
Bilimsel

TEMYİZ



Yaşar Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

NİSAN 2012
Sayı: 1

Bilimsel
TEMYİZ

(BilTem)

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

NİSAN 2012 SAYI: 1

Sahibi

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

YAYIN KURULU BAŞKANI

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER

Yrd. Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ

Yrd. Doç. Dr. Emre CUMALIOĞLU

Arş. Gör. Tuğçe TUZCUOĞLU

Arş. Gör. Mertkan UÇKAN

Arş. Gör. Bahar KONUK

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ

Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Prof. Dr. Işıl ÖZKAN

Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Doç. Dr. H.Gökçe TÜRKOĞLU

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

Doç. Dr. Murat AYDOĞDU

Prof. Dr. Yıldırım ULUER

Doç. Dr. Sevilay UZUNALLI

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM

Doç. Dr. Hasan PETEK

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI

DERGİMİZE ERİŞİM İÇİN ADRESİMİZ

<http://hukuk.yasar.edu.tr>

YAYIN İLKELERİ

- Dergimiz dört ayda bir elektronik olarak yayınlanacaktır.
- Dergimizde bilimsel çalışmalarını yayınlayacak, meslektaşlarımız 12 punto üzerinden çalışmalarını yazıp **bilimseltemyiz@yasar.edu.tr** adresine gönderecektir.
- Yazı kurulumuz tarafından dergimizde yayınlanabilecek nitelikte olmayan yazılar ilgiliye 15 gün içinde bildirilecektir.
- Her türlü soru, görüş ve önerileriniz için iletişim adresimiz: **bilimseltemyiz@yasar.edu.tr**

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ

“Yayına Başlarken” - Prof. Dr. Şeref ERTAŞ, Sayfa: 5

I.BÖLÜM - MAKALELER

Etkin Demokratik Hukuk Devleti İçin Yeni Anayasada Yer Alması Gereken “Olmazsa Olmaz” Saydığımız İlkeler, Sayfa: 6-27

Prof. Dr. Fevzi DEMİR (Yaşar Üniversitesi)

Miras Sebebiyle İstihkak Davası ile Adi İstihkak Davası Yarışır mı? Sayfa: 28-34

Doç. Dr. Hasan PETEK (Gediz Üniversitesi)

Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Toplantıya Çağrı Usulüne Uyulmamasının Hukuki Yaptırımı, Sayfa: 35-43

Yrd. Doç. Dr. Emre CUMALIOĞLU (Yaşar Üniversitesi)

Alacaklının “Alacağına Mahsuben Satışa Konu Taşınır/Taşınmazı Satın Alması”nın Engellenmesinin Hukuki Sonuçları (İİK. mad. 118/I, 130, 133), Sayfa: 44-52

Av. Talih Uyar (İzmir Barosu)

İtirazın İptali Davasını Açma Süresinin Başlangıcı (İİK. mad. 67/I), Sayfa: 53-59

Av. Alper Uyar (İzmir Barosu)

Hizmet Markası Kiralama (Franchise) Sözleşmesi, Sayfa: 60-100

Selda GÜÇ (Yaşar Üniversitesi YL)

Teknik Bilgi (Know How) Sözleşmesi, Sayfa: 101-125

Betül ŞEN (Yaşar Üniversitesi YL)

II. BÖLÜM - KARAR İNCELEMELERİ

İsim Değişikliği ve Nüfus Kaydının Düzeltilmesi Davası (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Esas No: 2010/18-135 Karar No: 2010/136), Sayfa: 126-130

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi)

Uluslararası Eşya Taşımalarında (CMR) Taşıyıcısının Sorumluluğu (Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 2003/6234 E, 2003/9575 K, 20.10.2003 T.), Sayfa: 131-149

Arş. Gör. Mertkan UÇKAN (Yaşar Üniversitesi)

III. BÖLÜM - SORUNLAR VE ÇÖZÜMLER

Sağ Kalan Eşin, Ölen Eşin Katılım Alacağı Olan Bir Malı Temlik Etmesinin TMK. 610 II. m. Anlamında Mirası Kabul Sayılıp Sayılmayacağı Hakkında, Sayfa: 150-157

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi)

IV.BÖLÜM - TARTIŞMA VE ELEŞTİRİLER

Banka Promosyonu Kullanımına 5018 Sayılı Yasa ve TCK Penceresinden Bakış, Sayfa: 158-171

Fatih MECEK (YÖK Denetleme Uzmanı)

V.GÜNCEL MEVZUAT DEĞERLENDİRMELERİ

2/B YASASI KİME HANGİ HAKKI KAZANDIRIYOR, Sayfa: 172-183

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi)

2644 SAYILI TAPULAMA KANUNUN 35.M. LİBERALLEŞTİ, Sayfa: 184

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi)

VI. BÖLÜM – KİTAP TANITIMLARI

Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, Yazarı: Prof. Dr. İlhan ULUSAN, Sayfa: 185

Tanıtım Yazısı: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi)

Çevre Hukuk ve Hayvan Hakları Hukuku, Yazarı: Prof.Dr.Şeref ERTAŞ, Sayfa: 186-187

Tanıtım Yazısı: Yrd. Doç. Emre CUMALIOĞLU (Yaşar Üniversitesi)

Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Yazarları: Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ, Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU, Yrd. Doç. Dr. Damla GÜRPINAR, Sayfa: 188-189

Tanıtım Yazısı: Arş. Gör. Tuğçe TUZCUOĞLU (Yaşar Üniversitesi)

Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafi, Yazarı: Arş.Gör.Bengül KAYIŞ, Sayfa:190-191

Tanıtım Yazısı: Arş.Gör.Ayça İZMİRLİOĞLU (Yaşar Üniversitesi)

Kırkambar Sözleşmesi, Yazarı: Yrd.Doç.Dr.Emre CUMALIOĞLU, Sayfa: 192-193

Tanıtım Yazısı: Arş.Gör.Mertkan UÇKAN (Yaşar Üniversitesi)

Etkin Demokratik Hukuk Devleti, Yazarı: Prof. Dr. Fevzi DEMİR, Sayfa: 194-195

Tanıtım Yazısı: Arş. Gör. Bahar KONUK (Yaşar Üniversitesi)

Avrupa Birliği Kamu Hukuku, Yazarı: Prof.Dr.Işıl ÖZKAN, Sayfa: 196-197

Tanıtım Yazısı: Arş.Gör.Bengül KAYIŞ (Yaşar Üniversitesi)

YAYINA BAŞLARKEN

Prof.Dr.Şeref ERTAŞ*

Dergimizin adını “Temyiz“ koyduk. Bununla dergimizin hedefini ifade etmeyi amaçladık. Bilindiği gibi, temyiz sözcüğü “iyiyi kötünden ayırabilme“ anlamını taşımaktadır. Türkiye’nin en yüksek yargılığı olan mahkememizin ismi de “ Temyiz Mahkemesidir”. Bu mahkeme, alt derece mahkemelerinin kötü kararlarını ayırarak elemine etme, iyiye dönüştürme görevini üstlenerek ülkemizde hukuk biliminin gelişmesine hizmet etmektedir.

Bizim elektronik olarak çıkarıp, tüm hukukçularımızın hizmetine arz ettiğimiz dergimiz de, hukukta iyiyi, doğruyu, adili, hakkaniyeti bulmada eleştirisel yazın ürünleri ile hukuki hayatımızın daha emin, daha düzgün olmasına yardımcı olmaya çalışacaktır.

Hatasız kul olmayacağı gibi, hatasız kanun, hatasız yargı da olamaz. Her meslekte olabileceği gibi, hukuk mesleğinin icrasında da hatalar, kazalar olabilir. Önemli olan bu hataların farkına varmak, tekrarını önlemektir.

İşte bu çerçevede dergimizin ilk hedefi, yayınlanmış veya yayınlanmamış başta Yargıtay olmak üzere mahkeme kararlarını, bilimsel, çağdaş yöntemlerle masaya yatırıp, doğrusu ile yanlış ile inceleyip analiz etmek ve bu çalışmalarımızı tüm hukuk camiası ile paylaşmaktır. Eleştirilerinizden sadece yargı kararları değil, hukuk alanında yayınlanmış kitap, makale çalışmaları da gereken payını alacaktır.

Bu şekilde karar tahlilleri yanında, meslektaşlarımızın hukuk biliminin gelişmesine hizmet edecek makalelerini de bu dergide yayınlayacağız.

Dergimiz hukuk öğrencileri dâhil tüm meslektaşlarımıza, akademisyenlere, avukatlara, noterlere, hâkim ve savcılara açık olacaktır.

Dergimizde çıkan yazıları eleştiren değerlendirmeler dergimizde öncelikle yayınlanacaktır. Bu sayede bizde kendimizi oto kontrole tabi kılmış olacağız.

İlk sayımızı hakemsiz olarak yayınlıyoruz. Bundan sonraki sayılarımızı hakemli olarak yayınlamayı planladık. Ancak isteyen meslektaşlarımız çalışmalarını hakemsiz olarak da yayınlayabilecektir.

Dergimizin tüm meslektaşlarımıza yararlı olabilmesi ümidi ile.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı ve Özel Hukuk Bölüm Başkanı.

**Etkin Demokratik Hukuk Devleti İçin Yeni Anayasada Yer Alması Gereken
“Olmazsa Olmaz” Saydığımız İlkeler**

Prof. Dr. Fevzi DEMİR*

Yeni bir Anayasa değişikliği önerisi ile ilgili bu ilkeler doğrudan mevcut Anayasa hükümlerinde yapılacak değişiklikleri maddeler itibariyle ele almıştır. Zira Yeni Bir Anayasa ancak odalar, barolar, sendikalar gibi bütün meslek grupları ile üniversiteler ve siyasi parti temsilcilerinin yer alacağı 150-200 kişilik bir “asli” Kurucu Meclis tarafından benimsendikten sonra referanduma sunulurak kabul edilen bir Anayasadır. Yoksa genel seçimlere katılan siyasi partilerin temsilcilerinin oluşturduğu “tali” Kurucu Meclis, sadece Anayasa maddelerinde yapacağı değişikliklerle Anayasayı “yenileyebilir”. Bununla birlikte, tali Kurucu Meclis’in yepyeni bir Anayasa yapması, ancak Meclis’teki tüm partilerin ortak mutabakatı ve bunun sonucu hiçbir partinin bu Anayasaya Anayasa Mahkemesi nezdinde itiraz etmemesi ile mümkün olabilir. O zaman da mevcut TBMM “tali” değil “asli” Kurucu Meclis görevi yapmış olur. Örneğin, “değiştirilemeyecek ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek” hükümler arasında olduğu halde, Anayasa metnine dâhil (Md.174) olan “Başlangıç” hükümlerinde 1995 yılında 4121 sayılı, 2001 yılında 4709 sayılı yasalarla yapılan değişiklikler, Anayasa Mahkemesinde dava açılmasını gerektirmeyecek şekilde Mecliste tam bir mutabakat sağlanarak gerçekleştirildiğinden, TBMM’nin “asli” Kurucu Meclis gibi görev yaptığı söylenebilir. İşbu çalışmamızda mevcut Anayasa maddeleri esas alınarak bazen maddeden hüküm çıkararak bazen maddeye hüküm ilave ederek önerdiğimiz değişiklikler, Mecliste sağlanacak tam bir mutabakat ile “Yeni Anayasa” hükümleri olarak kabul edilebileceği gibi, mevcut maddelerde “değişiklik hükümleri” olarak da kabul edilebilir. Şimdi “olmazsa olmaz” saydığımız ve “sistemik bütünlük” oluşturduğuna inandığımız bu ilkeleri “Başlangıç” hükümlerinden başlayarak değerlendirebiliriz:

- “Başlangıç” hükümleri ile “değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez” Anayasanın “Genel esasları” aynen muhafaza edilmelidir (md.1,2,3,4). Bu anlamda

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı ve Kamu Hukuku Bölüm Başkanı

Cumhuriyetin temel ilkeleri arasında yer alan “toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti” hükmünde (md.2), öğretide zaman zaman eleştiri konusu yapılan “toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı” ilkeleri dahil, rahatsızlık verici hiçbir husus bulunmamaktadır. Özellikle hükümdeki “adalet anlayışının” nasıl bir rahatsızlık verdiği tarafımızdan hiç bir şekilde anlaşılamamaktadır.

- Çağdaş anayasaların tümünde yer alan insan onurundan ve haysiyetinden kaynaklanan, kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlükleri sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama ile görevli kılınan Devlet (md.5,12); temel hak ve özgürlükleri “kanunla” sınırlarken, özüne dokunamayacağı, sınırlama neden ve ölçütlerinin yorumlanmasında Türkiye’nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerle kurulan organların içtihatlarını da göz önünde tutacağı hükme bağlanmalıdır.

- “İnsanın maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi” ile “vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı” değerlerinin somutlaştığı insan bedeninin, “genetik” yollarla değiştirilmesi ve “insan bedeninin ticari kazanç metayı haline getirilmesine yönelik uygulamalar” yasaklanmalıdır (md. 17).

- “Din kültürü ve ahlak” dersinin “zorunlu” olmasının Anayasa’da belirtilmesi “anayasa yapma tekniği” ile bağdaşmadığından; bu ders sanki Matematik, Türkçe, vb. derslerden daha önemliymiş gibi Anayasa’da yer alması doğru bulunmamaktadır. Ders “zorunlu” olacaksa, Anayasa ile değil, diğer dersler gibi kanunla düzenlenmelidir ve müfredatı “din kültürü ve ahlak” sözcüklerinin amacına uygun olarak hazırlanmalıdır. Bir başka deyişle, sadece “İslam dini” ve belirli bir “mezhep” değil, “bütün dinler ve mezhepler” bu derste öğretilmelidir. Böylece, ibadet şekilleri farklı, fakat her biri birer ahlak sistemi olan din ve mezhepleri özellikle genç beyinlerin daha iyi anlaması ve aralarında öyle “anlatıldığı” kadar fark olmadığını öğrenmeleri, onları hayata çok daha hoşgörülü hazırlayacaktır. Bu “teorik öğretinin” yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokolün 2. maddesine göre, Devletin “çocukların eğitimi alanında ebeveynin dinî ve felsefî inançlarını dikkate alma

yükümlülüğüne” uygun olarak, isteğe bağlı “seçimlik derste” ayrıca dinlere göre “uygulamalı eğitim” de verilerek öğrencilere gerekli “dualar” ve “ibadet şekilleri” ile ilgili uygulama da yaptırılabilir (md.24).

- Basında “tekeli” oluşması ve “masumiyet karinesinin ihlaline yönelik yayın” yapılması yasağı getirilmelidir (md.28).

- “Doğal hakim güvencesi” (suçluyu yargılayacak hakimnin önceden bilinmesi, suçluya göre hakim tayin edilmemesi) yanında, “kanuna aykırı usullerle elde edilmiş bulguların” sadece ceza davalarında değil hukuk davalarında da delil olarak kabul edilemeyeceği hükme bağlanmalıdır (md.37).

- “Resmi ve özel kurumlarda eğitim ve öğrenim dili Türkçedir” temel kuralına yer verilerek, eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile Türkçe’den başka dillerde okutulacak derslerin bağlı olacağı esaslar yasal düzenlemeye bırakılmalıdır. Böylece Türkiye’deki okullarda eğitim ve öğretimin zorunlu olarak Türkçe yapılması ve ancak mesleki bilgiyi uluslararası düzeyde geliştirmek bakımından ve gerekli görülen diğer durumlarda ilgili derslerin yabancı dilde verilebilmesinin sağlanması kanun koyucunun takdirine bırakılmalıdır (md.42).

- Kamu İktisadi Teşebbüslerine ait devlet hisselerinin tamamı veya bir kısmının yerli veya yabancı özel kişi veya kurumlara satılabilmesi, devlet borçları karşılığı devredilebilmesi öngörülmelidir. Böylece, maddede eksik olan yerli alıcılar yanında yabancıların da kanun çerçevesinde sermaye piyasasına girmesi sağlanmalı, ülkenin kalkınmasında acil ihtiyacı olan yabancı sermayeye de “hukuki güvence” verilerek bu eksiklik ilave hükümle tamamlanmalıdır (md.47).

- Uluslararası sözleşmelere ve normlara uygun olarak işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerine ülkemizde artık anayasal düzeyde grev hakkı tanınmalıdır. Ancak, bu hakkın kapsamı, istisna ve sınırları bu kesim içinde yer alan hizmet kategorilerinin gerekleri ve niteliği uygun bir biçimde kanun koyucu tarafından belirlenmelidir (md.54).

- Çevre kirliliğine neden olan bütün kişi ve kuruluşlar, kirliliği gidermek ve zarar görenlerin zararını tazmin etmekle yükümlü kılınmalıdır (md.56).

- Sosyal güvenlik hakkının asgari düzeyi, bir kimsenin kendi kusuru dışında, geçim kaynaklarını kaybetmesi durumunda doğacak riskleri kapsamalıdır. Bu bağlamda, yaşlılık,

işsizlik, yetim kalma, bedensel veya zihinsel engeli nedeniyle çalışamama gibi durumların tümü sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınmalıdır. Batı ülkeleriyle karşılaştırıldığında, halen ülkemizde eksik olan “aile sigortası” da bu eksikliği giderecek, ülkemizde halen iktidarlar tarafından zaman zaman ve özellikle seçimler öncesinde kötüye kullanılan Orta Çağın “yardım (sadaka) devleti” anlayışından Cumhuriyetin temel ilkelerinden çağdaş “sosyal hukuk devleti” anlayışının uygulamasına geçişi sağlayacaktır. Doğal olarak bu kategorilere giren kişilere sağlanacak gelir veya yardımların düzeyi devletin mali olanaklarına bağlı olarak değişebilecek ve yasayla düzenlenecektir (md.60).

- Vatandaşlık konusunda, 1961 ve 1982 Anayasalarının formülü birbirinin aynıdır ve şu şekildedir: “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür”. Bu formülün belirli bir ırkı veya dini esas almaması, sadece “vatandaşlık bağı” esas alması bakımından herhangi bir sakıncası bulunmadığı aşikârdır. Zira, cümlede belirtilen “Türk” kelimesi bir “etnik” kimliğin değil, “siyasi” (hukuki) kimliğin ifadesidir. Ancak, bu formülün ırk temelli ve dışlayıcı olduğu yönündeki eleştirilerin yaygınlığı iyi bilinmektedir. Bu eleştirileri karşılamak ve anayasal vatandaşlık temelinde farklı etnik, dilsel ve dinsel özelliklere sahip kişilerin kendilerini devletin eşit vatandaşları olarak görmesini sağlamak amacıyla 1924 Anayasasındaki “alternatif” vatandaşlık tanımından esinlenerek şöyle bir tanıma yer verilebilir: Türkiye Cumhuriyetine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes, din, dil, ırk ve cinsiyet farkı gözetilmeksizin hukuken Türk sayılır. Bununla birlikte, böyle bir tanımın dahi “üniter devlet” yapısı içinde ayrı bir “hukuki” veya “siyasi” kimlik peşinde koşan “art niyetli” eleştirileri yatıştıracığı ve durduracağı kanısında değiliz (md.66).

- Parti içi demokrasi, ancak aday belirleme yöntemlerinde yapılacak demokratik reformlarla sağlıklı bir çizgiye çekilebilir. Bu nedenledir ki Siyasi Partiler Kanunu’nun aday belirleme ile ilgili hükümleri başlangıçta “önseçim yöntemi” esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak yasada 1986 yılında yapılan bir değişiklikle önseçimin zorunlu olmaktan çıkarılmış olması, partileri bu yöntemden uzaklaşmaya ve o zamandan bu yana istisnalar dışında partileri ön seçim yapmamaya, parti başkanlarını “liderler oligarşisi” veya “liderler sultası” yaratmaya adeta özendirmiştir. İşte bu nedenle, parti içi demokrasiye işlerlik kazandırmak, her şeyden önce “ön seçimin tüm partiler için ilke olarak zorunlu” kılınmasına bağlıdır. Bu amaçla, “seçim çevreleri ile ilgili parti adaylarının tüm üyelerin katılacağı bir önseçimle belirlenmesi

anayasal bir ilke olarak benimsenmeli, bunun istisnası olarak yüzde onu geçmeyecek bir oranda milletvekili adayının merkez yoklamasıyla saptanması imkânı öngörülmalıdır”. Buna ilave olarak, aşağıdaki önerimizde benimsenmiş olan Türkiye “ülke seçim çevresi kontenjan adaylarının” da (50 veya 100 milletvekili) ayrıca merkez yoklaması ile seçilebilmesi imkanı sağlanmalıdır (md.69).

- İllerdeki seçim çevresi milletvekillerinin %10 barajı uygulamasına tabi olmasına karşın, herhangi bir baraj uygulamasının yapılmayacağı ülke seçim çevresinden seçilen "kontenjan milletvekilliği" (Türkiye milletvekilliği) ihdası, Anayasamızda öngörülen "temsilde adalet" ilkesine de yanıt verecek; ülke düzeyinde yüzde iki %2 (veya %1) oy oranına ulaşan her siyasal hareket, 50 (veya 100) milletvekilliğinin paylaşımında en az 1 milletvekilliğiyle Parlamento'da temsil imkânına kavuşmuş olacaktır. Bu nedenle, konuya ilişkin aksi yöndeki Anayasa Mahkemesi kararında yer alan gerekçe ve görüşlere katılmıyor; Anayasa'da bu konudaki değişikliğin yapılmasını zorunlu görüyoruz. Böylece, Parti Genel Merkezlerince konularında iyi yetişmiş uzman kişiler arasından tespit edilen ve seçimlerden önce veya sonra Yüksek Seçim Kuruluna takdim edilen ülke seçim çevresi "kontenjan milletvekili" listeleri, siyasi partilerin ülke düzeyinde aldıkları toplam geçerli oylar esas alınarak, “nispi temsil” sistemine göre partiler arasında paylaştırılacaktır.

Böylece, ister iktidarda ister muhalefette olsun, bir yandan merkez yoklaması ile tespit edilen %10 oranındaki adaylar, öte yandan ülke düzeyinde %2 (veya %1) oranında oyla seçilen adaylar sayesinde parlamentoda yapılan görüşmelere belirli bir seviye ve kalite getirilirken, ele alınan kanun teklif ve tasarılarının uzman kişiler sayesinde daha az hatalı çıkması da sağlanabilecektir. Öyle ki, konularında uzman kontenjan milletvekilleri sayesinde komisyon ve genel kurullarda yapılan görüşmelerde kamuoyunun daha doğru bilgilendirilmesi ve bunun sonucu TBMM'nin itibarının çok daha yukarılara çekilmesi de mümkün olacaktır (md.75). Bu değişikliğin, bir yandan “temsilde adalet” ilkesini gerçekleştirirken öte yandan özellikle Anayasa değişikliklerinde daha geniş bir “uzlaşma arayışını” (consensus) zorunlu kılacağına, tek parti iktidarlarının muhalefeti dikkate almayan “ben yaptım oldu” eğilimlerine engel olacağına kuşku yoktur. Bununla birlikte, ülke seçim çevresi için öngörülen "kontenjan milletvekilliği" ihdasının, illerden gelen milletvekillerinin konunun uzmanı olmadıkları gerekçesiyle genel kurula devam etmemesi gibi bir sonuç

doğurmaması gerekmektedir. Bu nedenle, milletvekillerinin Meclis'e devamlarıyla ilgili Anayasa (md.84) ve İçtüzük (md.114) hükümleri muhafaza edilmelidir.

- Cumhurbaşkanı'nca seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi durumunda "keyfiligi" önlemek bakımından seçim tarihinin en kısa (45 gün) ve en uzun süresinin (90 gün) arasında belirtilmesinde yarar vardır (md.77).

- İlke olarak yapısında bir değişiklik öngörülmeyen Yüksek Seçim Kurulu'nun, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama yetkisi bulunduğundan, Kurula uygulayacağı seçim kurallarından Anayasaya aykırı gördüklerini Anayasa Mahkemesine götürme yetkisinin verilmesi, bu alanda önemli bir boşluğu dolduracaktır (md.79).

- Yeni düzenlemede mevcut Anayasa'daki "özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devletten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve" ibaresine yer verilmeyerek; bu dernek, vakıf ve sendika yönetim ve denetim kurulları üyelikleri ile bunlarla ilgili maddede sayılan görevler, milletvekilliği ile bağdaşmayan işler arasından çıkarılmalıdır. Böylece, milletvekillerinin sivil toplum kuruluşlarıyla ilişkilerini sınırlayan önemli bir engel kaldırılmış olacaktır. "Demokrasinin" bir menfaatler dengesi ve menfaat gruplarının (sivil toplum kuruluşlarının) "örgütlü toplum rejimi" olduğu düşünülecek olursa, bu kuruluşların halen mecliste gereği gibi temsil edildiğini savunmak güçleşmektedir. Batı demokrasilerinde olduğu gibi, Türk demokrasisinde de sivil toplum kuruluşu yöneticiliğini sürdürme imkanı veren milletvekilliğinin, ülkemiz demokrasisine de güç katacağına, "temsil" mekanizmasının daha iyi işleyeceğine inanıyoruz (md.82).

- Bütün Batılı demokratik ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de parlamento üyelerinin görevlerini yerine getirirken özel bir statüden yararlanmalarını makul karşılamak gerekir. Aslında sadece "yasama dokunulmazlığını" (inviolabilité) değil, aynı zamanda "yasama sorumsuzluğunu" (irresponsabilité) da düzenleyen bu madde, ülkemizde son yıllarda sık sık tartışılır olmuştur. Zira bu madde, milletvekillerinden bakanlarına ve hatta parti başkanlarına kadar "bağımsız yargı" önünde aklanmak yerine, geçmişte gördüğümüz gibi, parlamentoda siyasilerin birbirlerini karşılıklı olarak "aklamasının ve paklamasının"(!) tatlı ve katlı bir zırhı haline gelmiştir. Kuşkusuz bu durum, yıllardır Türk toplumunu ve duyarlı kamuoyunu çok

rahatsız edici boyutlara ulaşmış; ülkemizde “temiz toplum” kampanyalarının açılmasına neden olmuştur.

Temelde yasama dokunulmazlığının aslında “muhafefti korumak”, ona “kürsü masuniyeti” sağlamak için getirilmiş bir kurum olduğu iyi bilinmektedir. Batı ülkelerinde iktidarı eleştiren muhafeft temsilcilerinin iktidar güçleri tarafından cezaevine gönderilmek suretiyle “seslerini kesmeyi” engellemek amacıyla konulan “yasama dokunulmazlığı”, ülkemizde de benzer amaçlarla anayasalara girmiştir. Gerçekten, 1960 öncesi uygulamalara bir tepki olarak; muhafeft partisi milletvekillerinin sesini keserek “suskun bir meclis” yaratma gayretlerine karşı, Türkiye’ye özgü bir biçimde 1961 Anayasasına “ikili bir güvence” getirilmek suretiyle “yasama dokunulmazlığı” hükmünün düzenlendiği görülmektedir. 1982 Anayasası’ndaki düzenleme de aynı yöndeki düzenlemenin bir tekrarıdır.

1961 Anayasası döneminden başlamak üzere, 1982 Anayasası döneminde de süregelen bu bağışıklıklar (muafiyetler), özellikle son yıllarda iktidar milletvekillerini ve bakanlarını korumaya dönüşmüş; haklarında ileri sürülen iddialara karşı bu milletvekilleri ve bakanlar, kendileri iktidarda oldukları halde bağımsız yargı önünde hesap vermeye yanaşmamışlardır. Hâlbuki hukuk devleti ilkesini uygulamak ve yerleştirmek, başta iktidar sahipleri olmak üzere, herkesin “hukuka saygı” duymasıyla başlar! En başta iktidar sahipleri hukuka (başta Anayasa olmak üzere, kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere ve mahkeme kararlarına) saygı duymalıdır ki, vatandaşın da kanunlara saygılı olmasını bekleyebilsin. Aksi halde, “hukuka saygı duymayan” iktidarların zamanla ülkeyi kaosa sürüklemesi kaçınılmaz olur. Burada, özellikle “hukuktan korkmayan” deyimini yerine “hukuka saygı duymayan” deyimini tercihen kullanıyoruz. Zira hukuk “korkmak” için değil, “korunmak” için, “güvence” içinde yaşamak için vardır. Nitekim, hukuka saygı duymayan, onları egemen kılamayan iktidarların, ülkeyi sürükledikleri kaos ortamının sonunda “süngüye” saygı duymak zorunda kalmaları son derece üzücüdür.

Bu nedenle, ağır cezayı gerektiren sadece “suçüstü” hallerinde değil, bu hükmü “milletvekili seçilme yeterliliğini” düzenleyen Anayasa hükmü (md.76/2) ile uyumlu hale getirerek, “affa uğramış olsalar bile” milletvekili olmaya engel suçlarda da “dokunulmazlığın bulunmaması” öngörülmelidir. Buna karşılık, milletvekilinin dokunulmazlığının bulunmamasının Meclisteki görevini yerine getirmesine engel olmamasını; Cumhuriyet Baş

Savcısı tarafından sürdürülecek sorgulama ve kovuşturma sonunda Yargıtay'ın ilgili Ceza Dairesinde “tutuksuz” yargılanması; suçlu görülen milletvekili hakkında kesinleşen “ceza hükmünün” infazının (uygulanmasının) da “milletvekili sıfatının sona ermesine” bırakılması kabul edilmelidir. Böylece, milletvekili hem görevini aksatmadan yerine getirmeye devam etmiş, hem de hakkındaki iddiaları bağımsız yargı aracılığı ile aklamış olacaktır (md.83).

- Uluslararası antlaşmaların usulüne uygun olarak onaylandıktan ve yürürlüğe konulduktan sonra Anayasa'ya aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulamaması, devletin uluslararası sorumluluğunun bir gereği sayılmaktadır. Bir siyasal parti grubu veya en az yirmi milletvekiline Mecliste onaylanmadan tanınan Anayasa Mahkemesi'ne başvurma ve Mecliste görüşme açılmasını isteme yetkisi yanında, Cumhurbaşkanına da onaylanması söz konusu olan antlaşmanın içerdiği hükümlerin Anayasa ile bağdaşırlık açısından değerlendirilmesini Anayasa Mahkemesinden istemesi sağlanmalıdır. Bu, çeşitli yabancı anayasalarda benimsenmiş olan bir yöntemdir (md.90).

