle ki, eğer taraflardan birisi kararın açıklanmaya muhtaç, maddi hatalar içerdiği ya da evvelce ileri sürdüğü bir talep bakımından tamamlanması gerektiği düşüncesindeyse; yorum, düzeltme ve tamamlama kararı için hakem veya hakem kuruluna müracaat edebilecektir. Diğer bir olasılık, karşı taraf da haberdar edilerek, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde karara karşı iptal davası açılabilmesidir. İptal davasının açılmasıyla birlikte kararın icrası da ertelenecektir<sup>240</sup>. Bu bağlamda

238 Sarıtaş, s. 142; Özsunay, s 180; Kalpsüz, s. 124, 156.

239 Kalpsüz, s. 155.

240 Burada üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus, aynı anda bir hakem kararına ilişkin hem iptal davasının açılması hem de tenfizinin talep edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. New York Sözleşmesi m. 6 gereğince, tenfiz davasında karara ilişkin iptal davası açıldığının beyan edilmesi durumunda, tenfiz mahkemesi iptal davasının sonucuna kadar tenfizi bekletecektir. Bununla birlikte, tenfiz mahkemesi iptal davası açan taraftan uygun bir teminatın alınmasına hükmedebilir (Kaplan, s. 169). Hakem kararının iptal edilmesinde ise, söz konusu karar ortadan kalkmakta ve kural olarak hakem veya hakem kurulunun yetkisi sona ermektedir (Kalpsüz, s. 123; Ekşi, s. 165; Sarıtaş, s. 142). İptal davası sonucunda verilen kararlara karşı temyiz yolu açıktır. Kuşkusuz iptal kararı veren yerel mahkeme, üst mahkeme kararına karşı direnebilme imkanına sahiptir (Kalpsüz, s. 156). Ancak ne olursa olsun iptal davası sonucundaki kararlara temyizden açık olması, tahkimi tam anlamıyla efektif ve pratik bir yargılama yolu yapma amacının önündeki en büyük engellerden birisidir (Kalpsüz, s. 127). Hakem kararının iptal edilmesi New York Sözleşmesi m. 5/1'e göre kararın tenfiz edilebilirliğine engel teşkil "edilebilecektir" (*may be refused*). Ancak milletlerarası uygulamada başka bir ülkede iptal edilmiş kararların diğer bir ülkede tenfiz edilebildiği de görülmektedir (Ekşi, s. 165; Ekşi, Nuray: New York Konvansiyon'una Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi, İstanbul 2009, s. 13, 14; Redfern/Hunter, para. 10-03). Bu konuda verilmiş en ünlü karar *Chromalloy Aeroservices, Inc., ve Air Force of the Arab Republic of Egypt* arasındaki uyuşmazlıkla ilgili verilmiştir. Olayda, Amerikalı şirket Chromalloy ile

diğer bir olasılık ise karar hükmünün, kararın verildiği yerden başka bir ülkede icrası için tenfiz davası açılmasıdır (MÖHUK m. 60 vd).

Bu açıklamalar çerçevesinde önem kazanan bir diğer husus, hakem kararlarının milliyetidir. Zira bir hakem kararının iptal veya tenfiz amacıyla bir yerel mahkeme önüne geldiği durumlarda, mahkemenin yapması gereken ilk iş, ilgili kararın yerli mi yoksa yabancı mı olduğunun tespitidir; çünkü, ancak bu şekilde söz konusu talebe uygulanacak hukuk kuralları belirlenebilecektir<sup>241</sup>. Burada şu hususun da altını çizmekte fayda var; bir hakem kararının yerli ya da yabancı olduğuna karar verecek nihai makam, karar önüne getirilen yerel mahkemedir. Dolayısıyla bir hakem kararının başka bir ülkede yabancı veya yerli olarak nitelendirilmiş olması, kararın iptalinin ya da tenfizinin istendiği yerel mahkemeyi bağlamamaktadır<sup>242</sup>. O söz konusu incelemeyi kendi kuralları çerçevesinde yapacaktır.

Milletlerarası tahkim kararlarının icrası aşamasında, Türk hukuku bağlamında yabancı hakem kararları için uygulanacak üç temel yasal enstrüman bulunmaktadır; MÖHUK, New York Sözleşmesi ve diğer devletler yapılan adli yardımlaşma antlaşmaları. Yukarıda da belirtildiği üzere, yabancı hakem kararları verildikleri an bağlayıcı ve kesin hüküm etkisine sahip olmakta, dolayısıyla başkaca hiçbir onaya gerek kalmadan icra edilebilmektedirler. Dolayısıyla davayı kaybeden taraf, hakem kararındaki hükmü rızaen yerine getirmediği takdirde, karar lehine olan taraf, kararın verildiği ülkeden farklı bir ülkede tenfiz davası açarak hükmün icrasını sağlayabilecektir<sup>243</sup>. Öte yandan,

---

Mısır Arap Cumhuriyeti Hava Kuvvetleri arasında mal tedariki ve hizmet sözleşmesi imzalanmış ve bir süre sonra Mısır Cumhuriyeti Chromalloy'un sözleşmeye aykırılıkta bulunduğu ileri sürerek sözleşmeden döndüğüne ilişkin beyanını karşı tarafa bildirmiştir. Bunun üzerine Chromalloy, sözleşmelerinde bulunan tahkim klotuna dayanarak tahkime başvurmuştur. Tahkim yargılaması neticesinde, Mısır ve Chromalloy'ın birbirlerine karşı hak ve borçları dikkate alınarak iki taraf için de tazminata hükmedilmiştir. Mısır Cumhuriyeti'nin ödeyeceği tazminatın daha fazla miktarda olmasından hareketle Chromalloy, kararın tanıma ve tenfizi için Amerika'daki Bölge Mahkemesi'ne müracaat etmiştir. Mısır Cumhuriyeti bu gelişmenin üzerine, kararı Mısır'daki üst mahkemeye götürerek kararı iptal ettirmiştir. Daha sonra da, bu iptal kararını Amerika'daki tenfiz mahkemesine sunarak, kararın icra edilmemesini talep etmiştir. Dava sonunda Bölge Mahkemesi, New York Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre, takdir hakkını kullandığını ifade ederek başka bir ülkede söz konusu hakem kararı iptal edilmiş olsa bile, bu durumun tek başına Amerika'daki tenfize engel olamayacağına hükmetmiştir Civil No. 94-2339 (JLG), 31.07.1996. (Westlaw)

241 **Tanrıbilir/Şit**, s. 826; **Kalpsüz**, s. 177.

242 **Kalpsüz**, s. 177; **Tanrıbilir/Şit**, s. 827.

243 **Kalpsüz**, s 173.



şayet milletlerarası tahkim çerçevesinde verilmiş ancak yerli bir hakem kararı varsa, bu kararın icra edilebilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekecektir; kesinleşme ve icra edilebilirlik belgesinin alınması<sup>244</sup>. Nitekim bu husus MTK m. 15/B’de belirtilmiştir. O halde yerli hakem kararlarının icrası için öncelikle kararın kesinleşmesi gerekmektedir. Bunun için de, iptal davasının açılmış olması durumunda; (i) talep reddedilmiş ve red kararı temyiz edilerek ya da edilmeyerek kesinleşmiş, (ii) talep kabul edilmiş ve temyize gidilerek bozulmuş olmalıdır. Eğer iptal davası açılmamışsa, bu davanın açılması için öngörülen otuz günlük sürenin geçmesiyle de hakem kararı kesinleşmektedir. Bu konuda son olasılık ise tarafların iptal davası açma haklarından feragat etmiş olmasıdır (MTK m. 15/A)<sup>245</sup>. Bu üç olasılıktan herhangi birisinin gerçekleşmesiyle birlikte kesinleşen hakem kararının icra edilebilmesi için ayrıca Asliye Hukuk Mahkemesinden (MTK m. 3’e göre belirlenecek olan) icra edilebilirlik belgesinin alınması gerekmektedir. Bu belgenin talebi halinde, şayet iptal prosedürüne başvurulmamışsa, yerel mahkemenin tahkime elverişlilik ve kamu düzeni kapsamında kararı inceleyeceği burada ayrıca not edilmelidir. Söz konusu inceleme dosya üzerinden yapılacaktır<sup>246</sup>. İcra edilebilirlik belgesinin verilmesi MTK m. 16/B uyarınca harca tabi değildir.

## SONUÇ

Tarafların imzaladıkları bir anlaşma ile, devlet yargısına gidilmeden, uyuşmazlıklarının belirli kişi veya kişiler tarafından çözülmesi amacıyla başvurdukları tahkim yolu, birçok bakımdan devlet yargılamasından farklı özellikler göstermektedir. Zira tarafların tahkime ilişkin iradelerinin bulunması ve uyuşmazlığın tahkime elverişli olması durumunda gerçekleştirilecek tahkim yargılaması, devlet yargısına oranla daha hızlı ve elverişli şekilde yürütülmekte, kararı verecek olan hakem veya hakemler, uyuşmazlık konusundaki uzmanlıklarına göre seçilebilmektedir. Keza, hakemlerin seçimi, tahkim yeri, tahkim dili, tahkime uygulanacak hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ve bunun gibi birçok konuda taraflara tanınan serbesti, özellikle uluslararası uyuşmazlıklarda tahkime olan yoğun ilginin en önemli nedenidir.

244 **Nomer/Şanlı**, s. 519; **Tarıbilir/Şit**, s. 835, 836; **Biçkin**, s. 389.

245 Taraflar bu tür bir feragat anlaşmasını, tahkim anlaşmalarına koyacakları bir hükümle ya da sonradan ayrıca kararlaştırarak yapabilmektedirler. İptal davası açma hakkından feragat kısmi ya da tam olarak yapılabilir. MTK m. 15/A uyarınca feragat hakkı, ancak yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında olan taraflara tanınmıştır.

246 **Kalpsüz**, s. 182; **Tarıbilir/Şit**, s. 836.

Tarafların tahkim yargılamasından beklemedikleri sonuç, uyuşmazlıklarının hakem veya hakem kurulu tarafından incelenmesi, verilecek nihai kararın bağlayıcı ve kesin hüküm etkisine sahip olmasıdır. Böylelikle, hükmedilen talep sonucu dünyanın herhangi bir yerinde, tahkimi kaybeden taraf aleyhine icra edilebilecektir. Hakem veya hakem kurulu, tarafların bu yöndeki beklentisini, tahkim anlaşması ve tahkime uygulanacak hukuk çerçevesinde hareket ederek karşılamaya çalışacaktır. Bunu yaparken de, bütün bir tahkim yargılaması süresince çeşitli kararlar verecek ve uyuşmazlığı çözerken her zaman bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacaktır. Hakem ve hakem kurulu yargılama faaliyetini yerine getirirken ayrıca, tahkim anlaşması ve tahkime uygulanacak hukukun belirlediği sınırlar içinde kalmalı ve oradaki düzenlemelere uygun olacak şekilde karar vermelidir. Dolayısıyla, karar nisabı, kararın karşı oy içerip içermemesi, kararın gerekçeli olması, kararın imzalanması, kararın bildirilmesi, kararın gizliliği ve yayınlanmaması gibi hususlar hakem kararının verilmesi aşamasında daima göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı şekilde, hakem veya hakem kurulu, vereceği kararın ilgili tahkim kurallarına ve tarafların iradelerine uygun şekilde ve içerikte olmasını da sağlamalıdır.

Hakem veya hakem kurulunun verdiği kararlar, çeşitli yönlerden ayrıma tabi tutulabilmektedir. Hakem kararları, maddi hukuka veya usul hukukuna yönelik içerikte olabilecekleri gibi, aynı zamanda etkileri ve sonuçları bakımından da; nihai karar, kısmi karar, ara karar, sulh anlaşmasına ilişkin karar, bir tarafın yokluğunda verilen karar ve ek karar şeklinde bir sınıflandırmaya tabi olabilmektedirler. Nihai kararlar, uyuşmazlık konusunu ileriye etkili olarak kesin bir şekilde çözen ve bu sayede taraflar için bağlayıcı olan kararlardır. Nihai kararların bir diğer ayırt edici özelliği, kesin hüküm (*res judicata*) etkisine sahip olmalarıdır. Nihai kararların tahkimi kaybeden taraf aleyhine icra edilebilmesi için herhangi bir mahkemede tenfiz davası açılması yeterli olmaktadır. Yine bağlayıcı ve kesin hüküm etkisini haiz olma özelliğinin bir diğer sonucu da, bu kararlara karşı iptal davası açılabilmesidir. Kısmi kararlar ise, uyuşmazlık konusunun belirli bir kısmına hasredilmekte ve bu kısım için nihai karar etkisi doğurmaktadır. Buna karşın, ara kararlar uyuşmazlığı kesin olarak çözmekte ve kesin hüküm etkisine sahip olmadığından da tenfiz edilememektedir. Ayrıca, yargılamanın sadece o anki durumu için ve geçici nitelikte sonuç doğuran ara kararların iptal edilmesi de mümkün değildir. Tarafların tahkim süresinde uyuşmazlığı kendi aralarında çözmesi durumunda, buna ilişkin sulh anlaşması, hakem kararı şeklinde yapılabilmektedir. Bir diğer karar türü ise, tahkime katılmayan bir tarafın yokluğunda, hakem veya

hakem kurulunun yargılamanın devamını mümkün görmesi halinde verilmektedir. Tahkim yargılaması boyunca verilen bütün nihai kararlar, diğer sonuçlarının yanında aynı zamanda hakem veya hakem kurulunun davadan el çekmesi (*functus officio*) sonucunu da doğurmaktadır. Bu kuralın istisnası ise, ek karar şeklinde verilen ve nihai kararın parçası sayılan, düzeltme, yorumlama ve tamamlama kararlarında ortaya çıkmaktadır (MTK m. 14/B). Gerçekten de, hakem kararının verilmesiyle birlikte, kararda bazı şekli hatalar, belirsiz hususlar ve önceden ileri sürülmüş olmasına rağmen karara yansıtılmamış noktalar varsa, hakem veya hakem kurulu bu çerçevede tekrar yetki sahibi olmakta ve talep üzerine, düzeltme, yorumlama ve tamamlama kararı verebilmektedir.

Tahkim yargılaması her zaman uyuşmazlığı kesin olarak çözen nihai bir karar ile sona ermemektedir. Bu husus MTK m. 13/B’de belirtilmekte ve sayılan durumların varlığı halinde tahkim yargılaması karar verilmeden neticelenmektedir.

Hakem veya hakem kurulunca verilen nihai bir karar, verildiği andan itibaren çeşitli sonuçlar doğurmaktadır. Her şeyden önce, verilen nihai hakem kararı taraflar açısından bağlayıcı, icra edilebilir nitelikte ve kesin hüküm (*res judicata*) etkisini haizdir. Bir diğer sonuç, nihai hakem kararının verilmesiyle birlikte hakem veya hakem kurulunun yargılama görevinin sona ermesidir (*functus officio*). Nihai kararın söz konusu olan bu etkileri, uyuşmazlık taraflarını, arzu ettikleri amaca göre değişik yollara sevk edebilmektedir; bunlar, iptal davası ve tenfiz davasıdır. Yalnız hemen belirtelim ki, her iki yolda da hakem kararı önüne getirilen yerel mahkeme ilk olarak kararın yerli mi yoksa yabancı mı olduğunu saptayacaktır. Zira söz konusu karara hangi prosedürün hangi kurallar altında uygulanacağı bu tespite bağlıdır.

Tahkimi kaybeden taraf, hakem kararını, kararın verildiği ülkede, iptal şartlarına uygun olarak iptal ettirebilmektedir. İptal davasının açılması ile birlikte kararın icrai etkisinin duracağı burada ayrıca not edilmelidir.

Tahkimi kaybeden tarafın hükmün gereğini rızaen yerine getirmemesi üzerine, tahkimi kazanan taraf, kararın icra edilebilmesi için tenfiz davası açacaktır. Yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi New York Sözleşmesi’ne göre gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla herhangi bir nihai hakem kararı başka bir kurumun onayına ihtiyaç göstermeden tenfiz edilebilmektedir. Yerli hakem kararlarında ise, kararın kesinleşmesi ve icra edilebilirlik şeklinde iki şartın varlığı aranmaktadır.

**KAYNAKÇA**

- Akıncı, Ziya:** Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi, *Batider*, C. 17, S. 3, 1994, s. 119-147.
- Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, İstanbul 2007. (*Akıncı, MT*)
- Akıncı, Ziya:** Tahkim, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 Özel Hukuk Bildiri 1, 2000, s. 107-113.
- Ataman-Figanmeşe, İnci:** Milletlerarası Ticari Tahkim Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri, *MHB Yıl 31, S. 2*, 2011, s. 35-81.
- Atamer, Yeşim M.:** İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2010, s. 217-260.
- Atamer, Yeşim M.:** Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 63, S. 1-2, 2005, s. 171-191.
- Beatson, J;** Anson's Law of Contract, 28th Edition, Oxford University Press, 2002.
- Biçkin, İnci:** Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 67, 2006, s. 380-399.
- Curtin, M. Kenneth:** Contractual Expansion & Limitation of Judicial Review of Arbitral Awards, *Dispute Resolution Journal*, February-April 2001, s. 74-83.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat;** Türk Özel Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2004.
- Ekşi, Nuray:** Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2010.
- Ekşi, Nuray:** New York Konvansiyon'una Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi, İstanbul 2009.
- Ekşi, Nuray:** Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 67, S. 1, 2009, s. 54-74. (Ekşi, ICC)
- Elver, Candaner Nazan:** Kurumsal Tahkim Sistemlerinde Hakemin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Reddi, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul Ticaret Odası Semineri, 2004/16.
- Erdoğan, Feyiz:** Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Seçkin, Ankara 2004.
- Erten, Rifat:** Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur? Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 25, Sayı 1-2 (Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan), 2005, s. 195-212.

- Franck, Susan D.:** The Role of International Arbitrators. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2006.
- Goodman, W Joseph:** The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites, *2 Duke Law & Technology Review* 1-16, 2003.
- Haddad, Michael:** Adequacy of Reasons in Arbitral Awards, *Macquarie J. Bus. L.* Vol. 5, 2008, s. 353-367.
- Kalpsüz, Turgut:** Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010.
- Kaplan, Yavuz:** Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin, Ankara 2002.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle:** Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, ICC Publishing, Publication 693, 2005, s. 437 vd.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara 2013.
- Lew, Julian D.M./ Mistelis, Loukas A./Kröll, Stefan:** Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law Arbitration, 2005.
- McKendrick, Ewan/Maxwell, Iain:** Specific Performance in International Arbitration, *Chin J Comp Law* (2013) 1 (2), s. 195-220.
- Mills, R. Lawrence/Bader, Lani/Brewer J. Thomas/Williams, J. Peggy:** Vacating Arbitration Awards, *11. Disp. Resol. Mag.* 23, 2004-2005, s. 23-27.
- Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal:** Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008.
- Özbek, Mustafa:** Türkiye’de Tahkim ve ADR, Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar, TBB Sempozyum, Ankara 09-10 Ocak 2009.
- Özsunay, Ergun:** Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararı, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul Ticaret Odası Semineri, 2004/16, s. 147-181.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011.
- Redfern, Alan/Hunter, Martin:** Law and practice of international commercial arbitration, Sweet & Maxwell, London 1997.
- Sarıtaş, Hatice:** 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları, *Sayıştay Dergisi*, S. 59, 2005, s. 141-160.
- Tanrıbilir, Bilge, Feriha/Şit, Banu:** Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, 2002, s. 819-839

**Taşkıın, Alim:** Hakem Sözlşmesi, 2. Bası, Ankara 2005.

**United Nations Conference on Trade and Development:** 5.6 Making the Award and Termination of Proceedings, UNCTAD/EDM/Misc. 232/Add. 41, 2005. (*UN Conference*)

**Yavuz, Cevdet:** Türk Hukukunda Tahkim Sözlşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler, 2. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim, 2009, s. 133-179.

**Yu, Hse Chiu:** Final, Interim, Interlocutory or Partial Award: Misnomers Apt to Mislead, 13 Singapore Academy of Law Journal, 2001, s. 467-482.

# *Iustinianus*'un '*Institutiones*'i' ve Hukuk Eğitimi Reformu

Başak KARAMAN\*

*Melike' ye, Melike' me, Melike' mize tüm kalbimle...*

## ÖZET

Çalışma 527 ila 565 yılları arasında Doğu Roma İmparatoru olarak görev yapan, Antik Çağın belki de en önemli şahsiyetlerinden biri olan I. *Iustinianus*'un bize bıraktığı hukuki mirasa yeni bir bakış açısı kazandırmak amacıyla, Avrupa'dan Amerika'ya ve Asya'ya kadar birçok farklı ülkenin medeni hukuk sistemlerinin temelini bünyesinde barındıran bu büyük imparatorun "*Institutiones*" adlı eseri ve gerçekleştirmiş olduğu hukuk eğitimi reformu üzerine yoğunlaşmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** *Iustinianus*, *Iustinianus*'un *Institutiones*'i, Hukuk Eğitimi, Roma Hukuku, Roma *Institutio*'lar Sistemi.

## Justinian's Institutes and His Reform on Legal Education

### ABSTRACT

This article mainly deals with Justinian I, an East Roman emperor from 527 to 565, being the most important figures of the late antiquity, the Institution of Justinians ('*Iustiniani Institutiones*') which contains the basis of civil law system in many different countries of the modern era from Europe to America and Asia and his reforms on legal education in order to give a new perspective to the juridical legacy.

**Keywords:** Justinian, the Institutes of Justinian, Legal Education, Roman Law, Roman System of Institutes.

---

\* Ar. Gör. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı.

İlk olarak 1583 senesindeki Cenevre baskısında Denis Godefroy (*Dionysius Gothofredus*, 1549-1622) tarafından verilen adıyla “*Corpus Iuris Civilis’in*” bugün elimizde bulunan baskılarındaki genel düzenleniş biçimine göre ilk bölümünü oluşturan *Iustinianus*’un “*Institutiones*”<sup>1</sup>, Roma Hukukuna dair elimize ulaşan en önemli “bilgi kaynakları” arasında yer alır<sup>3</sup>.

Roma Hukuku öğrenimine ve özellikle modern özel hukuka giriş niteliğinde olan, hiç değilse romanist sisteme<sup>4</sup> dahil ülke medeni kanunlarına, özellikle sistematik açıdan temel teşkil eden<sup>5</sup>, *Iustinianus* tarafından hukuku

- 1 İlk defa 1583'te *Iustinianus* kodifikasyonunun toplu derlemesini belirtmekte *Gothofredus* tarafından kullanılan ve *Iustinianus*’un “*Institutiones*”ini (“*Elementa*’sını”), “*Digesta*’sını (“*Pandectae*’sini”), “*Codex*’sini” ve “*Novellae*’sini” içeren “*Corpus Iuris Civilis*’e” dair bilgi ve bu konudaki bibliyografya için, diğerleri arasından, bkz.: **BERGER**, 1991, s. 417. Krş.: **UMUR**, 1979, s. 273. Yazar, ayrıca, *Iustinianus*’un eserine, *Gothofredus*’un 1583 Cenevre baskısından önce de “*Corpus Iuris*” adı verildiğini belirtmekte, eserin sonuna “*civilis*” yani “medeni” sıfatının eklenmesinin, bunu, yine “*Corpus Iuris*” ismiyle anılan Hıristiyan hukukundan (“*Corpus Iuris Canonici*”) ayırmak için olduğunu eklemektedir. Ayrıca, bkz.: **UMUR**, 1983, s. 50. Orta Çağın batı dünyası için “özel hukuk manasında büyük medeni kanunu” ifade eden (bkz.: **SCHWARZ**, 1943, s. 27) “*Corpus Iuris Civilis*”in Türkçeye “*Ius Civile* Külliyyatı” yani “Yurttaşlar Hukuku Derlemesi” olarak çevirisi için, bkz.: **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 2014, s. 48.
- 2 “*Corpus Iuris Civilis*’in” içerisinde yer alan “*Institutiones*”, “*Digesta*”, “*Codex*” ve “*Novellae*”, hazırlanış tarihleri izlendiğinde “*Codex* (528)”, “*Digesta* (530-533)”, “*Institutiones* (533)”, “*Codex* II (534)”, “*Novellae* (534-565)” şeklinde sıralanır. Buna dair, örneğin, bkz.: **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 2014, s. 49. Yazar, ayrıca, “*Corpus Iuris Civilis*’in” aslen üç bölüm olarak öngörüldüğünü ve “*Novellae*” yani “Yeni Emirnameler” adı verilen ve 534 senesinden *Iustinianus*’un ölümüne kadar geçen sürede çıkarılan imparator emirnamelerini içeren bu dördüncü bölümün *Iustinianus* külliyyatına Orta Çağda eklendiğini belirtir. Krş.: **UMUR**, 1979, s. 266 vd.; **IDEM**, 2010, s. 110 vd.; **TAHİROĞLU, ERDOĞMUŞ**, 2013, s. 94 vd.
- 3 Hukukun “bilgi kaynakları” teriminden, “belli bir çağın ve belli bir toplumun hukukunu tanımayı, öğrenmeyi ve o hukuk hakkında bilgi edinmeyi sağlayan araç ve gereçler”in anlaşılması gerektiğine dair, bkz.: **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 2014, ss. 44-45. Krş.: **UMUR**, 1979, s. 147 vd.; **IDEM**, 2010, ss. 72-73; **TAHİROĞLU, ERDOĞMUŞ**, 2013, ss. 41-42. Roma Hukukunun bilgi kaynaklarından “*Corpus Iuris Civilis*’e” dair, diğerleri arasından, ayrıca, bkz.: **EMİROĞLU**, 2002, ss. 85-96.
- 4 “Düzen (*ordre*)” kavramından farklı olan “sistem (*système*)” kavramının doğru kullanımı ve günümüzde yürürlükte olan hukuk sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz.: **CATALANO**, 2008, ss. 27-41.
- 5 “*Institutio*’lar sistemi” ve bu sistemin modern hukuklara etkisine dair, örneğin, bkz.: **SCHWARZ**, 1943, s. 27 vd.; **UMUR**, 1979, s. 143 vd.; **IDEM**, 2010, ss. 71-72; **TAHİROĞLU, ERDOĞMUŞ**, 2013, s. 116 vd.; **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 2014, s. 110 vd.



öğrenmeye hevesli olan gençliğe ('cupida legem iuventus') yöneltilen eserin<sup>6</sup>, hukuku bir bilim kolu olarak benimseyen hukukçular açısından<sup>7</sup> taşıdığı önem tartışmasızdır.

*Iustinianus*'un hukuk bilimine ve öğretimine verdiği önemin, muazzam külliyatı yanında belki de gölgede kalmış olan bir diğer göstergesi de, gerçekleştirildiği hukuk eğitimi reformudur.

Unutulmamalıdır ki Türkiye Cumhuriyeti'nin de ilk "mektebi", şimdiki "Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi" olmuştur<sup>8</sup>.

Bu açıdan bakıldığında da, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ordinaryüs Profesörü Richard Honig'in<sup>9</sup>, yaşadığımız bölgenin hukukunun —"*Iustinianus*'a" ve M.S. 530-534 tarihleri arasında tamamlanan "*Corpus Iuris*'e" ve "Atatürk'e" ve 1924-1927 tarihleri arasında gerçekleştirilen "Türk Hukuk Reformuna" atfen— üstün dimağlı ve ilke sahibi şahsiyetlerin sayesinde iki kere yenilenmiş ve güçlendirilmiş olduğuna dair yaptığı tespitin yerindediği açıktır. *Iustinianus*, "*Corpus Iuris*'in meydana getirilmesini" emrederek "Roma hukukunun fikir ve bilimini" bize muhafaza ederken, Gazi Mustafa Kemal Atatürk "yeni kanunların kabul edilmesini" kararlaştırarak günümüz "Türk hukuk bilgisinin temelini" inşa etmiştir. Nasıl ki *Iustinianus*'un eseri yüzyıllar boyunca süregelmiştir, Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ünki de, kendi milletinin hukuk bilgisini ilelebet belirleyecektir.

## I. İmparator I. *Iustinianus*

*Iustinianus*'un hayatına dair bazı bilgileri hatırlatmak, bu büyük imparatorun gerek politik gerekse kanunlaştırma faaliyetlerinin temelinde yatan karakter ve kişiliğinin genel de olsa bir çerçevesini çizebilmek açısından yararlı olacaktır.

<sup>6</sup> *Iustinianus*'un metinde bahsi geçen ifadesi, "*Institutiones*'ine" kanun gücü de tanıdığı 21 Kasım 533 tarihli "*Imperatoriam* ('*prooemium de confirmatione institutionum*')" emirnamesinin başlangıç kısmında yer almaktadır. "*Imperatoriam*" emirnamesinin ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inin Latince aslı ve Türkçe çevirisi için, bkz.: UMUR, 1968.

<sup>7</sup> Bkz.: HIRŞ, 1944, ss. 19-61.

<sup>8</sup> Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk yüksek öğrenim kurumu olarak 1925'te kurulan "Ankara Hukuk Mektebi'nin" kuruluşu ve ilk yıllarına dair, özellikle, bkz.: AYİTER, ATATÜRK, BOZKURT, 1966, ss. XV-XXIX; OĞUZOĞLU, 1966, ss. 1-52.

<sup>9</sup> Ord. Prof. Dr. Richard Honig'in Latince olarak Nisan 1934'te kaleme aldığı, "Roma Hukuku ve Tarihi Tetkikleri Mecmuası *Capitolivm*'da" basılmış olan metnin aslı ve İngilizce çevirisi için, bkz.: MUMCU, 2005, s. 11.

## A. *Iustinianus*'un Tahta Çıkana Kadarki Yaşamı ve Kariyeri (482-527)

*Iustinianus*<sup>10</sup>, ya da doğduğu çevrede bilinen adıyla *Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus*<sup>11</sup>, gerek köken gerekse coğrafi bakımdan imparatorluğun doğu bölgesinde yer almakla birlikte Latince konuşulan<sup>12</sup>, *Dardania*'nın dağlık küçük bir kasabasında, *Tauresium*'da<sup>13</sup>, M.S. 482<sup>14</sup> yılında dünyaya gelmiştir<sup>15</sup>.

*Iustinianus*'un babası *Sabbatius* mütevazı koşullarda bir hayat sürdürmekteyse de, kendisi de *Iustinianus* ile aynı bölgeden olan dayısı *Iustinus*<sup>16</sup>, imparatoru, askeri kariyere girişeceği *Costantinopolis*'e çağırılmakta gecikmeyecektir. *Iustinianus*'un gençlik yıllarına dair elimize geçen kesin bilgiler azdır. Bununla birlikte, aslen okuma yazması kıt olan dayısının kendisine olan ilgisi sayesinde, zamanına göre iyi bir eğitim aldığı düşünmek olasıdır<sup>17</sup>.

10 *Iustinianus*'a (ve eşi *Theodora*'ya) dair birincil kaynaklar açısından en önemlisi, *Procopius Caesarensis*'e yani Kayseryalı *Procopius*'a (M.S. 490/507-560) ait olan ve yazılmasından yüzyıllar sonra Vatikan kütüphanesinde keşfedilerek ilk kez Niccolò Alamanni (1583-1626) tarafından 1623'te Latince çevirisi ile Lyon'da basılan "*Anekdotia*" adıyla da anılan "*Historia Arcana* (HIST. ARC.)" yani "Gizli Tarih" isimli Yunanca kaleme alınan ünlü eserdir. Yine *Procopius*'un *Iustinianus*'un savaşlarını anlattığı "*De Bellis*" ve onun imparatorlukta inşaa faaliyetlerinden bahseden "*De Aedificiis*" adlı eserleri de bu döneme ait bilgi kaynakları (bkz.: *supra* dip not no: 3) arasında mühim yer tutarlar. "*Procopius*" hakkında, ayrıntılı bilgi için, diğerleri arasından, bkz.: CAMERON, 1985.

11 LEE, 2013, s. 243, *Petrus*'un dayısı tarafından evlat edinilerek ek ismi "*Iustinianus*" u aldığı tarihi 505 ila 518 yılları arasına koyar. UMUR, 1979, s. 264 (IDEM, 2010, s. 109), ise, *Iustinianus*'un asıl adının "*Uprauda*" olduğunu ve dayısı *Iustinus* kendisini evlat edindiğinde, o zamanın usulüne göre, "*Iustinianus*" adını aldığını belirtir.

12 *Iustinianus* Latince'den "*patrios phonē*" şeklinde, özellikle "eskilerin dili" manasında olmakla birlikte sıklıkla bahsetmektedir. Örneğin, bkz.: 535 tarihli *Novellae* (Nov.) 13. Krş.: TALAMANCA, 1989, s. 631.

13 *Tauresium*, günümüz Makedonya'sının Üsküp Bölgesi yakınlarında yer alır.

14 UMUR, 1979, s. 263 (IDEM, 2010, s. 109), *Iustinianus*'un doğum tarihini M.S. 483 olarak belirtir.

15 *Iustinianus*'un etnik kökeni hakkında çeşitli tartışmalar olmakla birlikte, bugün öğretilen genel kabul gören görüş onun Trakya-İlirya kökenli olduğudur. *Iustinianus*'un, Slav kökenli olduğuna dair, artık terk edilmiş olan varsayım hakkında, bkz.: CAPIZZI, 1994, ss. 25-26. Hepsini için, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 631.

16 "*Iustinus*" hakkında bkz.: *Procop.*, HIST. ARC. VI.

17 Aynı yönde, çıkarımlar için, diğerleri arasından, bkz.: BROWNING, 2003, s. 22; TALAMANCA, 1989, s. 631.

*Iustinianus*'un kamusal alandaki rolüne dair bilgilerimiz, esas itibariyle, 491'den beri imparator olarak görev yapan I. *Anastasius*'un öldüğü 518 yılına kadar ancak gider. Bir dizi adayın arasından<sup>18</sup>, aynı yılın temmuz ayında, *Iustinianus*'un dayısı I. *Iustinus* imparator olur. *Iustinianus*'un kariyerinin bu olayın ardından, dayısının ilerlemiş olan yaşını ve iyi durumda olmayan sağlığını da göz önüne aldığımızda, kolaylıkla ilerlediğini tahmin etmek güç değildir. Gerçekten de *Iustinianus*, derhal “*illustris comes (domesticorum)*”<sup>19</sup> makamına getirilmiş, 521'de “*consul*”<sup>20</sup> olmuş ve resmi vazifeler de üstlenerek Roma Kilisesi ile yakınlaşılmasına aktif olarak katılmış, *Anastasius*'un monofizit<sup>21</sup> politikasını Kalkedon (Kadıköy) Konsili öğretisi<sup>22</sup> lehine hemen ve kökten değiştirmiştir<sup>23</sup>.

524-525 yılları civarında *Iustinianus*, ölünceye kadar eşi olarak kalacak *Theodora* ile evlenir<sup>24</sup>. Ancak söz konusu birliktelik, yalnızca 523'te, bu nikaha kararlı bir şekilde karşı olan I. *Iustinus*'un eşi imparatoriçe *Euphemia*'nın<sup>25</sup> ölümünün ardından kutlanmış ve öğretilerde oldukça yaygın olan bir teoriye göre, “*senatus*” sınıfından olan erkeklerin tiyatro sanatçılarıyla, bunların sahneden çekilmesinden sonra dahi evlenmelerini yasaklayan eski bir kanunun

- 
- 18 Bilindiği üzere, I. *Anastasius* bir “*Caesar* (bkz.: *infra* dip not no: 31)” göstermeksizin vefat etmiştir.
- 19 “*Comes*”, imparatorun yakın maiyeti arasında bulunan memurlara, “Son İmparatorluk (*Dominatus*) Devrinde” (M.S. 235/284-565) verilen isimdi (UMUR, 1983, s. 40). Garnizon mahkemesinin kumandanına ise “*comes domesticorum*” adı verilmekteydi (BERGER, 1991, s. 397).
- 20 “*Consul*”, Roma İmparatorluğunun “Cumhuriyet (*Respublica*) Devrinin” (M.Ö. 509-M.Ö. 27) kuruluşundan beri başında bulunan, bir sene için “*comitia centuriata*” adı verilen halk meclisi tarafından seçilen “*imperium*”a” sahip devrin en yüksek “*magistra*”larına” verilen isimdi. “İlk İmparatorluk (*Principatus*) Devrinden” (M.Ö. 27-M.S. 235/284) itibaren “*consul*”lük” makamı var olmaya devam etmekle birlikte, daha çok onursal bir işleve sahip hale gelmişti. “*Consules*”e” dair ayrıntılı bilgi ve bunlara ilişkin bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, ss. 411-412. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 48.
- 21 *Constantinopolis*'te bir manastırın başı olan *Eutyches*'in kurucusu olduğu monofizit teoriye göre, Hz. İsa'da, hulûlden sonra, ilahi tek bir “tabiat (*physis*)” ve insan vardır.
- 22 Bilindiği üzere M.S. 451 yılında gerçekleşen “Kalkedon (Kadıköy) Konsilinde” monofizit görüş (bkz.: *supra* dip not no: 21) mahkum edilmiş ve Hz. İsa'nın hem tam anlamıyla insan hem de tam anlamıyla ilah olduğu tanımlamasını yapan “Kalkedon Amentüsü” ortaya atılmıştır.
- 23 Hepsi için, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 631-632.
- 24 *Theodora*, İmparator *Iustinianus*'tan yaklaşık yirmi yıl önce, M.S. 548'de vefat edecektir.
- 25 Bkz.: *Procop.*, HIST. ARC. X.

520 ila 523 yılları arasında çıkan bir “*lex*” ile (C. 5, 4, 23)<sup>26</sup> ilga edilmesiyle mümkün olabilmiştir<sup>27</sup>. Burada, imparatorun *Theodora* ile olan evliliğinin, onun hayatındaki en önemli olaylardan biri olmuş olduğunu hatırlatmak bizim için yeterli olacaktır<sup>28</sup>.

*Iustinianus* ve I. *Iustinus* arasındaki ilişkiye gelince, öğretilerde en yaygın olan fikir, *Iustinianus*'un dayısı üzerindeki etkisinin, *Iustinus*'un kaşı konuşamaz fiziksel çöküşü nedeniyle de, oldukça güçlü olduğudur<sup>29</sup>. Ancak Bonini'ye göre<sup>30</sup>, bu varsayıma şüphe düşürecek unsurlar da yok değildir. Nitekim doğal olanı bu olmakla birlikte *Iustinianus*'un “*Caesar*<sup>31</sup>” olarak gösterildiği kesinlik arz etmediği gibi, “*nobilissimus*<sup>32</sup>” mertebesine de sadece 526'da

26 Buradaki “C.” kısaltması “*Iustinianus*'un *Codex*'ini” ifade etmekte; ardından gelen rakamlar ise, sırasıyla, kitap, fasıl ve emirname sayısını belirtmektedirler.

27 *Iustinianus* ile *Theodora*'nın evliliğinin hukuki ve dini sonuçları açısından, diğerleri arasından, bkz.: DAUBE, 1967, ss. 380-399.

28 *Theodora*'nın her zaman için tartışmaya açık tarihi bir figür olması bir yana, gerçekte önem arz eden nokta, onun *Iustinianus*'un politik kararları üzerindeki etkisidir. *Theodora*'nın bu alanda imparator üzerindeki etkisi lehine, M.S. 532'deki ünlü *Nika* ayaklanmasının en dramatik anları esnasında imparatoriçenin gösterdiği büyük kararlılığa işaret edilir. Bilindiği üzere, *Iustinianus* ve çevresindeki çalışma arkadaşlarının imparatorluk sarayını ve *Costantinopolis*'i terk etme kararına karşılık *Theodora*, sonuna kadar direnişten yana tavır alarak bir imparator için hiç bir mezarın kendi tahtından daha uygun olamayacağını söylemiştir. Bu etkinin aleyhine ise, *Theodora*'nın itici bulunduğu Kapadokyalı *Iohannis*'in “*praefectura praetorio Orientis* (bkz.: *infra* dip not no: 36)” makamında uzun süre kalması ve *Iustinianus*'un imparatoriçenin monofizit inancına karşın, ortodoks inançta direnmesi örnek olarak gösterilir. Burada, konuya aşina olmayan okuyucu açısından herhangi bir karışıklığa yer vermemek amacıyla, Yunanca “*orthos* (doğru, gerçek, düz)” ve “*doxa* (görüş, inanç, düşünce)” kelimelerinin birleşiminden oluşan anlamıyla ortodoksluğun, erken Kilise inancında gösterildiği şekilde Hıristiyan inanca uygunluğu ifade ettiğini belirtmekte yarar vardır. *Theodora*'nın *Iustinianus* üzerindeki etkisine dair tartışmalar için, diğerleri arasından, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 632-633.

29 *Procopius* da, *Historia Arcana*'sının (bkz. *supra* dip not no: 10), *Iustinus*'tan bahsettiği VI. bölümde imparatorluğun asıl efendisi olarak *Iustinianus*'u gösterir.

30 Bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 633.

31 Hukuken birlik arz eden Roma İmparatorluğunun I. *Theodosius*'un ölümünden sonra, M.S. 395 yılında, Doğu ve Batı olarak ayrılan kısımlarının (“*partes imperii*”) başında olan hükümdara “*Augustus*” denirdi. *Augustus*'lardan her biri, merkezden ayrıldıkları zaman yerlerinde kalmak üzere kendilerine “*Caesar*” adını alan bir naip seçerlerdi. Ardından bu *Caesar*'lar, *Augustus*'ların yerlerini alır ve kendilerine yeni birer *Caesar* tayin ederler, bu şekilde tahtın devamlılığı sağlanmış olurdu. Bkz.: UMUR, 1979, s. 128.

32 “*Nobilissimus*”, M.S. III. yüzyıl ve devamında imparatora verilen şeref unvanıydı. Bu unvan, *Costantinus*'tan itibaren imparatorun ailesi için de kullanılmaya başlanmıştı (BERGER, 1991, s. 596).

erişir. Kanunlaştırma faaliyetleri alanında ise, yukarıda bahsi geçen C. 5, 4, 23'teki gibi bir kaç münferit olay dışında, *Iustinianus* kaynaklı bir etkinin izine rastlanmaz. Bununla birlikte, *Iustinus*'un sağlığının giderek ağırlaşması, 1 Nisan 527'de *Iustinianus*'un “*Augustus*”<sup>33</sup> olarak gösterilmesini gerektirmiş –ki muhtemelen bu arada *Iustinus* tarafından evlat da edinilmiştir– ve aynı yılın ağustos ayında dayısının ölümüyle *Iustinianus* tek imparator olarak kalmıştır<sup>34</sup>.

## B. *Iustinianus* Hükümdarlığının Dönemleri (527-565)

*Iustinianus*'un otuz sekiz sene sürerek ölümüyle sona erecek uzun süren hükümdarlığında, bu süreç içerisinde gerçekleşen politik, dini, hukuki parametrelere göre önem arz eden olayları referans noktası olarak değişik safhaların ayırt edilebilmesi mümkündür<sup>35</sup>.

Politik açıdan bakıldığında, gerek iç gerekse dış politikaya atfen, *Iustinianus* hükümdarlığı döneminin genelde iki büyük etaba ayrıldığı gözlemlenebilir. İlk etap, hükümdarlığın başlangıcından (Perslere karşı düşmanlığın süratle yeniden gündeme gelmesi ve ardından 532-533 yıllarında geçici olarak barışın sağlanması ile kapanan olayla ayırt edilir) yaklaşık 540-541 yıllarına kadar gider: *Iustinianus*'un İtalya'da Gotlara karşı uzun ve anlamlı savaşının ilk kısmı *Belisarius* sayesinde Ravenna'nın alınmasıyla 540'ta sona erer; ancak sonraki yıl, yani 541 senesinde, yaklaşık on senedir imparatorluğun Doğu kısmının “*praefectus praetorio*”su<sup>36</sup> görevini üstlenerek iç politikada izini

33 Bkz.: *supra* dip not no: 31.

34 İmparator I. *Iustinus*'un M.S. 527'de ölümüyle Doğu Roma'nın tek imparatoru olarak kalan I. *Iustinianus*'un kişiliğine dair ayrıntılı bilgi için, diğerleri arasından, bkz.: UMUR, 1979, ss. 263-266; IDEM, 2010, ss. 108-110.

35 I. *Iustinianus*'un 527'den 565 yılındaki ölümüne kadar süren imparatorluk sürecinin farklı parametreler açısından önem arz eden olaylardan yola çıkarak değişik dönemlere ayrılmasına dair örnekler için, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 634 vd.

36 “*Praefectus praetorio*”, imparatorluk konutunda imparatorun muhafız kıtası niteliğindeki ordu birliğinin başında bulunan komutana verilen isimdi. Sayıları bir ile dört arasında değişmekte olan “*praefectus praetorio*”ların”, imparatorla doğrudan ilişkileri olması dolayısıyla politik açıdan etkileri oldukça güçlüydü. Askeri kumanda etme yetkileri İtalya dahilindeki bütün ordulara teşmil edilen “*praefectus praetorio*”ların”, idari ve yargısal işlevleri de bulunmaktaydı. Sadece şövalye sınıfından olabilen “*praefectus praetorio*”lar” en yüksek rütbeli kamu görevlisi, askeri ve sivil konularda imparatorun baş danışmanıydılar. İmparatorluğun idari açıdan “*praefectura*” adı verilen dört büyük bölgeye ayrılmasının ardından, her bir “*praefectura*”nın” kendi “*praefectus praetorio*”su” bulunmaya başlamıştı. “*Praefectus praetorio*”ya” dair ayrın-

bırakan *Iustinianus*'un en önemli bakanı *Iohannis Orientalis* gözden düşer<sup>37</sup>. İkinci etap 541'de başlar ve 565'te son bulur: bu süreç, askeri alana bakıldığında, sefer sayısının hiç de az olmamasına karşın (örneğin, Gotlarla olan savaşın sona ermesi, İspanya'nın bir kısmının Vandallardan temizlenmesi, Perslerle savaşın tekrar başlaması gibi) kazanılmış olan toprakları korumaya yönelik eğilimle ayırıldır. İç işleyişte göze çarpan ise, *Iustinianus*'un en etkin çalışma arkadaşlarının sayısı gittikçe artan kaybidir: 545'te, *Iustinianus*'un diğer önemli bakanı, hukuk alanındaki çalışmalara üstün katkısı olan “*questor sacri palatii*”<sup>38</sup> makamında bulunan *Tribonianus*<sup>39</sup> vefat edecek ve imparatorluğun durumu bir çok açıdan istikrarsız hale gelmeye meyledecektir<sup>40</sup>.

Din alanında *Iustinianus* hükümdarlığı döneminde belirli ayırımlara gidilmesinin çok daha karmaşık hale gelmesi kaçınılmazdır. *Iustinianus*'un paganlara ve heretiklere karşı izlediği önlemler onun değişmez politikası olarak kendisini gösterse de, tüm bu süreç boyunca en önemli problem, 451'deki Kalkedon Konsilinde reddedilmiş olan ve Hz. İsa'da tek bir tabiatın ('*physis*') olduğunu savunan monofizit öğretisi olarak kalır<sup>41</sup>. Bilindiği üzere, hükümdarlığın Kalkedon Konsilinin kararlarına ilişkin izlediği politika her zaman aynı olmamış; bu durum, *Iustinianus* ile birlikte, monofizit teori aleyhine kalıcı olarak değişmiştir. *Iustinianus*, temelde dayısının monofizit karşıtı yaklaşım-

---

tılı bilgi ve bu konudaki bibliyografya için, bkz.: **BERGER**, 1991, ss. 643-644. Ayrıca, bkz.: **UMUR**, 1983, s. 166.

- 37 *Iustinianus* hükümdarlığının ilk yıllarına, *Belisarius*'a ve Kapadokyalı *Iohannis Orientalis*'in gözden düşmesine dair ayrıntılı bilgi için, diğerleri arasından, bkz.: BURY, 2008, s. 334 vd.
- 38 “*Questor sacri palatii*”, Roma İmparatorluğunun geç dönemlerinde imparatorca yayımlanan kanun tasarılarının ve hukuki kararların hazırlanması alanında en yüksek sivil rütbeye sahip görevliydi. İmparatorun, baş hukuk danışmanı olduğundan dolayı, genelde kayda değer hukuk eğitimiyle donatılmış kişiler arasından seçilirdi. Bkz.: **BERGER**, 1991, s. 664; **UMUR**, 1983, s. 176.
- 39 “*Tribonianus*”, *Iustinianus*'un en önemli çalışma arkadaşı ve kanunlaştırma hareketlerinde baş danışmanıdır. İmparatorun “I. *Codex*'ini” hazırlayan komisyonun üyesi olarak atanmış; *Iustinianus*'un “*Institutiones*'i”, “*Digesta*'sı” ve “II. *Codex*'ini” hazırlayan komisyonların ise başkanlığını yürütmüştür. *Iustinianus* külliyyatının hazırlanması esnasında “*quaestor sacri palatii*” görevinde (bkz.: *supra* dip not no: 38) bulunmuş; *Iustinianus*'un yeni emirnamelerinin ('*Novellae*') birçoğunun yazılmasında etkin olmuş; M.S. 545 yılında vefat etmiştir. “*Tribonianus*” hakkında ayrıntılı bilgi ve ilgili bibliyografya için, diğerleri arasından, bkz.: **BERGER**, 1991, s. 742. Ayrıca, bkz.: **UMUR**, 1983, s. 214.
- 40 *Iustinianus* hükümdarlığının, politik açıdan, bu ikili ayırımı için, bkz.: **TALAMANCA**, 1989, s. 634.
- 41 Bkz.: *supra* dip not no: 21-22.

mını benimseseyse de, ona nazaran çok daha az katı bir tutum içerisinde olmuş; hiç değilse monofizistlerin daha yenilikçi olan kesimiyle (Antakyalı Severus okulu) mutabakata varılabilecek bir formül arayışından vaz geçmemiştir. Nitekim İmparator, özellikle hükümdarlığının ilk yıllarında, hiç bir emirnameye açıkça zikretmediği monofizistleri cezai müeyyidelere tabi tutmamış; ancak 536'dan itibaren, önce Suriye'de sonra da Mısır'da, bunlara karşı, hiç de acımasız olmayan işkenceler baş göstermiştir. 542 yılı civarında monofizistlerin sayısı büyük oranda azalmış, sadece Vodina piskoposu *Jacop Baradeus*, çok kısa bir süre için bu zulümden kaçarak kendi grubunu yeniden düzenlemeyi başararak monofizit kiliseyi büyük gücüne kavuşturmuştur<sup>42</sup>.

*Iustinianus*, Kalkedoncuları ve monofizistleri uzlaştırma çabalarını, 533-534 yılları arasında, teoloji ve kristoloji açısından kendi hükümdarlığı dahilinde bir ayırım noktası olarak görülebilecek bir emirnameyi yayımlayarak da sürdürmüştür. Üç fasıla ayrılan ve önceki asrın teologlarını ve teolojik yazıları cezalandıran bu beyanname<sup>43</sup>, özellikle monofizistlere karşı öğretileri hedef aldığından kendisi de monofizist olan imparatoriçe *Theodora* tarafından desteklenmişse de, her iki tarafı da memnun etmeye yetmemiş, istenen amaca ulaşamamıştır. Tüm bu süreç boyunca İmparator tarafından kişisel aşağılanmalara da maruz kalan Papa *Vigilius*'un yaklaşımı ise çelişkili olmuş; sadece 553'teki *Costantinopolis* Konsilinin "*Tria Kephálaia*'nın" yani "Üç Fasil'in" mahkumiyetini onaylamasıyla *Vigilius* beyannameye kesin olarak katılmıştır. Gerçi papalığın *consensus*'u dahi *Iustinianus*'un amaçladığı barış ve birliği sağlayamamış, imparatorluğun batısındaki pek çok kilise "*Tria Kephálaia*'nın" mahkumiyetini kabul etmeyerek uzun süreli derin bir ayırımı hayata geçirmişlerdir. *Iustinianus*, yaşamının sonuna doğru, yeni bir beyanname ile monofizistlerle tekrar köprü kurmaya çalışsa da, İmparatorun bu çabası da boşa çıkacak ve onun ölümüyle "teolog" imparatorun tasavvur ettiği her türlü umut, gerek batı gerekse doğudaki tüm kilise dünyası için derinden zedelenmiş olacaktır<sup>44</sup>.

42 Krş.: TALAMANCA, 1989, ss. 634-635.

43 "Üç Fasil" adı, daha sonrasında, cezalandırılan eserleri belirtmekte kullanılacaktır. Beyannameye yer alan ve heretik olarak nitelendirilen teologlar ve yazıları ise şunlardır: *Nestorius*'un hocası, M.S. 428 yılı civarında ölen Antakyalı teolog *Theodore* ve onun tüm yazıları; M.S. 457'de ölen *Cyrrhus* kökenli teolog *Theodoret*'in İskenderiyeli *Cyryl* ve Efes Konsiline karşı olan yazıları; yine M.S. 457'de vefat eden *Edessa* kökenli *Ibas*'ın Antakyalı *Theodore*'yi savunduğu mektubu.

44 Krş.: TALAMANCA, 1989, s. 635.



Hukuk alanındaki faaliyetler açısından ise (ki bizim için asıl önem arz eden elbette ki budur), *Iustinianus* hükümdarlığı dönemini üç evreye ayırarak irdelemekte fayda vardır: ilk evre, 528'den 534'e kadar devam eder ve büyük derlemelerin, yani "I. *Codex*'in" (528-529), "*Digesta*'nın" (530-533), "*Institutiones*'in" (533) ve son olarak "II. *Codex*'in" (534) hazırlanması ve yayınlanmasının yanı sıra, nitelik ve nicelik açısından oldukça önem arz etmekle birlikte aslen derleme faaliyetlerine dair olan kanunlarla ayır edilir; ikinci evre, 535'ten 541-542 civarlarına kadar gider ve "*novellae constitutiones* (yeni emirnameler)" aracılığıyla gerçekleşen "güncel" kanunlaştırma faaliyetleriyle kendini gösterir; üçüncü evre, 543'ten başlayarak 565'e kadar uzanır ve İmparatorun hem sayıca hem de nitelikçe azalan çalışma arkadaşları da dolayısıyla, kanunlaştırma faaliyetlerinin niceliksel ve teknik açıdan düşüşe geçmesi ile belirginleşir<sup>45</sup>.

Bu üç evre arasında en çok çalışılmış olanı ve bizim de asli inceleme alanımızı oluşturan ilkidir. *Iustinianus* çağının hukuki açıdan daha net bir çerçevesini çizmek, bu evrenin yalnız başına değerlendirilmesiyle mümkün olabilecektir. Bununla birlikte, 535-541 (ya da 542) yılları arasında gerçekleştirilen "güncel" kanunlaştırma faaliyetlerinin *Iustinianus* çağı hukuk dünyası sorunlarının asıl nüvesini aksettirdiği de unutulmamalıdır. Nitekim muazzam külliyyatın varlığına rağmen imparatorluğun ve günlük yaşamın giderek çöken yapısı, süregelen kanuni müdahalelerle dahi engellenemeyecektir. *Iustinianus* kanunlaştırmalarına ilişkin daha sonraki evre (543-565), çok geniş bir dönemi kapsar ve büyük kısmıyla, *Iustinianus* hükümdarlığının en durağan safhasıdır: seksenlerine varmayı başaracak olan artık altmış yaşlarına gelmiş bir adamın düşüşü, bizim çalışmalarımızın, kaynak azlığı dolayısıyla da, halen en bakir alanı olarak kalır<sup>46</sup>.

## II. *Iustinianus*'un Kanunlaştırma Faaliyetleri

Kanun koyucu–imparator *Iustinianus* hükümdarlığının hukuk alanındaki derleme faaliyetlerini içeren ve "I. *Codex* ('*Novus Iustinianus Codex*') ile başlayıp "II. *Codex* ('*Codex repetitiae praelectionis*') ile kapanacak olan dönemi, yerini *Iustinianus* hükümdarlığının "güncel" kanunlaştırma faaliyetlerinin gerçekleştirildiği uzun sürece bırakacaktır.

45 *Iustinianus*'un hükümdarlığı döneminin hukuki parametrelere göre bu şekilde ayırımı için, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 636.

46 Bu yönde, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 636.



*Iustinianus*'un muazzam külliyyatının kaleme alınış şeklinin ve sırasının genel hatlarıyla da olsa aktarılması, bu noktada kaçınılmazdır.

Geçen asrın büyük bir Türk romanistin dediği gibi<sup>47</sup>; “*Iustinianus*'un asıl ve haklı şöhretini sağlayan, hukuk sahasındaki faaliyetleridir. Bir dünyanın yıkılışının son demlerinde yaşadığı halde, iradesi ve adam seçmedeki kabiliyeti sayesinde, başarılmaz gibi görünen bir işte muvaffak oldu [...] *Iustinianus*'un kurmak istediği imparatorluğu iki ana fikre dayanmakta idi: İmparatorluk ve Hıristiyanlık. Kendisini, I. ve II. asır Roma imparatorlarının varisi saydığından, o devrin imparatorluğunu kurmak istiyordu; Hıristiyanlık dini ve Ortodoksluk ise, bu imparatorluğun manevi bağı, müşterek dini olacaktır. Dini ve siyasi birliği sağlayabilmek için, askeri muvaffakiyetlerden ziyade, en zaruri ve tabii vasıta, imparatorluğun hukukunu birleştirmektir<sup>48</sup>. *Iustinianus* bu sahada iki cepheli bir muvaffakiyet göstermiştir: Bir taraftan, Klasik Roma hukukunun en büyük fikirlerini bir araya getirerek muhafaza etmek; diğer taraftan, kendisinden dört beş asır evveline ait olan bu hukuku, zamanın ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde değiştirerek yeni bir sistem kurmak. Bu şekilde, bir taraftan ilmi ve nazari sahadaki, diğer taraftan teşrii siyaset sahasındaki anlayışı ile, *Iustinianus*, kendisiyle mukayese edilebilecek olan nadir kanun koyucuları arasında, en büyüğü gibi görünmektedir”.

### A. *Iustinianus*'un Derlemesi (528-534)

Orta Çağdan beri “*Corpus Iuris Civilis*” adıyla anılan<sup>49</sup>, uygulanacak hukuku bir araya getirmek amacıyla altı yıllık kısa bir sürede *Constantinopolis*'te hazırlanan, tümüne yakını Latince olarak kaleme alınmış olan *Iustinianus*'un bu muhteşem eseri, çağdaş hukuktaki kanun derlemelerinin özelliklerini taşımamakla birlikte, kendi döneminin gereksinimlerine göre ayıklanan eski devirlerin hukuk malzemesini sistematik bir düzen dahilinde toparlamayı başarmıştır<sup>50</sup>.

47 UMUR, 1979, ss. 265-266.

48 Burada *Iustinianus*'un “ilk *Codex*'ini” onayladığı 7 Nisan 529 tarihli “*Summa rei publicae* (*de Iustiniano codice confirmando*)” emirnamesinin giriş kısmında, imparatorluğun korunmasının silahlar kadar kanunlara da dayandığına yönelik vurgusunu hatırlatmamız yerinde olacaktır.

49 “*Corpus Iuris Civilis*'in” kaynak, amaç, eser ve yöneldiği kimseler açısından ayrıntılı bir incelemesi için, özellikle, bkz.: SCHIPANI, 1999, ss. 16-30.

50 Bu yönde, bkz.: KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, ss. 47-49. Yazar, ayrıca, çağdaş hukuk-

## 1. Birinci 'Codex' (528-529)

*Iustinianus* hükümdarlığının ilk aylarında, diğer bir ifadeyle Ağustos 527 ve Şubat 528 arasında, kitabet ya da günümüz terminolojisiyle belirterek Adalet Bakanlığı, fiilen herhangi bir faaliyet gösteriyor gibi durmasa da İmparator, 13 Şubat 528'de, “*senatus'a*” yönelttiği ve daha çok başlangıç kelimeleri olan “*Haec quae necessario*” ismiyle tanınan “*de novo codice componendo*” emirnamesiyle, ilk hukuk “projesini” açıklar: söz konusu olan bir *leges*, yani imparator emirnameleri derlemesidir<sup>51</sup>. Aynı amaçla selefleri tarafından başarısızlıkla sonuçlanan girişimler hatırlatılarak derlemenin aslen uzun süren dava (*'prolixitas litium'*) sürecini kısaltmak (*'amputare'*) gibi pratik bir amaca hizmet ettiğine işaret edilir. Her şeye mukadder olan Tanrının yardımıyla (*'auxilio dei omnipotentis'*), topluluğun gereksinimlerinin karşılanması hedeflenmektedir. Yine emirnamenin başlangıç kısmında belirtildiği üzere (*Haec quae necessario pr.*), önceki üç “*codex*”, yani “*Codex Gregorianus*<sup>52</sup>”, “*Codex Hermogenianus*<sup>53</sup>” ve “*Codex Theodosianus*<sup>54</sup>” gerçekleştirilecek derlemenin temeli olarak alınacaklar ve sonraki imparatorluk kanunlarıyla birleştirileceklerdir<sup>55</sup>.

---

taki kanun derlemesinden “bir konuda, genelden özele doğru belli bir sistem içinde toplanmış hukuk kuralları”nın anlaşılması gerektiğini belirtir.

- 51 “*Lex*'in (kanunun)” çoğulu olan “*leges*”, İmparatorluk devrinde, “klasik hukukçuların (bkz.: *infra* dip not no: 70) eserlerinden doğan hukuka” yani “*iura*'ya” karşılık (bkz.: *infra* dip not no: 67), “emirnamelerden doğan ve imparatorluk hukuku olarak kabul edilen hukuk kaidelelerinin bütününe” verilen isimdir (UMUR, 1983, s. 110).
- 52 “*Codex Gregorianus*”, M.S. 291'den önce basılmamış, bilinmeyen *Gregorius* (?) adlı bir yazar tarafından çıkarılan ve en eskisi *Hadrianus*'a ait olan imparator emirnamelerini içeren özel derlemedir. “*Codex Gregorianus*” hakkında ayrıntılı bilgi ve ilgili bibliyografya için, diğerleri arasından, bkz.: BERGER, 1991, ss. 391-392. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 37.
- 53 “*Codex Hermogenianus*”, *Diocletianus*'un M.S. 291'den 294'e kadar olan emirnamelerini içeren ve “*Codex Gregorianus*'a” (bkz.: *supra* dip not no: 52) tamamlayıcı olarak *Hermogenianus* tarafından (belki de ünlü hukukçu *Hermogenianus*'un bizzat kendisidir) hazırlanan derlemedir. “*Codex Hermogenianus*” hakkında ayrıntılı bilgi ve ilgili bibliyografya için, diğerleri arasından, bkz.: BERGER, 1991, s. 392. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 37.
- 54 “*Codex Theodosianus*”, M.S. 312'den II. *Theodosius* tarafından yayımlandığı M.S. 438 tarihine varıncaya kadarki imparator emirnamelerini içeren resmi derlemedir. “*Codex Theodosianus*” hakkında ayrıntılı bilgi ve ilgili bibliyografya için, diğerleri arasından, bkz.: BERGER, 1991, s. 392. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 38.
- 55 *Iustinianus*'un bu “ilk *Codex*'ine” dair ayrıntılı bilgi için, diğerleri arasından, özellikle, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 636-639; “*Codex*” teriminin sadece “kitap” değil, ama “kanun kitabı” anlamına da geldiğine dair, bkz.: PUGLIESE, 1986, s. 25. Ayrıca, bkz.: GUZMÁN BRITO, 1987, ss. 603-606.

“Yeni *Codex*’i” kaleme almakla görevlendirilen ve bürokratik bileşeni ağır basan komisyon, eski “*quaestor sacri palatii*”<sup>56</sup> *Iohannis*<sup>57</sup>; içlerinde *Tribonianus*’un<sup>58</sup> da bulunduğu altı yüksek memur veya eski yüksek memur; o zamanlar “imparatorluk *consistorium*’unda<sup>59</sup>” “*comes*”<sup>60</sup> olmanın yanı sıra *Constantinopolis* okulunda hukuk hocalığı yapan *Theophilus* ve iki “*togati*” yani “*praefectus praetorio*’nun<sup>61</sup> yüksek mahkemesince desteklenen iki avukat” olmak üzere on kişiden oluşmaktadır (Haec quae necessario 1). Öğretide<sup>62</sup>, *Iustinianus*’un, bürokratik açıdan ehemmiyet arz eden üyelerin açık bir şekilde baskın olması ile dikkat çeken “I. *Codex*’i” hazırlamakla görevlendirdiği komisyonu oluştururken, hiç değilse belirli açılardan, etkin ve özel yetkinlikten çok, üstlenilmiş olan vazifelerin önemine değeri vermiş olduğuna işaret edilmesi de bundandır.

Derlemeye giriş niteliğindeki emirnamede (Haec quae necessario 2) komisyona verilen talimatlar yeni kanunlaştırmanın “faydacı” amaçlarını teyit ederler: nitekim, kanun metinlerinde “düzeltmelere” ve bilhassa, kısaltmalar yapmaya izin verilmiştir. Şu halde, saf normatif metin karşısında faydasız olmaları durumunda “*praefatio*’lar (başlangıç kısımları)”, “benzer” şeyler veya “karşıt” olanlar (meğer ki bunlar bilinçli olarak yapılmış olsunlar) ve uzun müddettir kullanılmamakta olan normlar eleneceklerdir. Bu suretle elde edilecek “*leges*” kesin ve kısa bir üslupla kaleme alınmış (“*certae et brevi sermone conscripae*”) olacaktır. Öyle ki komisyona, ekler yapmak; özetlemeye gitmek; gerektiği takdirde bizzat “*leges*’in” kelimelerini değiştirmek; birçok emirnamede serpilmiş olarak bulunan normları tek bir “*sanctio* (yaptırım)”

56 Bkz.: *supra* dip not no: 38.

57 Kapadokyalı *Iohannis* olması muhtemel olan bu tarihi kişiliğe dair tartışmalar için, bkz.: *supra* dip not no: 28 ve 37’de yer alan bibliyografya.

58 Bkz.: *supra* dip not no: 39.

59 “*Consistorium (sacrum)*”, imparatorun danışma kurulunun (“*consilium principis*”), İmparatorluğun geç dönemlerinde aldığı isimdir. Kanuni, hukuki ve idari meselelerde imparatorun daha çok özel istişare heyeti olarak çalışır; imparator emirnamelerinde şekillenen hukukun gelişmesinde etkisi büyük olurdu. “*Praefectus praetorio*’nun” (bkz.: *supra* dip not no: 36) da heyete katılımı bu kurula politik bir nitelik de verirdi. Son İmparatorluk Devrinde (bkz.: *supra* dip not no: 19) “*consistorium (sacrum)*” adını alan “*consilium principis*” hakkında ayrıntılı bilgi ve ilgili bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 408. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 46.

60 Bkz.: *supra* dip not no: 19.

61 Bkz.: *supra* dip not no: 36.

62 TALAMANCA, 1989, s. 637.

altında toplamak ve kanun metinlerinin anlamını daha açık hale getirmek şeklinde çalışma imkanları dahi tanınmıştır. Yine komisyona, bir araya getirilen malzemenin faydalı gözüken başlıklar altında kronolojik sıra izlenerek sıralanmasına yönelik yetkiler de verilmiştir. Son olarak önceki “*codex*” veya derlemelerde yer almakla birlikte tarihi belirtilmeyen emirnamelerin değeri tasdik edilmiş ve aynı değer, tek bir kişiye yöneltilmiş (‘*ad certas personas rescriptae*’) veya “*pragmatica sanctio*”<sup>63</sup> şeklinde yayımlanmasının ardından “yeni *Codex*’e” dahil edilmiş emirnamelere de bahşedilmiştir.

“*Haec que necessario*”, imparatorun kamu menfaati için gündelik vesayetini (‘*diurna cura*’) vurguladığı bir üçüncü paragrafla kapanır. İmparatorun “*cura*’sı”, bu durumda, kesin ve şüpheye yer vermeyen ve tek “*codex*’te” toplanan kanunların (‘*leges certae et indubitatae et in unum codicem collatae*’) yargılama faaliyetlerinin işleyişi amacıyla düzenlenmesinde ifadesini bulur (Haec quae necessario 3).

Eserin çalışmaları bir yılı az çok aşan bir sürede tamamlanır ve 7 Nisan 529’daki “*Summa rei publicae* (‘*de Iustiniano codice confirmando*’)” emirnamesiyle aynı yılın 16 Nisanında yürürlüğe girmek üzere ilan edilir<sup>64</sup>.

## 2. ‘*Iura*’ Derlemesi (‘*Digesta*’ veya ‘*Pandectae*’) Projesi ve Bunun Gerçekleştirilmesi (530-533)

529 Nisanı ile 530 Ağustosunu arasında kitabet oldukça yoğun bir ritimde kanunlaştırma faaliyetlerini sürdürmeye devam eder. Bu dönemde, adını daha önce de zikrettiğimiz *Iustinianus*’un önemli çalışma arkadaşlarından *Tribonianus*<sup>65</sup>, “*quaestor sacri palatii*”<sup>66</sup> yani günümüz terminolojisi ile ifade edersek Adalet Bakanı görevine getirilmiş ve hiç şüphesiz imparatorun “*iura*”<sup>67</sup>

63 “*Pragmatica sanctio*”, gerçekte Roma İmparatorluğunun geç dönemlerinde belirli önemleri ve genel ve daimi geçerliliği olan imparatorluk kararlarına verilen isimdi. Genel idareyi, geniş insan gruplarına tanınan imtiyazları, büyük idari toplulukları yöneten görevlilere verilen emirleri vs. ilgilendirirdi. Bununla birlikte, Doğu ve Batı Roma imparatorlarının kararlarının imparatorluğun diğer kısmında yayımlanması için karşılıklı olarak değiştirdikleri mektuplar için de aynı terim kullanılırdı. “*Pragmatica sanctio*” hakkında ayrıntılı bilgi ve ilgili bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 648. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 169.

64 7 Nisan 529 tarihli “*Summa rei publicae*” emirnamesine dair, diğerleri arasından, özellikle, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 638-639.

65 Bkz.: *supra* dip not no: 39.

66 Bkz.: *supra* dip not no: 38.

67 Kelime anlamı olarak “*ius*’un (hukukun)” çoğulu olan “*iura*”, İmparatorluk devrinde, “im-

derlemesini gerçekleştirme fikrinde bu ünlü hukukçunun güçlü kişiliğinin ve hukuki yetkinliğinin azımsanmayacak etkisi olmuştur<sup>68</sup>. Ancak yeni projenin olgunlaşma sürecine dair bilgilerimiz kesinlik içermemekte ve romanistler arasında da halen tartışılmaktadır<sup>69</sup>. En ciddi sorunlar, klasik hukuk<sup>70</sup> eserlerinde karşılaşılabilecek olan birtakım zıtlıkları veya görüş farklılıklarını gidermeye yönelik çıkarılan ve “*quinquaginta decisiones* (elli karar)” adıyla anılan bir dizi emirnameye ilişkindir<sup>71</sup>. Nitekim kaynaklarımızın mevcut durumu, ne bu zaman diliminde çıkan *Iustinianus* emirnamelerinin hangilerinin “*decisiones*” olarak nitelendirileceğini belirlemeye, ne söz konusu hukuki malzemenin resmi bir derlemesinin olduğunu açığa çıkarmaya, ne de bizzat “*decisiones*’in” kesin tarihini saptamaya imkan vermemektedir. Bununla birlikte “*quinquaginta decisiones*’in” “*iura*’ya” dair proje için bir şekilde işlevsel olduğunu varsaymak mümkündür<sup>72</sup>.

Her halükarda, “*Digesta*” ya da diğer adıyla “*Pandectae*” çalışmaları, 15 Aralık 530 tarihli “*Deo auctore* (‘*de conceptione digestorum*’)” emirnamesiyle resmi olarak başlar<sup>73</sup>. *Tribonianus*’a yöneltilmiş olan bu önemli emirname-de, derlemenin (‘*compilatio*’) amaçları ve derlemeyi gerçekleştirecek kişilerin

---

parator emirnamelerinden doğan hukuk” anlamına gelen “*leges*” (bkz.: *supra* dip not no: 51) karşısında “hukuk biliminden (‘*iurisprudentia*’) doğan hukuku” ifade ederdi (UMUR, 1983, s. 98).

68 Bu yönde, diğerleri arasından, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 639-640.

69 Bu tartışmalara dair genel bir bilgi için, örneğin, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 639 vd.; UMUR, 1979, s. 267 vd.

70 Öğretide, “Roma Hukuk Tarihini” (M.Ö. 753 – M.S. 565) dönemlere ayırmada değişmez bir sınıflandırma bulunmamaktadır. Kimi yazarlar, Antik Roma’nın hukuk tarihi açısından en parlak dönemi olan ve aslen imparatorluk hukukunu temsil eden “Klasik Hukuk Dönemi”, Roma İmparatorluğunun “*Principatus*” adı verdiğimiz “İlk İmparatorluk Devri” ile kesiştirir ve M.Ö. 27’de başlatırlar (örneğin, bkz.: KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, s. 40 vd.); kimileri ise, Roma Hukuk Tarihinin “Klasik Hukuk Döneminin” başlangıcı olarak M.Ö. 150’yi (III. Pön Savaşlarının Sonu) yani Roma İmparatorluğunun “*Respublica*” adını verdiğimiz “Cumhuriyet Devri” sonlarını gösterirler (diğerleri arasından, bkz.: UMUR, 1979, s. 154 vd.; IDEM, 2010, ss. 73-74). Her halükarda, Roma Hukuk Tarihinin “Klasik Hukuk Dönemi”, M.S. III. yüzyılın sonlarına kadar sürerek yerini “Klasik Sonrası Döneme” bırakır ki bu dönem, *Iustinianus*’un tahta geçmesiyle (M.S. 527) sona erer.

71 “*Quinquaginta decisiones*’in” amacına ve bu yöndeki tartışmalara dair, diğerleri arasından, bkz.: VARVARO, 2000, ss. 359-549. Ayrıca, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 640 vd. ve UMUR, 1979, ss. 267-268.

72 Aynı yönde, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 640.

73 C. 1, 17, 1.

(‘*compilatores*’) faaliyeti için temel direktifler belirtilmiştir<sup>74</sup>. Emirname, Bonini’nin<sup>75</sup> deyiimiyle imparatorluk “propagandasını” içeren kimi öğeleri sunan başlangıç paragrafının ardından (burada vurgu, eskisinden de çok, tüm dünyanın yaratıcısı olarak gösterilen kutsal teslis üzerindedir) asli konusuna giriş yapar (Deo auct. pr.). Roma Şehrinin kuruluşundan ve *Romulus* zamanlarından beri süregelen kanunların tüm yolunu (‘*omnis legum trames*’) kaplayan “karışıklıktan” kaynaklanan “*lex*’lerin” “*auctoritas*’ındaki” değer kaybı, bir “*leges*” derlemesinin yayımlanmasıyla kısmen de olsa giderilmiştir (Deo auct. 1). Şimdi, çok daha büyük ve zor bir göreve, neredeyse Tanrı’nın yardımı için dua etmeksizin umut edilemeyecek bir teşebbüse girişilmesi gereklidir; yani “*omnem Romanam sanctionem et colligere et emendare et tot auctorum dispersa volumina uno codice indita ostendere* (Roma’nın yaptırırma bağladığı her şeyi bir araya getirmek ve yayımlamak ve birçok yazarın dağılmış ciltlerini tek bir ‘*codex*’te<sup>76</sup> toplamak)” (Deo auct. 2). Bu eserin tamamlanması, yetkinliği “I. *Codex*’in” redaksiyonu esnasında deneyimlenen *Tribonianus*’un eline tamamıyla bırakılmış; hatta ünlü hukukçuya dilediği çalışma arkadaşlarını gerek fasih hukuk hocaları gerekse *Costantinopolis* mahkemesinin belagatli avukatları arasından seçme yetkisi genel bir ifadeyle (ve genel anlamda) de tanınmıştır (Deo auct. 3). Metinde imparatorluk görevlilerinin adının geçmemesi kadar “*antechessores*’e” yani hukuk hocalarına avukatlar (‘*togati*’) karşısında tanınan öncelik de son derece anlamlıdır<sup>77</sup>.

Emirnamenin dördüncü paragrafı derlemeye alınacak eserlerin belirlenmesi ve seçilmiş çalışmalara özgülenen “muamelenin” nasıl olacağına dair verilen direktifler açısından dikkat çekicidir: yapılması gereken “imparator adına cevap verme imtiyazına (*ius respondendi ex auctoritate principium*’a)<sup>78</sup>” sahip

74 *Iustinianus*’un külliyyatına, “bir araya getirilmiş malzeme” anlamında “*compilatio*” da denmekte ve derleme faaliyetini gerçekleştirenler “*compilatores*” adını almaktadırlar. Buna dair, diğerleri arasından, bkz.: KARADENİZ ÇELEBİCAN, 2014, s. 48.

75 TALAMANCA, 1989, ss. 641.

76 Bilindiği üzere *Iustinianus*, “*codex*” nitelendirmesini sadece “*Codex Iustinianus*” için değil; “*Digesta*’sını” (örneğin, bkz.: Deo auctore 6; 8; 12; 13; 14; Tanta 15) ve “*Institutiones*’ini” (örneğin, bkz.: Tanta 23) ya da “üç eserini toplu halde” belirtmekte (örneğin, bkz.: Deo auctore 11) de kullanır. “*Codex*” teriminin sadece “kitap” değil, ama “kanun kitabı” anlamına da geldiği *supra* dip not no: 55’te hatırlatılmıştır.

77 Aynı yönde, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 641.

78 “*Ius respondendi ex auctoritate principium*”, *Augustus* zamanından beri, yetkin hukukçulara, imparator tarafından tanınan kişisel yetkiyle (‘*ex auctoritate principis*’) teminat altına alınan, hukuki sorulara cevap verme (‘*responsa*’) hakkıdır. *Augustus*’un reformu hukukçular arasında

eski hukuk alimlerinin (ki bu sınırlamaya, örneğin Cumhuriyet Devri hukukçusu *Alfenus Varus*'un da kullanılmış olduğu hatırlanırsa, uyulmadığı da bir gerçektir<sup>79</sup>) kitaplarının okunması ve bunlardan her türlü “*similitudo* (tekrar, benzerlik)” veya “*discordia*”nın (görüş ayrılığının)” elenerek herkese yetecek tek bir metin elde edilmesidir (Deo auct. 4). Sonraki paragraf bu çalışmaların ardından gelecek safhaya, imparatorca adalete adanmış özel ve kutsal bir tapınak olarak nitelendirilen eserin “mimarisine” dairdir. Bu hem ortaya çıkacak olan yapıtın “kitaplara (*libri*)” ve “fasıllara (*titutli*)” bölünmesine hem de içeriğinin düzenlenmesine ilişkin olarak belirtilmiştir: “*compiler*’lar” derlemeyi elli kitaba (ve bunları fasıllara) bölecek ve içerik düzeninde gerek “*Codex*’in” gerekse “Daimi Beyanname’nin” yani “*Edictum perpetuum*’un<sup>80</sup>” şemalarını izleyeceklerdir. İşte bu ölçütler kullanılarak tamamlanacak olan “*compilatio*”, tüm eski hukuku bünyesinde barındıracak; artık hiçbir münferit hukukçuya farklı haysiyet (*dignitas*) tanınmayacaktır (burada “*lex citationis*’e<sup>81</sup>” yapı-

---

“*ius publice respondendi*”si olanlar ve olmayanlar” şeklinde bir ayırma sebep olmuşsa da, birçok hukukçu, Cumhuriyet devriyle bütünleşen “*responsa*” verme geleneklerini yani kendilerine sorulan hukuki meselelere cevap verme geleneklerini bu ayrıcalığa sahip olmasalar da devam ettirmişlerdir. “İmparator adına cevap verme imtiyazına” dair ayrıntılı bilgi ve ilgili bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 532. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 104.

79 *Index Auctorum* IV.

80 “*Edictum perpetuum Hadriani*”, İmparator *Hadrianus*’un hükümdarlığının son dönemlerinde, M.S. 132’de, imparatorun emriyle “*praetor*” ve “*aedilis curilis*” beyannamelerinin (*edictum*’larının), ünlü hukukçu *Salvius Iulianus* (bkz.: *infra* dip not no: 199) tarafından yeniden gözden geçirilerek tespit edilmesiyle değişmez hale gelerek kanunlaşan *edictum*’dur. “*Edictum perpetuum Hadriani*” hakkında ayrıntılı bilgi ve ilgili bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 449. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 63. M.Ö. 367 senesinde çıkarılan “*Licina Sextiae*” kanunu ile “*consul*’lere” (bkz.: *supra* dip not no: 20) ek olarak ihdas edilen yargı işlerinden sorumlu Cumhuriyet Devrinin önemli “*magistra*’lık” makamı “*praetor*’luk” ve “*praetor*” hakkında ayrıntılı bilgi ve ilgili bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 647. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 168. Oyunların düzenlenmesi, yolların bakımı ve pazar yerindeki alım satımların kontrolü gibi işlerle uğraşarak bir nevi belediye zabıtası görevini üstlenen Cumhuriyet Devri “*magistra*’sı” “*aedilis curilis*” hakkında, bkz.: BERGER, 1991, s. 353. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 20.

81 “*Lex citationis*”, İmparator III. *Valentinus* ve II. *Theodosius*’un M.S. 426 senesinde çıkardıkları bir emirnamedir. Buna göre, klasik hukukçulardan (bkz.: *supra* dip not no: 70) *Papinianus* (bkz.: *infra* dip not no: 200), *Ulpianus* (bkz.: *infra* dip not no: 92), *Paulus* (bkz.: *infra* dip not no: 93), *Gaius* (bkz.: *infra* dip not no: 146 ve 181) ve *Modestinus* [*Herennius Modestinus*, Roma klasik hukuk ilminin son temsilcilerinden biri ve *Ulpianus*’un öğrencisidir. M.S. 240 civarlarında Roma’nın idaresinde yüksek görevlerde bulunmuş olan *Modestinus*’un, on dokuz kitaptan oluşan geniş bir “*responsa* (cevaplar)” derlemesi, “*differentiae* (çelişkili meseleler)” ve “*regulae* (hukuk kuralları)” şeklinde çalışmaları vardır. “*Modestinus*” hakkında ayrıntılı



lan gönderme açıktır) (Deo auct. 5)<sup>82</sup>. *Iustinianus*'un, “*Digesta*” için seçilen hukuk eserlerini imparator emirnamelerine benzetmesine, sanki bizzat imparatorun ağzından çıkmış gibi değerlendirilmelerine dair açıklaması da azımsanmayacak önemdedir (Deo auct. 6)<sup>83</sup>.

“*Iura*” ve “*leges*” (‘*Digesta*’ ve ‘*Codex*’) bağlantısına dair sorun sonraki paragrafları da meşgul etmeye devam eder. Derleyicilere klasik hukuk eserlerine ilişkin malzeme üzerinde müdahale yapmaya dair genel yetki veren imparator, hukukçular tarafından aktarılan veya atıf yapılan emirnamelere bile karışılmasını onaylamıştır (böylece yapılan değişikliklerle ortaya çıkacak olan “yeni” emirname metni, eskisini ilga edecek ya da her halükarda, ona üstün tutulacaktır): tüm bu söylenenler “*regia*” adı verilen eski kanuna yapılan çağrıyla gerekçelendirilir: “*lege antiqua, quae nuncupabatur*” gereği “*Roma populus*’unun” tüm hukuk ve tüm yetkisi “imparatorluk *potestas*’ına” geçmiştir (Deo auct. 7). “*Digesta*’nın” ve “*Codex*’in” birada var olması halî, bunlar arasında her türlü karışıklık ve tekrarın yasaklanmasıyla daha da belirginleştirilir (Deo auct. 7; 8). Ardından imparator, “*compiler*’lara”, uzun müddettir kullanılmamakla birlikte hukukçuların kitaplarında yer alan “*lex*’lerin” elenmesini emreder (Deo auct. 10). Sonuç olarak, artık her şeye, biri emirnamelerden, diğeri ise eski hukukçuların eserlerinde açıklanmış ve gelecekteki “*codex*’te (‘*Digesta*’)) toplanmış olan hukuktan oluşan bu iki “*codex*” aracılığı ile hükmedilecektir. Bunlara ancak hukuka giriş niteliğinde olan bir eser (“*Institutiones*’e” dair yapılan bu “ön” beyan gerçekten anlamlıdır) eklenebilecektir (Deo auct. 11).

“*Deo auctore*’nin” sondan önceki iki paragrafı, çelişkili yorumların ortaya çıkma ihtimali göz önünde tutularak tamamen erdirilmiş “*compilatio*’ya”

---

bilgi ve ilgili bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 585. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 137] olmak üzere beş tanesinin eserlerinde beyan ettikleri görüşler kanun kuvvetine haizdiler. Bunlar aynı fikirde oldukları takdirde hakim o fikri izlemeye mecburdu; ihtilaf halinde iseler çoğunluğun, eşitlik söz konusu olduğundaysa *Papinianus*’un görüşünü dikkate almak durumundaydı. *Papinianus*’un ihtilaf konusunda bir görüşü yok ve diğer hukukçuların görüşleri arasında eşitlik varsa, hakim dilediği fikri benimsemekte serbestti (UMUR, 1983, s. 116).

82 İmparator, her biri aynı “*dignitas*’a” sahip hiçbir hukukçuya öncelik verilmemesi gerektiğini; çünkü herkesin her şeyde değil, kimilerinin bazı şeylerde kimilerinin diğerlerinde en iyi veya en kötü olabileceğini de ekler (Deo auctore 5).

83 *Iustinianus*, yine aynı paragrafta (Deo auctore 6), bu kez “*Digesta*’nın” değil, ama yapılan “işin” değerine yönelik önemli bir açıklamada da bulunur. İmparatora göre, mükemmel olarak yapılmamış bir eseri değişiklikler yaparak düzelten kişi, onu ilk olarak yapandan daha fazla övgüye değerdir.



şerh yapma yasağına (Deo auct. 12) ve eserin kaleme alınmasında kısaltmaya gidilmemesine (Deo auct. 13) ayrılmıştır. Emirname, çalışmaların ivedilikle tamamlanmasına ilişkin yüreklendirme içeren paragrafıyla kapanır (Deo auct. 14).

Gerçekten de eser, oldukça kısa bir süreçte tamamlanmış ve hem Latince ('*Tanta*') hem Yunanca ('*Dédoken*') olmak üzere iki dilli bir emirnameyle ('*de confirmatione digestorum*') 16 Aralık 533'te yayınlanarak aynı yılın 30 Aralığında yürürlüğe girmiştir<sup>84</sup>. Anlamlı bir şekilde bu kez "*senatus'a*" ve "tüm halklara" yani "*omnes populus'a*" yönelen "*Tanta (Dédoken)*" emirnamesi dikkatli bir inceleme gerektirir. Ancak metnin uzunluğu, asıl araştırma konumuz gereği, yalnızca bazı noktalar üzerinde durmaya bizi mecbur bırakacaktır<sup>85</sup>.

Emirname, son yıllarda edinilmiş olan diplomatik ve askeri başarıların ardından (Perslerle olan "*pax aeterna*" ve Afrika'nın Vandallardan temizlenerek geri alınması), artık gerçekleşme aşamasına gelmiş olan hukuk alanındaki projelerin hatırlatılmasıyla başlar. "*Leges*" derlemesi zaten bir süredir tamamına erdirilmiş bulunmaktadır; artık neredeyse iki bin kitabı bulan ve üç milyonu aşkın satırdan oluşan klasik eserlerin okunması sona ermiş ve "en iyi" parçalar seçilmiş olduğundan aynı şey "*Digesta*" veya "*Pandectae*" adı verilen "*compilatio*" için de söylenebilir hale gelmiştir. Şöyle ki "*omne quod utilissimum erat collectum est et omnes ambiguitates decisae nullo seditioso relicto* (en çok faydalı olmuş olanlar toplanmış ve hiç bir görüş ayrılığına bundan böyle yer bırakmaksızın tüm anlaşmazlıklar çözülmüştür)".

Yaklaşık yüz elli bin satırdan oluşan "*Digesta*", elli kitabın ('*libri*') yani sıra yedi kısma ('*partes*') ayrılmış olarak karşımıza çıkar<sup>86</sup>. Bu kısımlar emirnamede sıralanarak hukuk eğitimi reformuna ilişkin nedenlerle titiz bir üslupla içerik açısından da betimlenmiştir (Tanta 2-8)<sup>87</sup>.

84 C. 1, 17, 2.

85 16 Aralık 533 tarihli "*Tanta (Dédoken)*" emirnamesine dair, diğerleri arasından, özellikle, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 642-646.

86 Kastilya Kralı X. Alfonso'nun talimatıyla (1265), büyük ölçüde Roma hukukundan esinlenerek zamanın Kastilyalı hukukçularınca hazırlanan, XIV. yüzyıldan itibaren yedi kısımdan oluşması nedeniyle "*Siete Partidas*" olarak anılan "*Livro de las legies* (Kanunlar Kitabı)"nın Iustinianus'un "*Digesta*'sından" ilham almış olduğuna ve yedi rakamının, hukuk alanındaki önemine dair, bkz.: GIOMARO, 2011, s. 59 vd.

87 Temel kavramlara dair birinci kısım ('*prima pars*'), "*Digesta*'nın" ilk 4 kitabını kapsar (Tanta 2); davalara dair ('*de iudiciis*') olan ikinci kısım ('*secunda pars*'), yedi kitaptan oluşur ve

*Tribonianus* tarafından seçilmiş olan komisyon üyeleri de emirnamede sayılmıştır: üst düzey bürokratların tek temsilcisi ve büyük olasılıkla üstlenmiş olduğu görevlerin niteliği gereği seçilen *Costantinus*; “*antecessor*’lardan” *Theophilus*, *Dorotheus*, *Anatolius* ve *Cratinus* (ilki ve dördüncüsü *Costantinopolis*, diğer ikisi Beyrut hukuk okullarındandır) ve nihayet on bir “*patroni caesarum*”, yani “*praefectus* yüksek mahkemesi himayesindeki on bir avukat” (Tanta 9). *Tribonianus* ile birlikte sayıları on yediyi bulan komisyonda avukatların sayıca üstünlüğü bizi yanılgıya düşürmemelidir. Nitekim “*Tanta*’nın” yine aynı bahsinden “*antecessores*’e” çok daha yüksek bir itibar tanınmış olduğu ortaya çıkmaktadır.

Emirname önemli bir konuya giriş yaparak devam eder: eskiye duyulan saygı hukuk üreten eserlerin sahiplerinden her birinin “*Digesta*’da” yer alan parçaların başına konulan kısa bir yazıyla (*inscriptio*) belirtilmesi gerektirmiştir. Böylece hiç bir hukukçunun adının sessizlikte kaybolmaması sağlanmış olacaktır. Ancak tarihsel-filolojik nitelikteki bu titizlik, klasik metinlerdeki her bir değişikliğe *consensus* verildiğinin açıkça ifade edilmesiyle azaltılmıştır. Gerçekten de derlemede, uygulamadaki fayda nedeniyle yeni bir görünüm kazanan düzenlemeler oldukça fazla olduğu gibi çok da önemlidirler (Tanta 10).

Sonraki paragraflarda bir bütün olarak kabul edilen hukuk düzeni (*omnis iuris Romani dispositio*) temasına geri dönülür. Bunlar –Tanta 11’den anlaşıldığı üzere “*Institutiones*” de bu süreçte tamamlanmış olduğundan<sup>88</sup>– üç ciltte (*tria volumina*) toplanmıştır: “*Institutiones*”, “*Digesta*” ve “*constitutiones*” yani “emirnameler” (Tanta 12). “Karışıklıktan (*confusio*)” ve “belirsizlikten (*infinitas*)”, herkes için danışması kolay olan, tutarlı ve açık bir “*leges*” bütünü tanzim etmeye imkan veren kurallara ve meşru hakikate (*legitima veritas*) geçilmiştir. Kaldı ki; bu bilgileri içeren kitaplara sahip olmak için çok para ödenmesi de gerekmeyecektir. Bu şekilde oluşturulmuş olan eserler-

“*Digesta*’nın” 5 ila 11. kitaplarına yayılır (Tanta 3); eşyalara dair (*de rebus*) olan ve sekiz kitaptan oluşan üçüncü kısım (*tertia pars*), “*Digesta*’nın” 12 ila 19. kitaplarında yer alır (Tanta 4); neredeyse tüm derlemenin göbek deliğini oluşturan (*quasi quidam invenitur umbilicus*) dördüncü kısım (*quarta pars*), “*Digesta*’nın” 20 ila 27. kitaplarını işgal eder (Tanta 5); “*Digesta*’nın” 28 ila 36. kitaplarını meşgul eden beşinci kısım (*quinta pars*), vasiyetnamelere ilişkindir (Tanta 6); “*Digesta*’nın” 37 ila 44. kitaplarına teşmil edilmiş olan altıncı kısım (*sexta pars*), sekiz kitaptan oluşur (Tanta 7-7e); yedinci kısım (*septima pars*) “*Digesta*’nın” 45’ten 50’ye kadar olan son altı kitabından müteşekkildir (Tanta 8-8c).

de “*similitudines*’in” yani “tekrarların” olabileceği saklanmamakta; ancak bu tekrarların bazılarının bilinçli ve istemli olarak yapıldığı ifade edilmektedir (Tanta 13). İmparator emirnamelerinde belirtilenler açısından yaklaşıldığında, isteyerek yapılan tekrarlardan bazıları “*Codex*” ve “*Digesta*” arasındaki ilişkide ortaya çıkabilecektir (Tanta 14). Bununla birlikte, hiç değilse prensipte, birbiriyle çelişen hükümlerin varlığı ihtimali dışlanır (Tanta 15). Ancak *a priori* olarak, unutulmuş olma olasılığı tanınır; nitekim faydalı olan birkaç şeyin gözden kaçırılması okuyucuyu faydasız olan bir çok şeyle yormaktan çok daha iyidir (Tanta 16). Sonraki paragrafta “*iura*” derlemesinin bilhassa kısa ve öz oluşu gibi üstün nitelikleri ifade edilmiş ve bununla bağlantılı olarak “*Digesta*’nın”, klasik hukuk eserlerinin somut kullanımına imkan tanınması şeklinde kendini gösteren avantajlarına dem vurulmuştur (Tanta 17). Bunlar, çok açıktır ki, hukuken henüz düzenlenmemiş bulunan yeni “*negotia*” ile karşılaşılması olasılığını yani imparatorun yetkisine mahsus olan yeni kanuni müdahalelerin gerekebileceği ihtimalini yok etmezler; zira ilahi gerçekler tamam olmakla birlikte insanın hukuku sonsuz bir devinim içerisinde olma niteliğindedir (Tanta 18). Ardından bir kez daha, üç eserin temelde her şeyi içerir niteliğinin üzerinde durulur ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan yasak açıklanır. Gerek mahkemede gerekse ihtilaf içeren ve kanun değerindeki metinleri gerekli kılan farklı bir durum söz konusu olduğunda; diğer başka kitapların okunması veya teşhiri, sahtekarlık cürmü çerçevesinde çok ağır bir şekilde cezalandırılacaktır (Tanta 19).

Emirname, küçük de olsa, yine tarihi-filolojik tanışıklığın telafisine yönelik bir girişime destek olan paragrafıyla devam eder. *Digesta*’nın başlangıcında, faydalanılmış olan hukukçu ve eserlerinin hukuk alimlerinin vurgulanmış olan eşitliği de göz önünde tutularak (Tanta 20a) belirtilmesi emredilir (Tanta 20). Derlemede kullanılan hukukçulara ve onların eserlerine yönelik olan bu liste (*Index Auctorum*), İtalya’nın Floransa şehrindeki ünlü elyazması “*Digesta*’da” yer aldığından, “*Index Florentinus*” adı ile de anılmaktadır<sup>89</sup>.

89 Bilindiği üzere, “*Digesta*’nın” en ünlü elyazması Floransa’daki Laurenziana Kütüphanesinde bulunmakta ve “*littera Florentina*” ya da, Floransa’ya getirilmesi öncesinde, 1406’ya kadar yine İtalya’nın Pisa şehrinde bulunduğundan, “*littera Pisana*” olarak anılmaktadır. Bu elyazmasının önemi, bizzat *Iustinianus* çağına veya hemen sonrasına ait olmasından kaynaklanır. Toplu olarak “*Vulgata*” veya “*littera vulgata*” veyahut “*littera Bononiensis* (Bologna metni)” şeklinde ifade edilen “*Digesta* elyazmaları” ise “*littera Florentina*’dan” çok sonraki döneme aittirler. Bunlardan XI. yüzyıldan itibaren Bologna hukuk okulunda faydalanılmıştır. “*Digesta*’nın” günümüzde en çok kullanılan baskısı Mommsen ve Krüger tarafından düzenlenmiş

Sonraki iki paragraf, sınırlı bir kaç istisna hariç, “şerhler (*‘commentarii’*)” yazma (Tanta 21) ve “kısaltmalar (*sigla*)” kullanma (Tanta 22) yasağına dair artık aşına olunan düzenlemeleri içerir.

“Tanta”, “*Institutiones*” ve “*Digesta*’nın” zaman açısından yürürlüğüne dair bilgiyi 23. paragrafında verir. *Iustinianus* devri kanunlarında sıklıkla karşılaşılan bir formüle göre; yeni eserlerin, gelecekte gerçekleşecek ve halen görülmekte olan yani kesin hüküm veya uzlaşma ile sonuçlanmamış olan davalarda kullanılmaları gerekecektir. Bu eserlerin yer açısından yürürlüğüne ilişkin olarak “başkentin” yanı sıra, Doğu, İlirya ve –yeni– Afrika “*praefectus*’larının” isimlerinin geçtiği paragrafla emirname kapanır (Tanta 24).

“*Digesta*’da<sup>90</sup>”, toplam otuz dokuz tane hukukçu kullanılmıştır<sup>91</sup>. “*Compilatores*”, *Severus* hanedanlığı dönemi hukukçusu *Ulpianus*’un<sup>92</sup> “*Edictum şerhi*” kitaplarından yoğun bir şekilde faydalanmışlardır. Bu ünlü hukukçunun diğer eserleri de göz önünde bulundurularak *Iustinianus*’un “*iura*” derlemesi bütünüyle değerlendirildiğinde, “*Digesta*’nın” neredeyse üçte birinin *Ulpianus*’un eserlerinden alınmış parçalardan oluştuğu; buna karşılık, yine aynı dönemin hukuk alimi *Paulus*’un<sup>93</sup> eserlerinin, “*Digesta*’nın” altıda birine

---

olanıdır. Mommsen, Krüger ve Shöll (Kroll) tarafından derlenen ve günümüzde sayısız tıpkı-basımı yapılan *Corpus Iuris Civilis*’in ilk cildinde yer alır. Diğerleri arasında, krş.: TALAMANCA, 1989, ss. 645-646; UMUR, 1979, s. 272.

90 “*Digesta*’ya” en modern atıf yapma usulü şu şekildedir: “D. (*Digesta*)”, ardından, sırasıyla, “kitap (*‘liber’*)”, “faisıl (*‘titulus’*)”, “parça (*‘fragmentum’*)” ve nihayet, pek çok durumda, “pr.” şeklinde kısaltılan “başlangıç paragraftan”, yani “*principium*’dan” ayrı olarak, “paragraf” numaraları belirtilir.

91 Bu sayı, *Index Auctorum XXI*’de tek kişi olarak değerlendirilmekle birlikte “*Digesta*” metinlerinin “*inscriptio*’larına” yani “metnin hangi klasik hukukçunun hangi eserinden alındığını belirten kısımlara” bakıldığında iki ayrı hukukçu olduğu anlaşılan “*Venuleius Saturninus*” [bkz.: D. 48, 19, 15 (*Venuleius Saturninus, de officio proconsulis*)] ve “*Claudius Saturninus*’un” [bkz.: D. 48, 19, 16 (*Claudius Saturninus, libro singulari de poenis paganorum*)] ayrı olarak hesaplanmasıyla elde edilmiştir.

92 “*Domitius Ulpianus*”, *Paulus* (bkz.: *infra* dip not no: 93) ile aynı dönemlerde yaşamış ve tıpkı *Paulus* gibi çok sayıda eser vermiş, sonraki hukukçular tarafından yoğun bir şekilde zikredilmiş, M.S. 228 senesinde ölmüş olan ünlü hukukçudur. “*Ulpianus*” hakkında ayrıntılı bilgi ve bu konudaki bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 750. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 217.

93 “*Iulius Paulus*”, *Septimus Severus* (M.S. 193-211) ve *Antoninus Caracalla* (M.S. 198-217) döneminde imparatorun danışma organında yer almış, *Alexander Severus* (M.S. 222-235) döneminde “*praefectus praetorio*” makamında bulunmuş, *Iustinianus*’un “*Digesta*’sında” kendisine ait birçok metnin yer aldığı, seksen kitaplık “*Praetor Beyannamesi Şerhi*” ve on

katkıda bulunmuş olduğu ortaya çıkar. Şu halde, “*compilatio*’da”, kaçınılmaz olarak, her bir hukukçunun farklı oranlarda etkisi olmuş olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak bu tercih, hukuk alimlerinin eserlerinin “niteliğinden” değil; daha farklı unsurlardan ve özellikle “modernliklerinden” yani daha az “eski” olmalarından kaynaklanır<sup>94</sup>.

“*Deo auctore*” ve “*Tanta*” emirnameleri kıyaslandığında, ikincisinde hukuk düzeninin birliği ve tamlığı anlamının çok daha belirgin olduğu gözlemlenir. Diğer bir ifadeyle, imparatorun bu sonraki söylevi, 530’daki emirnamesinden farklı olarak, “*leges*” ve “*iura*” arasındaki ilişkiye dair temel sorunla sınırlı kalmamış; imparatorluğun hukuki normlar yaratma görevinin yanı sıra bunları derli toplu bir sistem dahilinde düzenlemesi görevini de üstlenmesi gerektiği fikrine doğru yol almıştır<sup>95</sup>.

### 3. ‘*Institutiones*’ veya ‘*Elementa*’ (533)

İnceleme alanımızın asıl kısmında dahil olan *Iustinianus*’un “*Institutiones*’ine”, diğer adıyla “*Elementa*’sına”, burada kısaca yer vermemizin sebebi, kronolojik sırayı bozmaksızın derlemeye dahil olan tüm “*codex*’lerin” gerçekleştirilme sürecini bir bütün olarak ortaya koymaktır. Dolayısıyla “*Institutiones*’in”, kanun gücü de tanınmış sistematik bir eser olarak ele alınması, çalışmamızın devamında gerçekleşecektir<sup>96</sup>.

*Iustinianus*, “*Deo auctore*” emirnamesindeki ifadesinde (Deo auct. 11) belirttiği hukuka giriş niteliğindeki eserin tanzimi için bir komisyonu görevlendirmeye karar verdiğinde, “*Digesta*’nın” derlenmesi zaten tamamlanmış olsa gerekir. Hiç şüphesiz imparatorun, 530’daki “ön” açıklamasında üstü kapalı olarak yer almakla birlikte resmi şekilde verilmeyen bir talimatı söz konusudur; çünkü, her zamankinden farklı olarak sadece “*Institutiones*’in” birlikte yayımlandığı emirname yani hukuk öğrenmeye arzulu gençliğe (*cupida*

---

altı kitaptan oluşan “*Ius civile*’ye Dair” eserleriyle tanınan hukukçudur. “*Paulus*” hakkında ayrıntılı bilgi ve bu konudaki bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 623. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 153.

94 Krş.: TALAMANCA, 1989, s. 645 ve “*Digesta*’nın” derlenme yöntemine ve “*compilatores*” tarafından “*Digesta*’da” yer alan “klasik hukuk eserlerini zamanın hukukuna uydurmak amacıyla yapılan değişikliklere” yani “*interpolatio*’lara” ilişkin ortaya çıkan sorunlar için, özellikle, ss. 646-653. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1979, ss. 274-285.

95 Bu yönde, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 645.

96 Bkz.: *infra* III.

*legum iuventus*') yöneltilen 21 Kasım 533 tarihli "*Imperatoriam* ('*proœmium de confirmacione institutionum*')") emirnamesi elimizdedir.

Emirnamede, imparatorluğa dair egemenliğin ('*imperatoria maiestas*') temeli olarak gösterilen silah ve kanunlar ('*arma et leges*') ikilisine adanmış başlangıç kısmının ardından (Imp. pr.), yakın zamanlarda gerçekleşen savaflara ve hukuka dair girişimlere ayrılan iki paragrafla karşılaşırız (Imp. 1-2). Hukuka dair olanlar arasında yer alan "*Digesta'nın*" zaten tamamlanmış olduğu bilgisi emirnamenin üçüncü paragrafında verilir (Imp. 3). Yine aynı paragrafta (Imp. 3); hukuki faaliyetlerde adları sıkça geçen *Tribonianus*, *Theophilus* ve *Dorotheus*'a yapılan çağrı ve "*Institutiones*'in" kaleme alınmasına dair bu üç hukukçuya İmparator tarafından tanınan özel yetki anımsatılır. Amaçlanan, ilk hukuk nosyonlarını öğrenmek için gençlere bir araç sunmaktır. Bu ilk unsurlar, eski masallardan türemiş gibi değil; imparatorluk ihtişamından elde edilmiş gibi işlenmeli, faydasız veya yanlış şeylerden sakınılmalı ve özellikle, imparator emirnamelerinin (burada kastedilen "*Institutiones*'te" gönderme yapılmış olanlardır) okunmasına, artık hukuk eğitiminin dördüncü yılından sonra değil; ama birinci yılından itibaren başlanmalıdır. Böylece imparator emirnameleri, hukuk eğitiminin başlangıcı ve sonu olacaklardır.

Emirname, hukuka giriş niteliğindeki eserin dört kitaba ayrılacağına dair verdiği bilginin ardından (Imp. 4), imparatorca alınmış önlemlerle yani emirnameler aracılığıyla aydınlanan önceden yürürlükte olan eski hukukun ve kullanılmamakla belirsiz hale gelmiş hukukun "*Institutiones*'te" kısaca gösterildiğini belirterek devam eder (Imp. 5). Sonraki paragrafta, "*Institutiones*'in" kaynaklarına işaret edilir. Bunlar, başta *Gaius*'un "*Institutiones*'i" ve "*Res cottidianae*'si" olmak üzere eski hukukçuların yazdığı hukuka başlangıç niteliğindeki tüm kitaplar ve diğer pek çok şerhtir (Imp. 6). İmparator, aynı paragrafın son kısmında (Imp. 6), "*Institutiones*'i" okuyup değerlendirmesinin ardından ona kanun değeri bahşetmiş olduğunu ifade eder<sup>97</sup>.

"*Imperatoriam*", *Iustinianus*'un "Gayretli çalışmalarınızla kanunlarımızı öğreniniz; hukuku elde ettikten sonra Devletimizin size tevdi edilecek kısımlarını idare edebilecek kabiliyetin kendinizde mevcut olduğunu ümit ettirecek

<sup>97</sup> *Iustinianus*'un "*Institutiones*'i", sonraki "*Tanta*" emirnamesinin 23. paragrafında belirtildiği üzere, 30 Aralık 533'ten itibaren yürürlüğe girecektir.

kadar bilgi sahibi olduğunuzu gösteriniz<sup>98</sup>” sözlerinin yer aldığı paragrafla kapanır (Imp. 7)<sup>99</sup>.

#### 4. İkinci 'Codex' (534)

“*Digesta*” ve “*Institutiones*’in” yayımlanması ve yürürlüğe girmesi, derleme faaliyetlerinin sonunu getirmemiştir. Nitekim “*Codex*’in” ilk baskısındaki boşluklar, gittikçe daha çok önem arz eder hale gelir. Her şey bir yana, *Iustinianus*’un “ilk *Codex*’inin”, “*iura*’dan” kaynaklanan sorunların çözümlenmesi için bu süreç içerisinde çıkan pek çok “*leges*’i” içermediğini hatırlatmak yeterlidir. Şu halde “*Codex*’in” bir “*secunda editio*’suna” gidilmesi yönünde karar alınması hiç de şaşırtıcı değildir. Ancak bu kez de, sadece eserin birlikte yayımlandığı “*Senatus urbis Constantinopolitanae*’ye” yöneltilmiş 16 Kasım 534 tarihli “*Cordi* (‘*de emendatione codicis iustiniani et secunda eius editione*’))” emirnamesi elimizdedir.

Emirnamenin başlangıç kısmında “*Codex*’in” ilk baskısını hatırlattıktan sonra (*Cordi pr.*), birinci “*Codex*’te” yer almayan “*lex*’ler” ya da daha doğru bir ifadeyle, “*leges* grupları” açıkça belirtilir (*Cordi 1*). Bunlar bir taraftan “*quinguaaginta decisiones*<sup>100</sup>”, diğer taraftan “*Digesta*’nın” derlenmesi için “*ius antiquum*’u” yani “eski hukuku” düzenlenmeye yönelik çıkarılan bir dizi emirnamedir<sup>101</sup>. Kanuni malzeme bütünü belirsizlik arz eden niteliğine, sonradan ortaya çıkmış olan veriler dolayısıyla ve problemlerin daha derinden incelenmesi amacıyla bu gruplarda yer alan bazı “*leges*’in” değiştirilmesi ya da düzeltilmesi ihtiyacı da eklenmiştir (*Cordi 2*). “*Codex*’i” yeniden gözden geçirmekle görevlendirilen komisyon, *Tribonianus*; Beyrut hukuk okulundan

98 Metnin Latince aslı ve Türkçe çevirisi için, bkz.: **UMUR**, 1968, ss. 12-13

99 *Iustinianus*’un “*Institutiones*’inin” elyazması kopyaları çok sayıda olmakla birlikte bütün olarak elimize geçmiş olanı IX. yüzyıldan öncesine gitmez. Günümüzde en çok kullanılan baskısı ise, Krüger tarafından derlenen ve yukarıda bahsi geçen *Iustinianus* külliyyatının tümünü içeren “*Corpus Iuris Civilis*’in” (bkz.: *supra* dip not no: 89) ilk cildinin hemen başlangıcına yerleştirilmiş olanıdır. Eserin *modus citandi*’si şu şekildedir: “I.” (‘*Iustinianus Institutiones*’) ve ardından, sırasıyla, “kitap (‘*liber*’), “fasıl (‘*titulus*’), “paragraf” numaraları belirtilir. Yine “başlangıç paragrafı” olan “*principium*” mevcut ise, bunu göstermekte “pr.” kısaltması kullanılır. Diğerleri arasından, krş.: **TALAMANCA**, 1989, s. 657; **UMUR**, 1979, s. 271.

100 Bkz.: *supra* II/A/2.

101 Bu ikinci grup, elli karardan (bkz.: *supra* dip not no: 71), amaç açısından aynı olmakla birlikte, “*Digesta*” çalışmalarına başlanmasından önce değil; ama derleme sürecinde çıkarılmış olmaları sebebiyle, kronolojik açıdan ayrılır (**TALAMANCA**, 1989, s. 659).



olan “*antecessor*” *Dorotheus*<sup>102</sup> ve *Constantinopolis* yüksek mahkemesinden üç avukat ile sınırlıdır. Komisyonun görevi, (“yeni”) emirnameleri, gerektiği takdirde “*capitula*’lara (baplara)” bölerek en yakın ilişkide oldukları “*titulus*’lara (fasıllara)” yerleştirerek toplamaktır (Cordi 2). “*Compiler*’lar”, gerekli tashihleri gerçekleştirmek; işe yaramayan ya da imparatorun sonraki müdahaleleriyle aşılış olan emirnamelerin yanı sıra aralarında benzerlik veya çelişki bulunan emirnameleri elemek; emirnamelerdeki boşlukları tamamlamak ve muallakta olanlarını açıklığa kavuşturmakla yetkilendirilmişlerdir (Cordi 3). Bu faaliyetlerin amacı, sadece “*Digesta*’ya” ve “*Institutiones*’e” giden yolu belirginleştirmek ve açmak yani farklı derlemeleri daha iyi bir düzene sokmak değil; ama aynı zamanda, “*Codex*’te” bulunan “*lex*’leri” de aydınlatarak bunların geçerliliği hakkında herhangi bir şüpheye yer bırakmamaktır.

Tüm bu çalışmaların verilen talimatlar doğrultusunda yürütülmeye başlanmasını emreden imparator, yürürlüğe girecek olan esere kanun değeri tanıyarak 29 Aralık 534’ten itibaren tüm davalarda kullanılacağını belirtir. Aynı tarihten itibaren “*Codex*’te” yer almayan diğer tüm emirnameler, elbette ki sonradan doğan ihtiyaçlar neticesinde yayımlanarak “*Novellae constitutiones* (Yeni Emirnameler)” adı altında toplanacak olanlar hariç, ilga olacaklardır (Cordi 4). Metin “(*quinquaginta*) *decisiones*’in”, *Iustinianus*’un diğer emirnamelerinin ve “ilk *Codex*’in” kullanım yasağının altını çizerek ve derlemenin nüshalarında kısaltmalara gidilmemesini tekrarlayarak devam eder (Cordi 5). Son paragraf, “*Cordi*’nin”, “*Constantinopolis senatus*’una” yöneltilmiş olduğu vurgusuna adanmış; böylece, İmparator tarafından hukuk alanında da kesintisiz şekilde devam eden faaliyetler, özellikle “*senatus* üyeleri” açısından, gözler önüne serilmek istenmiştir (Cordi 6). “İlk *Codex*” derlemesinin emredildiği 528 tarihli “*Haec que necessario*’nun<sup>103</sup>” da “*senatus*’a” hitap ettiği düşünülürse, *Iustinianus*’un bu seçimi ile bir devrin tamamlanmış olduğunu tasdik etmeyi arzulamış olduğu sonucuna varılabilir<sup>104</sup>.

“*Codex Iustinianus*” on iki kitaba (‘*liber*’) ayrılmış, kitaplar da başlıkları olan fasıllara (‘*tituli*’) bölünmüştür. “*Titulus*’ların” içerisindeki her bir “*lex*”,

102 Bu süreç içerisinde *Constantinopolis* hukuk okulunun hocası *Theophilus* ya ölmüş ya da *Iustinianus*’un “*commentarii*” yani “şerhler” yazma yasağını, “*Institutiones*’in” Yunanca bir özeti gerçekleştirerek ihlal ettiğinden gözden düşmüş olsa gerektir (TALAMANCA, 1989, s. 660).

103 Bkz.: *supra* II/A/1.

104 Bu yönde, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 661.



emirnameyi yayınlayan imparator veya imparatorların ve emirnamenin kime yöneltilmiş olduğuna dair bilgi veren yazı ('*inscriptio*') ile başlar ve "*lex*'in" yayımlandığı yer ve tarihin belirtildiği yazı ('*subscriptio*') ile son bulur<sup>105</sup>.

Ancak romanist araştırmalar açısından en büyük sorun, maalesef aslen kayıp olan "İlk *Codex*" ve "ikinci *Codex*"<sup>106</sup> arasındaki ilişkiye ve özellikle bunlar arasındaki farklılıklara dairdir. Hiç şüphesiz "*Cordi*" emirnamesi<sup>107</sup>, bu farklılıkların önemini belirtmeye meyletse de, özel ve somut veriler edinmemize imkan tanımaz. Bununla birlikte, P. Oxy. 1814<sup>108</sup> aracılığıyla, "*Digesta*'nın" tamamlanmasıyla aşılmış olan, dolayısıyla "ikinci *Codex*'te" bulunmayan "*lex citationis*'in"<sup>109</sup>, "İlk *Codex*'te" yer almış olduğunu bilmekteyiz. Yine aynı papirüsten, daha az önem arz eden diğer bazı farklılıklara dair bilgi edinilmesi de mümkün olmakta<sup>110</sup> ve Iustinianus'un "*Institutiones*'i" de, "*Digesta*'dan" farklı olarak 529 tarihli "*Codex*'teki" kimi "*lex*'lere" atıflar

105 "*Codex*'in" ilk kitabı, öncelikle dinsel dogmalara, kiliseye dair kurumların organizasyonuna, heretik hareketlere ve Kilise ve "Devlet" arasındaki ilişkilere ayrılmış (tit. 1-13); ardından hukukun kaynaklarına (tit. 14-25) ve bazı kamusal vazifelere (tit. 26-57) yönelmiştir. II ila VIII. Kitaplarda özel hukuka (ve buna ilişkin usule) dair düzenlemeler yer alır. IX. Kitap ceza ve ceza usul hukukunu konu edinmiştir. Mali ve idari hukuk ise son iki kitabı işgal etmişlerdir. Yukarıda da değinildiği üzere (bkz.: *supra* dip not no: 26), Iustinianus'un "*Codex*'ine" atf yapılırken, "C." ile eser belirtilir ve bunu sırasıyla, "kitap ('*liber*')" ve "fasıl ('*titulus*')" sayısı ve "emirname ('*constitutio*')" numarasıyla "paragraf" sayısı izler.

106 Iustinianus'un bu "II. *Codex*'inin" elyazmaları ise, "*Digesta*" ve "*Institutiones*" kadar zengin değildir. Bunun bir nedeni de Iustinianus'un hemen sonrasında "*Codex*'in" tam metin olarak kullanımına daha az gereksinim duyulmuş olmasıdır. Nitekim "*Novellae* (Yeni Emirnameler)" aracılığıyla yürürlükten kalkan emirnameler olduğu gibi, "*Codex*'in" yayımlanmasının ardından sayısız "*leges*" yürürlüğe girmiştir. *Codex*'in, VI-VII. yüzyıla ait en eski elyazması, pek çok parçaya ayrılmış olmakla birlikte, İtalya'nın Verona şehrindeki kütüphanede bulunur. Yine "*Codex*'in", tıpkı "*Digesta*" gibi, "*Vulgata*" ya da "*littera Bononiensis*" adıyla anılan uzun bir dizi elyazması da mevcuttur. Günümüzde en çok kullanılan baskısı ise, Krüger tarafından derlenen ve yukarıda bahsi geçen Iustinianus külliyyatının tümünü içeren "*Corpus Iuris Civilis*'in" (bkz.: *supra* dip not no: 89) ilkinci cildinde yer alır. Diğerleri arasından, krş.: TALAMANCA, 1989, s. 663; UMUR, 1979, ss. 272-273.

107 Örneğin, bkz.: Cordi 4.

108 "*Oxyrhynchus Papyri*", Mısır'da, Kahire'nin 160 km güney batısında yer alan *Oxyrhynchus*'da bulunan elyazması grubuna verilen isimdir.

109 Bkz.: *supra* dip not no: 81.

110 Örneğin, Kilise ile ilgili iltica durumuna dair olan ve "I. *Codex*'te", tıpkı "*Codex Theodosianus*'ta" (bkz.: *supra* dip not no: 54) olduğu gibi, ceza hukukuna adanan IX. kitapta yer alan fasıl, "II. *Codex*'te", Kilise ile ilgili hukuka adanan I. kitaba dahil edilmiştir.

içermekle<sup>111</sup> bu konuda halen eksik olan bir çalışma için güzel bir zemin oluşturmaktadır.

### **B. Iustinianus'un Yeni Emirnameleri ('*Novellae constitutiones*') (535-542)**

*Iustinianus* hükümdarlığı döneminin “güncel” kanunlaştırma faaliyetlerini içeren evresi, “derlemeler çağıının” bitimiyle 534 yılında başlar. Bu evre, *Iustinianus* hükümdarlığının en uzun süren kısmını oluşturmakla kalmaz; aynı zamanda, özellikle içerik açısından sahip olduğu nitelikler nedeniyle, muazzam külliyatta ortaya çıkandan çok daha farklı bir dünyayı bizlere sunar<sup>112</sup>.

Şeklen yaklaşıldığında “*Novellae*'nin”, çoğunlukla “*Codex*'te” toplanan “*lex*'lerden” daha uzun metinlere sahip olduğu gözlemlenir. Öğretide bunun nedeni, “*Cordi*'de” önceden yapılan açıklamaya karşın<sup>113</sup> “Yeni Emirnamelerin” resmen derlenmemesi, dolayısıyla saf hukuk prensibinin kanun metninden çıkarılma sürecini “*Codex*'teki” “*leges*'in” aksine geçirmemiş olmasıyla açıklanır<sup>114</sup>. “*Novellae*'deki” metinlerin büyük bir kısmının, hukuki normun veya prensibin yanı sıra kitabetin problemin çözümüne ulaşmakta izlediği yolu da içermesi bundandır<sup>115</sup>.

İçerik açısından bakıldığında “*Novellae*'nin”, daha çok imparatorluğun merkezi yönetimine ve yine imparatorluğun idari ve bürokratik yapısına ilişkin sorunlarla ilgilendiği gözlemlenir<sup>116</sup>. Bunun asli nedeni, kamusal yapıların günlük yaşamdaki düşüşlerine karşı müdahale etme gereksinimi duyulmuş olmasıdır<sup>117</sup>.

Kamu hukuku alanındaki “*Novellae*'den” özel hukuk alanındakilere geçildiğinde (ki kamu hukukunun ağır basmasına karşın özel hukuk alanında

111 Buna dair, I. 2,10, 11'te yer alan ve “II. *Codex*'te” bulunmayan bir imparator emirnamesine atıf yapan metin örnek gösterilebilir. Yine benzer bir örnek için, bkz.: I. 3,19,14.

112 TALAMANCA, 1989, s. 663.

113 Bkz.: *Cordi* 4.

114 Bu yönde, örneğin, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 663.

115 Modern terminoloji ile ifade edecek olursak “*Novellae*”; hukuki kaidenin yanı sıra “*praelectiones*” aracılığıyla, içerdiği kanunun hazırlık çalışmaları hakkında da bize bilgi verir.

116 “*Novellae*'deki” özel hukuk alanına ilişkin düzenlemelerin azlığı, yayımlandıkları dönemdeki sorunların aslen kamusal alanla ilişkili olmasından kaynaklanır. Krş.: TALAMANCA, 1989, s. 664.

117 Bu müdahaleler temel olarak cezai nitelikte önlemler içerir; daha çok idari alandaki yanlış ve ayırımıcı davranışları ciddi yaptırımlara tabi tutarlar.

da çok sayıda “güncel” emirname mevcuttur); bunların daha çok, aile ve miras hukuku başta olmak üzere hukukun bazı alanlarının yeniden düzenlenmesi maksadıyla çıkarıldığı fark edilir. Yapısal nitelikteki bu reformlara, “*Digesta*’nın” parçalara bölünmüş şekilde karşımıza çıkan “mimarisi” dolayısıyla ihtiyaç duyulduğu açıktır<sup>118</sup>. Yine aynı sebep, “modern” gidişatı takip eden belirli bir hukuki kuruma ilişkin tüm malzemenin bir araya getirilmesini de gerektirmiştir. Buna dair, “Hristiyan evlilik kanunu” olarak tanınan 536 tarihli uzun ve ünlü 22 numaralı “*novella*’yı” anımsamak yeterlidir.

“Güncel” kanunlaştırmaların bütününe ilişkin yaptığımız bu ilk değerlendirmelerin ardından, tarihi açıdan bazı gözlemlere de yer vermek doğru olacaktır. Nitekim “*Novellae*” dizinine bakılırsa, *Iustinianus*’un “*Corpus Iuris*’ini” takip eden otuz yıllık kanunlaştırma faaliyetinin (535-565) büyük bir kısmının 535 ile 541 (ya da 542) yıllarına denk düştüğü fark edilir. Bu durum, uygun bir açıklamayı da gerekli kılar.

Kamusal alandaki kanunlaştırmaların, imparatorluk idaresinde ve özellikle Doğu’nun “*praefectus praetorio*’su<sup>119</sup>” *Iohannis*’in girişimiyle imparatorluğun yerel yönetiminde reforma gitme eğilimiyle bağlantılı olduğu şüphe götürmez. Nitekim 535 ile 536 yıllarında, bu konu üzerinde, uzun bir dizi emirname çıkarıldığı gerçektir<sup>120</sup>.

118 Özel hukuk alanındaki bu reformlara örnek olarak vasiyetname düzenlemelerine dair 535 tarihli Nov. 1’i; borcun şahsi teminatlarına ilişkin yine 535 tarihli Nov. 4’ü; vasiyetname yapmadan ölen ve bu nedenle, mirası yasal mirasçılara intikal eden kimsenin (*ab intestato*) mirasına dair 543’teki Nov. 118 ve 548’teki Nov. 127’yi hatırlatmak yeterli olacaktır. Ayrıca, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 664.

119 Bkz.: *supra* dip not no: 36.

120 Daha M.S. 535 yılının ilk aylarına “*generales*” olarak nitelendirilen ve reformun genel çerçevesini çizme görevi üstlenen iki geniş “*novellae*” tekabül ederler: Nov. 8 ve Nov. 17. İlki, özellikle, kamusal görevlerin rüşvetle elde edilmesini cezalandırmaya yöneliktir. İkincisi ise, eyaleti idare edenlerin yapması gereken görevleri belirtmeye ve saptamaya ilişkindir. 535 yılının ortasından 536 yılına kadar geçen süreçte, bu iki “*leges generales*” tarafından açılan yolu takip eden ve her bir eyaleti yeniden düzenlemeye yönelik sayısız “*novellae*” yayımlanır. Bu “*novellae*’yi” yönlendiren ölçütler, duruma göre, yeni eyaletlerin oluşturulması ve zaten var olan eyaletlerin birleşmesi ve her bir münferit eyaletteki askeri ve sivil güçlerin birleştirilerek tek bir kamu görevlisinin eline bırakılmasıdır. Buna dair olarak, savunma amacıyla beş eyaletin, “*questor Iustinianus exercitus*” komutasında birleştirilmesini hatırlatmak kafidir (536 tarihli Nov. 41; ayrıca, bkz.: 537 tarihli Nov. 50). Bu “*leges*” grubuna, “*defensores civitatum*’u” yani “kamu denetçilerini” yeniden canlandırma amacıyla çıkarılan 535 tarihli uzun Nov. 15’te eklenebilir. Son olarak, merkezi idareye ve bilhassa imparatorluk merkezinin idaresine yönelik çıkarılan yeni emirnamelerin de eksik olmadığını hatırlatmak gerekir. Nitekim “imparatorluk

Zaten değinmiş olduğumuz yapısal nitelikli düzenlemelerin yanı sıra tek bir metinle müdahaleyi gerekli kılan özel hukuk alanındaki reformlara yönelik ise<sup>121</sup>, “*praefectus*” idaresine ilişkin gelişmelerle bağlantılı olarak özellikle medeni usul hukuku alanında, örneğin 535 tarihli istinafa dair Nov. 23 gibi, birtakım yeniliklere rastlandığı söyleyebiliriz.

Bu yılların yoğun kanunlaştırma faaliyetleri ve söz konusu faaliyetlerin 542 yılından itibaren beklenmedik bir biçimde azalmasının diğer bir nedeni olarak *Iustinianus*'un en önemli çalışma arkadaşlarının kişisel hadiseleri de düşünülmelidir. Nitekim İmparator, 541 yılında, birbirlerinden farklı sebeplerle de olsa, en önemli iki “bakanından”, yani *Iohannis*'ten<sup>122</sup> ve *Tribonianus*'tan<sup>123</sup>, bir kaç ay arayla, feragat etmek durumunda kalmıştır. Bu koşullarda idari ve hukuki alanda yapılması istenen diğer projelerin, gerek imparatorun gittikçe artan yorgunluğu gerekse kaybedilen bakanlara denk değerde insan bulunması sıkıntısı nedeniyle gerçekleştirilmemek üzere askıya alınmış olduklarını düşünmek yanıltıcı olmaz<sup>124</sup>.

### C. *Iustinianus*'un Son Kanunlaştırması ve ‘*Novellae*’nin’ Özel Derlemeleri (543-565)

542 senesi, imparatorluk kanunlaştırma faaliyetleri açısından bir geçiş dönemi olarak değerlendirilebilir. Nitekim bu seneden sonra, kanunlaştırma faaliyetlerinde kayda değer bir azalma fark edilir. Ancak hemen belirtelim ki, hadise sadece nicelikle ilgili değildir. Kanunlaştırmadaki değişim, niteliksel açıdan da kendini göstermiştir<sup>125</sup>.

Bu söylediklerimiz, elbette ki 542 yılı sonrasında, geniş getirisi olan yani önem arz eden kanunlaştırma faaliyetlerinin olmadığı anlamına gelmez. Sadece, artık bu türden kanunların azaldığını ifade eder. Zira “*ab intestato*” mirasa dair 534 tarihli Nov. 118 ve 548 tarihli Nov. 127<sup>126</sup> ve yine, vergi hukuku konusunun büyük bir kısmını vergi mükellefleri açısından yeniden düzenle-

---

merkezi” için ve “polislik” göreviyle donatılmış olan “*quaesitor*’luk” makamının oluşturulması buna örnektir (539 tarihli Nov. 80). Hepsi için, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 665-667.

121 Bkz.: *supra* II/B.

122 Bkz.: *supra* dip not no: 28, 37 ve 57.

123 Bkz.: *supra* dip not no: 39.

124 Bu yönde, hepsi için, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 667.

125 Bu tespit ve buna ilişkin değerlendirmeler için, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 667 vd.

126 Bkz.: *supra* dip not no: 118.

yen 545 tarihli Nov. 128, hep 542 sonrasında çıkarılan dikkat çekici düzenlemelerdendir<sup>127</sup>.

Kanunlaştırma faaliyetlerinde yeni bir düşüşe, 548 yılından sonra rastlanır. Diğer bir ifadeyle, *Iustinianus* hükümdarlığı, artık kesin olarak, gerileme sürecine girer<sup>128</sup>. Çalışmamızın başlangıcında da ifade ettiğimiz gibi<sup>129</sup>, *Iustinianus* hükümdarlığının geç devrine dair araştırmaların, kaynak azlığı da dolayısıyla henüz yeterli olmamasına ve genel bir değerlendirmenin aksini gösterebilecek kimi zaman dilimleri bulunabilme olasılığına karşın, bu süreçte İmparatorluğun, ilk yılların aksine, idari açıdan da, işlevsiz bir tablo çizdiği yadsınamaz. Hissedilen en büyük eksiklik, her halükarda, imparatorun itici gücüdür. Bunda *Iustinianus*'un ilerlemiş yaşının etkin olduğu şüphe götürmez. Zaten imparatorun az da olsa kalan enerjisini, aslen arabulucu olarak dini alanda kullanmayı tercih etmiş olduğu da malumdur<sup>130</sup>.

*Iustinianus*'un "Novellae'sinden" elimize geçen en sonuncuları 563 tarihli Nov. 143 ve 565 tarihli Nov. 137'dir. İlki ceza hukuku alanındadır ve uygulamada gittikçe artan kanun hükmünün anlamını ve getirisini değiştirme girişimlerine karşı "legis interpretatio'nun" münhasıran imparatorun yetkisinde olduğunu büyük bir "kiskançlıkla" yineler. İkincisi ise, önceki müdahalelere uygun olarak piskoposların ve rahipler sınıfının *creatio*'sunu yeniden düzenlemeye yönelik olan ve *Iustinianus*'un ölümünün hemen öncesine kadar süren dini alandaki ilgisini vurgulaması açısından oldukça anlamlı olan bir "lex'tir"<sup>131</sup>.

Yukarıda değinildiği üzere<sup>132</sup>, "Novellae'nin" resmi bir derlemesi yoktur. "Yeni Emirnameler", veya bunların bir kısmı, "özel *compilatio*'lar" aracılığıyla elimize geçmiştir. Bunlardan en geniş, *Iustinianus* dönemi metinlerinin yanı sıra II. *Iustinus* ve II. *Tiberius* dönemlerindeki de içeren 168 tane "constitutio'dan" oluşandır. "Novellae" metinlerini orijinal dilinde ve tam olarak muhafaza eden bu özel derlemenin, hükümdarlığı 582'ye kadar süren II. *Tiberius* devrinde yazılmış olduğu sonucuna varılması da bundan

127 Metinde geçen emirnameler ve bu dönemde yayımlanan diğerleri için, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 667-668.

128 Krş.: TALAMANCA, 1989, s. 668.

129 Bkz.: *supra* I/B.

130 Bkz.: *supra* I/B.

131 Bu yönde, hepsi için, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 669.

132 Bkz.: *supra* II/B.

kaynaklanır. En önemli iki el yazmasından biri, Venedik'teki Marciana Kütüphanesinde; diğeri ise, Floransa'daki Laurenziana Kütüphanesinde bulunur. “*Novellae*'nin” ikinci özel derlemesi, aslı Latince olanları orijinal dilinde, aslı Yunanca olanları Latince tercümesiyle içeren ve 556 yılına kadarki 134 tane “*novellae*'yi” bir araya getiren, muhtemelen öğrencilerin kullanımına yönelik hazırlanmış olan “*Authenticum*'dur”. “*Novellae*'nin” üçüncü özel derlemesi, “yeni emirnamelerin” 124 tanesini orijinal metniyle değil; ama Latince özetleriyle toplayan “*Epitome Iuliani*'dir<sup>133</sup>”.