- Gensoru önergesiyle ilgili mevcut Anayasa'da hükme bağlanan “yapıcı güvensizlik oyu” ile ilgili metin genel olarak aynen korunmakla birlikte, ikinci fıkraya eklenecek bir cümle ile üye tamsayısının en az üçte biri tarafından desteklenen bir gensoru önergesinin gündeme alınması öngörülmeli, her seferinde çoğunluğa dayanarak “gensorunun görüşülmesinin” reddedilmesi alışkanlığına sınır getirilmelidir. Doğal olarak, gensorunun görüşülmesini müteakip siyasi iktidar çoğunluğuna dayanarak gensorunun reddini sağlayabilecektir (md.99).

- Aynı şekilde 100. maddede öngörülen soruşturma yöntemi aynen korunmalı; ancak soruşturma açılmasının reddi kararına karşı Yargıtay Başkanlar Kurulu nezdinde itiraz yolu öngörülmelidir. Bu nedenle salt siyasal nedenlerle soruşturma yolunun tıkanması olasılığına karşı, konuyu aynı zamanda hukuken üst derece bir yargı organının inceleme olanağı sağlanmalıdır. Nasıl ki, bir ceza kovuşturmasında hazırlık soruşturması aşamasında verilecek takipsizlik kararına karşı itiraz yöntemi CUMK'da kabul edilmiş ise, salt siyasal dayanışma gibi nedenlerle hakkında suçluluğa yönelik belirtiler bulunan üyelerin eyleminin de bu şekilde bir itiraz yolu kabul edilerek suçunun örtbas edilmesine engel olunabileceği düşünülmelidir. Aksi halde, Dünyanın hiçbir anayasasında yer almayan “siyasetin üstünlüğü”, Dünyanın

bütün anayasalarında yer alan “hukukun üstünlüğü” ilkesinin yerini alma tehlikesi ile karşı karşıya kalınabilecektir (md.100).

- Halen “beşer yıllık dönemler itibariyle iki dönem üst üste seçilebilen” Cumhurbaşkanlık makamı için, “alternatif” bir öneri olarak “yedi yıllık bir dönem için bir defaya mahsus seçilme” hakkı getirilmelidir. Aradan bir dönem geçmedikçe yeniden seçilme imkanı bulunmayan önerimizin gerekçesi, Cumhurbaşkanının beş yıllık dönemin ikinci döneminde de seçilebilmesi için siyasi iktidara taviz verme, onunla iyi geçinme ve görevini “hukuki” değil “siyasi” ağırlıklı yürütme ihtimalinin yüksek olmasıdır. Üstelik, dört yılda bir yapılacak milletvekili genel seçimleri ile beş yılda bir yapılacak mahalli seçimlere ilaveten beş yılda bir Cumhurbaşkanlığı seçimleri yapılması, birbirine yakın zamanlarda yapılan ve iç içe geçen seçimlerin Cumhurbaşkanının tarafsız konumunu da olumsuz etkilemesi kaçınılmazdır. Hukukun siyasileşme tehlikesinin bulunduğu bu gibi durumlara meydan vermemek bakımından, Cumhurbaşkanının ikinci bir defa seçilme kaygısı taşımadan görevini hukuka uygun yürütebilmesi için yedi yıllık bir süre için seçilmesi siyasi istikrar bakımından daha uygun olacaktır (md.101).

- Öncelikle belirtelim ki, istikrarlı yönetimi ve etkin demokratik hukuk devleti anlayışını sadece hükümet sistemleri ile ilişkilendirerek sağlamak mümkün değildir. Hükümet sistemi ne olursa olsun, bir ülkenin siyasal sistemini bütünü içinde ele almak; bu bütünün içinde, hükümet sistemi yanında özellikle sistemin “keyfilik” (despotism) eğilimlerini dengeleyecek “bağımsız yargı” teşkilâtını kurmak önem kazanmaktadır. Kuşkusuz sistemin dayanağı olan ve alt yapısını oluşturan “siyasi partiler yasası” ve “seçim sistemlerini” de uyumlu hale getirmek, rejimi tamamlayan önemli unsurlar arasındadır. Unutulmamalıdır ki, siyasi istikrar örneği ABD ve İngiltere hükümet sistemleri bakımından tamamen ayrı uçlarda (başkanlık rejimi-parlamenter rejim) yer aldıkları halde, siyasi parti sistemleri ve seçim sistemleri bakımından tam bir benzerlik içindedir.

Önerilerimizde, 1982 Anayasası ile getirilmeye çalışılan “güçlü yürütmeden” geriye dönüş yapmadan ve Dünya anayasalarında görülen çağdaş yaklaşımlara uygun olarak, özellikle “güçlü yürütme” ile “siyasi istikrar” ve “hukuk devleti” arasındaki yakın ilişkiyi gözden uzak tutmaksızın sorunun çözümünü yine “parlamenter hükümet sistemi” içinde ve fakat parlamentarizmi Türkiye koşullarına uygun olarak biraz daha “rasyonalize” ederek

geliştirmekte yarar görüyoruz. Günümüzde Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilerek konumunu güçlendirdiği, üstüne üstlük anayasal yetkilerinin genişliği karşısında sistemin “yarı başkanlığa” dönüştüğü ve hatta sistemin artık “yarı başkanlık” olduğu iddiaları yaygınlık kazanmıştır. Bundan böyle yürütme organının başı Cumhurbaşkanlarının siyasi parti başkanları arasından seçileceği, istenirse de “tarafsız” konumunu kaybedebileceği, giderek “keyfi” (despotik) bir yönetime kayabileceği ileri sürülen iddialar arasındadır. Biz de Cumhurbaşkanının halkoyu ile seçilmesinden sonra sistemin “yarı başkanlık” olduğu; ancak “aksak” ve “eksik” taraflarının bulunduğu inancındayız. Bu “aksaklık” ve “eksiklikleri” gidermek ve tamamlamak üzere, Cumhurbaşkanının “görev ve sorumluluklarını biraz daha arttırarak”, buna karşılık despotizme gidişin önüne engeller koyarak, sistemin adına yakışan “yarı-başkanlık” yolunda Devletin yeniden yapılandırılmasında yarar görüyoruz.

Bu amaçla;

*Cumhurbaşkanının şimdi olduğu gibi “gerekli gördüğü zamanlarda” değil, ülkemizin jeopolitik konumu göz önünde tutularak özellikle “dış politika” konularında Bakanlar Kuruluna başkanlık etmesinin “zorunlu” hale getirilmesini öngörüyoruz.

*Bundan başka, ilgili bölümde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısının yeniden düzenlenerek Adalet Bakanının kuruldan çıkarılması ve “bağımsız yargı” ilkesine uygun bir yapı öngörülmelidir. Bu nedenle, yakın zamana kadar Fransa’da olduğu gibi, önemli gördüğü ve gerektiği takdirde tarafsız konumu nedeniyle Cumhurbaşkanının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna başkanlık etmesi kabul edilmelidir.

*Ayrıca, Cumhurbaşkanına nasıl ki başbakan ve bakanları “atama” yetkisi veriliyor ise, özellikle meclisle hükümet arasındaki “güvenoyu” uyuşmazlıklarında gereğinde doğrudan “azletme” yetkisi de tanınmalıdır.

*Bunun gibi, meclisle hükümet arasındaki uyuşmazlıklarda Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar verdiği hallerde, seçimlerin yenilenmesi süreci içinde yeni bir başbakanı “TBMM üyesi olma şartı aranmadan” atayabilmesi öngörülmelidir.

*Yeniden yapılandırılan Radyo Televizyon Üst Kuruluna bir üyenin de Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi kabul edilmelidir (md.104).

*Buna karşılık, Cumhurbaşkanlarının arttırılan yetkilerini ve güçlendirilen konumlarını dengelemek; bir başka deyişle, yarı başkanlık rejimi yolunda Cumhurbaşkanına tanınan hem

seçimleri yenileyerek meclisi feshetmesinin hem de başbakan dâhil bakanları doğrudan azil yetkisinin yaratabileceği sakıncaları önlemek, Devlet başkanının kişisel yönetiminin “keyfiliğe” (despotizme) kayarak kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla, İzlanda ve Avusturya Anayasalarında yer alan hükme Türk Anayasasında da yer vererek; Meclisin Cumhurbaşkanını 3/5 çoğunlukla (veya alternatifimiz 7 yıl için bir defaya mahsus seçilen Cumhurbaşkanını 2/3 çoğunlukla) referanduma götürmesi öngörölmelidir. Böylece, Cumhurbaşkanının tek taraflı ve fakat “keyfi” olarak seçimleri yenileyerek “meclisi fesih” ve “güvenoyu” almış başbakanı veya bakanları azil kararlarının “diktatörlüğe” dönüşmesi, meclisin nitelikli bir çoğunluğa dayanarak gerektiğinde Cumhurbaşkanlığı seçimlerini yenileme kararıyla dengelenmiş olacaktır (md.87).

*Ayrıca, ölkemize özgü sayılabilecek bu “yarı-başkanlık” sisteminin, özellikle siyasi istikrar ve etkin “demokratik hukuk devleti” anlayışının gerçekleştirilmesi bakımından, etkin bir “bağımsız yargı” teşkilatı kurulması ve diktatörlük eğilimlerinin “bağımsız yargı” aracılığıyla da dengelenmesi sağlanmalıdır (md.140,146, 159).

- Bunlara ek olarak, özellikle 1982 Anayasasında yer alan Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olduğuna dair ikinci fıkra hükmü, Cumhuriyetin değiştirilemez niteliklerinden biri olan demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olduğü için kaldırılmalıdır. Böylece, bugüne kadar kamuoyunda rahatsızlık yaratan; örneğin, 386 oy alan rektör yerine 6 oy alan rektörün seçimindeki, “kanuna uygun” ve fakat “hukuka” (hakkaniyet, insaf ve adalet) ve “demokrasi” ilkelerine aykırı tasarrufların ve benzerlerinin “yargıya başvurma” yoluyla önüne geçilmiş olacaktır (md.105).

- Ölkemizin temelde çözümü zor sorunları karşısında çok çabuk yıpranan hükümetlerin, bir de “yolsuzluk” ve son yılların deyimi ile “hortumculuk” iddialarıyla zaman zaman erken seçim talepleri ile karşı karşıya kaldıkları, hatta geçmişte sık sık karşılaşılan hükümet değişikliklerinin ve siyasi istikrarsızlıkların temelinde bu iddiaların yattığı iyi bilinmektedir. Özellikle Uluslararası Saydamlık Örgütünün (Transparency International) her yıl yayınlanan sonuçları da bu iddiaları doğrulamakta; temiz ölkeler sıralamasında Türkiye, son yıllarda 102 ölkö arasında 50 ile 60. sıralar arasında gidip gelmektedir. Geçmişte pek çok yolsuzluk dosyalarının parlamento komisyonlarında başta parti başkanları olmak üzere siyasilerin “dokunulmazlık zırhına” bürünerek birbirlerini “karşılıklı aklamaları”, kuşkusuz ölkemizin

“temiz ülkeler” sıralamasında daha kötüye gitmesinde önemli pay sahibi olmuştur. Öyle ki, yolsuzlukların üstüne giden milletvekillerinin halk tarafından “kahramanlaştırılması”, geçtiğimiz yıllarda bazı yolsuzluk iddialarının savcılık fezlekelerinde siyasi parti liderleri ile bakanlara kadar uzanması, ister istemez Devletin bu alanda da yeniden yapılanmasını ve etkinleştirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Gerçi, her Bakanlığın ve özel kuruluşun kendi bünyesinde oluşturduğu teftiş heyetleri olduğu gibi, Sayıştay ve Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulunun da bu tür denetimleri yapabileceği akla gelebilecektir. Son olarak 12.09.2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile bu kurumlara Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) kurumunun eklendiği iyi bilinmektedir. Ancak, bu denetimlerin daima siyasi iktidarı yıpratmayacak bir “resmi” sonuçla örtbas edildiği veya kamuoyunda beliren kanaatin en azından böyle olduğu bilinen bir gerçektir. Aslında, “özerk” olması gereken, hiçbir maddi ve manevi baskı altında kalmadan denetim görevlerini yerine getirmesi gereken bu denetim elemanları (müfettişler), daha başlangıçta “bakan talimatı” ile göreve başladıklarından ister istemez siyasi baskı altında kalmaktadırlar. Göreve atanmalarından başlayarak başka bir göreve veya yere “sürgün” edilmelerine kadar bütün özlük hakları “bakanın iki dudağı arasındaki” sözlere bağlı bu müfettişlerin, özerk bir yapı içinde güvenceye kavuşturulmaları zarureti açıktır.

Bu amaçla, Devlet Denetleme Kurulunun kendisinden beklenen başarıyı gösterebilmesi ve işlevlerini etkin bir şekilde tam olarak yerine getirebilmesi, ancak yürütme ve idaredeki bütün bakanlık teftiş heyetlerinin Devlet Denetleme Kuruluna bağlanması ve mevcut dağınıklığa bir son verilmesiyle mümkündür. Getirdiğimiz öneri ile, başta özlük hakları olmak üzere Cumhurbaşkanına bağlı görev yapan müfettişlere özerk ve tarafsız bir yapı içinde güvenceler verilmesinde, “müfettişlerden” çok “kamunun yararı” vardır. Doğal olarak, böylesi bir özerk ve tarafsız bir teftiş sisteminin oluşturulması, ayrı bir kadrolaşmayı, bina, araç, gereç olanaklarının sağlanmasını, ayrı bir bütçe hazırlanmasını gerektirmektedir (md.108).

- Parlamenter sistemin özellikleri korunarak Başbakanın TBMM yanında “azil yetkisine” sahip Cumhurbaşkanına karşı sorumluluğu da gündeme getirilmeli, hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden Bakalar Kurulu görevlerini yaparken Cumhurbaşkanına karşı da sorumlu kılınmalıdır. Böylece Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanının varlığını ve

düşüncelerini de dikkate alarak uzlaşmaya önem verecek bir politika izlemek zorunda kalmalıdır. Özellikle TBMM'nin “güvenoyu” verdiği hükümet ile Cumhurbaşkanı arasında farklı siyasi görüş belirmesi halinde Başbakanın ve bakanların dengeli bir siyaset izleyerek Fransa'da olduğu gibi birlikte yaşama (Cohabitation) sanatına önem vermeleri sağlanmalıdır. Bunun sonucu, Cumhurbaşkanı ile Başbakan ve bakanları siyasi hayatımızda pek az görülen uzlaşmacı bir politikaya zorlanmakta, geçmişte sık sık sözü edilen “davul hükümetin boynunda, tokmak Cumhurbaşkanında” sorununun mümkün olduğu ölçüde hafifletilmesi amaçlanmaktadır (md.112).

- Mahkeme kararlarının uygulamada görülen savsaklamalarına meydan vermemek bakımından yürütmeyi durdurma kararlarının aciliyetine ve niteliğine uygun olarak “derhal” uygulanması yolunda bir hükme yer verilmelidir (md.125).

- Ulusça bütünleşme ve dayanışma duygularını güçlendirme amacı ve laiklik ilkesi doğrultusunda inanç ve din özgürlüğünü destekleyecek uzman bir kurum olarak kabul olunan Diyanet İşleri Başkanlığının, farklı din ve mezheplere eşit davranma ilkesine uygun olarak görev yapması ve yeniden yapılandırılması gereği açıkça vurgulanmalıdır. Esasen farklı din ve mezheplere eşit davranma, laiklik ilkesinin de bir gereğidir. Ancak Diyanet İşleri Başkanlığı'nın uygulamada egemen mezhebe hizmet veren görüntüsü, alternatif olarak bu önerinin yapılmasını zorunlu kılmıştır (md.136).

- Anayasa'nın 139. maddesine eklenen dördüncü bir fıkra ile savcıların sanık ve kanıtlara gecikmeksizin ve güvenilir bir biçimde ulaşabilmeleri için, yıllardır hukukçuların ve akademisyenlerin önerdiği savcılara bağlı “adli kolluk” güçlerinin kurulması ve bu konudaki düzenlemenin kanunla yapılması öngörülmelidir. Esasen, “davaların hızla sonuçlandırılması ve tutuklu kişilerin makul süre içinde yargılanmayı isteme hakları” anayasal norm olarak hukuk sisteminde yer almış; hızlı yargılama kavramı adaletin bir gereksinmesi olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (md.5 ve 6) ve Anayasamızda (md.141) hükme bağlanmıştır. Ancak, bugün ülkemizde mahkemelerin karşı karşıya bulunduğu iş yükü, bu alanda mutlaka bir yargılama reformunu zorunlu kılmaktadır. Unutulmamalıdır ki, “geciken adalet, adalet değildir”. Üstelik kaliteli ve hızlı yargının olmadığı, hukuk sisteminin uluslar arası sisteme uyum sağlayamadığı ülkelere “yabancı yatırımcı gelmediği” gibi, “yerli yatırımcıların da o ülkeden kaçtığı” iyi bilinmektedir. .

Bu amaçla, özellikle yargının hızlı işlemlerini sağlayacak önlemlerin alınmasında çok önemli görevler ifa eden “umumi kolluk” (emniyet güçlerinden) farklı bir “adli kolluk” (yargı gücü) teşkilatının kurulması zarureti açıktır. Bu konu bilim adamları tarafından yıllardan beri dile getirildiği halde bugüne kadar kurulamaması çok önemli bir eksikliktir. Gördükleri işin idari değil adli bir iş olması adli kolluğun da bir “teminata” sahip olmasını gerektirdiğinden, adli kolluğun doğrudan doğruya adli makamlara tabi olması gerekmektedir. İtalyan Anayasası adli kolluğun adli makamlara bağlı olarak görev yapmasını öngörürken (md.109), İtalyan Ceza Usul Kanunu da “adli kolluğun başsavcılara karşı mesul olduğunu ve adli kolluk mensuplarının başsavcının rızası olmadan vazifelerinden alınamayacaklarını” (md.220) kabul etmiştir. Sicil amirliğini “emniyet müdürlerinin” veya “komiserlerin” değil, “savcılarının” yaptığı bu teşkilatın kolluk güçleri, hakkında tutuklama kararı bulunan sanıkların polis veya herhangi bir devlet memuru olması halinde bile görevlerini hiçbir siyasi veya idari baskı altında kalmadan kolayca yerine getirebilmektedirler.

Ayrıca, maddeye “savcılık güvencesi” esası eklenmeli; Batı demokrasilerinde yargıçların ve savcılarının “azledilmezlik” ilkesine uygun olarak “emeklilik yaşından” sonra da mesleğe “ömür boyu” devam etme hakkı verildiği ve adaletin hassas terazisinin tartılmasında tecrübenin ne derece önemli olduğu göz önünde tutulacak olursa, hâkim ve savcılara 65 değil, isteğe bağlı olarak hiç olmazsa 67 yaşında emekli olma hakkı tanınmalıdır (md.139).

-Bu güne kadar Anayasalarda yer verilmeyen avukatlara ve onların meslek kuruluşlarına, yargının kurucu öğelerinden biri olmaları ve bağımsız savunmayı temsil etmeleri nedeniyle, barolara ve Türkiye Barolar Birliği’ne de yargının diğer öğeleri olan hâkim ve savcılar gibi Anayasa’da yer verilmelidir (md.140).

- Mevcut düzenlemede Anayasa Mahkemesine yargı organlarından seçilen toplam 7 üye, siyasi iktidarı temsil eden yasama ve yürütme organının seçtiği 10 üyenin altında kalmaktadır. Üstelik yargı organlarının göstereceği üç aday arasından onlar da Cumhurbaşkanınca seçildiği gibi, Cumhurbaşkanının doğrudan seçtiği adayların “hukukçu” olma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu da “yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı” ilkesi ile bağdaşmadığı gibi, Anayasa Mahkemesinin yapması gereken “hukuka uygunluk” denetiminin yerini “siyasete uygunluk” denetiminin alması tehlikesi doğmaktadır. Unutulmamalıdır ki, “hukukun siyasileşmesi felakettir, siyasetin hukukileşmesi fazilettir”. Rejimin de hükümet

sisteminin de değışmez teminatı, “yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır”. Bağımsız olmayan yargı zaten tarafsız da olamaz. Bu nedenle, en azından yargı organlarının doğrudan seçtiğı üye sayısı 10, siyasi iktidarın seçtiğı üye sayısı 7 olarak belirlenmelidir (md.146).

- Anayasa Mahkemesi kararlarının ilanından sonra “gerekçeli kararların” uzaması nedeniyle, maddede “kararın gerekçe ile birlikte eş zamanlı olarak verilmesi” ilkesi benimsenmeli ve her halde karar tarihinden itibaren “en geç üç ay içinde kararın gerekçeli olarak yayınlanması” zorunluluğı öngör÷lmelidir (md.153).

- İsaletli ve hukuka uygun ayrıntılı gerekçeli kararları ile dikkat çeken Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde, üyeler içinde daimi değil sınırlı sürelerle görev yapan “hakim sınıfından olmayan üyelerin” çıkarılması, üyelerin tamamının sürekli görev yapan askeri “hakim sınıfından” üyelerden oluşması sağlanmalıdır (md.157).

-Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulundan daha önce belirtildiğı gibi Adalet Bakanının çıkarılması, gereğinde başkanlık yapmak yetkisinin Cumhurbaşkanına verilmesi, Kurulun ve dairelerin başkan ve başkan vekillerinin üyeler tarafından “gizli oyla” seçilmesi esası getirilmelidir (md.159).

Gerçi, mevcut düzenlemede adalet müfettişlerinin Hâkim ve Savcılar Yüksek Kuruluna bağlandığı göz önünde tutulacak olursa, “idari görevler” dışındaki “araştırma, inceleme ve soruşturma işlemlerinin” sadece adalet müfettişleri tarafından yapılmasının isabeti açıktır. (md.144). Ancak, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandumla gelen yeni düzenlemede (md.159), soruşturmayı yapacak olan müfettişin göreve başlamasında son onay makamı yine Adalet Bakanı olarak belirlenmiştir. Yeni yapılan bu düzenlemeye rağmen, yürütmenin yargıya müdahalesine imkân sağladığı gerekçesiyle yargı ve akademik çevreler ile kamuoyunda sıkça eleştirilmeye devam eden Adalet Bakanının Kurulun başkanı olması esasına son verilmelidir. Bunun yerine, yukarıda da belirtildiğı gibi, aynı zamanda Kurula üye seçen Cumhurbaşkanının kurulun doğal başkanı olması, Kurulun bağımsızlığını ve tarafsızlığını gösteren bir ilke olması bakımından önemlidir. Bununla birlikte, gerek Kurulda oluşabilecek korporatist eğilimleri önlemek ve gerekse Adalet Bakanlığı ile Kurul arasındaki karşılıklı ilişkilerin sağlıklı bir zeminde sürdür÷lebilmesini sağlamak amacıyla, Adalet Bakanlığı Müsteşarının Kurulun tabii üyesi kalmasında yarar vardır. Buna ek olarak, yürütmenin bir ögesi olan Adalet Bakanı’nın da gerek gördüğünde Kurul’un niteliğı

dolayısıyla oy kullanmamak üzere Kurul’a bizzat “gözlemci” olarak katılması uygun olabilir (md.159).

- İktisatçılarla yapılan istişarelerde, Ekonomik Anayasa görüşlerine paralel olarak yapılan düzenlemeler içinde bütçenin hazırlanması ve uygulanmasının birtakım kurallara bağlanmasının önem taşıdığı anlaşılmaktadır. Özellikle, günümüzde gelişmiş ülkeler de dahil olmak üzere; kamu borçları yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve ülkelerin uzun dönem sürdürülebilir ekonomik kalkınmalarını sağlayabilmeleri için kamu borç yönetiminin özel bir önemi vardır. Kalkınmanın en sağlıklı finansman kaynağı vergi gelirleri olmakla birlikte, genellikle iç ve dış piyasalardan borçlanma zorunluluğu da ortaya çıkmaktadır. Ancak, geçmiş tecrübelerden de görüldüğü üzere, borçlanma vergilendirmeye göre daha rahat yapılabildiğinden, zorunluluğun ötesinde siyasi tercihlere göre de borçlanma yoluna gidilmektedir. Söz konusu keyfiyeti disiplin altına almak üzere; Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi bütçe açıklarının gayrisafi yurtiçi hâsılaya oranı ve kamu borçlarının gayrisafi yurtiçi hâsılaya oranında sınırlamanın en üst düzey bir düzenleme olarak Anayasa’da yer alması son derece isabetli olmaktadır. Ayrıca, mali kural uygulaması da söz konusu disiplinin anayasal bir kurala bağlanması ve Sayıştay tarafından denetlenmesi yararlı olacaktır (md.161)

- Açık bütçelerin etkisini hissettirdiği bir alan, siyasi iktidara bir monopol yetkisi olarak tanınan “para basma” yetkisidir. Özellikle günümüz demokrasilerinde enflasyonun yegâne sorumlusu para basma yetkisini sorumsuzca kullanan siyasi iktidarlardır. Siyasi iktidarlara tanınan bu yetkinin kesinlikle sınırlandırılması gerekmektedir. Bu amaçla doktrinde çeşitli alternatif öneriler getirilmektedir. Bunlar arasında para arzının her yıl %3-5 oranında arttırılacağına anayasa ile belirlenmesi, altın standardına yeniden dönülmesi, özel bankalara para basma yetkisinin verilmesi gibi alternatif öneriler bulunmaktadır. Biz ülkemizin gerçekleri ile iktisat ilminin gereklerini yerine getireceğini düşündüğümüz şu maddenin iktisatçılara danışarak Anayasaya eklenmesini uygun gördük: “Yıllık emisyon artış oranı açıklanan resmi milli gelir reel artış hızı göz önünde bulundurularak T.C. Merkez Bankası A.Ş. Başkanlığınca önerilecek teklif dikkate alınarak kanunla belirlenir. T.C. Merkez Bankası A.Ş. enflasyonun hedeflenen değeri ile gerçekleşen değeri arasında bir fark olduğunda, bunu nominal faiz oranını kontrol ederek değiştirir” (md.165/a).

- İktisadi, sosyal ve kültürel gelişmenin bir plan çerçevesinde gerçekleştirilmesi esasını kabul eden 1961 Anayasası'nın 129. maddesinin gerekçesine göre; "bilhassa az gelişmiş memleketlerin kalkınması için, bütün iktisadi hayatı kaplayan bir plana ihtiyaç olduğu bugün herkesçe kabul edilen bir gerçektir. Kısaca, Dünya en geniş anlamıyla milli kaynakları en rasyonel şekilde kullanmaya çalışmak şeklinde ifade edilebilecek olan planlı ekonomiye gitmektedir." Görüldüğü gibi, aradan geçen yaklaşık yarım yüzyıl planlama gereksinimini azaltmamış tam tersine arttırmıştır. Sadece gelişmekte olan ülkelerde değil, birçok gelişmiş devletlerde kaynakların rasyonel kullanımı, planlama suretiyle olmuş ve planlama, ekonomik kamu hukukunun başlıca amacı haline gelmiştir. Giderek "sürdürülebilir gelişme" ışığında çevre planlaması, turizmin planlanması, yatırımların planlanması gibi sektörlerin bütünlük içinde planlanması gereği ortaya çıkmıştır. Devlet Planlama Örgütü'nün son çağdaş gelişmeler ışığında güçlü biçimde yeniden örgütlenmesinin, 21. yüzyıl Türkiye'si için yaşamsal bir önem taşıdığı göz önünde tutularak, Anayasanın 166. maddesine DPT'nin yeniden yapılanması ve işlevinin arttırılması yolunda yeni hükümler konulmasında yarar görülmektedir (md.166).