### III. ‘*Institutio*’lar’ Sistemi ve *Iustinianus*’un ‘*Institutiones*’i

Her bilim kendi konusunu rasyonel bir sistem dahilinde sunmak ister. Başta Alman hukuk bilimi olmak üzere çağdaş hukuk biliminde ve modern kodifikasyonlarda böyle bir sistematik eğilime rastlanır. İsviçre ve Türk özel hukuk kodifikasyonları da kendi sistemlerini, iktibas sürecinin ardından<sup>134</sup> Almanya’da modern şekle sokularak geçerli olan ve “modern pandekt bilimi” denilen XIX. yüzyılın Alman romanist biliminden almışlardır<sup>135</sup>. “Modern pandektler sistemi<sup>136</sup>” adıyla da anılan ve Alman romanist biliminin sahip olduğu büyük otorite sayesinde dünyanın pek çok yerinde benimsenerek çeşitli ülkelerin özel hukuk kodifikasyonlarının “mimarisini” oluşturan bu sistem, özel hukukun geniş konusunu, belirli kısımlara ayırır: kişiler hukuku, aile hukuku, eşya hukuku, miras hukuku, borçlar hukuku, (medeni usul ve icra-iflas hukuku)<sup>137</sup>. Alman pandekt bilimi, özel olarak nitelendirilen bu kısımların başına “genel hükümler” şeklinde bir kısım daha ilave etmekteydi. Alman Medeni Kanunu (bkz.: 1900 *Bürgerlichen Gesetzbuchs*<sup>138</sup>) da bu yolu izlediği halde, İsviçre ve Türk Medeni Kanunları [bkz.: 1907 *Schweizerisc-*

<sup>133</sup> Diğerleri arasından, krş.: TALAMANCA, 1989, ss. 670-671; UMUR, 1979, s. 273.

<sup>134</sup> İsviçre’nin özel hukuk kodifikasyonuna ilişkin süreç ve özellikle İsviçre Medeni Kanununun kabulüne ve yapısına dair, ayrıntılı bilgi için, diğerleri arasından, bkz.: SOLIDORO MARUOTTI, 2003, ss. 196-202; İsviçre Medeni Kanunu aracılığıyla Cumhuriyet Türkiye’sinde 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisinin kabulüyle tamamlanan iktibas sürecine dair, diğerleri arasından, bkz.: KARAMAN, 2009, ss. 219-238.

<sup>135</sup> SCHWARZ, 1943, s. 27.

<sup>136</sup> Bkz.: SCHWARZ, 1921, s. 578 vd.

<sup>137</sup> “*Institutio*’lar sistemi”, “modern pandektler sistemi” ve “Türk medeni hukuk sisteminin” karşılaştırmalı bir tablosu için, diğerleri arasından, bkz.: TAHIROĞLU, ERDOĞMUŞ, 2013, s. 117.

<sup>138</sup> Bkz.: *Bürgerlichen Gesetzbuchs* (BGB) (Alman Medeni Kanunu), *Allgemeiner Teil* (Genel Hükümler) §§ 1-240.

hes Zivildgesetzbuch (fr. 'Code civil suisse') (it. 'Codice civile svizzero') ve 2001 Türk Medeni Kanunu (krş.: 1926 Türk Kanunu Medenisi)] bunu kabul etmemişlerdir<sup>139</sup>.

Günümüz hukuk bilimi için önemi tartışmasız olan bu sistematik eğilime, daha çok uygulamacı olup meselelerle teker teker ilgilenen, genelde hukukun bütün prensip ve kurallarını rasyonel bir sistem içerisinde toplamaya zamanımızda olduğu kadar ehemmiyet vermeyen Roma hukukçularında rastlamayız<sup>140</sup>. Nitekim Roma hukuk edebiyatında Roma hukuku kurallarının rasyonel bir sistem içerisinde incelenişini, en açık olarak ilk defa, Milattan sonra II. yüzyılın hukuk alimi *Gaius*'un "*Institutiones*" adlı eserinde görürüz<sup>141</sup>. Bu kitap, "*Imperatoriam*" emirnamesinde de belirtildiği üzere<sup>142</sup>, gerek plan gerekse içerik bakımından kendisinden dört asır sonra meydana getirilen kanun koyucu-imparator *Iustinianus*'un "*Institutiones*'ine" model teşkil etmiştir. *Gaius*'un ve *Iustinianus*'un "*Institutio*'lar" sistemi<sup>143</sup>, İsviçre-Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu tarafından kabul edilen<sup>144</sup> ve bugün medeni hukuk

<sup>139</sup> Hepsi için, diğerleri arasından, örneğin, bkz.: **SCHWARZ**, 1943, s. 27; **UMUR**, 1979, s. 144. Ancak İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında yer alan 7 maddelik küçük bölümün [bkz.: 10/12/1907 tarihli ve 210 sayılı *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (ZGB) (İsviçre Medeni Kanunu) (fr. *Code civil suisse*) (it. *Codice civile svizzero*), *Einleitung* (Başlangıç Faslı) (fr. *Titre préliminaire*) (it. *Titolo preliminare*), md. 1-7 ve 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Başlangıç, md. 1-7 (krş.: 17/2/1926 ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, Başlangıç, md. 1-7)] "Genel Hükümler" niteliğinde sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Krş.: **İMRE**, 1971, s. 11 vd.

<sup>140</sup> Roma hukukunun sistematik şekle konulmasının başlangıcına dair ayrıntılı bilgi için, bkz.: **LA PIRA**, 1934, s. 158 vd.; **IDEM**, 1934, ss. 336-355; **IDEM**, 1935, ss. 319-348; **IDEM**, 1936-1937, ss. 131-159.

<sup>141</sup> "*Institutiones Gai*", M.S. II. yüzyılın ikinci yarısında, muhtemelen M.S. 161'de hukukçu *Gaius* (bkz.: *infra* dip not no: 146) tarafından kaleme alınmış ve yazarınca "*commentarii*" şeklinde anılan, dört kitaptan oluşan hukuk kurumlarına giriş kitabıdır. *Gaius*'un eserinde izlediği sistematığe göre faydalandığımız tüm hukuk ya kişilere (*personas*) ya mallara (*res*) ya da davalara (*actiones*) dairdir (bkz.: *Gaius*'un *Institutiones*'inin I. kitabının, 8. paragrafı, yani Gai. 1, 8). Eserin neredeyse tamamına yakınına içeren V. yüzyıla ait bir elyazması 1816'da Verona'da bulunmuş; eksik olan kimi kısımlar 1933 yılında ünlü İtalyan romanist Arangio-Ruiz tarafından Mısır'da keşfedilerek tamamlanmıştır. "*Institutiones Gai*" hakkında ayrıntılı bilgi ve bu konudaki bibliyografya için, bkz.: **BERGER**, 1991, ss. 504-505. Ayrıca, bkz.: **UMUR**, 1983, s. 89.

<sup>142</sup> Bkz.: Imp. 6.

<sup>143</sup> Gai. 1, 8 (bkz.: *supra* dip not no: 141); I. 1, 2, 12.

<sup>144</sup> İsviçre ve Türk Borçlar Kanunları [bkz.: 30/3/1911 tarihli ve 220 sayılı *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (İsviçre Medeni Kanununu ta-



öğretiminde ve eserlerinde izlenen modern pandekt sisteminin esası olmuştur<sup>145</sup>.

### A. *Gaius* ve *Iustinianus*'un '*Institutio*'lar' Sistemi

*Gaius*<sup>146</sup> ve *Iustinianus*'un<sup>147</sup> "*Institutiones*'leri", sistemlerinin hareket noktası olarak şu ayrımı kabul etmektedirler:

"*Omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*" (Gai. 1, 8<sup>148</sup>; I. 1, 2, 12<sup>149</sup>).

"Kullandığımız bütün hukuk ya kişilere ('*personas*') ya mallara ('*res*') ya da davalara ('*actiones*') dairdir"<sup>150</sup>.

Metinde görüldüğü üzere, "*Institutio*'lar" sistemi (özel) hukuku üç büyük kategoriye ayırmaktadır:

---

mamlayan federal kanun (fr. *Loi fédérale complétant le Code civil suisse*) (it. *Legge federale di complemento del Codice civile svizzero*), *Fünfter Teil: Obligationenrecht* (Beşinci kitap: Borçlar hukuku) (fr. *Livre cinquième: Droit des obligations*) (it. *Libro quinto: Diritto delle obbligazioni*) ve 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (krş.: 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu)], sırasıyla, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarının devamıdır. Bununla birlikte ülkemizde, İsviçre'den farklı olarak, Ticaret Hukukuna ilişkin düzenlemeler, Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçasını oluşturan Türk Ticaret Kanununda (TTK) yer alırlar (bkz.: 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı TTK m. 1 ve 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı TTK m. 1).

145 SCHWARZ, 1943, s. 28. Ayrıca, bkz.: *supra* dip not no: 5'te belirtilen bibliyografya.

146 M.S. II asrın ünlü hukuk alimi *Gaius* hakkında ayrıntılı bilgi ve bu konudaki bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 481. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 79.

147 *Iustinianus*'a dair, bkz.: *supra* I.

148 Buradaki "Gai." ile *Gaius*'un *Institutiones*'inin kastedildiği, rakamların ise, sırasıyla, kitap ve paragraf numaralarını belirttiğine dair, bkz.: *supra* dip not no: 141.

149 Buradaki "I." kısaltmasıyla *Iustinianus*'un *Institutiones*'inin belirtildiği, rakamların ise, sırasıyla, kitap, fasıl, paragraf numaralarını gösterdiğine dair, bkz.: *supra* dip not no: 99.

150 *Gaius*, Gai. 1, 8'de (=I. 1, 2, 12), "tüm hukuktan ('*omne ius*')" bahsetmekteyse de, metnin devamını izleyen açıklamalarından ünlü hukuk aliminin aslen "Roma vatandaşlarına özgü olan hukuku" ifade eden ve sonradan "özel hukuk" anlamında kullanılan "*ius civile*'yi" kastedtiği sonucuna varılabilir. Yine bu manada Orta Çağ sonunda *Iustinianus* külliyyatının toplu derlemesine "*Corpus Iuris Civilis*" ismi verilmiştir ki, bu, o devrin batı dünyası için "özel hukuk" anlamında "büyük medeni hukuk kanunu" belirtmektedir. O zamandan beri modern özel hukuk kanunları da, Türkçeye "Medeni Kanun" (ki bilindiği gibi "medeni" kelimesi aslen "şehir" anlamına gelen "medine'den" gelmektedir) diye tercüme ettiğimiz "*Zivilgesetzbuch*" (fr. *Code civil*) (it. *Codice civile*)" ibaresiyle betimlenmişlerdir. Bkz.: SCHWARZ, 1943, s. 27 vd. Ayrıca, bkz.: *supra* dip not no: 1.



## 1. Kişilere ilişkin hukuk ('*Ius quod ad personas pertinet*')

Ayırım yapmaksızın her bir bireyi aynı büyük "*persona*" kategorisi altında toplayarak<sup>151</sup> hukukun kendileri için yaratıldığı insanların ('*homines*') tüm "*ius*" karşısında önceliğini vurgulayan bu kısım<sup>152</sup>, fertlerin yalnız kişisel nitelikte olan ilişkilerini düzenlemektedir (karı-koca, anne-baba ve çocuklar, vasi ve vesayet altında bulunanlar)<sup>153</sup>.

Roma hukukunun kişiler hukuku bahsini Fransız ve Avusturya Medeni Kanunlarında (sırasıyla, bkz.: 1804 *Code civil des français, Livre Premier: Des personnes*, md. 7-516; 1811 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Erster Teil: Von dem Personenrechte* §§ 15-284) bugün aynen buluyoruz. Ancak Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarını bu açıdan etkilemiş olan ve romanist bilimin bir kısmını oluşturan Alman pandekt bilimi, kişiler hukuku ve aile hukukunu birbirlerinden ayırmış ve böylece eski "*ius quod ad personas pertinet*" bahsinden iki özerk kısım doğmuştur. Söz konusu bu iki kısım, Türk Medeni Kanununun ilk iki kitabını (bkz.: 2001 Türk Medeni Kanunu, Birinci Kitap: Kişiler Hukuku, md. 8-117 ve İkinci Kitap: Aile Hukuku, md. 118-494)<sup>154</sup> oluşturur<sup>155</sup>.

151 Buna dair, "*Summa itaque divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* (Kişiler hukukuna dair başlıca ayırım bütün insanların ya hür ya köle olduğudur)" şeklinde Gai. 1, 9 ve I. 1, 3 *pr.*'de yer alan metinleri hatırlatmak yeterli olacaktır. Roma hukukunun "evrenselliğine" ve "*Ius Romanum*'un" tüm insanları ayırım gözetmeksizin kapsayan büyük kategorisi "*persona* (kişi)" kavramının önceliğine dair, ayrıca, bkz.: SCHIPANI, 1999, s. 3 vd.

152 Gai. 1, 8: "*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Sed prius videamus de personis* (Kullandığımız bütün hukuk ya kişilere ya mallara ya da davalara dairdir. Ancak ilk olarak kişilere dair olanı görelim)"; I. 1, 2, 12: "*Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. ac prius de personis videamus. nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur* (Kullandığımız bütün hukuk ya kişilere ya mallara ya da davalara dairdir. Ve ilk olarak kişilere dair olanı görelim. Nitekim hukukun kendileri için tespit edilmiş olduğu kişiler bilinmezse, hukuku tanımış olmak çok az şeydir)". Krş.: D. 1, 5, 2 (*Hermogenianus libro primo iuris epitomarum*). Roma hukukunda, hukukun kendileri için yaratılmış olduğu "insanların ('*homines*')" önceliğine dair, diğerleri arasından, özellikle, bkz.: TAFARO, 2009, s. 9 vd.

153 Diğerleri arasından, bkz.: SCHWARZ, 1943, s. 28.

154 Krş.: 1926 Türk Kanunu Medenisi, Birinci Kitap: Şahsın Hukuku, md. 8-81 ve İkinci Kitap: Aile Hukuku, md. 82-438.

155 Bkz.: 1907 *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (İsviçre Medeni Kanunu) (fr. *Code civil suisse*) (it. *Codice civile svizzero*), *Erster Teil: Das Personenrecht* (Birinci kitap: Kişiler hukuku) (fr. *Livre premier: Droit des personnes*) (it. *Libro primo: Del diritto delle persone*), md. 11-89 ve

## 2. Eşyalara ilişkin hukuk ('*Ius quod ad res pertinet*')

Eşyalara ilişkin hukuk bahsinde mameleke dair olan ve iktisadi niteliğe sahip hukuki ilişkiler üç büyük kısım halinde incelenmektedir: Mülkiyet ve diğer aynı haklara dair "eşya hukuku", bir kimsenin ölümünden sonra mallarının durumunu belirleyen ve Romalılar açısından oldukça önem arz eden "miras hukuku"<sup>156</sup> ve konusu bir kimsenin (borçlu) diğer bir kimseye (alacaklı) bir şeyi vermesi, yapması veya yapmaması yani bir edimi ifa etmesi şeklinde olan hukuki münasebetleri düzenleyen "borçlar hukuku"<sup>157</sup>.

Roma'nın "*ius quod ad res pertinet*" kategorisiyle modern hukuk sistemlerinde de aynen karşılaşıyoruz. Türk Medeni Kanununun son iki kitabı, sırasıyla, miras hukuku ve eşya hukuku ile ilgilenmekte (bkz.: 2001 Türk Medeni Kanunu, Üçüncü Kitap: Miras Hukuku, md. 495-682 ve Dördüncü Kitap: Eşya Hukuku, md. 683-1027<sup>158</sup>)<sup>159</sup>; buna karşılık borçlar hukukuna ilişkin düzenlemeler, şeklen ayrı olmakla birlikte Medeni Kanunumuzun devamını oluşturan Borçlar Kanununda (bkz.: 2011 Türk Borçlar Kanunu, md. 646<sup>160</sup>) yer almaktadırlar<sup>161</sup>.

---

*Zweiter Teil: Das Familienrecht* (İkinci kitap: Aile hukuku) (fr. *Livre deuxième: Droit de la famille*) (it. *Libro secondo: Del diritto di famiglia*), md. 90-456.

- 156 Bilindiği üzere, *Gaius* öncesindeki hukukçulardan, örneğin *Q. Mucius Scaevola*'nın Roma hukuk edebiyatı için temel olan "*Ius Civile*'ye Dair" eseri miras hukuku ile başlamakta, yine aynı sistematik, sonrasında *Massurius Sabinus* tarafından da izlenmekteydi. Buna dair, bkz.: **SCHULZ**, 1946, ss. 94-95, ss. 157-158.
- 157 Buna dair, örneğin, bkz.: **SCHWARZ**, 1943, ss. 28-29. Yazar, ayrıca, Türkçede "şeyler/eşyalar" anlamına gelen Latince "*res*" kelimesinin, Roma hukuku kaynaklarında daha çok "malları" ifade etmekte kullanıldığını da ekler.
- 158 Krş.: 1926 Türk Kanunu Medenisi, Üçüncü Kitap: Miras Hukuku, md. 439-617 ve Dördüncü Kitap: Eşya Hukuku, md. 618-935.
- 159 Bkz.: 1907 *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (İsviçre Medeni Kanunu) (fr. *Code civil suisse*) (it. *Codice civile svizzero*), *Dritter Teil: Das Erbrecht* (Üçüncü kitap: Miras hukuku) (fr. *Livre troisième: Des successions*) (it. *Libro terzo: Del diritto successorio*), md. 457-640 ve *Vierter Teil: Das Sachenrecht* (Dördüncü kitap: Aynı haklar) (fr. *Livre quatrième: Des droits réels*) (it. *Libro quarto: Dei diritti reali*), md. 641-977.
- 160 Krş.: 1926 Borçlar Kanunu, md. 544. Ayrıca, Ticaret Hukukuna ilişkin düzenlemelere dair, bkz.: *supra* dip not no: 144.
- 161 Bkz.: 1911 *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (İsviçre Medeni Kanununu tamamlayan federal kanun) (fr. *Loi fédérale complétant le Code civil suisse*) (it. *Legge federale di complemento del Codice civile svizzero*), *Fünfter Teil: Obligationenrecht* (Beşinci kitap: Borçlar hukuku) (fr. *Livre cinquième: Droit des obligations*) (it. *Libro quinto: Diritto delle obbligazioni*).

### 3. Davalara ilişkin hukuk ('*Ius quod ad actiones pertinet*')

Roma hukukunun temel kavramlarından biri olan "*actio*"<sup>162</sup>, bir hakkı adli makamlar önünde takip etmek yetkisini ifade etmektedir<sup>163</sup>. Aslen Romalı hukukçular, hakkı ('*ius*'), "*actio*'lar" bakımından değerlendirmişlerdir. Nitekim hak, bir kimseye karşı kullanıldığı zaman açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte Roma hukukunda, bütün haklar için kullanılabilen "genel bir *actio*'nun" mevcut olmadığı, ancak her hakkın kendine "özel bir *actio*'sunun" bulunduğu malumdur. Dolayısıyla özel, bireyselleştirilmiş birçok dava ile karşılaşılır ve her hakka onu yerine getirmeye yarayan özel bir "*actio*" denk düşer<sup>164</sup>. Örneğin, satıcı ('*venditor*') semeni "*actio venditi*" ve "*emptor*" denen alıcı da malın kendisine teslimini "*actio empti*" ile ister; yine bir malı saklanması için bırakan, malın iadesini saklama ödücünden doğan "*actio depositi*" ile isteyebilir, malikin malını haksız yere elinde bulundurana takip etmesi "*rei vindicatio*" ile gerçekleşir. İşte "*institutiones*" sisteminin bu son kategorisi, çeşitli dava türlerini incelemektedir. Bugün bu kısma hukuk muhakemeleri usulü veya özel hakların takibinde olagelen usul diyoruz<sup>165</sup>.

Yerinde bir şekilde belirtildiği gibi<sup>166</sup>, "*ius quod ad actiones pertinet*" kısmı olmaksızın özel hukuku anlayamayacak olan Roma Hukuku için bu kategorinin büyük bir önem arz edeceği açıktır. Modern medeni kanunlarda usul hukuku ile maddi medeni hukuk kısmı birbirlerinden ayrılmış ve usul hukuku kuralları özel kanunlarda düzenlenmiş olarak<sup>167</sup> özel hukukun ayrı

162 "*Actio*"nun, "hareket etmek, bilhassa hukuki manada hareket etmek, adli kaza makamlarına, mahkemelere ve eski Roma'da yargı işlerinden sorumlu olan '*praetor*'a' müracaat etmek" anlamına gelen "*agere*" fiilinden türediğine dair, diğerleri arasından, bkz.: SCHWARZ, 1943, s. 209.

163 Sadece "*actiones in personam*'a" yani "şahsi davalara" ait olması olası olan, ancak Romalıların "*actio*'yu" bir "*ius* (hak)" gibi gördüklerini ortaya koyan tanım için, bkz.: I. 4, 6 pr: "*Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*. [Dava (*actio*) ifası lazım geleni adli makamlar önünde talep hakkından başka bir şey değildir]". Krş.: D. 44, 7, 51 (*Celsus libro tertio digestorum*).

164 Roma hukukundaki "*actio-ius*" ilişkisine dair, özellikle, bkz.: PUGLIESE, 1939. Ayrıca, bkz.: TAMER GÜVEN, 1987.

165 Buna dair, örneğin, bkz.: SCHWARZ, 1943, ss. 28-29.

166 SCHWARZ, 1943, s. 30.

167 Bu duruma örnek olarak, 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu (krş.: 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu) hatırlatmak yeterlidir. Ayrıca, bkz.: 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu.

bir dalı şeklinde incelenmektedir<sup>168</sup>. Roma Hukukunda ise “*actio*’ların” işgal ettiği özgün konum, bunların Roma hukuk edebiyatında maddi medeni hukuk dahilinde açıklanmasını gerektirir<sup>169</sup>.

### B. *Iustinianus*’un ‘*Institutiones*’i

“Öğretmek, tedarik etmek, yeni bir mevzu başlamak, kültür ve terbiye vermek” manalarına gelen “*instituere*” fiilinden gelen “*institutiones*”, aslen hukuk bilgisini, kısa, basit, ayrıntı ve tartışmalara girişmeksizin açıklayan, genel prensipleri, kavram ve tanımları bir sistem içerisinde veren kitaplara verilen isimdir<sup>170</sup>.

Günümüz hukuk edebiyatında da kullanılagelen bu eser türünde<sup>171</sup> Roma hukuk bilimine katkıda bulunan yazar yalnız *Gaius* değildir. Nitekim “*Digesta*’da” yer alan klasik hukukçuların eserlerinden<sup>172</sup> alınan parçaların başlangıcındaki yazılardan, yani “*iura* derlemesinde bulunan *fragmenta*’ların *inscriptio*’larından” ve “*Index Auctorum*’dan” öğrendiğimiz kadarıyla *Flo-*

168 Örneğin, bkz.: PEKCANİTEZ, ATALAY, ÖZEKES, 2014a. Ayrıca, bkz.: PEKCANİTEZ, ATALAY, ÖZEKES, 2014b.

169 SCHWARZ, 1943, s. 30.

170 UMUR, 1979, s. 144.

171 Örneğin, bkz.: TRIMARCHI, 2014; TRABUCCHI, 2012; PUGLIESE, SITZIA, VACCA, 2012.

172 Roma hukuk edebiyatında, “*institutiones*” dışında, yine öğretime özgülümlenmiş, fakat sistematik bir karakteri olmayan “*regulae* (kurallar)” ve “*definitiones* (tanımlar)” ya da hukuk prensiplerini hafızalara kolaylıkla nakledecek türde “*sententiae* (kararlar)” ve “*opiniones* (görüşler)” gibi eser türleri de vardı. Diğer bir eser tipi, “*ius honorarium*’a” yani “beyanname yayınlamak yetkisine sahip *magistra*’lar tarafından söylenen *ius*’a” ve “*ius civile*’ye” dair ayrı ayrı yapılan şerhlerdi. “*Ius honorarium*’a” yapılan şerhler “*edictum* (beyanname)” sistemini izleyerek onu kelime kelime izah ettiklerinden “*libri ad edictum*” olarak anılmakta; “*ius civile*” kurumlarını açıklayanlar ise, özellikle *Sabinus*’un “*tres libri iuris civilis* (*ius civile*’ye dair üç kitap)” isimli eserinin sistemini takip ettikleri için “*libri ad Sabinum*” adını almaktaydılar. Yine “*digesta*” türündeki eserler, “*institutiones*’ler gibi”, “*ius civile*” ve “*ius honorarium*” ile ceza ve kamu hukuku dahil hukukun bütün konusunu, fakat çok geniş bir ölçüde içeren eserlerdi. Önemli bir diğer eser tipi hukuk meselelerini ele alarak çözüme kavuşturan kazuistik eserlerdi. Bunların bir kısmı hukukçuların istişareleri sırasında verdikleri cevapların önemli olanlarını toplayan “*responsa* (cevaplar)” idi. İhtilaflı olan ve çeşitli görüşlere yol açan meseleleri bir araya getiren “*quaestiones* (meseleler)” veya “*disputationes* (tartışmalar)” şeklindeki eserler de, “*responsa*’dan” pek farklı değildiler. “*Epistulae* (mektuplar)” ise, mektup şeklinde yazıldıklarından öncekilerden ayrılırlardı. Bir diğer eser tipi de belirli bir mevzu üzerinde inceleme şeklinde yazılmış monografilerdi. Hepsini için, bkz.: UMUR, 1979, ss. 240-242.

rentinus<sup>173</sup>, Callistratus<sup>174</sup>, Ulpianus<sup>175</sup>, Paulus<sup>176</sup>, Marcianus<sup>177</sup> gibi pek çok hukukçunun da *institutiones*'i bulunmaktadır<sup>178</sup>.

*Gaius*'un "*Institutiones*'inin" bizim için önemi, metinlerinin nerdeyse tamamının elimize geçmiş olmasının yanı sıra<sup>179</sup> *Iustinianus*'un "*Institutiones*'ine" temel teşkil etmesinden kaynaklanır<sup>180</sup>.

### 1. *Gaius* ve '*Gai Institutiones*'

*Gaius*<sup>181</sup>, *Hadrianus* hükümdarlığı döneminde, M.S. II. asrın ortalarında yaşamış Roma hukukçularının en tanınmışlarından biridir. Ancak bu hukuk aliminin kökeni, tam adı ve kişisel durumu hakkında bilgimiz yoktur. En ünlü eseri olan "*Gai Institutiones*'in<sup>182</sup>" yanı sıra XII Levhalar'a<sup>183</sup>, "şehir *praetor*'u<sup>184</sup>" beyannamesine ve eyalet beyannamesine dair şerhleri de bulunmak-

173 *Index Auctorum* XIX. Ayrıca, örnek olarak, bkz.: D. 1, 1, 3 (*Florus libro primo institutionum*).

174 *Index Auctorum* XXVII. Ayrıca, örneğin, bkz.: D. 1, 7, 29 (*Callistratus libro secundo institutionum*).

175 *Index Auctorum* XXIV. Ayrıca, örneğin, bkz.: D. 1, 1, 1 (*Ulpianus libro primo institutionum*).

176 *Index Auctorum* XXV. Ayrıca, örnek olarak, bkz.: D. 8, 2, 4 (*Paulus libro secundo institutionum*).

177 *Index Auctorum* XXIX. Ayrıca, örnek olarak, bkz.: D. 1, 1, 8 (*Marcianus libro primo institutionum*).

178 Roma hukuk bilimi hakkında, hepsi için, bkz.: SCHULZ, 1946, 1 vd.

179 Bkz.: *supra* dip not no: 141.

180 Imp. 6.

181 "*Gaius*'a" dair, diğerleri arasından, bkz.: KRÜGER, 1912, ss. 201-212; MEYLAN, 1923. Ayrıca, bkz.: *supra* dip not no: 146.

182 Bkz.: *supra* dip not no: 141.

183 "XII Levha Kanunları ('*lex duodecim tabularum*')", M.Ö. V. yüzyılın ortasında, "*patrici-pleb*" mücadelesi sırasında, on kişilik özel bir komisyon tarafından ('*decemviri legibus scribundis*') çıkarılan ve Roma'nın örf ve adet hukukunu yazılı olarak tespit eden temel kanundur. On iki levha üzerine kazılı olarak "*forum*" meydanına asılmış bulunan kanun, M.Ö. 390 senelerinde Galyalıların istilası sırasında tahrip edilmiş olduğundan doğrudan elimize ulaşmamakla birlikte, hukuk alimlerinin eserlerinden ona yapılan atıflarla yüz yirmi kadar hükmünün tespiti mümkün olmuştur. "*Lex duodecim tabularum*'a" dair ayrıntılı bilgi ve ilgili bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, ss. 551-552. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 118.

184 M.Ö. 367 senesinden beri varlığını sürdüren "*praetor*'luk" makamına (bkz.: *supra* dip not no: 80), yabancılarla olan ilişkilerin artması sonucu M.Ö. 242 yılında yeni bir "*praetor*'luk" makamı eklenmiştir. İşte "Romalılar ve yabancılar" ve "yabancılar ile yabancılar" arasındaki hukuki ilişkilere bakan bu "yabancılar *praetor*'una ('*praetor peregrinus*')" (bkz.: UMUR,

tadır<sup>185</sup>. *Gaius*'a atfedilen hukuka giriş kitabı niteliğindeki “*Res cottidianae* (Gündelik şeyler)” adlı eserin ise, ünlü hukukçunun çalışmalarından alınmış Klasik Hukuk Devri<sup>186</sup> sonrasına ait bir derleme olduğu fikri, bugün öğretilde halen mevcuttur. Münferit hukuki kurumlara dair etüt şekline monografileri de bulunan *Gaius*'a, bu zengin hukuki neşriyatına karşın hiç bir klasik hukukçu tarafından atfı yapılmamış olması da ilginçtir. Bununla birlikte *Gaius*, M.S. 426 yılında, “*lex citationis*’te<sup>187</sup>” ismi zikredilen hukukçular arasında yerini alır. *Iustinianus*’un kendi “*Institutiones*’ine” temel olarak özellikle klasik devrin bu hukuk aliminin “*Institutiones*’ini” (ve “*Res cottidianae*’sini”) göstermesinin ve ondan “*Gaius noster* (bizim *Gaius*)” şeklinde sitayişle bahsetmesinin<sup>188</sup> hukukçunun ününe ciddi katkı sağlamış olduğu da şüphe götürmez<sup>189</sup>.

*Gaius*’un “*Institutiones*’inin” asıl önemi, Roma özel hukukunun içeriğini rasyonel bir sistem dahilinde (“*institutio*’lar sistemi<sup>190</sup>”) izah eden ilk eser olmasından kaynaklanır. Ayrıca bütün bireyleri “insan (*homo*)” olduklarından içeriğinde barındıran büyük “*persona*” kategorisini<sup>191</sup> hukuk incelemesinin en tepesine oturtma ihtiyacını hisseden ilk hukukçunun da *Gaius* olduğu unutulmamalıdır<sup>192</sup>. Nitekim *Gaius*’un “*Institutiones*’ine” kadar olan süreçte, Roma

---

1983, s. 168) karşılık olarak Romalılar arasındaki yargı işlerine bakan *praetor*’a, “şehir *praetor*’u (*praetor urbanus*)” demektedir (bkz.: UMUR, 1983, s. 169).

185 Roma hukuk alimlerinin farklı eser tiplerine yönelik açıklamalar için, bkz.: *supra* dip not no: 172.

186 Bkz.: *supra* dip not no: 70.

187 *Codex Theodosianus* 1, 4, 3: “*papiniani, pauli, gaii, ulpiani atque modestini scripta universa firmamus ita, ut gaium quae paulum, ulpianum et cunctos comitetur auctoritas (Gaius da Paulus, Ulpianus ve diğerleri gibi aynı auctoritas’ı haiz olmak üzere, Papinianus, Paulus, Gaius, Ulpianus ve Modestinus’un bütün yazdıklarını teyit ediyoruz)*”. Ayrıca, bkz.: *supra* dip not no: 81.

188 Imp. 6.

189 BERGER, 1981, s. 481.

190 Bkz.: *supra* III/A.

191 Gai. 1, 9. *Gaius*’un eserlerinde ve hukuk dilindeki “*persona* (kişi)” ve “*homo* (insan)” kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için, özellikle, bkz.: LUBRANO, 2002. Yazar, *Gaius*’un eserlerinde kullanmış olduğu “*persona*” ve “*homo*” kavramlarının tam bir taramasını yaptığı araştırmasında, bu iki kavramın, mükemmel bir uyumla ortaya konulmuş olduğunu; nitekim bunların, iki farklı açıdan olmakla birlikte, aynı gerçeği yani insanı ifade etmekte oldukları sonucuna varır (LUBRANO, 2002, s. 185).

192 Gai. 1, 8. Bu konuda çok yerinde gözlemler için, diğerleri arasından, özellikle, bkz.: QUADRATO, 1986, s. 1 vd.

hukuk edebiyatı eserlerince izlenen sistematikte, başlangıç kısmını miras hukuku teşkil etmektedir<sup>193</sup>.

Daha önce de değinildiği gibi<sup>194</sup>, genel olarak “Gai.” şeklinde kısaltılarak atıf yapılan *Gaius*'un “*Institutiones*’i” dört kitaptan oluşmakta (“*Gai institutonium commentarii IV*”) ve her kitap kendi içerisinde paragraflara ayrılmaktadır<sup>195</sup>. İki yüz paragraftan oluşan ilk kitap (“*commentarius primus*”), hukukun kaynaklarıyla kişiler ve “aile” hukukuna ilişkin bilgilere ayrılmıştır. İkinci kitap (“*commentarius secundus*”), iki yüz seksen dokuz paragrafıyla, malvarlığı hukukuna yani “*res*’e” dair hukuka adanmış; aynı hakların yanı sıra mirasa hukukuna ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Yine mirasa dair açıklamalarla devam eden iki yüz yirmi beş paragraflık üçüncü kitap (“*commentarius tertius*”), seksen sekizinci paragrafıyla borçlar hukukuna giriş yapar<sup>196</sup>. Yüz seksen yedi paragraf içeren dördüncü kitabın (“*commentarius quartus*”) ise asıl konusunu hakların himayesi yani “*actio*’lar” oluşturmakla birlikte<sup>197</sup>, başkasının akit ve haksız fiillerinden doğan borçlara ilişkin küçük bir kısım da (Gai. 4, 69-79) mevcuttur.

*Gaius*’a ve onun “*Institutiones*’ine” dair söylediklerimizi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde gerek Roma hukuku gerekse Medeni hukuk kürsülerinde öğretim üyeliği yaparak Türk özel hukuk öğretilerine sadece nitelikli eserleriyle değil; Türkan Rado, Ziya Umur gibi yetiştirdiği seçkin akademisyenlerle de katkıda bulunmuş, dünyaca tanınan Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz’ın<sup>198</sup> değerlendirmeleriyle noktayı koymak yerinde olacaktır: “*Gaius*’un metnini...okuyacak olanlar bilmelidirler ki, *Gaius* Roma hukuku-

193 Bkz.: *supra* dip not no: 156.

194 Bkz.: *supra* dip not no: 141.

195 *Gaius*’un “*Institutiones*’inin” farklı dillerde tercümelemeleri mevcuttur. Eserin Latince orijinali ve İtalyanca metni için, örneğin, bkz.: **NARDI**, 1986b, 1-144. Ayrıca, bkz.: **BALZARINI**, 2000.

196 “*Gaius*’un *Institutiones*’inin” borçlar hukukuna ilişkin kısmının Latince aslı ve Türkçe çevirisi için, bkz.: **RADO**, 1953.

197 Roma hukukunun “*actio*” kavramının Türkçeye “hakların himayesi” olarak çevirisi için, diğerleri arasından, bkz.: **UMUR**, 1979, ss. 511-513 (**IDEM**, 2010, ss. 217-219). Yazar, ayrıca, Latince “usul hukukuna” tekabül eden “belli bir usul dahilinde faaliyetlerde bulunmak” anlamına gelen “*procedere*” fiilinden gelen “*processus*” kelimesinin Kanonik hukuk kökenli olduğunu belirtir.

198 A. B. Schwarz’ın *Gaius* ve onun *Institutiones*’ine ilişkin değerlendirmeleri, Türkan Rado tarafından Latince aslından Türkçeye çevrilen *Gaius*’un *Institutiones*’inin borçlar kısmının giriş yazısında, XV ila XVI. sayfalarda yer almaktadır.



nun büyüklüğünü temin eden vasıflarla pek de mücehhez değildir. *Institutiones*'te bir *Salvius Iulianus*'un<sup>199</sup>, bir *Papinianus*'un<sup>200</sup>, bir *Celsus*'un<sup>201</sup>, bir *Marcellus*'un<sup>202</sup> eserlerinde hayran kaldığımız hukuki derinliği ve hadiselerin tahlilindeki nüfuz edici inceliği bulmaya imkan yoktur. *Gaius* çok daha basittir, hatta aleladedir, ekseriyetle hukuki hadiselerin sathında kalır. Bununla beraber, hukuk sanatındaki bu büyük farka rağmen, pedagojik sanatı takdire şayandır. Her ne kadar büyük bir hukukçu olmadıysa da muhakkak ki, büyük bir hukuk hocası olmuştur. Zira bütün noksanlarına rağmen bu kadar geniş, son derece karışık, çok dağınık bir mevzuun bu kadar kısa ve berrak, bu kadar iyi tertiplenmiş ve fevkalade vazih bir hülasesini meydana getirmek yaratıcılık bakımından büyük bir başarıdır. İyi bir hocada da aranan ebedi meziyetler bunlardır; işte bu meziyetleri sayesinde ki, eseri, asırlardan beri hukuk sahasında yazılmış el kitapları arasında belki de en büyük ve en devamlı muvafakiyete nail olmuştur”.

## 2. 'Iustiniani Institutiones sive Elementa'

*Iustinianus*'un “*Institutiones*’i”, gerek derleme yöntemi gerek eserin ta-

199 “*Salvius Iulianus*”, imparator *Hadrianus* (M.S. 117-138) döneminde yaşamış, *Iavolenus*'un öğrencisi ve *Africanus*'un öğretmeni olan, *Sabinianus* Mektebinin bilenen son başı, doksan kitaptan oluşan “*Digesta*’sı” ile ünlü, *Hadrianus*'un emri ile “*praetor* beyannamesini” kati hale koymuş (bkz.: *supra* dip not no: 80) klasik dönemin tanınan hukukçusudur. “*Iulianus*” hakkında ayrıntılı bilgi ve bu konudaki bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 522. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, ss. 97-98.

200 “*Aemilius Papinianus*”, M.S. II.-III. yüzyıllarda yaşamış, Roma hukukçuları arasında en çok dikkati çeken hukuk alimidir. M.S. 203'ten 205'e kadar “*praefectus praetorio*’luk” yapmış, 212'de İmparator *Caracalla*'nın (M.S. 198-217) emriyle idam edilmiştir. Başlıca eserleri otuz yedi kitaptan oluşan “*Quaestiones*’i” ve on dokuz kitaplık “*Responsa*’sıdır”. “*Lex citationis*’te” *Papinianus*'un çalışmalarına verilen özel önem, onun klasik sonrası dönemde de sahip olduğu itibarın açık bir kanıtıdır. “*Papinianus*” hakkında ayrıntılı bilgi ve bu konudaki bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 617. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 151.

201 “*P. Iuventius Celsus*”, M.S. II. yüzyılın ilk yarısında yaşamış, *Hadrianus* zamanında imparatorun danışma organında yer almış, “*praetor*’luk” ve “*consul*’lük” yapmış, “*Proculianus*” mektebinden olan hukukçudur. “*Celsus*” hakkında ayrıntılı bilgi ve bu konudaki bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, ss. 385-386. Ayrıca, bkz.: UMUR, 1983, s. 36.

202 “*Ulpius Marcellus*”, M.S. II. yüzyılın ikinci yarısında yaşamış, otuz kitaplık “*Digesta*’sı”, “*Responsa*” derlemesi ve *Iulianus*'un “*Digesta*’sına” yaptığı şerh ile tanınan hukukçudur. “*Marcellus*” hakkında ayrıntılı bilgi ve bu konudaki bibliyografya için, bkz.: BERGER, 1991, s. 578. Ayrıca bkz.: UMUR, 1983, s. 134.



biati gerekse kanuni değeri açısından ayrı bir değerlendirmeye ihtiyaç gösterir<sup>203</sup>.

İlk sorun, “*Imperatoriam*“ emirnamesinde (Imp. 6)<sup>204</sup> verilen genel içerikli bilgilere karşın, eserin derlemesinde kullanılan malzemeye ilişkin olarak ortaya çıkar. İmparatorun ağzından birlik içeren bir açıklama şeklinde karşımıza çıkan *Iustinianus*'un “*Institutiones*'inde” yer alan her münferit parçanın nereden geldiğinin açıklığa kavuşturulması; bunların “*compilatores*'in” büyük ölçüde faydalanmış oldukları *Gaius*'un “*Institutiones*'inin” metniyle ya da “*Digesta*'da” da kullanılan diğer klasik eserlerle ve “*Res cottidianae*” ile yapılacak bir karşılaştırma aracılığıyla elbette ki mümkündür<sup>205</sup>. Tartışmalar veya şüpheler “*Imperatoriam*” emirnamesinde sıralanmış olmakla birlikte (Imp. 6), “*Omnem*<sup>206</sup>” ve “*Tanta*<sup>207</sup>” emirnamelerinde (bkz.: *Omnem* 6 ve *Tanta* 11) adı geçmeyen “*multi alii commentarii*'ye”; “*Digesta*” için zaten hazırlanmış olan malzemenin kullanılmış olması ihtimaline ve “*Digesta*” ve “*Institutiones*” komisyonlarınca güvenilen münferit klasik eserlerden faydalanılmış olması (ya da olmaması) olasılığına ilişkin noktalarda ortaya çıkarlar<sup>208</sup>.

Ayrıca komisyon üyelerinin derleme faaliyeti esnasındaki iş bölümünün de karşıt fikirlere konu olduğu bir gerçektir. Genel olarak çalışmaların *Theophilus* ve *Dorotheus* arasında bölüştürüldüğü, *Tribonianus*'a sadece yönetme işlevinin verildiği savunulur<sup>209</sup>. *Theophilus* ve *Dorotheus* arasında eşit bir görev paylaşımı olduğu ve her iki hukukçunun farklı usullerde faaliyet göstermiş olduğu varsayımına dayanan bu görüş açısından asıl tartışılan husus, ilk iki ve son iki kitabın kimin tarafından meydana getirildiğine ilişkindir<sup>210</sup>. Ni-

203 “*Iustinianus*'un *Institutiones*'inin” derleme yöntemine, eserin niteliğine ve kanuni değerine yönelik tartışmalar için, diğerleri arasından, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 655 vd.

204 21 Kasım 533 tarihli “*Imperatoriam* (*prooemium de confirmatione institutionum*)” emirnamesine dair, bkz.: *supra* II/A/3.

205 “*Iustinianus*'un *Institutiones*'inin”, “*Gaius*'un *Institutiones*'i” ve klasik hukuk aliminin “*Iustinianus*'un *Digesta*'sında” yer alan metinleriyle ve diğer klasik hukukçuların hukuka başlangıç niteliğinde olan ve yine “*Digesta*'ya” aktarılmış metinleriyle karşılaştırmasını da içeren Latince metni ve İtalyanca çevirisi için, bkz.: NARDI, 1986b.

206 15 Aralık 533 tarihli “*Omnem*” emirnamesi için bkz.: *infra* IV.

207 16 Aralık 533 tarihli “*Tanta* (*Dékoden*)” emirnamesine dair, bkz.: *supra* II/A/2.

208 “*Iustinianus*'un *Institutiones*'inde” faydalanılan eserlere yönelik tüm bu tartışmalar için, diğerleri arasından, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 655.

209 Bu yönde, diğerleri arasından, örneğin, bkz.: HUSCHKE, 1868, ss. III-XV; FERRINI, 1885, s. 138; JOLOWICZ, NICHOLAS, 1972, s. 493.

210 Örneğin, JOLOWICZ, NICHOLAS, 1972, s. 493, “*Iustinianus*'un *Institutiones*'in” ilk iki

tekim, örnek vermek gerekirse, *Iustinianus*'un “*lex*’lerine” atflar ve bunlara ilişkin gerekçeler sadece “*Institutiones*’in” ilk iki kitabında bulunmaktadır. “*Institutiones*’in” derleme faaliyetinin toplu şekilde gerçekleştirilmiş olması ihtimalini dışlamakla birlikte, *Tribonianus*’un da aktif bir şekilde çalışmalara katkıda bulunmuş olduğu fikri de yakın zamanlarda ortaya atılmış<sup>211</sup> ve komisyonca üstlenilen görevlerin kitap olarak değil; ama konu açısından bölüştürülmüş olduğu savunulmuştur<sup>212</sup>. Yine bu iki teori arasında kalan bir diğer görüş de, derleme faaliyetinin kitap değil; fakat konu açısından dağıtılmış olduğunu kabul etmekle birlikte, *Tribonianus*’un “*Institutiones*” çalışmalarına somut olarak katılımını reddetmektedir<sup>213</sup>.

*Iustinianus*’un “*Institutiones*’inin” niteliğine bakıldığında; eserin, özel hukuk ve medeni usul hukuku ile sınırlı olan *Gaius*’unkinin aksine, genel hatlarıyla da olsa, ceza (ve ceza usul) hukukuna ilişkin bilgiler de içerdiğinden [bkz.: I. 4, 18 “*de publicis iudicis* (kamu davalarına dair)”] “çok yönlü” olduğu söylenebilir<sup>214</sup>. “*Iustiniani Institutiones*’de” yer alan konuların, “*Gai Institutiones*’e” oranla daha geniş kapsamlı oluşunun Klasik Hukuk Devrinde yazılmış aynı nitelikteki eserlerde örnekleri mevcut olmakla birlikte; *Iustinianus*’un “*Institutiones*’inin”, on sekiz fasıldan oluşan dördüncü kitabıyla<sup>215</sup> özerk bir kamusal alan yaratmaya meyletmesi dikkat çekicidir<sup>216</sup>. Buna,

---

kitabının son ikisinden farklı olmakla birlikte; hangisinin hangi hukukçuya ait olduğunun belirleniminin imkan dahilinde olmadığını belirtirler.

211 Diğerleri arasından, örneğin, bkz.: HONORÉ, 1978, s. 187 vd.

212 AMBROSINO, 1953, s. 153 vd.

213 SANGIORGI, 1959, s. 181 vd.

214 Bu yönde, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 656.

215 *Iustinianus*’un “*Institutiones*’i” yine *Gaius*’unki gibi dört kitaptan oluşmaktaysa da; her bir kitap kendi içerisinde ayrı bir başlığı olan fasıllara (*tituli*), fasıllar da paragraflara ayrılmaktadır.

216 Bonini (TALAMANCA, 1989, s. 656), “*Iustinianus*’un *Institutiones*’inin” dördüncü kitabıyla özerk bir kamu hukuku alanı oluşturmaya yönelik çabayı; *Gaius*’un sistematüğünde üçüncü kitapta yer alan “*delicta* (haksız fiiller)” kısmının, *Iustinianus*’unkinde dördüncü kitaba yerleştirilmesinin yanı sıra medeni usul hukukunun kimi yeni niteliklerinin vurgulanmasında bulur. “*Iustinianus*’un *Institutiones*’inin” dördüncü kitabında yer alan fasıl başlıkları şu şekildedir: I. “*De obligationibus quae ex delicto nascuntur* (Haksız fiillerden doğan borç ilişkilerine dair)”; II. “*Vi bonorum raptorum* (Zorla gasp edilen mallara dair)”; III. “*De lege Aquilia* (*lex Aquilia*’ya dair)”; IV. “*De iniuriis* (Kişiliğe tecavüzlere dair)”; V. “*De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* (Haksız fiil benzerlerinden doğan borç ilişkilerine dair)”; VI. “*De actionibus* (*Actio*’lara dair)”; VII. “*Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur* (Başkasının hakimiyeti altında bulunanlarla yapıldığı söylenen işlemlere dair)”; VIII.

eseri neredeyse (klasik) hukuk tarihi el kitabı haline dönüştüren münhasıran geçmişe yönelik kısımlarının zaten beyan edilmiş olan (Imp. 5) varlığı da eklenmelidir.

Bu noktada, "Institutiones'i" derleyenler için hukuk tarihinin ne anlama geldiğine dair kısa da olsa bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Bu değerlendirmede, "Institutiones'in" kendine has özelliklerinin yanı sıra *Iustinianus*'un diğer "compilatio"ları için de aynı problemin varolduğu göz önünde tutulmalıdır. Araştırmaların mevcut durumundan yola çıkarak şimdilik varılabilecek sonuç; "compilatores" için tarihi kısmın özerk bir değere sahip olmaktan çok, diyalektik açıdan "yürürlükteki" rejime karşıt bir kutup olarak düşünüldüğü ve bu anlamda kullanıldığıdır. Yine aynı sebeple, post klasik dönemde de çok ender olarak uygun düşen önem verilmiştir. Öyle ki eserin tasvir edici dokusunda klasik sonrası hukuk, klasik hukuk ve *Iustinianus* hukuku arasında geçiş köprüsü olma işlevini neredeyse kaybetmiştir<sup>217</sup>.

Ve nihayet "Institutiones'e" de teşmil edilen normatif değere ilişkin olarak eserin, özellikle öğretime yönelik amaçları açısından en büyük senteze ulaşılan anı temsil etmekle kalmayıp; *Iustinianus*'un derleme faaliyetleri sürecinin bütünü dahilinde, düşünce faaliyetinin en rahat gerçekleştiği dönemi de temsil ettiğini söyleyebiliriz. Hiç şüphesiz benimsenen açıklama sisteminin etkinliği de, bu düşünce faaliyetini kolaylaştırmıştır<sup>218</sup>. Aslen tarihi ve öğretici kısımların tek tek incelenmesi aracılığıyla *Iustinianus*'un gerçek kanunlaştırma amacını gölgede bırakmakla birlikte; imparatora, "Digesta'da" ve hatta o zamana kadar "Codex'te" toplanan malzeme aracılığıyla ifade edilemeyen yeniliklerin de üzerinde durma imkanını veren bir eser söz konusudur. Buna örnek olması açısından, "Iustiniani Institutiones'in" üçüncü kitabının "de

---

"De noxalibus actionibus (Actio noxalis'lere dair)"; IX. "Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur (Dört ayaklı bir hayvanın zarar verdiği söylenirse)"; X. "De his per quos agere possumus (Aracılıklarıyla dava görebileceğimiz kimselere dair)"; XI. "De satisfactionibus (Dava teminatlarına dair)"; XII. "De perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes vel in heredes transeunt (Daimi ve geçici olan ve mirasçılara veya onlara karşı geçen davalara dair)"; XIII. "De exceptionibus (Defilere dair)"; XIV. "De replicationibus (Cevaplara dair)"; XV. "De interdictis (Interdictum'lara dair)"; XVI. "De poena temere litigantium (Gereksiz yere dava yürütenlere verilen cezaya dair)"; XVII. "De officio iudicis (Hakimin görevine dair)"; XVIII. "De publicis iudiciis (Kamu davalalarına dair)".

217 Hepsini için, bkz.: TALAMANCA, 1989, s. 656.

218 Bonini'ye göre (TALAMANCA, 1989, s. 656), XVIII. asrın aydınlanma çağı hukuki düşüncesi gibi, *Iustinianus* aleyhtarlığının açıkça etkin olduğu dönemlerde dahi, "Iustiniani Institutiones" için her zaman saklı tutulan takdir payı bundan kaynaklanır.

*litterarum obligatione* (yazılı borç ilişkilerine dair)<sup>219</sup>” başlıklı yirmi birinci faslı akla gelebilir. İlgili fasıl, önemi az olmakla birlikte gelecekteki hukukçulara yönelik bir açıklama olarak uygulamada sıklıkla başvurulmaya başlanan yazılı akitler kategorisini tümüyle gözden kaçırmamayı amaçlayan imparatorluk iradesini ifade eder. Az rastlanmakla birlikte önemli de olabilen kimi reformları doğrudan doğruya “*Institutiones*’e” dahil eden hukuki meseleler de bizi doğrular niteliktedir. Elbette bu son durumda, “*Institutiones*’te” yer alan metin, imparatorluk “*lex*’inin” yerini tutar. Bu yönde, yine örnek olması açısından, vasiyetname ile azat etme yaşının on yediye düşürüldüğü I. 1, 6, 7 hatırlanabilir. Burada getirilen yenilik “*Aelia sentia*” kanunu gereğince yirmi olarak belirlenen azat etme yaşı ile vasiyetname yapmak için gereken on dört yaş arasında bir “*media via*” seçimi olarak karşımıza çıkar ki; orta yolda çözüme ulaşma kararı, *Iustinianus*’un “*compilatores*’i” için tipik bir tercihtir. *Constantinopolis* mahkemelerinde yargılamaya ilişkin ortaya çıkan bir uygulamanın (“*iudiciorum usus*”), hukuki şekilde birlik sağlamak amacıyla, bütün imparatorluğa teşmil edilerek yasallaştırılması da yine dikkat çekici bir diğer örnektir (I. 4, 11, 7)<sup>220</sup>.

#### IV. *Iustinianus*’un Hukuk Eğitimi Reformu

*Institutiones*’in yayımlanmasından bir ay geçmeden ve aşağı yukarı “*Digesta*’nın” yayımlandığı tarihte, 15 Aralık 533’te, *Constantinopolis* ve Beyrut okullarından sekiz “*antecessores*’e” yöneltilen ve hukuk çalışmalarında derin bir reforma gidilmesini öngören “*Omnem*” emirnamesi yayınlanır<sup>221</sup>. Bu reformla temel olarak amaçlanan, sadece “*Institutiones*’in” değil; ama, o zamana kadar derlenmiş olan tüm malzemenin hukuk öğretimde kullanılmasıdır<sup>222</sup>.

#### A. *Iustinianus* Öncesi Hukuk Eğitimi

*Iustinianus*’un hukuk eğitiminde gerçekleştirdiği reformun sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesi, bundan önceki aşamaya genel hatlarıyla da olsa değinilmesine ihtiyaç gösterir.

219 Krş.: Gai. 3, 128-138.

220 Ayrıca, bkz.: I. 4, 11, 2-6. Hepsi için, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 656-657.

221 Bu sekiz “*antecessores*”, “*Omnem*” emirnamesinin hitap kısmından anlaşıldığı üzere, Beyrut Okulundan *Dorotheus*, *Anatolius*, *Thalelaeus* ve *Theodorus* ve *Constantinopolis* Okulundan *Theophilus*, *Isidorus*, *Cratinus* ve *Salaminus*’dur.

222 15 Aralık 533 tarihli “*Omnem*” emirnamesine dair ayrıntılı bilgi için, diğerleri arasından, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 657-659.

Nitekim Salvatore Riccobono<sup>223</sup>, 1949'da yayınlanan çalışmasında, IV. yüzyıl ve sonrasında Roma'yı ve onun medeniyetini sarsan, hukukun karşı konulamaz düşüşünden bahseder. Bu dönem, hukuki cehaletin yaygınlaştığı; düzenden ve bir yol göstericiden yoksun hukuki içgüdülerin izlenmekte olduğu; değişik gereksinim ve farklı çözümlerin oluşturduğu kargaşa ile kendisini gösterir. Öyle ki II. *Theodosius*, "*Codex Theodosianus*"<sup>224</sup> derlemesini icraata geçirmeye yeltendiği zaman, sadece başlangıçta öngördüğü daha geniş programı faaliyete geçirememekle kalmamış; imparatorluk kitabesindeki birçok kanunun metnini dahi bulmaya muvaffak olamamıştır<sup>225</sup>.

Ünlü İtalyan romaniste göre, hukuk çalışmalarının düşüşe geçmesinin tek sebebi değilse de, başlıca nedenlerinden biri; değişim göstermiş ruhani ortamda yatar. Hıristiyanlığın gelişiyile uygulamadaki faaliyetlere, ruha faydası olmadıkları düşünüldüğünden kayıtsız kalınmaya başlanmış ve en güçlü entelektüeller din çalışmalarına yönelen bir yaşama doğru itilmişlerdir. Paganlık döneminde ilham alınan en yüksek otorite olan hukuk alimi, öncelikli ilgi ve alakayı artık çekmemektedir. Zira yeni ruhani hezeyanlar ışığında, hukuk biliminin insan hayatının tüm varlığını temsil ettiğine dair sahte felsefenin, hayal ürünü olduğu düşüncesi ağırlık kazanmıştır<sup>226</sup>.

Pietro de Francisci ise<sup>227</sup>, *Severus* hanedanlığı dönemi ve VI. yüzyıl arasında Roma hukukunun değişime uğradığını belirtmesinin ardından Klasik

223 **RICCOBONO**, 1949, s. 174 vd.

224 II. *Theodosius* ve *codex*'i için, bkz.: **ARCHI**, 1976. Ayrıca, bkz.: *supra* dip not no: 54.

225 **RICCOBONO**, 1949, s. 174 vd. Yazar, IV. ve V. yüzyıllarda, hukukta, hukuki disiplinlerin cehaletten ve karmaşadan yıkıma uğradığı, kesinlik içeren bir yola girişme imkanı veren bir kanunlaştırmaya doğru tanıdık eğilimin kendi kendini geri çekmekten başka hiç bir şey yapamayacağı, imparatorluğun Batısına olduğu kadar Doğusuna da yayılan umut kırıcı bir ortamda, kargaşalı ve yönsüz hukuk üretimiyle (kanunlar, kararlar, öğretilerdeki eserler) ayırde edilen gerçek bir düşüşten bahsetmesinin ardından; bu duruma, Doğu açısından, II. *Theodosius*'un da şahitlik ettiğini belirtir. II. *Theodosius*'un 15 Şubat 438 tarihli "*Codex Theodosianus*'a" giriş emirnamesinden (Nov. Theod. 1 *pr*:-1) yola çıkarak, o dönemin hukuk okulları ve eğitimi hakkında, ayrıntılı bir araştırmaya için, özellikle, bkz.: **GIOMARO**, 2011, s. 13 vd.

226 Bu şekilde Riccobono (1949, 174 vd.), ilk olarak 1843 yılında Troplong tarafından ortaya atılan ve Roma hukuk alimleri üzerindeki Hristiyanlık etkisini imparatorluğun ikinci ve üçüncü asrına kadar götüren tezi son noktasına taşımaktadır. Bkz.: **TROPLONG**, 1843. Yazar eserinin ilk kısımda, Roma hukuk alimleri üzerindeki Hristiyanlık etkisinin tarihi ve felsefi yönleriyle ilgilenmekte; ikinci kısımda ise, başta kişiler ve aile hukuku olmak üzere bu etkinin hukuk üzerindeki açıkça ortaya çıkan etkilerini değerlendirmektedir.

227 **DE FRANCISCI**, 1936, s. 227 vd.

sonrası ve *Iustinianus* devri hukukunun yalnızca klasik hukukun tabii ve organik bir gelişimi olmadığı üzerinde durur. Buna dair, şu etkenleri hatırlamak yeterli olacaktır:

- a) Merkeziyetçi eğilimiyle özel hukukun farklı alanlarında da icraatını gösteren, tüm faaliyetlerin düzenlenmesinin yanında katı bir hiyerarşik düzene götüren *Principatus* devrinin mutlakıyetçiliği kapsamında Cumhuriyet devri organlarının işlevlerinin bütünüyle sona ermesiyle kamu hukukunda yaşanan değişim;
- b) Hıristiyanlığın kendisini giderek daha çok hissettirmesi ve siyasi hayatıyla imparatorluk yaşamına farklı biçimlerde dahil olan Kilisenin teşekkülü;
- c) Mutlakıyetçi imparatorluğun merkeziyetçi çabalarına rağmen, özellikle kuzey ve güney sınırları boyunca yerleşik halkların imparatorluğa sızmasına ve ardından bağımsız krallıkların oluşmasına götüren merkezkaç kuvvetlerinin üstünlüğü;
- d) Etkin kuvvetlere sahip olabilmenin yanı sıra en yüksek görevlere de getirilebilen bu yeni unsurların Roma halkı ve medeniyetiyle çakışması;
- e) Roma'nın hükmedici ve yapıcı gücünün daha az etkin hale gelmesiyle yerel eğilimlerin, özellikle antik medeniyet bölgelerinde, Roma ilkerlerinin ve geleneğinin yerini alması;
- f) Siyasi tarih açısından olduğu kadar dini açıdan da tüm getirileriyle birlikte imparatorluğun ağırlık merkezinin Batıdan Doğuya kayışı.

Bu son iki etkenin, özellikle V. yüzyılın sonu ve VI. yüzyılın başlarında, imparatorluğun tüm faaliyetlerinin ve yaşamının yoğunlaştığı ve Roma hukukunun derinden değişime uğradığı Doğuda, hukuk okullarına da katkı sağlamış olduğu kesindir.

Bununla birlikte, elbette ki Batıda da hukuk okulları yok değildir. Nitekim Roma'da bir okul hayatının bulunduğu bilinmekte<sup>228</sup>; Kartaca açısından

<sup>228</sup> Roma'daki okul hayatına şahitlik eden kaynaklar arasından, klasik dönem için, örneğin, bkz.: D. 5, 1, 18, 1 (*Ulpianus libro septuagensimo ad edictum*); D. 12, 1, 17 (*Ulpianus libro primo disputationum*); klasik sonrası dönem için, örneğin, bkz.: *Codex Theodosianus* 14, 9, 1; *Iustinianus* dönemi için, örneğin, bkz.: Omnem 7. IV. ve V. yüzyıllarda, imparatorluğun Batısın-

bilgilerimiz klasik döneme kadar gitmekte<sup>229</sup>; Galya'da dahi hukuk okullarının faaliyet gösterdiği söylenmektedir<sup>230</sup>. Hatta tam da bu konuyla alakalı olarak *Libanius*'un (M.S. 314 – 393)<sup>231</sup>, kendi zamanındaki gençlerin retorik eğitimini hukuk eğitimi için terk edip, sıklıkla Batıya ve bu nedenle, İtalya'ya gitmelerinden nasıl yakındığını hatırlamakta fayda vardır. Bu da, Francisçi'nin yerinde bir şekilde belirttiği gibi<sup>232</sup>; Batıdaki hukuk eğitiminin, kuru bir öğrenime indirgenmiş olmasına ve son derece zayıf derlemelerin yazılmasına karşın, o dönemde hala canlı olduğunu bize kanıtlamaktadır.

Ancak, V. yüzyılda Batıdaki koşullar ve imparatorluğun yaşam merkezinin artık tamamıyla *Constantinopolis*'e kaydığı düşünülürse; *Libanius*'un şikâyetçi olduğu eğitim akımının yönünün ve durumunun, büyük olasılıkla tersine dönmüş olduğu söylenebilir. Nitekim artık büyük hukuk okulları, Doğudakilerdir.

İskenderiye'de<sup>233</sup>, Atina'da<sup>234</sup>, Antakya'da<sup>235</sup>, Kayserya'da<sup>236</sup>, *Constantinopolis*'te<sup>237</sup> ve Beyrut'ta<sup>238</sup> hukuk okulları bulunmaktadır. Bunlar arasında en ünlü olanının, II. *Theodosius* tarafından 27 Şubat 425'te kurulan *Constantinopolis* okulu<sup>239</sup> değil; ama, bizzat *Iustinianus* tarafından hukukun besin

---

daki hukuk kültürüne dair, genel bir bilgi için, diğerleri arasından, bkz.: CONRAT, 1907, ss. 287-320; VOLTERRA, 1957, ss. 51-65.

229 Apuleius, *Florida* IV, 20. "Apuleius'a" ve "Florida" adlı eserine dair, ayrıntılı bilgi için, diğerleri arasından, bkz.: LEE, 2005.

230 Sidonius Apollinaris, *Carmina* XXIII, 446 vd. "Sidonius Apollinaris'e" ve "eserlerine" dair, diğerleri arasından, bkz.: KAUFMANN, 1995.

231 Libanius, *De vita* 213 ve 243. "Libanius'a" ve "eserlerine" dair, diğerleri arasından, bkz.: VAN HOOF, 2014.

232 DE FRANCISCI, 1936, s. 229.

233 Örneğin, bkz.: Omnem 7.

234 Diğerleri arasından, bkz.: Malalas, *Chronographia* V. 451. Ayrıca, bkz.: DE FRANCISCI, 1936, s. 229. M.S. 490-575 yılları arasında yaşamış Antakya doğumlu Yunan kronolojist "Malalas" için, diğerleri arasından, bkz.: PUMMER, 2002, s. 253 vd.

235 SCHEMMELE, 1909, s. 447, "Beyrut hukuk okulunun" M.S. 554'teki depremin ardından "Theupolis'e" yani "Antakya'ya" taşınmış olduğunu yazar. Ayrıca, bkz.: DE FRANCISCI, 1936, s. 229.

236 Örneğin, bkz.: Omnem 7.

237 Diğerleri arasından, bkz.: Omnem 7.

238 Diğerleri arasından, bkz.: Omnem 7.

239 *Codex Theodosianus* 14, 9, 3.



kaynağı olarak nitelendirilen Beyrut hukuk okulu olduğunu da, unutmamak gerekir<sup>240</sup>. Beyrut'taki okul; buradaki hukuk çalışmalarının ileri seviyesinin yanı sıra, V. ve VI. asrın Roma hukuk ilminin yeniden doğuşunun başını çekmesiyle de kendisini gösterir<sup>241</sup>.

Bu okullar sadece teorisyen değil; ama, özellikle uygulamacı, imparatorluk kitabeti için yüksek memur, hakim ve avukat yetiştirmeye yaramaktaydılar. Hatta I. *Leo*, 460 tarihli bir emirnamesiyle<sup>242</sup>, bunların “*peritia iuris*’lerine” dair bir hocanın yeminli tanıklığı olmaksızın sınırlı sayıda bulunan yüksek mahkemeler karşısında işlevlerini icra etmek üzere kabul edilmemelerini düzenlemekte ve I. *Anastasius*, 505’te<sup>243</sup>, “*legum conditio*’ya” öngörülen sayıda zaman adanmış olmasını talep etmekteydi. I. *Anastasius*’un emirnamesi, De Francisci’nin işaret ettiği gibi<sup>244</sup>, hukuk çalışmalarının süresini kesin olarak belirtmese de “*Omnem*” emirnamesinden birkaç ipucu çıkarılabilir.

Nitekim *Iustinianus*, emirnamesi “*Omnem*’de”; o zamana kadarki hukuk eğitiminde, birinci sınıf derslerinin *Gaius*’un *Institutiones*’i ve konuları sırasıyla, cihaz, vesayet, vasiyet ve muayyen mal vasiyeti olan dört “*libri singulares*”<sup>245</sup> çerçevesinde gerçekleştiği<sup>246</sup>; ikinci sınıfın “*prima pars legum*’a” yani hukukun ilk kısmına ve “*de iudiciis* (davalara dair)” ya da “*de rebus* (mallara dair)” olan kısımdan seçilen bazı fasıllara adanmış olduğu<sup>247</sup>; üçüncü sınıfta bu iki “*pars*’ta” (“*de iudiciis*” ve “*de rebus*” kısımlarında) yer alan diğer fasılların ve *Papinianus*’un<sup>248</sup> “*Responsa*’larının” yani meselelere verdiği

240 *Omnem* 7. Özellikle “Beyrut hukuk okuluna” dair ayrıntılı bilgi için, diğerleri arasından, bkz.: **RANDELLO, GAGLIARDI**, 2007.

241 Bu yönde, hepsi için, bkz.: **DE FRANCISCI**, 1936, 229-230.

242 C. 2, 7, 11, 2.

243 C. 2, 7, 22, 4.

244 **DE FRANCISCI**, 1936, s. 230. Yazar, C. 2, 7, 22, 4’teki “*statuta tempora*” ibaresinin “*quadriennium*” veya “*quinquennium*” ile “*interpolatio*’ya” uğrayarak değiştirilmiş olabileceğinin altını çizmektedir.

245 **GIOMARO**, 2011, s. 129, “*Digesta*’da” sıklıkla kullanılan ve klasik hukukçuların monografi tarzında yazılmış kimi eserlerini belirten “*liber singularis*” teriminin, “*Tanta*” ve “*Omnem*” emirnameleri açısından niteliksel açıdan özek ve birlik içeren bir bölünmeyi değil; sadece “niceliksel” bir tanımlamayı ifade etmekte olduğunu belirtir. Bu konudaki tartışmalar için, ayrıca, bkz.: **DE FRANCISCI**, 1936, s. 231 vd.

246 *Omnem* 1.

247 *Omnem* 1.

248 Bkz.: *supra* dip not no: 200.



cevapların çalışıldığı<sup>249</sup>; dördüncü sınıfta ise *Paulus*'un<sup>250</sup> “*Responsa*’larına” odaklanıldığı hakkında bize bilgi verir<sup>251</sup>. Ayrıca öğrencilere, hangi sınıfta olduklarına göre değişik isimler de verilmiştir. Bunlar, birinci sınıftaysalar “*dupondii*”<sup>252</sup>; ikinci sınıftaysalar “*edictales*”<sup>253</sup>; üçüncü sınıftaysalar “*Papinianistae*”<sup>254</sup>; dördüncü sınıftaysalar “*ly'tai*”<sup>255</sup> olarak çağırılırlar. İki paralıklar manasına gelen “*dupondii*” lakabının birinci sınıflara yakıştırılmasının nedeni, muhtemelen bunların çömez olarak görülmesiyle bağlantılıdır. İkinci ve üçüncü sınıf öğrencilerinin lakapları, çalışılan konu ile ilişkilidir. Nitekim ikinci sınıf *Ulpianus*'un “*Edictum Şerhlerinin*” üzerine yoğunlaşmakta<sup>256</sup>; üçüncü sınıf ise, daha çok *Papinianus*'un “*Responsa*’larına” odaklanmaktadır. Dördüncü sınıflar için kullanılan ve “hukuki meseleleri çözümleyenler” şeklinde Türkçeye çevirebileceğimiz “*ly'tai*” lakabının ise, bunların devam zorunluluğu olmaması ile alakalı olması olasıdır<sup>257</sup>.

## B. Iustinianus Sonrası Hukuk Eğitimi

*Iustinianus*'un hukuk okullarına ilişkin reformuna dair asli kaynağımız, artık tanışık olduğumuz 15 Aralık 533 tarihli ve on bir paragraftan oluşan “*Omnem*” emirnamesidir.

“*Omnem*”, son yılların hukuki “olaylarının” ardından, “üniversite” dünyasına da kesin direktifler sunulması gerekliliği vurgusuyla açılır (*Omnem pr.*). Birinci paragrafta çalışmaların, yukarıda belirttiğimiz, önceki düzeni anımsatılır. İkinci paragraftan beşinci paragrafa kadar yeni programlar, oldukça zengin detaylarıyla belirlenir. Eskiden küçük düşürücü “*dupondii*” lakabıyla anılan ve bundan böyle “*Iusniani novi* (Yeni *Iustinianus*’lar)” olarak çağırılacak olan birinci sınıf öğrencileri, her şeyden önce *Institutiones*'i çalışmak ve ardından “*prima pars legum*’a” yani “*Tanta*’nın” ikinci paragrafıyla birlikte yapılacak bir okumayla ortaya çıkacağı gibi, “*Digesta*’nın” ilk dört

249 *Omnem* 1.

250 Bkz.: *supra* dip not no: 93.

251 *Omnem* 1.

252 *Omnem* 2.

253 *Omnem* 3.

254 *Omnem* 4.

255 *Omnem* 5.

256 **GIOMARO**, 2011, ss. 35-36.

257 Hepsini için, diğerleri arasından, bkz.: **DE FRANCISCI**, 1936, s. 233.

kitabına geçmek zorundadırlar<sup>258</sup>. “*Edictales*” adını alan ikinci sınıflar, *iudiciis*’e dair yedi kitabı, yani “*Digesta*’nın” V-XI kitaplarından oluşan “*secunda pars*’ı” ya da “*rebus*’a” dair sekiz kitabı, yani “*Digesta*’nın” XII-XIX kitaplarını içeren “*tertia pars*’ı” bütünüyle öğrenmek durumundadırlar. Bu ödevlere, “*Digesta*’nın” (“*pars quarta*” ve “*pars quinta*”) sonraki kitaplarından alınan (XX-XXXVI) ve sırasıyla cihaza, vesayete ve kayyımlığa, vasiyetnameye ve son olarak muayyen mal vasiyetine ilişkin olan dört adet “*libri singulares*” de (XXIII, XXVI, XXVIII ve XXX) eklenecektir<sup>259</sup>. Üçüncü yılda, eskisi gibi “*Papinianistae*” olarak adlandırılan öğrenciler, önceki yılda okunmamış olan “*pars de iudiciis*” veya “*pars de rebus*’a”, “*tripertita legum singularium dispositio*’yu” yani “*Digesta*’nın” XX-XXII. kitaplarına denk düşen (ki bu kitapların ilki *Papinianus*’tan alınan bir parça ile başlar) üç “*libri singulares*’ini” ilave edeceklerdir<sup>260</sup>. Dördüncü sınıfa geçerek Yunanca kökenli geleneksel “*lytai*” lakabını taşımaya devam edecek öğrenciler, kalan on “*libri*

258 *Iustinianus*’un eğitim reformu öncesinde ve sonrasında birinci sınıfta görülen ders içeriğinin karşılaştırmalı bir tablosu **GIOMARO**, 2011, s. 73’te yer almaktadır:

<i>Iustinianus</i> Reformu Öncesi	<i>Iustinianus</i> Reformu Sonrası
<p><b>Birinci Yıl</b></p> <p>Düzensiz bir şekilde <i>Gaius</i>’un “<i>Institutiones</i>’i” ve konuları sırasıyla cihaz, vesayet, vasiyetname ve muayyen mal vasiyeti olan dört “<i>libri singulares</i>”</p>	<p><b>Birinci Yıl</b></p> <p><i>Iustinianus</i>’un “<i>Institutiones</i>’i” e “<i>Digesta</i>’nın” “<i>Prota</i> (İlk şeyler)” adı verilen ilk dört kitabı</p>

259 *Iustinianus*’un eğitim reformu öncesinde ve sonrasında ikinci sınıfta görülen ders içeriğinin karşılaştırmalı bir tablosu **GIOMARO**, 2011, s. 93’te yer almaktadır:

<i>Iustinianus</i> Reformu Öncesi	<i>Iustinianus</i> Reformu Sonrası
<p><b>İkinci Yıl</b></p> <p>Hukukun genel kısmı ve “<i>de iudiciis</i>” ya da “<i>de rebus</i>” kısımlarından alınan fasıllar</p>	<p><b>İkinci Yıl</b></p> <p>Bütünüyle ve düzenli bir biçimde, dersi veren hukuk hocasının tercihine göre ya “<i>iudiciis</i>’e” dair yedi kitap (<i>Digesta</i> 5-11) ya “<i>rebus</i>’a” dair sekiz kitap (<i>Digesta</i> 12-19) ve “<i>Digesta</i>’nın” sırasıyla cihaza, vesayete, vasiyetnameye ve muayyen mal vasiyetlerine dair yirmi üçüncü, yirmi altıncı, yirmi sekizinci ve otuzuncu kitapları</p>

260 *Iustinianus*’un eğitim reformu öncesinde ve sonrasında üçüncü sınıfta görülen ders içeriğinin karşılaştırmalı bir tablosu **GIOMARO**, 2011, s. 111’de yer almaktadır:

<i>Iustinianus</i> Reformu Öncesi	<i>Iustinianus</i> Reformu Sonrası
<p><b>Üçüncü Yıl</b></p> <p>Önceki sene okunmayan “<i>de rebus</i>” veya “<i>de iudiciis</i>” kısmı ve <i>Papinianus</i>’un on dokuz kitapta oluşan “<i>Responsa</i>” eserinin yalnızca sekiz tanesi</p>	<p><b>Üçüncü Yıl</b></p> <p>Önceki sene yapılan tercihe göre ya “<i>pars de iudiciis</i>” ya “<i>pars de rebus</i>” ve “<i>Digesta</i>’nın” yirminci, yirmi birinci ve yirmi ikinci kitapları ve özellikle <i>Papinianus</i>’un “<i>Responsa</i>”, “<i>Quaestiones</i>”, “<i>Definitiones</i>”, “<i>De adulteriis</i>” eserleri</p>

*singulares'i*" yani yine "*Digesta'nın*" dördüncü ve beşinci kısmına dahil olan ve ikinci sınıfta geçiştirilmiş olan XXIV, XXV, XXVII, XXIX, XXXI-XXXVI kitaplarını "*lectitare*" yapmalı, "tekrar tekrar okunmalıdırlar" (bkz.: Tanta 5-6a). Böylece "*iura'nın*" öğrenilmiş olan toplam kitap sayısı, "*Omnem*" emirnamesinin başlangıç paragrafında belirtildiği gibi, otuz altıyı bulmuş olacaktır. Geri kalan ve "*Digesta'nın*" altıncı ve yedinci kısmını oluşturan bölümünde yer alan on dört kitap (bkz.: Tanta 7-8c) gerek daha sonra çalışmaları gerekse uygulamada kullanımları için öğrencilere bırakılmıştır ('*ut possint postea eos et legere et iudiciis ostendere*')<sup>261</sup>. Devam zorunluluğunun getirilip getirilmediği öğretilde halen tartışılan, öğrencilerin "tecrübeli çözümleyiciler" anlamına gelen Yunanca asıllı "*prolytae*" lakabını aldığı beşinci yıldaki çalışmalar, sadece okunması değil; ama, keskin bir kavrayışla anlamlarına nüfuz edilmesi gereken imparatorluk emirnameleri üzerinde yoğunlaşacaktır. Bu suretle Iustinianus'un "*Compilatio'sunun*" neredeyse tamamının, bütünüyle tanınması sağlanmış olacaktır<sup>262</sup>.

"*Omnem*", az çok çalışma düzeniyle bağlantılı bir dizi hükümlerle kapanır. Özellikle yedinci paragraf hukuk okullarının yalnızca *Constantipolis* ve Beyrut'ta yerleşkelerinin bulunmasını düzenler (Roma bunun dışında kalmakla birlikte; ilgili düzenlemenin sonucu olarak İskenderiye, Kayserya ve adı belirtilmemiş diğer şehirlerdeki hukuk okulları kapatılacaktır)<sup>263</sup>; sekizinci pa-

261 Iustinianus'un eğitim reformu öncesinde ve sonrasında dördüncü sınıfta görülen ders içeriğinin karşılaştırmalı bir tablosu GIOMARO, 2011, s. 117'de yer almaktadır:

<i>Iustinianus Reformu Öncesi</i>	<i>Iustinianus Reformu Sonrası</i>
<p><b>Dördüncü Yıl</b></p> <p>Tam olmayan bir düzende ve tamamıyla farklı bir mantıkla Paulus'un yirmi üç kitaplık "<i>Responsa</i>" çalışmasının on sekiz tanesi</p>	<p><b>Dördüncü Yıl</b></p> <p>"<i>Digesta'nın</i>" dördüncü ve beşinci kısmının tamamı yani yirmi dördüncü, yirmi beşinci, yirmi yedinci, yirmi dokuzuncu ve otuz birden otuz altıya kadarki tüm kitapları</p>

262 Iustinianus'un eğitim reformu sonrasında beşinci sınıfta görülen ders içeriğine ilişkin bir tablo GIOMARO, 2011, s. 146'da yer almaktadır:

<i>Iustinianus Reformu Öncesi</i>	<i>Iustinianus Reformu Sonrası</i>
	<p><b>Beşinci Yıl</b></p> <p>529 tarihli "<i>Novus Codex'te</i>" yer alan yürürlükteki emirnameler ve "<i>Digesta'nın</i>" otuz yedi ila kırk dördüncü kitaplarından oluşan altıncı ve kırk beş ila ellinci kitaplarından oluşan yedinci kısmı</p>

263 Iustinianus'un "*Omnem*" emirnamesinin bu yedinci paragrafında söyledikleri oldukça anlamlıdır. İmparator, Roma, *Constantinopolis* ve Beyrut dışındaki merkezlerde hukuk okullarının kapatılmasının sebebini çok can alıcı bir biçimde, belki de günümüze örnek olacak şekilde belirtir. Gözalcı İskenderiye ve yine Kayzerya'daki hukuk okullarında, donanımlı olmayan

ragraf hukuk kitaplarında kısaltmalara gidilmesi yasağını tekrarlar; dokuzuncu paragraf özellikle birinci sınıflara yönelik olarak sıklıkla gerçek anlamda “*crimina*’ya” sebebiyet veren öğrenci bayramları esnasındaki “*ludos exerce-re*” yani şaka yapma yasağını düzenlemekte; buna karşılık onuncu paragraf bu yasağa uyulmasını sağlaması gereken yetkilileri belirtmektedir. Bu yetkililer arasında sadece Beyrut açısından da olsa hocaların yanı sıra “piskoposa” da yer verilmesi anlamlıdır. Emirname, hocalara ve adalete ve “*res publica*’ya” en iyi hizmet edenler (“*optimi iutitiae et rei publicae ministri*”) olmaları gereken öğrencilere yönelik teşvik edici çağrılarla kapanır.

“*Omnem*” emirnamesinin, hukuk çalışmalarının bütününe kayda değer bir akılcılık ve modernliğin yanı sıra, önemli ve sürekli vurgulanmakta olan bir ciddiyet getirdiği söylenebilir. Bununla birlikte “*Omnem*’in” hukuk eğitimi açısından büyük bir sorun teşkil eden dil konusunda bir atılım yapmadığı gerçektir. Nitekim artık, öğrencilerin büyük bir çoğunluğu, sadece Yunanca bilmekte; buna karşılık, imparatorluğun Doğu kısmının Latin bölgelerinden ya da doğrudan Batıdan gelenlerden oluşan daha kısıtlı bir grup sadece Latince konuşmaktadır ki bu son durumda, sadece Latince bilenlerin Yunanca emirnameler ve özellikle “*Novellae*” açısından karşılaşacakları çalışma zorluğu ortadadır. İşte, başlıca hukuk metinlerinin Yunanca veya Latince versiyonlarını ve şerhlerini hazırlama zorunluluğu sadece uygulamadaki isteklerden değil, bundan da kaynaklanır<sup>264</sup>.

Son olarak, Bianchini ile birlikte<sup>265</sup>, 16 Aralık 533 tarihli “*Tanta* (‘*Dékoden*’)) emirnamesi ve “*Omnem*” emirnamesi arasında üslup açısından bir karşılaştırma yaparak çalışmamıza son vermek; imparatorluk düşüncesiyle gelişen “*ius Romanum*’un”<sup>266</sup> “evrensellik” unsurunu<sup>267</sup> konumuza ilişkin olarak

---

cahil kimselerin öğrencilere yanlış bilgiler öğrettikleri duyulmuştur. Bundan böyle der *Iustinianus*, belirtilen yerler dışında bu şekilde davranma cüretini gösteren kimseler maddi para cezasına tabi tutulacaklardır; çünkü bunlar hukuku değil, hukuka aykırı olan birtakım şeyleri öğretmektedirler.

264 Hepsi için, bkz.: TALAMANCA, 1989, ss. 657-659.

265 BIANCHINI, 1973, s. 121 vd.

266 İmparatorluk fikriyle gelişerek *Iustinianus* döneminde gelişimini tamamlayan, hukukun evrenselliği kavramının bir aracı olarak kullanılan, özellikle “*Deo Auctore*” ve “*Tanta*” emirnamelerinde kişisel, bölgesel ve zamansal açılarıyla ifade edilmiş olan “*ius Romanum*” kavramının oluşumuna ve bu kavramın modern çağdaki direnişine dair, bkz.: CATALANO, 1990, s. 89 vd.

267 Roma Hukukunun “evrenselliğine” dair, Jhering’in dev eseri “*Geist des römischen Rechts*’in” ilk sayfalarını tekrar okumanızı özellikle tavsiye ederim.

da vurgulamamıza imkan vereceğinden, bizim için anlamlıdır. Gerçekten de, Iustinianus'un "Compilatio'suna" giriş olarak yazılan değişik emirnamelerde, "Tanta" ve "Omnem" haricinde (her ne kadar bu ikincisinin Yunanca metni elimize geçmediyse de), Latince kullanılmıştır. "Tanta" durumunda, bu iki dilli yazım, her iki versiyon arasında farklı bir etkililiği belgelemiş olmaktan çok, uygun şekilde tatmin edilmeye gereksinim gösteren iki farklı ihtiyaçtan doğmuştur: Latince versiyon, Iustinianus'un kanunlaştırma faaliyetinin bütününün yapılanışına mükemmel bir şekilde bağlanabilir. Yunanca versiyon ise, eserin yöneltildiği çevrede varlık nedenini bulur. Nitekim kitabet tarafından geleneksel olarak Latince kullanılmaya devam edilmekle birlikte, imparatorluğun resmi dili Yunancadır. Bunun yanı sıra, diğer emirnamelerin "senatus'a", "praefectus praetorio'ya" vs. yönelik olmalarına karşın; "Tanta" emirnamesinin, evrensellik iddiasıyla, "ad senatum et omnes populos'a" yani "senatus ve tüm halklara" yönelik olması da, Yunanca bir versiyonun hazırlanmasını gerekli kılmaktadır. "Tanta'daki" problem "Omnem'de" de, farklı terimlerle de olsa, kendisini gösterir. Bu durumda, Yunanca metin elimize geçmemiş olduğundan kesin ve emin olabileceğimiz yazılı veriler bulunmamakta; dolayısıyla, her iki versiyon arasında etkin bir iç ilişkinin olduğunu belirlemek de imkan dahilinde olmamaktadır. "Omnem", daha önce de belirtildiği üzere, Costantinopolis ve Beyrut hukuk hocalarına yöneltilmiştir. Eğer "Tanta'ya" ilişkin olarak, emirnamenin imparatorluğun tüm tebasınca anlaşılması istendiğinden bu yola gidildiği hatırlanırsa; hukuk eğitiminin düzenini yenilemeye yönelik "Omnem" emirnamesinin de, yine aynı mantıkla, Yunanca versiyona gereksinim gösterdiği iddia edilebilir. Şu halde, Yunanca metin, tüm topluluğa yönelik olarak gerçekleştirilen ve Iustinianus'un haklı bir şekilde gurur duyduğu reformu "omnes'e" yani "herkese" tanıtmak amacıyla kaleme alınmış olmalıdır.

**KAYNAKÇA**

- AMBROSINO Rodolfo, “Il metodo di compilazione delle Istituzioni giustinianee”, **Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto. (Verona, 27-28-29 settembre 1948)**, der. Guiscardo Moschetti, I, A. Giuffrè Editore, Milano, 1948, ss. 133-180.
- ARCHI Gian Gualberto, **Teodosio II e la sua codificazione**, 2. Bası, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1976.
- AYİTER Kudret, ATATÜRK Mustafa Kemal, BOZKURT Mahmut Esat, “Açılış Nutukları”, **Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966, ss. XV-XXIX.
- BIANCHINI Mariagrazia, “Osservazioni minime sulle costituzioni introdotte alla compilazione giustiniana”, **Studi in memoria di Guido Donatuti**, I, Cissalpino-La Goliardica, Milano, 1973, ss. 121-135.
- BROWNING Robert, **Justinian and Theodora**, 2. Bası, Gorgias Press, New Jersey, 2003.
- BURY John Bagnell, **History of the Later Roman Empire from Arcadius to Irene**, I, 2. Tıpkı Bası, Cosimo, New York, 2008.
- CAMERON Averil, **Procopius and the Sixth Century**, University of California Press, Berkeley - Los Angeles, 1985.
- CAPIZZI Carmelo, **Giustiniano I: tra politica e religione**, Rubbettino, Messina, 1994.
- CATALANO Pierangelo, “Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques”, **Revue d'études francophones sur l'État de droit et la démocratie**, 1, 2008, ss. 27-41.
- CATALANO Pierangelo, **Diritto e Persone, Studi su origine e attualità del sistema romano**, I, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990.
- CONRAT (COHN) Max, “Zur Kultur des Römischen Rechts im Westen des Römischen Reichs im Vierten und Fünften Jahrhundert nach Christi”, **Mélanges Fitting**, I, Societe anonyme de l'imprimerie générale du midi, Montpellier, 1907.
- DAUBE David, “The Marriage of Justinian and Theodora. Legal and Theological Reflections”, **Catholic University of America Law Review**, 16, 1967, ss. 380-399.
- DE FRANCISCI Pietro, **Storia del diritto romano**, III, A. Giuffrè Editore, Milano, 1936.
- EMİROĞLU Haluk, “Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu”, **AÜHFD**, 51/3, 2002, ss. 85-96.

- FERRINI Contardo, **Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana**, U. Hoepli, Milano, 1885.
- GIOMARO Anna Maria, **Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel tardoantico**, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011.
- Guzmán Brito Alejandro, “Codex”, **Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d’Ors**, II, Universidad de Navarra, Pamplona 1987, ss. 591-635.
- HIRSCH Ernst Eduard, “Hukuk bir bilim kolu mudur?”, **AÜHFD**, 2/1, 1944, ss. 19-61.
- İmre Zahit, **Medeni Hukuka Giriş, Medeni Hukukun Temel Kavramları ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1971.
- Honoré Tony, **Tribonian**, Duckworth, Londra, 1978.
- VAN HOOFF Lieve (derleyen), **Libanius: A Critical Introduction**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- VON JHERING Rudolf, **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**, Teil I, Breitkopf und Härtel, Leipzig 1852.
- JOLOWICZ Herbert Felix, NICHOLAS Barry, **Historical Introduction to the Study of Roman Law**, 3. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 1972.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar, Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku, Hakların Korunması**, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- KARAMAN Başak, “La recezione del codice civile Svizzero nella Turchia repubblicana”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, 41/58, 2009, ss. 219-238.
- KAUFMANN Frank-Michael, **Studien zu Sidonius Apollinaris**, Peter Lang International Academic Publishers, Frankfurt am Main, 1995.
- Krüger Paul, **Geschichte der Quellen und der Literatur des römischen Rechts**, 2. Bası, Duncker & Humblot, Münih – Leipzig, 1912.
- LA PIRA Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, 1. Problemi generali”, **Studi in onore di F. Virgili**, Tipografia Nuova, Siena 1934, ss. 159-182.
- LA PIRA Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, 2. L’arte sistematrice”, **Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja” (BIDR)**, 42, 1934, ss. 336-355.
- LA PIRA Giorgio, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, 3. Il metodo”, **Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)**, 1, 1935, ss. 319-348.



- LA PIRA Giorgio, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, 4. Il concetto di scienza", **BIDR**, 44, 1936-1937, ss. 131-159.
- LEE A. Doug, **From Rome to Byzantium AD 363 to 565, The Transformation of Ancient Rome**, Edinburg University Press, Edinburg, 2013.
- LUBRANO Micaela, **Persona e homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano**, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002.
- MEYLAN Philippe, **Le jurisconsulte Gaius**, Impr. Pache-Varidel & Bron, Lozan, 1923.
- MUMCU Ahmet, "Über Prof. Dr. Richard Honig", **Digesta Turcica, Journal of the Union of Turkish Bar Associations**, 1, 2005, ss. 11-12.
- Oğuzoğlu Hüseyin Cahit, "Ankara Hukuk Fakültesi'nin Kuruluş ve İlk Yılları", **Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966, ss. 1-52.
- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özkes Muhammet, **Medeni Usul Hukuku, Temel Bilgiler**, 8. Bası, Yetkin, İstanbul, 2014.
- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özkes Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku, Temel Bilgiler**, 11. Bası, Yetkin, İstanbul 2014.
- PUGLIESE Giovanni, 'Actio' e diritto subiettivo, A. Giuffrè Editore, Milano, 1939.
- PUGLIESE Giovanni, "Spunti e precedenti romani delle moderne codificazioni", **Index: International Survey of Roman Law**, 14, 1986, ss. 19-32.
- PUGLIESE Giovanni, SITZIA Francesco, VACCA Letizia, **Istituzioni di diritto romano**, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.
- PUMMER Reinhard, **Early Christian Authors on Samaritans and Samaritanism**, Mohr Siebeck, Tübingen, 20002.
- QUADRATO Renato, "La persona in Gaio. Il problema dello schiavo", **Ivra: rivista internazionale di diritto romano e antico**, 37, 1986, ss. 1-33.
- RANDELLO Paolo, GAGLIARDI Massimiliano, **La trasmissione delle fonti del diritto romano nella parte orientale dell'Impero: Berito-Costantinopoli**, Lateran University Press, Vatikan, 2007.
- RICCOBONO Salvatore, **Lineamenti delle storia delle fonti e del diritto romano**, A. Giuffrè Editore, Milano, 1949.
- SANGIORGI Salvatore, "Il metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano", **Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo (AUPA)**, 27, 1959, ss. 181-260.
- SCHEMMEL Fritz, "Die Hochschule von Alexandria im IV. und V. Jahrhundert p. Ch. n.", **Neue Jahrbücher für das klassische Altertum, Geschichte und deutsche Litteratur und für Pädagogik**, 24, 1909, ss. 438-457.



- SCHIPANI Sandro, **La codificazione del diritto romano comune**, Genişletilmiş Bası, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999.
- SCHULZ Fritz, **History of Roman Legal Science**, Clarendon Press, Oxford, 1946.
- SCHWARZ Andreas Bertalan, “Zur Entstehung des modernen Pandektensystems”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZRG)**, 42/1, 1921, ss. 578-610.
- SCHWARZ Andreas Bertalan, **Roma Hukuku Dersleri, I. Tarihi Kısım ve Umumi Doktrinler**, çev. Türkân Basman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1943.
- SOLIDORO MARUOTTI Laura, **La Tradizione romanistica nel diritto europeo, II. Dalla crisi dello ius comune alle codificazioni moderne**, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003.
- TAFARO Sebastiano, **Ius hominum causa constitutum, Un diritto a misura d'uomo**, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.
- TAHIROĞLU Bülent, ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku**, 9. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2013.
- TALAMANCA Mario (derleyen), **Lineamenti di storia del diritto romano**, 2. Bası, A. Giuffrè, Milano, 1989.
- TAMER GÜVEN Diler, **Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi**, İstanbul, 1987 (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- TRABUCCHI Alberto, **Istituzioni di diritto civile**, 45. Bası, CEDAM, Padova, 2012.
- TRIMARCHI Pietro, **Istituzioni di diritto privato**, 20. Bası, A. Giuffrè Editore, Milano, 2014.
- TROPLONG Raymond Théodore, **De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains**, C.Hingray, Paris, 1843.
- UMUR Ziya, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar, Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979.
- UMUR Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku**, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2010.
- VARVARO Mario, “Contributi allo studio delle quinquaginta decisiones”, **AUPA**, 46, 2000, ss. 359-549.
- VOLTERRA Edoardo, “Appunti sulle scuole postclassiche occidentali”, **Annali di storia del diritto. Rassegna internazionale**, 1, 1957, ss. 51-65.

## Yararlanılan diğer kaynaklar

### I. Hukuk Kaynakları

#### a) *Corpus Iuris Civilis*

**Corpus Iuris Civilis, I: Institutiones et Digesta**, der. Paul Krüger, Theodor Mommsen, Weidmann, Berlin, 1872

**Corpus Iuris Civilis, II: Codex Iustinianus**, der. Paul Krüger, Weidmann, Berlin, 1877.

**Corpus Iuris Civilis, III: Novellae**, der. Rudolf Schöll, Guilelm Kroll, Weidmann, Berlin, 1895.

Huschke Philipp Eduard, **Imperatoris Justiniani Institutionum libri quatuor: cum praefatione et ex recognitione**, In aedibus Teubneri, Leipzig, 1868.

IUSTINIANUS, **Institutiones**, Türkçe metin: Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968.

NARDI ENZO, **Istituzioni di diritto romano, B. Testi**, II, A. Giuffrè Editore, Milano, 1986.

**Iustiniani Augusti Digesta Seu Pandectae**, Testo e traduzione (1-4), I, der. Sandro SCHIPANI, A. Giuffrè Editore, Milano, 2005.

#### b) *Iustinianus* Öncesi Kaynaklar

GAIUS, **Institutiones, Borçlar Kısımı**, Latince aslından Türkçeye çev. Türkân Rado, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1953.

NARDI ENZO, **Istituzioni di diritto romano, A. Testi**, I, A. Giuffrè Editore, Milano, 1986.

**Le istituzioni di Gaio**, Latince Aslından İtalyancaya çev. Marco BALZARINI, 2. Bası, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.

**Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes**, der. Theodor Mommsen, E. Meyer, Paul Krüger, 2. Bası, Weidmann, Berlin, 1954.

### II. Edebi Kaynaklar

**Anecdota sive historia arcana**, der. Niccolò ALAMANNI, sumptibus C.H.F. Hartmanni, Leipzig, 1827.

**Joannis Malalae Chronographia**, der. Ludwig DINDORF, Impensis Ed. Weberi, Bon, 1831.

**Libanii opera**, der. Richard Foerster, I-XII, In aedibus B. G. Teubneri, Leipzig, 1903-1927.

LEE Benjamin Todd, **Apuleius' Florida: A Commentary**, Walter de Gruyter GmbH & Co., Berlin 2005.

SIDONIUS, **Poems and Letters**, Latince Aslından İngilizceye ev. W. B. Anderson, I-II, Harvard University Press, Cambridge 1936.

### **III. Yardımcı Kaynaklar**

BERGER Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, 3. Bası, The American Philosophical Society, Filadelfiya, 1991.

UMUR Ziya, **Roma Hukuku Lügati**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1983.



# **İsviçre Federal Mahkemesi'nin Başkasının Arazisine Kendi Malzemesini Kullanarak İnşaat Yapan Kişiyeye Kanunî Bir İpotek Hakkı Tanınmasına İlişkin 06.12.2007 Tarihli (BGE 134 III 147) Kararı**

Çeviren: Fahri Erdem KAŞAK\*

**The Decision of the Swiss Federal Court (BGE 134 III 147)  
Dated 06.12.2007 Regarding A Legal Charge Bestowed to a  
Person Using His Own Materials in Building Work on  
Land Belonging to Another**

## **Karar Başlığı**

**134 III 147**

İsviçre Federal Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi'nin E.'nin F. A.Ş.'ye ve F. A.Ş.'nin E.'ye karşı olan davalarında verdiği karardan çıkarılmıştır. (Hukuk davaları temyizi) (6 Aralık 2007 tarihli 5A\_160/2007 / 5A\_161/2007)

## **Özet**

Başkasının arazisine yapılan inşaat nedeniyle tazminat (ZGB Art. 672 Abs. 1); kanunî ipotek hakkı.

ZGB Art. 672 Abs. 1'e göre söz konusu olan tazminatın teminat altına alınabilmesi için, arazi malikinin rıza göstermesi üzerine araziye iktisap edeceğine güvenerek inşaat yapan tazminat hakkı sahibine, –inşaatçı ipoteği hakkına (ZGB Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3) kıyasen– kanunî bir ipotek hakkı tanınmalıdır (E.4).

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

**BGE 134 III 147 s. 148**

İnşaat işleriyle ilgilenen tek kişilik bir şirketin sahibi olan E., o zaman G. A.Ş.'nin mülkiyetinde olan, ancak kendisinin iktisap etmeyi amaçladığı Bern Kantonu'ndaki S.'de bulunan ve x numaralı tapu sicili sayfasına kayıtlı olan arazi üzerinde 2002 yazında inşaat işleri yapmıştır. G. A.Ş., bu araziyi 10 Eylül 2003'te F. A.Ş.'ye satmıştır.

E. inşaatçı ipoteği hakkının geçici tescilini yaptırdıktan sonra, 18 Ekim 2004'te K. Bölge Mahkemesi'nde F. A.Ş. aleyhine bir dava açmış ve 1.046.884,95 İsviçre Frangı'na 17 Aralık 2002 tarihinden itibaren işleyecek %5 faizin eklenmesiyle ortaya çıkacak meblağ için inşaatçı ipoteğinin kesin tescilini talep etmiştir. 27 Haziran 2005 tarihli esas duruşmada E. ZGB Art. 671 vd. hükümlerine dayanarak terditli olarak, F. A.Ş.'nin mahkemece belirlenecek bir meblağı kendisine ödemekle yükümlü tutulmasını talep etmiştir.

K. Bölge Mahkemesi'nin birinci başkanı, 27 Haziran 2005 tarihinde inşaatçı ipoteğinin kesin tescili talebini reddetmiş, fakat ZGB Art. 672 Abs. 1 hükmüne dayanarak F. A.Ş.'yi E.'ye 460.000 İsviçre Frangı ödemekle sorumlu tutmuştur.

Her iki taraf da bu kararı temyiz etmiş, bunun üzerine Bern Kantonu Yüksek Mahkemesi (Temyiz Mahkemesi, 1. Hukuk Dairesi) 24 Ocak 2007 tarihinde inşaatçı ipoteğinin tescili talebini aynı şekilde reddetmiş ve F. A.Ş.'nin 381.100 İsviçre Frangı ödemekle yükümlü olduğuna karar vermiştir.

Yüksek mahkemenin kararına karşı hem E. (5A\_160/2007) hem de F. A.Ş. (5A\_161/2007) hukuk davaları temyizine başvurmuştur.

**BGE 134 III 147 s. 149**

E., kendi lehine 460.000 İsviçre Frangı tutarında, her halükarda mahkeme tarafından tespit edilecek daha yüksek bir meblağda bir inşaatçı ipoteğinin faiziyle birlikte kesin olarak tescil edilmesini ve ZGB Art. 672 Abs. 1 hükmüne dayanarak F. A.Ş.'nin söz konusu meblağı kendisine ödemekle yükümlü tutulmasını talep etmiştir.

Federal Mahkeme, E.'nin temyiz itirazlarını kısmen kabul etmiştir.

**Gerekçeler****Gerekçelerden Alıntılar:**

4. (...) Temyiz eden (E.), ZGB Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 hükmüne (inşaatçı ipoteğine) kıyasen ileri sürdüğü ipotek tescili talebinin reddedilmesine de

itiraz ettiği için Yüksek Mahkeme'nin kararı bu bakımdan da gözden geçirilmiştir.

**4.1** Federal Mahkeme, BGE 95 II 221 vd. kararında temyize gidenin başvurduğu hükmün genel olarak ZGB Art. 672 hükmünden doğan tazminat taleplerine uygulanıp uygulanamayacağını cevapsız bırakmıştır. Bu kararın temelini –taşınmaz maliki tarafından izin verilmeyen– inşaat müteahhidinin taşınmazın üzerinde bulunan otelin işletmecisiyle akdettiği (giriş yolunun ve park alanının genişletilmesine ilişkin) bir eser sözleşmesi çerçevesinde yapılan edimler oluşturmaktadır. Federal Mahkeme, özellikle inşaat müteahhidinin iyiniyetini göz önünde tutarak ve ZGB Art. 672 Abs. 1 hükmüne dayanarak inşaat müteahhidine tanınan tazminat talebi için ipotek tesisini meşru görmüştür (BGE 95 II 221 E. 3 s. 229-230).

ZGB Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 hükmünün, (kıyasen) ZGB Art. 672 hükmü kapsamında talep hakkı olan kişi lehine kanunî bir ipotek hakkı tanınması şeklinde uygulanması öğretide ağırlıklı olarak kabul görmemektedir (*DIE-TER ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 101/1982 II, s. 118; JEAN-CLAUDE DE HALLER, L'hypothèque légale de l'entrepreneur, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 101/1982 II, s. 224; JACQUES-MICHEL GROSSEN, Quelques problèmes actuels concernant l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 54/1973, s. 71; Federal Mahkeme'nin en başta belirtilen kararının kabul gördüğü eser: JOSEF HOFSTETTER, Basler Kommentar, N. 9 zu Art. 839/840 ZGB*). Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi ise ZGB Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 hükmünün kıyasen ZGB Art. 672'deki tazminat taleplerine uygulanmasını 21 Ekim 1977 tarihli bir kararında reddetmişti (ZR 77/1978 Nr. 133, s. 302 vd.).

**4.2** Bir zanaatkar ya da müteahhidin, bir kiracıyla akdettiği eser sözleşmesinin ifası kapsamında yaptığı çalışmaların söz konusu olduğu haller gibi somut olayda da müteahhit (davacı) ile malik arasında (tartışmalı inşaat işlerinin yapılmasına yönelik) bir sözleşme mevcut değildir.

### **BGE 134 III 147 s. 150**

Kiracıların yaptırdığı inşaat işleri için Federal Mahkeme, inşaatçı ipoteğinin tescil edilebileceğini birçok kez kabul etmiştir. Söz konusu inşaat işlerinin taşınmazda objektif bir değer artışına yol açmasının yanı sıra her şeyden önce malikin (kiralayanın) inşaat işlerinin yürütülmesine izin vermesi gerekir (BGE 126 III 505 E. 4a s. 507; BGE 116 II 677 E. 4c s. 683). Başka bir deyiş-

le, inşaat işleri malikin rızası hilafına yapılacak olursa malikin kanunî ipotek hakkına katlanmak zorunda kalmayacağı esas olarak söylenebilir.

**4.3** İlk inşaat projesinde doğrudan yer alanların, özellikle tartışmalı montaj işlerinin yapıldığı sırada taşınmazın maliki olan G. A.Ş.'nin tek yönetim kurulu üyesi olan A.'nın ve davet edilen noterin beyanlarının değerlendirilmesinden Yüksek Mahkeme, anılan işlerin inşaatla yürütülen işler kapsamında olduğu sonucuna varmıştır. Temyiz edilen kararda yapılan tespitler nedeniyle, davalı tarafından iddia edildiği gibi salt bir müsamahadan söz edilemez. Ayrıca Bölge Mahkemesi, Ekim 2002 ortasında inşaatın durmasına kadar her iki tarafın da taşınmazın davacıya devrinin gerçekleşeceğine güven duymuş olmasından yola çıkmıştır. Ortaya konulan şartlar altında ZGB Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 hükmünün, davacının ZGB Art. 672 Abs. 1 çerçevesindeki tazminat talebine kıyasen uygulanarak talep edilen ipotek teminatının sağlanması haklı görülmüştür.

Kanunî bir ipotek hakkının tesisine ilişkin talep eşyaya bağlı borç niteliğindedir ve bu nedenle taşınmazın talebin yapıldığı andaki malikine karşı yöneltilebilir (*BGE 92 II 227 E. 1 s. 229-230; ZOBL, a.g.e., s. 77-78; HANS MICHAEL RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Bası, Bern 2000, § 18 N. 46 vd.; HOFSTETTER, a.g.e., N. 11 zu Art. 837/838 und N. 22 zu Art. 839/840 ZGB*). Bu nedenle somut olayda, dava konusu taşınmazı sonradan G. A.Ş.'den iktisap eden davalıya karşı bu talep tereddütsüz olarak ileri sürülebilir. İpotek hakkının reddedilmesi bakımından da 5A\_160/2007 numaralı dosyadaki temyiz itirazları kabul edilmelidir.



# Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği Kavramı ve Bağımsızlık Kriterlerine Bakış

Ozan Mert ÖNDEŞ\*

## ÖZET

Şirket çatısı altında örgütlenmiş olan sermayenin sermayedarlar dışından seçilen yöneticiler tarafından yönetilmesinin temelleri 17. yüzyıla dayanmaktadır. Bu yöneticilerin gerçek anlamda “bağımsız” olmalarının nasıl temin edileceği sorunu 20. yüzyılda yasa koyucular ve akademisyenler tarafından tartışılmaya başlanmış, 21. yüzyılın başında ise Enron, Worldcom ve Parmalat gibi büyük yönetim skandallarının ardından bu sorunun çözümü kurumsal yönetim hareketinin temel amaçlarından biri haline gelmiştir. Bu bağlamda ABD, AB, İngiltere, Almanya, Fransa ve İsviçre gibi şirketler hukukunun lokomotif ülkelerinde yasa koyucular “bağımsız yönetim kurulu üyesi” kavramını düzenlemek için yasal düzenlemeler yaparken bu ülkelerdeki akademik çevreler ve çeşitli sivil toplum kuruluşları da bu sürece aktif biçimde dahil olmaktadır. Türk hukukuna da 2000’li yılların başlarında giren bağımsız yönetim kurulu üyesi kavramı, özellikle 2011 yılından itibaren sermaye piyasası mevzuatında yapılan değişikliklerle borsa şirketleri için büyük önem kazanmıştır. Bağımsız üye tanımı ve bağımsızlık kriterleri bakımından yukarıda anılan ülkelerin önderliğinde uluslararası alanda üzerinde uzlaşma sağlanmaya başlanan bazı düzenlemelerin Sermaye Piyasası Kurulu (“SPK”) tarafından da kabul edildiği gözlemlenirken, bu ülkelerde veya başka hiçbir modern hukuk düzeninde örneğine rastlanmayan bazı düzenlemelerin de bunlara eklendiği görülmektedir. Bu çalışmada “bağımsız yönetim kurulu üyesi” kavramının tarihsel gelişimi kısaca özetlendikten sonra yukarıda adı geçen ülkelerdeki hukuki düzenlemeler ışığında bu kavramın tanımlanması ve bağımsızlık kriterlerine ilişkin tartışmalar ele alınacak ve son olarak da Türkiye’deki düzenlemeler diğer ülkelerle karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

**Anahtar kelimeler:** Bağımsız yönetim kurulu üyesi, kurumsal yönetim, Sermaye Piyasası Kurulu, SPK, bağımsızlık kriterleri.

\* Avukat.

## A Look at the Concept of Independent Directorship and Independence Criteria

### ABSTRACT

Management of the capital that has been organized under the roof of corporations by outside directors dates back to 17th century. The problem of how to ensure that these directors are truly “independent” has been a topic of discussion among lawmakers and academics during the 20th century; and following the major management crises such as Enron, Worldcom and Parmalat in the beginning of 21st century, finding a solution to this problem has become one of the main objectives of the corporate governance movement. In this respect, while lawmakers in the locomotive countries of corporate law such as the USA, EU, UK, Germany, France and Switzerland have adopted new legislation to regulate the concept of “independent director”, academic circles and various NGOs in these countries are also actively engaging in this process. The concept of independent director has entered Turkish law in the early 2000s, and has gained great importance for listed companies especially following the changes in Turkish capital markets legislation from 2011 onward. While it is observed that the Capital Markets Board of Turkey has accepted some of the arrangements regarding the definition of independent director and determination of independence criteria that are gaining international uniformity under the leadership of the aforementioned countries, it is also seen that some other arrangements that are unprecedented in these countries or any other modern legal system are also added. In this study, after a brief summary of the historical development of the concept of “independent director”, the discussions regarding definition of this concept and determination of the independence criteria will be handled in light of the legal arrangements in the aforementioned countries and finally the arrangements in Turkey will be examined in comparison with the other countries.

**Keywords:** Independent director, corporate governance, Capital Markets Board, independence criteria.

### I) GİRİŞ

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından ilk kez 2003 yılında yayımlanan ve o tarihten itibaren sürekli olarak güncellenen Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin<sup>1</sup> (“KYİ”) ve genel olarak kurumsal yönetim sisteminin temelinde yer alan kavramlardan biri bağımsız yönetim kurulu üyesidir. Zira bağımsız yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu bünyesinde oluşturulan denetim komitesi ve benzeri komitelerde görev alma, şirketin ilişkili taraf işlemleri ile önemli ni-

---

<sup>1</sup> Son hali 03.01.2014 tarih ve 28871 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Seri:II No:17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği (“II-17.1 sayılı Tebliğ”) ile düzenlenmiştir.

telikteki işlemlerini onaylama gibi bazı özel yetkilerle donatılmıştır. Bu bakımdan görev aldıkları şirkette kurumsal yönetimin etkin ve sürdürülebilir biçimde tatbik edilmesinin ve küçük yatırımcılar başta olmak üzere kurumsal yönetim sistemi ile hakları korunması amaçlanan tüm çıkar gruplarının söz konusu haklarının koruma altına alınmasının en büyük teminatı, bağımsız yönetim kurulu üyeleridir.

Bununla birlikte, 2011 yılından itibaren SPK mevzuatında yapılan değişikliklerle birlikte bazı borsa şirketleri bakımından zorunlu hale gelen bağımsız yöneticilik uygulaması Türkiye’de oldukça yenidir. ABD’de 1940’lardan beri tartışılan bu kavram Türk hukuk literatürüne 2000’lerde girmiş olup<sup>2</sup>, Türk şirketlerinin uygulamaları da bu konuda Batı ülkelerindeki muadillerine göre geriden gelmektedir. Borsa şirketlerinin yönetim kurullarında bağımsız üye oranı ABD, Kanada ve Fransa’da yüzde 80’ler düzeyinde ve İngiltere’de de %50 seviyesindeyken<sup>3</sup>, Türkiye’de 2011 yılında yapılan bir araştırmaya göre İMKB şirketlerinin %65’inde tek bir bağımsız yönetim kurulu üyesi olmadığı ortaya çıkmıştır<sup>4</sup>.

Dolayısıyla kurumsal yönetim sisteminde bu kadar önemli bir yere sahip olmakla birlikte ülkemizde teorik ve pratik anlamda henüz oturmamış olan “bağımsız yönetim kurulu üyesi” kavramının doğru biçimde tanımlanması ve bağımsızlık kriterlerinin de doğru biçimde oluşturulması çok önemlidir. Bununla birlikte, “bağımsızlık” kavramı yapısı gereği içinde öznel ve nesnel pek çok farklı unsuru bir arada bulundurduğundan bu kavramın genelgeçer bir tanımını yapmak da bir o kadar zordur.

Bu çalışmada bağımsız yönetim kurulu üyesi kavramının tarihsel gelişimi ile birlikte bu kavrama ilişkin getirilen tanım ve kriterler incelenecek; bu bağlamda Türkiye’nin yanı sıra ABD, AB, İngiltere, Almanya, İsviçre ve Fransa gibi hukuk sistemleri karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

## II) BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYESİ KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Sermaye şirketlerinin hissedarlar dışından seçilmiş yöneticilerden oluşan yönetim kurulları tarafından yönetilmesi ve şirket yönetiminin şirketin organ-

2 Bağımsız yöneticilik kavramının tarihsel gelişimi için bkz. aşağıda III numaralı başlık.

3 Ebru Karpuzoğlu Özelmas, *Kurumsal Yönetişimde Yönetim Kurulu*, İstanbul 2009.

4 Figen Tahiroğlu Würsching (ed.), *Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği: Zamani Geldi Mi? Ne Düşünüyorlar?*, İstanbul 2011.

ları veya şirket dışından kişilerce denetlenmesi gibi kavramlar daha 17. yüzyılda Hollanda Doğu Hindistan Şirketi'yle hukuk literatürüne girmiş olmakla birlikte, bugünkü anlamıyla "bağımsız yönetici" kavramı 20. yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkmış ve son çeyreğinde yaygınlaşmaya başlamıştır<sup>5</sup>.

Modern anlamda kurumsal yönetimin ve bağımsız yönetim kurulu üyesi kavramının gerekliliği ABD'de ilk kez Büyük Buhran sonrasında tartışılmaya başlanmıştır. 1932'de *Berle ve Means*, modern şirketlerde hissedarların sayıca çokluğu nedeniyle kolayca bir araya gelip güçlerini odaklayamamaları, bu nedenle yönetim üzerinde etkin kontrole sahip olamamaları ve yönetimin de bu sayede gücünü kötüye kullanma imkanı bulması gibi yapısal sorunları ilk kez irdeleyerek şirket hissedarları ile onları temsil ettikleri varsayılan yöneticiler arasında temelde bir "temsil sorunu" olduğunu ortaya koymuşlardır<sup>6</sup>. Aynı yazarlar o dönemde "bağımsız yönetici" tabirini kullanmamakla birlikte tespit ettikleri bu yapısal sorunların çözümünün şirket yönetimi için "ehil kişilerin bulunması ve şirket işleriyle ilgili bu kişilere inisiyatif tanınması" ile mümkün olacağını ifade etmişlerdir<sup>7</sup>. ABD'de ilerleyen yıllarda gelişen bağımsız yönetici kavramının da *Berle ve Means* tarafından tespit edilmiş olan bu temsil sorununa çözüm arayışlarının bir sonucu olarak ortaya çıktığı söylenebilir.

1950 ve 60'larda ABD'de yönetim kurullarının genelde şirketin üst düzey yöneticileri, şirketle sözleşme ilişkisi kuran kişiler (avukat, yatırım bankacısı

5 Klaus J. Hopt / Patrick C. Leyens, "Board Models in Europe, Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, The United Kingdom, France, and Italy," *European Company & Financial Law Review*, Vol. 1(2), 2004, s. 136-137; Korkut Özkorkut, *Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri*, Ankara 2007, s. 5-7.

6 Adolf A. Berle / Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York 1932, s. 84-89, 121-122; Stephen M. Bainbridge, "Independent Directors and the ALI Corporate Governance Project," *George Washington Law Review*, Vol. 61(4), 1993, s. 1034; Umakanth Varottil, "Corporate Governance in Emerging Economies: Role of the Independent Director," (Tez) National University of Singapore, Singapore 2009, s. 90-91; Michael K. Tarver, "Arrogance of Corporate Power: A Study of the Evolution of the Fiduciary Duty Owed by Management to the Corporation or Its Shareholders," *Tulane Law Review*, Vol. 42, 1967, s. 155-156.

7 Adolf A. Berle / Gardiner C. Means, "Corporations and the Public Investor," *American Economic Review*, Vol. 20(1), 1930, s. 60; Kenneth Lipartito / Yumiko Morii, "Rethinking the Separation of Ownership from Management in American History," *Seattle University Law Review*, Vol. 33(4), 2010, s. 1048; Barry D. Baysinger / Henry N. Butler, "Revolution Versus Evolution in Corporate Law: The ALI's Project and the Independent Director," *George Washington Law Review* Vol. 52, 1984, s. 559.

vb.) ve icra kurulu başkanı (CEO) tarafından seçilmiş bazı sözde “bağımsız” yöneticilerden oluştuğu görülmektedir<sup>8</sup>. Bu dönemde yönetim kurulunun bağımsızlığına ilişkin şirketlere yükümlülük getiren herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, halka açık şirketlerin hissedarlar gözünde olumlu algı yaratarak değerlerini yükseltme amacıyla bu yönde (çoğunlukla göstermelik olarak) bazı adımlar attığı görülmüştür<sup>9</sup>.

Fakat iç denetimden yoksun olan bu sistemin düzgün işlemediği ve köklü değişikliklerin gerektiği 1970’lerin sonunda Watergate skandalı ve Penn Central demiryolu şirketinin iflası gibi şoklarla anlaşılmıştır<sup>10</sup>. Yolsuzluğa karşı olan veya iflase sürüklenen şirketlerde icrada görev almayan yönetim kurulu üyelerinin bu durumlarla ilgili bilgi sahibi dahi olmadıklarının anlaşılması üzerine<sup>11</sup> ABD’de şirket yönetim kurullarının oluşumundaki yapısal sorunlar bir kez daha tartışma konusu olmuştur. Eski Yüksek Mahkeme yargıçlarından Goldberg, yönetim kurullarının “*şirketler hukukunda öngörülen karar verici ve hissedarlar ile toplumun çıkarlarını koruyucu rollerinden tamamen uzak biçimde salt istişari ve onaylayıcı bir görevle kısıtlanmış olmasını*” eleştirerek tüm yönetim kurulu üyeliği görevlerinden istifa ettiğini açıklamıştır<sup>12</sup>. Bu soruna bir çözüm önerisi olarak, “yol gösteren” yönetim kurulunun (*advisory board*) yerini “gözetim yapan” yönetim kurulunun (*monitoring board*) alması gerekliliği Eisenberg tarafından öne sürülmüş olup, bu prensip hem doktrinde hem de uygulamada yaygın biçimde kabul edilmiştir<sup>13</sup>. Securities and Exchange Commission<sup>14</sup> (“SEC”) da “gözetim yapan yönetim kurulu”

8 Jeffrey Gordon, “The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices,” *Stanford Law Review*, Vol. 59(6), 2007, s. 1513-1514; Robert W. Hamilton, “Corporate Governance in America: 1950-2000 Major Changes but Uncertain Benefits,” *Journal of Corporation Law*, Vol. 25, 2000, s. 350-351; Cyril Moscow, “The Independent Director,” *Business Lawyer*, Vol. 28, 1972, s. 11; Özkorkut, s. 9-11.

9 Varottil, s. 100; Roberta S. Karmel, “Independent Corporate Board: A Means to What End?” *George Washington Law Review*, Vol. 52(4-5), 1984, s. 544.

10 Gordon, s.1514-1517; Özkorkut, s. 11-13; Baysinger / Butler, s. 560.

11 Öyle ki, Penn Central yönetim kurulu üyelerinin şirketin iflasını gazetelerden öğrendikleri ifade edilmektedir (Hamilton, s. 352).

12 Hamilton, s. 352; Arthur J. Goldberg, “Debate on Outside Directors,” *New York Times*, 29 Ekim 1972, s. 1-3.

13 Melvin Aron Eisenberg, *The Structure of the Corporation: A Legal Analysis*, Toronto 1976, s. 164-170; Varottil, s. 101-105.

14 SEC, 1934 yılından beri ABD’de sermaye piyasalarının düzenlenmesi ve kontrolünden sorumlu olarak federal hükümet bünyesinde faaliyet gösteren kurumdur.



da bu yöntemin uygulanmasının mahkemece geçerli kabul edilebilmesi için aranan önemli koşullardan biri olarak söz konusu kararın şirket yönetim kurulundaki bağımsız üyelerce de onaylanmış olması koşulu belirtilmiştir<sup>19</sup>. Mahkemelerce bağımsız üyelerin kararlarına bu şekilde önem atfedilmesinin yanında, şirket üst yöneticileri de dışarıdan gelen devralma taleplerine karşı savunma yöntemlerine başvurmanın hissedarların çıkarına olduğu konusunda yatırımcıları (özellikle de kurumsal yatırımcıları) ikna edebilmek için de bağımsız üyelerin bu kararı desteklemelerine ihtiyaç duymuşlardır<sup>20</sup>. Bu gelişmeler Amerikan şirketler hukukunda 1980'lerden başlayarak bağımsız üyelerin öneminin daha da artması sonucunu doğurmuştur<sup>21</sup>.

1990'larda icra kurulu başkanı ve diğer üst düzey yöneticilerin kazançlarında çok büyük artışlar gözlenirken bu üst düzey yöneticilerin performans ve kazançlarının şirket hisse değerindeki artışlara bağlı kılınması modeli yönetim kurulları tarafından kabul edilmiştir<sup>22</sup>. Fakat hisse değerlerinin gerçeği yansıtmayıp yansıtmadığının kontrolü de yine aynı üst düzey yöneticiler tarafından açıklanan finansal bilgilere dayanmaktadır. Bu durum, yöneticilerin kendi çıkarlarını korumak ve hisse değerlerini yüksek tutmak için bu finansal bilgilerde çeşitli saklama veya değişiklikler yaparak şirketin finansal durumunu olduğundan farklı gösterme çabasına girmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Sistemdeki bu temel aksaklığın sonucu olarak 2000'lerin başında ABD'de *Enron*

---

“Agency Theory, Managerial Welfare and Takeover Bid Resistance,” *Rand Journal of Economics*, Vol. 15(1), 1984, s. 54-68

19 *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985), s. 955; *Moran v. Household International*, 500 A.2d 1346 (Del. 1985), s. 1356; *Polk v. Good*, 507 A.2d 531 (Del. 1986), s. 538: Bu kararlarda *poison pill* yönteminin geçerliliği için belirlenen ve literatüre “*Unocal testi*” olarak geçen kriterlere göre, bu yönde alınacak yönetim kurulu kararının işadami kararı (*business judgment*) olarak kabul edilebilmesi ve geçerli olması için iyi niyetli ve makul olması gibi unsurlar aranmıştır. Kararın bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu tarafından desteklenmiş olması ise makul olma ve iyi niyetli olma gibi koşulların varlığı yönünde önemli bir karine olarak kabul edilmiştir. (bkz. Marcel Kahan, “Paramount Or Paradox: The Delaware Supreme Court’s Takeover Jurisprudence,” *Journal Of Corporation Law*, Vol. 19(3), 1994, s. 586-587; Joseph M. Grieco, “The Ever-Evolving Poison Pill: The Pill in Asset Protection and Closely-Held Corporation Cases,” *Delaware Journal of Corporate Law* Vol. 36, 2011, s. 630-631

20 Gordon, s. 1522-1523.

21 Gordon, s. 1520-1523; Özkorkut, s. 16-18.

22 Daniel Bergstresser / Thomas Philippon, “CEO incentives and earnings management,” *Journal of Financial Economics*, Vol. 80, 2006, s. 511-512.

ve *Worldcom* skandalları sermaye piyasalarında büyük bir şok yaratmıştır<sup>23</sup>. Aynı dönemde Avrupa'da da benzer temellere dayanan *Parmalat* skandalı, bu kez şirketin üst yönetimini elinde bulunduran hakim hissedarların şirket değerini olduğundan yüksek göstermek ve şirket kaynaklarını sahip oldukları başka şirketlere aktarmak gibi amaçlarla finansal bilgilerde oynamalar yapması sonucunda ortaya çıkmıştır<sup>24</sup>.

Bu büyük skandallar ABD ve Avrupa'da kurumsal yönetim ve iç denetim mekanizmaları ile ilgili mevcut düzenlemelerin yeterliliğinin sorgulanmasına neden olmuş ve önemli reformların yolunu açmıştır<sup>25</sup>. Daha sert düzenlemele-re giden ABD'de Sarbanes Oxley Yasası'nın (2002) çıkarılması<sup>26</sup> ve bu yasa çerçevesinde NYSE ile NASDAQ<sup>27</sup> kotasyon kurallarında yapılan değişiklikler ile borsa şirketlerinin yönetim kurullarının yarısından fazlasının bağımsız olması, yetkileri arttırılan denetim komitesinin tamamının bağımsız üyelerden oluşması ve üst düzey yöneticilerin ücretlerinin yine tamamı bağımsız üyelerden oluşan ücret belirleme komitelerince (*compensation committee*) belirlenmesi gibi düzenlemeler getirilmiştir<sup>28</sup>. ABD'deki bu düzenlemelerden etkilenen<sup>29</sup> Avrupa tarafında ise, Almanya'da bağımsız üyelerin bulunduğu gözetim

23 Gordon, s. 1535-1538; Özkorkut, s. 18-22.

24 Luca Enriques / Paolo Volpin, "Corporate Governance Reforms in Continental Europe," *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21(1), 2007, s. 123-125.

25 Enron'un iflasında bağımsız yönetim kurulu üyelerinin gerçek anlamda bağımsız karar veremeleri ve şirket yöneticileri üzerinde etkin denetim sağlayamamalarının etkili olduğu ile ilgili bkz. Troy A. Paredes, "Enron: The Board, Corporate Governance and Some Thoughts on the Role of Congress," *Enron: Corporate Fiascos and Their Implications*, New York 2004, s. 503-515; Charles M. Elson, "Enron and the Necessity of the Objective Proximate Monitor," *Cornell Law Review*, Vol. 89(2), 2004, s. 499-500; Marianne M. Jennings, "Primer on Enron: Lessons from a Perfect Storm of Financial Reporting, Corporate Governance and Ethical Culture Failures," *California Western Law Review*, Vol. 39(2), 2003, s. 199-203.

26 ABD'de şirketlerin iç yönetimine ilişkin kurulların belirlenmesi geleneksel olarak eyalet yönetimlerinin yetki alanında görüldüğü halde Sarbanes-Oxley yasası ile birlikte bu konuda federal bir düzenleme yapılmış ve yeknesaklığın sağlanması amaçlanmıştır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Fairfax, s. 388-406.

27 National Association of Securities Dealers Automated Quotations

28 Enriques / Volpin, s. 129; Gordon, s. 1538-1540; Özkorkut, s. 21-22; Mahmut Demirbaş / Süleyman Uyar, *Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Denetim Komitesi*, İstanbul 2006, s. 214-216.

29 Bu etkilenme öncelikle ABD sermaye piyasalarında faaliyet gösteren Avrupa merkezli şirketlerin Sarbanes-Oxley sistemine dahil olmak zorunda kalmasıyla fiili düzeyde başlamış, daha sonra da Avrupa Komisyonu ile SEC arasında işbirliği ve düzenlemelerin yeknesaklaştırılması amacıyla "Transatlantik Diyalog" olarak adlandırılan sürecin başlaması ile resmi boyut ka-



kurullarının (*Aufsichtsrat*) yetkilerinin genişletilmesi, Fransa’da icra kurulu başkanı ve yönetim kurulu başkanı pozisyonlarının ayrılmasına izin verilmesi<sup>30</sup> ve İtalya’da da iç denetim komitelerinin yetkilerinin artırılarak üyelerinin bağımsızlığı ile ilgili daha sıkı kriterler belirlenmesi gibi düzenlemelerle yönetim kurullarının bağımsızlığının ve gücünün artırılması amaçlanmıştır<sup>31</sup>.

1950’lerden itibaren sırasıyla ABD ve Avrupa’da kademeli olarak sayıları ve yetkileri artan<sup>32</sup> bağımsız yönetim kurulu üyeleri, 2000’lerin başından itibaren halka açık şirketlerin kilit oyuncularına haline gelmişlerdir.

Bağımsız yönetim kurulu üyeliği kavramı Türk hukukuna da 2002’de yayımlanan TÜSİAD Kurumsal Yönetim İlkeleri En İyi Uygulama Kodu<sup>33</sup> (“TÜSİAD KYİ Kodu”) ile girmiştir. TÜSİAD KYİ Kodu’nun “Yönetim Kurulu Üyelik Yapısı” başlıklı 3. Bölümünde, “*Bağımsız üyelerin yönetim kurulunda çoğunlukta bulunması, bir şirkette kurumsal yönetimin doğru ve tarafsız uygulamaları sağlayabilmesi için ön koşuldur. Bağımsız üyeler, şirketin çıkarlarını her şeyin üstünde tutabilme ve kararlarda tarafsız olabilme avantajına doğal olarak sahiptirler.*” ifadesi ile bu kavramın önemi belirtildikten sonra bağımsız üyelerde aranması önerilen bağımsızlık kriterleri de sayılmıştır. Bunu müteakip SPK da Temmuz 2003’te Kurumsal Yönetim İlkeleri’ni

---

zandı. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Hans-Jurgen Hellwig, “US Concept of Corporate Governance under the Sarbanes-Oxley Act of 2002 and Its Effects in Europe,” *European Company and Financial Law Review*, Vol. 4(3), 2007, s. 417-433.

30 Fransız mevzuatında 2001 yılına kadar ayırımı yapılmasına izin verilmezken anonim şirketlerdeki hakim uygulamada hem icra kurulu hem de yönetim kurulu başkanlığının “*président directeur-général*” pozisyonunda birleştiği görülmekteydi. Societe Generale bankasının onursal başkanı Marc Viénot başkanlığında Fransa’nın önde gelen şirketlerinin yönetim ve icra kurulu başkanlarından oluşan komitenin 1999 yılında yayımlanan ikinci raporunda bu konu ele alınmış ve Fransız mevzuatında bu ayırımı olanak sağlayıcı düzenlemelerin yapılması önerilmiştir. Daha sonra 2001 yılında mevzuatta değişiklik yapılarak bu ayırımı yapma olanağı şirketlere tanınmıştır. (Victoria Krivogorsky, “Ownership, board structure, and performance in Continental Europe,” *International Journal of Accounting*, Vol. 41, 2006, s. 185; Recommendations of the Committee on corporate governance chaired by Mr Marc VIENOT, AFEP-MEDEF, Temmuz 1999 (Erişim: <[http://www.europalace.net/files/rapport\\_vienot2\\_uk.pdf](http://www.europalace.net/files/rapport_vienot2_uk.pdf)>, Son Erişim: 09.06.2014)

31 Enriques / Volpin, s. 129-130.

32 1950’lerde ABD’de halka açık şirketlerin yönetim kurullarının yaklaşık %20’si bağımsız üyelerden oluşurken 2005’te bu oran %75 seviyesine yükselmiştir. (Gordon, s. 1465)

33 Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, TÜSİAD-T/2002-12/336, Aralık 2002 (Çevrimiçi Erişim: [http://www.tusiad.org/\\_rsc/shared/file/kurumsalyonetim.pdf](http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/kurumsalyonetim.pdf), Son Erişim: 06.06.2014).

yayımlamış<sup>34</sup> ve Şubat 2005'te de bu ilkeleri güncellemiştir<sup>35</sup>. Herhangi bir bağılayıcılığı bulunmayan ve tamamen tavsiye niteliğinde olan SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde de ABD ve Avrupa'daki uygulamalarla paralel olarak bağımsız yönetim kurulu üyesinin tanımlandığı ve bağımsızlık kriterlerinin belirlendiği görülmektedir. Buna karşılık, 11 Ekim 2011 tarihinde çıkarılan Seri: IV No: 54 sayılı Tebliğ<sup>36</sup> ve bundan sonra çıkarılan diğer ilgili tebliğler ile birlikte Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin belli kısımları bazı halka açık şirketler bakımından bağılayıcı kılınmış ve ayrıca bağımsız üyenin tanımı, yetkileri ve bağımsızlık kriterlerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişiklikler ve mevzuata eklenen yeni kriterler aşağıda incelenmektedir.