KAYNAKÇA

- AKTAN, C.C.: Anayasal İktisat Felsefesi , Ekonomi Politikasının Anayasası ve Mali Kurallar, Mali Kurallar, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2010, s.309
- AKTAN C.C./DİLEYİCİ D.: Vergi Anayasası (Devletin Vergileme Yetkisine İlişkin Anayasal ve Yasal Kurallar), Mali Kurallar, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2010, s. 271
- AKTAN, C.C.: Anayasal İktisat ve Ekonomik Anayasa, [http: www.canaktan.org](http://www.canaktan.org)
- AKTAN, C.C.: Anayasal İktisat ve Ekonomik Anayasa Önerilerine Yönelik Eleştiriler ve Karşı Cevaplar, Banka ve Ekonomik Yorumlar, Yıl:33, Sayı:12, Aralık 1996
- ALDIKAÇTI, O.: Anayasa Hukukumuzun Gelişimi ve 1961 Anayasası, İÜHF Yayın No: 522, İstanbul, 1982
- ANSAV, Parti İçi Demokrasi, Anadolu Stratejik Araştırma Vakfı,Ankara, 1997
- ARSEL, İ.: Anayasa Hukuku (Demokrasi), Ankara, 1964
- ARSEL, İ.: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1965
- ATILGAN, H.: Anayasal Mali Kuralların Gerekliliği, Mali Kurallar, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı,Ankara, 2010, s.247
- AYBAY, R.: Karşılaştırmalı 1961 Anayasası, İstanbul, 1963
- AZGUR, F. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa Nizamı, Ankara, 1969
- BATUM, S. Siyasi Partiler, Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri ve AB Kopenhag Siyasi Kriterleri, TÜSİAD, T/2001-06, İstanbul, 2001
- BATUM, S.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, 1993
- ÇAĞLAR, B: Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, İstanbul 1989
- DCP, Anayasa Önerisi, Demokratik Cumhuriyet Programı, Gökhan Matbaacılık, İstanbul, 1997
- DEMİR, F.: Bireyci Özgürlük Anlayışından Ekonomik ve Sosyal Haklara, Anayasa Kurultayı, Hak-İş, 27-28-29 Şubat 1992, Ankara, s.439
- DEMİR, F.: 1982 Anayasasında Sendikaların Yasak Faaliyetleri, Anayasa Kurultayı, Hak-İş, 27-28-29 Şubat 1992, Ankara, s.447

- DEMİR, F: Anayasa Değişikliği Hakkında Öneriler, EBSO Yayını, No:2, İzmir, 1995
- DEMİR, F. Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir, 1994 ve 2005
- DEMİR, F: Anayasa Hukuku, Genel Hükümler ve Türk Anayasa Hukuku, İzmir, 2009
- DEMİR, F.: Çağdaş Batı Anayasalarında ve 1982 Türk Anayasasında Ekonomik ve Sosyal Haklar, Mercek-MESS, Ocak 1997, Sayı:5, s.68
- DEMİR, F.: Seçim Sistemleri Hakkında Önerilerimiz, EBSO Yayını, No:7, İzmir, 1995
- DEMİR, F. Siyasi İstikrar Sorunu ve Çözüm Yolları, İTO, İzmir, 1998
- DEMİR, F. Sosyal Düşünceler Tarihi, İzmir, 1998
- DEMİR, F: Cumhuriyetten Günümüze Hükümet Sistemleri, Egevizyon, İzmir, Nisan 1999
- DEMİR, F.: Seçim Sistemleri ve Türkiye'ye Özgü Bir Seçim Sistemi Önerisi, EBSO, İzmir, 2002
- DEMİR, F: 3 Kasım Seçimleri İstikrar Sağlayacak Mı ? Egevizyon, ESİAD, İzmir, Ekim 2002
- DEMİR, F.: Siyasi Partiler Yasası, EBSO Yayını, No:6, İzmir, 1995
- DEMİR, F.: Yeni Bir Siyasi Partiler Kanunu Önerimiz, EBSO, İzmir, 2002
- DUMAN, İ.H. Anayasa Sözlüğü, İstanbul, 1995
- DUVERGER, M., Seçimle Gelen Krallar, Çev. N. ERKUT, İstanbul, 1986
- DUVERGER, M.: Siyasal Rejimler, Çev. Teoman TUNÇDOĞAN, İstanbul, 1986
- ECZACIBAŞI, B. Toplumun Katılımına Açık Anayasa, Görüş: Anayasa 1992, TÜSİAD, Mayıs 1992
- EGE KOOP, Anayasal Haklarımız ve Kurumlarımız, Seminerler Dizisi, İzmir, 2010
- EGE_KOOP, Türkiye'de Nasıl Bir Seçim Sistemi Olmalı?, Panel, İzmir, 1997
- EROĞUL, C.: Anatüzeğe Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş), Ankara, 1993
- EROĞUL, C.: Siyasal Düzenimizde Cumhurbaşkanının Yeri, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, S.128, Şubat-1991
- ESEN, B.N.: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Ankara, 1970
- GÖREN, Z.: Anayasa Hukukuna Giriş, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1997
- GÖREN, Z.: Anayasa ve Sorumluluk, Ankara, 1995
- GÖREN, Z.: Temel Hak Genel Teorisi, Ankara, 1995

- GÖZLER, K.: Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa, 2001
- GÖZLER, K.: Anayasa Hukukunun Metodolojisi, Bursa, 1999
- GÖZLER, K.: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000
- GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. – KİLİ, S: Türk Anayasa Metinleri, 1839-1980, Ankara, 1982
- GÖZÜBÜYÜK, A.Ş.: Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1995
- GTP, Anayasa Önerisi Taslağı, Güçlü Türkiye Partisi, Eylül 2007
- HEKİMOĞLU, M.M. Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı “Demokratik Hükümet Sistemleri” ve Türkiye, Detay Yayıncılık:328, Ankara, 2009
- HEPAKSAZ E. Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 2007 Cilt:44 Sayı:514,s.89-109
- İPEK, A. Ulus Egemenliği ve Halk Egemenliği Karşılaştırması ve Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi, Dumlupınar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, S. 20, Nisan 2008, s.211-237
- İPEK, A. 1982 Anayasasına Göre Kuvvet Kullanımında Yetkili Organlar, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 22, Aralık 2008, s.327-347
- KELEŞ, M, Başkanlık Rejimi, Kuryılmaz Matbaası, İzmir, 1996
- KERSE, A.: Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, İstanbul, 1973
- KİTAPÇI,İ.: Anayasal İktisat Perspektifinden Amerika’daki Vergi ve Harcama Sınırlamaları: Uygulama Sonuçları, Mali Kurallar, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı,Ankara,2010, s.162
- KOŞAR, N. Anayasal İktisat Perspektifinden ABD’de Vergi ve Harcama Sınırlamaları: Başlıca Uygulamalar, Mali Kurallar, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı,Ankara,2010, s.124
- KUBALI, A.F.: Anayasa Hukuku Dersleri, İÜHF Yayını, İstanbul, 1969
- KUZU,B.:1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul, 1990
- KUZU, B.: Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1992
- LDP, Anayasa Önerisi, Liberal Demokrat Parti, İstanbul
- LECLERC, Q.C.: Institutions Politiques et droit constitutionnel, Litec, Paris, 1995
- ÖKTEM, N.: Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İstanbul, 1977
- ÖZBUDUN, E.: Demokrasiye Giriş Sürecinde Anayasa Yapımı, Ankara, 1993
- ÖZBUDUN, E.: Siyasi Partiler, 3.Basım, AÜHF Yayın No: 441, Ankara, 1979

- ÖZBUDUN, E/ ARSLAN,Z./ ATAR, Y./ ERDEM, F.H./ KÖKER, L./YAZICI,S.: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi, Ankara, Ağustos 2007
- ÖZBUDUN, E.: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010
- ÖZÇELİK, S.: Anayasa Hukuku Dersleri, Cilt II, İstanbul, 1983
- ÖZDEMİR, M. Hak Arama Özgürlüğü, Gündem 21, İzmir, 1999
- ÖZEK, Ç: Devlet ve Din, Ada Yayınları, İstanbul (Tarihsiz)
- ÖZTÜRK, K.: Gerekçeli Anayasa, İstanbul, 1979
- ÖZÜERMAN, T.: Türkiye İçin Nasıl Bir Anayasa? Milliyet Gazetesi Üçüncülük Ödülü, İstanbul, 1991
- SAĞLAM,F:Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Gerçek Yayınları, İstanbul, 1996
- SAĞLAM, F.: Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul, 1999
- SAN, C.: Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, AİTİ, Ankara, 1981
- SAVAŞ, F.V.: İktisat Politikası Anayasası, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 26. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum Bildirisi, Ankara , 1989
- SAVAŞ, F.V.: Yeni Anayasa İçin Ekonomik Anayasa Önerileri, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum Bildirisi, Ankara , 1995
- SAVAŞ, F.V.: Ekonomik Anayasa veya Anayasal Ekonomi, Görüş: Anayasa 1992, TÜSİAD, Mayıs 1992
- SOYSAL, M.: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınları, İstanbul, 1997
- ŞAHİN, E.A. Anayasal İktisat Perspektifinden Gelişmiş Ülkelerde Kamu Borçlanmasını Sınırlayıcı Kurallar ve Uygulama Sonuçları, Mali Kurallar, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2010, s. 229
- TAN, T.: Anayasal Ekonomik Düzen, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 28. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum Bildirisi, Ankara , 1990
- TANİLLİ, S.: Devlet ve Demokrasi, İÜHF Yayını, No: 637, İstanbul, 1981
- TANÖR, B.: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul, 1978
- TANÖR, B.: İki Anayasa: 1961-1982, Beta Yayınları, İstanbul 1986
- TANÖR, B.: Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayını, İstanbul, 1990
- TANÖR, B.: Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD, İstanbul, Ocak-1997

- TAŞPINAR,S:Demokratikleşme ve Yargı Reformu,Adalet Bakanlığı,C.2,Ankara,1994
- TBB: T.C. Anayasa Önerisi, Türkiye Barolar Birliği (TBB), 2. Baskı, Ankara, 2007
- TEZİÇ, E.: Anayasa Hukuku, 3.Baskı, İstanbul, 1996
- TEZİÇ,E: Öncelik Devlette Değil,Bireyde, Görüş:Anayasa 1992,TÜSİAD,Mayıs 1992
- TEZİÇ, Batı Demokrasilerinde Yürütmenin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi, İHİD, Ağustos 1980
- TEKİN,H:Türk Tarihinde Siyasi Partiler ve Siyasi Düşüncenin Gelişimi,İstanbul,1966
- TOBB, T.C. Anayasa Önerisi, Anayasa 2000, Ankara Nisan 2000
- TUNAYA, T.Z.: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İÜHF Yayın No:554, İstanbul, 1980
- TURAN,İ.Parti İçi Demokrasi, Anadolu Stratejik Araştırmalar Merkezi, Ankara, 1997
- TURHAN, M., Hükümet Sistemleri, Ankara, 1993
- TÜSİAD : Yeni Bir Anayasa İçin, İstanbul, 1992
- TÜSİAD : Seçimler, TBMM ve Hükümet Sistemleri, Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi, No:2, T/97-6/214, İstanbul, 1997
- TÜZEL, S.: Anayasa Hukuku, İTİA, İzmir, 1969
- ÜSTÜNDAĞ,S. Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları, İstanbul Barosu Dergisi, C.48,S.5,Mayıs-Ağustos 1974, s.271-289
- YÜCEL,M.T. Türkiye’de Yargının Etkinliği, Ankara,1999

MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASI İLE ADİ İSTİHKAK DAVASI YARIŞIR MI?

Doç. Dr. Hasan PETEK*

Miras bırakanın ölümüyle birlikte onun malvarlığında yer alan ve intikale elverişli her türlü alacaklar, haklar ve zilyetlik, borçlarla birlikte istemese de, hatta farkında olmasa (haberdar olmasa) bile bir hukuksal kül halinde ve kanundan ötürü mirasçıya intikal eder¹.

Miras hukuku sistemimizde, miras bırakanın ölümü üzerine mirasçılar, külli halefiyet yoluyla kendiliğinden terekede yer alan her mala ve hakka sahip olduklarından, onların tereke üzerindeki kendilerine intikal etmiş bu haklara dayanarak terekeye kısmen veya tamamen el koymak isteyen kişilerden bunları talep edebilmeleri mümkündür. Bu şekilde mirasçılar el konulan taşınıruları, istihkak ya da zilyetlik davalarıyla; başkasının adına tescil edilen taşınmazları, tapu kütüğünün düzeltilmesi davasıyla; tecavüz edilen taşınmazları, müdahalenin men'i davasıyla; sahip oldukları alacak haklarını da, bu hakları ileri sürerek ya da tespit davalarıyla korurlar². Medeni Kanun, mirasçıların sadece bunlarla korunmasıyla yetinmemiş, ayrıca mirasçılara, sadece bu sıfatlarından dolayı, sahip oldukları hakları koruyan özel bir dava hakkı tanımıştır. Medeni Kanunun 637-639. maddelerinde düzenlenen bu dava, miras sebebiyle istihkak davasıdır.

Miras sebebiyle istihkak davası, mirasçılık sıfatına bağlı ve bundan doğan bir dava olarak Medeni Kanunun 683. maddesindeki mülkiyet hakkına dayalı (adi) istihkak davasından ayrılır; miras sebebiyle istihkak davası açacak kişi mirasçı sıfatına sahip olmalı ve bunu önkoşul olarak ispat etmelidir³. Adi istihkak davası mirasçılığa değil mülkiyet hakkına dayandığından, miras sorunları dışında da adi istihkak davası açılabildiğinden, miras sebebiyle istihkak davasına göre adi istihkak davasının uygulama alanı daha geniştir⁴.

* İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı.

¹ **Akbıyık, Cem:** Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul 2003, s.13.

² **Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Miras Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1987, s.657; **Dural, Mustafa / Öz, Turgut:** Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s.426; **İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan:** Miras Hukuku, 6.Bası, Ankara 2006, s.526-527.

³ **Dural/Öz,** s.427.

⁴ Adi istihkak davası, dolaysız zilyet durumunda olmayan malikin, malik olmayan haksız zilyede karşı açtığı, zamanaşımı ve hakedüşürücü süreye tabi olmayan bir davadır. Davayla güdülen amaç, malikin mülkiyet hakkına dayanarak malın dolaysız zilyetliğine kavuşmasını sağlamaktır. Gerçek malik tapudaki yolsuz tescil

Miras sebebiyle istihkak davası, terekede yer alan bir malı veya hakkı iade etmesi gereken herkese karşı yöneltilebilir. Adi istihkak davasından farklı olarak, miras sebebiyle istihkak davasına taşınır ve taşınmaz eşyalar dışındaki tereke unsurları (fikri haklar, alacak hakları) da girebilir. Medeni Kanunun 637. maddesinin birinci fıkrasına göre, miras sebebiyle istihkak davası sadece belirli tereke mallarına haksız zilyet olanlara karşı da açılabilen bir eda davasıdır; adi istihkak davası da, sadece belirli mallar üzerinde haksız zilyet olanlara karşı açılır⁵; bu bakımdan aralarında benzerlik bulunmaktadır.

Özellikle miras sebebiyle istihkak davasının bir tereke malına herhangi bir surette haksız zilyet olan herkese (örneğin esasen mirasçılık iddia etmeyen bir hırsıza) karşı da açılabilceği kabul edilince, bu davanın terekeye dâhil münferit taşınır ve taşınmaz mallar hakkında açılması durumunda adi istihkak davasından nitelik bakımından değil de, sadece bazı sonuçları bakımından farkının olduğu belirtilmelidir⁶. Bunların en önemlileri: a) Medeni Kanunun 638. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça düzenlendiği üzere, miras sebebiyle istihkak davasında, davalının kazandırıcı zamanaşımıyla malı iktisap ettiğini ileri sürememesi, b) Geri verilmesi talep edilen mal nerede ve kimin elinde bulunursa bulunsun, miras sebebiyle istihkak davasının, miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesinde açılabilmesidir⁷.

Özellikle adi istihkak davasını önleyen kazandırıcı zamanaşımı savunmasının miras sebebiyle istihkak davasında özel hükümle bertaraf edilmesi sayesinde, dava konusu malın mülkiyeti haksız zilyet tarafından miras bırakanın ölümünden sonra Medeni Kanunun 712, 713 ve 777 hükümlerinin şartlarını gerçekleştirip kazandırıcı zamanaşımıyla iktisap edilmiş

yüzünden sicilde malik olarak gözükmüyorsa, Medeni Kanunun 992. maddesinin sağladığı dolaysız zilyetlik durumundan yararlanamayacağından, dolaysız zilyetliği kendisine sağlayacak olan tapu kaydının düzeltilmesi davası istihkak davası fonksiyonunu yerine getirir (**Oğuzman, M.Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe**: Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006, s.232-233; **Ertaş, Şeref**: Eşya Hukuku, 8.Bası, Ankara 2008, s.236). Eğer bir davada davalılar davacının miras sebebiyle ortaya çıkan mülkiyet hakkını tanımıyorlarsa, davacının miraspayı oranında taşınmaza hukuken malik değildirlere; bu sebeple davacı adi istihkak davası açabilir.

⁵ **Dural/Öz**, s.427.

⁶ Medeni Kanunumuzun kaynağı olan İsviçre Medeni Kanununun mimarı kabul edilen Eugen Huber, miras sebebiyle istihkak davasını, özel bir temele ve zamanaşımı süresine bağlanmış alelade bir istihkak davası olarak nitelendirmiştir (**Akbıyık**, s.39).

⁷ **Dural/Öz**, s.427-428; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.660. Miras sebebiyle istihkak davası külli bir dava olduğundan, terekeye dahil tüm haklar için mirasbırakanın son yerleşimyerindeki mahkemede tek bir dava açabilme imkanı tanınmıştır. Bu kolaylık sayesinde, davacının terekeye giren hak ve malları dava dilekçesinde tek tek göstermesine gerek olmadığı gibi, adi istihkak davasında olduğunun aksine, her bir tereke parçası için ayrı mahkemelerde tek tek dava açmaktan da kurtulmaktadır (**Kocayusufpaşaoğlu**, s.658; **Akbıyık**, s.16-17).

olsa bile, miras sebebiyle istihkak davasının Medeni Kanunun 639. maddesinde öngörölmüş zamanaşımı süreleri dolmadıkça, davalı zamanaşımıyla kazandığı mülkiyeti ileri sürerek malı geri vermekten kaçınamayacaktır⁸.

Miras sebebiyle istihkak davasına karşı kazandırıcı zamanaşımının ileri sürülemeyeceğini belirten Medeni Kanunun 638. maddesinin ikinci fıkrası, şartları gerçekleşen kazandırıcı zamanaşımıyla iktisabı önlemeyip, sadece bunun savunma aracı olarak miras sebebiyle istihkak davacısına karşı ileri sürülemeyeceğidir. Yoksa, örneğin Medeni Kanunun 683. maddesine göre açılan adi istihkak davasında, bu davayı bir mirasçı açmış olsa bile, kazandırıcı zamanaşımıyla iktisap ileri sürülebilecektir. Böylece, kazandırıcı zamanaşımıyla sadece miras sebebiyle istihkak davası açana karşı etkisiz bir mülkiyet hakkı kazanılmış olacaktır⁹.

Kazandırıcı zamanaşımına karşı mirasçıyı koruduğu için miras sebebiyle istihkak davası, adi (mülkiyete dayalı) istihkak davasından daha avantajlı ise de, miras sebebiyle istihkak davasını kanun bazı zamanaşımı sürelerine tâbi tutmuşken, mülkiyete dayalı istihkak davasında herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre söz konusu değildir.

Medeni Kanunun 639. maddesine göre, “*Miras sebebiyle istihkak davası, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halde miras bırakanın ölümünün veya vasiyetnamenin açılmasının üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. -İyiniyetli olmayanlara karşı zamanaşımı süresi yirmi yıldır.*”

Yukarıdaki açıklamalarımızda da görüleceği üzere, miras sebebiyle istihkak davası mirasçılık sıfatına bağlı bir dava olduğundan, ancak bir mirasçı tarafından ve terekede külli halefiyet ilkesi gereği sahip oldukları mal ve hakları elinde bulunduranlara karşı açılır. Yani bu dava mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Medeni Kanunun 705. maddesinde de, taşınmaz mülkiyetinin mirasla tescilsiz olarak kazanılacağı açıkça belirtilmiştir. Eğer davacının iddia ettiği bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ise, bu hakkını ister miras sebebiyle istihkak

⁸ Dural/Öz, s.428.

⁹ Dural/Öz, s.428.

davasıyla, isterse adi istihkak davasıyla ileri sürebilir¹⁰. Mirasçıların adi istihkak davası açamayacakları yönünde doktrinde ve içtihatlarda kesin bir görüş bulunmamaktadır¹¹. Bununla birlikte, miras sebebiyle istihkak davası açıldığında, 638. maddenin ikinci fıkrası gereği “*Miras sebebiyle istihkak davasında davalı, tereke malını zamanaşımı yoluyla kazandığını ileri süremez.*” Bu özelliği sebebiyle, 639. maddedeki zamanaşımı süreleri içerisinde miras sebebiyle istihkak davası açıldığında, davalı aslında kazandırıcı zamanaşımı sebebiyle taşınırın veya taşınmazın mülkiyetini kazanmış olsa bile, davada bir savunma aracı olarak bunu ileri sürememektedir. Buna karşılık, mirasçı adi istihkak davası açarsa, davalılar kazandırıcı zamanaşımıyla malın mülkiyetini kazandıklarını ileri sürerek, adi istihkak davasının reddini sağlayabilirler. Görüldüğü gibi, kanun koyucu tarafından mirasçılara adi istihkak davası yanında böyle bir dava hakkı daha tanınarak, aslında davalıların kazandırıcı zamanaşımıyla malın mülkiyetini kazanmaları sebebiyle davacının mülkiyet hakkını kaybetmesine rağmen, miras sebebiyle istihkak davası açılması durumunda malı yine de geri alabilmeleri imkanı getirilmiştir.

Davacı Medeni Kanunun 639. maddesindeki zamanaşımı sürelerini geçirmişse, miras sebebiyle istihkak davası açabilmesi mümkün değildir. Adi istihkak davası açıldığında ise, davalıların kazandırıcı zamanaşımıyla malın mülkiyetini kazandıkları iddiasıyla karşılaşabilir. Fakat burada da, bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı devreye girer.

¹⁰ „Her iki davanın da şartlarının gerçekleştiği durumlarda, mirasçı talebini bunlardan dilediğine dayandırabilir, fakat, seçiminin sonuçlarını da olduğu gibi kabullenmek zorundadır.“ (Dural/Öz, s.428). Örneğin miras sebebiyle istihkak davasına dayandığında, zamanaşımı sürelerinin dolmuş olması halinde davasının reddedilmesine; adi istihkak davasına dayandığında ise, davalıların kazandırıcı zamanaşımıyla malın mülkiyetini kazanmış olmaları halinde yine davanın reddedilmesine katlanmak zorundadır.

Mirasbırakan mal ve haklarını haksız olarak elinde tutanlara karşı ne tür dava ve talep hakkına sahipse, mirasçılar da külli halefiyet ilkesi gereği aynı talep ve haklara sahiptir. Bunun yanında, kanunkoyucu ikinci bir yol olarak da, miras sebebiyle istihkak davasını onlara tanımıştır. “...birçok hallerde mirasçılar iki çeşit dava ile tereke mallarının zilyetliğini talep edebilecek durumdadırlar.” (Kocayusufpaşaoğlu, s.657); “...davacı istediği davayı seçebilir. Hatta her ikisini birden açması da (yalnız özel dava HUMK gereğince yetkili olan mahkemede açılacaktır) mümkündür.” (Kocayusufpaşaoğlu, s.659).

¹¹ Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte (bkz. İnan/Ertas/Albaş, s.530; Akbıyık, s.163 vd.), mirasçılar elbirliği hali devam ettiği sürece birbirlerine karşı miras sebebiyle istihkak davası açamayacakları gibi, adi istihkak davası açılmasına da gerek bulunmamaktadır. Çünkü mirasçılar bu durumda ya paylaşım davası açarak payına düşecek değerlerin kendisine verilmesini talep edeceklerdir veya miras ortaklığının devamını istiyorlarsa, tespit davasıyla mirasçılık sıfatını tespit ettirerek miras şirketine dahil edilmesini isteyeceklerdir.

Mirasın paylaşılması da herhangi bir zamanaşımı ve hakedüşürücü süreye tâbi olmadığından, davacının bu yolla da mirasçılığını tespit ettirmesi veya mirasın paylaşılmasını talep etmesi mümkündür.

Mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının işlememesine ilişkin uygulamanın başlangıcını, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 23.9.1947 tarih ve 2453/4683 sayılı Kararı ile Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 22.12.1947 tarih ve 15579/12740 sayılı kararlarında konuya ilişkin içtihat farklılıklarının giderilmesi nedeniyle, 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun verdiği karar oluşturmaktadır. Önceki Medeni Kanun döneminde Yargıtay 27.4.1949 gün ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında (RG.: 27.7.1949, S.7264), “*Medeni Kanun, mirasçılık hususunda aralarında bir ihtilaf bulunmayan mirasçılardan birinin, tereke malı olmak üzere öbürünün elinde bulunan maldan dolayı açacağı istihkak davasını mirasçı olmayan kimseler arasındaki istihkak davalarından ayırdetmemiştir... Tarafların mirasçı olmaları, iktisap zaman aşımı müdafaasında bulunmalarına engel teşkil etmez.*” şeklinde bir karar verilmiştir. Bu karardan sonra, 743 sayılı Medeni Kanunun 639. madde hükmü, 9 Mart 1953 tarih ve 6333 sayılı Kanunla, “*tescil ancak hakim hükmü ile olur*” diyen son fıkrasını değiştirerek, ilana ve hasım göstermeye yönelik hükümler getirmiştir. Kanun hükmünün yayınlanmasından sonra Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Yargıtay Temyiz Baş Reisliğine gönderdiği 2956 sayılı tezkerede, kısaca, kanunda yapılan değişiklikle 27.4.1949 tarih ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kurulu kararının kısmi ekseriyetle değerini kaybettiği ifade olunmuştur. Bu tezkerede 27.4.1949 tarihli 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında varılan sonucun 6333 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle bağdaşmadığını ve İsviçre Federal mahkemesinin (BGE 1944 I 306) sayılı kararındaki gerekçeyi, mirasçılar arasında zamanaşımının işlemeyeceğine yönelik gerekçeyi ileri sürmüştür. Bunun üzerine, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, “*mirasçılar arasında iktisabi müruru zaman def’inde bulunulmasını*” men edici bir karar olarak değerlendirilen, 26.5.1954 tarih ve 7/17 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararını vermiştir. Bu karardan sonra, Yargıtay, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların zamanaşımı ile kazanılmasına ilişkin olan ve 5602 sayılı Kanunun 13. maddesinin D. bendi ile ilgili 15.5.1957 T. E.2, K.11 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarında (RG.: 3.9.1957, S.9696) mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımının işlemeyeceği sonucuna varmıştır. Yargı kararları, bu içtihatlar doğrultusunda şekillenmiştir.

Görüldüğü gibi, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereği mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımı işlemeyeceğine göre, bir mirasçının mülkiyet hakkının kazandırıcı

zamanaşımıyla diğer mirasçılar tarafından elde edilebilmesi mümkün değildir. Davacı terekeye dahil mallar üzerinde miras payı oranında mülkiyet hakkını hala muhafaza ediyorsa, Medeni Kanunun 639. maddesinde düzenlenmiş miras sebebiyle istihkak davası yerine, herhangi bir zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tâbi olmayan mülkiyet hakkına dayanan adi istihkak davasını açabilir.

Bazı Yargıtay kararlarında, davacının mirasçılık sıfatına bir itirazın bulunmaması durumunda miras sebebiyle istihkak davasının yanında, adi istihkak davasının açılabileceği de belirtilmiştir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, *“Her ne kadar M.K. ’nun 534. maddesi uyarınca Hazine’ye geçen miras hakkında, sonradan meydana çıkan mirasçıların miras sebebiyle istihkak davası açabilecekleri hükme bağlanmışsa da, bu hüküm mirasçının mirastan doğan hakkına Hazinece itiraz edilmesi halinde uygulanabilir. Hazinece mirasçılık konusunda bir itiraz yapılmadığı takdirde, mirasçı anılan maddede yazılı özel hükme dayanmayarak mirasçılıkla oluşan mülkiyet hakkı gereğince adi istihkak davası da açabilir. Mülkiyet hakkına dayanan adi istihkak davasının her zaman açılabileceği ve herhangi bir zamanaşımına tabi olmadığı devamlılık kazanan yargısal uygulamalar gereğidir. Dava mülkiyet hakkına dayanılarak açılmış adi istihkak davası olup, davalı Hazinece davacının mirasçılık sıfatına itirazda bulunulmamıştır.”*¹². Söz konusu karar yeni Medeni Kanunumuzun 594. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, mirasçıların bilinmemesi durumunda mirasın Devlete intikal etmesi, fakat Devletin miras sebebiyle istihkak davası açılması durumunda terekeyi hak sahibine iade etmesi gerektiğine ilişkin bir karardır. Dava konusu olayda davacı miras bırakanın öldüğü 9.11.1966 tarihinde Bulgaristan’da olduğunu, dava konusu taşınmazın 21.4.1967 tarihinde Hazine adına tescil edildiğini, 24.9.1979 tarihinde Türk vatandaşlığına kabul edildiğini, 9.1.1980 tarihinde nüfusa tescil edildiğini, 12.5.1982 tarihinde ise veraset aldığını ifade etmiştir. Miras sebebiyle istihkak davası açma hakkı zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle sona ermesine rağmen, Yargıtay davacıya (taşınmazın davacıya iadesini sağlayabilmek) için bir hakkı daha olduğunu hatırlatarak adi istihkak davası da açılabileceğini belirtmiştir. Kanaatimce davacının, Hazine kendisinin mirasçılık sıfatına itiraz etse bile, adi istihkak davası açma hakkı vardır. Aksi durumun kabulü

¹² Bu karar için bkz. 1.HD., 31.5.1984, 1983/6737, 1984/6600 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Ayrıca 2.HD., 15.9.1987, 5981/6619 (İnan/Ertay/Albaş, s.527, dn.319).

halinde, davacının mirasçılık hakkını tanımayan (örneğin bir hırsıza) karşı sadece miras sebebiyle istihkak davası açabileceği, Medeni Kanunun 639. maddesindeki zamanaşımı süresi geçince artık miras sebebiyle istihkak davası açamayacağı, adi istihkak davası da açamazsa hırsızın mala sahip olacağı sonucuna varılması gerekir. Buna ise, hukuk düzenimizce izin verilmemiştir/verilmemelidir.

Sonuç olarak, mirasçıların adi istihkak davası ile miras sebebiyle istihkak davalarından dilediğine başvurabileceği; fakat, seçiminin sonuçlarını da olduğu gibi kabullenmek zorunda olduğu; örneğin miras sebebiyle istihkak davasına dayanıldığında, zamanaşımı sürelerinin dolmuş olması halinde davanın reddedilmesine; adi istihkak davasına dayanıldığında ise, davalıların kazandırıcı zamanaşımıyla malın mülkiyetini kazanmış olmaları halinde yine davanın reddedilmesine katlanmak zorunda oldukları belirtilmelidir. Bununla birlikte, adi istihkak talebine dayanıldığında, Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı gereği mirasçılar arasında kazandırıcı zamanaşımı işlemeyeceğinden, mirasçı olan davalıların kazandırıcı zamanaşımıyla malın mülkiyetini kazanmış olduklarını ileri sürememeleri sebebiyle, davacının davayı kazanma imkânına sahip olduğu da ifade edilmelidir.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ANONİM ORTAKLIKLARDA GENEL KURULUN TOPLANTIYA ÇAĞRI USULÜNE UYULMAMASININ HUKUKİ YAPTIRIMI

Yrd.Doç.Dr.Emre CUMALIOĞLU*

I. GİRİŞ

Anonim ortaklıklarda genel kurulun çağrı usulüne uyulmadan toplanması ve karar alması durumunda alınan kararların hukuki durumu Yargıtay kararlarına konu olmuş ve bu kararlarda farklı hükümler verilmiştir. Bu çalışmada, bahsedilen genel kurul kararlarının hukuki durumu hakkında; kanun hükümleri, Yargıtay kararları ve öğretideki görüşler göz önünde bulundurularak bir bir değerlendirmede bulunulacaktır.

İncelemeye geçmeden önce anonim ortaklıklara da genel kurul toplantılarına çağrı usulü hakkında kısa bir bilgi vermek yerinde olacaktır. 6762 sayılı ve 1956 tarihli Türk Ticaret Kanununun (TTK) 360. ve devamı maddelerinde yönetim kurulu ve denetçilerle birlikte anonim ortaklığın zorunlu organları arasında yer alan genel kurul düzenlenmiştir. Anonim ortaklığın karar organı olan genel kurul, olağan ve olağanüstü olmak üzere iki şekilde toplanır. Olağan genel kurul toplantıları her hesap devresi sonundan itibaren üç ay içinde ve en az yılda bir defa (TTK m.364/1), olağanüstü genel kurul toplantıları ise gerekli görüldüğü hallerde her zaman yapılabilir (TTK m.364/3).