### III) BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYESİ KAVRAMI

#### 1. Terminoloji: : “Bağımsız yönetim kurulu üyesi” ve “bağımsız yönetici”

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin tanımını yapmadan önce bu kavramın adlandırılmasıyla ilgili kısaca giriş yapmak yerinde olacaktır. Karşılaştırmalı hukukta incelendiğinde bu kavramın çoğunlukla “bağımsız yönetici” (*independent director*) olarak ifade edildiği de görülmekle birlikte, SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 2003'ten beri yayımlanan tüm metinlerinde de bağımsız yönetici ifadesinin özellikle kullanılmadığı ve “bağımsız yönetim kurulu üyesi” veya kısaca “bağımsız üye” ifadelerinin tercih edildiği görülmektedir<sup>37</sup>. Hatta KYİ'nin Şubat 2005 tarihli metninin SPK tarafından yayımlanan İngilizce çevirisinde de bu kavramların karşılığı olarak “*independent board member*” ve “*independent member*” ifadelerine yer verildiği görülmektedir<sup>38</sup>.

34 Kurumsal Yönetim İlkeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Temmuz 2003 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/kyy\\_tr.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/kyy_tr.pdf)>, Son Erişim: 09.06.2014).

35 Kurumsal Yönetim İlkeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Şubat 2005 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/cmb\\_principles\\_turkey\\_2005\\_tr.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/cmb_principles_turkey_2005_tr.pdf)>, Son Erişim: 09.06.2014).

36 Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri:IV No:54), Sermaye Piyasası Kurulu, Resmi Gazete, 11.10.2011, 28081 (2. Mükerrer) (Mülga) (“IV-54 sayılı Tebliğ”).

37 Örneğin II-17.1 sayılı Tebliğ ile kabul edilen güncel KYİ metninde; “4.3.5. **Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin görev süresi üç yıla kadar olup ...**” ve “4.3.6. **Aşağıdaki kriterlerin tamamını taşıyan yönetim kurulu üyesi “bağımsız üye” olarak nitelendirilir.**”

38 Corporate Governance Principles, Capital Markets Board (CMB), February 2005 (Çevrimiçi Erişim: <<http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=55&fn=55>>.

Aynı şekilde TUSİAD KYİ Kodu'nda da “bağımsız yönetim kurulu üyesi” terimi kullanılmıştır<sup>39</sup>.

Uluslararası literatürde çoğunlukla kullanılan “bağımsız yönetici” ifadesinin SPK tarafından bilinçli olarak tercih edilmeyerek “bağımsız yönetim kurulu üyesi” kavramının kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu tercihin temel nedeninin “yönetici” kavramının yönetim kurulunda yer almayan profesyonel yöneticileri de kapsayan daha geniş bir kavram olması ve “bağımsız yönetici” ifadesinin anlamda karışıklığa yol açabilme ihtimali olduğu düşünülebilir.

Zira en son II-17.1 sayılı Tebliğ ile revize edilen KYİ'nin çeşitli maddelerinde “yönetim kurulu üyesi” ve “yönetici” kavramlarının yan yana kullanıldığı ve “yönetici” kavramı ile sadece yönetim kurulu dışında yer alan profesyonel yöneticilerin ifade edildiği anlaşılmaktadır. Örneğin KYİ'nin güncel metninin 1.3.6 maddesinde “... *Yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin, idari sorumluluğu bulunan yöneticilerin ...*” ve 2.2.2(a) maddesinde de “*Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin şirket dışında yürüttükleri görevler...*” şeklinde ifadeler kullanılmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nda da “yönetici” kavramının yönetim kurulu üyesinden farklı olarak icradan sorumlu profesyonel yöneticileri ifade etmek üzere kullanıldığı görülmektedir<sup>40</sup>.

SPK'nın kavramın adlandırılmasında uluslararası hukuk literatüründeki yaygın kullanımın dışına çıkmış olmasının temel nedeninin Türkçe ve İngilizce'de kullanılan kavramlar arasındaki farklılık olduğu anlaşılmaktadır. Türkçe'deki “yönetici” kavramının İngilizce'de “*executive*” ve “*director*” gibi iki karşılığı olup bunlardan “*executive*” üst düzey profesyonel yöneticiler (icra kurulu başkanı, finans işlerinden sorumlu icra yetkilisi vb.) için, “*director*” ise yönetim kurulu üyeleri için kullanıldığından “*independent director*” kavramı

pdf&submenuheader=null>, Son Erişim: 11.06.2014), Part IV – Board of Directors, s. 41-42.

39 “Bağımsız yönetim kurulu üyesi” teriminin kullanımı için bkz. Bölüm 3, s. 17 vd.

40 TTK'da “yönetici” kavramı açıkça tanımlanmış olmakla birlikte çeşitli maddelerde bu kavramın yönetim kurulu üyesi ile birlikte ve ondan ayrı bir pozisyonu ifade etmek üzere kullanılmasından bu sonuca varmak mümkündür. Örneğin; “*MADDE 205- (1) Bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililer ...*”; “*MADDE 424- (1) Bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurur*” ve “*MADDE 1521- (1) Ticaret şirketlerinde, ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından veya pay sahipliğinden kaynaklanan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır.*”

ile hangi yöneticilerin kast edildiği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Fakat Türkçe’de “yönetici” kavramından çoğunlukla üst düzey profesyonel yöneticiler anlaşıldığından “bağımsız yönetici” yerine “bağımsız yönetim kurulu üyesi” kavramının kullanılması yerinde bir tercih olmuştur.

Öte yandan geçmişte çeşitli ülkelerde “icrada görev almayan yönetici” (*non-executive director*), “dışarıdan gelen (harici) yönetici” (*outside director*) ve bağımsız yönetici (*independent director*) kavramları birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılmış olsa da<sup>41</sup>, özellikle 2000’lerin başından itibaren tüm ülkelerde hızlanan kurumsal yönetim mevzuat çalışmaları sonucunda bağımsız yönetici kavramı uygulamada genel olarak kabul gören kavram olmuş ve bu sayede olası anlam bulanıklıklarının önüne geçilmiştir.

## 2. Tanım

Uluslararası doktrinde ve mevzuatta bağımsız yönetim kurulu üyesi kavramına dair yapılan farklı tanımlamaların olduğu ve yeknesak bir tanımın bulunmadığı görülmektedir. Doktrinde bağımsız üye tanımının kapsamının şirket ve hissedarlardan ibaret olup olmadığı ve bu tanımın şirket içindeki ve dışındaki diğer paydaşları da kapsayacak şekilde genişletilmesinin doğru olup olmadığı konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır<sup>42</sup>. Ancak bugün hem doktrinde hem de uygulamada bağımsız üyenin görev ve sorumluluk tanımı ile sınırlarını daha dar yorumlayan anlayışın hakim olduğu söylenebilir.

### 2.1. Doktrinde ve mahkeme kararlarında yapılan tanımlar

Bağımsız yönetim kurulu üyesi tanımının öncelikle ABD’de mahkeme kararları ve bunlara bağlı olarak doktrinde geliştirildiği, bundan sonra da uygulamadaki seyre paralel olarak ABD ve Avrupa’da önde gelen borsaların

41 William Houston / Nigel Lewis, *The Independent Director*, London 1992.

42 Bağımsız üye tanımının kapsamını şirket çalışanları, tüketiciler, kadınlar, azınlıklar, çevre ve genel olarak toplumun çıkarlarının gözetilmesini ve şirketin sosyal sorumluluğunu yerine getirmesinin temin edilmesini de içerecek şekilde geniş yorumlayan görüşler için bkz. Gordon, s. 1517-1518; Yuan Zhao, *Corporate governance and directors' independence*, Alphen aan den Rijn 2011, s. 93-96; Ralph Nader / Mark J. Stone, *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior*, New York 1975, s. 158 183; Harvey J. Goldschmid, “The greening of the board room: Reflections on corporate responsibility,” *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 10, 1973, s. 17, 26-27; Donald E. Schwartz, “Towards New Corporate Goals: Co-Existence with Society,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 60(1), 1971, s. 95-96.

kotasyon kuralları ve yasal mevzuat çerçevesinde tanımlamaların yapıldığı görülmektedir.

1970'lerin başında ABD'de bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sayılarının ve etkinliklerinin artırılmasının tartışıldığı dönemde *Moscow*, bağımsız üyenin şirketin uzun vadeli ticari başarısını desteklemek için çalışan ve bu görevinde sadece genel ahlak çerçevesi ile bağlı olan kişi olduğunu ve mevcut hissedarlar, hükümet, azınlık grupları, tüketiciler, işçiler veya kamunun değil, sadece şirketin gelecekteki hissedarlarının temsilcisi gibi hareket etmesi gerektiği öne sürmüştür<sup>43</sup>. *Leech ve Mundheim* ise, bağımsızlığın her koşulda şirket yönetiminin kararlarına muhalefet etmek veya onların her kararını şüphe ile karşılamak anlamına gelmediğini, fakat şirket üst yönetiminin ve özellikle de icra kurulu başkanının tahakkümü altına girmeden onları gözetleme ve onlara tavsiyelerde bulunma gibi görevleri yerine getirebilmek şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmişlerdir<sup>44</sup>.

1980'lerin birleşme ve devralmalar bakımından çok hareketli ticari ortamında ABD mahkemeleri de bağımsız üyenin tanımı, unsurları ve görevleri gibi sorunlarla çokça ilgilenmek durumunda kalmışlardır. Yönetim kurulu üyesinin bağımsızlığı kavramının tanımı ise ilk kez Delaware Yüksek Mahkemesi tarafından *Aronson v. Lewis* kararında yapılmıştır<sup>45</sup>:

*“Bağımsızlık, yönetim kurulu üyesinin kararının dış hesaplara veya etkilere değil, kurulun önündeki konunun şirket çıkarlarına etkisine dayalı olarak belirlenmesidir. Üyelerin birbirlerine danışmaları, tartışmaları, farklılıklarını uzlaşma ile veya birbirlerinin ya da yetkin kişilerin konuyla ilgili deneyimine duydukları makul güven çerçevesinde çözümlemeleri mümkündür. Fakat son tahlilde bütün üyelerin kendi bilinçli işadamları kararlarını, bu kararları birer inançsız işlem haline getiren dış etkilere boyun eğmek veya aldırış etmeksizin, salt ilgili konunun şirket çıkarlarına etkileri özelinde verebilmeleri gereklidir.”*

Kurumsal yönetimin hızlı gelişim gösterdiği 2000'lerde ise *Clarke*, bağımsız yöneticinin tipik tanımını, “yönetimin gözüne girmeye hiçbir şekilde ihtiyacı veya eğilimi olmayan, yönetim kurulu toplantı salonunda veya di-

43 *Moscow*, s. 12.

44 *Noyes E. Leech / Robert H. Mundheim*, “The Outside Director of the Publicly Held Corporation,” *Business Lawyer*, Vol. 31, 1976, s. 1830.

45 *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984), s. 816.

şında hissedarların çıkarlarını korumak için yönetimin kötü niyetli eylemleri karşısında sözünü sakınmadan düşüncelerini söyleyebilecek olan kimse” olarak yapmıştır<sup>46</sup>.

## 2.2. Mevzuatta yapılan tanımlar

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin tanımı da dahil olmak üzere kurumsal yönetime ilişkin pek çok konu 1930'lardan itibaren özellikle ABD'de mahkemeleri ve akademik çevreleri çokça meşgul etmiş olsa da, kurumsal yönetim ilkelerinin kodifiye edilmesi nispeten daha yeni bir uygulama olup bu anlamda dünyadaki ilk kurumsal yönetim kodu 1978'de ABD'de yayımlanmıştır<sup>47</sup>. Özellikle 1990'ların başından itibaren dünya çapında kurumsal yönetim ilkelerinin kodifikasyonu büyük hız kazanmış, 2008 yılı itibariyle kimileri bağlayıcı kimileri ise tavsiye niteliğinde olmak üzere 64 ülkede toplam 196 farklı kurumsal yönetim kodunun yayımlandığı tespit edilmiştir<sup>48</sup>. Bugün itibariyle ise Avrupa Kurumsal Yönetim Enstitüsü'nün (*European Corporate Governance Institute*, “ECGI”) verilerine göre dünya çapında 92 farklı ülkede yayımlanmış kurumsal yönetim kodları bulunmaktadır<sup>49</sup>. Ülkelerin yanı sıra Birleşmiş Milletler<sup>50</sup>, Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD)<sup>51</sup> ve Commonwealth<sup>52</sup> gibi uluslararası kurum ve kuruluşlar da kurumsal yönetim kodları yayımlayarak bu alanda uluslararası literatüre katkıda bulunmaktadır.

46 Donald C. Clarke, “The Independent Director in Chinese Corporate Governance,” *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 31(1), 2006, s. 154; Özkorkut, s. 33.

47 Statement of the Business Roundtable, “The Role and Composition of the Board of Directors of the Large Publicly Owned Corporation,” *Business Lawyer*, Vol. 33, 1978, s. 2083 vd. (“1978 Raporu”).

48 Ruth V. Aguilera / Alvaro Cuervo-Cazurra, “Codes of Good Governance,” *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 17(3), 2009, s. 376.

49 Tüm ülkelerdeki kurumsal yönetim kodları ve ilgili metinlere çevrimiçi erişim için bkz. <[http://www.ecgi.org/codes/all\\_codes.php](http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php)>

50 Guidance on Good Practices in Corporate Governance Disclosure, UNCTAD, UNCTAD/ITE/TEB/2006/3, 2006 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/un\\_cgdisclosure\\_guidance\\_2006\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/un_cgdisclosure_guidance_2006_en.pdf)>, Son Erişim: 11.06.2014).

51 OECD Principles of Corporate Governance, OECD, Nisan 2004 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/principles\\_en\\_final.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/principles_en_final.pdf)>, Son Erişim: 11.06.2014).

52 CACG Guidelines: Principles for Corporate Governance in the Commonwealth, Commonwealth Association for Corporate Governance (CACG), Kasım 1999 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/cacg\\_final.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/cacg_final.pdf)>, Son Erişim: 11.06.2014).

ABD’de ve dünyada kurumsal yönetim anlamında ilk otoriter metin olan 1978 Raporu’nda “bağımsız yönetim kurulu üyesi” teriminin kullanılmadığı, bunun yerine “içeriden gelen (dahili)” (*inside director*) ve “dışarıdan gelen (harici)” (*outside director*)<sup>53</sup> yöneticiler arasında ayırım yapıldığı görülmektedir<sup>54</sup>. Bu raporda icradan sorumlu üst düzey yöneticiler “dahili” üyeler olarak nitelendirilirken bunların dışında kalan tüm kişiler de “harici” üyeler olarak kabul edilmiş ve yönetim kurulunda bu iki grubun dengesinin gözetilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır.

Bunun ötesinde, ABD’de bağımsız üye tanımının yasa koyucular tarafından çıkarılan mevzuat niteliğindeki metinlerde yapılmadığı ve bu tanımın yapılmasının halka açık şirketlerin kote olacağı ilgili borsaların kotasyon kurallarına bırakıldığı görülmektedir. NYSE kotasyon kurallarında bağımsızlık tanımı, “*yönetim kurulu tarafından yöneticinin söz konusu şirketle (doğrudan veya şirketle ilişkisi olan başka bir kurumun ortağı, hissedarı veya yetkilisi olması suretiyle) önemli nitelikte bir ilişkisinin olmadığına karar verilmesi*” koşulu üzerinden yapılmıştır<sup>55</sup>.

ABD’de kurumsal yönetim üzerine en çok çalışma yapan düşünce kuruluşlarından biri olan Kurumsal Yatırımcılar Konseyi (*Council of Institutional Investors*, “CII”) ise bağımsız yöneticiyi, “*şirket, icra kurulu başkanı veya icradan sorumlu diğer yöneticilerle önemsiz olmayan tek profesyonel, ailevi veya finansal ilişkisi yönetim kurulu üyeliğinden ibaret olan*” kişi olarak tanımlamaktadır<sup>56</sup>.

Avrupa’da bağımsız yönetim kurulu üyesi kavramının tanımına ilişkin en çok atıfta bulunulan kaynaklardan biri Avrupa Komisyonu’nun 15 Şubat 2005 tarihli Tavsiye Kararı’dır<sup>57</sup>. Söz konusu kararın 13.1 maddesinde, “*Bir yöne-*

53 *Outside director* kavramı mahkemelerce “çalışan olmayan ve yönetimden olmayan” (“*non-employee, non-management directors*”) şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. *Grobow v. Perot*, 539 A.2d 180, (Del. 1988), s. 184, dn. 1.

54 1978 Raporu, Bölüm IV (Organization and Composition of the Board), s. 2107-2108.

55 NYSE Listed Company Manual, Ocak 2013 (Çevrimiçi Erişim: <<http://nysemanual.nyse.com/lcm>>, Son Erişim: 11.06.2014) (“NYSE Manual”), Section 303A.02.(a)(i).

56 Corporate Governance Policies, Council of Institutional Investors, Mayıs 2014 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.cii.org/corp\\_gov\\_policies](http://www.cii.org/corp_gov_policies)>, Son Erişim: 11.06.2014) (“CII Policies”), Section 7.2.

57 EC Recommendation on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board, 2005/162/EC, 15.02.2005 (“Tavsiye Kararı”); Klaus J. Hopt, “Comparative Corporate Governance: The State of the Art and In-



*tici ancak şirket, şirketin hakim hissedarı veya her ikisinden birinin yönetimi ile arasında bağımsız karar almasını engelleyecek derecede çıkar çatışması yaratacak her türlü iş, aile veya benzer ilişkilerden ari olduğu ölçüde bağımsız kabul edilmelidir”* şeklinde bir tanımlama getirilmiştir.

Fransız Kurumsal Yönetim Kodu daha basit bir tanımla tercih ederek, “*bir yönetici ancak şirket, şirketin dahil olduğu grup veya bunlardan birinin yönetimi ile arasında karar verme yetisini etkileyebilecek hiçbir türlü ilişki bulunmuyorsa bağımsızdır*” ifadesine yer vermiştir<sup>58</sup>.

SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin güncel metninde ise bağımsız yönetim kurulu üyesi kavramı, 4.3.3 maddesinde bağımsız yönetim kurulu üyelerinin “*görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilme niteliğine sahip*” üyeler olarak nitelendirilmelerinin ötesinde açıkça tanımlanmamıştır. Bunun yerine 4.3.6 maddesindeki bağımsızlık kriterlerinin sayılması yoluyla bağımsız yönetim kurulu üyesi kavramının sınırlarının çizildiği görülmektedir.

### 2.3. Kendi tanımımız

Bu tanımlar incelendiğinde, “bağımsız yönetici” ve “bağımsız yönetim kurulu üyesi” kavramlarının temelinde söz konusu bağımsız üye ile şirket, şirketin yönetimi ve hakim hissedarları ile diğer ilişkili tarafları arasında bağımsızlığı zedeleyici ilişkilerin bulunmaması prensibinin yer aldığı görülmektedir<sup>59</sup>. Dolayısıyla bağımsız üyede aranan özellik, kararlarını şirket içerisindeki çeşitli çıkar gruplarından bağımsız olarak ve tamamen şirketin çıkarlarını düşünerek verebilmesi, şirket yönetimini de aynı bağımsızlık çerçevesinde denetleyebilmesidir.

Bu bağlamda bağımsız yönetim kurulu üyesinin tipik tanımını şu şekilde yapmak mümkündür:

---

ternational Regulation,” *American Journal of Comparative Law*, Vol. 59(1), 2011, s. 35-36; Paolo Santella / Giulia Paone / Carlo Drago, “How Independent Are Independent Directors? The Case of Italy,” *German Working Papers in Law and Economics*, Vol. 15, 2006, s. 6.

58 Corporate Governance Code for Listed Corporations, Association Française des Entreprises Privées (AFEP) & Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), Haziran 2013 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/afep\\_medef\\_code\\_revision\\_jun2013\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/afep_medef_code_revision_jun2013_en.pdf)>, Son Erişim: 11.06.2014) (“France CG Code”), Section 9.1.

59 Donald C. Clarke, “Three Concepts of the Independent Director,” *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 32(1), 2007, s. 84-85; Robert A. G. Monks / Nell Minow, *Corporate Governance Fifth Edition*, West Sussex 2011, s. 257-258; Erdal Demir, *Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri*, İstanbul 2013, s. 65-66.



***“Bağımsız yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulunda görev aldığı şirket, bu şirketin icradan sorumlu üst yönetimi, hakim hissedarları ve diğer ilişkili tarafları ile arasında önemli nitelikte finansal, profesyonel, ailevi veya sosyal ilişkiler ile başkaca çıkar çatışmaları bulunmayan, icraya katılmayan, şirketle tek bağlantısı yönetim kurulu üyeliği görevinden ibaret olan ve bu görevini de şirketin çıkarları dışında hiçbir amaç gözetmeksizin etki altında kalmadan yapabilecek olan kişidir.”***

Aşağıda üzerinde durulacak olan bağımsızlık kriterlerinin getirilmesi ile çözülmeye çalışılan temel sorun ise bağımsız üyelerin kararlarında ve denetim görevlerindeki bu “bağımsızlığın” nasıl temin edileceği sorunudur.

#### **IV) BAĞIMSIZLIK KRİTERLERİ**

Bağımsız yönetim kurulu üyesi kavramının temelinde yer alan bağımsızlık kriterlerinin farklı hukuk sistemleri ve farklı kurumlarca nasıl düzenlendiği incelendiğinde farklı düzenlemelerle karşılaşılacakla birlikte, bu kriterlerin temelde benzer prensipler üzerine inşa edildiği ve benzer sorunları çözmeye çalıştığı görülmektedir. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukta birbirine paralel olarak gelişen bağımsızlık kriterlerine ek olarak 2011 yılından sonra Türkiye’de SPK tarafından getirilen bazı farklı kriterlerin de bulunduğu görülmektedir.

Aşağıda bağımsızlık kriterleri öncelikle uluslararası literatürde be uygulamada kabul gören kriterler ve bunların yanında Türk hukukunda getirilmiş olan diğer kriterler olmak üzere iki ana başlık altında incelenmiştir:

### **1. Uluslararası literatürde ve uygulamada kabul gören bağımsızlık kriterleri**

#### **1.1. Profesyonel ve ekonomik ilişkilerden kaynaklanan kriterler**

Bağımsızlık kriterlerinin getirilme amacı, bir yönetim kurulu üyesinin bağımsız karar verebilmesini engelleyebilecek etki unsurlarını saptamak ve bunları bağımsızlığı ortadan kaldıracı unsurlar olarak ortaya koymaktır. Bir üyenin bağımsızlığını etkileyebilecek hususların içinde nesnel olarak tespit edilmesi ve kriter haline getirilerek kodifiye edilmesi en kolay olanlar profesyonel ve ekonomik ilişkilerden kaynaklanırlardır. Türkiye’nin yanı sıra ABD, Almanya, Fransa, İsviçre ve İngiltere gibi ülkelerin kurumsal yönetim

mevzuatları incelendiğinde, tüm mevzuatlarda bu konuda bazı ortak kriterlerin dikkate alındığı görülmektedir.

Nesnel kriterlerle ifade edilebilen bazı durumlar şunlardır:

### **1.1.1. Şirkette (veya bağlı/ilişkili şirketlerde) görev almamış olmak veya önemli oranda hissedar olmamak**

#### **a. Karşılaştırmalı hukukta:**

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin öncelikli görevi icradan sorumlu yönetim kurulu üyeleri ile profesyonel yöneticilerin işlemlerini ve genel olarak şirketin yönetimine ilişkin faaliyetleri denetlemek olduğundan şirketin çalışanı, üst düzey yöneticisi veya icradan sorumlu yönetim kurulu üyesi gibi kişilerin bağımsız yönetim kurulu üyesi olamayacağı kabul edilmektedir. Bu kısıtlama kişinin kendi işlemlerini denetlemesi gibi sağlıklı bir durumu ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin şirkette aktif görev alamayacağı kabul edildiği gibi yakın geçmişte de görev almamış olması aranmaktadır. Zira görevi gereği bağımsız yönetim kurulu üyesinin şirketin faaliyetlerini geçmişe dönük olarak incelemesi gerekliliği de ortaya çıkabilir ve yine kendi işlemlerini denetleme gibi bir durumla karşılaşılabılır<sup>60</sup>. Ayrıca, bağımsız üyenin şirkette yakın zamanda görev almış olması halinde yönetim kadroları ile birlikte mesai yapmış olmasından kaynaklanan yakın kişisel ilişkilerinin bulunması ve bu kişilerle birlikte çalışmış olduğu bazı konularla ilgili daha sonra bağımsız üye sıfatı ile denetim yapmak durumunda kalması ihtimali de söz konusu olur. Bu durumda bağımsız üyenin hem denetimini yaptığı konular ile hem de o konularla ilgili çalışan kişilerle geliştirmiş olduğu yakın ilişkiler kendisinden beklenen “dışarıdan bakan göz olma” vasfını tam olarak yerine getirememesine neden olabilir.

Bağımsız üyenin sadece yönetim kurulu üyesi olduğu şirkette değil, aynı zamanda bu şirketin önemli hissedarlarının veya üst yönetiminin sermaye veya yönetim bakımından ilişkili olduğu diğer şirketlerde de görev almaması gerektiği kabul edilmektedir. Zira bağımsız üyenin bir şirkette denetlemekle yükümlü olduğu kişilerle arasında başka bir şirkette çıkar ilişkisinin bulunması bağımsızlığını zedeleyecektir<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> “Corporate Director’s Guidebook,” *Business Lawyer*, vol. 33, 1978, s. 1619.

<sup>61</sup> Bu yöndeki bir mahkeme kararı için bkz. *Rales v. Blasband*, 634 A.2d 927, (Del. 1993), s. 936-37.

Şirket, şirketin bağlı iştirakleri, grup şirketleri ve şirketin önemli ölçüde hissedarı olan diğer şirketler ile bağımsız yönetim kurulu arasında herhangi bir iş ilişkisinin bulunmaması ve geçmişte de bulunmamış olması gibi kriterler, ABD’de NYSE kuralları ve CII ilkeleri<sup>62</sup>, İngiltere’de Birleşik Krallık Kurumsal Yönetim Kodu, Fransa’da Kurumsal Yönetim Kodu, İsviçre’de Kurumsal Yönetim En İyi Uygulamalar Kodu, Almanya’da Kurumsal Yönetim Kodu’nda ve ayrıca Avrupa Komisyonu Tavsiye Kararında yer almaktadır. Söz konusu görev alma yasağının geçmişe doğru kaç yıllık dönemi kapsayacağına ilişkin olarak İngiltere ve Fransa’da (Türkiye’de olduğu gibi) 5 yıllık süreler belirlenmişken NYSE kuralları ile İsviçre’de bu süre 3 yıl olarak belirlenmiş, Almanya’da ise herhangi bir süre belirtilmemiştir<sup>63</sup>.

Ayrıca NYSE kurallarında, diğer ülkelerdeki mevzuat hükümlerinden farklı olarak, bağımsız üyenin şirketle geçmişteki ekonomik ilişkilerine ilişkin somut bir maddi kriter de getirilmiş ve bağımsız üyenin son üç yıl içinde herhangi bir 12 aylık periyotta şirketten (yönetim kurulu üyeliği ve geçmişten kalan emeklilik ödemeleri hariç) 120.000 USD’den fazla ödeme almamış olması zorunluluğu düzenlenmiştir<sup>64</sup>.

62 ABD’de daha erken dönem mahkeme kararlarında “şirketin mevcut çalışanı olmamak ve şirketle düzenli olarak ciddi miktarda kazanç sağlayıcı ticari ilişkide bulunmamak” bağımsızlık bakımından yeterli görülmüş ve şirketin eski çalışanları bağımsız üye olarak kabul edilmiştir [bkz. *Citron v. Steego Corp.* (Del. 1988), *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 14, 1989, s. 640]; fakat 2002 yılından itibaren Sarbanes-Oxley Yasası ile başlayan reform hareketleri kapsamında şirkette çalışmama ve şirketle önemli ölçüde iş yapmama yasağı geçmiş 3 yılı da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Detaylar için bkz. William B. Chandler / Leo E. Strine, “The New Federalism of the American Corporate Governance System: Preliminary Reflections of Two Residents of One Small State,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 152, 2003, s. 967-968.

63 Stefano Caselli et al, “Corporate Governance and Independent Directors: Behind Private Equity Investment Performance,” *Unpublished Working Paper, Università Bocconi and University of Parma*, 2008, s. 22; Hasan Pulaşlı, *Corporate Governance: Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model*, Ankara 2003, s. 103-104; NYSE Manual, Section 303A.02.(b)(i); CII Policies, Section 7.3(a); The UK Corporate Governance Code, Financial Reporting Council, Eylül 2012 (Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/cg\\_code\\_uk\\_sep2012\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_uk_sep2012_en.pdf)>, Son Erişim: 10.06.2014) (“UK CG Code”), Section B.1.1; France CG Code, Section 9.4; Swiss Code of Best Practices for Corporate Governance (English version), Economiesuisse, Şubat 2008 (Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/swiss\\_code\\_feb2008\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/swiss_code_feb2008_en.pdf)>, Son Erişim: 10.06.2014) (“Swiss CG Code”), Section G, Art.22; German Corporate Governance Code (English version) (“German CG Code”), Government Commission (May 2013), Art. 5.4.2; Tavsiye Kararı, Ek II, m. 1(a).

64 NYSE Manual, Section 303A.02.(b)(ii).

Öte yandan, şirkette çalışmamış olmak bir bağımsızlık kriteri olarak kabul edilirken Almanya'daki iki kademeli yönetim kurulu yapısında şirket çalışanları tarafından seçilen gözetim kuruluna (*Aufsichtsrat*) seçilen üyelerin bağımsızlığı da tartışma konusu olmaktadır<sup>65</sup>. Zira şirket çalışanları da aynı büyük hissedar grupları gibi şirket içindeki farklı çıkar gruplarından biridir ve çalışanların çıkarlarının şirketin çıkarları ile birebir örtüşmediği durumlar da söz konusu olabilir. Şirket içindeki farklı çıkar gruplarının müstakil çıkarlarından soyut bir biçimde sadece şirketin çıkarlarını düşünerek hareket etmesi beklenen bir bağımsız üyenin ise bu çıkar gruplarından biri olan şirket çalışanları tarafından seçilmesi ortaya çelişkili bir durum çıkarmaktadır.

### **b. Türk hukukunda:**

IV-54 sayılı Tebliğ'den itibaren üzerinde en çok değişiklik yapılan maddelerden biri bağımsız üyelere ve bağımsızlık kriterlerine ilişkin KYİ'nin 4.3.7 maddesidir. IV-56<sup>66</sup>, IV-57<sup>67</sup>, IV-60<sup>68</sup> ve IV-63<sup>69</sup> nolu tebliğler ile bu maddede değişiklikler yapılmış olup KYİ'nin (II-17.1 sayılı Tebliğ ile revize edilen) son halinde bağımsızlık kriterleri 4.3.6 maddesinde 10 bent halinde sayılmıştır.

Bu başlık altında ele alınan durumlar 4.3.6 maddesinin (a) bendinde düzenlenmiştir:

*a) Şirket, şirketin yönetim kontrolü ya da önemli derecede etki sahibi olduğu ortaklıklar ile şirketin yönetim kontrolünü*

<sup>65</sup> Michael Kort, "Standardization of Company Law in Germany, other EU Member States and Turkey by Corporate Governance Rules," *European Company and Financial Law Review*, Vol. 5(4), 2008, s. 404; Michael Kort, "Interessenkonflikte bei Organmitgliedern der AG," *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Vol. 29(16), 2008, s. 725.

<sup>66</sup> Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri:IV No:56), Sermaye Piyasası Kurulu, Resmi Gazete, 30.12.2011, 28158 (Mülga) ("IV-56 sayılı Tebliğ").

<sup>67</sup> Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:IV No:57), Sermaye Piyasası Kurulu, Resmi Gazete, 11.02.2012, 28201 (Mülga) ("IV-57 sayılı Tebliğ").

<sup>68</sup> Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:IV No:60), Sermaye Piyasası Kurulu, Resmi Gazete, 26.06.2012, 28335 (Mülga) ("IV-60 sayılı Tebliğ").

<sup>69</sup> Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:IV No:63), Sermaye Piyasası Kurulu, Resmi Gazete, 22.02.2013, 28567 (Mülga) ("IV-63 sayılı Tebliğ").

*elinde bulunduran veya şirkette önemli derecede etki sahibi olan ortaklar ve bu ortakların yönetim kontrolüne sahip olduğu tüzel kişiler ile kendisi, eşi ve ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları arasında; son beş yıl içinde önemli görev ve sorumluluklar üstlenecek yönetici pozisyonunda istihdam ilişkisinin bulunmaması, sermaye veya oy haklarının veya imtiyazlı payların %5 inden fazlasına birlikte veya tek başına sahip olunmaması ya da önemli nitelikte ticari ilişkinin kurulmaması olması.*

Oldukça geniş bir hüküm olan (a) bendinde her türlü sermaye ve yönetim ilişkisi bağımsızlığı ortadan kaldıracak sebepler arasına dahil edilmek suretiyle işbu çalışmada “Profesyonel ve ekonomik ilişkilerden kaynaklanan kriterler” başlığı altında 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3 ve 1.1.5 numaralı bölümlerde incelenen hallerin<sup>70</sup> tamamı bu bendin kapsamı dahilinde tutulmuştur.

IV-56 sayılı Tebliğ’deki ilk haliyle daha geniş kapsamlı ve kısıtlayıcı olan bu bentte, IV-60 sayılı Tebliğ ile akrabalık ilişkilerinde sınır üçüncü dereceden ikinci dereceye çekilmiştir. IV-63 sayılı Tebliğ ile de yasak kapsamındaki hissedarların hisse oranı %5’ten %10’a çıkarılmıştır. Fakat doktrinde bazı yazarlar halka açık şirketlerde azınlık haklarını kullanma sınırı olması bakımından özel bir önemi olan %5 oranının SPK tarafından bu bentte terk edilerek oranın yukarı çekilmesini Türk sermaye piyasası mevzuatının genel mantığına aykırı bulmuş ve eleştirmiştir<sup>71</sup>. II-17.1 sayılı Tebliğ ile bu eleştirilerin dikkate alınarak bu oranın yine %5’e indirildiği görülmektedir.

Öte yandan KYİ’nin önceki metninde 4.3.7(c) bendinde ayrıca sayılmış olan şirketle önemli nitelikte ticari ilişkiye girmemiş olma kriterinin de yeni metinde (a) bendinin kapsamına alınarak bu bendin kapsamının iyice genişletildiği görülmektedir.

II-17.1 sayılı Tebliğ ile, KYİ’nin önceki metninde (d) bendinde yer alan “Yönetim kurulu görevi dolayısıyla hissedar ise sermayede sahip olduğu payın oranının %1’den fazla olmaması ve bu payların imtiyazlı olmaması” kriteri de kaldırılmış olup bunun yerine (a) bendine “*sermaye veya oy haklarının veya imtiyazlı payların %5 inden fazlasına birlikte veya tek başına*

<sup>70</sup> Şirkette (veya bağlı/ilişkili şirketlerde) görev almamış olmak veya önemli oranda hissedar olmamak; Şirketin yönetim kurulu üyeliği hakkına sahip olduğu başka bir şirkette yönetici olarak görev almamak; Çapraz yöneticilik (*interlocking directorship*) ilişkisi içinde bulunmak ve Şirketle önemli nitelikte ticari ilişkiye girmemiş olmak.

<sup>71</sup> Demir, s. 84-85.

*sahip olunmaması*” ifadesi eklenmek suretiyle benzer bir düzenleme bu bent kapsamında getirilmiştir.

Burada göze çarpan en büyük yenilik eski metinde %1 olan hissedarlık sınırının %5'e yükseltilmesidir. Bu değişiklik yerindedir. Zira %1 gibi şirket yönetiminde hakimiyet kurmaya yeterli olmayacak oranda paya sahip olan bir kişinin bu paylarının sadece ekonomik haklar bakımından önem taşıdığı ve bu bakımdan salt bir ekonomik yatırım olarak görülerek yönetsel çıkar çatışmalarının dışında değerlendirilebileceği düşünülmelidir. Doktrinde bir bağımsız yönetim kurulu üyesinin sahip olduğu oy hakkı sayesinde yönetim kurulundaki başka bir üyeyi seçebilecek durumda olmasının bağımsızlığı zedeleyeceği gerekçesiyle eski metindeki sınırlamayı yerinde bulan görüşler bulunmaktadır<sup>72</sup>. Fakat %1 sınırı yönetim kurulu üyeliği seçiminde etkili olabilecek bir oran olmadığından yeni metinde bu oranın yukarı çekilmesi doğru bir yaklaşım olmuştur.

Zaten %1 kısıtlaması yabancı mevzuatlarla karşılaştırılmalı olarak incelendiğinde de fazlasıyla kısıtlayıcı bir hüküm olarak göze çarpmaktaydı. Avrupa Komisyonu Tavsiye Kararında “*hakim hissedarlardan birisi veya onun temsilcisi olmamak*” şeklinde ifade edilen kısıtlamanın İngiltere’de ise “*önemli hissedarları temsil etmemek*” şeklinde yer aldığı görülmektedir<sup>73</sup>. Diğer ülkelerde de buna benzer “*hakim*” veya “*önemli*” hissedar tanımı yer almaktadır<sup>74</sup>.

Dahası, ABD mahkemelerinin yerleşik içtihadı yönetim kontrolüne (%25) sahip olmadıkça bağımsız üyelerin şirkette hissedar olmasının sadece kabul edilebilir olmayıp aynı zamanda söz konusu üyelerin çıkarlarını şirket hissedarlarının geneliyle aynı düzleme oturtması bakımından olumlu bir durum olduğu yönündedir<sup>75 76</sup>. Bu görüşe paralel olarak NYSE kurallarında da

72 Demir, s. 87.

73 UK CG Code, Section B.1.1; Tavsiye Kararı, Ek II, m. 1(d).

74 Caselli et al, s. 22.

75 *Unitrin Inc. v. American General Corp.*, 651 A.2d 1361 (Del. 1995), s. 1380; *In re Pennaco Energy, Inc. Shareholders*, 787 A.2d 691 (Del. Ch. 2001), s. 791; *In re IXC Communications Inc. v. Cincinnati Bell Inc.*, No. 17324, 1999 WL 1009174 (Del. Ch. 1999), \*6.

76 Ayrıca bağımsız (veya harici) yönetim kurulu üyelerinin sahip oldukları hisse oranı ile şirket performansı arasında pozitif korelasyon olduğuna dair ampirik çalışmalar için bkz. Sanjai Bhagat / Dennis C. Carey / Charles M. Elson, “Director Ownership, Corporate Performance, and Management Turnover,” *Business Lawyer*, Vol. 54, 1999, s. 913-917; Franklin Balotti / Charles M. Elson / J. Travis Laster, “Equity Ownership and the Duty of Care: Convergence, Revolution, or Evolution?” *Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, s. 692; Charles M. Elson, “Exe-

“önemli miktarda hisse sahibi olmanın dahi tek başına bağımsızlığa engel olmayacağı” ifadesi yer almaktadır<sup>77</sup>. Dolayısıyla, karşılaştırmalı hukukta incelendiğinde SPK tarafından yapılan artırıma rağmen mevcut %5’lik sınırın da düşük olduğu söylenebilir<sup>78</sup>.

Ayrıca yeni KYİ’nin yeni metnindeki ifadede önceki metinde tartışma konusu olan birtakım anlam bulanıklıkları da ortadan kaldırılmıştır. Eski metindeki ifadeden “%1’den fazla paya sahip olmama” ve “bu payların imtiyazlı olmaması” gibi iki ayrı kriterin getirildiği anlaşılırken doktrinde bu iki kriterin ayrı ayrı incelenmesi gerektiği ve dolayısıyla bağımsız üyenin sahip olduğu imtiyazlı payların oranı %1’den az olsa dahi bu paylara tanınan imtiyazlar<sup>79</sup> sayesinde yönetim kurulu üyelerinin seçimine etki edebilecek güce sahip olması halinde de bağımsızlığın ortadan kalkacağı yönünde görüşler vardı<sup>80</sup>. Yeni metinde daha belirgin bir ifade ile sermaye, oy hakları veya imtiyazlı payların herhangi birinin %5’inden fazlasına sahip olunamayacağı belirtilerek bu karışıklık giderilmiştir.

4.3.6 maddesi (a) bendinde bağımsız yönetim kurulu üyesi ile görev aldığı şirket ve bu şirketle ilişkili olan diğer şirketler arasında “yönetici pozisyonunda istihdam ilişkisinin bulunmaması” gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Bu elbette bağımsız üyenin çıkar çatışmaması bakımından doğru bir hükümdür. Buna oldukça benzeyen, fakat ayrık bir durumu düzenleyen diğer bir hüküm ise (ğ) bendinde getirilmiştir:

*ğ) Aynı kişinin, şirketin veya şirketin yönetim kontrolünü elinde bulunduran ortakların yönetim kontrolüne sahip olduğu şirketlerin üçten fazlasında ve toplamda borsada işlem gören şir-*

---

cutive Compensation – A Broad-Based Solution,” *Boston College Law Review*, Vol. 34, 1993, s. 981-983.

77 NYSE Manual, Section 303A.02(a), Commentary.

78 Doktrinde bu tür sınırlamaların halka açık şirketlere azınlık hissedarı olarak yatırım yapmak isteyen risk sermaye (venture capital) şirketleri ve kaldıraçlı satın alma (leveraged buyout) şirketleri gibi önemli kurumsal yatırımcıların yönetim kurulunda bağımsız üye statüsünde temsilini engellediği ve dolayısıyla da şirket üst yönetiminin finansal disiplinini kontrol etmek konusunda büyük motivasyona ve yetkinliğe sahip olan bu yatırımcıların söz konusu kontrolün asli aracı olan denetim komitelerinin dışında bırakıldıkları yönündeki eleştiriler için bkz. Chandler / Strine, s. 991.

79 TTK m.479/f.2 gereği bir paya en fazla 15 oy hakkı tanınabilir.

80 Ayşe Odman Boztosun, *Hukusal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği*, İstanbul 2013, s. 68.



*ketlerin beşten fazlasında bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak görev almıyor olması.*

SPK'nın, (a) bendinde “yönetici pozisyonunda” istihdam ilişkisini düzenlemişken, (ğ) bendinde bağımsız yönetim kurulu üyesi olma durumunu ayrıca düzenlediği görülmektedir. Buradan, yukarıda III numaralı kısımda yapılmış olan terminoloji tartışmasıyla paralel olarak, (a) bendindeki “yönetici” ifadesinin icrada görev alan üst düzey profesyonel yöneticileri kastetmek üzere kullanıldığı, yönetim kurulu üyeliğinin ise “yönetici” kavramından ayrık tutulduğu anlaşılmaktadır.

Bu bent II-17.1 sayılı Tebliğ ile KYİ'ye eklenmiştir. Bendin ilk kısmında, “*aynı kişinin, şirketin veya şirketin yönetim kontrolünü elinde bulunduran ortakların yönetim kontrolüne sahip olduğu şirketlerin üçten fazlasında*” bağımsız üye olarak görev almama kısıtlamasının temelinde olası çıkar çatışmalarının önlenmesi vardır. Zira bağımsız üyenin aynı kişi veya şirket ile çok sayıda farklı şirketin yönetim kurulunda (bağımsız üye sıfatı ile dahi olsa) bir arada olması bunların arasında normalde olması gerekenden çok daha fazla iletişim ve etkileşim olmasına yol açacaktır. Ayrıca aynı kişi veya şirketin yönetim kontrolüne sahip olduğu farklı grup şirketlerinin de müstakil olarak çıkarlarının (çoğu zaman hakim ortağın çıkarlarıyla çelişse dahi) gözetilmesi, bağımsız üyenin bu şirketlerdeki azınlık hissedarlarına ve diğer küçük yatırımcılara karşı sorumluluğudur. Aynı grup içerisinde çok sayıda şirkette görev alınması halinde ise bu şirketlerin müstakil çıkarlarını ayrı ayrı gözetmek zorlaşacaktır.

Öte yandan, yukarıda sayılan sakıncalı durumlar ve çıkar çatışması yaşama ihtimali, aynı kişi veya şirketin yönetim kontrolü altındaki iki farklı şirkette aynı kişinin bağımsız üye olarak görev alması halinde dahi söz konusu olabilecektir. Karşılaştırmalı hukukta bu benttekine benzer bir “üç şirket” sınırına rastlanmamakla birlikte bir kişinin bağımsız üye olduğu şirketin bağlı veya ilişkili şirketlerinden birinde de bağımsız üye olup olamayacağı konusunda farklı düzenlemeler olduğu görülmektedir. Fransız mevzuatında ve CII ilkelerinde bu duruma açıkça izin verilmezken<sup>81</sup>, Avrupa Komisyonu Tavsiye Kararında ise ilişkili şirketin “çalışanı” olmak bağımsızlığa engel durum olarak düzenleyen maddede “icrada görev almayan veya denetimden sorumlu olan yönetim kurulu üyesi” olma durumu bu hükmün istisnası olarak belirlenmiştir<sup>82</sup>.

81 France CG Code, Section 9.4; CII Policies, CII Policies, Section 7.3(a).

82 Tavsiye Kararı, Ek II, m. 1(b).



Bununla birlikte, aynı kişinin aynı şirket grubu içindeki üç ayrı şirkette bağımsız üye olarak görev yapmasının mümkün olması halinde hakim şirket ile bağımsız üye arasında birden fazla şirkette ilişki kurulmuş olacak, bu ilişkiler sonucunda da bağımsız üyenin kararlarında tam bağımsız olamaması ve çıkar çatışması yaşaması gibi durumlar ortaya çıkabilecektir. Bunun gibi olasılıkları tamamen bertaraf etmek için bu yasağı daha mutlak hale getirmek ve aynı bağımsız üyenin aynı kişi, şirket veya grup tarafından kontrol edilen birden fazla şirkette bağımsız üye olamayacağı şeklinde bir düzenleme yapmak daha doğru olacaktır.

(ğ) bendinin ikinci kısmında getirilen “*toplamda borsada işlem gören şirketlerin beşten fazlasında bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak görev almıyor olma*” koşulu ise aşağıda “*Şirket işlerine yeterli zaman ayırabilmek*” başlıklı 2.2.3. numaralı bölümde incelenecektir.

### **1.1.2. Şirketin yönetim kurulu üyeliği hakkına sahip olduğu başka bir şirkette yönetici olarak görev almamak**

#### **a. Karşılaştırmalı hukukta:**

Bir şirketin başka bir şirket yönetim kurulunda temsil edilmesi, şirket tarafından gösterilecek gerçek kişinin diğer şirkette yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi yoluyla olabileceği gibi, bazı hukuk sistemlerinde şirket tüzel kişiliğinin bizzat başka bir şirkette yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesine ve atayacağı gerçek kişi temsilci vasıtasıyla yönetim kurulu üyeliğinden doğan haklarını kullanmasına da izin verilmektedir.

Aynı kişinin hem (A) şirketinde bağımsız üye olarak görev alması, hem de (A)'nın bizzat yönetim kurulu üyesi olduğu veya yönetim kuruluna üye veya üyeler seçtiği (B) şirketinin yönetim kurulunda yer alması halinde bu iki görevi dolayısıyla çıkar çatışması yaşaması ihtimali söz konusudur. Zira (B) şirketinin yönetim kurulunda alınması gereken bazı kararların (A) şirketinin çıkarlarına aykırı olması veya (A) şirketinin yönetim kurulunda (B) şirketinin yönetiminde izlenecek stratejiye ilişkin alınacak bir kararın (B) şirketinin çıkarına aykırı yönlerinin bulunması gibi durumlar söz konusu olabilir. Bu nedenle böyle bir durumun da bağımsızlığı ortadan kaldıracığını kabul eden hukuk sistemleri vardır.

Örneğin, Fransız Kurumsal Yönetim Kodu'nda açıkça “*şirketin, şirket tarafından atanan bir çalışanın veya şirketin üst düzey yöneticilerinden birinin*”

yönetim kurulunda bulunduğu başka bir şirketin yönetim kurulunda yer alma durumu bağımsızlığa aykırı olarak belirlenmiştir<sup>83</sup>.

### **b. Türk hukukunda:**

Tüzel kişilerin anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi olabilmesi hukukumuzda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile kabul edilmiştir<sup>84</sup>. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde açıkça bu duruma ilişkin bir düzenleme getirilmemekle birlikte, 4.3.6 maddesinin (a) bendinde geçen “*şirketin yönetim kontrolü ya da önemli derecede etki sahibi olduğu ortaklıklar*” ifadesinde getirilen “etki sahibi olma” kriterinin kapsamında başka bir şirkette hisse sahibi olunması ihtimalinin yanı sıra bu şirkete yönetim kurulu üyesi atanması durumunun da yer aldığı kabul edilmelidir.

Ayrıca yine bu başlık altında ele alınabilecek bir diğer husus da KYİ'nin 4.3.6 maddesi (h) bendinde getirilen, “*Yönetim kurulu üyesi olarak seçilen tüzel kişi adına tescil ve ilan edilmemiş olma*” kriteridir. Eski KYİ'de açıkça düzenlenmemekle birlikte doktrinde diğer bağımsızlık kriterlerinin niteliğinden hareketle bağımsız üyenin ancak gerçek kişi olabileceği görüşü kabul ediliyordu<sup>85</sup>. Yeni metinde TTK m.359(2) hükmü uyarınca yönetim kuruluna seçilen bir tüzel kişinin temsilcisinin bağımsız üye olamayacağı belirtilmek suretiyle doktrindeki bu görüş de KYİ'ye açık bir hükümle yansıtılmıştır.

Bu bendin eklenmesi de uygulamada çıkabilecek bazı sorunların önlenmesi bakımından doğru bir karardır. Öncelikle, tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin temsilcisinin bağımsız üye kabul edilmesi halinde, temsil ettiği tüzel kişi ile bağımsız üye olduğu şirket arasında çıkar çatışması yaşaması söz konusu olabilir. Ayrıca, aslen yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişinin her zaman tek taraflı irade beyanı ile temsilcisini azledip kendisini yönetim kurulunda temsil etmek üzere başka bir temsilciyi yetkilendirmesi de (temsilci değişikliğinin tescil ve ilan edilmesi koşuluyla) mümkündür. Böyle bir durumda ise yeni atanan temsilcinin bağımsızlık kriterlerine uygun olmaması halinde şirketin 4.3.4 maddesindeki asgari bağımsız üye sayısı yükümlülüğünü ihlal eder ko-

83 France CG Code, Section 9.4.

84 TTK m. 359(2): “Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilan yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir.”

85 Boztosun, s. 62.

numa düşmesi ihtimali ortaya çıkabilecektir. Böyle bir riski de bertaraf etmek bakımından (h) bendinde getirilen düzenleme yerindedir.

### 1.1.3. Çapraz yöneticilik (*cross-directorship*)

#### a. Karşılaştırmalı hukukta:

Bağımsızlık kriterleri açısından önem arz eden diğer bir konu ise çapraz yöneticilik (*cross-directorship* veya *interlocking directorship*) konusudur. Çapraz yöneticilik, iki farklı şirketin yönetim kurulu üyelerinin karşılıklı olarak diğer şirkette bağımsız yönetim kurulu üyesi sıfatıyla görev alması durumudur<sup>86</sup>.

Bankacılık hukukundaki back-to-back kredi kavramına benzeyen çapraz yöneticilik durumu, benzer riskleri de içinde barındırmaktadır. Zira kendi şirketlerinde bağımsız yöneticilerle karşı karşıya gelerek yönetimdeki etkinliklerinden taviz vermek istemeyen hakim hissedar gruplarının çapraz yöneticilik yöntemiyle birbirlerinin yönetim kurullarında bağımsız üye olarak bulunmaları ve bu şekilde birlikte hareket ederek bağımsız yönetim kurulu üyeliğinden beklenen çıkarları ortadan kaldırmaları mümkündür.

Özellikle ABD’de çapraz yöneticilikle ilgili yasal kısıtlamalar getirilmeden önce bu durumun pek çok halka açık şirkette görüldüğü ve bazı önemli skandalların temel sebeplerinden biri olduğu belirtilmektedir. Örneğin *Inland Steel* ile *Cummins Engine* şirketlerinin ve *American Express* ile *Union Pacific* şirketlerinin arasında çapraz yöneticilik ilişkileri kurularak bu şirketlerin icra kurulu başkanlarının birbirlerinden destek aldıkları ve hatta birbirlerinin ücret belirleme komitelerinin başkanlığını yaparak alacakları ücretleri karşılıklı kararlaştırdıkları görülmüştür<sup>87</sup>. Yine ABD sermaye piyasalarındaki en büyük skandallardan biri olan ve ünlü Kanadalı işadamı *Conrad Black*’in hüküm giyip hapis cezasına çarptırılmasıyla sonuçlanan *Hollinger International* soruşturmasında da *Black*’in kontrol ettiği şirketleri arasında çapraz yöneticilik uygulamasını sıklıkla kullandığı ve bu şekilde halka açık şirketlerin kaynaklarını kendi özel şirketlerine aktardığı ortaya çıkarılmıştır<sup>88</sup>.

86 Vidhi Chhaochharia / Yaniv Grinstein, “The Changing Structure of US Corporate Boards: 1997–2003,” *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 15(6), 2007, s. 1216.

87 Monks / Minow, s. 258.

88 Rajah Attig / Randall Morck, “Cross Directorship and Corporate Kleptocracy,” *Finance: Proceedings of the Annual Conference of the Administrative Association of Canada Finance Division*, Vol. 26(1), 2005, s. 19-20.

Bu sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla çapraz yöneticilik uygulaması ABD, İngiltere, Almanya, Fransa ve İsviçre mevzuatları ile Avrupa Komisyonu tavsiye kararında bağımsızlığı ortadan kaldıran haller arasında sayılmıştır<sup>89</sup>.

### **b. Türk hukukunda:**

SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde çapraz yöneticilikle ilgili açık bir kriter yer almamaktadır. KYİ'nin 3 Ocak 2014'teki değişiklikten önceki metninin 4.3.7(a) bendinde geçen “*yönetim veya sermaye bakımından ilişkili olduğu tüzel kişiler*” ifadesi çapraz yöneticilik durumunu da kapsayan geniş bir ifadeydi. Fakat KYİ'nin son halinde 4.3.6(a) bendinde yer alan “*şirketin yönetim kontrolü ya da önemli derecede etki sahibi olduğu ortaklıklar*” ifadesi önceki metne göre daha dar bir ifade olup bu ifadenin kapsamına çapraz yöneticilik durumlarının girip girmeyeceği tartışmalıdır.

Bir yandan bağımsızlık kriterlerinin sınırlarının daha net çizilmesi bakımından bu değişiklik olumlu olarak görülebilir. Diğer yandan, kapsam dışı kalan çapraz yöneticilik gibi ayrık durumların da gerekirse ayrı bir olarak kriter düzenleme yoluyla KYİ'ye dahil edilmesi, yukarıda açıklanan olumsuz örneklerin Türkiye'de de görülmesini önlemek açısından gereklidir.

### **1.1.4. Şirketin denetimini veya danışmanlığını yapan şirketlerde görev almamak**

#### **a. Karşılaştırmalı hukukta:**

Bağımsız üyenin temel görevinin şirket yönetiminin denetlenmesi olması sebebiyle, bu kişilerin aynı zamanda şirketin dış denetim veya danışmanlığını yapmaları (veya yapan şirketlerde görev almaları) da bağımsızlık açısından doğru değildir. Zira bağımsız üyelerin görevi dış denetim raporları ile birlikte kendilerine sunulan diğer bilgi ve belgeleri de inceleyerek şirketin yönetimi ile ilgili görüş ve önerilerini belirtmeleridir. Denetim raporunun hazırlanması sürecine dahil olan bir kişinin süreçle çok fazla iç içe olacağı ve kendisine sunulan bilgilere “dışarıdan bir göz” olarak bakıp yeni bir yaklaşım getiremeyeceği öne sürülebilir. Şirketin denetim ve danışmanlığını yapanların bağımsız

<sup>89</sup> Caselli et al., s. 22; NYSE Manual, Section 303A.02.(b)(iv); CII Policies, Section 7.3(f); UK CG Code, Section B.1.1; France CG Code, Section 9.4; German CG Code, Art. 5.4.2; Swiss CG Code, Section G, Art.22; EC Recommendation, Annex II, Art. 1(g).

üye olamamasına ilişkin bu tür sınırlamalar özellikle *Enron* skandalından<sup>90</sup> sonra tüm dünyada büyük bir gereklilik olarak kabul edilmiştir<sup>91</sup>.

Ayrıca, bağımsız üyenin (şirket yönetim kurulu üyesi sıfatıyla) görevleri arasında yeri geldiğinde dış denetim şirketleri ile danışmanların raporlarındaki eksiklik ve hataları saptamak ve bunlar hakkında gerekirse yasal işlem başlatılmasına karar vermek de olduğundan, denetim sürecinde yer alan kişilerin bağımsız üye olarak şirkete atanmasının çıkar çatışmalarına yol açması da mümkündür.

Şirketin denetimini ve danışmanlığını yapan kişilerin bağımsız üye olmayacağı uluslararası uygulamada ve mevzuatlarda da kabul görmektedir. ABD ve Fransa gibi ülkelerde bu durum açıkça bağımsızlık kriteri olarak belirtilmişken<sup>92</sup>, diğer ülkelerde de bu tür ilişkilerin “şirketle önemli nitelikte iş ilişkisinin bulunması” gibi daha geniş kriterler çerçevesinde ele alındığı görülmektedir.

#### **b. Türk hukukunda:**

SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.3.6 maddesi (b) bendinde bu konuya değinilmektedir:

*b) Son beş yıl içerisinde, başta şirketin denetimi (vergi denetimi, kanuni denetim, iç denetim de dahil), derecelendirilmesi ve danışmanlığı olmak üzere, yapılan anlaşmalar çerçevesinde şirketin önemli ölçüde hizmet veya ürün satın aldığı veya sattığı şirketlerde, hizmet veya ürün satın alındığı veya satıldığı dönemlerde, ortak (%5 ve üzeri), önemli görev ve sorumluluklar üstlenecek yönetici pozisyonunda çalışan veya yönetim kurulu üyesi olmaması.*

KYİ'nin bu bendinde yukarıda incelenen yabancı ülke mevzuatlarında yer alan düzenlemelere paralel düzenlemeler getirdiği görülmektedir.

II-17.1 sayılı Tebliğ ile yapılan son değişikliklerde “denetim” kavramının kapsamına vergi denetimi, kanuni denetim ve iç denetimin de girdiği belirtil-

90 *Enron* skandalının ortaya çıkış nedenlerinden biri de şirketin dış denetimini yapan Arthur Andersen firmasının aynı zamanda *Enron*'a danışmanlık hizmeti de veriyor olmasıdır. Arthur Andersen bu iki görevi arasında yaşadığı çıkar çatışması nedeniyle özellikle denetim görevini tam olarak yerine getirememiştir.

91 Demir, s. 85.

92 NYSE Manual, Section 303A.02.(b)(iii); France CG Code, Section 9.4.

miştir. Bu yerinde bir eklemidir; zira sermaye piyasası hukukunda “denetim” kavramı kullanıldığında akla ilk gelen şirketin özel hukuk ilişkisi çerçevesinde hizmet aldığı bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılan dış denetimdir. Bununla birlikte çeşitli kamu kurumlarınca şirket üzerinde yapılan vergi denetimi ve diğer kanuni denetimlerde de şirketle denetimi gerçekleştiren kişiler arasında bağımsızlığı etkileyebilecek ilişkiler kurulmaktadır. Bu durumların ayrıca sayılması suretiyle olası bir kavram karmaşasının ortadan kaldırılması yerinde olmuştur.

### 1.1.5. Şirketle (veya bağlı/ilişkili şirketleriyle) önemli nitelikte ticari ilişkiye girmemiş olmak

#### a. Karşılaştırmalı hukukta:

Bağımsız üyenin şirketle arasında devam eden veya yakın zamana kadar süregelen önemli nitelikte ticari ilişkilerin bulunması da çıkar çatışmalarına yol açabilecek ve bu nedenle bağımsızlığa gölge düşürebilecek bir durumdur. Bağımsız üyenin denetim görevleri kapsamında denetleyeceği işlemler arasında kendisine ait işlemlerin de olması çıkar çatışması sonucunu doğuracaktır. Öte yandan bağımsız üyenin, görev aldığı şirketin önemli hissedarları veya üst yönetiminin sermaye veya yönetim bakımından ilişkili oldukları şirketler ile önemli nitelikte çıkar ilişkisine girmesi de bağımsız üyenin bu kişilere karşı denetim görevlerini yerine getirirken bağımsız hareket edebilmesini engelleyebileceğinden bağımsızlığa aykırı kabul edilmelidir. ABD, İngiltere, Fransa, Almanya ve İsviçre mevzuatları ile Avrupa Komisyonu Tavsiye Kararında da bu hususun bağımsızlık kriteri olarak belirlendiği görülmektedir<sup>93</sup>.

Hangi tür maddi ilişkilerin “önemli nitelikte” kabul edileceği hususunda, “aynı koşullardaki makul bir yönetim kurulu üyesinin etki altında kalması” testini uygulayan objektif kriter ile “sadece bağımsızlığı tartışılan üyenin özel durumu değerlendirilerek etki altında kalıp kalmayacağıın belirlenmesi” testini uygulayan subjektif kriter ABD mahkemelerince tartışılmış, yerleşik içtihat ise subjektif kriterin kabulü yönünde olmuştur<sup>94</sup>. Dolayısıyla, subjektif

93 UK CG Code, Section B.1.1; France CG Code, Section 9.4; German CG Code, Art. 5.4.2; Swiss CG Code, Section G, Art.22; Tavsiye Kararı, Ek II, m. 1(e).

94 Bu yöndeki kararlar için bkz. *Cede v. Technicolor*, 634 A.2d 345 (Del. 1993), s. 363; *Cinera v. Technicolor*, 663 A.2d 1156 (Del. 1995), s. 1167; *McMullin v. Beran*, 765 A.2d 910 (Del. 2000), s. 923; *Orman v. Cullman*, 794 A.2d 5 (Del. Ch. 2002), s. 24.

kriterin uygulanması halinde, aynı miktarda maddi menfaatin elde edilmesi normal gelir düzeyine sahip bir kişi için bağımsızlığı ortadan kaldıracı unsur olarak değerlendirilebilecekken yüksek gelirli ve varlıklı bir kişi için aynı sonuca varılmayabilir.

Öte yandan, NYSE kurallarında “önemli nitelikte iş ilişkisi” kavramı bağımsız üyenin son üç mali yıl içerisinde şirketten mal ve hizmetler karşılığında aldığı ödemelerin 1 milyon USD’yi veya şirketin brüt konsolide cirosunun %2’sini (hangisi fazla ise) aşmaması koşulu düzenlenmiştir<sup>95</sup>. Bu düzenlemede getirilen “1 milyon USD” sınırı işlemin her iki tarafı için de objektif bir kriteri işaret etmekteyken “brüt konsolide cironun %2’si” sınırı ise sadece şirket bakımından subjektif olarak anlaşılabilir bir kriter getirmektedir. Dolayısıyla NYSE kurallarının bağımsız üyeler bakımından önemli nitelikte iş ilişkisinin tanımlanmasında – muhtemelen hukuki belirsizlik ihtimalini tamamen bertaraf etme amacıyla – objektif kriteri kabul ettiği söylenebilir.

NYSE kurallarında maddi nitelikli iş ilişkileri bakımından objektif kriter kabul edilmekle birlikte, daha geniş bir kavram olarak bağımsız üyenin “şirketle, şirketin bağlı şirketleriyle veya şirketin ilişkili olduğu şirketlerle arasında ilişki bulunup bulunmadığının” tespitinde uygulanması önerilen yöntemle ilişkin yapılan açıklamalardan<sup>96</sup> NYSE kurallarında da subjektif kriterin tam belli durumlarda kabul edildiği anlaşılmaktadır.

### **Türk hukukunda:**

SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri’nin eski metninde ayrı bir bentte düzenlenen bu kriter KYİ’nin son metninde 4.3.6(a) bendine eklenen “*önemli nitelikte ticari ilişkinin kurulmamış olması*” ifadesi ile bu bent kapsamına dahil edilmiştir.

Bu bentte “önemli nitelikte ticari ilişki” kavramının NYSE kurallarında olduğu gibi objektif ve sayısal kriterlerle tanımlanmadığı görülmektedir. Dolayısıyla bu kavramın altının doldurulması SPK uygulaması, yargı kararları

<sup>95</sup> NYSE Manual, Section 303A.02.(b)(v)

<sup>96</sup> NYSE Manual, Section 303A.02(a), Commentary: “*En doğrusu, yönetim kurulunun ‘bağımsızlık’ konusunda karar verirken konu ile ilgili tüm verileri ve koşulları geniş bir bakış açısı ile ele almasıdır. Özellikle, bir yönetim kurulu üyesinin şirketle arasındaki ilişkinin önemli nitelikte olup olmadığının tespitinde, yönetim kurulu olayı sadece ilgili yönetim kurulu üyesinin gözünden değil, aynı zamanda bu üyenin ilişki içinde olduğu diğer kişi ve kurumların gözünden de değerlendirmelidir.*”

ve doktrinde ortaya çıkacak görüşler ışığında gerçekleşecektir. Bu bağlamda ABD mahkemelerinin konu ile ilgili yukarıda zikredilen kararlarının da yol gösterici olması mümkündür.

Öte yandan (a) bendinde zaten “önemli nitelikte ticari ilişkinin kurulmamış olması” hükmü getirilmişken (b) bendine de “şirketin önemli ölçüde hizmet veya ürün satın aldığı veya sattığı şirketlerde” görev alınmamasına dair ayrıca bir kısıtlama getirilmesinin gerekli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Zira daha geniş bir kavram olan “ticari ilişki” kavramı mal ve hizmet alım-satımlarını da kapsamaktadır. Aynı işlemlerin iki ayrı bent kapsamına girecek şekilde düzenlenmesi yerine eski KYİ metnindeki gibi bu konunun ayrı tek bir bent altında düzenlenmesi anlam berraklığı ve hukuk tekniği açısından daha yerinde bir yaklaşım olurdu.

### **1.1.6. Yönetim kurulu üyeliğini belirli bir süreden fazla yapmamış olmak**

#### **a. Karşılaştırmalı hukukta:**

Bir kişinin yönetim kurulu üyeliğini (bağımsız üye sıfatıyla olsa dahi) çok uzun süre üst üste yapmasının da bağımsızlığı zedeleyebileceği bazı hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir. Zira bağımsız yönetim kurulu üyelerinin şirketin günlük işleri ve yönetim kadroları ile fazlaca içli dışlı olmayan, deyim yerindeyse şirkete dışarıdan bakan bir göz olarak hareket eden kişiler olmaları beklenmektedir. Bağımsız üyelerden beklenen denetim görevinin en nesnel ve etkin biçimde yerine getirilmesi ancak bu şekilde temin edilebilecektir. Bununla birlikte, şirkette uzun süre üst üste yönetim kurulu üyeliğini sürdürmüş olan bir bağımsız üyenin artık şirketin yönetim süreçleri ve yöneticileri ile fazlasıyla yakınlaşacağı ve denetim görevini yerine getirirken kendisini bunlardan soyutlamasının mümkün olamayacağı savunulabilir.

İşte bu soruna çözüm bulmak üzere Avrupa Komisyonu Tavsiye Kararı, Fransa ve İsviçre mevzuatlarında 12 yıl, İngiltere’de ise 9 yıl üst üste yönetim kurulu üyesi olarak görev yapan kişilerin bu sürenin sonunda bağımsız üye olarak seçilemeyecekleri belirtilmiştir. ABD ve Almanya’da ise böyle bir kısıtlama yoktur<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> Caselli et al, s. 22; UK CG Code, Section B.1.1; France CG Code, Section 9.4; Tavsiye Kararı, Ek II, m. 1(h).



## **b. Türk hukukunda:**

SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.3.6(g) bendinde ise “*Şirketin yönetim kurulunda son on yıl içerisinde altı yıldan fazla yönetim kurulu üyeliği yapmamış olması*” hükmü getirilmiştir. Bu kısıtlamanın uygulanmasında, SPK, aynı şirketler topluluğu bünyesindeki farklı şirketlerde bağımsız üye olarak görev yapılan süreleri de dikkate almaktadır<sup>98</sup>.

Burada belirlenen üst sınırlar bakımından KYİ, 9 ve 12 yıl gibi sınırlar koyan diğer ülke mevzuatlarına göre daha kısıtlayıcı bir düzenleme getirmektedir. Bu durum şirket yönetim kurullarında gerektiğinden daha sık rotasyona gidilmesini zorunlu kılarak yönetimin devamlılığı ve istikrarı bakımından sıkıntılar yaratabilir.

## **1.2. Aile ilişkilerinden kaynaklanan kriterler**

### **a. Karşılaştırmalı hukukta:**

Bağımsızlık kriterleri düzenlenirken yukarıda sayılan bağımsızlığı ortadan kaldıracı durumların sadece bağımsız üye olarak seçilecek kişi bakımından değil, bu kişinin yakın aile fertleri bakımından da dikkate alınması gerektiği tüm hukuk sistemlerinde kabul görmektedir. Bu bağlamda, şirketin hakim (veya önemli orandaki) hissedarları, üst düzey yöneticileri, iç/dış denetçileri, danışmanları, şirketle önemli nitelikte iş yapan şirketlerin ortakları/ yöneticileri vb. kişiler ile birlikte bu kişilerin yakın akrabalarının da bağımsız üye olamayacakları kabul edilmektedir.

Bu noktada “yakın akraba” tanımının ne şekilde yapılacağı veya bu konuda yapılacak değerlendirmenin kime bırakılacağı konusu önem kazanmaktadır. Avrupa Komisyonu Tavsiye Kararı ile Fransız ve İngiliz mevzuatlarında sadece “yakın akrabalık ilişkileri” teriminin kullanıldığı ve bununla ilgili bir tanım yapılmadığı görülmektedir<sup>99</sup>. Bu durumda hangi dereceye kadar akrabalık ilişkilerinin bağımsızlığı zedeleyeceğine ilişkin değerlendirmeyi yönetim kurulları bünyesinde oluşturulacak aday gösterme komiteleri yapacaktır. Öte yandan NYSE kurallarında ise Türkçe’deki karşılığı “birinci derece akrabalar” olan “*immediate family*” kavramı kullanılmış olmakla birlikte madenin devamında bu kavram “kişinin eşi, ebeveynleri, çocukları, kardeşleri, kayınvalide/kayınpederi, damat/gelinleri, kayınbirader/baldız/görümceleri ve

<sup>98</sup> Boztosun, s. 65.

<sup>99</sup> UK CG Code, Section B.1.1; France CG Code, Section 9.4; Tavsiye Kararı, Ek II, m. 1(i).

bu kişiyle aynı evi paylaşan (evde çalışanlar hariç) tüm kişiler” şeklinde geniş olarak tanımlanmıştır<sup>100</sup>.

### **b. Türk hukukunda:**

SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde ise aile bağlarına ilişkin olarak bağımsız üyenin “eşi ve ikinci dereceye kadar kan ve sıhri hısımları”nın bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir. Bu bakımdan SPK, NYSE kurallarındaki benzer kapsamda bir yakın akraba tanımı yapmış, fakat “aynı evde yaşama” durumunu kapsam dışında bırakmıştır. Aynı evde yaşama durumu, bir sonraki bölümde açıklanan ve tespiti zor olan “yakın arkadaşlık” gibi sosyal ilişkilerin somut ve tespit edilebilir bir yansıması olması bakımından önemlidir. Zira aynı evde yaşama durumu çoğu zaman kayınbirader ve görümce gibi akrabalık ilişkilerinden daha yakın bir kişisel ilişkiyi içermektedir. Dolayısıyla bu durumun da evleviyetle sınırlama kapsamına dahil edilmesi gerektiği öne sürülebilir.

## **1.3. Kişisel ve sosyal ilişkilerden kaynaklanan kriterler**

### **a. Karşılaştırmalı hukukta:**

Yukarıda sayılan bağımsızlık kriterleri iş ve aile ilişkilerinden kaynaklanan, sayısal verilerle ifade edilmesi ve somut delillerle ispatı nispeten daha kolay olan hususlara ilişkindir. Fakat bunların dışında özellikle arkadaşlık gibi kişisel ilişki sınıfına giren bazı durumlarda söz konusu ilişkileri somut ve nesnel biçimde ortaya koymak ve sınıflandırmak mümkün olmayabilir. Ancak bu tür ilişkilerin de bağımsızlığı ortadan kaldırmaları veya zedelemeleri çoğu zaman mümkündür<sup>101</sup>. İşte bu nedenle uluslararası doktrinde kişisel ilişkilerin bağımsızlık kriterleri kapsamında nasıl değerlendirileceği hususu incelenmiştir<sup>102</sup>.

ABD’de kişisel ilişkilerin bağımsızlığa etkisi konusunun tartışmaya açıldığı örneklerden biri *Juno Lighting* adlı şirkette görülmüştür. Şirketin beş kişilik yönetim kurulunda icra kurulu başkanı, finansal işlerden sorumlu icra

<sup>100</sup> NYSE Manual, General Commentary to Section 303A.02(b).

<sup>101</sup> Daniele Marchesani, “The Concept of Autonomy and the Independent Director of Public Corporations,” *Berkeley Business Law Journal*, Vol. 2, 2005, s. 326-327.

<sup>102</sup> Özellikle Amerikan doktrininde bağımsız yönetim kurulu üyelerinin (denetlemekle görevli oldukları) şirket yöneticileri ile benzer sosyal çevrelere mensup olmaları sorunsalı irdelenmiştir. Bu konuda bkz. Myles La Grange Mace, *Directors: Myth and Reality*, Boston: Harvard University, 1971, s. 95-100; Brudney, s. 613.

kurulu üyesi (CFO), şirketin yatırım bankacısı ve avukatı ile birlikte bir de bağımsız üye bulunurken, söz konusu bağımsız üyenin icra kurulu başkanı ile yakın arkadaş olduğu ve hatta hobi olarak aynı jazz grubunda birlikte müzik yaptığı ortaya çıkmıştır. Söz konusu bağımsız üyenin hukuken bağımsızlığını ortadan kaldıran bir durum bulunmamakla birlikte fiiliyatta bağımsız olmadığı ve yönetim kurulu toplantılarında da icra kurulu başkanının kararları aleyhine hiçbir muhalefette bulunmadığı belirtilmiştir<sup>103</sup>.

Bu tartışmaya ilişkin diğer bir çarpıcı örnek ise *Disney*'in ünlü eski icra kurulu başkanı *Michael Eisner*'in uygulamalarıdır. *Eisner*'in kontrolündeki aday belirleme komitesinin bağımsız üye olarak *Eisner*'in şahsi avukatı, mimarı ve çocuklarının öğrenim gördüğü okulla bağlantısı bulunan bazı eğitimciler gibi kişileri belirlediği; şirket yönetim kurulu kararları geriye dönük incelendiğinde de bu kişilerin çoğu zaman bağımsız üye gibi hareket etmediklerinin anlaşıldığı belirtilmektedir. *Disney*'deki bu yönetsel sorunlar 1990'larda şirket hissedarları tarafından yönetim aleyhine açılan bazı davaların da konusunu teşkil etmiştir<sup>104</sup>.

Bu tür kişisel ilişkilerin bağımsız üye seçimlerine yansımalarının temel nedeni icra kurulu başkanlarının bağımsız üye adaylarının belirlenmesi sürecinde etkin olabilmeleridir. Bağımsız üyelerin seçimi genel kurulda hissedarlar tarafından yapılmakla birlikte genel kurula sunulacak bağımsız üye aday listesi yönetim kurulu bünyesinde oluşturulan aday belirleme komitelerince hazırlanmaktadır. İcra kurulu başkanları da aday belirleme sürecinde teknik olarak bağımsız sayılmakla birlikte iyi kişisel ilişkiye sahip oldukları kişilerin aday gösterilmesini yönetim kurulu üzerindeki hakimiyetleri ölçüsünde sağlayabilmektedirler<sup>105</sup>. Bu durum doğal olarak icra kurulu başkanının otoritesinin ve kararlarının sorgulanmadığı, muhalefete kapalı yönetim kurullarını ortaya çıkarabilmektedir<sup>106</sup>. Bu sakıncaların giderilmesi amacıyla pek çok ülkede yasa

103 Monks / Minow, s. 257.

104 *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 825 A.2d 275 (Del. Ch. 2003); Monks / Minow, s. 257-258; Rachel A. Fink, "Social Ties in the Boardroom: Changing the Definition of Director Independence to Eliminate Rubber-Stamping Boards," *Southern California Law Review*, Vol. 79(2), 2006, s. 457.

105 Fink, s. 463-464; Arthur R. Pinto, "Corporate Governance: Monitoring the Board of Directors in American Corporations," *American Journal of Comparative Law Supplement*, Vol. 46, 1998, s. 346.

106 Usha Rodrigues, "Let the Money Do the Governing: The Case for Reuniting Ownership and Control," *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, Vol. 9(2), 2004, s. 260-261.

koyucuların aday belirleme komitelerinin yapısı ve çalışma prensipleri ile ilgili düzenlemeler yaptıkları, özellikle de bu komitelerin üyelerinin tamamının veya çoğunluğunun bağımsız üyelerden oluşması zorunluluğunu getirdikleri görülmektedir.

Kişisel ilişkinin diğer bir türü ise şirketin ve şirket yöneticilerinin şirketle doğrudan ilgisi olmayan dernek, vakıf, okul, üniversite vb. dış kurum ve kuruluşlar üzerinden kurdukları sosyal ilişkilidir. Bir bağımsız üyenin şirket yöneticilerinden biriyle aynı üniversitenin mütevelli heyetinde yer alması veya görev aldığı vakfa şirket yöneticisi tarafından bağışta bulunması gibi durumların da bağımsızlık üzerinde etkileri olabileceği tartışılmaktadır.

Bu duruma verilebilecek en çarpıcı örneklerden biri 2003 yılında ABD'de Delaware mahkemesinin *Oracle* şirketi ile ilgili verdiği karardır. Bazı *Oracle* hissedarlarının şirket yönetim kurulundaki dört üyeye karşı şirket çıkarlarına aykırı hareket ettikleri iddiasıyla açmış oldukları davada şirketin hangi yolu izleyeceğine ilişkin inceleme yapmak ve şirket stratejisine ilişkin nihai kararı vermek üzere şirket yönetim kurulu bünyesinde iki üyeden oluşan bir Özel Dava Komitesi (*Special Litigation Committee*) oluşturulmuştur. Söz konusu Özel Dava Komitesi'nde bulunan iki yönetim kurulu üyesi de Stanford Üniversitesi'nde öğretim üyesidir. Davalı konumunda bulunan dört üyeden biri Stanford Üniversitesi'nde öğretim üyesiyken bir diğeri ise Stanford Üniversitesi mezunu olup üniversiteye milyonlarca dolar bağışta bulunmuştur. *Oracle*'ın icra kurulu başkanı da Stanford mezunu olup üniversiteye geçmişte milyonlarca dolar bağışlamış ve gelecekte de büyük bağışlarda bulunmayı düşündüğü bilinen bir kişidir. Sonuç olarak Özel Dava Komitesi davalı yönetim kurulu üyelerinin arkasında durarak davanın şirket tarafından kabul edilme-  
mesi yönünde rapor vermiştir<sup>107</sup>.

Özel Dava Komitesi'nin bu kararı yetkili Delaware mahkemesine taşınmış ve mahkeme Komite'nin bağımsızlık testini geçemediğine hükmetmiştir. Yöneticilerin bağımsızlığına ilişkin emsal niteliğinde taşıyan kararda şu ifadeler yer verilmiştir:

*“Hukumumuz insanların sosyal doğasını göz ardı etmemelidir. Açıkçası, şirket yöneticileri genelde sosyal kurumlar ile derin ilişkiler kurmuş olan kişilerdir. Bu sosyal kurumların, faaliyetlerine katılan kişilerin davranışlarını açık veya zımni olarak etkile-*

<sup>107</sup> Harvey Gelb, “Corporate Governance and the Independence Myth,” *Wyoming Law Review*, Vol. 6(1), 2006, s. 145-146.

*yen ve yönlendiren normları ve beklentileri vardır. ... Bu faktöre gerektiği şekilde duyarlı olarak hukukumuz, bu yönde bir delil olmadıkça, şirket yöneticilerinin genel olarak olağandışı sosyal cesarete sahip kişiler olduğunu ve sosyal kurumların sıradan kişilere dayattığı normlardan bağımsız olarak hareket edebileceklerini varsayamaz.”<sup>108</sup>*

Özellikle *Oracle* davasından sonra bu tür sosyal kurumlar üzerinden kurulan ilişkilerin yönetici bağımsızlığı üzerindeki ilişkisi tartışmaya açılmıştır. Hatta CII ilkelerinde sayılan bağımsızlık kriterlerinde, “*halen veya son 5 yıl içinde kendisi veya bir akrabasının şirket, şirketin bağlı kuruluş ve iştirakleri veya üst düzey yöneticilerinden önemli nitelikte bağış veya destek almış olan vakıf, üniversite veya diğer bir kâr amacı gütmeyen kuruluşta çalışan veya yönetici olarak görev alması veya bu tür bir kuruluşa yapılan bağışların doğrudan lehdarı olması*” şeklinde bir kritere de yer verilmiştir<sup>109</sup>. Bununla birlikte, uygulanmakta olan mevzuatlarda henüz bu duruma ilişkin somut bir kritere yer verilmediği görülmektedir.

Profesyonel ilişkiler ve aile ilişkilerinin aksine, bu tür kişisel ve sosyal ilişkilerin somut olarak saptanması ve nesnel bağımsızlık kriterleri ile ifade edilmesi daha güçtür. Fakat bu ilişkilerin yönetim kurulu üyelerinin bağımsızlığına ilişkin sakıncalar doğurabileceği de bir gerçektir. Bu nedenle en azından CII ilkelerinde görüldüğü gibi somut olarak saptanabilecek sosyal ilişki türlerinin bağımsızlık kriterlerine dahil edilmesi artık bir gereklilik haline gelmiştir.

## **b. Türk hukukunda:**

Kişisel ve sosyal ilişkilerden kaynaklanan bağımsızlık engellerine ilişkin bir kriterin KYİ’de de yer almadığı görülmektedir. Öte yandan (e) bendi bağımsızlık konusunda oldukça geniş sınırlarla, adeta bir torba hüküm olarak düzenlenmiştir:

*e) Şirket faaliyetlerine olumlu katkılarda bulunabilecek, şirket ile pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarında tarafsızlığını koruyabilecek, menfaat sahiplerinin haklarını dikkate alarak özgürce karar verebilecek güçlü etik standartlara, mesleki itibara ve tecrübeye sahip olması.*

<sup>108</sup> *In re Oracle Corp Derivative Litigation*, 824 A.2d 917 (Del. Ch, 2003), s. 938; Gelb, s. 147.

<sup>109</sup> CII Policies, Section 7.3(e)

Burada getirilen “şirket ortakları arasındaki çıkar çatışmalarında tarafsızlığı koruyabilme” kriterinin kapsamına söz konusu tarafsızlığı etkileyebilecek sair kişisel ve sosyal ilişkilerin de gireceği kabul edilebilir. Fakat kuralın sınırlarının bu kadar geniş çizilmiş olmasının uygulamada doğurabileceği sıkıntılar göz önünde bulundurularak önümüzdeki dönemde bu konu üzerinde çalışma yapılması ve kişisel/sosyal ilişkilerden kaynaklanan bazı durumların bağımsızlık kriterlerine daha somut hükümlerle (örneğin CII ilkelerinde olduğu gibi) yansıtılması yerinde olacaktır.

## 2. Türk hukukunda getirilmiş olan diğer kriterler

Yukarıda ele alınan bağımsızlık kriterleri, çeşitli ülkelerdeki piyasa koşullarından ve pratikte karşılaşılan sorunlardan beslenerek ve dünyanın ileri gelen hukuk devletleri arasındaki karşılıklı etkileşimler yoluyla (özellikle de ABD’den Avrupa’ya ve diğer kıtalara doğru yayılan bir etkilenme ile) olgunlaşarak bugünkü hallerini almışlardır. Sermaye piyasalarının uluslararası karakterinin de bir sonucu olarak benzer ekonomik sistemler uygulayan ülkelerde bağımsız üye tanımı ve kriterlerinin de benzer şekillerde ilerlediği ve evrimleştiği görülmektedir. Özellikle bağımsızlık kriterleri bakımından bu karşılıklı etkileşim sürecinin sonunda gelinen nokta, bu kriterlerin olabildiğince nesnel temeller üzerine oturtulması ve anlam bulanıklıkları ile yorum farklarına yer bırakmayacak şekilde açık ve kesin bir dille ifade edilmesini amaçlayan ortak bir uygulamayı ortaya çıkarmıştır.

Türkiye’de de SPK, Kurumsal Yönetim İlkelerini ilk kez yayınladığı 2003 yılından itibaren genel hatlarıyla karşılaştırmalı hukukta ortaya çıkmış olan bu ortak ilkelere kayıtsız kalmamış ve bağımsızlık kriterlerini<sup>110</sup> de bu doğrultuda nesnel ve açık ifadelerle belirlemiştir. Bununla birlikte, 2011 yılında IV-54 sayılı Tebliğ’in kabulü ve KYİ’nin bazı hükümlerinin bağlayıcı hale gelmesinden itibaren bağımsızlık kriterlerinde de SPK tarafından önemli değişiklikler yapılmış ve bu kriterlerin arasına karşılaştırmalı hukukta benzerine rastlanmayan, yukarıda ifade edilen genel akımın aksine bazıları öznel ve muğlak ifadeler içeren torba hükümler niteliğinde olan, diğerleri ise bağımsızlık kriteri niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalı olan bazı yeni hükümler eklenmiştir.

Söz konusu hükümlerin izdüşümlerine bu çalışmada incelenen başka herhangi bir ülkenin mevzuatında da rastlanmadığından bu kriterler işbu başlık altında ayrıca incelenecektir.

110 SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri (2003), m. 3.3.5.

## 2.1. İhtisas ve yetkinliğe ilişkin kriterler

SPK tarafından getirilen bazı kriterlerin bağımsız üyenin görevini tam ve doğru şekilde yerine getirebilmesi için gerekli birtakım öznel niteliklere ve kişisel özelliklere sahip olmasına ilişkin kriterler olduğu görülmektedir. Bu kapsamda ele alınabilecek olan iki hüküm (c) ve (e) bentleridir:

*c) Bağımsız yönetim kurulu üyesi olması sebebiyle üstleneceği görevleri gereği gibi yerine getirecek mesleki eğitim, bilgi ve tecrübeye sahip olması.*

*e) Şirket faaliyetlerine olumlu katkılarda bulunabilecek, şirket ile pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarında tarafsızlığını koruyabilecek, menfaat sahiplerinin haklarını dikkate alarak özgürce karar verebilecek güçlü etik standartlara, mesleki itibara ve tecrübeye sahip olması.*

Nitelik itibarıyla benzer olan bu iki bentte yer alan “mesleki eğitim, bilgi ve tecrübe” ile “güçlü etik standartlar, mesleki itibar ve tecrübe” gibi kriterlerin her şeyden önce üyenin bağımsızlığı ile bir ilgisi bulunmayıp bunlar zaten bağımsız olsun veya olmasın tüm yönetim kurulu üyelerinde bulunması gereken özelliklerdir. Hukuk tekniği açısından bunları bağımsızlık kriterleri arasında düzenlemenin hatalı bir yöntem olması bir yana, böyle geniş, muğlak ve öznel ifadelerin bağımsızlık kriteri olarak belirtilmesi uygulamada SPK’ya gereğinden fazla takdir yetkisi tanınması ve şirketlerin iradelerine fazlaca kısıtlama getirilmesi gibi sıkıntılara yol açabilecektir.

Uluslararası Finans Enstitüsü (*Institute of International Finance*, “IIF”) tarafından yayımlanan Gelişmekte Olan Piyasalar İçin Kurumsal Yönetim ve Şeffaflık Kriterleri’nde de bağımsız üyelerin şirketin işleriyle ilgili yeterliliğe sahip olması gerektiğinden bahsedilmektedir<sup>111</sup>. Fakat aynı bölümde bağımsızlık kriterlerini dört bent halinde sayan IIF’nin “mesleki yeterlilik” gerekliliğini bu kriterlerin arasında saymayıp bunların dışında bir saptama olarak ayrıca belirtmesi ve kriterleri tamamen somut ve nesnel olarak ölçülebilen hususlarla sınırlandırması da bilinçli bir tercih olarak algılanmalıdır. Zira bir bağımsız üyenin mesleki yeterliliğe sahip olması elbette istenecek bir özellik olmakla birlikte, bunun bir bağımsızlık kriteri olarak kodifiye edilmesinin uy-

<sup>111</sup> Demir, s. 88; Policies for Corporate Governance and Transparency in Emerging Markets, Institute of International Finance (IIF), Şubat 2002 (Çevrimiçi Erişim: <[http://info.worldbank.org/etools/docs/library/156006/pillars/pdfs/bib/policies\\_corpgov.pdf](http://info.worldbank.org/etools/docs/library/156006/pillars/pdfs/bib/policies_corpgov.pdf)>, Son Erişim: 11.06.2014), s. 16.



gulamada doğurabileceği sıkıntıların IIF tarafından da göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır.

Bu çalışmada incelenen hiçbir yabancı mevzuatta da bu tür bir bağımsızlık kriterinin yer almadığı görülmektedir. Karşılaştırmalı hukukta bağımsızlık kriterlerinin nesnel temellere oturtulmasına ilişkin yukarıda açıklanan eğilim söz konusu iken, KYİ'de bu tarz muğlak kriterlerin belirlenmiş olması bu eğilimin tam tersi yönünde hareket edildiğini göstermektedir.

## 2.2. Uygunluğa ilişkin kriterler

Yukarıda sayılanlar dışında SPK tarafından getirilen bazı kriterlerin de direkt olarak bağımsız üyenin “bağımsızlık” niteliği ile ilgili olmadığı, fakat bu görevini daha rahat yerine getirebilmesi bakımından “uygun” koşulları temin etme amacını güttüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu kriterler “Uygunluğa ilişkin kriterler” başlığı altında ele alınacaktır.

### 2.2.1. Herhangi bir kamu kurumunda tam zamanlı çalışmıyor olmak

Bu kriter 4.3.6 maddesinin (ç) bendinde düzenlenmiştir:

*ç) Bağlı oldukları mevzuata uygun olması şartıyla, üniversite öğretim üyeliği hariç, üye olarak seçildikten sonra kamu kurum ve kuruluşlarında tam zamanlı çalışmıyor olması.*

Bu bentte yer alan “kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmıyor olma” koşulunun bağımsızlık ile doğrudan ilgili olup olmadığı tartışmaya açıktır. Bir yandan kamuda çalışanların bu konumları dolayısıyla devlete karşı taşıdıkları bağlılık ve sorumlulukların özel bir şirkette bağımsız üye olarak görev yapmalarına engel olabileceği şeklinde bir mantık yürütülebilirse de bu çok yerinde bir tespit değildir. Zira böyle bir risk bağımsız üyenin başka bir özel kurum veya kuruluşta istihdam ediliyor olması durumunda da ortaya çıkabilecek olup yine de salt başka bir kurumda çalışıyor olmak bağımsızlığa engel bir durum olarak görülmemektedir. Bunun yerine şirketle belli oranda ilişkisi bulunan ve çıkar çatışmalarına sebep olabilecek özel birtakım kurum ve kuruluşlarda (bağlı şirketler, denetimden sorumlu şirketler, şirketle önemli ölçüde ticari ilişki içinde olan şirketler vb.) çalışma halinde bağımsızlığın ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Bu durumda şirketle direkt olarak ilişki içinde olan kamu kurum ve kuruluşları (şirketi denetleyen, şirketin faaliyet gösterdiği piyasayı düzenleyen vb.) haricinde kalan kamu kurum ve kuruluşlarında



çalışan kişilerin bağımsız üye olarak yönetim kuruluna girmelerinde şirket bakımından bir sakınca görmemek gerekir.

Devlet bakımından bu üyeliğin kabul edilebilir olup olmadığına bakılırsa, devlet memurlarının anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi olma yasağı zaten 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiştir. Diğer kamu personeli bakımından da böyle bir yasağın bulunup bulunmayacağı hususu bağlı buldukları mevzuatça düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu kişilerin yönetim kurulu üyesi olmalarının önünde kanunen bir engel yoksa sadece kamuda çalışıyor olmalarının neden bağımsızlıklarını engelleyeceği hususu izaha muhtaçtır. Zira sermaye piyasası mevzuatının amacı kamu personelinin görev ve yetkilerinin sınırlarını belirlemek değil, sermaye piyasalarında faaliyet gösteren şirketler için en uygun yönetim yapısını tesis etmektir.

Doktrinde bu bent hükmünün gerekçesini kamu kurumlarında “tam zamanlı çalışma” durumunun bağımsız üyenin şirket işlerine zaman ayırmasını engelleyeceği şeklinde açıklayarak hükmü haklı bulan bir görüş bulunmaktadır<sup>112</sup>. Ancak bu durumda da özel kurumlarda tam zamanlı çalışanlar veya tam zamanlı çalışan üniversite öğretim üyelerinin neden aynı kapsamda değerlendirilmediği sorusu akla gelmektedir. Ayrıca, eğer bu hükmün gerekçesi zaman ayırabilmeden ibaret ise, zaten 4.3.6 maddesinin (f) bendinde bağımsız üyeler bakımından ve 4.4.7 maddesinde de tüm üyeler bakımından “şirket işlerine yeterli zaman ayırabilme” bir gereklilik olarak kabul edilmiştir. Bu gerekliliğin kamu çalışanları için bu bentte bir kez daha düzenlenmesi herhangi bir ek fayda getirmediği gibi hukuk tekniği açısından da doğru değildir.

Öte yandan başka bir kurumda tam zamanlı çalışma durumunun SPK tarafından kategorik olarak bağımsız üyelik yükümlülüklerine aykırı görülmesi de çok yerinde değildir. Zira bağımsız yönetim kurulu üyeleri zaten icrada görevli olmayan üyeler olduklarından şirkette sürekli mesaiye sahip üyeler değildir. Şirketteki görevleri periyodik olarak kendilerine sunulan rapor ve verileri inceleyip denetleyerek yönetim kurulu toplantılarına katılmak ve görüşlerini belirtmekten ibaret olan bağımsız üyelerin başka bir kurumda tam zamanlı olarak çalışıyor olmaları (çalışma tempolarında yönetim kurulu üyeliği görev ve yükümlülüklerini yerine getirecek zamanı bulabildikleri sürece) bağımsız üye olabilme bakımından bir engel teşkil etmemelidir. Bu nedenle başka bir kurumda tam zamanlı çalışma durumunu kategorik olarak reddetmek yerine, bu durumun her üye bakımından özel olarak incelenmesi ve şirket

---

112 Demir, s. 89-90.

işlerine yeterli zaman ayırmak konusunda sorun yaşamayacak olan üyelerin önünün sırf bu nedenle kesilmemesi daha doğru olacaktır.

### 2.2.2. Şirket merkezinin bulunduğu yerde yaşamak (Türkiye’de yerleşik olmak)

Bu gereklilik, KYİ’nin 4.3.6 maddesinin (d) bendinde düzenlenmiştir:

*d) 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (G.V.K.)’na göre Türkiye’de yerleşmiş sayılması.*

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun “Türkiye’de Yerleşme” başlıklı 4. maddesinde, Türk Medeni Kanunu’nun 19 vd. maddelerine göre ikametgahı Türkiye’de bulunanlar ile bir takvim yılı içinde Türkiye’de devamlı olarak altı aydan fazla oturanların Türkiye’de yerleşmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

Bu kriter IV-56 sayılı Tebliğ ile KYİ’ye eklenmiş olup Tebliğ’in çıkarıldığı 30.12.2011 tarihinde SPK tarafından yapılan basın duyurusunda yeni eklenen bağımsızlık kriterlerine ilişkin şu açıklama yapılmıştır:

*“Bağımsız üyelerin görev süresi üç yıl olarak belirlenmiş ve bağımsız üyeliğe ilişkin kriterler yeniden düzenlenmiştir. Daha önce belirlenen kriterlerin yanı sıra, görevini gereği gibi yerine getirecek mesleki eğitim, bilgi ve tecrübeye sahip olmak; Türkiye’de yerleşmiş sayılmak gibi ilave kriterler tanımlanmış ve bağımsız yönetim kurulu üyelerinin şirket ile herhangi bir menfaat ilişkisinin bulunmamasının yanı sıra şirket faaliyetlerine en üst seviyede katkıda bulunmayı sağlayacak özellikleri de taşımaları gerektiği açık olarak ifade edilmiştir<sup>113</sup>.”*

Bu ifadeden SPK’nın eski KYİ’nin 4.3.7 maddesi (g) bendinde getirilen Türkiye’de yerleşmiş olma kriterini “şirket faaliyetlerine en üst seviyede katkıda bulunmayı sağlayacak özellikler” arasında değerlendirdiği anlaşılabilir. Bu ikisinin arasında nasıl bir bağlantı kurulduğuna veya getirilen düzenlemenin hedeflenen sonuca ne şekilde katkıda bulunduğu dair bir açıklama getirilmemiştir.

Doktrinde bu bentteki düzenlemenin TTK m.359/f.1’deki (6335 sayılı kanun ile kaldırılan) “Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşme yerinin Türki-

<sup>113</sup> Seri:IV No:56 sayılı Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ Hakkında Basın Duyurusu, 30.12.2011 (Kaynak: www.spk.gov.tr)

ye’de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır.” hükmü ile paralel mantıkta olduğu ve yönetim kuruluna karşı Türkiye’de sorumluluk davası açılabilmesi bakımından yerinde bir düzenleme olduğunu savunan bir görüş vardır<sup>114</sup>. Fakat bu gerekçelendirme isabetsizdir. Öncelikle, TTK m.359/f.1’in kaldırılan hükmünde özel olarak “temsile yetkili” (yani icrada görev alan) üyelere bu özelliğin aranmasının nedeni, bu üyelerin şirket yönetiminde aktif olarak görev almaları ve yönetim kurulunda alınan kararların uygulanmasından sorumlu olmaları nedeniyle söz konusu karar ve uygulamalardan zarar gören kişilerin davalarını evleviyetle bu üyelere yöneltecek olmalarıdır. TTK’nın bu hükmünden çıkan sonuç icrada görev almayan üyelerin sorumluluklarının daha hafif değerlendirilebileceği ve bu nedenle Türkiye’de yerleşmelerinin veya Türk vatandaşı olmalarının zorunlu olmadığıdır. Hâl böyle iken KYİ’de icradan sorumlu üyelere dahi getirilmeyen Türkiye’de yerleşmiş olma koşulunun sadece icrada görev alması yasak olan bağımsız üyeler bakımından düzenlenmiş olması anlaşılammamaktadır. Eğer sorun gerçekten sorumluluk davası ise, o zaman Türkiye’de yerleşme koşulunun bağımsız üyeler için değil icradan sorumlu üyeler için getirilmesi daha yerinde bir düzenleme olacaktır<sup>115</sup>.

Bu bent hükmünün gerekliliğine ilişkin SPK ve bazı yazarlar tarafından getirilen açıklamalar tatmin edici olmadığı gibi bu düzenlemenin eleştiriyeye oldukça açık ve potansiyel olarak zararlı yanları da vardır. Öncelikle, Türkiye’de yerleşmiş olmayı bağımsızlık kriteri olarak belirlemek yabancı ülkelerde yerleşmiş kişilerin bağımsız olamayacakları gibi bir çıkarıma yol açar, ki bunu mantıklı bir biçimde izah etmek mümkün değildir. Zira bağımsızlık belli bir milliyet veya coğrafi konum ile sınırlı bir kavram olmayıp; tamamen birtakım profesyonel, ailevi ve sosyal ilişkiler çerçevesinde şirketle ve onu yönetenlerle bağlantılı olmamayı ifade eder.

Hükümdeki yabancıların ve yabancı ülkede yerleşik kişilerin bağımsız olmadıkları kabulünün aksine, bu kişilerin diğer bağımsızlık kriterlerini sağlamalarının çok daha olası olduğu dahi iddia edilebilir. Zira Türkiye’deki bir şirketin yöneticileri ve hissedarlarının Türkiye’de yerleşik olan kişiler ile aralarında profesyonel, ailevi ve sosyal ilişkiler tesis edilmiş olması ihtimali Türkiye dışında yaşayan kişilere göre elbette daha yüksek olacaktır. Özellikle

114 Demir, s. 91-93.

115 İcradan sorumlu olan yöneticilerin şirket işlemlerinden ötürü sorumluluklarının icrada görev olmayan yönetim kurulu üyelerine göre daha ağır olması gerektiği ile ilgili bkz. Irwin Borrowski, “Corporate Accountability: The Role of the Independent Director,” *The Journal of Corporate Law*, Vol. 9(3), 1984, s. 461.

yöneticilerin sektör bazında uzmanlaşmasının sonucu olarak o sektörde uzun yıllar çalışmış bir kişinin şirketin yöneticileri, hissedarları, tedarikçileri, denetçileri vb. kişi ve kurumlar ile geçmiş yıllarda çalışma, yöneticilik ve sermaye gibi ilişkiler kurmuş olması gayet olasıdır. Ayrıca Türkiye’de yerleşmiş kişilerin aralarında aynı üniversitede okumuş olmak, aynı vakfın mütevelli heyetinde bulunmak, aynı sosyal kulüplerin üyesi olmak gibi sosyal ve kişisel ilişkilerin bulunması (özellikle de bu kişilerin benzer sektör ve mesleklerde çalıştığı düşünüldüğünde) çok olasıdır<sup>116</sup>. Oysa Türkiye dışında yaşayan kişilerin (özellikle de yabancıların) tüm bu ilişki ağlarının dışında olma ve bu bakımdan gerçek anlamda bağımsız olma ihtimalleri çok daha fazladır.

Bu kişilerin şeklen bağımsız olmalarının yanı sıra düşünce olarak da bağımsız olmaları, yani şirket faaliyetlerine “dışarıdan bir göz” olarak bakabilmeleri ve yeni bir yaklaşım getirebilmeleri de Türkiye’de yerleşik olmayan kişiler bakımından daha olasıdır. Zira bu kişilerin Türkiye’deki genel siyasal, sosyal, ekonomik, yönetsel vb. yaklaşımların ve eğilimlerin etkisi altında kalma olasılıkları daha düşüktür.

Bağımsız üyenin Türkiye’de yerleşmiş olmasının bağımsızlık mantığıyla bağdaşır bir yanı olmadığı gibi, pratikte de önemli bir fayda sağlayacağını iddia etmek pek mümkün değildir. Yukarıda açıklandığı üzere bağımsız üyelerin icradan sorumlu olmamaları ve tam zamanlı olarak şirkette çalışmamaları dolayısıyla şirket merkezinin yakınında yaşamaları gibi bir pratik zorunluluk yoktur. Dahası, şirkete düzenli olarak mesai koymaları beklenen icradan sorumlu üyelere böyle bir zorunluluk getirilmemişken bunun sadece bağımsız üyeler bakımından düzenlenmesi de mantıklı değildir.

Ayrıca, iletişim imkanlarının çok ileri ve veri alışverişinin çok kolay olduğu bir zamanda yönetim kurulu üyelerinin şirket faaliyetlerini takip etmek için Türkiye’de yerleşik olmaları zaten bir ihtiyaç olmaktan çıkmıştır. Yeni TTK ve sermaye piyasası mevzuatı ile getirilen elektronik ortamda yönetim kurulu ve genel kurul toplantıları yapabilmeye gibi düzenlemeler ile şirket hissedarlarının ve yönetim kurulu üyelerinin coğrafi olarak farklı yerlerde olmalarına olanak sağlanırken KYİ’de bu genel yönelimin tam tersi yönünde bir düzenleme yapılmış olması da anlaşılmalıdır.

116 ABD’de büyük şirketlerin bağımsız yönetim kurulu üyelerinin genelde aynı iş, akademi ve siyaset çevrelerinden geldiği ve bu durumun söz konusu üyelerin karar alma mekanizmalarını etkilediği yönündeki endişelerle ilgili bkz. Borowski, s. 463-464; Stanley C. Vance, *Corporate Leadership: Boards, directors and strategy*, New York 1983, s. 56.

Bunlara ek olarak, bağımsız üyelik için Türkiye’de yerleşme koşulunu getirmek yabancıların bu pozisyonlara getirilmesini hemen hemen imkansız hale getirecektir. Zira tam zamanlı bir iş olmayan yönetim kurulu üyeliği için bir yabancıнын kendi ülkesindeki düzenini bırakarak yılın yarısından fazlasını Türkiye’de geçirmesi hiç mantıklı bir seçenek değildir. Bu nedenle bu kısıtlama yabancı yöneticilerin çok büyük bölümü bakımından Türkiye’deki şirketlerde bağımsız üye olarak görev alma seçeneğini ortadan kaldıracak ve kaçınılmaz olarak şirketlerin seçebileceği bağımsız üye havuzunu daraltacaktır. Bağımsız yönetim kurulu üyesi havuzunun daralması ise hiçbir koşul altında olumlu bir gelişme olarak değerlendirilemez. SPK’nın öncelikli amacı halka açık şirketlerin yönetim kurullarında en nitelikli ve uzman yöneticilerin bulunmasını sağlamak olmalıyken, bu düzenleme ile dünya piyasalarındaki üst düzey yöneticilerin büyük bir bölümünün Türk şirketlerine bağımsız üye olarak getirilmesinin imkansız hale getirilmesi (veya önemli ölçüde sınırlandırılması) SPK’nın temel görev ve amaçları ile çelişmektedir.

TÜSİAD da, Seri:IV No:56 sayılı Tebliğ’e ilişkin yayımladığı görüşünde benzer kaygıları paylaşarak, “*Birçok borsa şirketinin, önemli tutarlarda uluslararası yatırımları olmasına ve küresel ölçekte üretim yapmak suretiyle rekabet etmesine rağmen, yabancı bağımsız yönetim kurulu üyesi atanması koşullarının hemen hemen imkansız hale gelmiş olmasının, uluslararası ölçekte faaliyet gösteren şirketlerimizin gerçekleri ile bağdaşmadığı; uluslararası tecrübelerden ve özellikle bağımsız yönetim kurulu üyeliğinin uzun yıllardır uygulandığı ülkelerdeki bilgi birikiminden yararlanılabildiğini engelleyeceği düşünüldüğünden, 4.3.7. İlkesi’nin (g) bendinin İlkeler’den kaldırılmasının*” uygun olacağını belirtmiştir<sup>117</sup>.

IV-57 sayılı tebliğ ile SPK, Türkiye’de yerleşmiş sayılma koşulunu bağımsız üyelerin en az yarısının sağlamasının yeterli olacağı şeklinde bir düzenleme yaparak bu kısıtlamayı biraz olsun hafifletmiştir. Aynı düzenleme II-17.1 sayılı Tebliğ’de de yer almaktadır (m.5/f.6). Bu olumlu bir gelişme olmakla birlikte zaten pratikte kayda değer bir fayda sağlamayan bu kısıtlamanın tamamen kaldırılması ve yönetim kurullarını uluslararası yöneticilerle zenginleştirmek isteyen borsa şirketlerinin bu konuda serbest bırakılması daha yerinde olacaktır.

<sup>117</sup> Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ’e dair TÜSİAD Görüşü, 18.01.2012 (Kaynak: www.tusiad.org.tr)

### 2.2.3. Şirket işlerine yeterli zaman ayırabilmek

Bu kriter de esas olarak 4.3.6 maddesinin (f) bendinde düzenlenmiştir:

*f) Şirket faaliyetlerinin işleyişini takip edebilecek ve üstlendiği görevlerin gereklerini tam olarak yerine getirebilecek ölçüde şirket işlerine zaman ayırabiliyor olması.*

Bu bentteki düzenlemeye ek olarak, kamu kurum ve kuruluşlarında tam zamanlı çalışmama kriterinin de şirket işlerine yeterli zaman ayırabilmeye ilişkin olduğuna dair doktrindeki görüşlere ve bunların eleştirisine yukarıda yer verilmişti.

Ayrıca, yine yukarıda ele alınan (ğ) bendinin ikinci kısmında getirilen “toplamda borsada işlem gören şirketlerin beşten fazlasında bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak görev almıyor olma” koşulunun da yine bağımsız üyenin şirket işlerine zaman ayırabilmesi ile ilintili olduğu anlaşılmaktadır. Zira borsada işlem gören farklı şirketlerin arasında sermaye, kontrol, denetim veya ticari kaynaklı herhangi bir ilişki bulunmaması halinde aynı kişinin farklı şirketlerde görev almasının önünde başkaca bir engel yoktur. Dolayısıyla SPK'nın bu cümlecığı (ğ) bendine eklemekteki amacının, bağımsız yönetim kurulu üyeliğinin fazlasıyla profesyonelleşerek aynı kişilerin çok sayıda farklı şirkette bu görevi üstlenmeleri ve gerek mesailerinin gerekse dikkatlerinin bölünmesinden dolayı bu şirketlerin hiçbirine gerekli katkıyı tam olarak sağlayamamaları riskini bertaraf etmek olduğu anlaşılmaktadır.

Eski KYİ'de (i) bendinde düzenlenen zaman ayırabilme kriterine ilişkin doktrinde getirilen eleştirilerde bu bent hükmünün “aynı anda belirli bir sayıdan fazla borsa şirketinde bağımsız üye olarak görev alamama” gibi bir düzenleme getirilerek nesnel bir zemine oturtulabileceği önerisi de yapılmaktaydı<sup>118</sup>. Yeni KYİ'de “zaman ayırabilme” kriteri yine aynı şekilde (f) bendinde düzenlenirken bu önerinin de dikkate alınarak (ğ) bendinde bu düzenlemenin getirildiği görülmektedir.

Son olarak, (f) bendinde getirilen “şirket işlerine zaman ayırabilme” kriterinin de bir bağımsızlık kriteri olmayıp bütün yönetim kurulu üyeleri bakımından aranması gerektiğini belirtmek gerekir. Hatta icradan sorumlu üyelerin bağımsız üyelere göre şirket işlerine daha da fazla zaman ayırmaları gerekmektedir. Zaten 4.4.7 maddesinde “Yönetim kurulu üyesi şirket işleri için yeterli zaman ayırır” denilmek suretiyle bu yükümlülük tüm üyeler ba-

kımından düzenlenmişken, aynı hususun bir de bağımsızlık kriterleri arasında düzenlenmesi gereksiz olup hukuk tekniği bakımından da doğru değildir. 4.3.6 maddesinin (f) bendinin tamamen kaldırılarak 4.4.7 maddesinin de uygulanması zorunlu maddeler arasına dahil edilmesi daha yerinde bir düzenleme olacaktır.

## V) SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri ile muadil yabancı mevzuatlar karşılaştırmalı olarak incelendiğinde KYİ'nin şirketler bakımından en kısıtlayıcı düzenlemeleri içeren, düzenleyici kurum (SPK) bakımından ise en geniş yetkileri tanıyan mevzuat olduğu göze çarpmaktadır. Somut ve sayısal olarak ifade edilebilen kriterler bakımından SPK'nın muadil yabancı mevzuatlara kıyasla daha kısıtlayıcı olan alt ve üst sınırları tercih ettiği görülmektedir. Örneğin kısıtlamaların geriye dönük uygulanmasında son beş yılın dikkate alınması (ABD'de üç) ve bağımsız üyelik süre sınırlamasının son on yılda altı yıl olarak belirlenmesi (İngiltere ve İsviçre'de 9, Fransa'da 12, ABD'de yok) gibi düzenlemelerde SPK daha muhafazakâr yaklaşımı tercih etmiştir.

Öte yandan bu somut kriterlerin üzerine SPK tarafından (diğer ülkelerde örneklerine rastlanmayan) “mesleki eğitim, bilgi ve tecrübe”, “güçlü etik standartlar”, “mesleki itibar”, “şirket işlerine zaman ayırabilme” gibi bağımsızlık kriteri olup olmadığı tartışmalı olan birtakım ucu açık ve nesnel olarak tanımlanması zor kriterlerin de eklendiği görülmektedir<sup>119</sup>. KYİ'nin 4.3.6 maddesinin (ç) ile (f) bentleri arasında düzenlendiği görülen bu kriterlerin tamamı Ekim 2011 ve sonrasında çıkarılan tebliğlerle eklenmiştir.

Yoruma fazlasıyla açık bağımsızlık kriterlerinin varlığının yanında KYİ'nin 4.3.7 ve 4.3.8 maddeleri ile SPK'ya aday gösterme sürecinde tanınan (bu çalışmada incelenen diğer ülke mevzuatlarının hiçbirinde bulunmayan) veto hakkı da göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenlemelerin genel amacının, borsa şirketlerinin yönetim kurullarına atanacak bağımsız üyelerle ilgili son sözün SPK'ya verilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Borsa şirketlerinin ülke

119 İngiltere'de uygulanan bağımsızlık kriterleri dahi, bunlara benzer öznel kriterler ihtiva etmemelerine rağmen, ABD'nin sınırları daha spesifik çizilmiş kriterleriyle karşılaştırıldığında bazı yazarlarca “daha esnek fakat netliği daha az” olarak nitelendirilmektedir [bkz. Allison Dabbs Garrett, “A Comparison of United Kingdom and United States Approaches to Board Structure,” *Corporate Governance Law Review* Vol. 3(2), 2007, s. 112]. Türkiye'de SPK tarafından getirilen bu ucu açık kriterlerin netlik-muğlaklık skalasında nerede değerlendirilebileceği ise düşündürücüdür.



ekonomisi açısından büyük önem arz etmesi ve küçük yatırımcının korunması gibi düşüncelerle SPK'nın, şirket yönetiminin denetlenmesi açısından önemli yetkilerle donatılmış olan bağımsız yönetim kurulu üyelerinin seçiminde yanlış tercihler yapılmasından çekinmesi ve olası yanlışlıkları gidermek istemesi elbette kabul edilebilir bir endişedir. Ucu açık bazı "torba" hükümlerin bağımsızlık kriterleri arasına eklenmesinin temel nedeninin de diğer nesnel kriterlerin hiçbirine aykırılık göstermeyen fakat yine de bir borsa şirketinin yönetiminde bulunmaması gerektiği (SPK tarafından) kabul edilen kişilerin sistemdeki boşluklardan yararlanarak bağımsız üye seçilebilmesinin önüne geçmek olduğu düşünülebilir.

Fakat borsa şirketlerinin yönetimlerinde ortaya çıkabilecek olası sorunların önlenmesi için SPK'nın bu kadar müdahaleci bir yaklaşım izlemesinin gerekli olup olmadığı da sorgulamaya değer bir husustur. Zira bugün Türkiye'nin ekonomide izlediği liberalleşme politikasının temelinde yer alan "serbest piyasa" anlayışının sermaye piyasalarında evleviyetle hakim olması doğal ve gereklidir. Daha özgürlükçü ve serbest piyasaya güven duyan bir perspektiften bakıldığında, bir borsa şirketinin yönetim kuruluna "mesleki itibara, tecrübeye, etik değerlere" vb. özelliklere sahip olmayan üyelerin atanmasının önündeki en büyük engelin SPK denetiminden önce bizzat piyasa mekanizmasının kendisi olduğu görülebilir. Zira yönetime ilişkin her türlü karar ve eylemleri yatırımcılar tarafından (bilhassa büyük miktardaki yatırımları yönlendiren bilinçli kurumsal yatırımcılar tarafından) yakından takip edilen ve çoğu zaman medyaya da yansıyan borsa şirketlerinde yönetim kuruluna "uygun olmayan" üyelerin seçilmesi halinde, bu durum büyük olasılıkla şirketin yatırımcılar gözündeki itibarını sarsacak ve hisse değerlerine de olumsuz olarak yansıtacaktır.

Batıda pek çok şirketin tam olarak da bu kaygılarla, herhangi bir mevzuat zorlamasına tabi olmaksızın, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini etkin biçimde yapabilmeleri için gerekli olan mesleki ve teknik bilgilerle donatılması için gerekli önlemleri aldığı ve bunları kamuya açıkladığı görülmektedir. Bunlara örnek olarak, General Electric şirketinde bağımsız üyelere şirket işleriyle ilgili daha fazla bilgi sahibi olmaları için şirketin operasyon merkezlerine yanlarında üst yönetimden kimse olmaksızın düzenli olarak ziyaretler yapma yükümlülüğü getirilmesi<sup>120</sup> ve 1970'lerde Trans World Airlines bağımsız yönetim kurulu üyesi (eski Yüksek Mahkeme Yargııcı) Arthur J. Goldberg

120 Stanley Gold, "Corporate Boards: A Director's Cut," *Wall Street Journal*, 18 Şubat 2003, s. B2.



tarafından dile getirilen bağımsız üyelerin teknik bilgi eksikliklerini gidermek için ekonomi, finans, mühendislik ve halkla ilişkiler vb. konularda uzman danışmanların şirket üst yönetiminden bağımsız biçimde sadece yönetim kuruluna karşı sorumlu olmak üzere istihdam edilmeleri<sup>121</sup> gibi uygulamalar sayılabilir.

Dolayısıyla, SPK'nın müdahalesi olmasa dahi, borsa şirketlerinde (oy çoğunluğuna sahip olan hakim hissedarlar veya hissedar grupları başta olmak üzere) tüm hissedarların bağımsız üye seçiminde şirketlerinin konumuna ve kalitesine uygun kişileri tercih etmeleri için, sahip oldukları hisselerin değerini muhafaza edebilmek gibi temel ekonomik çıkarlarından kaynaklanan çok sağlam teşvikler serbest piyasa mekanizmasının özünde zaten mevcuttur. ABD, İngiltere, Almanya, Fransa ve İsviçre gibi ülkelerde kanun koyucular ile düzenleyici kuruluşların bu serbest piyasa mekanizmasını kabul ederek ona saygı gösterdikleri görülmektedir. Bu nedenle bu ülkelerin mevzuatlarında sadece nesnel olarak tespit edilebilecek (genel olarak profesyonel ilişkiler ve aile ilişkilerinden kaynaklanan) bağımsızlık kriterleri yer almakta olup bunun ötesinde borsa şirketleri için “doğru” bağımsız üyelerin öznel tanımları mevzuatta yapılmamakta veya “doğru” üyelerin seçimini temin etmek üzere düzenleyici kuruluşlara geniş yetkiler tanınmamaktadır.

Bağımsızlık kriterlerinin muğlak ve öznel şekilde yazılması ve buna bağlı olarak SPK'ya bağımsız üye adaylarının belirlenmesinde ucu açık bir veto yetkisinin tanınması serbest piyasa prensibi ile bağdaşmadığı gibi büyük kurumsal yatırımcıların (özellikle de yabancı yatırımcıların) Türk sermaye piyasalarına yatırım yapma kararlarını olumsuz yönde etkileme riskini de ortaya çıkarmaktadır. Zira şirket yönetimini kilitleyerek şirketi büyük yatırımlar yapmaktan alıkoyabilecek derecede geniş yetkilere sahip olan bağımsız üyelerin seçimine ilişkin kriterlerin içeriğinin önceden kesin ve nesnel olarak tanımlanamaması yatırımcılar bakımından tercih edilmeyen bir hukuki belirsizlik durumu yaratmaktadır. Özellikle de yabancı yatırımcılar bakımından yatırım yaptıkları yabancı bir ülkede yatırımlarının kaderini etkileyebilecek çok temel bir konuda mevzuattaki muğlaklıklar ve devlet kurumlarına tanınan geniş müdahale yetkileri önemli bir caydırıcı unsurdur.

Halka açılmayı düşünen şirketler bakımından da yönetim kurullarında bulunacak bağımsız üyelerin seçim kriterlerinin daha somut ve öngörülebi-

---

<sup>121</sup> Jay William Lorsch / Elizabeth McIver, *Pawns Or Potentates: The Reality of America's Corporate Boards*, Boston 1989, s. 57-58.

lır olması önemlidir. SPK'nın borsa şirketleri üzerindeki kontrol yetkilerinin 2011'den beri kademeli olarak arttırılıyor olması ve bunun en büyük yansımalarından biri olan bağımsız üye seçim sürecinde SPK'nın artan takdir ve veto yetkileri, halka açılma niyetindeki şirketlerin yöneticileri ile hakim hissedarlarının bu yöndeki kararlarının olumsuz yönde etkilenmesi riskini ortaya çıkarmaktadır.

Türkiye'de ekonomik liberalleşme yönelimi ile paralel olarak sermaye piyasalarını güçlendirmek adına aile şirketlerinin kurumsallaşarak halka açılması ve yerli/yabancı yatırımcıların sermaye piyasalarına yatırım yapması yıllardır devlet politikası olarak desteklenmiştir. Halka açık şirketlerin sayısının ve halka açıklık oranlarının artmasının ekonomik faydalarının yanı sıra kurumsallık, hesap verilebilirlik ve sosyal sorumluluk bakımından da önemleri tartışmasıdır. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin bu sürece olumlu katkı yapması beklenmekle birlikte, 2011 yılından bugüne kadar bağımsız üye seçilme kriterlerinde yapılan değişiklikler ile (başka hiçbir gelişmiş ülkede örneğine rastlanmayan) birtakım nesnel olarak tanımlanamayan ve sınırları tam olarak çizilemeyen kriterlerin KYİ'ye eklenmiş olması bir hukuki belirsizlik ortamı yaratarak sermaye piyasalarındaki liberalleşme sürecini olumsuz yönde etkilemektedir. Bu kriterlerin SPK tarafından gözden geçirilerek olabildiğince sınırları belirli ve nesnel temellere oturtulması dünyadaki kurumsal yönetim anlayışıyla paralellik sağlayacağı gibi, yatırımcılar açısından hukuk güvenliğini tesis etmek açısından da olumlu bir gelişme olacaktır.

**KAYNAKÇA****KİTAP & MAKALELER**

- AGUILERA, Ruth V. / CUERVO-CAZURRA, Alvaro:** “Codes of Good Governance,” *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 17(3), 2009, s. 376 vd.
- ATTIG, Rajah / MORCK, Randall:** “Cross Directship and Corporate Kleptocracy,” *Finance: Proceedings of the Annual Conference of the Administrative Association of Canada Finance Division*, Vol. 26(1), 2005, s. 15 vd.
- BAINBRIDGE, Stephen M:** “Independent Directors and the ALI Corporate Governance Project,” *George Washington Law Review*, Vol. 61(4), 1993, s. 1034 vd.
- BALOTTI, Franklin / ELSON, Charles M. / LASTER, J. Travis:** “Equity Ownership and the Duty of Care: Convergence, Revolution, or Evolution?” *Business Lawyer*, Vol. 55, 2000, s. 661 vd.
- BAYSINGER, Barry D. / BUTLER, Henry N.:** “Revolution Versus Evolution in Corporate Law: The ALI’s Project and the Independent Director,” *George Washington Law Review*, Vol. 52, 1984, s. 557 vd.
- BEBCHUK, Lucian Arye:** “The Case Against Board Veto in Corporate Takeovers,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 69, 2002, s. 973 vd.
- BERGSTRESSER, Daniel / PHILIPPON, Thomas:** “CEO incentives and earnings management,” *Journal of Financial Economics*, Vol. 80, 2006, s. 511 vd.
- BERLE, Adolf A. / MEANS, Gardiner C.:** “Corporations and the Public Investor,” *American Economic Review*, Vol. 20(1), 1930, s. 54 vd.
- BERLE, Adolf A. / MEANS, Gardiner C.:** *The Modern Corporation and Private Property*, New York 1932.
- BHAGAT, Sanjai / CAREY, Dennis C. / ELSON, Charles M.:** “Director Ownership, Corporate Performance, and Management Turnover,” *Business Lawyer*, Vol. 54, 1999, s. 885 vd.
- BOROWSKI, Irwin:** “Corporate Accountability: The Role of the Independent Director,” *The Journal of Corporate Law*, Vol. 9(3), 1984, s. 455 vd.
- BRUDNEY, Victor:** “The Independent Director - Heavenly City or Potemkin Village,” *Harvard Law Review*, Vol. 95(3), 1982, s. 597 vd.
- CASELLI, Stefano et al.:** “Corporate Governance and Independent Directors: Behind Private Equity Investment Performance,” *Unpublished Working Paper, Università Bocconi and University of Parma*, 2008.
- CHANDLER, William B. / STRINE, Leo E.:** “The New Federalism of the American Corporate Governance System: Preliminary Reflections of Two Re-

sidents of One Small State,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 152, 2003, s. 953 vd.

**CHHAOCHHARIA, Vidhi / GRINSTEIN, Yaniv:** “The Changing Structure of US Corporate Boards: 1997–2003,” *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 15(6), 2007, s. 1215 vd.

**CLARKE, Donald C.:** “The Independent Director in Chinese Corporate Governance,” *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 31(1), 2006, s. 125 vd.

**CLARKE, Donald C.:** “Three Concepts of the Independent Director,” *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 32(1), 2007, s. 73 vd.

**DEMİR, Erdal:** *Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri*, İstanbul 2013.

**DEMİRBAŞ, Mahmut / UYAR, Süleyman:** *Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Denetim Komitesi*, İstanbul 2006.

**EISENBERG, Melvin Aron:** *The Structure of the Corporation: A Legal Analysis*, Toronto 1976.

**ELSON, Charles M.:** “Enron and the Necessity of the Objective Proximate Monitor,” *Cornell Law Review*, Vol. 89(2), 2004, s. 496 vd.

**ELSON, Charles M.:** “Executive Compensation – A Broad-Based Solution,” *Boston College Law Review*, Vol. 34, 1993, s. 937 vd.

**ENRIQUES, Luca / VOLPIN, Paolo:** “Corporate Governance Reforms in Continental Europe,” *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21(1), 2007, s. 117 vd.

**FAIRFAX, Lisa:** “Sarbanes-Oxley, Corporate Federalism, and the Declining Significance of Federal Reforms on State Director Independence Standards,” *Ohio Northern University Law Review*, Vol. 31(3), 2005, s. 381 vd.

**FINK, Rachel:** “Social Ties in the Boardroom: Changing the Definition of Director Independence to Eliminate Rubber-Stamping Boards,” *Southern California Law Review* Vol. 79(2), 2006, s. 455 vd.

**GARRETT, Allison Dabbs:** “A Comparison of United Kingdom and United States Approaches to Board Structure,” *Corporate Governance Law Review*, Vol. 3(2), 2007, s. 93 vd.

**GELB, Harvey:** “Corporate Governance and the Independence Myth,” *Wyoming Law Review*, Vol. 6(1), 2006, s. 129 vd.

**GOLDBERG, Arthur J.:** “Debate on Outside Directors,” *New York Times*, 29 Ekim 1972, s. 1 vd.

**GOLD, Stanley:** “Corporate Boards: A Director’s Cut,” *Wall Street Journal*, 18 Şubat 2003, s. B2.

- GOLDSCHMID, Harvey J.:** “The greening of the board room: Reflections on corporate responsibility,” *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 10, 1973, s. 15 vd.
- GORDON, Jeffrey:** “The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices,” *Stanford Law Review*, Vol. 59(6), 2007, s. 1465 vd.
- GRIECO, Joseph:** “The Ever-Evolving Poison Pill: The Pill in Asset Protection and Closely-Held Corporation Cases,” *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 36, 2011, s. 625 vd.
- HAMILTON, Robert:** “Corporate Governance in America: 1950-2000 Major Changes but Uncertain Benefits,” *Journal of Corporation Law*, Vol. 25, 2000, s. 349 vd.
- HELLWIG, Hans-Jurgen:** “US Concept of Corporate Governance under the Sarbanes-Oxley Act of 2002 and Its Effects in Europe,” *European Company and Financial Law Review*, Vol. 4(3), 2007, s. 417 vd.
- HOPT, Klaus J.:** “Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation,” *American Journal of Comparative Law*, Vol. 59(1), 2011, s. 1 vd.
- HOPT, Klaus J. / LEYENS, Patrick C.:** “Board Models in Europe, Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, The United Kingdom, France, and Italy,” *European Company & Financial Law Review*, Vol. 1(2), 2004, s. 136 vd.
- HOUSTON, William / LEWIS, Nigel:** *The Independent Director*, London 1992.
- JENNINGS, Marianne:** “Primer on Enron: Lessons from a Perfect Storm of Financial Reporting, Corporate Governance and Ethical Culture Failures,” *California Western Law Review*, Vol. 39(2), 2003, s. 163 vd.
- KAHAN, Marcel:** “Paramount Or Paradox: The Delaware Supreme Court’s Takeover Jurisprudence,” *Journal Of Corporation Law*, Vol. 19(3), 1994, s. 583 vd.
- KARMEL, Roberta:** “Independent Corporate Board: A Means to What End?” *George Washington Law Review*, Vol. 52(4-5), 1984, s. 534 vd.
- KARPUZOĞLU ÖZELMAS, Ebru:** *Kurumsal Yönetişimde Yönetim Kurulu*, İstanbul 2009.
- KORT, Michael:** “Interessenkonflikte bei Organmitgliedern der AG.” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* Vol. 29(16), 2008, s. 717 vd.
- KORT, Michael:** “Standardization of Company Law in Germany, other EU Member States and Turkey by Corporate Governance Rules,” *European Company and Financial Law Review*, Vol. 5(4), 2008, s.379 vd.

- KRIVOGORSKY, Victoria:** “Ownership, board structure, and performance in Continental Europe,” *International Journal of Accounting*, Vol. 41, 2006, s. 176 vd.
- LEECH, Noyes / MUNDHEIM, Robert:** “The Outside Director of the Publicly Held Corporation,” *Business Lawyer*, Vol. 31, 1976, s. 1799 vd.
- LIPARTITO, Kenneth / MORII, Yumiko:** “Rethinking the Separation of Ownership from Management in American History,” *Seattle University Law Review*, Vol. 33(4), 2010, s. 1025 vd.
- LORSCH, Jay William / McIVER, Elizabeth:** *Pawns Or Potentates: The Reality of America’s Corporate Boards*, Boston 1989.
- MACE, Myles La Grange:** *Directors: Myth and Reality*, Boston 1971.
- MARCHESANI, Daniele:** “The Concept of Autonomy and the Independent Director of Public Corporations,” *Berkeley Business Law Journal*, Vol. 2, 2005, s. 315 vd.
- MONKS, Robert A. G. / MINOW, Nell:** *Corporate Governance Fifth Edition*, West Sussex 2011.
- MOSCOW, Cyril:** “The Independent Director,” *Business Lawyer*, Vol. 28, 1972, s. 9 vd.
- NADER, Ralph / GREEN, Mark J. / SELIGMANN, Joel:** *Taming the Giant Corporation*, New York 1977.
- ODMAN BOZTOSUN, Ayşe:** *Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği*, İstanbul 2013.
- ÖZKORKUT, Korkut:** *Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri*, Ankara 2007.
- PAREDES, Troy A.:** “Enron: The Board, Corporate Governance and Some Thoughts on the Role of Congress,” in **RAPOPORT, Nancy / DHARAN, Bala (eds.)**, *Enron: Corporate Fiascos and Their Implications*, New York 2004, s. 495 vd.
- PINTO, Arthur R.:** “Corporate Governance: Monitoring the Board of Directors in American Corporations,” *American Journal of Comparative Law Supplement* Vol. 46, 1998, s. 317 vd.
- PULAŞLI, Hasan:** *Corporate Governance: Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model*, Ankara 2003.
- RODRIGUES, Usha:** “Let the Money Do the Governing: The Case for Reuniting Ownership and Control,” *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, Vol. 9(2), 2004, s. 254 vd.
- SANTELLA, Paolo / PAONE, Giulia / DRAGO, Carlo:** “How Independent Are

Independent Directors? The Case of Italy,” *German Working Papers in Law and Economics*, Vol. 15, 2006.

**SCHWARTZ, Donald E.:** “Towards New Corporate Goals: Co-Existence with Society,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 60(1), 1971, s. 57 vd.

**STONE, Christopher D.:** *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior*, New York 1975.

**TAHIROĞLU WÜRSCHING, Figen (ed.):** *Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği: Zamanı Geldi Mi? Ne Düşünüyorlar?*, İstanbul 2011.

**TARVER, Michael K.:** “Arrogance of Corporate Power: A Study of the Evolution of the Fiduciary Duty Owed by Management to the Corporation or Its Shareholders,” *Tulane Law Review*, Vol. 42, 1967, s. 155 vd.

**VANCE, Stanley C.:** *Corporate Leadership: Boards, directors and strategy*, New York 1983.

**VAROTTIL, Umakanth:** “Corporate Governance in Emerging Economies: Role of the Independent Director,” (Tez) National University of Singapore, Singapore, 2009.

**WALKLING, Ralf A. / LONG, Michael S.:** “Agency Theory, Managerial Welfare and Takeover Bid Resistance,” *Rand Journal of Economics*, Vol. 15(1), 1984, s. 54 vd.

**ZHAO, Yuan:** *Corporate governance and directors’ independence*, Alphen aan den Rijn 2011.

## MEVZUAT VE RAPORLAR

CACG Guidelines: Principles for Corporate Governance in the Commonwealth, Commonwealth Association for Corporate Governance (CACG), Kasım 1999 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/cacg\\_final.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/cacg_final.pdf)>, Son Erişim: 11.06.2014).

“Corporate Director’s Guidebook,” *Business Lawyer*, vol. 33, 1978, s. 1591 vd.

Corporate Governance Code for Listed Corporations, Association Française des Entreprises Privées (AFEP) & Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), Haziran 2013 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/afep\\_medef\\_code\\_revision\\_jun2013\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/afep_medef_code_revision_jun2013_en.pdf)>, Son Erişim: 11.06.2014).