Genel kurulu olağan toplantıya yönetim kurulu davet eder. Olağanüstü toplantılara davet etme yetki ve göreviyse hem yönetim kuruluna hem de denetçilere verilmiştir (TTK m.365, m.355 ve m.353/1/b.8). Yargıtay iki kararında, zorunlu ve acil durumlarda bir anonim ortaklıkta denetçi olarak görev yapan iki denetçiden yalnızca birinin de paydaşları olağanüstü genel kurul toplantısına davet edebileceğine karar vermiştir¹³. Diğer bir ifadeyle denetçilerin heyet olarak hareket etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Yönetim kurulu ve denetçilerden başka esas sermayenin en az %10'unu oluşturan azlık pay sahipleri (m.366), tasfiye memurları (m.440), mahkeme (m.367) ve Bakanlığın da istisnai bazı durumlarda genel kurulu toplantıya davet edebilirler.

* Yaşar Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

¹³ Yrg. 11. HD, 8.11.1978, 4527 E. 5066 K. ; Yrg 11. HD. 13.3.1981, 1202/1107 K.

TTK m.297/7'ye göre ise davetin şekli ana sözleşmede gösterilmelidir. TTK m.368'e göre genel kurul toplantısına davet ana sözleşmede gösterilen şekil ve şartlarda yapılır¹⁴. Tüm pay sahiplerinin genel kurul toplantısından haberdar olmalarını sağlamak amacıyla TTK'da, yapılması gereken asgari işler, emredici kurallarla düzenlenmiştir. Bu usul işlemleri ortakların haberdar olma imkânını artıracak şekilde olmak şartıyla ortaklık ana sözleşmesinde Kanundan farklı olarak düzenlenebilir. Örneğin genel kurul toplantısına davetin üç hafta önceden yapılacağı şeklinde bir düzenleme getirilebilir ancak, bir hafta önceden yapılacağı şeklindeki bir düzenleme emredici yasa hükmüne aykırı olacağı için geçersizdir. Toplantının gün ve saati, ilan ve toplantı günleri dahil olmamak üzere ve toplantıdan en az iki hafta önce Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde (TTK m.37) ilan edilir. Ayrıca senetleri nama yazılı olan pay sahipleri ile önceden ortaklığa hisse senedi ibraz ederek adreslerini bildiren hamiline yazılı hisse senedi sahiplerine taahhütlü mektup gönderilerek toplantı günü ve saati bildirilir¹⁵. TTK m.369'a göre davet amacıyla verilen ilanlar ve gönderilen mektuplarda gündemin de belirtilmesi gerekir.

II. İNCELEME

Yargıtay'ın TTK m.368'de belirtilen usule göre toplanmamış olan bir genel kurulun aldığı kararların hukuki durumu konusunda verdiği kararlar yıllar içinde farklılık göstermektedir. Yargıtay eski tarihli kararlarında çağrı usulüne uymadan toplanan genel kurullarda alınan kararların toplantı ve karar yeter sayısı olmadan alınan genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğunu belirtmiş bazı kararlarında ise yalnızca “geçersiz” olduğuna hükmetmiştir. Bu kararların bazıları şöyledir:

¹⁴ TTK m.370'e göre çağrısız yapılan genel kurulda hüküm ifade edebilecek kararların alınması mümkündür. Maddeye göre çağrı yapılmadan toplanan genel kurul kararlarının geçerli olabilmesi için bütün pay sahiplerinin veya temsilcilerinin toplantıda hazır bulunmaları ve hiçbirinin toplantıya herhangi bir şekilde itiraz etmemiş olması gerekir.

¹⁵ Sermaye Piyasası Kanununda farklı bir düzenleme getirilmiştir. Kanunun 11/VI. maddesi şu şekildedir: *“Nama yazılı olarak ihraç edilmiş olup da, borsalarda veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem gören hisse senetleri hakkında Türk Ticaret Kanununun 368 inci maddesindeki, ortaklara taahhütlü mektup gönderilmesi suretiyle toplantı gününün bildirilmesine ilişkin hüküm uygulanmaz.”*

“... ortada yasaya ve usullüne uygun bir genel kurul daveti olmadığı gibi, bu şekilde toplanan bir genel kurulun varlığından da söz edilemez. Zira, yönetim kurulunca toplantıya katılması arzu edilmeyen ve genel kurulun seyrini etkileyebilecek bir kısım ortaklara çağrı yapılmadan toplanan genel kurulda alınan kararlar hukuken himaye görmesi doğru değildir. Meğer ki, bu eksikliklere rağmen TTK’nun 370. maddesi şartı yerine gelmedikçe, bu şekilde yasaya aykırı olarak yapılan çağrı üzerine toplanan genel kurulda alınan bütün kararlar hükümsüz ve geçersizdir. Diğer bir deyişle, (yoklukla) maluldür...”¹⁶”

“... TTK’nun 368 inci maddesinde belirtildiği gibi genel kurulun toplantıya çağırılması esas sözleşmede gösterilen şekil ve surette her halde toplantıdan en az iki hafta önce yapılmak gerekir. Bundan başka, hisse senetleri nama yazılı olan pay sahipleri ile önceden şirkete bir hisse senedi tevdi ederek ikametgahını bildiren pay sahiplerine taahhütlü mektup gönderilmesi suretiyle de toplantı günü bildirilir. Ankara’da 37. maddede anılan Ticaret Sicili Gazetesi mevcut olduğu halde, ilanın sadece İnkılap gazetesinde yayımlanması sözü geçen 368. maddesinin emredici hükmüne aykırıdır. Davacılar nama yazılı hisse senediyle ortak bulunduklarından aynı maddenin ikinci cümlesi uyarınca kendilerine toplantı gününün taahhütlü mektupla bildirilmesi gerekirken bu hükme de riayet edilmemiştir. Buna rağmen, esas sözleşmenin 25. maddesine dayanılarak İnkılap gazetesiyile yapılan ilanın yeterli görülmesinde Kanunun yukarıda açıklanan hükümleri muvacehesinde isabet bulunamamıştır...”¹⁷

Bilindiği gibi hukuki işlemler emredici nitelikteki kurucu unsurlara uyulmaması halinde yok hükmündedir. Diğer bir ifadeyle emredici kurucu unsurlara aykırılığın sonucu, yokluktur¹⁸. Bir genel kurul kararından söz edebilmek için iki kurucu unsur gerekir. Bunlar: a. Genel kurul niteliğinde bir kurul ve b. Genel kurulu oluşturan pay sahiplerinin kararıdır.

¹⁶ Yrg. 11. HD 19.10.1982, 3800 E. 3992 K. (Eriş, s.2114).

¹⁷ Yrg. Ticaret Dairesi 25.10.1965, 1963/5166 E. 1965/3024 K. (Eriş, s.2111). “... hal böyle olunca da yasaya aykırı olarak Üsküdar 2. Asliye hukuk mahkemesince tedbir niteliğinde toplantının yapılmasına karar verilmiş olması dahi yoklukla malul olan genel kurul toplantısına geçerlilik kazandıramaz.” Yrg. 11. HD 20.12.1983, 6304 E. 6409 K. (Eriş, s.2115)

¹⁸ Eren, Fikret, “Borçlar Hukuku – Genel Hükümler”, Beta Yay., İstanbul, 2006, s.297 vd. Kimi yazarlar yokluğu kabul etmemektedir. Bazı yazarlara göre yokluk bir yaptırım olmayıp, emredici kurala aykırılığa bağlanan bir sonuçtur (bkz. Edis, Seyfullah, “Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri”, 4. Bası, Ankara, 1989, s.161).

Dolayısıyla, toplantıya katılanlar pay sahibi değillerse veya karar alınmamışsa ortada bir genel kurul kararı yoktur¹⁹.

Karar alınmasından maksat toplantı ve karar nisaplarına uygun olarak alınan karardır. Yargıtay da bu nisaplara uyulmadan alınan kararı yok hükmünde görmektedir²⁰. Yok olan kararlar için süre ile sınırlı olmaksızın bir tespit davası açarak yokluğu tespit ettirmek yeterlidir.

Yargıtay daha sonra yukarıda belirtilen görüşünü terk etmiş usulüne uygun olarak genel kurula davet edilmeyen bir pay sahibinin, o genel kurulda alınan kararın kanuna, ana sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırı olması halinde iptal edilebileceği yönünde kararlar vermiştir²¹. Yargıtay'ın bazı kararları şöyledir:

“...mahkemece, TTK'nun 368. Madde hükmü dayanak gösterilerek nama yazılı pay sahibi olan davacının genel kurul toplantı gün ve saatinden taahhütlü mektupla haberdar edilmemiş olması nedeniyle, yapılan genel kurul toplantısının yoklukla malul olduğu sonucuna varılarak iptaline karar verilmiş ise de, yukarıda anılan madde hükmüne riayet

¹⁹ Bir görüşe göre, Bakanlık komiserinin toplantıda bulunmaması ve zaptı imzalamaması hallerinde de (m.378/2 atfıyla m.297), karar yoktur (Poroy, (Tekinalp/Çamoğlu), s.423) bkz. Yargıtay da toplantı ve karar yeter sayıları açılarından aynı görüştedir. Bkz. Yrg. 11 HD, 09.10 2001 T, 5691 E., 7567 K. ve 27.12.1991 tarih, 6889 E. 68895 K. Poroy, Reha, (Tekinalp/Çamoğlu), “Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku”, Beta Yay., 9. Bası, İstanbul, 2003, s.423.

İmregün'e göre, toplantıya çağrı merasimi hiç yerine getirilmemişse, genel kurul tutanağı Bakanlık komiserince imzalanmamışsa, toplantı ve karar yeter sayıları şeklen dahi oluşmamış ise ortada bir genel kurul kararı yoktur (İmregün, Oğuz, “Kara Ticareti Hukuku Dersleri”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996, s.248 vd., s.311).

Moroğlu, genel kurul toplanışı yapılmadan veya toplantı dışında kullanılan oylarla alınan genel kurul kararlarının “yok” olduğunu söyler (Moroğlu, Erdoğan, “Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”, 5. Bası, Vedat Yay., İstanbul, 2009, s.68).

Şener de, usulüne uygun toplanmayan genel kurulun verdiği kararların, TTK 370. madde hariç olmak üzere, temel nitelikteki şekli koşula uymadığı için yoklukla sakat olduğunu, TTK m.381/1/b.1 hükmünün ise davetin varlığını etkilemeyen, sadece iptal edilebilirliğe yol açan sakatlıkların söz konusu olması halinde uygulama alanı bulacağını söylemektedir Şener, Oruç Hami, “Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku”, Seçkin yay. Ankara, 2002., s.94-95.

²⁰ Yrg. 11. HD. 17.3.2006, 2005/9997 E. 2006/2773 K. (www.kazanci.com.tr)

“Toplantı veya karar yeter sayısı olmayan genel kurulda alınan kararlar yoklukla maluldür. Yok sayılan kararlar için de, TTK'nın 381'inci maddesi değil, genel kurullar uygulanır” Yrg. 11 HD 12.04.1983, 1163 E., 1914 K. (Eriş, Gönen, “Türk Ticaret Kanunu – Ticari İşletme ve Şirketler”, 2. cilt, 3. Bası, Seçkin Yay., Ankara, 2004, s.2208).

²¹ Yrg. 11. HD. 19.11.1991, 1822 E. 6162 K.; Yrg. 11. HD. 07.3.1986, 728 E. 1270 K. (Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s.433).

edilmemiş olması genel kurul toplantısının yoklukla malul olmasını gerektirmeyip ancak bir iptal davası nedeni oluşturur...²²”

“...genel kurula çağırılmamak genel kurul kararlarının iptalini gerektirmez. Bu durum ancak çağırılmayan ortağa dava açma hakkını verir...²³”

“...genel kurul toplantısı için yapılan çağrıdaki usulsüzlüğün ancak o toplantıda alınan kararların iptal edilebilirliğine yol açar.²⁴”

“...genel kurul toplantısı için yapılan çağrıdaki usulsüzlük, bu toplantıda alınan kararların iptali için tek başına neden olamaz...²⁵”

“...dairemizin istikrar kazanan kararlarına göre, genel kurula çağrının usulsüz olması ve genel kurulu toplantıya çağırılanların yetkisiz olmasının yapılan genel kurulun hükümsüz sayılmasını gerektirmeyeceği ancak usulüne uygun çağrı yapılmayan ortaklara dava hakkı sağlayacağı ve alınan kararların yasa, ana sözleşme ve objektif iyi niyet kurallarına aykırı olması halinde iptal edilebileceği kabul edilmektedir...²⁶”

Nisbi emredici hükümler zayıf olanı korumak amacıyla kanun koyucu tarafından sevk edilmiştir. Bu kurallar ile çıkarları korunmakta olan kişiler, çıkarlarının ihlal edilmesinden sonra nisbi emredici hüküm ile tanınan haklarını kullanmaktan vazgeçebilirler. Nisbi emredici hükümlere aykırı olarak yapılan işlemler iptal edilebilir işlemlerdir.

Moroğlu'na göre anonim ortaklıklarla ilgili TTK hükümleri esas olarak nisbi emredici hükümlerdir. Anonim ortaklık genel kurul kararlarının unsurlarına ilişkin bulunan kurucu, şekli nitelikteki hükümler ise mutlak emredicidir, bunların dışında kalan, kararın meydana gelişine ilişkin diğer tüm hükümler ise nisbi emredici kurallardır. Örneğin ilan süresini kısaltan bir genel kurul kararı müstakbel pay sahiplerinin haklarını ihlal ettiği için mutlak butlanla sakattır. Fakat bu ilan süresine uyulmadan toplanan bir genel kurulun almış olduğu

²² Yrg. 11. HD. 14.11.1989, 7864 E. 6249 K. (Eriş, s.2117)

²³ Yrg. 11. HD. 01.02.1990, 8903 E. 472 K. (Eriş, s.2117 vd.)

²⁴ Yrg. 11. HD 19.9.1994, 1315 E. 6510 K. (Eriş, s.2117 vd.)

²⁵ Yrg. 11. HD. 06.6.1994, 865 E, 4780 K. ve aynı yönde Yrg. 11. HD. 19.3..2002, 10204 E. 2499 K. ve Yrg. 11. HD 14.4.2003, 11407 E., 3591 K. Yrg. 11. HD 23.10.2000, 8481 E., 8125 K.; Yrg. 11. HD. 15.01.2002, 8260 E., 171 K. (Eriş, s.2117 vd.)

²⁶ Yrg. 11. HD. 10.12.2002, 7827 E. 11447 K. (Moroğlu, s.97)

emredici hükümlere aykırılık teşkil etmeyen kararlar, mevcut pay sahiplerinin çıkarlarına sürenin ihlali nedeniyle aykırılık oluşturacağından iptal edilebilir kararlardır²⁷.

Çevik ise davet gerektiği gibi yapılmamışsa süreye aykırılık varsa, gündem gereği gibi ilan edilmemişse m. 381'e göre iptal davası açılabilirliğini²⁸, buna karşılık genel kurulun hiç davet yapmaksızın veya ilanda toplantı gün ve yeri gösterilmeden toplanmış olması halinde böyle bir genel kurulun muteber olmayacağı ve aldığı kararların da hiç alınmamış sayılabileceğini belirtmiştir.²⁹ Buradaki hükümsüzlük türünü ise belirtmemiştir.

TTK Tasarısını hazırlayan Prof. Dr. Ernst E. Hirsch, TTK m.381 ile, BK ve genel olarak özel hukukta yer alan hükümsüzlük hallerinden bağımsız bir alan yaratıldığını, genel kurul kararlarının uzun süre sürüncemede kalmasının hukuksal güvenliğe ters bir durum yaratacağı için emredici kurallara aykırı olan genel kurul kararlarının yaptırımının mutlak butlan değil, iptal edilebilirlik olması gerektiğini savunur. Hirsch, gündemde olmayan bir konuda alınan kararın ise itiraz davasına gerek olmaksızın hükümsüz olduğunu; ayrıca kararların geçerli olabilmesi için Bakanlık komiserinin bulunması gerektiğini de belirtir³⁰.

İmregün bu görüşe, hukuki güvenlik ve huzuru sağlamak için yeterli gördüğü TTK m.321'de yer alan ve anonim ortaklıkla işlem yapan üçüncü kişileri koruyucu hükmü ileri sürerek karşı çıkmaktadır³¹. Poroy ise hukuki açıdan güven konusunda tereddüde düşülmesi durumunda kararın iptal edilebilir olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.³²

Öğretide yazarlar, somut durumları ele alarak farklı bakış açılarıyla Kanun hükümlerini yorumlamışlardır. Bunlara birkaç örnek vermek gerekirse:

Teoman'a göre, Ticaret Sicili Gazetesinde usulüne uygun ilan yapılmamış olsa da toplantıya katılan pay sahibinin TTK m.368'e dayanarak iptal davası açma hakkı bulunmamaktadır. Yazara göre iptal davası açabilmek için toplantıya katılmamış olmak ve hiçbir şekilde toplantıdan haberdar olmamış bulunmak gerekmektedir.³³

²⁷ Moroğlu, s.57-61; Poroy da emredici hükmün yalnızca pay sahiplerinin çıkarlarını koruması halinde iptal edilebilirliğin söz konusu olduğunu belirtir Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s.416

²⁸ Maddede iptal davası için tanınan üç aylık süre hak düşürücü süre olup mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınır. (Yrg. 11 HD, 17.2.1986, 9 E. 739 K.) (Eriş, s.2213)

²⁹ Çevik, Orhan Nuri, "Anonim Şirketler", 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1988, s.683.

³⁰ Hirsch, Ernst E., Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1946, s.288 vd.

³¹ İmregün, s.312-313

³² Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s.416

³³ Teoman, s.104

Şener de TTK m.368 de yer alan prosedürün amacını, ortakların toplantı gündeminden zamanında haberdar edilerek çıkarlarını daha iyi koruyabilmelerini sağlamak olduğunu; geçerli bir davetten söz edebilmek için davetin bütün pay sahiplerine yapılmış olması gerektiğini; toplantı ile davet arasında bulunması gereken iki haftalık sürenin nisbi emredici bir hüküm olduğunu zayıf durumdaki paydaşın özel çıkarını koruduğunu bu nedenle süreye aykırılığın iptal edilebilirliğe yol açacağını; yalnızca gazete ilanının yeterli olmadığını, mektupların da muhataplarına toplantıdan en az iki hafta önce ulaşacak şekilde gönderilmesi gerektiğini söylemektedir³⁴.

İmregün'e göre, toplantı yeter sayısına aykırılık halinde böyle bir genel kurulda alınan kararlar hüküm ifade etmez, geçersizdir. Ancak şeklen toplantı yetersayısı var ise yani aslında toplantıya katılmaya yetkili olmayan kişilerin katılımıyla genel kurul karar almışsa bu kararlar iptal edilebilir³⁵.

Teoman Yargıtayın kararlarını eleştirerek, genel kurula hiç davet edilmeyen bir pay sahibinin TTK m.381 uyarınca iptal davası açabileceğini, ancak açılacak olan bu iptal davasında genel kurulda alınan kararların yasa, ana sözleşme veya iyi niyet kurallarına aykırı olduğunun kanıtlanmasının gerekli olmadığını belirtmektedir³⁶.

III. SONUÇ

Dünyada yaşanan hızlı ekonomik gelişmelerde anonim ortaklıkların büyük payı vardır. Dağınık ve küçük miktardaki sermayeleri bir araya toplayarak belli bir iktisadi amaca özgüleyen anonim ortaklıklar, tek tek bireylerin üstesinden gelemedikleri zorlukları aşmış ve büyük ilerlemeye neden olmuştur. Anonim ortaklıklarda genel kurul pay sahiplerinin bu sıfatlarından kaynaklanan haklarını kullandıkları yerdir. TTK'nın 368. ve 381/1/b.1 hükümlerini tutarlı bir şekilde birbiriyle bağdaştırmak gerekmektedir. Lafza bağlı yorumun

³⁴ Şener, s. 91-94; Poroy da mektupların 15 günlük süreye tabi olması gerektiğini belirtmektedir (Poroy, (Tekinalp/Çamoğlu), s.395); Moroğlu ise konuyla ilgili olarak, mektupların iyi niyetle usulünce gönderilmiş olmasının yeterli olduğunu. Çağrının bir irade beyanı olduğunu, bu irade beyanının ulaşması veya ulaştığının kanıtlanmasının şart olmadığını belirtir (Moroğlu, s.67) Yargıtay ise bir kararında mektupların toplantı gününden önceki bir günde ele geçmesini yeterli görmüştür (Yrg. 11.HD 10.3.1987, 6151 E. 1357 K. (Eriş, s.2116,2117))

³⁵ İmregün, s.301, 302

³⁶ Teoman, Ömer, "Yaşayan Ticaret Hukuku", cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1993, s.98. Bu gerekliliği savunan yazarlar için bkz Teoman, s.96 vd.

hakkaniyete aykırı olacağı ve daha fazla karışıklığa yol açacağı görülmektedir. Küçük demokrasi modelleri olan anonim ortaklıklarda, çoğulcu demokrasi anlayışıyla, azınlığın yaşama, ifade ve çoğunluk haline gelebilme olanağına sahip olması gerekir.

Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında benimsediği görüşe katılmak gerekir ancak usulüne uygun davet edilmediği için iptal davası açan ortağın talebinin kabulü için TTK m.381/1/b.1'e göre kararın kanuna, ana sözleşmeye veya objektif iyi niyet kuralına aykırı olması gereği pozitif hukukumuz bakımından yerinde olsa da olması gereken hukuk yönünden bunu doğru bulmuyoruz. Yukarıda da belirtildiği gibi genel kurula katılmak yalnızca oy hakkıyla değil, tartışmalara katılma, görüşlerini beyan etme haklarıyla da ilgilidir. Genel kurul anonim ortaklığın karar organıdır. Alınan karar; kanuna, ana sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olmasa da usulüne uygun olarak toplanmayan genel kurulun aldığı kararın, anonim ortaklığın kararı olduğunun söylenmesi her zaman mümkün olmayabilir. Aksi görüş kabul edilirse yönetimde bulunan azınlık, birleşme, örgütlenme imkanı tanımadığı çoğunluğu istediği gibi idare edebilecektir.

Diğer yandan usulüne uygun çağrılmamış bir ya da birkaç paydaşa sadece çağrıdaki usulsüzlük nedeniyle iptal davası açabilme hakkının tanınması, istismara yol açabilecek, önemli miktarlarda mali kayba ve zaman kaybına yol açabilecektir. Bu nedenle yüzde on gibi bir asgari orandaki paydaşa yalnızca usulüne uygun davet edilmedikleri gerekçesiyle dava açabilme hakkı tanınması uygun olacaktır.

6101 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununun 446/I/b maddesinde ise “*Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri*”nin üç ay içinde iptal davası açabilecekleri düzenlenmektedir. Bu madde “*toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın*” pay sahiplerine dava açma hakkı tanıyarak yürürlükteki TTK'ya göre iptal davası açabilme imkanı olabilecek kişileri sayısal olarak artırmakla birlikte, genel kurul kararının iptal edilebilmesi için davacıya iddia ettiği aykırılığın genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ispat etme yükü

getiriyor gibi görölmektedir. Kanımca davacının 445. maddede sayılan iptal sebeplerinden *(kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırılık)* birini ispat etmesi davanın kabulü için yeterli görölmelidir. Davacıdan, kanuna aykırı olduğu sabit olan genel kurul kararının alınmasına çağrı usulüne aykırılığın etkili olduğunun ispat edilmesinin beklenmesi ve ispat edilememesi durumunda kanuna, ana sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı kararın iptal edilmemesi doğru olmayacaktır.

**ALACAKLININ “ALACAĞINA MAHSUBEN SATIŞA KONU
TAŞINIRI/TAŞINMAZI SATIN ALMASI”NIN ENGELLENMESİNİN HUKUKİ
SONUÇLARI (İİK. mad. 118/I, 130, 133)**

Av. Talih Uyar

Bilindiği gibi; gerek **taşınır** (İİK. mad. 118/I) ve gerekse taşınmaz (İİK. 130) ihalelerinde, ihale bedeli *peşin* ödenir ancak; icra müdürü “taşınır ihaleleri”nde 7 *günü* (İİK. mad. 118/I, c:2), “taşınmaz ihaleleri”nde ise 10 *günü* (İİK. 130, c:2) geçmemek üzere süre verebilir.

Satışa konu taşınır ya da taşınmaz üzerinde *haczi* ya da *rehin hakkı* bulunan alacaklı, bu taşınır veya taşınmazı ***alacağına mahsuben*** satın alabilir mi? Başka bir deyişle ‘*alıcı*’ aynı zamanda, borçludan “*alacaklı*” ise kendi alacağı ile yatırmak zorunda olduğu ihale bedelini ***takas*** edebilir mi?

Gerek **doktrinde** ve gerekse **Yargıtay içtihatlarında** bu soruya “*olumlu*” cevap verilmektedir. Gerçekten, **doktrinde** bu konuyla ilgili olarak;

√ “Eğer ihale, *haciz alacaklısına* yapılmış ve ihale bedelinden ondan önce tatmin edilmesi gereken başka bir alacaklı yoksa, alıcı-alacaklı, alacağını ödemekle yükümlü olduğu ihale bedelinden düşebilir (mahsup edebilir; m. 134, IV, c.1).

√ “İhale bedelinden alıcı-alacaklıdan önce tatmin edilmesi gereken alacaklılar varsa veya alıcı-alacaklı ile birlikte aynı derecede hacze katılmış (m. 100) alacaklılar varsa, alıcı-alacaklı, ihale bedelinden kendisine ödenecek parayı (düşen payı), ödemekle yükümlü olduğu ihale bedelinden düşebilir (mahsup edebilir).”**1**

√ “Eğer, alıcı tek alacaklı ise, ödeme yaparken, alacağını ödeyeceği miktardan düşebilmeli (mahsup edebilmeli), hacze katılmış başka alacaklılar varsa, kendisine düşecek miktar oranında mahsup yapabilmelidir.”**2**

√ “.....Eğer en çok pey sürdüğü için artırma üzerinde kalan kişi haczi koyduran alacaklı veya rehinli alacaklı olup da böylece, artırma sonucu eline geçen para üzerinde hemen gerçekleşecek bir talep hakkına sahip bulunuyorsa, peşin ve nakden ödeme, takas dermeyanı yolu ile gerçekleştirilebilir.”**3**

√ “İhale, *hâciz alacaklıya* yapılmış ise, mahcuz gayrimenkul üzerinde istifayı hak edecek ondan önce gelen bir alacaklı olmadığı takdirde, alacaklı alıcı sıfatıyla ödemek mecburiyetinde olduğu meblağı ödemekten, alacağı nispetinde imtina edebilir. Cebri

müzayede, takip edilen borçlu lehine bir alacak doğurmadığına göre, burada kelimenin hakiki ve teknik manasıyla takas bahis konusu olmayıp, bilahare kendisine iade edilecek parayı tediye de bulunacak kimsenin, bu tediye yi yapmasına mahal bulunmaması ve binaenaleyh bundan iptidaen imtina eyleyebilmesi durumu vardır.” 4

√ “*Alıcı artırmaya alacağına mahsuben katılmış olmaklar beraber, ihale bedeli alacağından fazla ise bu durumda, alıcının aradaki meblağ farkını icra dairesine derhal veya verilen süre içinde ödemesi gerekir.” 5*

√ “*İhale, haciz sahibi alacaklıya yapılmış ise, hacizli taşınmaz üzerinde hak elde edecek ondan önce gelen bir alacaklı olmadığı takdirde, alacaklı, alıcı sıfatıyla ödemek zorunda olduğu parayı ödemekten –alacağı ölçüsünde- kaçınabilir. Cebri artırma, takip edilen borçlu yararına bir alacak doğurmadığına göre, burada ve teknik anlamda takas söz konusu olmayıp, daha sonra kendisine geri verilecek parayı ödeyecek olan kimsenin bu ödemeyi yapmasına gerek bulunmaması ve bu nedenle bundan peşinen kaçınması durumu vardır.” 6*

√ “*‘Alıcı’, aynı zamanda borçludan ‘alacaklı’ ise, kendi alacağı ile yatırmak zorunda olduğu ihale bedelini takas edebilir. Alacağına mahsuben satışa konu taşınmazları ihalede satın almış olan alacaklıya, icra müdürlüğüne ‘ihale bedelini nakit olarak yatırması’ için süre verilmesi halinde, alacaklı bu hatalı işleme karşı süresiz şikayet yoluna başvurabilir...” 7*

√ “*Alacağın mahsubu için, icra takibinin kesinleşmiş olması yeterlidir... Alacaklı, ihale bedelinden, mevcut ve kesinleşmiş olan bütün alacaklarını mahsup edebilir, kimseden bilare kendisine iade edilecek para talep edilmemelidir.” 8*

√ “*Eğer alıcı, aynı zamanda borçludan alacaklı ise, kendi alacağı ile yatırmak zorunda olduğu ihale bedelini takas edebilir. Hacze katılmış başka alacaklılar varsa, alacaklı, ancak kendi alacağından dolayı kendisine düşebilecek payı, ödemek zorunda olduğu satış bedeline mahsup edebilir...” 9*

√ “*Taşınmaz, yapılan artırma sonucu alacaklıya ihale edilmiş ise ve alıcı tek alıcı ise veya taşınmazda üzerinde kendisinden önce haczi bulunan ya da kendi alacağına göre rüçhanlı bulunan bir alacaklı yok ise, alacaklı, borçludaki alacağını yatırmak zorunda olduğu ihale bedelinden mahsup edebilecek ya da alacağı, ihale bedelini tamamen karşılıyor ise, ihale bedelini yatırması gerekmeyecektir... Alacaklının, alacağını ihale bedelinden mahsup edebilmesi için, alacağının kesinleşmiş olması yeterli olup, alacağının satış gerçekleştirilen*

dosyada olması şart değildir. Alacaklı, başka takip dosyasındaki alacağını da, kesinleşmiş olması şartıyla ihale bedelinden mahsup yapabilecektir...” 10

√ “*Taşınmaz, takibi yapan alacaklıya ihale edilmişse, alacaklı bu alacağı ile ihale bedelini takas edebilecektir. Hatta Yargıtay bir kararında; ‘taşınmazı satın alan alacaklının aynı borçludan olan fakat başka takip dosyasındaki alacağının da mahsup edilmesini isteyebileceğini’ belirtmiştir. Bizce de kesinleşmiş olmak kaydıyla, başka bir takip dosyasına ait alacak dahi mahsup edilebilmelidir. Bundan başka; alıcı-alacaklıdan önce tatmin edilmesi gereken başka alacaklılar varsa veya aynı derecede hacze iştirak söz konusu olmuşsa (m. 100), alacaklının ‘kendi payına düşecek payı’ ödemesi gereken bedelden mahsup etmesi imkânı da olmalıdır...” 11*