Corporate Governance Policies, Council of Institutional Investors, Mayıs 2014 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.cii.org/corp\\_gov\\_policies](http://www.cii.org/corp_gov_policies)>, Son Erişim: 11.06.2014).

Corporate Governance Principles, Capital Markets Board (CMB), February 2005



(Çevrimiçi Erişim: <<http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=-displayfile&pageid=55&fn=55.pdf&submenuheader=null>>, Son Erişim: 11.06.2014).

EC Recommendation on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board, 2005/162/EC, 15.02.2005 (Çevrimiçi Erişim: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:052:0051:0063:EN:PDF>>, Son Erişim: 11.06.2014).

German Corporate Governance Code (English version). Government Commission on the German Corporate Governance Code, Mayıs 2013 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/cg\\_code\\_germany\\_13may2013\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_germany_13may2013_en.pdf)>, Son Erişim: 11.06.2014).

Guidance on Good Practices in Corporate Governance Disclosure, UNCTAD, UNCTAD/ITE/TEB/2006/3, 2006 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/un\\_cgdisclosure\\_guidance\\_2006\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/un_cgdisclosure_guidance_2006_en.pdf)>, Son Erişim: 11.06.2014).

Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi. Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, TÜSİAD-T/2002-12/336, Aralık 2002 (Çevrimiçi Erişim: [http://www.tusiad.org/\\_rsc/shared/file/kurumsal-yonetim.pdf](http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/kurumsal-yonetim.pdf), Son Erişim: 06.06.2014).

Kurumsal Yönetim İlkeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Temmuz 2003 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/kyy\\_tr.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/kyy_tr.pdf)>, Son Erişim: 09.06.2014).

Kurumsal Yönetim İlkeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Şubat 2005 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/cmb\\_principles\\_turkey\\_2005\\_tr.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/cmb_principles_turkey_2005_tr.pdf)>, Son Erişim: 09.06.2014).

Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri:IV No:54), Sermaye Piyasası Kurulu, Resmi Gazete, 11.10.2011, 28081 (2. Mükerrer) (Mülga).

Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri:IV No:56), Sermaye Piyasası Kurulu, Resmi Gazete, 30.12.2011, 28158 (Mülga).

Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:IV No:57), Sermaye Piyasası Kurulu, Resmi Gazete, 11.02.2012, 28201 (Mülga).

Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:IV No:60), Sermaye Piyasası Kurulu, Resmi Gazete, 26.06.2012, 28335 (Mülga).



Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:IV No:63), Sermaye Piyasası Kurulu, Resmi Gazete, 22.02.2013, 28567 (Mülga).

Kurumsal Yönetim Tebliği (Seri:II No:17.1), Sermaye Piyasası Kurulu, Resmi Gazete, 03.01.2014, 28871.

NYSE Listed Company Manual, Ocak 2013 (Çevrimiçi Erişim: <<http://nysemanual.nyse.com/lcm>>, Son Erişim: 11.06.2014).

OECD Principles of Corporate Governance, OECD, Nisan 2004 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/principles\\_en\\_final.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/principles_en_final.pdf)>, Son Erişim: 11.06.2014).

Policies for Corporate Governance and Transparency in Emerging Markets, Institute of International Finance (IIF), Şubat 2002 (Çevrimiçi Erişim: <[http://info.worldbank.org/etools/docs/library/156006/pillars/pdfs/bib/policies\\_corp-gov.pdf](http://info.worldbank.org/etools/docs/library/156006/pillars/pdfs/bib/policies_corp-gov.pdf)>, Son Erişim: 11.06.2014).

Recommendations of the Committee on corporate governance chaired by Mr Marc VIENOT, Association Française des Entreprises Privées (AFEP) & Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), Temmuz 1999 (Erişim: <[http://www.europace.net/files/rapport\\_vienot2\\_uk.pdf](http://www.europace.net/files/rapport_vienot2_uk.pdf)>, Son Erişim: 09.06.2014).

Statement of the Business Roundtable, "The Role and Composition of the Board of Directors of the Large Publicly Owned Corporation," *Business Lawyer*, Vol. 33, 1978, s. 2083 vd.

Swiss Code of Best Practices for Corporate Governance (English version), Economiesuisse, Şubat 2008 (Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/swiss\\_code\\_feb2008\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/swiss_code_feb2008_en.pdf)>, Son Erişim: 10.06.2014).

The UK Corporate Governance Code, Financial Reporting Council, Eylül 2012 (Erişim: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/cg\\_code\\_uk\\_sep2012\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_uk_sep2012_en.pdf)>, Son Erişim: 10.06.2014).

## YARGI KARARLARI

*Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984).

*Cede v. Technicolor*, 634 A.2d 345 (Del. 1993).

*Cinerama v. Technicolor*, 663 A.2d 1156 (Del. 1995).

*Citron v. Steego Corp.* (Del. 1988), *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 14, 1989, s. 634 vd.

*Grobow v. Perot*, 539 A.2d 180 (Del. 1988).

*In re IXC Communications Inc. v. Cincinnati Bell Inc.*, No. 17324, 1999 WL 1009174 (Del. Ch. 1999).

*In re Oracle Corp Derivative Litigation* 824 A.2d 917 (Del. Ch. 2003).

*In re Pennaco Energy, Inc. Shareholders*, 787 A.2d 691 (Del. Ch. 2001).

*In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 825 A.2d 275 (Del. Ch. 2003).

*McMullin v. Beran*, 765 A.2d 910 (Del. 2000).

*Moran v. Household International* 500 A.2d 1346 (Del. 1985).

*Orman v. Cullman*, 794 A.2d 5 (Del. Ch. 2002).

*Polk v. Good*, 507 A.2d 531 (Del. 1986).

*Rales v. Blasband*, 634 A.2d 927, (Del. 1993).

*Unitrin Inc. v. American General Corp.*, 651 A.2d 1361 (Del. 1995).

*Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985).

# İlâm Zamanaşımına Türk Borçlar Kanunu md 153/6'nın Uygulanması

Valentin RÉTORNAZ\*

## ÖZET

Türk Borçlar Kanunu'nun 153/6 maddesine istinaden « *alacağı, Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece* » zamaşımı durmaktadır. Bu makalede, bu durma sebebinin ilâm zamaşımına uygulanması değerlendirilmektedir. İlk olarak, bu durma sebebinin *mutatis mutandis* uygulanabilirliği Türk Borçlar Kanunu'nun yorumlanmasının mahkemeye erişim hakkına dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadıyla uyumlu hale getirilmesi fikri savunulmuştur. Bundan sonra, bu maddenin geniş bir şekilde uygulanması tavsiye edilmiştir. Sadece alacaklı bakımından ilâmın icrasının objektif sebeplerden dolayı imkânsız hale dönüşmesi durumunda değil, alacaklının yahut borçlunun subjektif ve zor durumlarla karşı karşıya kaldığı hallerde de, örneğin hastalık ya da takip ehliyetinin kaybolması gibi, ilâmın zamaşımının durması kabul edilmelidir.

**Anahtar kelimeler:** Zamaşımı – durma sebebi – ilâmın icrası – mahkemeye erişim hakkı – Türk Borçlar Kanununun yorumu.

## The Application of Article 153/6 of the Code of Obligations to the Period of Limitation of Enforceable Instruments

### ABSTRACT

Article 153/6 of the Turkish Obligation Act provides for the tolling of the limitation when « *a suit cannot be brought before a Turkish Court* ». The application of this disposition to the execution of judgments and other enforceable titles is discussed in the present paper. Firstly, it is demonstrated that the tolling should be applied *mutatis mutandis* to the enforcement of court decisions, in order to make the interpretation of Article 153/6 of

\* Yard. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı.

the Turkish Obligation Act compatible with the case law of the European Court of Human Rights on the right of access to a court granted by article 6 § 1 ECHR. Secondly, a broad application of the said disposition is suggested. So the limitation period should be tolled not only when the creditor cannot enforce the judgement for objective grounds, but also when both the creditor and the debtor are facing subjective issues of importance like illness or the loss of the civil capacity.

**Keywords:** Period of limitation – tolling – enforcement – right of access to a court – interpretation of the Turkish Obligation Act.

## I. GİRİŞ

Zamanaşımı kavramı düşünüldüğü zaman, ilk akla gelen hiç dava konusu olmamış haklardır. Zira, zamanaşımı çoğu zaman davaya karşı ileri sürülmektedir. Söz konusu yaklaşım tam olarak doğru olmamakla birlikte, kanun koyucu da benzer bir tutum içindedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) zamanaşımı dair ayrıntılı maddeler düzenlenmiş olup<sup>1</sup>, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) ise zamanaşımı süresiyle ilgili olarak sadece tek bir madde<sup>2</sup> yer almaktadır. Bu durumu mehz İsviçre hukukunun herhangi bir hususiyetiyle açıklamak mümkün değildir<sup>3</sup>. Bu husus, zamanaşımının usul hukukundan ziyade maddî hukukun bir parçası olarak değerlendirildiğinin bir göstergesidir. Bu nedenle ilamların zamanaşımı, medeni hukuktan cebrî icraya kadar uzanan bir köprü teşkil etmektedir.

Bu bağlamda, Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümlerinin ilâmların zamanaşımı konusunda uygulanması kanun koyucu tarafından da zımnen öngörülmektedir. Zira İİK. 33/a maddesinde “*ilamın zamanaşımına uğradığı veya zamanaşımının kesildiği veya tatile uğradığı*” hususundan bahsedilmektedir. Kanundaki atfın Borçlar Kanunu'na yapılmış olduğu şüphesizdir. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu'ndaki zamanaşımıyla ilgili olan maddeler ne kesin hüküm ne de başka bir ilâm türünün konusu olan sarf haklar bakımından düzenlenmiştir. TBK'nın 156. maddesinde borcun karara bağlanmasının etkisinden bahsedilmektedir. Ancak bu etki sadece, zamanaşımının

1 Bkz. Türk BK md. 146-161 ve İsviçre BK md.125-140.

2 İİK.md. 39.

3 1889 tarihli İsviçre '*Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs/Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite/Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento*'sunda ne 'ilâm' ne de 'ilâmlı icraya' benzer bir kavram vardır. Bu nedenle ilâmların zamanaşımı söz konusu değildir, sadece “hüküm verildikten sonra zamanaşımı”ndan bahsedilebilir. Bu hususta İsviçre Borçlar Kanunu'nun 137. maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaktadır.

kesilmesinin vasıtası olan dava ikamesinin sonucu olarak kanun koyucu tarafından göz önünde bulundurulmaktadır<sup>4</sup>.

Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına dair maddeleri, öncelikle henüz dava konusu olmamış veya özel bir senet türünün konusu olmayan borçlara ilişkindir. Bu düzenlemeler arasında, zamanaşımının durması başlığını taşıyan TBK'nın 153. maddesi dikkat çeken bir düzenlemedir. Bu maddede zikredilen bazı durma sebepleri, velayet, vesayet, evlilik yahut bir hizmet sözleşmesinin mevcudiyeti gibi, kolayca tüm borç nevine uygulanabilir. Nitekim 153. maddede düzenlenen bu gibi zamanaşımının durma sebepleri alacaklının hakkını arama müracaatlarıyla ilgili olmamakta ve bu nedenle de ilâm zamanaşımına uygulanabilmektedir. Ne var ki, TBK'nın 153. maddesinin altıncı bendindeki alacağı Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânı bulunmadığı sürece zamanaşımının duracağına ilişkin düzenleme başka bir niteliktedir. Bir borçla ilgili dava açma hakkının Türk mahkemelerinin önünde fiilî olarak kullanılması imkânının var olup olmaması, doğrudan doğruya borcun durumu ve alacaklı tarafından yapılacak müracaatlarla ilgilidir. Bu nedenle, söz konusu yasal düzenlemenin ilâm zamanaşımına uygulanması bazı sorunları da beraberinde getirmektedir ve bu çalışmada bu sorunlar incelenecektir.

İlk olarak, BK 153. maddesinin altıncı bendinin ilâmlara uygulanabilirliği incelenecek (II) ardında da bu maddenin uygulanmasının sonuçları (III) değerlendirilecektir.

## II. BORÇLAR KANUNU M. 153/6'NİN İLÂMLARA UYGULANABİLİRLİĞİ

BK 153. maddesinin altıncı bendinin ilâm zamanaşımına uygulanabilir olup olmamasını değerlendirmek için, ilk önce kanunun lafzı incelenecektir (A). Bu incelemenin ardından kesin bir sonuca varılamadığı tespit edildikten sonra, öğretide ve içtihatındaki yaklaşım değerlendirilecektir (B). Son olarak konu, mahkemeye erişim hakkı bakımından ele alacaktır (C).

### A) Kanunda Kullanılan Terimlerinin Kapsamı

BK 153. maddesinin altıncı bendinde “*alacağı Türk Mahkemelerinde ileri sürme imkânının*” bulunmamasından bahsedilmektedir. Bir alacağın mahkemede ileri sürülmesi çoğu zaman dava açılması yoluyla yapılır. Bunun için, söz konusu olan borcun henüz bir dava ya da başka bir ilâmın konusu olma-

<sup>4</sup> Bkz bu madde ile ilgili olan başlık (“Yeni sürenin başlaması”).

ması gerekir. Borç ilâm niteliği taşıyan bir senette mündemiç kılındığında dava açmanın gereği yoktur. Nihai bir karar verilmişse, nihai kararın kesin hüküm niteliğinden dolayı aynı taraflar arasında aynı dava sebebi ve konusu hakkında yeni bir karar vermek mümkün değildir<sup>5</sup>. Nitekim, ilâmların hususiyeti doğrudan icra kabiliyeti taşımasıdır. Bu bakımından, söz konusu olan maddenin ilâmlara uygulanması yasanın lafzından dolayı zımnen imkânsız gözükmektedir.

Aynı zamanda, BK 153. maddesinin 6. bendinin kat'î bir şekilde ilâmlara uygulanmadığından bahsetmek isabetli olmayabilir. “Mahkemede ileri sürme” tamamen dava açmakla örtüşen bir husus değildir. Karar verilmek suretiyle yaratılmış ilâmın icraya koyulması, geniş anlamda bir “mahkemede ileri sürme” tarzı olarak değerlendirilebilir<sup>6</sup>. Kaldı ki kanun koyucu net ve yoruma yol açmayan bir madde ihdas etmek isteseydi, “dava açmak” terimini kullanırdı<sup>7</sup>. Böyle olmadığına göre, ilgili madde daha esnek bir şekilde yorumlanabilir. Ayrıca, medeni hukukta, ceza hukukundan farklı olarak, kanunlar kıyas yoluyla yorumlanabilir<sup>8</sup>. Açıklanan nedenlerle, Kanun metninin lafzından TBK'nın 153. maddesinin altıncı bendinin ilâmlara uygulanabilirliği

5 Bkz. Hamide Özden ÖZKAYA-FEREDENCİ, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, XII Levha, İstanbul, 2009, s. 9-11 (tekrar yasağı).

6 Kağan SUSUZ, Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 137.

7 BK 156. maddesinin altıncı bendi, sadece “İsviçre Mahkemesi”, “Türk Mahkemesi” ifadesiyle değiştirilmek suretiyle İsviçre Borçlar Kanunundan iktibas edilmiştir. 1881 tarihli mülga İsviçre Borçlar Kanunu'nun yapım sürecinde “mahkemede ileri sürmek imkânı bulunmamak” kavramı yorumlarken “takip etmekte fiilî imkan bulunmamak” (*impossibilité matérielle d'exercer des poursuites*) kavramı kullanılmıştır (bkz. *Feuille fédérale* 1881 cilt. I ve sayfa 207'de yayınlanmış olan “İsviçre Borçlar ve Ticaret Kanunu Taslağına Dair Millî Meclis Komisyon Raporu”nun ilgili kısmı). O dönemde İsviçre İcra İflas Kanunu parlamentoda henüz hazırlık aşamasındadır, ancak siyasî ihtilâflar dolayısıyla bu süreç 1889'a kadar uzamıştır. Millî Meclis'de faaliyet gösteren mebuslar için “takip etmek” ifadesi belirli ve daha teknik bir anlam ifade etmektedir. Zikredilen raporda “takip etmek” ifadesinin kullanılması ilgili maddenin “dava açmak”tan daha geniş bir şekilde yorumlanabilmesine izin verilmiş olduğu şeklinde anlaşılabilir. Bu yorum teknik ve tamamen hukukî bakımdan savunulabilir. Fakat Fransızca günlük dilde “takip etmek” kavramı “dava açmak” anlamına gelmektedir. Kanun koyuncunun hangi anlamı seçtiğini belli değildir. Bu sebepten dolayı kanaatimizce İsviçre Kanunu'nun hazırlık çalışmaları Türk Borçlar Kanunu'nun yorumlanması bakımından dikkatle ele alınmalıdır. Her halükarda bu durum mehzaz kanun hazırlanırken kullanılan dilin kesin olmadığının bir göstergesidir.

8 Ceza hukuku ve medeni hukukun yorumlanmasındaki fark için bkz. Aytekin ATAAY Medenî Hukukun Genel Teorisi, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1596/Hukuk Fakültesi No. 348, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, s. 185.

konusunda kesin bir kanaate varmak pek mümkün gözükmemektedir. Başka yardımcı araçlara başvurmak gereklidir.

### B) Öğretideki Yaklaşım

BK 153/6 maddesinin ilâmın zamaşımasına uygulanması hususu doğrudan doğruya incelememiştir. Pek çok yazar, sadece BK'nın 153. maddesinin ilâm zamaşımasının durmasına uygulanabilir olduğunu ifade etmekle yetinmektedir<sup>9</sup>. Tüm bu maddede yazılan durma sebeplerinin ilâmın zamaşımasına uygulanmasının isabetli olup olmadığı tartışılmamaktadır. Bir görüş, İİK 39. maddesinin, sadece borçlar hukukunun genel ilkelerinin bir "hatırlatması" olduğunu vurgulamakta ve mülga 802 sayılı Borçlar Kanunu'nun 153. maddesinin aynısı olduğunu açıklamaktadır<sup>10</sup>.

### C) Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında Bir Değerlendirme

İlam zamaşıması mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde incelemek için, zamaşıması kavramının mahkemeye erişim hakkını nasıl etkileyebileceği üzerinde durmak gerekir (1). Bu açıklamanın ardından, ilâmın icrası ve mahkemeye erişim hakkı arasındaki bağlantılar açıklanacaktır (2). Son olarak, mahkemeye erişim hakkının ilâm icrasıyla ilgili olan kanun hükümlerinin yorumuna etkisinden bahsedilecektir (1).

#### 1. Zamaşıması ve Mahkemeye Erişim Hakkı

Zamaşıması Türk medeni hukukunda, maddi hukuka dayanan bir def'i olarak değerlendirilmektedir<sup>11</sup>. Sadece söz konusu düzenleme dikkate alındığında, bu hukukî müessesinin mahkeme erişim hakkıyla ilgili olmadığı

<sup>9</sup> Sümer ALTAY, İcra Hukukunun Temel Kavramları, İstanbul Barosu Yayını No. 189, Ege Basım, İstanbul, 2011, s. 154 ; Hamit DÜNDAR, İlâm ve İlâmın zamaşımasına uğraması üzerine bir inceleme, Türkiye Noterler Birliği Dergisi 2007, s. 31 ; Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, İcra ve İflas Hukuku-Ders Kitabı, 28 Bası, Yetkin, Ankara, 2014, s. 391 ; Nizam İPEKÇİ, İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh) 1-370, 7. Bası, Arıkan, Ankara, 2007 ; Senai OLGAÇ, İcra-İflâs, Cilt 1: maddeler 1-105, Olgâç Matbaası, Ankara, 1978, s. 225 ; Mehmet SARI, Takip Hukukunda Zamaşıması, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2013, s. 28 ; Talih UYAR/Alper UYAR/Cüneyt UYAR, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi "El Kitabı", Cilt: I (İİK. 1-134), Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 520 ; Talih UYAR, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 2: İİK. 17-42, 2. Bası, Feryal Matbaacılık, Ankara, 2004, s. 3382.

<sup>10</sup> Âmil ARTUS, İcra ve İflas Kanununun 39 uncu maddesi ile Borçlar Kanununun 135 inci Maddesi Arasında Mübâyenet Var mıdır ?, İstanbul Barosu Mecmuması 1942/16, s. 375 vd.

<sup>11</sup> Neslihan ÇUKADAR, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 53.

sonucuna varılabilir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin iç hukuklarındaki hukukî tasniflerinden bağımsız bir şekilde yorumlamaktadır. Bu kapsamda, bazı maddi hukuk kavramları, usulî boyutları nedeniyle mahkemeye erişim hakkı bağlamında değerlendirilmektedir<sup>12</sup>. Bu yaklaşımın uygulandığı kavramlardan biri de zamanaşımıdır. Tartışmasız bir içtihatla göre, zamanaşımı mahkemeye erişim hakkına bir müdahale teşkil etmektedir<sup>13</sup>.

Strazburg Mahkemesine göre, zamanaşımı ve kanun yollarındaki süreler,

- 
- 12 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bünyesinde faaliyet gösteren hâkimler Avrupa'nın farklı hukuk gelenekleri temsil ettikleri için, tartışılan sorunlarının maddî ya da şeklî nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesinde, hakkında karar verilen ülkenin hukuk sisteminden etkilenilmesi mümkündür. Zamanaşımıyla ilgili ilk karar *Stubbings / Birlesik Krallık* kararıdır. İngiliz hukukunda, zamanaşımı şeklî bir kavramdır (Sec. 1(1) *Limitation Act 1980*: “*This Part of this Act gives the ordinary time limits for bringing actions of the various classes mentioned in the following provisions of this Part*”; ayrıca zamanaşımı hakkında medeni usul hukuku kitaplarında bir bölüm bulunur, bkz. Stuart SİME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 17. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 227 vs.). Zamanaşımı konusunda Kıta Avrupası ve *Common Law* hukuk sistemleri arasındaki fark milletlerarası özel hukuka da yansımaktadır, bkz. Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2012, s. 462.
- 13 Osman DOĞRU/Atilla NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt 1: İHAS 2., 3., 4., 5., 6. ve 7. maddeler, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s. 629 ; Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı – Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta, İstanbul, 2002, s. 130-131 ; Thomas MEÏER, *Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen*, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg : Band Nr. 328, Schulthess, Zürich, 2013, s. 119-120 ve 122 ; Laure MİLANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Paris 2006, s. 234. AİHM, *Eyilmez ve Şakarak / Türkiye*, n° 74704/11, 01/07/2014 ; AİHM, *Biçer / Türkiye*, n° 13959/06, 17/06/2014 ; AİHM, *Markt Intern Verlag GmbH / Almanya*, n° 31197/09, 17/06/2014 ; AİHM, *Bogdanović / Hrvatistan*, n° 72254/11, 18/03/2014 ; AİHM, *Howald Moor ve diğerleri / İsviçre*, n° 52067/10 ve 41072/11, 11/03/2014 ; AİHM, *Sinfield ve diğerleri*, n° 61332/12, 18/02/2014 ; AİHM, *Yabansu ve diğerleri / Türkiye*, n° 43903/09, 12/11/2013 ; AİHM, *Eşim / Türkiye*, n° 59601/09, 17/09/2013 ; AİHM, *Süzgün / Türkiye*, n° 5015/10, 22/01/2013 ; AİHM, *Żebrowski / Polonya*, n° 34736/06, 03/11/2011 ; AİHM, *Vrbica / Hrvatistan*, n° 32540/05, 01/04/2010 ; AİHM, *Stagno / Belçika*, n° 162/07, 07/07/2009 ; AİHM, *Varnima Corporation International S.A. / Yunanistan*, n° 48906/06, 28/05/2009 ; AİHM, *Vally ve diğerleri / Fransa*, n° 39141/04, 17/06/2008 ; AİHM, *Thiermann ve diğerleri / Norveç*, n° 18712/03, 08/03/2007 ; AİHM, *Mizzi / Malta*, n° 26111/02, 12/01/2006 ; AİHM, *Prum / Fransa*, n° 1101/05, 13/09/2005 ; AİHM, *Glender / İsveç*, n° 28070/03, 06/09/2005 ; AİHK, *Oyston / Birleşik Krallık*, n° 33671/96, 10/09/1997 ; AİHM, *Stubbings ve diğerleri*, n° 22083/93 ve 22095/93, 22/10/1996.



geniş anlamda “dava açma süreleri”<sup>14</sup> oldukları için, Sözleşmeye uygunluk denetime tabi tutulmalıdırlar<sup>15</sup>. Süreler sadece orantılık ilkesine uygun oldukları durumda kabul edilebilir<sup>16</sup>. Daha detaylı bir ifadeyle, süre “belirgin olmalı ve [...] çok kısa olmamalıdır”<sup>17</sup>. Şüphesiz ki “süreye ilişkin kuralların aşırı sert bir tarzda uygulanması birçok sorun yaratmaktadır.”<sup>18</sup> Mevzu bahis durum sadece zamanaşımı süresinin başlangıcı ve uzunluğu ile ilgili olmayabilir. Alacaklının dava açma imkânı olmamasına rağmen, sürenin durmaması mahkeme erişim hakkını ihlal edebilir. Örneğin, *Stagno / Belçika* kararında sigorta şirketine karşı dava açma süresi, Belçika Medeni Kanunu'nun uygulanma alanına girmediği için<sup>19</sup>, başvuruolarının reşit olmadıkları dönemde başlamış ve onların reşit olmasından önce bitmiştir<sup>20</sup>. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre, “somut olayın özellikle dikkate alınmaksızın zamanaşımı süresinin katı bir şekilde uygulanması, başvuruolarının prensipte kullanabilecekleri bir kanun yolunun kullanılmasını engellemiştir.”<sup>21</sup> Diğer bir ifadeyle, bir kişinin dava açmasının imkânsız olduğu kanunda açık bir şekilde yazıldığında, zamanaşımı süresinin durmaması mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.

14 Bu kavram için, bkz. DOĞRU/NALBANT, s. 628 ; İNCEOĞLU, s. 130. Anayasa Mahkemesi de benzer bir yaklaşımdadır: AYM (Birinci Bölüm), baş. nr. 2012/1143, 17/07/2014 (16/10/2014 tarihli *Resmî Gazete*, s. 29147 vd.).

15 Bu yaklaşımın en iyi ispatı yukarıda zikredilen *Bogdanoviç / Hırvatistan* kabul edilemezlik kararında bulunabilir. Başvurucu bir tazminat davasında Hırvatistan mahkemeleri tarafından zamanaşımıyla ilgili uygulanan maddelerden yakınmaktadır. Ceza muhakemesinde istinaf süresi ile ilgili olan bir karara (*Osu / İtalya*, n° 36534/97, 11/07/2002) atıfta bulunarak mahkeme bu iddianın açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varmıştır.

16 Yukarıda zikredilen *Stubbings / Birleşik Krallık*, §§ 50-51. Ayrıca bkz. MEIER, *Verjährung*, s. 122

17 DOĞRU/NALBANT, s. 629 ; İNCEOĞLU, s. 131.

18 *İbid.*

19 Bu durum özellikle Brüksel Bidayet Mahkemesi'nin kararlarına yansımaktadır; bkz *Stagno / Belçika*, § 10. Belçika hukukunda, sigorta sözleşmesine dair yasal maddeler, özel bir kanunun konusudur (4 Nisan 2014 tarihli Sigortalar Hakkında Kanun (129 sayılı ve 30 Nisan 2014 tarihli *Moniteur Belge*, sayfa 35487 vd). *Stagno* davası döneminde 11 Haziran 1874 tarihli Sigortalar Hakkında Kanun uygulanmakta idi. Şu anda yürürlükte olan mevzuat, reşit olmayan hak sahiplerine karşı zamanaşımının durmasını öngörmektedir (Md. 89 bent 1 ve 4 Sigortalar Hakkında Kanun). Bu nedenle, Belçika aleyhine benzer bir davaya rastlamak pek mümkün olmayacaktır.

20 *Stagno / Belçika*, § 12.

21 *Stagno / Belçika*, § 33.

Bu yaklaşım yeniden *Eşim / Türkiye ve Howald Moor ve diğerleri / İsviçre* kararlarında tekrarlanmıştır. İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinin benzerlikleri nedeniyle, iki kararın gerekçeleri nispeten örtüşmektedir<sup>22</sup>. Temel sorun, iki dava bakımından da aynıdır. Mağdurların bir iş hastalığının ya da kazanın sonuçlarının farkında olmadığı hallerde<sup>23</sup>, zamanaşımının durmaksızın işlemesi mahkemeye erişim hakkını ihlal etmektedir. Ayrıca İsviçre öğretisinde, Borçlar Kanunu'ndaki zamanaşımı süresinin durmasıyla ilgili maddenin yorumunda Strazburg Mahkemesinin içtihadının, özellikle *Stagno / Belcika* kararının, dikkate alınmasının gerektiği vurgulanmaktadır<sup>24</sup>.

22 *Eşim / Türkiye* davasında, başvuru 1602 sayılı ve 4/07/1972 tarihli Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 43. maddesine dayanarak dava açmıştır. Dava bir tam yargı davasıdır. Bilindiği üzere Türk idare hukukunun İsviçre idare hukukuyla bağlantısı yoktur. Ne var ki, anılan maddenin lafzı Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinin birinci bendiyle büyük bir benzerlik göstermektedir. Gerek Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 43. maddesinde gerekse Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde iki farklı zamanaşımı süresi iki farklı tarihten itibaren işlemeye başlar: biri zarar görenin zararı öğrendiği tarihten itibaren (*nisbî zamanaşımı*), diğeri ise zararın öğrenildiği tarihe bakılmaksızın zararın meydana geldiği tarihten itibaren (*mutlak zamanaşımı*) hesaplanmaktadır. Mutlak zamanaşımı süresinin dolmasından sonra gecikme sebebi ne olursa olsun dava açılmadığı için mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiştir (*Eşim / Türkiye*, § 25). Zamanaşımı süresi konusunda Türk hukuku bakımından, idare hukukunun özel hukuka etkisinden dolayı, İsviçre hukukuyla aynı mantık söz konusudur. *Howald Moor ve diğerleri / İsviçre* kararında, varisler tarafından iki farklı dava açılmıştır (*Howald Moor ve diğerleri / İsviçre*, §§ 17 vd): birinci dava federal devlete karşı idarenin genel sorumluluğu kanununa dayanmaktadır (§§ 17-27), diğeri ise işverene karşı İsviçre Borçlar Kanunu kapsamında açılmıştır (§§ 28-39). İki davada, kanunî dayanak farklı olmasına rağmen, dava açma sorunu aynı şekilde başvuru aleyhine yorumlanmıştır (§§ 22-27 ve 37-39). İsviçre idare sorumluluk hukukuna göre dava açma süresi bir zamanaşımı süresi değil, bir hak düşürücü süredir (bkz. Federal devletin, makamlarının memurlarının sorumluluğuna dair 14 Mart 1958 tarihli Kanunun 20. maddesi). Ancak yine de Borçlar Kanunu'nun ruhuna uygun olarak iki farklı hak düşürücü süre söz konusudur, biri zararın öğrenildiği tarihten itibaren, diğeri "memurun zarar veren işleminin" tarihinden itibaren işlemeye başlar. Sonuç olarak, ister İsviçre hukuku olsun ister Türk hukuku olsun, idarî ya da medenî hukukta tazminat davasını açma süresi birbirine çok benzeyen kurallara tabidir. .

23 *Eşim / Türkiye* kararında başvuru kafatasında kalan bir metal cismin farkında değildir (*Eşim / Türkiye*, § 6). *Howald Moor ve diğerleri / İsviçre* kararında, ise başvuru murisi asbeste maruz kalmıştır (*Howald Moor ve diğerleri / İsviçre*, §§ 8-10). İki davada hastanın sorunu, ve dava açma olanağı, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra meydana gelmiştir (*Eşim / Türkiye*, § 9 ; *Howald Moor ve diğerleri / İsviçre*, §§ 25 ve 35-39).

24 Philippe MEÏER, Acquisition de la succession et protection du majeur incapable, in Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup ve Christiana Fountoulakis (ed.), Une empreinte sur le Code civil – Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Stämpfli, Bern, 2013, s. 400.

## 2. İlâm İcrası ve Mahkemeye Erişim Hakkı

Şu ana kadar, sadece dava açma süresinden bahsedilmiştir. Ne var ki, konumuz dava açma değil, dava bittikten sonra verilmiş bir kararın icrasındır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci paragrafına göre, bu fark önemli değildir. AİHM'ye göre mahkemeye erişim hakkı ilâmların icrasını da kapsamaktadır<sup>25</sup>.

*Hornsby* kararında, Strazburg Mahkemesi tarafından “[Avrupa İnsan Hakları] Sözleşmesinin 6. maddesi bakımından herhangi bir mahkeme tarafından verilmiş kararın icrasının “muhakeme” kapsamına girdiği” vurgulanmıştır<sup>26</sup>. Diğer bir ifadeyle, mahkemeye erişim hakkı sadece dava açılmasıyla sona ermez. Bu hakkın himayesi muhakeme sonunda verilen kararın icrasına kadar uzanır<sup>27</sup>. Bu çerçevede “kararın icrası hakkında”<sup>28</sup> söz etmek mümkündür.

Kesin hüküm niteliği taşımayan ilâmların icrası geniş anlamda mahkemeye erişim hakkının kapsamına girer<sup>29</sup>. Bu nedenle, mahkeme erişim hakkının

25 Bkz. MİLANO, s. 565 vs.

26 AİHM, *Hornsby / Yunanistan*, n° 18357/91, 19/03/1997, § 40. Türkiye ile ilgili olan başka bir karar örneği, bkz. AİHM, *Ülger / Türkiye*, n° 25321/02, 26/06/2007, § 38. Öğretide *Ülger / Türkiye* kararından çok *Hornsby / Yunanistan* kararına ilişkin atıfa rastlanılmaktadır (örneğin: Mustafa Serdar ÖZBEK, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 147 dipnot No 203). Ayrıca bkz. Sezin AKTEPE ARTIK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Medeni Usul Hukuku Açısından Adil Yargılanma Hakkı*, yayınlanmamış doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2014, s. 153-154; DOĞRU/NALBANT, s. 631-632; İNCEOĞLU, s. 148-149.

27 Bu yaklaşım tamamen Türk öğretinin tarafından benimsemiştir : Pınar ÇİFTÇİ, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 82; ÖZBEK, s. 146 vd.; Muhamet ÖZEKES, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 128; PEKCANITEZ/ATALAY/SÜNGÜRTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 67-68; Hakan PEKCANITEZ, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Tanıtımı*, in KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ/İSTANBUL BAROSU (ed.), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 33.

28 Bu terminoloji için bkz. AKTEPE ARTIK, s. 152 vd.; DOĞRU/NALBANT, s. 631-632, muhtelif yerlerde.

29 Bkz. AİHM, *Ramadhi ve diğerleri / Arnavutluk*, n° 38222/02, 13/11/2007, § 46 (başvurucunun lehine bir idarî karar); AİHM, *Mužević / Hrvattistan*, n° 39299/02, 16/11/2006, §§ 83-87 (mahkeme önündeki sulh); AİHM, *Frotal-Aluquer de Equipamentos S.A. / Portekiz*, n° 56110/00, 04/12/2003, §§ 16-24 (kambyo senedi); AİHM, *Estima Jorge / Portekiz*, n° 24550/94, 21/04/1998, §§ 35-38 (noter senedi). AKTEPE ARTIK, s. 154.

himayesi salt mahkeme önündeki muhakemeden daha uzundur ve bir nevi “ilâmların icrasına hakkını” da kapsamaktadır<sup>30</sup>.

### 3. İlâm Zamanaşımı ve Mahkemeye Erişim Hakkı

Yukarıda anılan ilkelere göre, hiçbir dava açma olanağının olmadığı durumlarda zamaşıma süresinin durdurulmamasından dolayı hakkını aramanın imkânsız hale gelmesi mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Aynı zamanda, mahkemeye erişim hakkı ilâm icrasını da kapsamaktadır. Kanatimizce bu iki konuda aynı prensipler uygulanmalıdır. Yukarıda belirtilen zamaşımdan dolayı mahkemeye erişim hakkının ihlaline ilişkin görüşler ilâmın icrası safhasında da geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, ffilelen bir ilâmın icrasının imkânsız olmasına rağmen, zamaşımasının durmaması mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.

Doğrusu, ilâmların zamaşımasının durması hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir kararına rastlanmamaktadır. Ama benzer durumlarda, Mahkeme tereddüt etmeksizin dava açılmasıyla ilgili olan ilkeleri uygulamaktadır. Örneğin, tenfiz talebinin bir yabancı kararının zamaşıma kesip kesmediği hakkındaki bir kararında, söz konusu milletlerarası hukuk ve cebrî icra meselesinin çözülmesinde yukarıda anılan kuralları uygulamıştır<sup>31</sup>.

Açıklamalarımız ışığında, Borçlar Kanunu'nun ve İcra İflas Kanunu'nun yorumlanması mahkemeye erişim hakkıyla uyumlu bir şekilde yapılmalıdır. İlâmın icrası imkânsız olduğunda, zamaşıma süresinin durması gerekir. Bu hususta doğrudan doğruya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına dayanılabilir. Ancak, medenî hukukta yeterince etkili vasıtaların varlığı halinde, insan hakları hukukuna başvurmanın manası yoktur. Böyle bir yaklaşım aslında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ikincil mahiyetine daha uygundur<sup>32</sup>.

30 Bu konuda Anayasa Mahkemesinin “hak arama özgürlüğü” ile ilgili içtihadı (Anayasa md. 36) aynı yödedir. Bkz. AYM, E: 2009/27, K: 2010/9, 14/01/2010 (17/03/2010 tarihli *Resmî Gazete*, s. 27524 vd.): “...hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır”. ÖZBEK, s. 146.

31 AİHM, *Vrbica / Hrvatistan*, n° 32540/05, 01/04/2010.

32 Bu konuda, bkz. Francesco DE SANTİS DE NİCOLA, Principle of Subsidiarity and “Embeddedness” of the European Convention on Human Rights in the field of the reasonable-time requirement: the Italian Case, *Jurisprudencija/Jurisprudence*, Cilt 18, Sayı 2, s. 9; Francis J. JACOBS/Robin C. A. WHİTE/Clare OVEY, The European Convention on Human Rights, 5. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 84; Giorgio MALİNERNİ, Ways and Means of Strengthening the Implementation of the European Convention on Human

Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanunu 153/6. maddesi Strazburg mahkemesinin zamaşımı ile ilgili olan içtihadının Türk hukukunda uygulanmasına yardımcı olabileceğini düşünmekteyiz.

Son olarak, maddenin uygulanma alanı belirtilmelidir. Zira Türk Borçlar Kanunu 153/6 maddesi lâfzen ilâm icrasına uygulanamaz. Yukarda açıklandığı üzere, ilâmın icrası safhasında dava açmak için mahkemeye başvurmaya gerek yoktur. Bu nedenle, maddede yer alan “*Türk mahkemelerine ileri sürme imkânı*” ifadesini “*Türk icra makamları tarafından icra edilme imkânı*” şeklinde anlamak gerekir. İcra daireleri, icra mahkemelerin denetimi altında ve Cumhuriyet savcılarının teftişine tabi oldukları için<sup>33</sup>, bir dereceye kadar “adalet manzarasının” bir parçası olmaktadır<sup>34</sup>. İdarî makamlar olmadıkları halde<sup>35</sup>, anayasal anlamına “yargı kuvvetinden” uzak kalmamaktadır<sup>36</sup>. O yüzden, tüm görünüşe rağmen yorum tarzımız doğrudan doğruya kanunun lafzına aykırı değildir<sup>37</sup>.

### III. MADDENİN UYGULANABİLECEĞİ DURUMLAR

Borçlar Kanunu 153/6 maddesinin muhtemel uygulanma alanı çok geniştir. Bu nedenle, genel ilkelerin saptanması önemlidir (A). Bu saptamadan sonra, borç münasebetiyle taraflardan kaynaklanan durma sebeplerinin yanı sıra (B) onlardan bağımsız olan durumlardan bahsedilecektir (C).

---

Rights at National Level, in AVRUPA KONSEYİ (ed.), Reforming the European Convention on Human Rights – A Work in Progress, Council of Europe Publishing, Strazbourg, 2009, s. 486.

33 Bkz. İİK 13 ve 13a md.

34 ÖZBEK, s. 250: “*Bu yapıyla genel idare nispi olarak bağımsız bir merci olan (idarî hierarşi içinde yer almayan)...*”

35 Volkan ÖZÇELİK, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 24-25.

36 İcra müdürlerin muameleleri içtihadta “adli işlemler” olarak değerlendirilmektedir (Yarg. HGK 03/10/2007, E. 2007/12-601, K. 2007/695 in Timuçin MUSUL, İcra ve İflâs Hukukunda Şikayet, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 9). Aynı şekilde, bu özel durum, neden icra dairesi önünde yapılan kefaletlerin kanun tarafından ilâm olarak sayıldığı (İİK 38 md.) ve (ayrıntılar için bkz : Süha TANRIVER, İlamlı İcra Takibin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 94) bu hususiyetin icra dairesinde sulhlara yayılmak istenmekte olduğunu açıklayabilir.

37 Aynı zamanda bir ilâmın icrasının imkânsız hale geldiği durumda zamaşımının durması çok eski bir fikirdir. bkz. Eustache-Nicolas PİGEAU, La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du Royaume, Cilt. 1, Veuve Desaints, Paris, 1779, s. 425.

## A) Genel İlkeler

Borçlar Kanunu 153/6 maddesinin kapsamı çok geniş olduğu için, bu hususta genel ilkeleri saptamak zordur. Bu konuda, iki asıl sorun mevcuttur. Birinci sorun, zamanaşımının durması sebebi olarak ileri sürülen mazeretin ciddiyeti (1). İkinci sorun ise, alacaklı ya da borçlunun yabancı bir ülkede ikamet etmesinin zamanaşımına etkisidir (2).

### 1. İleri Sürülen Mazeretin Ciddiyeti

Bir ilâmın icrasının hakikaten imkânsız olup olmadığı konusunda her bir durum hakkında farklı görüşler mevcuttur. Tüm mazeretler kolayca kabul edilirse, zamanaşımı müessesesinin ortadan kalkması tehlikesi doğabilir<sup>38</sup>. Öğretide baskın bir görüşe göre, sadece “*objektif gerekçeler*”, yani alacaklının şahsî durumundan bağımsız olan sebepler, zamanaşımı durdurabilmektedir<sup>39</sup>.

38 Aynı zamanda, imkânsızlıktan dolayı zamanaşımının durması kavramından tamamen vazgeçmek mümkün değildir. Bu bakımdan, Fransız Medeni Kanunu'nun tarihi gelişmeleri aydınlatıcılarıdır. Fransız Medeni Kanunu'nun yazım aşamasında, zamanaşımının durması kavramı dar bir çerçevede tutulmak istenmektedir. Özellikle Türk Borçlar Kanunu 153/6 maddesiyle büyük bir benzerlik taşıyan “*contra non valentem agere non currit praescriptio*” latince deyim o dönemdeki mahkemeler tarafından fazla geniş uygulanmasına son vermek söz konusu olmuştur. Bu kurala, Fransız Medeni Kanunu'nun orijinal metninde rastlanmaması ve öğretilde ilk görüşler (Bkz. Vincent MARCADÉ, Explication du Titre XX Livre III du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence ou commentaire-traité théorique et pratique de la prescription, Cotillon Libraire du Conseil d'Etat, Paris, 1851, s. 150) tarafından net bir şekilde reddedilmesine rağmen, içtihatla halâ hem medeni (Fransız Temyiz Mahkemesi, Birinci Hukuk Dairesi, 21 Kasım 1972, Bulletin civil Cilt I, karar no 251; Fransız Temyiz Mahkemesi, Ticaret Dairesi, 26 Mayıs 1971, Bulletin civil Cilt IV, karar no 149) hem ceza (Fransız Temyiz Mahkemesi, Genel Kurulu, 23 Aralık 1999, Bulletin assemblée plénière, karar no 9) davalarında uygulanmaktaydı. 2008 yılındaki zamanaşımıyla ilgili yeni maddelerler sayesinde, davada ileri sürme imkânsızlığından dolayı zamanaşımının durması ilk kez olarak Fransız Medeni Kanunu'nda öngörülmüştür (Fransız MK 2234 maddesi: “*La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure*”). Diğer bir ifadeyle, iki yüz yıllık Temyiz Mahkemesinin mukavematı Fransız Medeni Kanunu'nun değiştirilmesinin sebebi olmuştur. Şu kadar ki ilâm icrasının zamanaşımı, Fransız Medeni Kanunu'nda değil ama İcra Hukuk Usûlleri Kanununun (*Code des procédures civiles d'exécution*) L. 111-4 maddesinde öngörülmektedir. Kanunda var olan on yıllık sürenin Fransız Medeni Kanunu 223-4 maddesi uyarınca zamanaşımının durup durmaması belli değildir.

39 Ergin AKÇAY, Türk Borçlar Kanunu'na göre Zamanaşımı, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 104 ; Stephen V. BERTİ, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Teilband V 1h: Das Erlöschen der Obligationen (Zweite Lieferung), 3. Bastı, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2002, s. 129-130 ; Mehmet ERDEM, Özel Hukukta Zamanaşımı, XII Levha,

Bu yorum tarzı İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konuyla ilgili içtihadından kaynaklanmaktadır. Birkaç kararda<sup>40</sup>, alacaklının ani hastalığının, ya da onun alacağından haberdar olmamasının, zamaşımını durduracak nitelikte olmadığı vurgulanmıştır<sup>41</sup>. Her ne kadar söz konusu içtihadta “*objektif*” sıfatı kullanılsa da<sup>42</sup>, kanaatimizce bu ifade “*tarafardan tamamen bağımsız olan durum*” anlamına gelmeyebilir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadında bazı şahsi durumlar zamaşımının durmasıyla ilgili görülmektedir. Meselâ, bir kararda zamaşımını durmasının borçlunun İsviçre'deki mallarının alacaklı tarafından bilinip bilinmemesine bağlı olduğu vurgulanmıştır<sup>43</sup>. Bu nedenle, “*objektif*” sebepler bazen subjektif bir nitelik kazanabilir. İsviçre Federal Mahkemesi içtihadında kullanılan ifadeler günlük dildeki anlamları taşımamaktadır. Bizce, “*objektif*” ifadesiyle Federal Mahkeme tamamen taraflar dışında kalan unsurları değil, hukukî bir engel teşkil eden ve salt alacaklının geçici maddî imkânsızlığıyla<sup>44</sup> ilgili olan durumları hedeflemektedir.

---

İstanbul, 2010, s. 256; Mustafa Reşit KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Cilt 2, Beta, İstanbul, 2003, s. 1302; M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Cilt 1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 612; Eraslan ÖZKAYA, Özel Hukukumuzda Zamaşımını ve Hak Düşürücü Süreler, Seçkin, Ankara, 2012, s. 257 ; Pascal PİCHONNAZ, İsviçre Borçlar Kanunu 127.-132. maddelerin şerhi, in Luc THÉVENOZ/Franz WERRO, Commentaire romand : Code des obligations I (Code des obligations art. 1-529-Loi sur le crédit à la consommation-Loi sur les voyages à forfait), Helbling & Lichtenhahn, Cenevre/Bazel/Münih, 2003, s. 770; Safa REİSOĞLU, Türk Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2012, s. 431; Ferit H. SAYMEN/Halid K. ELBİR, Türk Borçlar Hukuku-Umumî Hükümler, Cilt 2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958, s. 926; Mehmet Akif TUTUMLU, Türk Borçlar Hukukunda Zamaşımını ve Uygulanması, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2001, s. 241-242.

- 40 Örneğin: İsviçre Federal Mahkemesi, İkinci Hukuk Dairesi, 07/02/2008, 5A\_708/2007 (www.bger.ch) ; BGE 90 II 428 vd (özelikle s. 440).
- 41 Bu yaklaşım öğretilerde yansımaktadır: OĞUZMAN/ÖZ, s. 612-613; AKÇAY, s. 104; TUTUMLU, s. 242. Karşı bir görüş için, ERDEM, s. 257-258 (zımnen); Fikret EREN, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 17 Bası, Yetkin, Ankara, 2014, s. 1292.
- 42 Örneğin: İsviçre Federal Mahkemesi, İkinci Hukuk Dairesi, 6/10/2006, 5C.122/2006, Semaine Judiciaire 2007, Cilt 1, s. 209 vd (özelikle s. 213); İsviçre Federal Mahkemesi, Birinci Hukuk Dairesi, 13/10/1965, BGE 90 II 428 vd (özelikle s. 437).
- 43 İsviçre Federal Mahkemesi, Birinci Hukuk Dairesi, 29/09/1998, BGE 124 III 449 vd (özelikle s. 455).
- 44 Aynı görüşte: Kenan TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No 1737/Hukuk Fakültesi No 381, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 753. Zımnen karşı bir görüş için, bkz. Kemaleddin BİRSEN, Borçlar Hukuku Dersleri – Borçların Genel Hükümleri, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No 1299/Hukuk Fakültesi No 275, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s. 567.



Avrupa İnsan Hakların Mahkemesi'nin içtihadında subjektif/objektif ya da maddî/hukukî farkına rastlanmamaktadır. Meselâ, *Stagno / Belçika* davasında, reşit olmayan başvuru annesi ya da mahkeme tarafından atanmış özel bir kayyım vasıtasıyla dava açabilmekteydi<sup>45</sup>. Benzer bir şekilde, *Eşim / Türkiye* ve *Howald Moor ve diğerleri / İsviçre* davalarında tek mazeret sebebi zarar gören kişinin durumunun farkında olmamasıdır<sup>46</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun yorumunun Strazburg Mahkemesinin kararlarından çıkan ilkelerle uyuşması isteniyorsa, esnek bir yaklaşımdan yola çıkmak gerekir. Bununla birlikte, tüm gecikme sebeplerini de kabul etmemek lazımdır. Alacaklı, on sene dolduktan sonra zamanaşımı süresinin son iki gününde hasta olduğunu ileri sürdüğünde, bu husus otomatik olarak ilâmın zamanaşımının iki gün uzatılacağı anlamına gelmez. Nitekim orta seviyede dikkatli ve özenli bir alacaklı son gününde bir ilâmı icraya koymaz. En azından, çok önemli bir mazeret göstermeksizin bu kadar uzun bir süre beklemez<sup>47</sup>. Salt maddî olaylardan kaynaklanan gecikme sebepleri kabul edilse bile, sadece en ciddî olanlar ve alacaklıyı hakikaten önemli derecede etkileyenler zamanaşımının durması sebebi olarak kabul edilmektedir<sup>48</sup>.

## 2. Borçlunun ya da Alacaklının Yabancı Ülkede İkametinin Etkisi

Borçlunun ya da alacaklının yabancı bir ülkede ikamet etmesi halinde bir ilâmın icrası zor olsa bile, bu husus zamanaşımı durma sebebi teşkil etmez. İsviçre Mahkemelerinin içtihadında kısmen farklı bir görüşe rastlanmaktadır. Bazı kararlara göre, borçlunun yabancı ülkede ikameti, İsviçre'de hacze kabil malları olmadığı sürece, zamanaşımının durması sebebi teşkil etmektedir<sup>49</sup>.

Bu yaklaşım, sadece İsviçre icra iflas hukukunun özellikleriyle açıklanabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun yorumlanmasında söz konusu yaklaşımın

45 Davalı hükümeti bu husus savunma olarak ileri sürmüştür: *Stagno / Belçika*, § 23.

46 *Eşim / Türkiye*, § 16 ; *Howald Moor ve diğerleri*, § 68.

47 Karşı bir görüş için, bkz. Yılmaz ERGENEKON, Türk Borçlar Hukukunda Mururu Zamanın Kat'ı (ve tatili ile mukayesesi), Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No 146, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960, s. 23

48 Bkz. Halûk TEKİNAY/Sermet AKMAN/Halûk BURCUOĞLU/Atillâ ALTOP, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 1052.

49 Örneğin : Zürih Yüksek Mahkeme, Birinci Hukuk Dairesi, 30/09/2011, Blätter für Zürcherische Rechtsprechung 2012/111, s. 28, Federal Mahkeme, Birinci Hukuk Dairesi, 29/09/1998, BGE 124 III 449, s. 453-454 ; Neuchâtel Eyalet Mahkemesi, Hukuk Dairesi, 05/11/1984, Recueil de jurisprudence neuchâteloise 1984, s. 54.



benimsenmesi isabetli gözükmemektedir<sup>50</sup>. Türk hukukundan farklı olarak<sup>51</sup>, İsviçre hukukunda ilâmlı icraya mahsus bir usul yoktur<sup>52</sup>. Bu nedenle, İsviçre İcra İflas Kanunu'ndaki yetki kuralları<sup>53</sup> tüm takiplere uygulanmaktadır. İsviçre İİK m.50 uyarınca, yabancı ülkede ikamet eden bir borçlu sadece İsviçre'de şubesi ya da borcu ifa amacıyla seçilmiş bir ikameti olması kaydıyla İsviçre'de cebrî icraya tabi olabilir. Bu kuralın istisnaları, borçlunun malları hakkında ihtiyatî haciz kararının İsviçre mahkemeleri tarafından verilmesi<sup>54</sup>, borçlunun payını kapsayan henüz paylaşılmamış bir terekenin İsviçre'de açık kalması<sup>55</sup> ya da takip konusu olan borç için bir rehlin İsviçre'de bulunmasıdır<sup>56</sup>. Diğer bir ifadeyle, İsviçre ile hiç bir malî bağı olmayan bir borçlu İsviçre'de takip edilemez. Zamanaşımı durması bu husustan kaynaklanmaktadır.

Türk hukukunda, ilamli icra için her icra dairesine müracaatta bulunulabilmektedir<sup>57</sup>. Yabancı bir ülkede yaşayan bir borçlu ilamli icra yoluyla Türkiye'de serbestçe takip edilebilir<sup>58</sup>. Borçlunun Türkiye'de hacze kabil mallarının bulunması şart değildir. Takip sonunda hiç bir maddî sonuca varmayan alacaklıya bir aciz vesikası verilmektedir<sup>59</sup> ve bu halde 20 yıllık bir zamana-

50 Zimnen karşı bir görüş için, bkz. ERDEM, s. 256-257.

51 Bkz İİK 34.

52 Kısacası, İsviçre hukukunda cebrî icraya erişim Türkiye'ye nazaran daha zordur. İlâm gibi bir kavram yoktur (bkz yukarda, dipnot nr. 3). Hukuk mahkemeleri tarafından verilen kararlar kesin bir itirazın kaldırılması sebebidir (İsviçre İİK 80 md) ve yazılı borç ikrarı sadece geçici olarak itiraz kaldırılmasına neden olur (İsviçre İİK 82 md). Aşağı yukarı, İsviçre hukukunda ilâmların icrası Türkiye'deki noter tasdikli senetlerin icrası (Türkiye İİK 68/I md) gibidir.

53 Türk İİK'dan farklı olarak, İsviçre İİK 46-55 maddelerinde İsviçre HMK'dan ayrı yetki kurallarına rastlanmaktadır.

54 İsviçre İİK 52 md.

55 İsviçre İİK 49 md.

56 İsviçre İİK 51 md.

57 Türk İİK 34 md.

58 Bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, 2014, s. 391 ; Nizam İPEKÇİ, İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh) 1-370, 7. Bası, Arıkan, Ankara, 2007, s. 145.

59 İİK 143/1 md. Türkiye'de hiç bir mal bulunmadığı takdirde, haciz tutanağı kesin aciz vesikası olarak kabul etmektedir (İİK 105/1 md.) aynı etkidedir. Bu konuda, bkz : Selçuk ÖZTEK, İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK m. 143 ; m. 251), Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994, s. 33 vd ; Mehmet TAZE, Haciz Tutanağı Aciz Belgesi Olarak Nitelendirilebilmesinin Şartları, THD 2008/25, s. 54-56 ; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 234 ; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 394-395. Ne var ki, içtihatla hacze kabil mal olmadığı yazılan haciz tutanağının sadece bir geçici aciz vesikasının hükmünde olduğunu yönünde olan kararları vardır. Örneğin, bkz. Yarg. 12HD 08/03/2005, E: 2005/1659, K: 2005/4687, Yargı Dünyası 2005/117, s. 86.

şımı süresi işlemeye başlamaktadır<sup>60</sup>. O yüzden, yabancı ülkede ikamet eden borçlunun borcu bakımından zamanaşımının durması gerekli değildir.

## B) Taraflara Bağlı Olan Durumlar

Borçlar Kanunu'nun 153/6 maddesi kapsamında olan iki duruma rastlanmaktadır. Bu iki durumun ilki borçluyla ilgili (1); diğeri ise alacaklı ile ilgilidir (2).

### 1. Borçlunun İcra Muafiyeti

İcra muafiyeti yargı muafiyetinin bir uzantısıdır<sup>61</sup> ama icra muafiyetle bağlı olan hakimiyetin ihlali kaygısı yargı muafiyetine nazaran daha yüksektir<sup>62</sup>. Buna rağmen, mutlak icra muafiyetinin sınırlarının olduğu hususu kabul edilmeye başlamıştır<sup>63</sup>. İcra muafiyetin sınırlarının yargı muafiyetinkilerle aynı olup olmadığı hususu tartışılmakta olan bir konudur<sup>64</sup>.

Her halükarda, icra muafiyeti haczedilmezlikten farklı bir müessesedir. Haczedilmezlik, sadece bir malın haciz konulmasının yasaklanmasıdır. İcra muafiyeti tüm icra sürecini imkânsız hale getirmektedir<sup>65</sup>. Bu nedenle, icra muafiyetinden yararlanan bir kişi hacze kabil malları olmayan bir kişiden farklı bir durumdadır<sup>66</sup>. Tüm takip sürecini bitirilmeden borç hakkında bir aciz vesikası verilemez; cebrî icraya başvurmak bile mümkün değildir<sup>67</sup>. Alacaklının elinde zamanaşımını kesmek için herhangi bir vasıta bulunmamakta-

60 İİK 143/6 md.

61 Ergin NOMER/Cemal ŞANLI, Devletler Hususî Hukuku, 17. Bası, Beta, İstanbul 2009, s. 416.

62 Hatice ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılanmasındaki Rolü, MHB 2002/2, s. 537.

63 ÖZDEMİR-KOCASAKAL, s. 538.

64 Bu husuta, bkz. ÖZDEMİR-KOCASAKAL, s. 539 vd.

65 ÖZDEMİR-KOCASAKAL, s. 539. Benzer bir şekilde, yargı muafiyetinin bir dava şartı olduğu için “diğer hususlardan önce bu şart[in] var olup olmadığı değerlendirilmelidir” (Yarg. 4HD 05/03/2012, E: 2013/10023, K: 2013/13933 in Bülent ÇİÇEKLİ, Milletlerarası Özel Hukuku ve Usul Hukuku Hakkında Kanun-Yargıtay Kararları, Seçkin, Ankara, 2014, s. 179-181)

66 Bu nedenle, içtihatla İİK 82/1 maddesinin yabancı devletin mallarına uygulanmaması bu devletin icra muafiyeti bakımından çelişkili değildir.

67 Benzer bir yaklaşım için, bkz. Christophe LEFORT, Le débiteur et ses moyens de défense-Conditions de saisissabilité des biens et immunités d'exécution personnelles, in Serge GUÏNCHARD/Tony MOUSSA (ed.), droit et pratique des voies d'exécutions, 7. Bası, Dalloz, Paris, 2012, s. 178 paragrafta No 152.11.

dır. O yüzden, icra muafiyeti var olduğu sürece, zamanaşımının durması kabul edilmelidir<sup>68</sup>.

## 2. Alacaklının Takip Ehliyetinin Kaybolması

Borçlar Kanunu 153/1 ve 153/2 maddelerinde velayet ya da vesayet altında olanların bazı alacakları bakımından zamanaşımının durması öngörülmektedir. Ne var ki, bu bentler tüm alacakları kapsamamaktadır. Veli ya da vasiye karşı olmayan alacakların zamanaşımı durmamaktadır<sup>69</sup>. Benzer bir şekilde, temyiz kudreti yerinde olmayan alacaklıya vasi tayin edilmediği hallerde zamanaşımı durmaz. Diğer bir ifadeyle, Borçlar Kanunu 153. maddesinin birinci ve ikinci bendine göre takip ehliyetinin kaybolması zamanaşımının durması anlamına gelmez. Bu sonuç öğretide<sup>70</sup> ve İsviçre Federal Mahkemesinin içtihadında<sup>71</sup> kabul görmektedir.

Yukarıda görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bu sert yaklaşım zımnen reddedilmektedir. Zira, yukarıda bahsedilen *Stagno / Belçika* davasında başvuruçular reşit değildir ve annelerinin ihmali nedeniyle vaktinde sigorta şirketine karşı dava açılmamıştır<sup>72</sup>. Aynı vakıalara Türk Borçlar Kanunu uygulanıyor olsaydı, sonuç Belçika Hukukundan farklı olmazdı. Çocukların alacağı üçüncü bir kişiye karşı olduğu için, zamanaşımı durmayacağından mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olurdu. Salt bu nedenle, alacaklının takip ehliyeti kaybolduğunda, TBK 153. maddesinin birinci ve ikinci bentlerinin kapsamına girmeyen durumlarda da zamanaşımının durmasını TBK 153 maddesinin altıncı bendinin mucibince kabul etmek gereklidir. Bu yaklaşım ilâm icrası konusunda da geçerlidir.

## C) Taraflarından Bağımsız Olan Durumlar

Taraflarla ilgili olan zamanaşımı durma sebeplerini inceledikten sonra, taraflarından bağımsız olanları değerlendirecektir. Bu hususta TBK 153/6

68 Yargı muafiyeti konusunda, bkz. AKÇAY, s. 104 ; BERTİ, s. 132 ; ERGENEKON, s. 20-21; TUNÇOMAĞ, s. 753.

69 ERDEM, s 239.

70 OĞUZMAN/ÖZ, s. 610-611. ERDEM'e göre (s. 262), alacaklının fiil ehliyetinin kaybının zamanaşımını ilke olarak durmamasına rağmen, vasi atanmasına kadar sınırlı bir durmanı kabul etmek haklı görülmektedir. Karşı bir görüş için, bkz. EREN, s. 1292. Ayrıca, bkz ERGENEKON, s. 23 ; SARI, s. 28.

71 İsviçre Federal Mahkemesi, İkinci Hukuk Dairesi, 06/10/2006, 5C.122/2006, Semaine Judiciaire 2007, Cilt 1, s. 214.

72 *Stagno / Belçika*, § 12.

maddesinin kapsamına giren iki durum mevcuttur: mücbir sebepler (1) ve icranın durdurulması (2).

### 1. Mücbir Sebepler

Deprem, sel, yangın gibi doğal afetler, savaş ya da isyan zamaşaşımı durma sebepleri olarak öğretilerde tartışmasız olarak kabul edilmektedir<sup>73</sup>. Bu mücbir sebeplerden dolayı, Bakanlar Kurulu ilâmlı icra işlemlerini durdurabilir<sup>74</sup>. Ancak Bakanlar Kurulu böyle bir karar vermese dahi zamaşaşımı süresi durmaktadır. Zira, Bakanlar Kurulu kararı TBK 153/6'nın uygulanma şartları arasında değildir.

Sadece bir doğal afetin varlığını ileri sürmek yeterli değildir. Alacaklının söz konusu doğal afetten etkilenmesi nedeniyle ilâmın icraya konulmasının imkânsız hale geldiğinin ispat edilmesi gerekmektedir. Meselâ, İstanbul'da yaşayan bir alacaklı Van'da meydana gelen depremin zamaşaşımı durma sebebi olarak ileri sürmek isterse, doğal afetten dolayı ilâmın icraya konulması olanağının tamamen ortadan kalktığını ispat etmek mecburiyetindedir. İlâmların icrası konusunda Türkiye'deki tüm icra daireleri yetkili olduklarından, bizim örneğimizde, alacaklı neden başka bir yerde ilâmlı takip başlatamayacağına açıklamaksızın zamaşaşımının durmasından faydalanamayacaktır.

Borçlu doğrudan doğruya bir doğal afet nedeniyle mağdur olduğunda alacaklı dolaylı bir şekilde etkilenebilir. Alacaklı borçlunun toparlanmasını bekleyeceğine karar verebilir. Bu durumda söz konusu zaman dilimde zamaşaşımının durmasını kabul etmek gerekir. Ayrıca, borçluyu etkileyen bir felaketten hemen sonra ona karşı ilâmlı takibe başvurmak gayri insanî bir davranış olarak da değerlendirilebilir. Çünkü borçlu icra hukukundan doğan vazifelerini yerine getirmediği takdirde, ağır bir müeyyide riskiyle karşı karşıyadır<sup>75</sup>. Borçluyu bu muhtemel sonuçlara maruz bırakmak pek isabetli değildir.

<sup>73</sup> AKÇAY, s. 104 ; BERTİ, s. 132 ; ERDEM, s. 256 ; ERGENEKON, s. 21 ; KARAHASAN, s. 1302; ÖZKAYA, s. 257 ; SAYMEN/ELBİR, s. 926 ; SUSUZ, s. 138 ; TUNÇOMAĞ, s. 753. Bu durma sebebi bir Yargıtay kararında *obiter dictum* olarak kabul görmüştür: Yarg. Tic. Dairesi 28/05/1953, E: 52-3231, K: 3275 in Ferit H. SAYMEN/Şahir ERMAN/Halid K. ELBİR, Türk İçtihat Külliyyat, 1953-Cilt II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957, s. 1187 vd (özelikle, s. 1188)

<sup>74</sup> İİK md. 330.

<sup>75</sup> Örnek olarak, bkz. İİK md. 76 (mal beyanında bulunmamak sebebiyle tazyik hapsi). Bu madde İİK md. 41 etkisiyle ilâmlı icraya uygulanmaktadır.

## 2. İcranın Durdurulması

Yargılanmanın iadesi usulü esnasında, bu kanun yolunun konusu olan kararın icrası durdurulabilmektedir<sup>76</sup>. Bu tedbirin mahiyeti tartışmalı olmakla birlikte<sup>77</sup>, kesin hükme hiç bir etkisi olmadığı kabul edilmektedir<sup>78</sup>. Bu nedenle, ilke olarak icra kabiliyeti hariç olmak üzere kararın tüm etkileri saklı kalmaktadır. Bu etkilerinin arasında zamanaşımı bulunmaktadır.

Bu sonuç alacaklıyı zor bir duruma düşürebilir. Yargılanmanın iadesi geç talep edildiğinde ve muhakeme süreci uzadığında, ilâm zamanaşımına uğrayabilmektedir. Böyle bir mağduriyeti gidermek için, BK 153/6 maddesini uygulayarak zamanaşımının durmasını kabul etmekte faydası olacağı kanaatine varmaktayız. Benzer bir şekilde, herhangi bir dava esnasında takibin durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı verildiği takdirde zamanaşımı işlemez<sup>79</sup>.