√ “*Alıcı aynı zamanda borçluya karşı takip yapan alacaklı ise; ödeme yaparken alacağını ödeyeceği miktardan mahsup edebilmelidir... Hacze katılmış başka alacaklılar varsa, kendisine düşecek miktarda mahsup yapabilir... Bu durum teknik anlamda bir takas olmadığı gibi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi de değildir. Alıcı ihale nedeniyle ödeyeceği parayı, alacaklı olması nedeniyle geri alacaktır. Bu nedenle de, daha sonra kendisine iade edilecek parayı ödemekten kaçınması durumu söz konusudur.” 12*

√ “*Eğer ihale, haciz alacaklısına yapılmış ve ihale bedelinden ondan önce tatmin edilmesi gereken başka bir alacaklı yoksa, alıcı/alacaklı, alacağını ödemekle yükümlü olduğu ihale bedelinden mahsup edebilir. Ancak ihale, alacağa mahsuben yapılmış olmakla beraber ihale bedeli, alacak bedelinden daha fazla ise aradaki farkın verilen 10 günlük süre içinde yatırılması zorunludur...” 13*

denilmiş olduğu gibi, **yüksek Dairece** de, bu konuyla ilgili olarak;

-“..... *İhale alıcısının haciz koyduran alacaklı olması ve kendisinden önde gelen başka bir alacaklı bulunmaması halinde, alacağı oranında satış bedelini ödemekten kaçınabilir veya satış bedelini alacağına mahsup edilmesini isteyebilir. Satışa çıkarılan taşınırın alacaklı tarafından alacağına mahsuben alınmak istenmesi ve taşınır üzerinde alıcının yaptığı takip veya takipler nedeniyle koydurduğu hacizden önce konulmuş başka haciz bulunmaması halinde, ileride sıra cetveli yapılması gerektiğinden, alacaklının alacağının ihale bedelini karşılayıp karşılamadığı belirlenip, alacaklı aleyhine fark doğduğunun tespiti halinde, bu farkı yatırmaması ihale alıcısından istenebilir...” (12. HD. 16.06.2009 T. E:9745, K:13148) (yayımlanmamıştır)*

-“.....İİK.’nun 100. madde bilgileri ışığında İİK.’nun 140. maddesine göre sıra cetveline tabi tutulması, sıra cetveline göre alacaklı olan alıcıya tekabül edecek alacağın mahsubundan sonra, yatırılması gereken tutarın belirlenmesi, sıra cetvelinin alacaklılara tebliğ edilerek kesinleştirilmesi, alacağa mahsup edilen kısımdan sonra yatırılan satış bedelinin İİK.’nun 133. maddesine göre gerektiğinde bilirkişi incelemesi ile yaptırılıp denetlenmeli ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken....” (12. HD. 25.09.2007 T. E:13892, K:16963) (yayımlanmamıştır)

-“.....Dava konusu taşınmazların 22.06.2006 tarihinde yapılan ihalesinde, icra müdürü ihale bedelinin yatırılması için alacaklı banka vekiline 10 günlük süre vermiş ise de ‘söz konusu taşınmazların davacı alacaklıya alacağına mahsuben ihale edildiği’ ihale tutanaklarından anlaşılmıştır. Satışı yapılan taşınmazların tapu kayıtlarının incelenmesinde de taşınmazların üzerinde sadece alacaklı bankanın ipoteğinin olduğu başkaca bir ipoteğin ve rüçhanlı alacağın olmadığı görülmektedir. Bu durumda, ihale alıcısı olan alacaklının, ihale bedellerinin dosyaya yatırılmamasında hukuka aykırı bir durum olmadığından, mahkemece ‘şikayetin kabulü’ yerine reddine karar verilmesi isabetsizdir.” (12. HD. 10.04.2007 T. E:5496, K:7067) (yayımlanmamıştır)

-“Haciz koyduran alacaklı, mahcuzu ihaleye girip satın alabilir, kendisinden önce başka alacaklı bulunmaması halinde, alacağı oranında satış bedelini ödemekten kaçınabilir. Başka haciz bulunması halinde, sıra cetveli yapılması gerekir. Sıra cetveli yapılmadan alacaklının alacağının ihale bedelini karşılayıp karşılamadığı saptanmadan alıcı-alacaklıya ihale bedelini yatırmaması için mehil verilmesi hatalıdır.” (12. HD. 08.03.2005 T. E:1474, K:4654) 14

-“.....Alıcı, asıl alacak ver fer’ileriyle takipten kaynaklanan diğer alacaklarını satış bedelinden mahsup etmek hakkına sahiptir. Bu, kelime manasıyla ‘takas’ olmayıp, bilahare kendisine iade edilecek parayı tediye bulunacak kimsenin, bu tediye yapmasına mahal bulunmaması ve öncelikle imtina eyleme durumudur. İşte bu sebeple, mahsup işleminden sonra, icra müdürlüğünce bu alacağa öncelikli hacizler olup olmadığı ve alıcının yatıracığı bir miktar bulunup bulunmadığı, yapılacak hesap tablosuyla belirlenmeli, alıcı-alacaklı aleyhine fark doğduğunda, bu farkın ödenmesi hususunun alacaklıya bildirilmesi konusunda işlem yapılmalıdır...” (12. HD. 21.01.1998 T. E:14512, K:272) 15

-“.....Haczi koyduran alacaklının taşınmazı veya taşınırı ihale ile satın alması ve kendisinden önce gelen başka alacaklı bulunmaması halinde, alacağı oranında satış bedelini ödemekten kaçınabilir.” (12. HD. 17.03.2003 T. E:2230, K:5512) 16

-“.....Alacaklının alacağı 20.000.000.000 TL olup ihale bedelinden kat kat fazladır. Alacaklının daha sonra alacağı parayı yatırmamasına gerek bulunmamaktadır. İhaleye alacağına mahsuben katıldığıının kabulü gerekmektedir. İcra müdürünün ‘ihale bedelini yatırması konusunda alacaklıya mehil verilmesine’ dair kararına yönelik şikayetin kabulüne karar verilmek gerekirken reddine karar verilmesi doğru değildir.” (12. HD. 10.03.2003 T. E:1437, K:4752) 17

-“.....Somut olayda ihale alıcısı, takip yapan alacaklıdır ve alacağı satış bedelini karşılamaktadır. Alacaklının, sonradan alacağı parayı yatırmamasına gerek bulunmamaktadır. bu konudaki, şikayet, İİK. ’nun 16. maddesine göre, bir hakkın yerine getirilmesi ile ilgili olduğundan, süreye tabi değildir.” (12. HD. 08.06.2001 T. E:9252, K:10239) 18

-“ ‘.....tarihinde gerçekleştirilen ihalede üç taşınmazın toplan ihale bedelinin 37.800.000000 TL olarak kendilerine ihale olunduğunu’ belirten alacaklı Arçelik A.Ş. ‘asıl alacağının 139.500.000.000 TL olması nedeni ile, alacağına mahsuben ihalede satın aldığını, bu nedenle icra müdürünün ihale bedelinin yatırılması için kendilerine 20 günlük süre verilmesinin yerinde olmadığı’ndan bahisle merciye şikayette bulunmuştur. Şikayet, niteliği itibari ile İİK. ’nun 16/son maddesinde belirtilen nitelikte olup, süresiz şikayete tabi olduğu gözetilmeksizin, merciin anlaşmazlığın esasını incelemeksizin istemin süre aşımından reddine’ karar vermesi isabetsizdir.” (12. HD. 31.05.2001 T. E:9157, K:9712) 19

-“.....Tapu kaydı üzerinde maliyenin haczi bulunan taşınmazı alacağına mahsuben satın alan alacaklının, satış bedelinden garameten paylaşırma sonucu Maliye payına düşen miktarı icra dosyasına yatırmaması halinde, ihalenin icra müdürü tarafından iptal edilmesi gerekir.” (12. HD. 06.04.1995 T. E:4962, K:5098) 20

-“.....İpotekli alacaklı olması nedeniyle müşteki, asıl alacak ver fer’ileriyle takipten kaynaklanan diğer alacaklarını limit içinde kalmak kaydıyla satış bedelinden mahsup etmek hakkına sahiptir.” (12. HD. 14.06.1991 T. E:386, K:7833) 21

şeklinde içtihatla bulunulmuştur.

Ayrıca belirtelim ki; **yüksek mahkeme** “alacağına mahsuben ihalede satılanı almış olan alacaklıya ‘ihale bedelini yatırması için’ süre verilmiş olmasının **süresiz şikayete**

neden olacağını” vurgulamıştır (Bknz: 12. HD. 08.06.2001 T. E:9252, K:10239; 31.05.2001 T. E:9157, K:9712).22

“Alacaklının, alacağına mahsuben satışa konu taşınır ya da taşınmazı alabilmesi” gerek **doktrinde** ve gerekse **Yargıtay içtihatlarında** bu denli irdelenmiş olmasına rağmen **uygulamada** bu kural -icra dairelerince ve icra mahkemelerince- maalesef doğru ve gerektiği gibi uygulanmamaktadır. Bu konuda en çok yapılan hata “satılan taşınır ya da taşınmazı ihalede alacağına mahsuben satın almış olan alacaklıya” icra müdürlüğünce “ihale bedelini yatırmaması için” hemen 10 günlük süre verilmekte²³ve “bu hatalı kararın iptali için” yapılan *şikayet* icra mahkemelerince²⁴ de reddedilmektedir.

Yüksek mahkeme önceki içtihatlarında²⁵ “bu durumda alacaklının alacağına mahsuben -dosyaya ihale bedelini yatırmadan taşınmazı (taşınırı) satın alamayacağını’ belirtmişken **son içtihatlarında** ²⁶ bu durumda ileride sıra cetveli yapılacağından ve henüz sıra cetveli yapılmamış olduğundan, alacaklının alacağının ihale bedelini karşılayıp karşılamadığı saptanıp alacaklı aleyhine fark doğduğu tespit edilmeden (ve alacaklıdan önce haciz koydurmuş olan üçüncü kişilerin alacaklarının miktarı saptanmadan) alıcı-alacaklıya ihale bedelini yatırmaması için süre verilemeyeceğini’ ifade etmiştir...”

İcra müdürlüğünün -az öncede belirttiğimiz gibi- **doktrin** ve **Yargıtay içtihatlarında** bu kadar incelenmiş olan bir konuda, satışa çıkarılan taşınır/taşınmazı, alacağına mahsuben satın almış olan alacaklıya -sıra cetveli düzenlemeden alacaklının alacağının ihale bedelinin karşılayıp karşılamadığını, alacaklar lehine bir fark doğup doğmadığını saptamadan- “10 gün içinde ihale bedelini yatırmamasını” istemesi -İİK. mad. 5 anlamında- k u s u r l u bir davranış sayılır ve bu kararı veren icra müdürünün *hukuki sorumluluğunu* gerektirir.²⁷

Ayrıca, belirtilen konuda verilen hatalı karar, kanımızca TCK. mad. göre “görevi kötüye kullanma suçu”nu oluşturacağı için, ilgili memur hakkında C.Savcılığınca bu suçtan dolayı *kamu davası* açılmasına neden olur.

Alacağına mahsuben ihalede satın aldığı taşınırı/taşınmazın ihale bedelini nakit olarak icra dosyasına yatırmaması istenen alacaklının icra mahkemesine yapacağı şikayet üzerine aleyhine verilecek kararı temyiz etmesi haline, Yargıtay’dan bu dosyanın dönmesi hayli zaman alacağından, kendi adına yapılan ihalenin İİK. 118 ve 133 uyarınca icra müdürlüğünce re’sen feshedilmesinden sonra, yapılacak olan yeni ihaleye tekrar girerek pey sürmesi ve bu ihalede de taşınırın/taşınmazın üçüncü bir kişiye icra müdürlüğünce satılması halinde, yapılan

bu ihalenin feshini –İİK. 134/2 uyarınca “pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak eden” sıfatıyla²⁸ - isteyerek, ihalenin kesinleşmesini geciktirmesi gerekir. Aksi takdirde, kendisinin temyiz talebinin haklı bulunarak, icra mahkemesinin önceki hatalı kararının Yargıtay 12. Hukuk Dairesince bozulması, kendisine hiçbir yarar sağlamaz... 07/04/2011

NOTLAR

- 1 KURU, B. İcra ve İflas Hukuk El Kitabı, 2004, s:575 vd.
- 2 ARSLAN, R. İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, 1984, s:214
- 3 ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, 2004, s:276
- 4 POSTACIOĞLU, İ.E. İcra Hukuku Esasları, 1982, 4. Bası, s:503
- 5 MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, 2008, s:649
- 6 POSTACIOĞLU/ALTAY, İcra Hukuku Esasları, 2010, s:596 vd.
- 7 UYAR, T. Gerekçeli-İçtihatlı İİK. Şerhi, C:6, 2006, s:9922
- 8 GÖKÇE, Z. Tüm Yönleri İle İzalei Şuyu Dava ve Takipleri, 2000, s:734
- 9 UYAR, T. Gerekçeli-İçtihatlı İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, C:1, 2002, 3. Baskı, s:731
- 10 DÖNMEZ, R. M. İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, 2010, s:250 vd.
- 11 ASLAN, E. K. İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi, 2004, s:133 vd
- 12 ERTURGUT, M. İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, 2000, s:125
- 13 ÇOŞKUN, M. Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C:2, 2009, s:1501 vd.
- 14 ÇOŞKUN, M. Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C:2, 2009, s:1504 vd.
- 15 UYAR, T. age, C:6 , s:9972 vd.
- 16 OSKAY, M./KOÇAK, C./DEĞNEKLİ, A./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, C:3, 2007, s:3187
- 17 ÖZATA, A./SÜPHANDAĞ, Y. İpoteğin Paraya Çevrilmesi, 2010, s:192
- 18 UYAR, T. age., C:1, 3. baskı 2008, s:1619 vd.
- 19 UYAR, T. age., C:1, s:1620
- 20 ÖZATA, A./SÜPHANDAĞ, Y. age, s:169
- 21 İKİD. S:380, s:8954
- 22 UYAR, T. age., C:1, s:1619 vd.
- 23 Örneğin; Sarıyer İcra Müdürlüğünün 2008/3239 sayılı dosyası
- 24 Örneğin; Sarıyer İcra Hukuk Mahkemesinin 21.02.2011 T. E:43, K:65 sayılı kararı

25 Bknz: 12. HD. 12.10.1995 T. E:11818, K:13486; 06.05.1994 T. E:5942, K:6108; 18.11.1986 T. E:1513, K:12515 (**UYAR, T.** age, C:6, s:9975 vd.)

26 Bknz: 12. HD. 08.03.2005 T. E:1474, K:4654; 21.01.1998 T. E:14512, K:272; 27.11.1996 T. E:12741, K:15312; 03.12.1997 T. E:859, K:933 (**UYAR, T.** age., C:6, s:9972 vd.) (Bu konudaki diğer içtihatlar için ayrıca bknz: Yuk. Dipn. 14-21 civarı)

27 **UYAR, T.** ayrıntılı bilgi için bakınız: age., C:1, s:375 vd.

28 Bknz: 12. HD. 25.02.2010 T. E:22181, K:4318; 14.05.2009 T. E:2775, K:10557; 04.05.2009 T. E:1820, K:9620; 20.10.2008 T. E:10140, K:17773 (Yayımlanmamıştır.)

İTİRAZIN İPTALİ DAVASINI AÇMA SÜRESİNİN BAŞLANGICI (İİK. mad. 67/I)

Av. Alper Uyar

Alacaklı, senede dayanan likit alacağına yönelik “itirazın iptali” için genel mahkemeye veya “itirazın kaldırılması” için icra mahkemesine başvurmakta seçimlik hakkına sahiptir.¹ Bu iki yoldan birini seçme serbestisi alacaklıya bırakılmıştır. Bununla beraber, alacaklı, *itirazın icra mahkemesinde kaldırılabilmesi* için İİK.’nin 68 ve 68/a maddelerinde aranan nitelikteki belgelere sahip değilse, mutlaka *itirazın genel mahkemede iptali* yolunu izlemek zorundadır.² Bu seçim hakkını genel mahkemede dava açmak suretiyle kullanan alacaklı, böylelikle icra mahkemesine başvurma hakkından zımnen feragat etmiş olduğundan, açtığı “itirazın iptali davası”nı bırakıp, “itirazın kaldırılması” için icra mahkemesine başvuramaz. Buna karşın, alacaklı “itirazın kaldırılmasını” icra mahkemesinden talep ettikten sonra, bu yolu bırakıp “dava” yoluna gidebilir; zira genel bir yetki olması dolayısıyla, dava hakkının kullanılması zımnen tahdit edilemeyeceği gibi, “itirazın kaldırılması” talebini reddeden icra mahkemesi kararının, takip konusu alacak hakkında “kesin hüküm” teşkil etmemesi de, mahkemeye başvurmaya engel olmaz.

İsviçre hukukunda da, “itirazın kaldırılması” yoluna gidilebileceği durumlarda, doğrudan doğruya “itirazın iptali” yoluna gidilebileceği belirtilmekte, hatta “itirazın kaldırılması”na ilişkin dayanakların ve belgelerin şüphe yarattığı durumlarda, doğrudan doğruya “itirazın iptali” yoluna gidilmesi önerilmekte; böylelikle “itirazın kaldırılması” yönteminin, gerekli araçlar mevcut olduğunda pratik bir alternatif olduğu vurgulanmaktadır.³

Alacaklı “itirazın kaldırılması” için icra mahkemesine başvurmuş ve borçlunun itirazı kaldırılmışsa, artık alacaklının “itirazın iptali davası” açmakta hukuki yararı kalmadığından, bu davayı açamaz.⁴

İİK.’nin 67. maddesinde * ifadesini bulan itirazın iptali davası, takip talebine itiraz edilen alacaklı tarafından borçluya karşı açılan bir eda davasıdır.⁵

İtirazın genel mahkemede iptali yoluna başvuran alacaklı, takip konusu olan alacak hakkında bir “kesin hüküm” elde etmeye çalışacaktır.⁶ Bu dava bir süreye tabidir. Alacaklı bu davayı, itirazı kendisine veya varsa vekiline tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde açabilir.⁷ Bu davanın açılabilirdiği “bir yıllık süre” hak düşürücü süredir.

Görüldüğü gibi bir yıllık dava açma süresinin başlangıcı “itirazın alacaklıya tebliğ tarihi”dir. Şu halde borçlunun itirazı, alacaklıya tebliğ edilmemişse, bir yıllık dava açma süresi başlamayacaktır.

Ayrıca belirtelim ki, itirazın iptali davasını açma süresi, “itirazın alacaklıya tebliği” tarihinden itibaren başlarsa da, alacaklı henüz bu süre işlemeye başlamadan –yani; itirazın kendisine tebliğini beklemeden- önce de, bu davayı açabilir.

Borçlunun ödeme emrine itiraz edip takibi durdurmasından sonra, icra mahkemesine başvurarak “itirazın kaldırılması”nı istemiş olan alacaklı –bu başvuru dava niteliği taşımadığından ve icra mahkemesinin bu başvuru üzerine vereceği karar “kesin hüküm” (HMK. mad. 303) teşkil etmeyeceğinden- aynı zamanda –daha doğrusu İİK. mad. 67/I’deki bir yıllık süre içinde- mahkemede “itirazın iptali davası” açabilir.⁸

İİK. mad. 67/I’de daha önce yer alan “itirazın kaldırılması için merciye müracaat etmek istemeyen” (alacaklı) ibaresi, 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sırasında madde metninden çıkarılarak, “itirazın kaldırılması talebi reddedilen alacaklıya da” itirazın iptali davası açma hakkı tanınmıştır (Bknz: 4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Gerekçesi) (UYAR, T. age, C:3, s:4235 vd.).

Bir yıl içinde itirazın iptali davası açılması ile, derdest olan ve itiraz ile durmuş bulunan icra takibi iptal edilmiş olmaz; bilakis, takip durmakta devam eder. Davayı kazanan alacaklı, mahkemeden, alacağı ilam ile, itiraz üzerine durmuş olan ilamsız takibe devam edilmesini (haciz) isteyebilir. Dava devam ettiği sürece, bir yıllık haciz isteme süresi işlemez.⁹

İtirazın iptali için kanunen kabul edilmiş olan bir yıllık süre kamu düzenindendir; bundan ötürü, bu süreler sözleşme ile uzatılamazlar, kısaltılamazlar; talep bu sürede yapılmazsa ve dava bu sürede açılmazsa, talep ve dava hakkı düşer; icra mahkemesi ve genel mahkeme bu süreyi re’sen göz önünde tutar ve sürenin geçmiş olması halinde, talep ve dava, bu sebeple reddedilir. ¹⁰

İtirazın iptali davası açabilmek için kanunun öngördüğü bir yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmiş olması halinde, alacaklı ancak genel hükümlere göre mahkemede alacağını dava edebilir. Bir yıllık sürenin geçmesinden sonra açılan dava, İİK. mad. 67’ye değil genel hükümlere tabi bir “alacak davası” olduğundan icra inkar tazminatına hükmedilemez.¹¹

Yargıtay, “itirazın iptali” davasının açılma süresi ile ilgili olarak;

-“Borçlunun –genel haciz yolu ile ilamsız takiplerde- ödeme emrine itiraz etmesi üzerine, önce icra mahkemesine başvurarak ‘itirazın kaldırılması’ni istemiş olan alacaklının daha sonra bu talebinden vazgeçerek –ya da bu talebinin reddedilmesi üzerine- itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde mahkemeye başvurarak itirazın iptali davası açabileceğini”12

-“İtirazın iptali davasının, borçlunun itirazının alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde açılması gerekirse de, alacaklının itirazı daha önce öğrenmiş olması halinde bu tarihten itibaren de bir yıl içinde, itirazın iptali davası açılabilceğini”13

-“İcra müdürlüğü itiraz üzerine takibi durdurmamış olsa dahi, itirazın iptali davasının, borçlunun itirazının alacaklıya tebliğ tarihinden itibaren bir yıllık süre içinde açılması gerekeceğini”14

-“Bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra açılan itirazın iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini, açılan davaya ‘alacak davası’ olarak bakılamayacağını”15

-“Bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra açılan normal alacak (tahsil) davasını kaybeden borçlunun, icra inkar tazminatına mahkum edilemeyeceğini”16

-“İtirazın alacaklıya tebliğine ilişkin bilgi ve belge yoksa itirazın iptali davasının bir yıllık sürede açıldığının kabulünün isabetli olacağını”17

belirtmiştir...

Buraya kadar yaptığımız açıklamalarda, İİK. 67/I’de belirtildiği üzere; itirazın iptali davasının, “borçlunun itirazının alacaklıya tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde açılması gerektiğini” vurguladık. Buradaki “tebliğ tarihi”ni, “öğrenme tarihi” olarak kabul etmek gerekir. Peki, itiraz alacaklıya tebliğ edilmemiş ise, ya da alacaklı tarafından açılan itirazın kaldırılması davasından sonra itiraz tebliğ edilmişse, bu durumda “itirazı öğrenme tarihi” olarak hangisini kabul etmek gerekecektir? Bir yıllık hak düşürücü süre, hangi tarihten itibaren başlayacaktır? **Doktrinde** bu konuda her hangi bir görüşe rastlamak mümkün değildir. Aşağıda sunduğumuz, biri oy birliğiyle diğeri ise oy çokluğu ile kabul edilmiş iki Yargıtay kararı ile bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. **Yargıtay**, tam metinlerini ilişikte sunduğumuz kararlarında aynen şöyle demiştir;

KARAR NO 1 (19. HD. 01.04.2008 T. E:9161, K:3271):

Dava, kira alacağı için girişilen icra takibine yönelik itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemine ilişkindir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, benimsenen bilirkişi raporuna göre “davacının kira farkı alacağının 8.893.38 YTL olduğu, takip talebinde daha az bir miktarın (8,775.00 YTL) istendiği gerekçeleri ile davanın kabulüne, itirazın iptali ile takibin devamına, takip tarihinden sonra yapılan ödemelerin icra müdürlüğünce borçtan mahsubuna, %40 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline” karar verilmiş, hüküm davalı vekiline temyiz edilmiştir.

İİK.’nın 67/I. maddesi uyarınca itirazın iptali davasının, itirazın alacaklıya tebliğ tarihinden itibaren bir sene içinde açılması gerekir. Bu bir dava şartı olup, mahkemece re’sen gözetilmelidir.

Somut olayda her ne kadar itiraz alacaklıya tebliğ edilmemiş ise de, alacaklı vekili tarafından 21.11.2003 tarihinde Çorlu İcra Mahkemesine itirazın kaldırılması talebi ile dava açılmıştır. Hal böyle olunca bir yıllık dava açma süresinin o davanın açıldığı tarihten itibaren başlatılması gerekir.

Zira alacaklı itirazın kaldırılması davasına açtığı tarihte, dava konusu icra takibi ve itirazla ilgili tüm hususları öğrenmiş sayılır. Buna göre; “davanın bir yıllık yasal süre geçtikten sonra açıldığı ve dava şartının gerçekleşmediği” belirtilerek reddine karar verilmesi gerekirken, bu yönler gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yerine BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine 01.04.2008 gününde oy birliği ile karar verildi.

KARAR NO 2 (13. HD. 10.06.2009 T. E:1440, K:8032):

Davacı, “elektrik abonesi olan davalının elektrik borcunu ödemediğini, yapılan kontroller sırasında da kaçak elektrik kullandığını tespit ettiklerini, gerek tüketilen elektrik ve gerekse kaçak kullanılan elektrik ücretlerini tahsil amacı ile 21.05.2002 tarihinde davalıya

karşı icra takibi başlattıklarını, davalının 03.06.2002 tarihinde takibe itiraz ettiğini” ileri sürerek, “ödenmeyen 6 adet fatura borcu ile 13.12.2001 ve 06.03.2002 tarihli kaçak elektrik tutanağından borç toplamı olan 4,013.122.000 TL (4.013,12 YTL) alacağının dava tarihinden işleyecek yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini” istemiş, bilahare 25.10.2007 tarihli ıslah dilekçesi ile “alacak davasını itirazın iptali davası olarak ıslah ettiğini, davalının takibe itiraz ettiğini” ileri sürerek “itirazın iptaline, %40 tazminatın tahsiline karar verilmesini” istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece bilirkişi raporu esas alınarak “2552,91 YTL asıl alacak üzerinden kabulüne, bu miktar yönünden itirazın iptaline, asıl alacağın %40 oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline” karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, dava dilekçesinde “borçlunun takibe itiraz ettiğini, bu itirazı 03.06.2002 tarihinde öğrendiğini” duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirttiği gibi, borçlunun itirazı üzerine takibin durduğu belirtilerek 10.03.2003 tarihinde davalının kullanıp ödemediği ve kaçak elektrik kullanımından kaynaklanan 4.013,12 YTL alacağının faizi ile tahsili için eldeki davayı açmıştır. “Alacak davası” ile İİK. 67. maddesine dayalı itirazın iptali davası arasındaki en önemli fark, itiraz iptali davası sonucunda davacı veya davalı lehine tazminata hükmedilmesidir. İtirazın tebliğinden itibaren bir yıl içinde açılan davada alacağın tahsili istenilmişse bu durumda icra inkar tazminatına hükmedilemez (19. HD. 09.02.1996 225/1161). İtirazın iptali davasının, itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıllık süreden sonra açılması halinde de inkar tazminatına hükmedilemez (11. HD. 28.05.1986 3141/3272). Yasada belirtilen bir yıllık hak düşürücü sürenin, borçlu itirazının alacaklıya tebliği ile başlayacağı belirtilmiştir. Ancak, *alacaklı, icra takibine itiraz edildiğini, belli bir tarihte öğrendiğini açıkça beyan eder veya borçlunun itirazı ve bu sürede icra takibini durması üzerine itirazın kaldırılması veya borçlunun itirazından söz edilerek böyle bir tahsil davası açarsa artık, borçlu itirazının tebliğ edildiğinin kabulü zorunludur.* Somut olayda davacı, “borçlunun icra takibine itiraz ettiğini, 03.06.2002 tarihinde öğrendiğini” çok açık şekilde kabul ve beyan etmiştir. Buna rağmen, davasını bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra 25.10.2007 tarihli dilekçesiyle ıslah etmiştir. O halde davacının “itirazın iptali davası”nı bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra “itirazın iptali davası” olarak ıslah etmesi mümkün

değildir. Hal böyle olunca “ıslah ile ilgili talebin reddine” karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davalı yararına BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 10.06.2009 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

Yukarıda sunulan Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, alacaklı icra takibine itiraz edildiğini, itirazın kendisine tebliğinden önce öğrenip “itirazın kaldırılması talebi”nde bulunmuşsa “itirazın kaldırılması talebinde bulunulduğu tarih”i, **itirazın öğrenildiği tarih** olarak kabul etmek -ve açılacak itirazın iptali davasının bağlı olduğu bir yıllık dava açma süresinin bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağını benimsemek- isabetli olacaktır...

1 **BERKİN, N. M.** Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, 1981, s:420

2 **ÜSTÜNDAĞ, S.** İcra Hukukunun Esasları, 2004, s:105

3 **POSTACIOĞLU, İ. E./ALTAY, S.** İcra Hukuku Esasları, 5. Basım, 2010, s:222

4 **OSKAY, M./DEYNEKLİ, A./KOÇAK, C./DOĞAN, A.** İİK. Şerhi, C:1, 2007, s:1083

*** İtirazın iptali:**

Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde, alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir.

Bu dâvada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, dâvanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir.

İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, borçlu hakkında tazminat hükmolunması kötü niyetin sübutuna bağlıdır.

Birinci fıkrada yazılı itirazın iptali süresini geçiren alacaklının umumi hükümler dairesinde alacağını dava etmek hakkı saklıdır.

- 5 **ÇAVDAR, S.** İtirazın İptali, Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2007, s:1
- 6 **ÜSTÜNDAĞ, S.** İcra Hukukunun Esasları, 2004, s:105
- 7 **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2004, s:223
- 8 **UYAR, T.** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2005, C:3, s:4241-4242
- 9 **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2004, s:224
- 10 **BERKİN, N. M.** age, s:421
- 11 **MUŞUL, T.** İcra ve İflas Hukuku, 2008, s:323
- 12 Bknz: 19. HD. 14.04.2004 T. E:6648/4385, 30.05.2003 T. E:4743/5799 (**UYAR, T.** age, C:3, s:4242)
- 13 Bknz: 19. HD. 14.01.2003 T. E:2001-8928/190; 26.02.1997 T. E:828/1806; 07.06.1995 T. E:994-8842/5045 (**UYAR, T.** age, C:3, s:4242)
- 14 Bknz: 19. HD. 24.04.1998 T. E:1900/2793 (**UYAR, T.** age, C:3, s:4242)
- 15 Bknz: HGK. 26.11.1997 T. E:19-761/989 (**UYAR, T.** age, C:3, s:4242)
- 16 Bknz: 13. HD. 11.03.1980 T. E:1226/1617 (**YAVUZ, N.** Uygulamalı ve Öğretide İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası, 2007, s:169)
- 17 Bknz: 19. HD. 19.01.2006 T. E:2005-11448/198 (**OSKAY, M./DEYNEKLİ, A./KOÇAK, C./DOĞAN, A.** İİK. Şerhi, C:1, 2007, s:1177 vd.)

FRANCHISE SÖZLEŞMESİ

Selda GÜÇ*

GİRİŞ

Franchising, kendi alanında belli bir başarıya ulaşmış, tanınmış, kaliteli ürün ve hizmet üreten firmaların, ürün veya hizmetlerinin ülke içinde ya da dışında, aynı görünümdeki mağazalarda üretilmesini ve dağıtılmasını sağlayan bir pazarlama ve dağıtım yöntemidir. Franchising sistemi ilk olarak franchise-veren firmaların başarılı olmalarına ve daha sonra da franchise-alan firmaların aldıkları sistemi belli kurallar dâhilinde uygulamalarına bağlıdır. Franchise sisteminin başarılı bir şekilde işletilmesi taraflara çoğu alanda avantaj sağlamaktadır. Türkiye’de de bu avantajlar göz önüne alınarak franchising sistemi uygulanmakta ve franchising sektörü giderek daha da büyük bir önem kazanmaktadır. Çalışmamızda ilk olarak franchise sözleşmesini; tanımı, unsurları, çeşitleri ve taraflara sunduğu avantaj ve dezavantajları bakımından genel olarak inceleyeceğiz. Daha sonra franchise sözleşmesinin hukuki niteliği üzerinde duracak ve sözleşmenin diğer sözleşmelerden farklı yönlerini ele alacağız. Sonraki bölümde ise, franchise sözleşmesinin taraflara yüklediği yükümlülükleri inceleyerek, aslında bu sözleşmenin çoğu zaman taraflar açısından katlanılması zor olabilecek yükümlülükler içerdiğini göreceğiz. Son olarak, franchise sözleşmesinin sona erme şekillerini ve Türkiye’de franchising sisteminin genel olarak oluşumunu ve günümüzde nasıl korunduğunu ve işletildiğini ele alacağız.

* Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi.

1. BÖLÜM

GENEL OLARAK FRANCHISE SÖZLEŞMESİ

I. Franchise Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Çeşitleri

1. Franchise Sözleşmesinin Tanımı

İngilizce bir kelime olan franchising'in sözlük anlamı; 'Vergilendirme ve gümrük işlerinde serbestlik verme, imtiyaz' olup, Fransızcada 'Affranchir' kelimesinden türetilmiştir.³⁷ Türkçede franchise sözleşmesi denilmesi mümkündür. Eğer Türkçe bir karşılık aranıyorsa bu takdirde, benzeri olan sözleşme ile yakınlığını da gösteren 'münhasır satış ve servis imtiyazı sözleşmesi' deyiminin kullanılmasını önermekteyiz.³⁸

Franchising, tanınmış bir markanın, oluşmuş bir imajın belli bir bedel karşılığında, belli standartlar içinde, bağımsız yatırımcıya kullandırılmasıdır. Ana firmanın, belirli bir bölgede ve belirli bir süre için, belirli ayrıcalıkları kullanma hakkını bir diğer firmaya verdiği; yönetim, organizasyon, eğitim ve tedarik konularında yardım sağladığı bir pazarlama ve dağıtım yöntemidir. Ana firma tarafından bağımsız firmaya verilen imtiyaza 'Franchise' denir.³⁹

Franchising, franchisor ve franchisee denilen, hukuken birbirinden bağımsız iki taraf arasında sözleşme ile yapılır. Franchisor; kendi alanında başarılı olmuş, belirli bir kalite

³⁷ Dov Izraeli, Franchising and The Total Distribution System, First Published, Longman Pres, London, 1972, s. 3 (Naklen: Ulaş, Dilber: Bir Pazarlama ve Dağıtım Yöntemi Olarak Franchising Sistemi, Ankara 1999, s. 5)

³⁸ Behr, Der Franchise er droit Frankfurt am Main 1976, s. 13 ve De Haller, s. 9 (Naklen: Akyol, Şener: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, I. Fasikül, İstanbul 1984, s. 41)

³⁹ Raymond A. Marquarit, James G. Makens, Robertg. Roe, Retail Management, Satisfaction Of Consumer Needs, Third Edition, The Dryden Press, 1983, s. 126 (Naklen: Ulaş, s. 5)

standardını tutturmuş, tanınmış bir markadaki ürün ya da hizmetin, işletme sisteminin sahibidir. Belirli ayrıcalıkları karşı tarafa veren ve kullandıran hukuken tamamen bağımsız bir işletmedir. Bir üretim veya hizmet işletmesi olabilir. Franchisee; belirli bir süre ve belirli bir bedel karşılığında franchise-verenin ticari markasını, hizmet markasını, know-how'unu,⁴⁰ işletme sistemini, diğer sınaî ve mülkiyet haklarını kullanma hak ve zorunluluğunu üstlenen bağımsız bir işletmecidir. Franchisee, bağımsız bir girişimci ya da küçük bir işletme olabilir. Franchising'in amacı; karşılıklı güven ve sürekli bir iş ilişkisi içinde her iki tarafın birbirlerinden yararlanmasını sağlamaktır.⁴¹

Bu bağlamda Franchise Sözleşmesi, franchise-verenin, kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınaî unsurlar üzerinde, franchise-alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise-alanın ise, hem (söz konusu sistemin içerdiği ve franchise-verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise-verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir.⁴²

Yargıtay ise franchise sözleşmesini, bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın, belirli bir süre, şart ve sınırlamalar dâhilinde, işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle, imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere, ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli bir iş ilişkileri bütünü olan, birbirinden bağımsız iki taraf arasında meydana gelen sözleşmesel ilişki şeklinde tanımlamıştır. Franchise-veren ürüne, hizmete veya bilgi birikimine ve bunlara ait denenmiş,

⁴⁰ Franchise-verenin tecrübe testlerle edindiği, patentli olmayan, kolayca ulaşılmayan, önemli, tanımlanmış pratik bilgilerdir. Malların sunulması, müşterilere davranış yöntemleri, işletme ve finans konularını kapsar. Franchise-alanın rakipleri karşısında başarılı olmasını ve yeni bir pazara girmesine yardımcı olur. (Ulaş, s. 6)

⁴¹ Ulaş, s. 5, 6

⁴² **Gürzumar**, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan 'Sistem'lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995, s. 10

kalitesi kanıtlanmış ve başarılı bir markaya, isme sahip ve bunların satış, dağıtım veya işletme hakkını belirli bir bedel karşılığı veren taraftır. Franchise-veren isim, marka ve diğer ayırt edici özelliklerin sahibi olmalı veya yasal olarak kullanım hakkına sahip bulunmalıdır. Ayrıca tescili mümkün tüm ticari marka, logo, sembol ve isimler ile ilgili tüm bilgileri franchise-alana vermesi gereklidir. Eğer herhangi bir hususta hukuki bir problem varsa bu yön ayrıca açıklanmalı ve franchise-veren o konuda taraf olduğu tüm hukuki davaları franchise-alana bildirmelidir.⁴³

2. Unsurları⁴⁴

2.1. Sürekli Borç İlişkisi

Franchise sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi içeren bir sözleşmedir. Buna göre taraflar hemen veya belli bir zaman içinde yerine getirdikleri tek bir edimle değil, sözleşme süresince sürekli hareketlerle veya belirli zaman aralıklarında tekrarlanan tek tek edimlerle yerine getirilir, yani edimler sözleşme süresine yayılmıştır. Franchise sözleşmesinde franchise-alanın, sürümü artırma yükümü; franchise-verenin franchise-alana sürekli yardım etme ve sınai/fikri haklarını kullandırma yükümleri vb. sözleşme boyunca süren asli edim yükümleridir.

Franchise sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi olması sebebiyle, sözleşmenin sona ermesi de diğer tüm sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi sözleşmenin ifasıyla değil, sürenin bitimiyle veya sürele uyularak olağan fesihle veya önemli bir sebebin gerçekleşmesiyle olağanüstü fesihle gerçekleşir; nitelik icabı akit ileriye etkili olarak (ex nunc) sona ermiş olur.

⁴³ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, Esas: 2001/819, Karar: 2001/4917, www.kazanci.com.tr

⁴⁴ Akpunar, Bülent S., Bilimsel İncelemeler, Franchising Sözleşmesi, Ekim 2002 (Erişim tarihi: 04.11.2011)
www.turkhukuk sitesi.com/makale_69.htm

2.2. Çerçeve Sözleşme

Franchise sözleşmesi, bir çerçeve sözleşme niteliği taşır. Bu sebeple, franchise sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülükleri, sadece genel hatlarıyla düzenlenir (ayrıntılı bir düzenleme yapılmaz) ve sözleşme süresince malların teslimi, hammaddelerin temini, eğitim esaslarının belirlenmesi gibi konularda birçok tamamlayıcı sözleşmenin yapılması gerekir.

2.3. Franchise-Alanın Bağımsızlığı

Franchise-alan, kendi ad ve hesabına çalışan bağımsız bir işletmecidir. Bu unsur, franchise sözleşmesini vekâlet, hizmet, acente, komisyon gibi kendi ad ve hesabına çalışma unsuru taşımayan sözleşmelerden ayırır. Franchise-alanın, franchise-verenin talimatlarıyla bağımlı olması, bu talimatlar doğrultusunda işini yürütmesi ve adeta franchise-verenin işletmesinin bir şubesiymiş gibi franchise sistemine üye olması, onun bağımsız işletmeci olmadığını göstermez.

2.4. Franchise Sistemi (Paketi)

Franchise sözleşmesinin bir diğer unsurunu, “franchise sistemi” veya “franchise paketi” olarak adlandırılan, franchise-verenin franchise-alana franchise sözleşmesi ile sunduğu, kapsamlı edimler demetini oluşturur. Bu sistem genel olarak pazarlama anlayışı, gayri maddi mallar ve franchise organizasyonu olmak üzere 3 ana bölüme ayrılır.

2.5. Dikey İşbirliği

Franchise sözleşmesinin tarafları, sözleşme konusu mal ve hizmetlerin sürümünü sağlamak için bir araya gelirler. Ancak bu birliktelik yatay (horizontal) değil, dikey (vertical) olmakta, yani franchise-veren ile alan farklı ekonomik basamaklarda bulunmaktadır.

2.6. Ücret

Franchise sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşmedir. Tarafların edimleri, birbirinin karşılığını oluşturur ve sözleşmeyle bunların mübadele konusu olduğu anlaşılır. Franchise-alan, franchise-verenin talimatları doğrultusunda sürüm yapma ve sürümü artırma ve ayrıca başlangıçtaki belli bir miktar, daha sonra cirosunun belli bir yüzdesi oranındaki bir ücreti periyodik olarak ödemek ile yükümlü olmaktadır.

2.7. Anlaşma Unsuru

Tam iki tarafa borç yükleyen franchise sözleşmesinin meydana gelmesi için her iki tarafın sözleşmenin esaslı noktaları, özellikle asli edimler üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına ihtiyaç vardır. Bu karşılıklı irade beyanlarının uygunluğu, sözleşmenin hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalarını içermelidir.

3. Çeşitleri

Asıl olarak iki türlü franchisingden söz edilmektedir.⁴⁵

3.1. Ürün ve Ticari İsim Verme⁴⁶

Dağıtım anlaşmasıdır. Franchise-veren (tedarik kaynağı-franchisor), bir başka firmaya (aracıya-franchisee) bir ürün dizisini, ana firmanın ismini ve ticaret unvanını promosyonel

⁴⁵ Berman and Evans, loc.cit., s. 71 (Naklen: Tek, Ömer Baybars, Pazarlama İlkeleri, Global Yönetimsel Yaklaşım Türkiye Uygulamaları, İzmir 1996, s. 598)

⁴⁶ Tek, s. 598

amaçlarla kullanarak satma yetkisi verir. Franchisee (yetki alan), franchisordan satın almayı ve onun belirli politikalarına uymayı kabul eder. Bu tür franchising’de odak noktası ‘satılan şey’ üzerindedir. Daha çok otomobil ve petrol endüstrisinde egemen olmuş bir şekildir.

3.2. İşletme Formatı Verme⁴⁷

Tüm bir firmanın işletilmesi (işletme yöntemi veya formatı) üzerinde durulur. Başarılı bir perakendeci işletme, aynı işin başka bir coğrafi yerde işletilme hakkının satışını (isim unvan dâhil) alır. Karşılığında franchisor, franchise-alan işletme sahiplerinden belirli ödemeler ile politika ve standartlara uyma taahhüdü alır. Burada odak noktası, ‘işletmenin nasıl işletildiği’ üzerindedir. Bu tür franchising imalatçının, daha çok franchise-alana malı da birlikte sağladığı bir yöntemdir. Ancak bazı hallerde imalatçı malı toptancılara satar. Franchisee’ler malları oradan alırlar. Bu durumda franchisor’un sorumluluğu daha çok yönetim ve pazarlama yardımı yapmak şeklindedir.

Franchising alan işletmeler genellikle kendilerine merkezden verilen know-how ve eğitim ile mağaza el kitaplarına göre hareket ederler. Türkiye’de de faaliyet gösteren böyle bir franchisee’nin el kitabında şu tip bilgiler yer almaktadır; *o ticaret konusuyla ilgili genel bilgiler, *mağaza işletme ilkeleri, *müşteri hizmetleri, *finansal ‘mali’ yönetim ve muhasebe, *zarar ziyan ve kayıpları önleme, *o dalla ilgili özel ticaret sözlüğü, *çalışanların yönetilmesine ilişkin kurallar, *ürün ve tedarik kaynakları, *satış teknikleri.

II. Franchising’in Avantajları ve Dezavantajları

1. Franchising’in Avantajları

1.1. Franchise-Veren Açısından Avantajları⁴⁸

⁴⁷ Tek, s. 598

⁴⁸ Bu konuda bkz. Skaupy: 2448 vd.; Weber: 348 vd.; Benisch: 386; Vogt: 57; Baudenbacher: 209; Schulthess: 83, 114; Lapin: 50; Weismann\Gey: 3; Wiechmann: 99 vd.; Martinek: 94, 106; aynı yazar, Moderne Vertragstipen, s. 16/17; Mendelsohn: 26 vd. (Naklen: Gürzumar, s. 4)

— Franchise-veren kendisinin geliştirdiği ve hâkim olduğu bir üretim, işletme ve pazarlama sistemine bağlı, kendisinin belirlediği ilkelere uymak ve denetimlere katlanmak yükümlölüğünde bulunan, hukuken bağımsız, kontrolü mümkün ve standardize edilmiş işletme birimleri aracılığıyla, işlerlikli bir dağıtım adı kurarak, pazarda büyüme ve kazancını artırma olanağı elde eder.

— Pazarda büyüme ve yayılmak için diğer sürüm yöntemlerinde gerekli olan masraflardan çok daha azına katlanır veya dağıtım adının kurulmasında masraf yapmaz. (franchise-alan kendi işletmesinin yatırım maliyetini kendisi üstlendiği için)

— Franchise-alanın işbirliğinin devamı boyunca ödediği sürekli franchise ücretleri⁴⁹ aracılığıyla, ona sunduğu hizmet ve destek faaliyetini finanse etmenin yanı sıra, kendisine fazladan bir kar alanı daha yaratabilir.

— Kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluştururken harcadığı geliştirme ve araştırma masraflarına, (piyasadaki birçok örnekte olduğu gibi) franchise-alanın başlangıçta ödediği giriş ücreti⁵⁰ aracılığıyla katkı sağlar.

— Franchise-alanın hukuken bağımsız bir tacir olarak kalması ve kendi işletmesinin yatırımını üzerine alması nedeniyle hem hukuki hem de ekonomik riski azaltır.

— Franchise-alanın, pazarına girilen yöreden olması nedeniyle, müşteriye sunulan mal veya hizmetin yöresel uyum sağlaması ve tüketici tarafından daha kolay kabul görmesi olanağını elde eder.

⁴⁹ ‘Laufende Franchisegebühren’, ‘royalty’. (Naklen: Gürzumar, s. 4)

⁵⁰ ‘Abschlussgebühr’ Sözleşme yapılırken toptan ödeme olarak ve bir seferde verilen ücrete, Anglosakson uygulamasında ‘lump-sum-franchise-fee’ denmektedir. (Naklen: Gürzumar, s.5)

— Hukuken bağımsız bir tacir olarak kalan franchise-alanın, kendi çıkarı için, işbirliğinden doğan yükümlülüklerine tamamen angaje olması sonucu, kar şansını artırır.

1.2. Franchise-Alan Açısından Avantajları⁵¹

— Franchise-alan başkasına ait, denenmiş ve başarılı olmuş bir üretim, işletme ve pazarlama sistemini kullanmak suretiyle, normalde bu tip sistemlerin geliştirilmesi için gerekli olan kapitalin çok daha azını harcayarak, franchise-verenin bu sistemin başarısıyla özdeşleşmiş isim, marka ve prestijinden yararlanarak, zaman kaybetmeksizin ve rekabet avantajı ile pazara girer.

— İşbirliği devam ettiği sürece franchise-veren tarafından sağlanan danışma, eğitim, reklam\promosyon vb. alanlardaki hizmetler aracılığıyla, rekabet avantajını sürdürme olanağı elde eder.

— Reklâm ve tanıtma giderlerini, franchise-verenden bu alanda elde ettiği destek oranında asgari düzeye indirir.

— Yukarıdaki üç maddede sayılan nedenlerle iş riskini azaltır.

— Hukuken bağımsız bir tacir sıfatıyla kendi işletmesinin sahibi olması nedeniyle göstereceği angajman sonucu, kendi başarı ve kazanç şansını artırır.

1.3. Tüketici Açısından Avantajları

— Franchising sistemi, ana firmanın kalite ve standartlarını aynen sürdüren franchise birimlerinin sayılarının artmasıyla, ürün ve hizmetlerde kalite ve teknoloji düzeyinin

⁵¹ Bu konuda bkz. Weber: 349 vd.; Schulthess: 84 vd., 115; Skaupy: 2449; Baudenbacher: 209 vd.; Schluep: 852; Martinek: 106; aynı yazar, Moderne Vertragstypen, S. 17-19; Benisch: 386 vd.; Vogt: 56; Weber: 350; Boehm\Kuhn\Skaupy: 72; Weyssmann\Gey: 3; Tietz\Mathieu: 209; Mendelsohn: 21 vd.; Kaub: 157. (Naklen: Gürzumar, s. 5)

yükselmesini sağlar.⁵² Tüketiciler tanınmış bir isme sahip olan ana firmaya güvendiklerinden her franchise biriminde, ana firmayla aynı kalite ve standartta ürün veya hizmet sunulması beklentisinde olurlar. Tüketicinin gözünde belirli bir imajı olan ana firmanın yapacağı reklâm programları sonucunda, tüketicinin diğer franchise-alan işletmelere olan güveni artar. Belirli standartlarda ve kalitede olan ürün veya hizmetlerle tüketici korunur. Franchising sisteminde ürünler markalı, ambalajlı olduğundan tüketicilerin aldatılması önlenir. Fiyatlar her franchise biriminde aşağı yukarı aynı olduğundan tüketiciler aldatılma riskiyle karşılaşmazlar. Franchise-alanlardan bazıları ana firmanın belirlediği fiyatlarda belli sınırları aşmamak üzere pazara göre farklılık yapabilirler.⁵³

— Franchising sisteminde ana firma, franchise-alan yatırımcıya ve personeline eğitim verir. Böylece müşteriye nasıl davranması gerektiğini bilen personel kaliteli, güvenilir ve tutarlı hizmeti insanlara sunar.⁵⁴

— Franchising tüketicilere yer, zaman, mülkiyet faydaları sağlar. Örneğin, Hilton Otelinde konaklamak isteyen yabancı bir turist, herhangi bir Hilton işletmesine giderek rezervasyon yaptırabilir. Buna benzer uygulamalar ulaştırma, oto kiralama ve devre mülk işletmeleri için de geçerlidir.⁵⁵ Tüketiciler uluslararası alanda ünlü olan, kaliteli, yeni ürün veya hizmete taklit edilmeden ulaşırlar. Franchise-alanlar tüketicilerin istek ve ihtiyaçlarını ana firmaya zamanında ileterek, tüketicilerin sorunlarının çözülmesine yardımcı olurlar. Ürün veya hizmetin kalitesi ve standardı yüksek olduğundan, diğer firmalar ürettikleri ürünleri veya sundukları hizmetin kalite ve standardını⁵⁶ arttırmaya çalışırlar.

⁵² Murat Akın, 'Kitlesele Üretim Sonucu Ortaya Çıkan Yeni Bir Dağıtım ve Pazarlama Yöntemi: Franchising', Verimlilik Dergisi, Sayı: 1995/3, S. 80 (Naklen: Ulaş, s. 26)

⁵³ Ulaş, s. 27

⁵⁴ Ulaş, s. 27

⁵⁵ Metin Kozak, 'Otel İşletmelerinde Franchising Uygulaması', Türkiye Kalkınma Bankası Yayını, Sayı:44, Ekim 1993, s. 17 (Naklen: Ulaş, s. 27)

⁵⁶ Ulaş, s. 27

2. Franchising'in Dezavantajları

2.1. Franchise-Veren Açısından Dezavantajları

— Ana firmanın fiyatlandırma, tutundurma ve faaliyet konusunda kontrolün bir bölümünden vazgeçmek durumunda kalması önemli bir dezavantajdır.⁵⁷ Franchise-verenin franchise-alan üzerinde yaptığı kontrol, ücretli olarak çalışan üzerinde yaptığı kontrol gibi doğrudan değildir. Kaçınılmaz olarak farklı franchise-alanlar arasında bazı standardizasyon eksiklikleri olabilir. Ana firma, franchise-alan işletmelerin yönetiminin daha esnek olmasına izin vererek kendi sahibi olduğu satış mağazalarına göre daha az kontrol sağlamalıdır.⁵⁸ Franchise-alanlar, ana firmanın personeli olmadıklarından yapılan sürekli kontrolü sinirlendirici bulurlar. Bu iki taraf arasındaki ilişkinin bozularak ürün ve hizmet kalitesinin düşmesine neden olabilir. Bununla birlikte franchise-alanın yanlış seçilmesi standartların bozulmasına ve müşteriye karşı zayıf bir imajın yaratılmasına neden olarak ana firmanın itibarını zedeler. Günümüzde bunun önlenmesi için sıkı bir denetimin olması şart olmaktadır. Özellikle fast-food endüstrisinde belirli bir ürünün kalitesini geniş coğrafik alanlarda sürdürmek için ana firmanın, hammadde ve diğer malzemelerin kalitesini kontrol edebilmesi için çeşitli yerleşim bölgelerini sık sık ziyaret etmesi gereklidir.⁵⁹ Yerel aracı, fazla bağımsız davranınca, tüm sisteme zarar verebilir. Franchising, salt isim hakkından fazla bir şeydir.⁶⁰

— Ana firma, kendi satış mağazasını kurarsa elde edilen kazancın tamamına katılır. Franchise vererek dağıtım ağını genişlettiğinde ise sadece royalty bedeli ile kazanca katılır. Bazı franchise-veren firmalar franchise mağazalarını, kendi kurdukları satış mağazalarından daha az karlı bulurlar. Ana firma yeni bir birim oluşturma maliyetlerini ve ne kadar franchise satabileceğini tahmin eder, planlar. Buna göre uygun bir başlangıç ücreti hesaplar.

⁵⁷ Tek, s. 599

⁵⁸ Donald W. Hackett, Franchising: The State Of Art, American Marketing Association Monograph Series, 9, 1977 Kansas, s. 14 (Naklen: Ulaş, s. 33)

⁵⁹ Ulaş, s. 33

⁶⁰ Tek, s. 599

Yeni birimin satışlarının başa baş ulaşarak kara geçmesi ve franchise-alandan royalty alınması zaman alabilir. Bundan dolayı ana firma, faaliyetin oluşturulmasının ilk zamanlarında yeterli çalışma sermayesine sahip olmalıdır. İngiltere’de yapılan bir araştırmada, franchise-veren firmalar başlangıçta alınan ücretin yeni bir birimi oluşturmaya yeterli olmadığını belirtmişlerdir.⁶¹

— Franchise-alan, yönetim tekniklerini belli bir süre sonra öğrenince ana firmanın yürüttüğü sistemi satmak isteyebilir ya da benzer bir sistem kurarak ana firmayla doğrudan rekabete girişebilir. Sistemden ayrılan franchise-alanın kazandığı tecrübeyle aynı alanda rekabete girişmesi yasal yollarla engellenebilir. Fakat uygulamada bunun engellenmesi zor olabilmektedir. Ana firma, franchise-alanın elde ettiği sırları açmaması, rekabet etmemesi gibi maddelerin franchise sözleşmesinde yer almasına dikkat etmelidir. Franchise-alanın sözleşme bittikten sonra belirli bir süre, aynı sektörde faaliyet göstermeyeceği şartı sözleşmede belirtilmelidir. Franchise ilişkisi karşılıklı ve birbirine güvene bağlıdır.⁶²

2.2. Franchise-Alan Açısından Dezavantajları

— Franchising sistemine katılmak için ödenmesi gereken başlangıç maliyetleri yüksektir. Franchise sistemine giriş ücretleri 20000\$-50000\$ arasındadır. Başlangıç ücretleri, yapılmak istenen işin türüne göre franchise-veren firmanın markasının kullanılması, gerekli teçhizat, demirbaş ve stokların alınarak mağazaya yerleştirilmesi, iş yerinin düzenlenmesi, eğitim, eğitim malzemelerinin sağlanması karşılığında alınır.⁶³

— Gerekli malzeme ve ekipman, franchise sözleşmesine göre ana firmanın belirlediği mağazalardan alınır ya da ana firma tarafından gönderilir. Bunun nedeni her franchise biriminde sunulan ürün veya hizmette standardizasyonun ve tutarlılığın sağlanmasıdır. Standartlardaki değişiklik, tek bir franchise-alanın başarısızlığı tüm sistemi

⁶¹ Ulaş, s. 34

⁶² Ulaş, s. 34, 35

⁶³ Ulaş, s. 27

etkileyebileceğinden ana firma için zararlı olabilir. Örneğin, McDonalds Şirketi kendisinden franchise-alanların, sadece Coca-Cola satın almalarını ister. Franchise-alan, daha ucuza başka bir Cola satan firma ile anlaşabilecekken sözleşme şartlarında belirtildiği gibi Coca-Cola satın almak zorundadır. Franchise-alan firma, malzemeler için ana firmaya çok daha fazla ödemede bulunabilir. Kendi bölgesel tedarikçisinden daha ucuza satın alabileceği malzemeleri ana firmanın belirlediği yerlerden satın almak zorundadır.⁶⁴

— Karın taraflar arasında nasıl paylaşılacağı konusundaki kararlar, franchise-verenin finansal gücünden dolayı franchise-veren tarafından verilir. Franchise-alan, sisteme giriş ücretinden başka sürekli olarak, aylık satışların belirli bir yüzdesini yani royalty bedelini (%1-%11) ana firmaya ödemek zorundadır. Royalty'nin çok yüksek istenmesi franchise-alanların işletmelerini kapatmak zorunda kalmalarına neden olabilir.⁶⁵ Franchise-alan yatırımcı işi öğrendikten sonra, ana firmanın sağladığı sürekli yardımın ödediği royalty bedeline değmediğini düşünerek yaptığı ödemelerden kaçmak isteyebilir. Franchise ödentisinin iyi belirlenememesi durumunda franchise-alan faaliyetine başlamadan zarar edebilir.