## IV. SONUÇ

İlâmların zamanaşımı konusunda Avrupa İnsan Mahkemesi'nin içtihadının önemini vurgulamaktayız. Mahkemeye erişim hakkının kapsamı ilâm zamanaşımı konusuna kadar uzanmaktadır. Strazburg Mahkemesinin bu hususla ilgili olan esnek uygulamaları nedeniyle Borçlar Kanununun farklı bir şekilde yorumlanması ihtiyacı doğmaktadır. Türk Medeni Hukukunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla uyumlu olarak yorumlanması Borçlar Kanunu'nun 153 maddesinin altıncı bendinin ilâmlara uygulanmasına olanak sağlamaktadır. Açıklandığı üzere, taraflara bağlı olan durma sebeplerinin belirlenmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının gölgesinde kalmaktadır.

Bu husustan başka, Borçlar Kanununun yorumunda İcra Hukukunun rolü vazgeçilmezdir. Borçlunun yabancı bir ülkede ikametinin etkisi gibi, bazı konular sadece bu iki hukuk dalının arasındaki koordinasyon sayesinde çözümlenebilir.

76 HMK 236 md. Mert NAMLI, *Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılanmanın Yenilenmesi*, Beta, İstanbul, 2014, s. 443 vd.

77 NAMLI, s. 444. Bazı yazarlara göre, bu tedbir bir ihtiyatî tedbir olarak görülmektedir : Evrim ERİŞİR, *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 295 ; Ejder YILMAZ, *Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri*, Cilt 2, Yetkin, Ankara, 2001, s. 1383 vd.

78 NAMLI, s. 445.

79 Yarg. 12 HD 06/07/1992, E: 1992/6712, K: 1992/9267 (www.kanunum.com). Bu kararda bahsedilen davanın konusu anlaşılammaktadır. Ayrıca, bkz ERİŞİR, s. 126 ; Timuçin MUSUL, *İcra ve İflâs Hukukunda Menfî Tespit ve İstirdat Davaları*, Adalet, Ankara, 2014, s. 203.

**KAYNAKÇA**

- Ergin AKÇAY, Türk Borçlar Kanunu'na göre Zamanaşımı, XII Levha, İstanbul, 2010. (kısacası: AKÇAY)
- Sezin AKTEPE ARTIK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Medeni Usul Hukuku Açısından Adil Yargılanma Hakkı, yayınlanmamış doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2014. (kısacası: AKTEPE ARTIK)
- Âmil ARTUS, İcra ve İflas Kanununun 39 uncu Maddesile Borçlar Kanununun 135 inci Maddesi Arasında Mübâyenet Var mıdır ?, İstanbul Barosu Mecuması 1942/16, s. 375 vd.
- Aytekin ATAAY Medenî Hukukun Genel Teorisi, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından Nr. 1596 – Hukuk Fakültesi Nr. 348, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.
- Stephen V. BERTİ, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Teilband V 1h: Das Erlöschen der Obligationen (Zweite Lieferung), 3. Bası, Schulthess Juristische Medien, Zürih, 2002. (kısacası: BERTİ)
- Kemaleddin BİRSEN, Borçlar Hukuku Dersleri – Borçların Genel Hükümleri, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No 1299/Hukuk Fakültesi No 275, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967.
- Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2012.
- Bülent ÇİÇEKLİ, Milletlerarası Özel Hukuku ve Usul Hukuku Hakkında Kanun-Yargıtay Kararları, Seçkin, Ankara, 2014.
- Pınar ÇİFTÇİ, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Neslihan ÇUKADAR, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Francesco DE SANTİS DE NİCOLA, Principle of Subsidiarity and “Embeddedness” of the European Convention on Human Rights in the field of the reasonable-time requirement: the İtalian Case, *Jurisprudencija/Jurisprudence*, Cilt 18, Sayı 2, s. 7-32. (İnternet üzerinden erişebilir: <https://www3.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/620/582>; erişim tarihi : 14 Kasım 2014)
- Osman DOĞRU/Atilla NALBANT, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 1: İHAS 2., 3., 4., 5., 6. ve 7. maddeler, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Şen Matbaa, Ankara, 2012. (DOĞRU/NALBANT)
- Hamit DÜNDAR, İlâm ve İlâmların Zamanaşımına Uğraması Üzerine Bir İnceleme, Türkiye Noterler Birliği Dergisi 2007, s. 23 vs. (DÜNDAR)

- Mehmet ERDEM, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, XII Levha, İstanbul, 2010. (kısacası: ERDEM)
- Fikret EREN, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, 17 Bası, Yetkin, Ankara, 2014. (EREN)
- Yılmaz ERGENEKON, *Türk Borçlar Hukukunda Mururu Zamanın Kat'ı (ve tatili ile mukayesesi)*, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No 146, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960. (ERGENEKON)
- Evrım ERİŞİR, *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*, XII Levha, İstanbul, 2013. (ERİŞİR)
- Mustafa Reşit KARAHASAN, *Türk Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, Cilt 2, Beta, İstanbul, 2003. (KARAHASAN)
- Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı – Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta, İstanbul, 2002. (İNCEOĞLU)
- Nizam İPEKÇİ, *İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh) 1-370*, 7. Bası, Arıkan, Ankara, 2007.
- Francis J. JACOBS/Robin C. A. WHITE/Clare OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 5. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Baki KURU/Ramzan ARSLAN/Ejder YILMAZ, *İcra ve İflas Hukuku-Ders Kitabı*, 28 Bası, Yetkin, Ankara, 2014. (KURU/ARSLAN/YILMAZ)
- Christophe LEFORT, *Le débiteur et ses moyens de défense-Conditions de saisissabilité des biens et immunités d'exécution personnelles*, in Serge GUINCHARD/Tony MOUSSA (ed.), *droit et pratique des voies d'exécutions*, 7. Bası, Dalloz, Paris, 2012, s. 176 vd.
- Giorgio MALİNERNİ, *Ways and Means of Strengthening the Implementation of the European Convention on Human Rights at National Level*, in AVRUPA KONSEYİ (ed.), *Reforming the European Convention on Human Rights – A Work in Progress*, Council of Europe Publishing, Strazbur, 2009, s. 486-487.
- Vincent MARCADÉ, *Explication du Titre XX Livre III du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence ou commentaire-traité théorique et pratique de la prescription*, Cotillon Libraire du Conseil d'Etat, Paris, 1851.
- Philippe MEÏER, *Acquisition de la succession et protection du majeur incapable*, in Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup ve Christiana Fountoulakis (ed.), *Une empreinte sur le Code civil – Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Stämpfli, Bern, 2013, s. 387 vs. (MEÏER, *Acquisition de la succession*)

- Thomas MEİER, Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg : Band Nr. 328, Schulthess, Zürich, 2013. (MEİER, Verjährung)
- Laure MİLANO, Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, Dalloz, Paris 2006. (MİLANO)
- Timuçin MUSUL, İcra ve İflâs Hukukunda Şikayet, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Timuçin MUSUL, İcra ve İflâs Hukukunda Menfî Tespit ve İstirdat Davaları, Adalet, Ankara, 2014.
- Mert NAMLI, Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılanmanın Yenilenmesi, Beta, İstanbul, 2014. (NAMLI)
- M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Cilt 1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. (OĞUZMAN/ÖZ)
- Senai OLGAÇ, İcra-İflâs, Cilt 1: maddeler 1-105, Olguç Matbaası, Ankara, 1978.
- Mustafa Serdar ÖZBEK, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013. (ÖZBEK)
- Volkan ÖZÇELİK, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Hatice ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılanmasındaki Rolü, MHB 2002/2, s. 525 vd. (ÖZDEMİR-KOCASAKAL)
- Muhamet ÖZEKES, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009. (ÖZEKES)
- Eraslan ÖZKAYA, Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Seçkin, Ankara, 2012. (ÖZKAYA)
- Hamide Özden ÖZKAYA-FEREDENCİ, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, XII Levha, İstanbul, 2009.
- Selçuk ÖZTEK, İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Vesikası (İİK m. 143 ; m. 251), Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994.
- Hakan PEKCANİTEZ, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Tanıtımı, in KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ/İSTANBUL BAROSU (ed.), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 17 vd.
- Hakan PEKCANİTEZ/Oğuz ATALAY/Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN/ Muhammet ÖZEKES, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 11. Bası, Ankara, 2013. (PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES)
- Pascal PİCHONNAZ, İsviçre Borçlar Kanunu 127.-132. maddelerin şerhi, in Luc



THÉVENOZ/Franz WERRO, Commentaire romand : Code des obligations I (Code des obligations art. 1-529-Loi sur le crédit à la consommation-Loi sur les voyages à forfait), Helbling & Lichtenhahn, Cenevre/Bazel/Münih, 2003. (PİCHONNAZ)

Eustache-Nicolas PİGEAU, La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du Royaume, Cilt. 1, Veuve Desaints, Paris, 1779.

Safa REİSOĞLU, Türk Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2012. (REİSOĞLU)

Mehmet SARI, Takip Hukukunda Zamanaşımı, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2013. (SARI)

Ferit H. SAYMEN/Şahir ERMAN/Halid K. ELBİR, Türk İctihat Külliyyat, 1953-Cilt II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957.

Ferit H. SAYMEN/Halid K. ELBİR, Türk Borçlar Hukuku-Umumî Hükümler, Cilt 2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958. (kısacası: SAYMEN/ELBİR)

Stuart SİME, A Practical Approach to Civil Procedure, 17. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Kağan SUSUZ, Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008. (SUSUZ)

Mehmet TAZE, Haciz Tutanağı Aciz Belgesi Olarak Nitelendirilbilmesinin Şartları, THD 2008/25, s. 51 vd.

Süha TANRIVER, İlamlı İcra Takibin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

Halûk TEKİNAY/Sermet AKMAN/Halûk BURCUOĞLU/Atillâ ALTOP, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Kenan TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No 1737/Hukuk Fakültesi No 381, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972. (TUNÇOMAĞ)

Mehmet Akif TUTUMLU, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulanması, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2001. (TUTUMLU)

Talih UYAR/Alper UYAR/Cüneyt UYAR, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi "El Kitabı", Cilt: I (İİK. 1-134), Turhan Kitabevi, Ankara, 2010. (UYAR/UYAR/UYAR)

Talih UYAR, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 2: İİK. 17-42, 2. Bası, Feryal Matbaacılık, Ankara, 2004. (UYAR)

Ejder YILMAZ, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 2, Yetkin, Ankara, 2001.



# Jenerik İlaç ve Jenerik İlaç Ruhsat Başvurusunun Patente Tecavüz Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Fülürya YUSUFOĞLU\*

## ÖZET

Kısaltılmış ruhsat başvurusuna konu eşdeğer/jenerik ilacın, orijinal ilaçla “temelde benzer” olması gerekse de, temelde benzerlik hiçbir şekilde aynıyet anlamına gelmez. Bir ilacın eşdeğer olması, bu ilacı otomatik olarak orijinal ilaca tecavüz eden ilaç haline getirmez. Ancak elbette ki bir jenerik ilaç, orijinal ve patent koruma kapsamındaki bir ilacı ihlal edebilir. Bunun anlaşılması için patentin ve jenerik ilacın incelenmesi gerekir. Henüz başvuru aşamasındaki eşdeğer ilaçlarla ilgili olarak, ruhsatlandırma süresince, kısaltılmış ruhsat başvurusu yapılan ilacın, orijinal ilaca tecavüz ettiği iddiası dahi dava konusu olamaz, zira bu istisna açıkça 551 sayılı KHK mdç 75/f’de düzenlenmiştir. Başvuru aşamasındaki ilaçlar, patent hakkına getirilen istisnalardan biri olup, bu istisnaya Bolar İstisnası adı verilir.

## Evaluation of Patent Infringement in Case of Generic Drugs and Regulatory Approval for Generic Drugs

### ABSTRACT

Generic medicinal product is a medicinal product which has the same qualitative and quantitative composition in active substances and the same pharmaceutical form as the reference medicinal product, and whose bioequivalence with the reference medicinal product has been demonstrated by appropriate bioavailability studies. There should be essential similarity between the generic product and the reference medicinal product. Essential similarity in Generics should be interpreted in such a way that, when the identified criteria are met, it can safely be assumed that the two products

\* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

being compared will have the same safety and efficacy profile. The two products should not differ substantially. The Generic medicinal product does not mean “patent infringing product”, it may infringe the patent, but it is not the immediate result. During the activities to obtain regulatory approval for generic drugs, there is an exemption to patent infringement, which means that during the regulatory approval activities, patent infringement is not recognised. This exemption is designated as the Bolar Exemption.

**Keywords:** Bolar Exemption, Regulatory approval, generic drug, reference medicinal product, essential similarity.

## Giriş

İlaç, bir hastalığın tedavi edilmesi veya önlenmesi için kullanılan maddelerdir. Bu tanıma göre, ilaçlar insanlar, hayvanlar ve bitkiler için kullanılmaktadır. İnsan sağlığı için kullanılacak ilaçlara beşeri tıbbi ürün denir. Beşeri tıbbi ürünler ruhsatlandırma yönetmeliğinin 4/c hükmüne göre, Beşeri Tıbbi Ürün/Ürün: Hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonudur.

Bir ilacın piyasaya sunulması, Devletin kontrolündedir. Ancak Sağlık Bakanlığından ruhsat alan ilaçlar satışa sunulabilir. Bir ilacın patent alması, onun piyasaya sunulabileceği anlamına gelmez, ilacın piyasaya sunulması için, ruhsatlandırma yönetmeliğine göre gerekli işlemlerden geçmesi ve gerekli izinleri alması gerekir. Ancak izinlerin alınmasından sonra bir ilaç piyasaya sürülebilir.

Jenerik ilaçlar da tıpkı ilk kez piyasaya sunulan ve orijinal olarak adlandırılan ilaçlar gibi Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülen ruhsatlandırma prosedürü sonucunda ruhsata konu olmakta ve pazara sunulmaktadır. Yeni bir ilacın Türkiye’de pazarlanabilmesi için 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununa ve Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğine göre Sağlık Bakanlığı’ndan izin yani ruhsat alınması gereklidir. Ruhsat alınabilmesi için, bu orijinal ilacın tüm farmasötik (toksikolojik, farmakolojik ve klinik) araştırma verilerinin Bakanlığa sunulması zorunludur.

Jenerik ilaç, orijinal ilacın tedavi açısından eşdeğeri olan ilaçlardır. Jenerik ilaç üreten firmalar pazarlama onayı almak için, kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunur. Bunun için ürünlerinin orijinal ürüne eşdeğer olduğunu kanıtlamaları yeterlidir. Orijinal ürün üzerinde daha önceden yapılmış etkinlik ve emniyetle ilgili klinik deneyleri tekrarlamak zorunda değillerdir. Orijinal

ilaç üreticisi firma tarafından elde edilen klinik verilere atıfta bulunabilirler. Görüldüğü üzere jenerik ilaç, orijinal ilaçla etkinlik bakımından eşdeğer olan ilaçtır, ancak aşağıda da inceleneceği gibi, orijinal ilaçla “aynı” olmak zorunda değildir<sup>1</sup>. Bundan dolayı, bir ilacın kısaltılmış ruhsat başvurusunun yapılması, referans yapılan ilaçla aynı olduğu ve tecavüz teşkil ettiği anlamına gelmez. Her ne kadar referansta bulunan ilaca “orijinal” denilse de, jenerik ilaç, orijinalin karşılığı olan taklit olarak kullanılmamakta, eşdeğeri olarak kullanılmaktadır.

Aşağıda öncelikle kısaltılmış ruhsat başvurusuna konu ilacın neden orijinal ilaca tecavüz eden ilaç olmadığı belirtilecek, sonraki bölümde de ruhsat başvurusu süresince kısaltılmış ruhsat başvurusuna konu ilacın bir tecavüz davasına konu olup olamayacağı irdelenecektir<sup>2</sup>.

## **I. Kısaltılmış Ruhsat Başvurusuna Konu Olması, Jenerik İlacı Doğrudan Doğruya Patent Hakkına Mütecaviz Konumuna Getirmez**

Jenerik ilaç, orijinal bir ilacı referans göstererek, eşdeğer etkinin kanıtlanması halinde, toksikolojik, farmakolojik ve klinik araştırma ve verilerin Sağlık Bakanlığına sunulması gerekmez. Ancak bir ilacın eşdeğer ilaç olması, bu ilacın orijinal ilaçla aynı olduğu anlamına gelmez. Eşdeğer ilacın, orijinal ilaçla “temelde benzer” olması yeterli olup, “temelde benzerlik” kriteri, aynıyet anlamına gelmez.

### **1. Jenerik İlaç ve Referansta Bulunduğu İlaç (Orijinal İlaç)**

Jenerik Tıbbi Ürün, Beşeri Tıbbi Ürünleri Ruhsatlandırma Yönetmeliği md.4/y hükmünde, *etkin maddeler açısından orijinal tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik forma sahip olan ve orijinal tıbbi ürün ile biyo-eşdeğerliliği, uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlanmış tıbbi ürünü* şeklinde tanımlanmıştır<sup>3</sup>.

1 Prof. Dr. Tekin Memiş, “Jenerik İlaçların Hukuki Konumu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi İstanbul, Mayıs 2008, s.7-8.

2 Bu makalede veri imtiyazı ile ilgili bir inceleme yapılamamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, Uğur Çolak, Kısaltılmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2009, s. 227-284.

3 Prof. Dr. Tekin Memiş, “Jenerik İlaçların Hukuki Konumu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi İstanbul, Mayıs 2008.

Jenerik ilaçlar, dünyada ve Türkiye’de kısaltılmış başvuru ile yapılması kabul edilen ilaçlardır. Burada, ruhsat alınması bakımından bazı kolaylıklar sağlanmaktadır.

“Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğin” 9. maddesi “kısaltılmış başvuru”ları düzenlemektedir. Bu maddenin a) bendine göre;

“a) Yapılacak kısaltılmış başvurularda başvuru sahibi, aşağıdaki hususlardan birinin kanıtlanması şartıyla, toksikolojik ve farmakolojik testlerin ve klinik araştırmaların sonuçlarını sunmak zorunda değildir:

1) Tıbbi ürünün esas itibarıyla Türkiye’de daha önce ruhsatlandırılmış bir tıbbi ürüne büyük ölçüde benzer olması ve orijinal tıbbi ürüne ilişkin pazarlama ruhsatı sahibinin, söz konusu başvurunun incelenmesi amacıyla orijinal tıbbi ürün dosyasında bulunan toksikolojik, farmakolojik ve/veya klinik referansların kullanılmasına rıza göstermesi,

2) Tıbbi ürünün bileşen veya bileşenlerinin, detaylı bilimsel bibliyografi yoluyla tespit edilen, makul düzeyde etkinlik ve kabul edilebilir güvenilirlikle yerleşmiş bir tıbbi kullanımının olması,

3) Tıbbi ürünün, yürürlükteki mevzuat hükümleri uyarınca ruhsatlandırılmış ve veri imtiyazı süresini doldurmuş bir tıbbi ürüne temelde benzer olması. Bu alt bent ile hükme bağlanan veri imtiyazı süresi, Gümrük Birliği Alanında yer alan ülkelerden birinde 1/1/2001 tarihinden sonra ilk defa ruhsatlandırılmış orijinal ürünlerden 1/1/2005 tarihine kadar Türkiye’de herhangi bir jenerik ruhsat başvurusu yapılmamış olanlar ile Gümrük Birliği Alanında yer alan ülkelerden birinde 1/1/2005 tarihinden sonra ilk defa ruhsatlandırılacak orijinal ürünler açısından geçerli olup, Gümrük Birliği Alanında ilk defa ruhsatlandırıldığı tarihten başlayarak molekülün Türkiye’deki patent süresi ile sınırlı olmak üzere 6 (altı) yıldır”.

Buna göre jenerik ilaçların orijinal ilaçla tamamen aynı olması gerekmemekte, yalnızca aynı etkinliğe ve aynı güvenilirlik kriterlerine sahip olması gerekmektedir. Bir başka deyişle jenerik ilaçlar orijinal ilaçlardan, formülasyonlarında içerdikleri etken maddenin oranları ve yardımcı maddelerin türleri ve oranları anlamında değişiklik arz edebilir. Bu konuda yönetmelikte bir kısıtlama bulunmamaktadır. Referans gösterilen orijinal ilaçla eşdeğer olabilen ancak orijinal ilaçla ilgili bulunan patente tecavüz etmeyen jenerik ilaçlar yapılabilir. Keza sadece Türkiye’de değil, tüm dünyadaki jenerik ilaçlar da bu mantığa göre üretilebilmektedir.

Bu nedenle bir jenerik ilacın referans gösterdiği orijinal ilaca ait olduğu bildirilen bir patente tecavüz edip etmediğinin anlaşılması için, jenerik ilaca ait bir kısaltılmış ruhsat başvurusunun yapılması ya da bir ruhsatın alınması kesinlikle yeterli değildir. Kısaltılmış ruhsat başvuruları, otomatik olarak patent tecavüzünün varlığına delalet etmez.

Patent tecavüzünün vuku bulup bulmadığına dair kararın verilebilmesi için ilk önce patentin kapsamının incelenmesi daha sonra da belirlenen bu kapsamın jenerik ilacın formülasyonu ile uyuşup uyuşmadığının incelenmesi gerekir.

## **2. Jenerik İlaç İçin Aranan “Temelde Benzerlik” Patente Tecavüz Etme Şartı Olarak Aranan “Taklit Etmek”ten Farklı Bir Kavramdır**

Ruhsatlandırma Yönetmeliği’ne göre jenerik ilaçların “tamamen aynı olması” gerekmemektedir. İlaçların “temelde benzer” olması aranmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, Yönetmelikte aranan “temelde benzer” kavramının “tamamen aynı” kavramından farklı bir kavramdır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, patent hakkının ihlal edilmesi için, patent konusu ürünün kısmen veya tamamen üretilmesi gerekmektedir. Bu fiile kanunen “taklit etmek” denilmiştir. Ancak, patent açısından bir ürünün taklit edilmesi, jenerik ilaçlar için yapılan kısaltılmış başvurularında aranan “referans ilaca benzerlik” kavramından tamamen farklıdır.

Jenerik ilaçların ruhsat alınması için, jenerik ilacın, referans ilaca temelde benzemesi gerekmektedir (Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği madde 9/a-3). Ancak, bir ilaca ruhsat verilmesi için aranan “temelde benzerlik”, patent hakkının ihlalini teşkil eden “taklit” fiilinden farklıdır.

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği madde 4/y’ye göre, *“Jenerik Tıbbi Ürün: Etkin maddeler açısından orijinal tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik forma sahip olan ve orijinal tıbbi ürün ile biyoşdeğerliliği, uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlanmış tıbbi ürünü ifade eder”*.

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nin “Dayanak” başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, Yönetmelik, “Avrupa Birliği’nin beşeri tıbbi ürünler ile ilgili mevzuatına uyum sağlanması amacıyla, 2001/83/EC sayılı beşeri tıbbi ürünler hakkındaki direktifine paralel olarak hazırlanmıştır”. Görüldüğü üzere, Avrupa Birliği’nin 2001/83/EC sayılı direktifine paralellik göstermektedir. Yönetmelikte, AB Direktifi “dayanak” olarak gösterilmiştir.

**2001/83/EC** sayılı Direktif<sup>4</sup> (**2004/27/EC** ile değiştirilmiş) Madde 10(2) (b)'ye göre:

*Jenerik ilaç, referans ilaç ile aynı farmasötik formda ve aktif maddeleri nitelik ve nicelik olarak aynı bileşimde olan ve referans ilaç ile biyoeşdeğerliliği uygun biyoeşdeğerlik çalışmalarıyla ispatlanmış ilaçtır. Aktif maddenin farklı tuzları, esterleri, eterleri, izomerleri, izomerlerinin karışımı, kompleksleri ve türevleri; güvenlik ve/veya etkililik açısından özellikleri önemli ölçüde farklılık göstermediği sürece aynı aktif madde olarak kabul edilecektir. Eğer bu özelliklerde farklılık varsa o zaman, ruhsatlı aktif maddenin muhtelif tuzları, esterleri veya türevlerinin güvenlik ve/veya etkililiğinin ispatını gösteren ek bilginin başvuran tarafından sunulması zorunlu olacaktır. Oral farmasötik formdaki ilaçların vücutta farklı salıverilme biçimleri, tek ve aynı farmasötik form olarak kabul edilecektir<sup>5</sup>.*

Direktif'te jenerik ilaç tanımı yapılmıştır ve bu tanım, Yönetmelik'teki tanıma temel teşkil etmiştir. Yönetmelik md. 9/a-3'te yer alan "temelde benzerlik" ibaresi, Yönetmeliğin 4/y maddesinde yer alan "jenerik ilaç" ve 2001/83/EC sayılı Direktifle paralellik teşkil edecek şekilde düzenlenmiştir.

"Temelde benzerlik" kavramının üç kriteri bulunmaktadır:

1. Niteliksel ve niceliksel olarak aynı bileşimde olmak
2. Aynı farmasötik formda olmak (örneğin tabletler bir farmasötük formdur; şurup bir diğer farmasötük formdur)
3. Biyoeşdeğerliliğin, uygun biyoeşdeğerlilik çalışmalarıyla ispatlanması.

Bu üç kriter, ATAD (Avrupa Topluluğu Adalet Divanı) tarafından 2001/83/EC sayılı Direktiften önce olduğu gibi, 2001/83 sayılı direktiften sonraki kararlarda da kabul edilmiştir (C-368/96 no.lu Generics kararı, no.25-37; 20 Ocak 2005 tarihli C-74/03 no.lu Smith Klein kararı, no.16-22).

Niteliksel ve niceliksel benzerlik değerlendirilirken 2001/83 no.lu direktifte belirtildiği gibi, "*Aktif maddenin farklı tuzları, esterleri, eterleri, izomerleri, izomerlerinin karışımı, kompleksleri ve türevleri; güvenlik ve/veya etkili-*

4 Veri imtiyazı ile ilgili olarak yapılan düzenleme için bkz, **Çolak**, s. 252-254.

5 **Işık**, s. 34.



lik açısından özellikleri önemli ölçüde farklılık göstermediği sürece aynı aktif madde olarak kabul edilecektir". Bir diğer anlatımla, **bir aktif maddenin farklı tuzları, sterleri, izomerleri, kompleksleri ve türevleri, aynı aktif madde olarak kabul edilecektir.**

Öte yandan, Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlılığının ve Biyoeşdeğerliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmeliğin<sup>6</sup> 4/1-e hükmüne göre, biyoeşdeğerlik: "Farmasötik eşdeğer olan iki müstahzarın, aynı molar dozda verilmesinden sonra biyoyararlanımlarının (hız ve derece) ve böylece etkilerinin hem etkinlik, hem güvenlik bakımından esas olarak aynı olmasını sağlayacak derecede benzer olması" şeklinde tanımlanmıştır. Biyoeşdeğerlik kavramı, ayniyet olarak kabul edilemez.

**Patent açısından son derece önemli olan bir konuya değinmek gerekmez.** Patentin konusunu buluş oluşturur. Buluş, bir sorunu çözen bir kural, bir öğretiler. Buluş teknik alana ait bir çözümdür. Bir soruna birden çok çözüm bulunabilir. Hepsisi de buluştur ve korunur. Bir kişinin bir soruna çözüm bulması, aynı soruna başkalarının çözüm bulamayacakları anlamına gelmemektedir. Aynı soruna başkalarının başka çözümler bulmalarının yolu kapatılamaz<sup>7</sup>. Anlaşılacağı üzere, bir soruna birden çok çözüm yolu getirilebilir. Bu çözüm yollarından her biri ayrı ayrı korunabilir.

Aynı soruna çözüm getiren iki ürün, her biri yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayie uygulanabilir olması koşuluyla korunabilir. İki ürünün aynı etkiyi göstermesi Patent Hukukuna aykırı değildir. Patentin konusunu buluş oluşturur. Buluş, bir sorunu çözen bir kural, bir öğretiler. Buluş teknik alana ait bir çözümdür. Bir soruna birden çok çözüm bulunabilir. Hepsisi de buluştur ve korunur. Bir kişinin bir soruna çözüm bulması, aynı soruna başkalarının çözüm bulamayacakları anlamına gelmemektedir. Aynı soruna başkalarının başka çözümler bulmalarının yolu kapatılamaz<sup>8</sup>.

Jenerik ilaçların, orijinal ilaçla aynı etkiyi göstermeleri esastır. Aynı etkiyi gösteren patent açısından farklı ürünler yapmak ise mümkündür.

***Aksine**, bir jenerik ürün için satış ruhsatı alabilmek için, ürünlerin temelde benzer olduğunun ispatlanması aranır.*

6 RG 27.05.1994, S. 21942.

7 Ünal **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012, s.523 vd.

8 Ünal **Tekinalp**, s.523 vd.

Nitekim jenerik ürün ile referans ürünler arasındaki benzerlik konusunda ATAD'ın verdiği bazı kararlar bulunmaktadır. 20 Ocak 2005 tarihli, C-74/03 no.lu ATAD kararı “Temelde benzerlik olan nihai koşulun, yani iki ürünün temin ettikleri güvenlik ve etki açısından önemli ölçüde farklılık sergilememesi gereğine” işaret etmektedir (paragraf no.20)<sup>9</sup>. *Jenerik ürünlere ruhsat verilebilmesi için, bunların referans ürünle temelde bezer olduğunun sergilenmesi gerekir* (paragraf no. 25). *Jenerik ürünler kapsamında tanımlanan kriter, etkin maddeler arasında kesin bir moleküler uyum olmadığı gerektiği anlamına gelmez, etkin maddeler arasında kesin bir moleküler eşleşme olması gerektiği sonucu çıkartılamaz* (paragraf no. 28, 33). Jenerik ürünün, referans ürüne göre önemli farklılıklar sergilemesi durumunda temelde benzer olarak alınmaz ve ruhsata konu olamaz (paragraf no.38). Önemli olan husus, tedavi edici etkinin aynı olmasıdır, ürünlerin aynı olması aranmaz.

**ATAD kararlarından görüldüğü üzere ve nitekim Ruhsat Yönetmeliğinden açık bir şekilde anlaşıldığı üzere, bir jenerik ilaca ruhsat alabilmek için kanıtlanması gereken husus, ilaçların farklı olduğu olmayıp, bunların temelde benzer olduğudur.**

## **II. Jenerik İlaç Başvurularının (Kısaltılmış Ruhsat Başvurusu) Patent Hakkına Getirilen Bir İstisna Olarak Değerlendirilmesi**

Bu bölümde Türk sistemi irdelenecektir, ancak kısaltılmış ruhsat başvurusunun tecavüz kapsamı dışında tutulması ile ilgili olarak doğan hukuki ihtiyaç kısaca açıklandıktan sonra, Türk hukuki düzenlemeleri ve Mahkemeler uygulaması irdelenecektir.

### **1. Kısaltılmış Ruhsat Başvurusunun Tek Başına Tecavüz Teşkil Etmemesi – Bolar İstisnası**

Kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunmak, tek başına patente tecavüz veya tecavüz tehlikesi teşkil etmediği gibi, haksız rekabet ve haksız rekabet tehlikesi de teşkil etmemektedir. Kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunmak, ruhsat alınmadığından ve ilaç piyasaya sürülmediğinden, patent hakkı kapsamının dışında tutulmuş ve tecavüz teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir<sup>10</sup>. Bu

<sup>9</sup> Karar için bkz, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003CJ0074:EN:HTML>

<sup>10</sup> Çolak, s. 276-282.

düzenleme 551 sayılı KHK md. 75/f ile getirilmiş olup, Bolar istisnası olarak bilinmektedir<sup>11</sup>.

Bu düzenlemeye Bolar istisnası denilmesinin sebebi, Amerika’da Roche şirketinin Bolar Pharmaceuticals Company’ye karşı açtığı davanın sonucudur. Bu davada Bolar şirketi bir jenerik ilaç şirketi olup, Roche firmasının Dalmane isimli uyku ilacının “flurazepam hydrochloride” isimli patentli etken maddesini yurt dışından ithal etmiştir. Roche şirketi, Bolar şirketinin eşdeğer ilaç ruhsatı almak için FDA’ya<sup>12</sup> sunulacak veriler için çalışmalar yapmasının tecavüz teşkil ettiğini ileri sürerek dava açmıştır<sup>13</sup>.

Mahkeme, patent hakkının ihlal edilmediği ancak, bu çalışmanın bir ihlal tehdidi taşıdığına, Roche şirketinin herhangi bir zarara uğramadığını kabul etmiştir<sup>14</sup>. Bu karardan sonra, ruhsat başvurusu sırasında yapılan testlerin patent hakkı kapsamı dışında kalmasına Bolar İstisnası denilmiştir<sup>15</sup>.

Bu karardan sonra bu istisna Hatch-Waxman Kanunu olarak bilinen ve Federal Gıda, İlaç ve Kozmetik Kanunu değiştiren kanun ile Bolar İstisnası yasallaşmış ve ruhsat başvurusu sırasında yapılan test ve çalışmaların patent hakkı sahibinin haklarını ihlal etmeyeceği kabul edilmiştir<sup>17</sup>.

## 2. Patentlerin Korunması Hakkında KHK md. 75/f’in Düzenleme Şekli

Ruhsat başvuruları 551 sayılı KHK madde 75/f’e göre patent koruması

- 11 Uğur **Yalçın**, “İlaç ve Patent Türkiye’de ve Dünyada Son Gelişmeler”, FMR C.2, 2002/3, s. 15-44; Murat **Yıldırım**, “İlaç patentleri Yönünden Deney Amaçlı Fiiller ve Ruhsatlandırma; Bolar Hükümü veya Bolar İstisnası”, TBB Dergisi, S.71, yıl 2007, s. 128-145; **Çolak**, s. 281.
- 12 FoodandDrug Administration- Gıda ve İlaç İdaresi. Amerika’daki ilaçların piyasaya çıkmasından önce ruhsat veren kurum.
- 13 66733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984)
- 14 Ayşegül Sezgin **Huysal**, İlaç Patenti, İstanbul 2010, s. 182-185; Hakan Deniz **Karakoç**, İlaç Sektöründe Fiyat Rekabeti, Ankara 2005, s. 60-61.
- 15 **Yalçın**, s. 30-31; **Yıldırım**, 131-132; **Karakoç**, s.61.
- 16 Bu konuda başka kararlar için bkz, Tekin **Memiş**, İlaçların Patentlenmesi, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Sempozyumu 08-09 Mayıs 2009, ed. Murat Şen/ Ahmet Başsözen, İstanbul 2009, s. 207-222, s.212; Prof. Dr. Tekin **Memiş**, “Jenerik İlaçların Hukuki Konumu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi İstanbul, Mayıs 2008, s. 9-11.
- 17 Christopher **Garrison**, Exceptionsto Patent Rights in DevelopingCountries, UNCTAD-ICTSD Project on IPRsandSustainable Development, Geneva, 2006, s. 14;John R. **Thomas**, Scientific Research and the Experimental Use Privilege in Patent Law, , s. 14,15.

kapsamı dışında kalacak fiillere dahildir. 551 sayılı KHK'nın 75. Maddesi, patentlerin koruma kapsamaları dışında kalacak fiilleri düzenler:

Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı KHK md. 75/f'ye göre, *ilaç ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere, ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller; patentten doğan hakların kapsamının dışında kalır.*

24.06.2004 tarihinde onaylanarak yürürlüğe giren 5194 sayılı Kanun ile yukarıda verilen (f) maddesi, 551 sayılı KHK'nın 75. Maddesine eklenmiştir. Buna göre, "*İlaçların ruhsatlandırılması*" patentten doğan hakların kapsamı dışında kalır.

Bu Kanunun gerekçesi, Kanunun kabul edildiği Meclis Oturumunda ve Kanunun Ele Alındığı Meclis Komisyonu Raporunda aşağıdaki şekilde ele alınmıştır:

Komisyon Raporu: "*... Konunun ulusal ilaç sanayinde araştırma-geliştirme çabaları, jenerik ilaçların ruhsatlandırılması yönünden hayati önemi vardır. Bu nedenle "İlaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere, ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller" i de 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 75 inci maddesi kapsamına almak amacıyla, Tasarıya yeni çerçeve 3 üncü madde eklenmiştir.*"

Meclis Tutanağı: "*...3 üncü maddeyle, özellikle, ilaçların ruhsatlandırılması ve gerekli test ve deneyler de dahil, buluşu içeren deneme amaçlı fiillerin bu kapsam altına alınmış olması ve bu kanunla korunmuş olması da, araştırma ve geliştirme yöntemlerini ciddiyetle savunan ve bu konuda hizmet sunan kurum ve birimlerin daha cesur, daha rahat olabilme imkânlarını sağlamıştır.*"

5194 sayılı Kanun ile ilgili Meclis Tutanağı ve Meclis Komisyonu Raporu'nda açık bir şekilde görüldüğü üzere, Ruhsat Başvurularının ve Ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiillerin, patentten doğan hakların kapsamı dışında bırakılmasının nedeninin, Ar-Ge faaliyeti yapmakta olan Ulusal Firmaları teşvik etmek olduğu açıktır.

Sonuç itibariyle, kısaltılmış ruhsat başvuruları, kanunlarla tanınan bir haktır, herhangi bir patent tecavüzü davasının konusu olamaz<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Bu konuda bkz, Çolak, s. 276-283; Yıldırım s. 142-143; Sezgin Huysal, s. 186-190.

### **3. Ruhsat Başvurularına Onay Verilmesi, Ruhsatlandırma ve Satış İzininin Alınması Prosedürleri Sırasında Gerek Sağlık Bakanlığı Gerek Başvuru Sahibi Tarafından Ruhsat Dosyası Üzerinde Birçok Değişiklik Yapılması Mümkündür, Ruhsat Başvuru Dosyaları Ürünün Son Halini Yansıtmaz**

Ruhsatlandırma süreci boyunca, ruhsat konusu ürün üzerinde birçok değişiklik yapılması gerekli olabilir. Yapılabilecek bu değişiklikler, başvuru sahiplerine kanunen tanınan bir haktır ve bu değişikliklere ilişkin T.C. Sağlık Bakanlığı'nın "Ruhsatlandırılmış veya Ruhsatlandırma Başvurusu Yapılmış Tıbbi Ürünlerdeki Değişikliklere Dair Yönetmelik" mevcuttur<sup>19</sup>.

İlaçların ruhsatlandırılma işlemlerinden sonra, satışa sunulabilmeleri için Ruhsatlandırma Yönetmeliği Madde 26'ya göre, "Satış İzni" adı verilen bir prosedürden daha geçmesi gerekmektedir.

Bunun yanı sıra, gerek ruhsatlandırma, gerek satış izni aşamalarında, ruhsat konusu ürünün Sağlık Bakanlığı'nca

- Reddedilmesi,

- Askıya alınması, ve

Başvuran şirket tarafından

- Geri çekilmesi,

- Askıya alınması ve

- Başvuruya konu ürünün özelliklerinin değiştirilmesi mümkündür.

Bütün bu nedenlerden ötürü, sonunun ne olacağı belli olmayan, araştırma ve geliştirme faaliyetleri sürmekte olan, satış izni aşamasından uzakta olan bir ruhsat başvurusunun 551 sayılı KHK madde 75f kapsamında, patentten doğan hakların dışında tutulmaktadır<sup>20</sup>.

Tekrar etmek gerekirse, Ülkemizde orijinal bir ilaç referans gösterilerek kısaltılmış ruhsat başvurusu yapılabilir, zira;

---

19 **Huysal Sezgin**, s. 187-189; **Memiş**, İlaçların Patentlenmesi, İlaç Hukuku, s.210.

20 **Çolak**, s. 280-283; **Sezgin Huysal**, s.186-189; **Yıldırım**, s. 142-143; Prof. Dr. Tekin **Memiş**, "Jenerik İlaçların Hukuki Konumu", Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi İstanbul, Mayıs 2008, s. 9-11.

- i. Kısaltılmış ruhsat başvuruları Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 9. maddesi c bendine göre, “temelde benzer” olan ürünler için yapılabilir.
- ii. Temelde benzerlik kriteri için, etkinliğin ve güvenilirliğin aynı olması, bir diğer deyişle ürünlerin eşdeğer olması esasına dayanır. Jenerik ürünün, referans gösterildiği ilaçla tıpatıp aynı olması koşulu aranmaz. Bu şekilde, 551 sayılı KHK'ya uygun, bir diğer deyişle hiçbir patenti ihlal etmeyen jenerik ürünler geliştirilebilir.
- iii. Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, 551 Sayılı KHK ile uyumludur. Patent koruması kapsamına girilmeden, yeni buluşlar yapılarak jenerik ilaç üretimi mümkündür. Jenerik ürünler, sadece Türkiye’de değil tüm dünyada bu yolla üretilmektedir.

551 sayılı KHK'ya göre patent koruması kapsamında kalan ürünlerin satışı yasaklanmıştır. Patent koruması kapsamında kalan ürünler, ticari olmayan, deneme amaçlı fiiller için kullanılabilir. 551 sayılı KHK'nın 75. Maddesi f bendine göre, “ruhsat alınması” ve “ruhsatlandırma işlemleri için gerekli deneme amaçlı fiiller”de patent koruması kapsamına girmez.

#### **4. Bir İdari İşlem Tamamlanmadığı Sürece, Sonucu Bu İdari İşleme Bağlı Beklenen Hakla İlgili Herhangi Bir Dava Açılmaz**

*Henüz başvurunun mevzuata uygun olup olmadığı ve davalıya ruhsat verilip verilmeyeceğinin idarece incelenmediği*, bir safhada dava açmanın mümkün olmadığı ve ancak iradi işlemin tamamlanmasını müteakip hakkın sınırlarının belirleneceği ve ancak idari işlemde sonra dava açma hakkının doğacağı kabul edilmektedir.

551 sayılı KHK md. 75/f, başvuru aşamasında herhangi bir dava hakkının bulunmadığını ifade etmektedir. Ruhsat başvurusu ile başlayan ve ruhsatın kesilmesiyle sona eren idari işlemin tamamlanması anına kadarki dönemde bir tecavüzün oluşmayacağı belirtilmiştir. Bu, idari işlemin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bir idari işlem tamamlanana kadar, kişinin veya olgunun statüsü kesinleşmemektedir. Ancak idari işlemin tamamlanmasından sonra ruhsata konu olan ilacın içeriği ve formülasyonu kesinleşir. Ruhsata esas *formül, doz, farmasötik form, ambalaj ve kısa ürün bilgilerinde Bakanlığın bilgisi vel/veya onayı* ile ruhsat prosedürü boyunca her daima değiştirilebilir. Ancak bir idari işlemin tamamlanmasıyla hukuki durum kesinlik kazanır.

Bir idari işlem tamamlanmadan, her aşamada değişiklik yapılabileceği için, ruhsatlandırma işlemi süresince ilaçla ilgili herhangi bir kesinlik söz konusu olamaz. Netice olarak, bir tecavüz tehlikesinden bahsedilebilmesi için, öncelikle ilaçla ilgili bilgilerin, ruhsatlandırma işlemi sonucunda kesinlik kazanması gerekir. Ancak ilacın ne olduğu kesin bir şekilde tespit edildikten sonra, bir tecavüz tehlikesinden bahsedilebilir.

“Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği”ne bakıldığında, 20. madde uyarınca ruhsatın verilmesi, hiçbir şekilde ürünün satışa çıkarılacağı anlamına gelmez. Bir diğer ifade ile, ruhsat alınmadığı sürece, ilaçla ilgili bir kesinlik doğmamaktadır. İlaç ancak idari işlemin kesinleşmesiyle kesinleşir. Ancak idari işlemin kesinleşmesi, tek başına ürünün satışa sunulacağı anlamına gelmez.

Adı geçen Yönetmeliğin 26/1 maddesi uyarınca, “***Ruhsat sahibi***, ruhsatını aldığı beşeri tıbbi bir ürünü ilk kez pazara sunmadan önce, satışa sunulacak son şekliyle iki adet numuneyi satış izni almak üzere Bakanlığa sunar. Bakanlık, satış izni vereceği ürünün numunelerini, kullanma talimatının, ambalaj ve etiket bilgilerinin doğruluğu ve fiyatının uygunluğu açısından inceler. Ürünün ruhsata esas ambalaj ve etiket bilgilerinin ve/veya özelliklerinin değişmesine yol açan işlemler için yeniden satış izni alınması zorunludur.”

Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, ilaç ruhsatının alınması dahi ürünün satılacağı anlamına gelmez. Ruhsatın alınması, ürünle ilgili bilgilerin kesinleşmesi sonucunu doğurur. Ancak piyasaya sunulması planlanan ürünün kesinlik kazanmasından sonra, ürünün satışa sunulması için satış izni istenir. Bu durumda, bir ilacın, başka bir ilaç bakımından tecavüz tehlikesi taşıyıp taşımadığı, en erken ruhsatın kesildiği tarihte ileri sürülebilir. Ruhsat verilmediği sürece, tecavüz tehlikesinden dahi bahsedilemez. Nitekim KHK md. 75/f de bu hususu düzenlemiştir. Bu madde hükmüne göre de, idari işlem tamamlanmadığı sürece, bir tecavüzdən veya tecavüz tehlikesinden bahsedilemez.

Bir idari işlemin tamamlanmasından önce bir davanın açılmasının mümkün olmadığı genel olarak kabul edilen bir kural olup, Yargıtay da idari prosedürün tamamlanmasının öncelikli bir iş olduğunu açık bir şekilde kabul etmektedir.

Yarg. 11. HD'nin E. 2007/3574, K.2008/11727, K. 23.10.2008 kararında açık bir şekilde şu husus belirtilmiştir<sup>21</sup>:

21 www.kazanci.com.tr.

“Mahkemece iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, *dava tarihi itibarıyla Sağlık Bakanlığı'nca davalıya henüz verilmiş bir ruhsat bulunmadığı, bu durumda davalı eyleminden davacıların bu aşamada zarar görmüş olmasının mümkün olmadığı, Sağlık Bakanlığı tarafından davalı yana orijinal veya jenerik ruhsat ilacı verilmesi halinde davacıların, idari işlemin iptali için idari yargıya başvurabileceği, dava tarihi itibarıyla davalı eyleminin sadece Sağlık Bakanlığı'na ruhsat başvurusunda bulunmak olup, henüz başvurunun mevzuata uygun olup olmadığı ve davalıya ruhsat verilip verilmeyeceğinin idarece incelenmediği, bu aşamada davacıların dava açma haklarının doğmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.*

Karar, davacılar vekilince temyiz edilmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davacı adına daha önce ruhsatlandırılmış ilaç test sonuçlarının ve klinik çalışmaların yer aldığı veri dosyası referans gösterilerek ve Tıbbi Farmasötik Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 9/a bendine dayalı olarak *davalı tarafça kısaltılmış ruhsat başvurusu yapılmasının, ilaç ruhsatı başvurusunun kabul veya reddine karar vermekle yetkili makam olan Sağlık Bakanlığı nezdinde yasal düzenlemeden kaynaklanan başvuru hakkının kullanılmasından ibaret olması nedeniyle, TTK'nın 56 vd. maddeleri uyarınca haksız rekabet tehlikesine yol açan eylem olarak nitelendirilemeyecek bulunmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.*”

İlaç Ruhsat Başvurularının haksız rekabet ve tecavüz teşkil etmediği hususu, Yargıtay tarafından yerleşik içtihat haline getirilmiştir. Aşağıda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 03.02.2009 ve 02.04.2009 tarihli çok yeni iki kararı, konuyu daha da açıklamakta ve yerleşik içtihat haline getirmektedir.

Yarg. 11. HD'nin 03.02.2009 tarih ve E. 2007/6358, K. 2009/1166 sayılı kararı ve

Yarg. 11 HD'nin 02.04.2009 tarihli ve E: 2007/6521, K. 2009/4003 sayılı kararı şu hususu belirlemektedir<sup>22</sup>:

“...daha önce ruhsatlandırılmış ilaç test sonuçlarının ve klinik çalışmalarının yer aldığı veri dosyası referans gösterilerek ve Tıbbi farmasötik ürünler ruhsatlandırma yönetmeliği'nin 9/a

22 Kararlar için bkz, Çolak, s. 279,280.



*bendine dayalı olarak davalı tarafça kısaltılmış ruhsat başvurusu yapıp yapılmadığı belirsiz olmasına, bir an için yapıldığının kabulü halinde, bu başvurunun ilaç ruhsat başvurusu kabul veya reddine karar vermekle yetkili makam olan Sağlık Bakanlığı nezdinde yasal düzenlemelerden kaynaklanan başvuru hakkının kullanılmasından ibaret olması nedeniyle, TTK md. 56 vd. maddeleri uyarınca haksız rekabet tehlikesine yol açan eylem olarak nitelendirilemeyeceği....”*

Yüksek mahkemenin de müteaddit defalar altını çizdiği gibi, kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunmak, yasal bir hakkın kullanılması olup, yasal bir hakkın kullanılması tecavüz veya haksız rekabet oluşturmamaktadır.

İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 17.04.2012 tarihli ve E. 2012/8 D.ış, K. 2012/31 K. no.lu kararı şu şekildedir:

*“551 sayılı KHK'nın 75/f maddesi gereğince, ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller patent hakkı kapsamı dışında kaldığından ve Sağlık Bakanlığı yazı cevabına göre davalının ruhsat başvurusu sonuçlandırılmış olmakla birlikte herhangi bir satış müracaat ve işlemi bulunmadığı anlaşıldığından, böylece aleyhine tespit ve tedbir istenen işlemlerinin patente tecavüz kapsamı dışında bulunduğu açıkça yasada yazılı olduğu halde, halen tecavüzün bulunup bulunmadığı hususunda tespit istenmesinde hukuki yararının bulunmaması, keza tespit talebi konusunun dahi değişik iş dosyası üzerinden yürütülmeyip, esasen yargulamayı gerektirmesi karşısında, tüm tespit ve tedbir taleplerinin reddine”*

##### **5. PatKHK md. 75/f Kapsamında Kalan Fiiller Bakımından, İleride Bir Himaye İhtiyacının Doğacağı İleri Sürülemez**

Bir davanın açılabilmesi ve Mahkemece görülebilmesi için, hukuki koruma ihtiyacının mevcut olması gerekir. Bir kişinin hukuki korunma ihtiyacı yoksa, dava açma hakkı da bulunmamaktadır İleride bir menfaatin veya hukuki koruma menfaatinin doğması, davanın açılması için yeterli değildir.

***Hâkimin görevi, uyuşmazlık doğmasını önlemek değil, doğmuş ve güncel uyuşmazlıkları çözmektir.*** Bu nedenle, davayı kabule şayan kılacak menfaatin, doğmuş ve güncel bir menfaat olması gereklidir. ***Doğmuş ve güncel***

***menfaat kavramı göz önüne alındığında, ne gelecekteki bir menfaat ne de muhtemel (belirsiz) bir menfaat kabule şayan bir dava açmaya imkân verir. Başka bir anlatımla, ileride nasıl olsa açılabilir olan bir davanın, bugünden açılabilmesine imkân tanımaya yönelik bir menfaat kabul edilmez.*** Hem öğreti hem uygulama, menfaatin dava açıldığı anda var olması gerektiğini kabul etmekte ve gelecekteki (müstakbel) bir menfaatin yeterli olmadığı görüsündedir<sup>23</sup>.

Doğmuş ve güncel menfaatin anlamı, menfaatin davanın açıldığı anda mevcut olmasıdır. Tanınması ve korunması istenen hak, davanın açılmasından önce tecavüze uğramışsa, bu tecavüze son verdirmek hususunda hak sahibinin menfaati, doğmuş ve güncel bir menfaattir. Bu nedenle, bir hakkın tecavüze uğraması ihtimali, yani “muhtemel bir menfaatin” varlığı, kural olarak hak sahibine dava hakkı (yetkisi) vermez. Aksi yönde bir yaklaşım, mahkemeleri muhtemel tecavüz halleriyle işgal etmek anlamına gelir. Ayrıca, hak tecavüze uğramadıkça bu tecavüzün niteliği ve kapsamı belirli olamayacağından dava hakkının (yetkisinin) neye ilişkin olarak kullanılacağı da belirli olmayacaktır<sup>24</sup>.

Yargıtay kararlarında da, ancak ihlal edilmiş bir hak veya mevcut bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda dava açmakta doğmuş ve güncel bir menfaatin bulunduğu kabul edilmektedir. Nitekim, Yarg. 3. HD'nin E. 2005/1486, K. 2005/1894, T. 28.2.2005 tarihli kararına göre:

“Davacının dava hakkına sahip olması dava açması için yeterli değildir. Bundan başka dava açmakta hukuki yararı bulunmalıdır. Buna, hukuki korunma ihtiyacı da denir. Yani, davacının mahkemeden hukuki korunma istemesinde, korunmaya değer bir yararı olmalıdır.

**Ayrıca, hukuki yarar dava açıldığında varolmalıdır. İlerideki bir yarar yeterli değildir.”**

<sup>23</sup> Emel **Hanağası**, Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 229 vd; Baki **Kuru**, “Dava Şartları”, Ord. Prof. Sanri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 109-147, Makaleler, İstanbul 2006, s. 147-188; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Medeni Yargılama Hukuku Ders Kitabı Ankara 2004, s. 314; **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, C. II, s. 1367; **Pekcanitez/Atalay/Özekeş**, Ankara 2013, s. 222.

<sup>24</sup> **Hasanağası**, s. 230 vd; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, s. 314; **Pekcanitez/Atalay/Özekeş**, Ankara 2013, s. 222; **Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 203; Ahmet Necip **Bilge**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967, s. 360; **Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 360.

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, “davacının hukuki koruma ihtiyacı halihazırda bulunmalıdır”<sup>25</sup>.

Yarg. HGK'nın yerleşmiş içtihatlarına göre: Dava hakkı asıl haktan ayrı bir hak değildir<sup>26</sup>. **Kanunen tanınan bir hakkın kullanımı söz konusu ise, kişinin dava açma hakkı bulunur.**

551 sayılı KHK'daki hükümlerin incelenmesi neticesinde, patent hakkı sahibinin çok geniş hak ve yetkileri haiz olduğu görülmektedir. Bunlardan birisi de, patent hakkına tecavüz tehlikesinin bulunduğu durumlarda, tecavüz davası açma hakkıdır. Ancak yine 551 sayılı KHK'ya 22.6.2004 tarihinde ilave edilen bir fıkra ile, ilaç ruhsatlandırılmasının ve bunun için gerekli test ve deneylerin yapımının, patent hakkına tecavüz teşkil etmeyeceği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Bu durumda, bir ilacın ruhsatlandırılması işlemleri patent hakkına tecavüz veya tecavüz tehlikesi teşkil edemez. Kanunen, ilaç ruhsatlandırma işlemlerinin patent hakkına tecavüz teşkil etmediğinin belirtilmiş olmasına rağmen, ilaç ruhsat başvurusuna dayanılarak tecavüz davasının açılması mümkün değildir.

Hukuki koruma ihtiyacının mevcut olması gerekir. Eğer bir kişinin hukuki koruma ihtiyacı yoksa, bu kişinin dava açma hakkı da bulunmamaktadır. KHK md. 75/f, ruhsat başvurusu işlemleri sırasında patent hakkı sahibinin hukuki koruma ihtiyacı olmadığını hükme bağlamıştır. Bir diğer ifade ile, ruhsat başvurusunun varlığı, patent hakkı sahibi lehine bir hukuki koruma ihtiyacı doğurmamaktadır. KHK md. 75/f, ruhsat başvurusunun varlığını, hukuki korumaya ihtiyaç duyulmayan haller arasında düzenlemiştir. Bu durumda tecavüz davasının açılması mümkün değildir.

## **5. Satış İzni Almayan İlaçlar ile İlgili Gelişen Uygulama**

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği hükümlerine göre Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırılmayan hiçbir beşeri tıbbi ürün pazara sunulamaz. Ruhsatlandırılmış bir ürün için satış izni alınmadığı takdirde, söz konusu ürünün satışa sunulması mümkün değildir. Söz konusu ürünlerin

25 Yarg. 7. HD'nin, E. 2006/717, K. 2006/622, T. 7.3.2006; Yarg. 7. HD'nin E. 2005/528, K. 2005/1041, T. 8.4.2005

26 Yarg. HGK, E. 2008/5-427, K. 2008/440, T. 18.06.2008; Yarg. HGK, E. 2007/14-83, K. 142, T. 14.3.2007

satışa sunulabilmesi için “satış izni” alınmalıdır. Satış izni alınmayan hiçbir beşeri tıbbi ürünün satışa sunulması mümkün değildir. **Satış izni müracaatı, piyasaya ilk defa sunulacak ürünler için son şekliyle hazırlanmış numune gönderilerek başvuru yapılması suretiyle alınmaktadır.**

Fiyat onayı işlemi, satış izni müracaatından bağımsız olup, farklı bir prosedüre tabidir. Aynı hususlar geri ödeme listesine alınma prosedürü için de geçerlidir. Satış izni alınmayan hiçbir ilaç geri ödeme listesine giremez.

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 22 (j) hükmüne göre, ***ruhsat verilmiş bir tıbbi ürünün ruhsatlandırıldıktan 3 yıl içinde fiili olarak pazara sunulması zorunludur.*** Bu hüküm, ruhsat alınmasından itibaren ilacın piyasaya sunulmasına kadar 3 yıllık bir sürenin serbestçe değerlendirilebileceği belirtilmektedir.

551 sayılı KHK md. 75/f'e göre, ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere, ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller patent hakkının kapsamı dışında kalmaktadır. Bu durumda, bir ilacın ruhsatlandırılması safhasında, patent sahibi patentine dayanarak, tecavüz davası açamaz. Bu bir dava şartı olup, ruhsat alınmayan ilaçlara karşı tecavüz davasının açılması mümkün değildir.

Yarg. 11. HD'nin E.2012/4500, K. 2012/12019, T. 05.07.2012 tarihli kararına göre,

“Mahkemece, mürafaalı olarak yapılan inceleme sonucu 551 sayılı KHK'nın 75/f maddesi gereğince ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiillerin patent hakkı kapsamının dışında kaldığı, davalının ruhsat başvurusunun sonuçlandırılmış olmakla birlikte herhangi bir satış müracaat ve işleminin bulunmadığı, anılan yasal düzenleme karşısında tespit isteminde bu aşamada hukuki yararın olmadığı, esasen tedbir konusunun dahi yargılamayı gerektirdiği gerekçesiyle tüm tespit ve tedbir istemlerinin reddine karar verilmiştir... Hükümün Onanmasına karar verilmiştir”

Yarg. 11. HD'nin E. 2012/4498, K. 2012/11785, T. 3.7.2012 tarihli kararına göre,

“Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre 551 sayılı KHK'nın 75/f madde gereğince ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller patent hakkı kapsamı dışında kaldığından ve Sağlık Bakanlığı'nın yazı cevabına göre davalının ruhsat başvurusu sonuçlandırılmış

olmakla birlikte herhangi bir satış müracaat ve işlemi bulunmadığı, keza tedbir isteyen tarafında da bu karşı tarafın satış başlayacağı yönünde iddia ve delili de bulunmadığı ve bu suretle yasal düzenleme karşısında tespit isteminin bu aşamada hukuki yararı bulunmadığı anlaşıldığından, esasen tedbir talebi konusunun dahi yargılamayı gerektirmesi ve değişik iş dosyası ile hallinin mümkün görülmemesi karşısında tüm tedbir ve tespit taleplerinin reddine karar verilmiştir. .... kararın Onanmasına karar verilmiştir.”

Emsal niteliğinde olan bir diğer kararda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2012/449, K.2012/13033 ve **T.11.09.2012** sayılı kararında, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, **davalı tarafın eylemlerinin 551 sayılı KHK'nın 75/f maddesi kapsamında kaldığı, herhangi bir satış müracaatı ve işlemi bulunmadığı** gerekçesiyle taleplerin reddine karar verildiği bildirilmiş ve Mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmaması nedeniyle bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Bu kararda şu hususlar belirtilmiştir:

“Karşı taraf vekili, istemin reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, karşı taraf eyleminin 551 sayılı KHK'nın 75/f maddesi kapsamında kaldığı, herhangi bir satış müracaatı ve işlemi bulunmadığı, bu yönde delil sunulmadığı, tespit isteminde hukuki yarar olmadığı, tedbir talebi konusunun yargılamayı gerektirdiği gerekçesiyle taleplerin reddine karar verilmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, esasen, delil tespiti istemiyle ilgili kararların da temyizinin mümkün olmamasına göre, tespit ve ihtiyati tedbir talebinde bulunanlar vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

**SONUÇ:** Yukarıda açıklanan nedenlerle tespit ve ihtiyati tedbir talebinde bulunanlar vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün Onanmasına...”

İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 17.04.2012 tarihli ve E. 2012/8 D.ış, K. 2012/31 K. no.lu kararı şu şekildedir:

*“551 sayılı KHK'nın 75/f maddesi gereğince, ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı diller patent hakkı kapsamı dışında kaldığından ve Sağlık Bakanlığı yazı cevabına göre davalının ruhsat başvurusu sonuçlandırılmış*

*olmakla birlikte herhangi bir satış müracaat ve işlemi bulunmadığı anlaşıldığından, böylece aleyhine tespit ve tedbir istenen işlemlerinin patente tecavüz kapsamı dışında bulunduğu açıkça yasada yazılı olduğu halde, halen tecavüzün bulunup bulunmadığı hususunda tespit istenmesinde hukuki yararının bulunmaması, keza tespit talebi konusunun dahi değişik iş dosyası üzerinden yürütülmeyip, esasen yargılamayı gerektirmesi karşısında, tüm tespit ve tedbir taleplerinin reddine”*

Söz konusu karar, Yarg. 11. HD'nin E. 2012/16220, K. 2012/18652, T. 20.11.2012 tarihli kararı ile onanmıştır.

Görüldüğü üzere, Türk uygulaması, kısaltılmış başvuru prosedürü süresince ve ilaç için satış izni talep edilmediği sürece, patent hakkının ihlal edilmediği ve ihlal tehlikesinin bulunmadığı yönünde gelişmiştir.

## **Sonuç**

Kısaltılmış ilaç başvuruları, orijinal ilaç patentine mutlak surette tecavüz etmez. Zira bir eşdeğer/jenerik ilacın varlığı, bir referans ilacın varlığını gerektirse de, jenerik ilaçla orijinal ilaç arasında ayniyet bulunması gerekmez. Eşdeğer/jenerik ilacın, referans ilaçla “temelde benzer” olması gereklidir. Ancak bu temelde benzerlik ayniyet anlamına gelmez. Bir ilacın eşdeğer olması, bu ilacı otomatik olarak orijinal ilaca tecavüz eden ilaç haline getirmez. Ancak elbette ki bir jenerik ilaç, orijinal ve patent koruma kapsamındaki bir ilacı ihlal edebilir. Bunun anlaşılması için patentin ve jenerik ilacın incelenmesi gerekir. Doğrudan bir sonuca varmak mümkün değildir.

Kısaltılmış ilaç ruhsat başvurusu prosedürleri, referans gösterilen ilaç ruhsatlandırma prosedürüne göre kolaylaştırılmıştır. Kural olarak bir ilaca ruhsat alınması için, tüm farmasötik (toksikolojik, farmakolojik ve klinik) araştırma verilerinin Bakanlığa sunulması zorunludur. Oysa bir eşdeğer/jenerik bir ilaç için ruhsat başvurusu yapıldığında, toksikolojik, farmakolojik ve klinik test ve deneylerin yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak yine de bütün diğer test ve deneylerin yapılması gerekir. İşte bu ruhsatlandırma süresi, öncelikle Amerika'da başlamak üzere, daha sonra Avrupa Birliği ve devamında Türkiye'yi de etkilemek üzere, orijinal ilaç için tanınan patent koruma kapsamının dışında tutulmuştur. Ruhsatlandırma süresince, kısaltılmış ruhsat başvurusu yapılan ilacın, orijinal ilaca tecavüz ettiği iddiası dahi dava konusu olamaz, zira bu istisna açıkça 551 sayılı KHK mdç 75/f'de düzenlenmiştir.

## **KAYNAKÇA**

- Bilge**, Ahmet Necip: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967
- Bilge**, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Çolak**, Uğur: Kısaltılmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2009, s. 227-284
- Garrison**, Christopher: Exceptionsto Patent Rights in DeveloppingCountries, UN-TACT-ICTSD Project on IPRsandSustainable Development, Geneva, 2006,
- Hanağası**, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009
- Huysal**, Ayşegül Sezgin : İlaç Patenti, İstanbul 2010, s. 182-185
- Karakoç**, Hakan Deniz: İlaç Sektöründe Fiyat Rekabeti, Ankara 2005
- Kuru**, Baki: “Dava Şartları”, Ord. Prof. Sanri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 109-147, Makaleler, İstanbul 2006, s. 147-188
- Kuru/Arslan/Yılmaz**: Medeni Yargılama Hukuku Ders Kitabı Ankara 2004
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001,
- Memiş**, Tekin: “Jenerik İlaçların Hukuki Konumu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi İstanbul, Mayıs 2008
- Memiş**, Tekin: İlaçların Patentlenmesi, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Sempozyumu 08-09 Mayıs 2009, ed. Murat Şen/Ahmet Başsözen, İstanbul 2009
- Pekcantez/Atalay/Özekeş**,: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013
- Postacioğlu**, İlhan E. : Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975
- Tekinalp**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012
- Thomas**, John R.: Scientific Research and the Experimental Use Privilege in Patent Law,
- Yalçiner**, Uğur: “İlaç ve Patent Türkiye’de ve Dünyada Son Gelişmeler”,FMR C.2, 2002/3, s. 15-44
- Yıldırım**, Murat: “İlaç patentleri Yönünden Deney Amaçlı Fiiller ve Ruhsatlandırma; Bolar Hükmü veya Bolar İstisnası”, TBB Dergisi, S.71, yıl 2007, s. 128-145.



## GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayınlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazı, dergigsu@gmail.com adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin, yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, akademik unvanını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Metin Türkçe veya yabancı dilde olabilir. İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dışındaki yabancı dil eserlerinin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa özet (*abstract*), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta veya metin içinde kısa olarak yer almalıdır.
5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde, alıntılarda kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.
6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayım ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.
7. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar kör hakemlik usulüne uygun olarak en az bir hakemin incelemesine sunulur. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Düzeltme talep edilmesi halinde gerekli düzeltmeler yapıldıktan sonra, yazı bir kez daha hakem incelemesinden geçirilir.
8. Yayın Kurulu, yazının birden çok hakem tarafından ayrı ayrı incelenmesine karar verebilir.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, çeviri türünde yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu'nun yetkisindedir. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.
10. Yayınlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı-elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.