— Franchise sisteminin franchise-alan açısından önemli bir diğer dezavantajı, franchise-alanın hukuken bağımsız bir işletmeci olmasına rağmen ana firma tarafından sürekli denetlenerek kontrol edilmesidir. İşletmenin ticari faaliyetler performansının tespit ve değerlendirilmesi için çeşitli işletme bilgilerini ve mali tablolarının devamlı takip edilmesi ve üçüncü şahıslar tarafından incelenmesi franchise-alan açısından sıkıntı verici bir durumdur. Franchise sözleşmesine göre birçok prosedürü takip etmesi gereken franchise-alanın bağımsızlığının bir kısmını kaybettiğini söyleyebiliriz. Kontrollerin nasıl yapılacağı ana firma tarafından belirlenir. Franchise-veren bir müşteri gibi franchise-alanın mağazasına gelip genel durumu gözlemleyebilir. Franchise-alan, denetime dikkat ederek maliyetleri, yıllık satışları ve geliri hakkında ana firmaya sürekli rapor vermelidir.⁶⁶

⁶⁴ John Shaughnessy, Competitive Marketing, A Strategic Approach, Third Edition, Clays Ltd., London, 1995, s. 665 (Naklen: Ulaş, s. 28)

⁶⁵ Nickels, Mchugh, a.g.e., s. 146 (Naklen: Ulaş, s. 28)

⁶⁶ Richard M. Hodgetts, Effective Small Business Management, Academic Pres, New York, 1988, s. 90 (Naklen: Ulaş, s.29)

— Franchise-alan, faaliyette bulunacağı bölge sınırlarının sözleşmede belirtilmesine dikkat etmelidir. Kendi birimine yakın bir yerde, yeni bir franchise biriminin açılması sonucu ana firmayla aralarında çatışma doğabilir. Yeni bir franchise biriminin açılması ana firmanın satışlarını arttırırken, faaliyette bulunan birimin satışlarını düşürecektir. Bu nedenle uygun bir yer seçiminin yapılması, bölgesel sınırların belirlenmesi gereklidir.⁶⁷

2. BÖLÜM

FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Franchise Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

1. Kanunda Düzenlenmemiş, Karma Bir Sözleşme Olarak Franchise Sözleşmesi ve Benzer Sözleşmelerden Farkı

Franchise sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiş olan bir karma sözleşmedir. Bu sözleşmede, kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş değişik sözleşmelerde rastlanılan unsurlar bir arada yer almaktadır. Franchise sözleşmesi, (franchise-alanın sürümü destekleme ve franchise-verenin hizmet ve yardım sunma borçları açısından) iş görme sözleşmelerine ve (franchise-verenin, fikri ve sınai unsurlardan franchise-alanı yararlandırma borcu açısından) kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmelere özgü edimleri bir araya getiren bir hukuki ilişkidir.⁶⁸

Franchise sözleşmesi ile karşılaştırılması gereken sözleşmelerin başında **acente** gelir. Bundan maksat, elbette, aracılık acentesi değil, sözleşme yapan acentedir.⁶⁹ Yeni T.T.K. md. 102/I acenteyi; ‘Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer

⁶⁷ Ulaş, s. 32

⁶⁸ Gürzumar, s. 20, 21

⁶⁹ ‘Abschlussagent’ (Naklen: Gürzumar, s. 22)

veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse' olarak tanımlamıştır. Acentelikten farklı olarak franchising sözleşmesinde, franchise-alan kendi nam ve hesabına hareket eder ve geliri, ürünlerin alım-tekrar satımı arasındaki fiyat farkından oluşur. Franchise-verenin, alana ücret ödemesi de söz konusu değildir, aksine franchise-alan, verene ödeme yapar.⁷⁰ Ayrıca franchising sözleşmesinde, franchise-alanın, mal veya sair ürünleri belli bir bölgede pazarlama imtiyazına sahip olması da (tekel hakkı), acenteliğin aksine, önemli bir unsurdur.⁷¹ Acentenin, franchising'de olduğu gibi müvekkilinin teknik bilgi ve becerisinden (know-how) yararlanma hakkı da, kural olarak yoktur.⁷²

Öte yandan franchise sözleşmesi bir ('alelittlak') **vekâlet sözleşmesi** de değildir. Çünkü franchise sözleşmesindeki, fikri ve sınaî hakların kullanılması ediminin (yani lisans öğelerinin) bir asli unsur oluşturması durumu, vekâlete yabancıdır.⁷³ Ayrıca, (temsil gerektiren) vekâlette vekil müvekkili adına ve hesabına (doğrudan temsil) veya kendi adına müvekkili hesabına (dolaylı temsil) hareket ederken, franchise-alan her zaman kendi adına ve hesabına hareket eder.⁷⁴

Franchise sözleşmesi, bir **hizmet sözleşmesi** de değildir. Çünkü franchise sözleşmesi, taraflardan birine (yani franchise-verene), diğerinin (yani franchise-alanın) tam anlamıyla kişisel tabiiyetini kuran bir ilişki değil; hukuken kendi adına ve hesabına faaliyet gösteren iki bağımsız tacirin, kendilerine ait ticari işletmelerini esas alan bir işbirliğidir.⁷⁵ Yani, hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsuru⁷⁶ franchise sözleşmesinde yoktur.

⁷⁰ Kırca, Ç.: s. 99 (Naklen: Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2008, s. 199)

⁷¹ Schulthess: s. 137 (Naklen: Arkan, s. 199)

⁷² Schulthess s. 137 (Naklen: Arkan, s. 199)

⁷³ Baudenbacher: 212; aynı yazar, ... im schweizerischen und europaeischen ..., s. 374 (Naklen: Gürzumar, s. 22)

⁷⁴ Schulthess: 139; Martinek:315; tek satıcılık sözleşmesi açısından krş. Tandoğan, C.I/1, s.36 (Naklen: Gürzumar, s. 22)

⁷⁵ Schulthess: 141; Baudenbacher: 212; aynı yazar, ... im schweizerischen und europaeischen ..., s. 374; Martinek: 315; Skaupy, NJW 1992, Heft 29, s. 1789/1790 (Naklen: Gürzumar, s. 23)

⁷⁶ Bkz. bu konuda Yavuz, C.II, s. 6 (Naklen: Gürzumar, s. 23)

Franchise sözleşmesine belki de en çok benzeyen, yine kanunda düzenlenmemiş bir çerçeve sözleşme olan, **tek satıcılık sözleşmesidir**.⁷⁷ Tek satıcı, genellikle piyasada tanınan ve satışı konusunda tekel hakkına sahip olduğu belirli bir marka malın satışını yapar. Günümüzde kullanılan franchising sisteminde ise franchise-veren firma, bir üretim, pazarlama ve işletme sisteminin sahibidir. Sadece tanınmış bir ürünü satmaz, kendisinin başarılı olmasını sağlayan yöntemleri franchise-alana öğretir. Franchise sözleşmesinin konusu, franchise hakkını hem kullanma hem pazarlama ve satış yetkilerini kapsarken; tek satıcılık sözleşmesinin konusu sadece ürünlerin satışlarıdır.⁷⁸ Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcı, üreticinin işaretleri yanında kendi ticaret unvanını, markasını veya diğer tanıtıcı işaretlerini kullanır. Ana firmanın mağaza işaretlerinden, ticari yöntemlerinden yararlanmaz. Franchising sözleşmesinde ise franchise-alan, kendi ticaret unvanını franchise-verenin sistemindeki marka, işletme adı, vb. tanıtıcı işaretlerinin arkasına gizlemek zorundadır.⁷⁹ Franchise sözleşmesinde franchise-alan belirli ücretler (başlangıçta ödediği işe giriş ücreti ve royalty) öderken tek satıcılık sözleşmesinde, tek satıcı sadece üreticiden satın aldığı malların bedelini öder ve kendi adına ve hesabına sattığı mallardan elde ettiği satış karı kendisine kalır. Royalty ödemez. Tek satıcının kazancı malı satın alma ve tekrar satma arasındaki fiyat farkından oluşur. Franchising sisteminde franchise-alan ve franchise-veren riski paylaşırlarken, tek satıcılık sözleşmesinde riske tek satıcı katlanır. Franchising sisteminde ise franchise-alan her ne kadar bağımsız olsa da, sistemin bir parçası olarak franchise-verenin sistemine entegre olur. Sistemdeki herhangi bir başarısızlık franchise-alan kadar ana firmayı da etkilediğinden ana firmadan sürekli destek görür. Tek satıcılık sözleşmesinde üretici, sözleşme bölgesinde doğrudan doğruya veya başkaları aracılığıyla başka kişilerle tek satıcılık sözleşmesi yapamaz. Ana firma, franchise-alanın bölgesindeki pazar potansiyelinin artması halinde başka kişilere franchise verebileceğini sözleşmede belirtirse, franchise-alanın pazar potansiyeli arttığında başka kişilere franchise verilebilir.⁸⁰

⁷⁷ ‘Alleinvertriebsvertrag’; ‘Vertragshaendlervertrag’ Alman Hukukunda, bu iki terim arasında yapılan ayırım için bkz. Schluep: 843; Weber: 352; Ulmer: 190 vd., 249 (Naklen: Gürzumar, s.24)

⁷⁸ Halil Nurettin Topçu, Franchising Sözleşmesi, Doktora Tezi, İstanbul, 1991, s. 45 (Naklen: Ulaş, s. 114)

⁷⁹ Joerges, a.g.e., s. 304 (Naklen: Ulaş, s. 115)

⁸⁰ Ulaş, s. 115

Kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler arasında, franchise sözleşmesine çok benzeyen bir diğer sözleşme de **lisans sözleşmesidir**. Franchise sözleşmesinin, lisans sözleşmesi ile ortak olan özelliği, franchise-verenin asli edim yükümlülüğünün çok önemli bir parçasının, kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemi içerisindeki gayri maddi mallardan (fikri ve sınaî unsurlardan) yararlanma ve onları kullanma olanağının franchise-alana tanınması şeklinde ortaya çıkmasıdır. Ancak saf bir lisans sözleşmesinde, lisans-alanın, lisans-verenin dağıtım organizasyonuna entegre edilmesine yönelik düzenlemeler yer almadığı gibi, lisans-alanın sürümü destekleme şeklinde ortaya çıkan bir asli edim yükümlülüğü de söz konusu değildir.⁸¹ Bunun yanı sıra, lisans sözleşmelerinde lisans-verene sık sık tanınan talimat ve denetim yetkileri, franchise-verenin franchise-alan karşısında sahip olduğu (ve esas itibariyle, detaylı bir şekilde organize edilmiş olan sistem bütünlüğünün korunmasına yönelik) talimat ve denetim yetkilerine nazaran çok daha sınırlıdır.⁸²

2. Sürekli Bir Borç İlişkisi Olarak Franchise Sözleşmesi

Bilindiği gibi, kira, hizmet, şirket, lisans, tek satıcılık vb., sürekli borç ilişkisi⁸³ kuran sözleşmelerde asli edim yükümlülüklerinin ifası ani nitelikli değildir; başka bir ifade ile, bu tür hukuki ilişkilerde borçlu(lar), belirli veya belirsiz ‘bir süre boyunca ... kesintisiz bir ifa veya katlanma yükümlülüğü altında’⁸⁴ kalır(lar). Franchise sözleşmesinde tarafların yüklendikleri asli edimler dikkate alındığında görülür ki, bu sözleşmeler de, sürekli borç ilişkisi kurarlar. Franchise sözleşmesinde, franchise-alanın ödediği giriş ücreti gibi bir defaya mahsus veya ani nitelikli edimler de söz konusudur; ancak, franchise-alanın sürümü yapma ve destekleme borcu ile franchise-verenin üretim, işletme ve pazarlama sistemini kullandırma (ve buna katlanma) ve franchise-alana yardımcı olma yükümlülüğü, bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerden sayılması için yeterlidir.⁸⁵ Franchise-veren ve franchise-alan,

⁸¹ Baudenbacher: 213; aynı yazar, ... im schweizerischen und europaeischen ..., s. 375 (Naklen: Gürzumar, s. 26)

⁸² Bkz. ve krş. Schulthess: 151 (Naklen: Gürzumar, s. 26)

⁸³ ‘Dauerschuldverhaeltnisse’ Bu kavram hakkında bkz. Gauch: 6 vd.; Tuhr/Escher: 45; Seliçi: 4 vd.; Guhl/Merz/Kummer: 37; Martinek: 259 (Naklen: Gürzumar, s. 26)

⁸⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: 11 (Naklen: Gürzumar, s. 26)

⁸⁵ Martinek: 259; bkz. ve krş. ayrıca Guhl/Merz/Kummer: 37 (Naklen: Gürzumar, s. 26)

aralarındaki sözleşme ilişkisi devam ettiği müddetçe sürmesi gereken işbirliğini, ancak bu yükümlülükleri yerine getirerek gerçekleştirebilirler ve bu yükümlülüklerin konusunu oluşturan edimler de, sözleşme ilişkisinin ömrüne göre belirlenen bir sürekliliğe sahiptirler.⁸⁶ Bu nedenle, franchise sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğu, tartışmasız olarak kabul edilmektedir.⁸⁷

3. Bir Çerçeve Sözleşme Olarak Franchise Sözleşmesi

Franchise sözleşmesinde sadece, sözleşme konusu mal ve/veya hizmetlerin sürümünde yapılacak işbirliğini hedef alan temel hak ve yükümlülükler düzenlenir.⁸⁸ Sözleşme bu niteliğiyle, örneğin sürümü yapılacak mallarla ilgili satım sözleşmeleri gibi, ileride taraflar arasında gerçekleştirilecek olan bazı münferit hukuki işlemlere bir temel teşkil eder⁸⁹ ve bu münferit hukuki işlemlerin gerçekleştirilmesi franchise sözleşmesinin uygulanma (yani bu sözleşmeden doğan borçların ifası) safhasının önemli bir parçasını oluşturur.⁹⁰ Bütün bu özellikler çerçevesinde franchise sözleşmesinin bir çerçeve sözleşme olduğu anlaşılmaktadır.

II. Franchise Sözleşmesinin Şekli

Franchise sözleşmesi, kural olarak, geçerlilik şartı oluşturan herhangi bir kanuni şekle tabi değildir.⁹¹ Uygulamada ise, anlaşılır nedenlerle, istisnasız olarak, yazılı sözleşme tercih edilmektedir.⁹² Yazılı düzenleme de çok büyük dikkat gerektirmektedir. Eğer taraflar bu aşamada önemli kuralları göz ardı ederlerse, bir franchise sözleşmesi yasal olarak geçersiz olabilir.⁹³ Sözleşme konusu olan ve üzerinde franchise-alan kullanma hakkı tesis edilen

⁸⁶ Bkz. ve krş. Gauch: 6 vd.; Martinek: 259 (Naklen: Gürzumar, s. 26)

⁸⁷ Bkz. Schulthess: 29 vd., 132, 197; Baudenbacher: 210; Schlupe: 856; Behr. 27 vd.; Mack: 82; Martinek: 259 vd. 380; BGHZ 1984, 571 (Naklen: Gürzumar, s. 26)

⁸⁸ Martinek: 257, 379 (Naklen: Gürzumar, s. 28)

⁸⁹ Martinek: 257 vd.; Mack: 87 (Naklen: Gürzumar, s. 28)

⁹⁰ Bkz. Mack: 87 (Naklen: Gürzumar, s. 28)

⁹¹ BK m. 11/I. İsviçre hukuku için krş. örn. Baudenbacher, ... im schweizerischen und europaeischen ..., s. 377 (Naklen: Gürzumar, s. 30)

⁹² Gürzumar, s. 30

⁹³ www.franchise-net.com.tr (Erişim tarihi: 04.11.2011)

Üretim, işletme ve pazarlama sistemi, bir marka, patentli bir teknik buluş veya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında bir eser de içeriyorsa, ülkemiz hukuku açısından, franchise sözleşmesindeki kanuni şekil serbestisinin istisnasız olup olmadığı sorusu ortaya çıkar. Çünkü Markalar Kanunu m. 34/III' e göre marka lisansı sözleşmeleri ve İhtira Beratı Kanunu m. 25/I' e göre patent lisansı sözleşmeleri noterde düzenleme usulüne, eser üzerindeki mali haklara dair sözleşme ve tasarruflar da, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 52. maddesine göre, yazılı şekle tabidir.⁹⁴

Franchise-verenin, franchise sözleşmesi ile franchise-alana tanıdığı kullanma hakkının konusunu oluşturan unsurlar arasında (tescilli) bir marka da mevcutsa ve franchise sözleşmesi noterde düzenleme usulüne uyularak yapılmamışsa, o takdirde, Markalar Kanunu m. 34/III gereğince ortada geçerli bir lisans anlaşması bulunmadığından, franchise-alan, söz konusu marka üzerinde, henüz herhangi bir kullanma hakkı elde etmiş değildir. Bu durumda, franchise sözleşmesindeki, franchise-alanın markayı kullanma hakkını hedefleyen, ancak noter tarafından yapılmayan düzenleme, bir n sözleşme olarak da nitelendirilemez.⁹⁵ Marka lisansını içeren, ancak noterlikçe tanzim edilmemiş olan franchise sözleşmelerinin, de lege lata, ya kısmi butlan ile sakat olması, ya da (marka, sistemin çok önemli bir parçasını oluşturuyorsa ve/veya tarafların marka lisansı olmaksızın franchise sözleşmesini yapmayacakları sabitse -ki marka içeren hemen her franchise sözleşmesinde durum budur-) tamamen batıl sayılması tarzında bir sonuca sebep olabilir. Eğer bu sonuç benimsenecek olursa, bir franchise sözleşmesinin, yukarıda andığımız gerekçelerle, kısmen ya da tamamen batıl olduğunun ileri sürülmesi, somut olayda ancak Medeni Kanun m. 2' deki hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlandırılabilir.⁹⁶

Ancak Gürzumar'a göre; pozitif hukukumuz açısından, ilk bakışta çok doğal gözüken bu 'butlan ve kısmi butlan' sonucunun, franchise sözleşmesinin bir 'ereve sözleşme' olma özelliğinden hareket edilerek, bertaraf edilmesi mümkündür. şöyle ki: Franchise sözleşmesi

⁹⁴ Gürzumar, s. 30

⁹⁵ Franchise sözleşmesinin, başlı başına ve bir bütün olarak da n sözleşme teşkil etmediği konusunda bkz. Gürzumar, s. 28, dipnot 180 (Gürzumar, s. 31)

⁹⁶ Gürzumar, s. 31

bir çerçeve sözleşme olduğuna göre, marka lisansının ileride noterde düzenlettirilmesi ve böylece de franchise-alana marka üzerinde bir kullanma hakkı tesis edilmesi, çerçeve sözleşmenin uygulanması (yani bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifası) safhasına aittir. Başka bir deyişle, franchise-alana noterde düzenlenen bir senet ile marka lisansı verilmesi, onun -çerçeve sözleşmeden doğan- üretim, işletme ve pazarlama sisteminden yararlanma hakkının hayata geçirilmesinden, yani franchise-verenin, sistemini franchise-alana kullandırma borcunun ifasının (belli ve çoğunlukla -çok da önemli-) bir parçasından başka bir şey değildir. Bu nedenle de, franchise-alana yararlanma hakkı tanınan sistem içinde marka (da) yer alan bir franchise sözleşmesinin noterde tanzim ettirilmemiş olması, bu sözleşmenin geçersizliğine sebep olamamalıdır. Sözleşme geçerlidir, ama franchise-alan, ilgili marka üzerinde henüz bir kullanma hakkı kazanmamıştır; franchise-veren, sonradan, notere giderek marka lisansı sözleşmesi yapılmasına razı olmazsa, bu davranışı, sözleşmeye aykırılık teşkil eder.⁹⁷

3. BÖLÜM

FRANCHISE SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

I. Franchise-Verenin Borçları

1. Üretim, İşletme ve Pazarlama Sistemini Franchise-Alana Kullandırma Borcu

Franchise sözleşmesinde, franchise-veren, kendisine ait olan üretim, işletme ve pazarlama sistemini, başka bir ifadeyle, bu sistemi oluşturan (marka, işletme adı, mal veya hizmetleri tanıtıcı diğer işaretler, üretim, işletme ve pazarlama alanında sahip olunan sırlar

⁹⁷ Gürzumar, s. 31, 32

veya bilgi ve tecrübeler⁹⁸ gibi) fikri ve sınaî unsurları, franchise-alana kullandırma borcu altına girer.⁹⁹

Söz konusu borç, franchise-alanın sözleşmeyi yapmaktaki ekonomik motiflerine uygun olarak, onun ilgili franchise zincirine, yani pazarda müşteri gözünde bir birlik oluşturan işletmeler bütününe, maksimum düzeyde entegre olmasını sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle de, franchise-verenin üretim, işletme ve pazarlama sistemine dâhil fikri ve sınaî unsurlardan hangilerinin franchise-alanın kullanımına açıldığının tespitinde şüphe ortaya çıkarsa, bu hususun kıstas olarak alınması, yerinde olur.¹⁰⁰

Franchise-verenin, franchise sözleşmesi için tipik olan bu asli edim yükümlülüğünün doğal ve işlevsel parçaları veya uzantıları olarak, franchise-alanın, sözleşmenin yapılmasından sonra franchise-verenin üretim, işletme ve pazarlama sistemine alınan yeni fikri ve sınaî unsurları da -şartları gerçekleşmişse- kullanma hakkının bulunduğu¹⁰¹ ve franchise-verenin, sözleşme ilişkisi süresince, franchise-alanın kullanımına sunduğu sisteme dâhil fikri ve sınaî unsurların devamlılığını fiili ve hukuki anlamda sağlamak zorunda olduğu¹⁰², sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile (veya aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı takdirde) kabul edilmelidir.

⁹⁸ Gizli olmayan know-how üzerinde belli bir süreyle sınırlı bir kullanıma yönelik bir kullanma hakkı (lisans) anlaşmasından, hukuki anlamda söz edilip edilemeyeceği konusundaki düşüncelerimiz saklı kalmak kaydıyla (bkz. 4. Bölüm I/B/2/a) ve sistematikteki anlam bütünlüğünü bozmamak amacıyla, franchise-verenin üretim, işletme ve pazarlama sistemine dâhil bu değerlere ilişkin borcunu da, bu başlık altında zikretmek ihtiyacını hissediyoruz. (Gürzumar, s. 11)

⁹⁹ Üretim, işletme ve pazarlama sistemi kavramı ve bunu oluşturan fikri ve sınaî unsurların hukuki niteliği ve himayesi için bkz. 3. bölüm (Gürzumar, s. 11)

¹⁰⁰ Bu konuda krş. örneğin Martinek: 376 (‘franchise-verenin, franchise-alanı, kendi dağıtım sisteminin bir parçası bir parçası halina getirmek yükümlülüğü’ = ‘Pflicht des Franchise-Gebers zur Eingliederung des Franchise-Nehmers in das Vertriebssystem’) (Naklen: Gürzumar, s.11)

¹⁰¹ Bu konuda bkz. 4. Bölüm I/III/B (Gürzumar, s. 11)

¹⁰² ‘İfaya yardımcı yan yüküm’ (bkz. Eren, C.I, s.43/44; krş. Kocayusufpaşaoğlu: 21/22 -‘en geniş anlamı ile yan edim mükellefiyetleri’-) (Franchise-verenin bu borcu hakkında bkz. 4. Bölüm I/III/D, Naklen: Gürzumar, s. 11)

2. Franchise-Alanı Destekleme Borcu

Franchising işi, franchisor'un çeşitli alanlarda uzmanlığa sahip olmasını gerektirir. Stratejik planlama, kurumsal gelişme, finansal analiz, franchise sözleşmelerinin hazırlanması, operasyon belgeleri ve el kitapları, eğitim, franchise pazarlaması ve franchise satışları vb.¹⁰³ Franchise-verenin, sözleşme ile yüklendiği borcunun bir kısmını, franchise-alanı, bu sıfatıyla sürdüreceği ticari etkinliğinde sürekli olarak destekleme yükümlülüğü oluşturur.¹⁰⁴ Konusu, franchise-alana, ilgili üretim, işletme ve pazarlama sisteminden en verimli şekilde yararlanabilmek için¹⁰⁵ gereksindiği her türlü yardımın (danışma hizmeti, eğitim vb. yollarla) sunulması olan bu asli edim yükümlülüğü, bir sözleşme kaydında genel olarak formüle edilmiş olabileceği gibi, sözleşmede münferiden düzenlenmiş çeşitli edim ve ifa modalitelerinden, dolaylı olarak da anlaşılabilir.¹⁰⁶

Franchise sözleşmelerinde bu borç, genellikle, kurslar veya başka eğitim organizasyonlarıyla franchise-alanın ve personelinin eğitilmesi; franchise-alanın işletmesinin kurulması aşamasında ve sonrasında, ona, pazar araştırması, mali danışmanlık, teknik yardım, işletme ve yönetim hizmetleri sunulması; reklâm ve promosyonlarda (özellikle, ilgili franchise zincirinde kurumsallaşmış yayın, katalog, prospektüs vb. reklam materyallerinde) franchise-alanın işletmesine yer verilmesi ve diğer tanıtım yardımlarının yapılması gibi, birbirinden farklı bir çok edimlerle somutlaştırılmaktadır.¹⁰⁷ Ancak, bunlar dışında, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış bile olsa, franchise-alanın, kendi kullanımına açılan üretim, işletme ve pazarlama sisteminden optimal şekilde yararlanmasını ve ilgili franchise zincirine entegrasyonunu sağlayacak daha başka edimlerin varlığı da kabul edilebilir.¹⁰⁸

¹⁰³ (Erkan, İlhan: 'Başarılı Bir Franchising Sistemi İçin', Haziran 2011, Sayı: 21, s. 89)

www.franchisedunyasidegisi.com.tr

¹⁰⁴ Gürzumar, s. 12

¹⁰⁵ Schluep: 855; krş. ayrıca Baudenbacher: 210 (Naklen: Gürzumar, s. 12)

¹⁰⁶ Gürzumar, s. 12

¹⁰⁷ Bu konuda bkz. ve krş. Schulthess: 133; Wang: 200; aynı yazar, ... im Gastgewerbe ..., s. 349; Skaupy: 2446; Boehm/Kuhn/Skaupy: 144 (Naklen: Gürzumar, s. 12)

¹⁰⁸ Gürzumar, s. 12

Franchising'e başlamak için franchisor'lar, sözleşmelerin yapılması, belgelerin hazırlanması ve gerekli kayıtların yapılması için yasal giderleri karşılamak durumundadırlar. Ayrıca, muhasebe, basım, yolculuk vs. giderleri de olacaktır. Franchise pazarına yatırım yapmaları ve franchise organizasyonunu kurmak için para harcamaları gerekir. Sadece ayaklarını ıslatacak kadar suya girmek isteyenler için franchising'e yapılan yatırım küçük olacaktır. Ancak daha derin sulara dalmak isteyenler için giderler çok yüksek olabilir.¹⁰⁹

3. Franchise-Alana Tanınan Tekel Bölgesinde Başka Franchise Vermeme Borcu

'Tekel bölgesi'¹¹⁰ denilince, franchise-alana franchise-veren tarafından bahsedilen ve sınırları dâhilinde franchise-verenin sözleşme konusu mal veya hizmetlerin sürümünü yapmayacağı ve başkalarıyla da franchise sözleşmeleri akdetmeyeceği bir bölge anlaşılır.¹¹¹ Ana firma, franchise-alana belirli bir bölgede faaliyette bulunma hakkı verir ve bu bölge içerisinde başka biriyle franchise anlaşması yapamaz. Ana firmanın franchise-alanın bölgesinde ve diğer franchise-alanların bölgelerinde faaliyet göstermeyeceği, bölge korunması sözleşmede hükümlerle belirtilmelidir.¹¹²

Ancak Gürzumar'ın da katıldığı görüşe göre; franchise-alana tanınan tekel bölgesi, franchise sözleşmesinin esaslı unsurlarından olmadığı gibi; böyle bir bölgenin franchise-alana tanındığını kabul etmek de, açıkça kararlaştırılmamış olduğu veya somut sözleşmenin tümünün yorumundan aksi anlaşılmadığı sürece, mümkün değildir. Bu görüşe göre, tekel bölgesi hükümleri içermeyen sözleşmeler de, eğer diğer asgari esaslı unsurları taşıyorlarsa, franchise sözleşmesi teşkil edebilirler. Bu nedenle, franchise-verenin kullandırma

¹⁰⁹ (Erkan, İlhan: 'Başarılı Bir Franchising Sistemi İçin', Haziran 2011, Sayı: 21, s. 90)

www.franchisedunyasidegi.com.tr

¹¹⁰ 'Ausschliesslichkeitsgebiet' (Naklen: Gürzumar, s. 117)

¹¹¹ Martinek: 442, 443; Jurgeleit: 13, 14 (Naklen: Gürzumar, s. 117)

¹¹² Ulaş, s. 101

yükümlülüğü ile ilgili olan yapmama borcunun kapsam ve niteliği açıklanırken, tek el bölgesi hükümleri içermeyen franchise sözleşmelerinin de dikkate alınması gerekmektedir.¹¹³

Bu sözleşmelerde franchise-verenin, yalnızca sözleşme konusu mallara ilişkin sürüm hakkının tek el bölgesinde sınırlanması anlamında değil; bu bölgede, üretim, işletme ve pazarlama sistemindeki gayri maddi mallar üzerinde, franchise-alan dışındaki kişilere lisans hakları tanımamak anlamında da bir yapmama borcu altına girdiği kolayca anlaşılır. Bu tür sözleşmelerde, franchise-alana, gerçek anlamda bir inhisari lisans hakkı tanınması söz konusudur.¹¹⁴ Eğer franchise-veren söz konusu bölge içerisinde üçüncü bir kişiye, üretim, işletme ve pazarlama sistemine dâhil gayri maddi mallardan biri üzerinde lisans hakkı tanırsa, bu takdirde, sözleşmeye aykırılık nedeniyle franchise-alanın uğradığı zararı tazmin etme yükümlülüğü altına girer ve hatta franchise-alana (üçüncü kişiye verilen lisans hakkı, sözleşme temelini, franchise-alandan bu ilişkiye devam etmesini beklenemez kılacak bir yoğunlukta sarsmışsa ve franchise-alanın bu ilişkiden beklediği menfaatlere ulaşmasını tamamen veya büyük oranda engelliyorsa¹¹⁵) sözleşmeyi önemli sebeple derhal feshetme olanağı da vermiş olur.¹¹⁶

Basit lisans hakkı veren saf lisans sözleşmelerinde bile, lisans-veren üçüncü kişilerle başka lisans sözleşmeleri yapma hakkını kullanırken iyi niyet ve dürüstlük kuralına riayet etmeli ve özellikle, başkalarına dilediği kadar serbest lisans hakları tanımak suretiyle ilk lisans sözleşmesinin temelini ciddi olarak sarsmaktan kaçınmalıdır.¹¹⁷ Bu nedenle, özel ve yoğun bir güven ilişkisi kuran franchise sözleşmesinde de, franchise-alanın inhisari değil, basit lisans

¹¹³ Gürzumar, s. 117, 118

¹¹⁴ Bkz. örn. AT Komisyonu Kararı GRUR Int. 1987, 237: ‘Yves-Rocher, kendisine ait firma şildini, markaları, sembolleri, sınaî resim ve modelleri, özellikle şişelerde, paketlerde ve dükkân dekorasyonunda münhasıran kullanmak hakkını franchise-alana tanır’; Eugh, Wuw/E 6/1986, EWG/MUV 694: ‘Franchise-veren, Pronuptia de Paris işaretini, mal ve hizmetlerinin sürümünde ve ... bölgesinde münhasıran kullanmak hakkını, franchise-alana tanımaktadır.’ (Naklen: Gürzumar, s. 118)

¹¹⁵ Bu durum, özellikle, franchise-alanın tek el bölgesinde üçüncü kişi lehine lisans konusu edilen gayri maddi mal, somut franchise ilişkisindeki üretim, işletme ve pazarlama sisteminin çok önemli bir unsuruyorsa ve bu nedenle bu üçüncü kişinin de müşteri tarafından söz konusu franchise zincirinin bir halkası olarak algılanması tehlikesi doğuyorsa, ortaya çıkar. (Naklen: Gürzumar, s. 118)

¹¹⁶ Tek satıcılık sözleşmesinde, saf sürüm sınırlaması ifade eden tek el bölgesi hükümleri açısından aynı yönde Tandoğan, C.I/1, s.52 ve İşgüzar: 95-97 (Naklen: Gürzumar, s. 118)

¹¹⁷ Stumpf, Der Lizenzvertrag, s. 207 (Naklen: Gürzumar, s. 119)

hakkına sahip kılındığı sonucuna varılan durumlarda bile, franchise-verenin üçüncü kişilerle münferit lisans sözleşmeleri akdetme hakkının sınırlı olduğu evleviyetle (ve hatta bu lisans sözleşmelerinin karşılıklı veya serbest olup olmadığına bakılmaksızın) kabul edilmek gerekir. Franchise sözleşmesinin nitelik ve amacı, bunun aksi bir sonuca varılmasına engeldir. Böylece, eğer franchise-veren, franchise-alanın kullanımına açtığı üretim, işletme ve pazarlama sistemindeki gayri maddi mallar üzerinde, onun etkinlik gösterdiği bölgedeki üçüncü kişilere münferit lisans hakları tanıma olanağını abartarak franchise sözleşmesini temelden sarsar ve bu suretle franchise-alanın bu sözleşmeden beklediği ekonomik menfaatleri elde etmesi olanağını tamamen veya önemli ölçüde ortadan kaldırırsa, o zaman franchise-alana, sözleşmeye aykırılık (akdin müspet ihlali) nedeniyle uğradığı zararı tazmin ettirme ve hatta sözleşmeyi haklı sebeple derhal feshetme imkânını tanımış olur. Üçüncü kişilere verilen münferit lisans hakları nedeniyle franchise sözleşmesinin temelinin sarsılması, özellikle franchise sözleşmesinin konusu olan gayri maddi malların birçoğu üzerinde çok sayıda üçüncü kişiyle lisans sözleşmeleri yapılması durumunda ortaya çıkabilir. Ancak, sisteme dâhil gayri maddi mallardan bir teki üzerinde bir üçüncü kişiye lisans hakkı tanınmış olması durumunda bile, eğer bu gayri maddi mal sisteminin en önemli unsurlarından birini oluşturuyorsa, birçok olayda, franchise sözleşmesinden franchise-alanın beklediği menfaatlerin, franchise-verenin aktif davranışıyla engellendiği sonucuna varılması gerekir. Franchise-verenin bundan kaçınması gerekliliği, bir yan borç olarak, karşı tarafın çıkarlarını koruma ve sadakat yükümlülüğü içinde de mütalaa edilebilir.¹¹⁸

II. Franchise-Alanın Borçları

1. Sözleşme Konusu Mal ve Hizmetlerin Sürümünü Kendi Nam ve Hesabına Yapma Borcu

Franchise-alanın, franchise sözleşmesi ile üzerine aldığı ve bu sözleşmenin esaslı unsurlarından birini oluşturan asli edim yükümlülüğünün çekirdeğini, franchise-verenin

¹¹⁸ Gürzumar, s. 119, 120

üretim, işletme ve pazarlama sistemine dâhil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmak ve desteklemek teşkil eder.

Franchise-alan, bu yükümlülüğü çerçevesinde, sürümün artması için kendisinden basiretli bir tacir olarak beklenebilecek olan özeni göstermek zorundadır. Mamafih, franchise sözleşmelerinde, sürümün artması için gerekli olan reklam, promosyon ve pazarlama vb. etkinliklere ilişkin ilkeler¹¹⁹ zaten franchise-alanın kesinlikle uymak zorunda olduğu sistemde içerilmekte veya franchise-veren tarafından (sistem sınırları dahilinde, talimatlarla) belirlenmektedir.¹²⁰ Bu nedenle, bunlara uymamak, franchise-alan açısından, sürümü destekleme borcunun -en azından gereği gibi yerine getirmemek anlamında (da)- ihlali ve böylece de sözleşmeye aykırılık teşkil eder.

Franchise-alan, kural olarak, bu işin görülmesini bir başkasına bırakamaz.¹²¹ Mal-franchising’inde, franchise-verene mümkün olduğunca çok mal sipariş etme yükümlülüğünü ifade eden¹²² ‘genel alım borcu’¹²³, sürümü yapma ve destekleme borcunun önemli bir parçasını oluşturur ve sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile mevcut addedilmelidir. Bu borç, sözleşmede ‘asgari miktarda alım kaydı’¹²⁴ ile de somutlaştırılmış olabilir. Franchise-alan, -yararlandığı sistemdeki bir eksiklik nedeniyle değil de- kendisine düşen yeterli etkinliği göstermediği için gerekli olan sürüme ulaşamamışsa, franchise-veren, bir ifa davası açarak kararlaştırılan asgari miktardaki malın alınmasını ve bedelinin ödenmesini talep

¹¹⁹ Örneğin reklam ve promosyon ile ilgili olarak, piyasada etkin olan başarılı franchise zincirleri, franchise-alanın, bölgesel reklam ve promosyon etkinliklerinde bulunmak yükümlülüğü altında bulunduğu (bazı sözleşmelere göre, ancak franchise-verenin belirlediği veya onayladığı reklam şirketleri ile çalışarak yerine getirebileceği) ve merkezi reklamlar (yani bütün franchise zincirini kapsayan global reklamlar) açısından ise, bu reklamlar için oluşturulan fonlara, yıllık cirosunun belli bir oranını ödemek zorunda olduğu (bkz. Wang, ... Gastgewerbe ..., s. 348) vb. yükümlülükler düzenlemektedir. (Naklen: Gürzumar, s. 13)

¹²⁰ Bkz. (B) ve (C) (Gürzumar, s. 13)

¹²¹ ‘Substitutionsverbot’; Schulthess: 180, 196 vd.; Martinek: 316; bkz. örneğin Eugh Wuw 6/1986, Ewg/Muw 694 (Pronuptia-Franchise sözleşmesi); bu konuda daha fazla bilgi için bkz. 4. Bölüm/2/IV (Naklen: Gürzumar, s. 13)

¹²² Tek satıcılık sözleşmesindeki aynı yükümlülük için bkz. ve krş. Yavuz, C.II, 27/28; İşgüzar: 69 (Naklen: Gürzumar, s. 13)

¹²³ ‘Bezugspflicht’ Genel olarak alım kayıtlarıyla ilgili olarak bkz. Martinek: 435 vd.; Kurten-Bach: 9 vd.; Eugh, Wuw 6/1986, Ewg Muw, 694, 697 (‘Pronuptia’); Schaub: 619 vd. (Naklen: Gürzumar, s. 13)

¹²⁴ ‘Mindestabnahmeklausel’ (Naklen: Gürzumar, s. 13)

edebileceği gibi, sözleşmeyi derhal fesih hakkına da sahiptir.¹²⁵ Buna karşılık hizmet-franchising’inde, franchise-alanın bir genel alım borcundan söz edilebilmesi, ancak somut sözleşmeye temel olan işletme ve pazarlama sisteminde, franchise-verenden alınması gereken ve müşteriye sunulan hizmetlere refakat eden (veya bunlarla eşdeğerde) mallar varsa mümkün olabilir. Ayrıca, gerek mal-franchising’inde, gerekse müşteriye mal da sunan hizmet-franchising’inde, franchise-alanın genel alım borcunun, franchise-verenden başka, ancak onun belirlediği kişilerden mal almak yükümlülüğü olarak da düzenlendiği gözlenmektedir. Bu tür sözleşmelerde, franchise-verenin, franchise-alanın sürümü yapma faaliyetinden beklediği menfaat, cirodan alınacak ücret aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.¹²⁶

2. Üretim, İşletme ve Pazarlama Sistemindeki Fikri ve Sınaî Unsurları Kullanma Borcu

Franchise-alan, kendisine sunulan sistemi kullanarak üretim, pazarlama, işletme sistemindeki fikri ve sınaî değerlerden, know-how’dan yararlanmalıdır.¹²⁷ Franchise sözleşmelerine temel olan sistemlerin önemli unsurlarından bir diğerini de ‘know-how’ oluşturmaktadır. Know-how, bir ticari işletmenin ekonomik faaliyetinde kullanılan teknik, ticari, idari, mali veya başka bir alana ait bilgidir. Eğer bu bilginin hukuka uygun yollardan elde edilmesi imkânı, ilgili branşta etkinlik göstermek isteyen herkes için pratik açıdan mevcutsa,¹²⁸ bu bilgi, ‘işletme tecrübesi’ veya ‘tecrübe ve uygulamalara dayanan gizli olmayan bilgi’¹²⁹ şeklinde adlandırılmaktadır ki, buna biz kısaca ‘gizli olmayan know-how’ adını da verebiliriz. Eğer üretim, işletme ve pazarlama alanlarında sahip olunan bir bilgi, yukarıda belirttiğimiz anlamda herkese açık değilse ve bu nedenle de bu bilginin başkaları tarafından elde edilmesi hiç veya en azından hukuka uygun yollardan mümkün değilse, o zaman gizli bir bilgi (sır) söz konusudur. Bu tür bir bilginin, ait olduğu alandaki önem

¹²⁵ Tek satıcılık sözleşmesi açısından aynı sonuç için bkz. ve krş. Yavuz, C.I, s. 28; İşgüzar: 71; Tandoğan, C.I/1, s. 43 (Naklen: Gürzumar, s. 13)

¹²⁶ Gürzumar, s. 13

¹²⁷ Ulaş, s. 102

¹²⁸ Treadwell: 16 (Naklen: Gürzumar, s. 81)

¹²⁹ ‘Nicht geheime Betriebserfahrung’; ‘nicht geheimes praktisches Erfahrungswissen’ Bkz. ve krş. örn. Blum/Pedrazzini, Bd.2, Anm.25 Art.34 PatG; Luedecke/Fischer: 661 vd.; Troller, Imm.g.R., Bd. 1, s. 424 (Naklen: Gürzumar, s. 81)

derecesi de dikkate alınmak kaydıyla, sahibine (gizli olmayan işletme bilgilerine nazaran) daha büyük bir rekabet avantajı sağladığı da bir gerçektir. Çünkü bu tür bir bilginin sahibi, fiili bir tekel (münhasırlık)¹³⁰ durumunun yarattığı ekonomik imkânlardan yararlanmaktadır. Bu bilgi, teknik, ticari, idari, mali veya başka bir nitelik taşıyabileceği için, hukuk dilinde,¹³¹ üretime ilişkin olan fabrikasyon sırları¹³² ve ticari, idari, mali ve başka niteliklerde olan ticari sırlar (iş sırları)¹³³ şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Üretim, işletme ve pazarlama sırları olarak ifade edebileceğimiz bu tür bilgilere ‘gizli know-how’ adını da verebiliriz. Pazarda franchise-veren olarak etkinlik gösteren herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi tacirin, üçüncü kişilerin haksız tecavüzlerine karşı korunması gereken ‘know-how’ı ise, üretim, işletme ve pazarlama sistemi ile ilgili olabileceği gibi (örneğin, hammadde veya mal alım kaynakları, gizli üretim metotları vs.) franchise sistemi ile ilgili olabilir. (örneğin, bütün franchise zincirinin iç organizasyonuna ilişkin ilkeleri belirleyen taslaklar, sözleşme taslakları vs.) Bunun yanı sıra, franchise-veren olarak etkinlik göstermeyi planlayan bir tacirin, bu etkinliğine temel yapmayı düşündüğü ve bu çalışmada kastedilen anlamdaki bir sistemin tümünü kapsayan gizli bir çalışma sonucu da, başlı başına bir ticari sır oluşturabilir.¹³⁴ Franchise-alan elde ettiği ticari sırları saklamalı, franchise-verenin markasını kendi bölgesinde kullanmaya çalışanlar olursa bunu haber vermelidir. Sistemin özelliğini sürdürmesi açısından bu önemlidir.¹³⁵

3. Ücret Ödeme Borcu

Franchise-alan, franchise-verenin sistemini kullanması ve sağladığı destekten yararlanması karşılığında belirli bir ücret ödemekle yükümlüdür.¹³⁶ Bu yükümlülük,

¹³⁰ ‘Faktische Exklusivitaet’ (Naklen: Gürzumar, s. 81)

¹³¹ Bkz. örn. TTK m. 56 b. 7, 8 ve m. 363; Art. 4 lit.c, Art. 6 UWG; Art. 340 Abs. 2 or; Treadwell: 21; Druey: 470 vd.; aynı yazar, Geheimsphaere des Unternehmens, s. 133 vd.; David L., Schw. Wettbewerbsrecht, s. 119; Troller, Imm.g.R., Bd.1, s. 419; Stumpf, Know-How-Vertrag, s. 25; Mimaroglu: 310 vd.; Karayalçın: 464 (Naklen: Gürzumar, s. 82)

¹³² ‘Fabrikationsgeheimnisse’ (Naklen: Gürzumar, s. 82)

¹³³ ‘Geschäftsgeheimnisse’ (Naklen: Gürzumar, s. 82)

¹³⁴ Gürzumar, s. 84

¹³⁵ Izraeli, a.g.e., s. 33 (Naklen: Ulaş, s. 102)

¹³⁶ Ulaş, s. 102

franchise-alanın, kendisine tanınan, üretim, işletme ve pazarlama sistemini kullanma olanağının ve franchise-verenin sunduğu destek ve hizmet paketinin bir karşılığıdır.¹³⁷ Franchise sözleşmelerinde bu ücret, sözleşme yapıldıktan sonra başlangıçta ödenen giriş ücreti¹³⁸ (giriş ücreti prensipte; * franchise-veren firmanın franchise işletmesini yerleştirmesi ile bağlantılı olarak sağladığı hizmetleri, *sisteme katılmaktan ötürü rekabet avantajlarını ve *donatım ve sistem birleştirmesi için hizmet karşılığını kapsamalıdır¹³⁹) ve sözleşme süresince, franchise-alanın (genellikle yıllık) cirosu üzerinden hesaplanan sürekli franchise ücretleri¹⁴⁰ (sürekli franchise ücreti için geçerli olanlar; * çeşitli bant genişlikleri ‘%1–12 arası’, *hesaplama temeli brüt ya da net ciro rakamlarıdır, buna satılan mallar ve çeşitlendirme olarak satılan mallar dâhil edilmiştir ve *asgari ücretidir¹⁴¹) şeklinde yahut toptan ve sadece bir defaya mahsus olarak yapılan bir ödeme¹⁴² biçiminde düzenlenmektedir.

Franchise sözleşmelerinde ‘ücret’ unsuru, doğrudan veya dolaylı olarak, her zaman mevcuttur. Dolaylı ücrete, genellikle, ücretin franchise-alanın franchise-verenden mutlaka almak zorunda olduğu malların fiyatlarında gizlenen, mal-franchising’i çeşitlerinde rastlanmaktadır.¹⁴³

4. Franchise-Veren Tarafından Belirlenen Üretim, İşletme ve Pazarlama İlkelerine Uyma Borcu

Franchise-alan, sistemin içerdiği ve ana firmanın sözleşmede belirttiği şartlara uymalıdır.¹⁴⁴ Franchise-alan, bu sözleşmeye dayanarak yürüteceği sürümü destekleme faaliyetini, hem kendi kullanımına açılan üretim, işletme ve pazarlama sisteminin içerdiği, hem de franchise-veren tarafından belirlenen ilkelere uyarak gerçekleştirme yükümlülüğü

¹³⁷ Gürzumar, s. 15

¹³⁸ ‘Abschlussgebühr’ (Naklen: Gürzumar, s. 15)

¹³⁹ www.franchise-net.com.tr (Erişim tarihi: 11.10.2011)

¹⁴⁰ ‘Laufende Franchisegebühren’; ‘royalties’ (Naklen: Gürzumar, s. 15)

¹⁴¹ www.franchise-net.com.tr (Erişim tarihi: 11.10.2011)

¹⁴² ‘Lump-sum-franchise-fee’ (Naklen, Gürzumar, s. 15)

¹⁴³ Bkz. Martinek: 262; Schulthess: 104 vd.; Mack: 99; bkz. ve krş. özellikle Rentrop/Sachse: 23, 30, 51, 58, 64, 65 ve 66 (Naklen: Gürzumar, s. 15)

¹⁴⁴ Ulaş, s. 102

altındadır.¹⁴⁵ Franchise-veren sistemi korumak amacıyla franchise-alanın bu yükümlülüğe uyup uymadığını denetler.¹⁴⁶ Bunun doğal bir sonucu olarak, bütün franchise sözleşmelerinde, franchise-alan tarafından bu yükümlülüğe uyulup uyulmadığının franchise-veren tarafından tespitini kolaylaştırmak (ve ayrıca özellikle ciro üzerinden alınan ücretle ilgili olarak muhasebe denetimini sağlamak) amacıyla, franchise-alanın, franchise-veren tarafından yapılacak denetimlere katılma zorunluluğu düzenlenmektedir. Öte yandan franchise sözleşmeleri, yine bu zorunluluğun doğal bir uzantısı ve parçası olarak, franchise-verenin düzenlediği eğitim faaliyetlerine franchise-alanın ve/veya personelinin katılma zorunluluğunu düzenlemektedir.¹⁴⁷ Bu eğitimler sınıfta ve uygulamalı olarak birkaç günden birkaç haftaya sürebilir.¹⁴⁸ Mamafihi, bu yükümlülük sözleşmede açıkça düzenlenmemiş olsa bile, franchise-alanın, kendi kullanımına açılan üretim, işletme ve pazarlama sistemini eksiksiz olarak uygulamasının ve ilgili franchise zincirinin bütünlük ve imajının muhafazasının sağlanması ölçüsünde, mevcut addedilmelidir. Ayrıca unutulmamalıdır ki, bu tür eğitim etkinlikleri, franchise-alan açısından, aynı zamanda bir hak da oluşturmaktadır. Kursların masraflarının nasıl ve kimin tarafından taşınacağı ise (kural olarak) sözleşmenin ikinci derecedeki (tali) noktalarını oluşturur ve taraflarca düzenlenmemişse (uyuşmazlık durumunda) hakim tarafından belirlenir. Mamafihi, eğitim etkinlikleri konusunda hükümler içeren franchise sözleşmelerinin, buna ilişkin masrafların nasıl karşılanacağını düzenlenmemiş olması, pek rastlanan bir durum değildir.¹⁴⁹

5. Franchise-Alanın Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı

Franchise-alan sözleşme devam ettiği sürece ve sözleşme bittikten sonra belirli bir süre franchise-veren firma ile rekabet etmeme yükümlülüğü altındadır. Sözleşme süresince franchise-alan ana firmanın ürünü dışında benzer ürünleri satamaz ve benzer bir sistem

¹⁴⁵ Gürzumar, s. 14

¹⁴⁶ Ulaş, s. 102

¹⁴⁷ Bkz. bu konuda Schulthess: 100; Mack: 157 (Naklen: Gürzumar, s. 14)

¹⁴⁸ Ulaş, s. 102

¹⁴⁹ Gürzumar, s. 14

kurarak taklit edemez. Diğer franchise-alanların bölgelerine girerek rekabet edemez.¹⁵⁰ Franchise-verenin böyle bir rekabet etmeme anlaşmasında, franchise-alana yaptığı, sözleşme sonrasındaki kullanımını (yasaklasa bile) engellemesi pratik nedenlerle çok zor olan önemli boyutlardaki gizli know-how aktarımı nedeniyle (haklı) bir menfaati olduğu söylenebilir.¹⁵¹

4. BÖLÜM

FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. Franchise Sözleşmesinin Sona Erme Sebepleri

1. Franchise Sözleşmesinin Tarafların Kararlaştırdığı Sürenin Bitimi İle Sona Ermesi

Belirli süreli franchise sözleşmeleri, kural olarak, sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona erer. Uygulamadaki franchise sözleşmeleri, çoğunlukla, bir asgari süre için akdedilmekte ve bir uzatma kaydı¹⁵² içermektedir. Bu uzatma kaydına göre, asgari sürenin geçmesinden önce belli bir süre içinde, sözleşmeye devam edilmeyeceği taraflardan birince açıklanmazsa, sözleşme, ya (önceden kararlaştırılmış) belirli bir süre, ya da belirsiz bir süre için kendiliğinden yenilenmiş sayılmaktadır.¹⁵³

Buna karşın, franchising uygulamasında çok sık rastlanmamakla birlikte,¹⁵⁴ sözleşmede kararlaştırılmış olan süre bir azami süre teşkil ediyorsa, o zaman, bu sürenin

¹⁵⁰ Ulaş, s. 103

¹⁵¹ Schulthess: 192 (Naklen: Gürzumar, s. 175)

¹⁵² ‘Verlaengerungsklausel’ (Naklen: Gürzumar, s. 169)

¹⁵³ Martinek’in de belirttiği gibi, böyle bir durumda, sözleşme sanki belli bir süre için olağan feshin yasaklandığı, ancak bu sürenin bitiminden sonra belli terminlere uyularak olağan yoldan feshedebilecek, belirsiz süreli bir sözleşme niteliğini almaktadır. (bkz. Martinek: 323; aynı fikirde Mack: 134; keza Türk doktrinindeki aynı görüş için bkz. Seliçi: 70) (Naklen: Gürzumar, s. 169)

¹⁵⁴ Bkz. Martinek: 324; Schulthess: 197 (Naklen: Gürzumar, s. 169)

bitiminde franchise sözleşmesi de kural olarak kendiliğinden sona erer.¹⁵⁵ Kural olarak diyoruz, çünkü bu tür sözleşmelerde de, tarafların, azami süre bittiği halde sözleşme ilişkisini zımnen devam ettirmeleri durumunda, sözleşmenin belirsiz bir süre için uzatıldığını kabul etmek gerekir.¹⁵⁶

2. Franchise Sözleşmesinin Olağan Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi

Belirli süreli franchise sözleşmelerinde, sözleşmenin olağan fesih¹⁵⁷ yoluyla sona erdirilmesine ilişkin kayıtlara hemen hemen hiç rastlanmamaktadır. Belirli süreli bir sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerin olağan fesih yoluyla sona erdirilebilmesi, kural olarak, ancak bu imkân sözleşmede açıkça kararlaştırılmışsa söz konusu olabileceğine göre,¹⁵⁸ belirli süreli franchise sözleşmelerinin olağan fesih yoluyla sona erdirilebilmesi de, ancak, bu olanak sözleşmede açıkça kararlaştırılmışsa mümkün olabilir.¹⁵⁹

Belirsiz süreli franchise sözleşmelerinin ise, taraflar açıkça kararlaştırmamış bile olsalar, olağan fesih yoluyla sona erdirilebilmesi mümkündür.¹⁶⁰ Ancak, belirsiz süreli franchise sözleşmelerinde, olağan fesih hakkının nasıl kullanılacağı konusunda herhangi bir kayıt bulunmaması durumunda, fesih süresi¹⁶¹ ve (eğer gerekliyse) fesih zamanının (döneminin)¹⁶² nasıl tayin edileceği, yani uyumsuzluk durumunda sözleşmenin, hakim tarafından bu konu açısından nasıl tamamlanacağı sorusu büyük önem arz eder.

¹⁵⁵ Schulthess: 197 (Naklen: Gürzumar, s. 169)

¹⁵⁶ Martinek: 324 (Naklen: Gürzumar, s. 169)

¹⁵⁷ Olağan feshin (die ordentliche Kündigung) özellikleri hakkında bkz. Gauch: 37, 50 vd.; Tuhr/Escher: 167 ve özellikle Seliçi: 132 vd. (Naklen: Gürzumar, s. 169)

¹⁵⁸ Borçlar Kanunu'nun, belirli süreli olduğu halde, istisnaen olağan fesih imkânını düzenlediği sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmeler için bkz. Seliçi: 140 vd. Keza, azami süreli sürekli borç ilişkilerinin de, belirsiz süreli sürekli borç ilişkileri gibi olduğu ve -kural olarak- olağan fesih yoluyla sona erdirilebileceği konusunda, bkz. Seliçi: 70/71 (Naklen: Gürzumar, s. 169)

¹⁵⁹ Mack: 135 (Naklen: Gürzumar, s. 169)

¹⁶⁰ Schulthess: 197 vd.; Martinek: 324 vd. Öte yandan, ebediyen sürmek üzere yapılmış sözleşmelerin (Art. 2, 27 ZGB gereğince), batıl değil, ama feshi kabil olduğu ('Künbarkeit auf ewige Zeiten abgeschlossener Verträge') konusunda bkz. Schnyder, Zbjv 1989, Heft 2, s. 67 ve krş. BGE 93 II 300, 97 II 399 vd., 103 II 185 vd., 113 II 209, 114 II 159 vd. (Naklen: Gürzumar, s. 170)

¹⁶¹ 'Kündigungsfrist' Bkz. bu konuda Seliçi: 150 vd. (Naklen: Gürzumar, s. 170)

¹⁶² 'Kündigungstermin' Bkz. bu konuda Seliçi: 153 vd. (Naklen: Gürzumar, s. 170)

Gürzumar'a göre; belirsiz süreli franchise sözleşmelerinde olağan fesih hakkının nasıl kullanılacağı sorusunun cevabı aranırken, menfaatler dengesini mümkün olduğu kadar hakkaniyete uygun bir şekilde sağlayıcı bir çözüme ulaşabilmek için, bu sözleşme ile kurulan işbirliğinin bazı özelliklerini hatırlamamız gerekir.¹⁶³ Bir kere, franchise-verenin işletme organizasyonuna ekonomik anlamda maksimum düzeyde entegre olan ve kendi franchise işletmesi için yaptığı yatırımını, uymak zorunda olduğu sistem normlarıyla tamamen franchise-verenin işletme organizasyonuna hasreden franchise-alan, franchise-veren ile (örneğin, acentenin müvekkiline olan bağımlılığından) çok daha yoğun bir ekonomik bağımlılık içindedir.¹⁶⁴ Bu nedenle, sözleşme ilişkisinin aniden veya feshin ihbarından sonra çok kısa bir zamanda sona ermesi halinde, franchise-alan, kendi işletmesini bir başka faaliyete tahsis etmek konusunda büyük güçlüklerle karşı karşıyadır.¹⁶⁵ Yine aynı nedenle, sözleşme ilişkisinin kısa bir feshi ihbar süresinden sonra sona ermesi durumunda, ilgili franchise zincirinden kopan franchise-alan, ticari hayattaki varlığı açısından çok önemli ve işinin tasfiyesi ile tahsisi açısından belirsizliklerle dolu bir dönüm noktasına gelir.¹⁶⁶ Bu durumda, olağan feshin nasıl olacağı konusunda kayıtlar içermeyen belirsiz süreli franchise sözleşmelerinde, fesih süresi ve döneminin tespiti yapılırken, franchise-alanın lehine kullanılması gereken iki hususun dikkate alınması gerekir. Bunlardan biri, franchise-alan tarafından franchise işletmesine yapılan yatırımın amortizasyonu, diğeri ise, söz konusu işletmenin değiştirilmesi (reorganizasyonu) için gerekli olan hazırlık süresidir. Buna göre, eğer somut olayda taraflar arasında olağan fesih konusunda bir uyuşmazlık çıkarsa:

* Franchise sözleşmesi, franchise-veren tarafından olağan fesih yoluyla en erken, franchise-alanın işletmesi için yapmış olduğu yatırımı somut olayın şartlarına göre amorti edebilme imkânına kavuşacağı (tahmin edilen) tarihte ortadan kaldırılabilmesi¹⁶⁷ (fesih dönemi) ve

¹⁶³ Gürzumar, s. 170

¹⁶⁴ Schulthess: 198; Baudenbacher: 215; aynı yazar, ... im schweizerischen und europaeischen ..., s. 379 (Naklen: Gürzumar, s. 170)

¹⁶⁵ Schulthess: 198 (Naklen: Gürzumar, s. 170)

¹⁶⁶ Bkz. Boehm/Kuhn/Skaupy: 158 (Naklen: Gürzumar, s. 170)

¹⁶⁷ Krş. BGE 107 II 216 vd. (219/220) ve ayrıca BGE 113 II 209 vd. (Naklen: Gürzumar, s. 171)

Franchise-verenin uymak zorunda olduğu feshi ihbar süresi de, franchise-alanın işletmesinin reorganizasyonu (veya başka bir faaliyete tahsisi) için gerekli olan hazırlık süresini dikkate almalıdır.¹⁶⁸

3. Franchise Sözleşmesinin Haklı Nedenlere Dayanarak Olağanüstü Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi

Franchise sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşme olarak,¹⁶⁹ haklı nedenlere dayanarak olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilebilir. Franchise sözleşmelerinin büyük bir çoğunluğu, olağanüstü fesih hakkına ve nedenlerine ilişkin kayıtlar içermektedir. Bu bağlamda, ya bir genel kural içinde genel olarak haklı nedenlerden bahsedilmekte ve neyin haklı neden olup olmadığının tespiti somut olaya bırakılmakta, ya da (bunun yanı sıra) haklı neden olarak, bazı durumlar örnekseyici bir sayım içerisinde zikredilmektedir. Bu durumlara ise, (yine ya genel olarak, ya da örnekseyici bir sayımla zikredilen) sözleşmeye aykırılık halleri, franchise-alanın veya franchise-verenin borçlarını ödemekten aczi, franchise-alanın mala karşı işlenen herhangi bir suçtan hüküm giymiş olması, belli bir süre içerisinde kararlaştırılan ciroya ulaşamamış olması vb. örnek olarak gösterilebilir. Sözleşmenin olağanüstü feshine olanak veren bir haklı nedenin somut olaydaki uyumsuzlukta mevcut olup olmadığına, Medeni Kanun m. 4'deki takdir yetkisi çerçevesinde hakim karar verecektir.¹⁷⁰ Bu bağlamda, genel bir tespitle, hukuki ilişkinin sürdürülmesini, fesheden taraf için çekilmez kılacak (yani ondan, sözleşmeye devam etmesi, Medeni Kanun m. 2'deki iyi niyet ve dürüstlük kuralına göre, beklenemeyecek) derecede sözleşmenin geleceğini tehlikeye sokan durumların, birer haklı neden sayılmasının, Medeni Kanun m. 4 anlamında 'hak ve nısfet'e uygun düşeceğini belirtmek yanlış olmaz.¹⁷¹ Bunun yanı sıra, bütün sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi, franchise sözleşmesinde de, güven ilişkisinin, sağlıklı bir işbirliğini engelleyecek

¹⁶⁸ Gürzumar, s. 171

¹⁶⁹ Gürzumar, s. 172

¹⁷⁰ Gauch: 175 vd.; Schulthess: 200; Baudenbacher: 216 (Naklen: Gürzumar, s. 172)

¹⁷¹ Mack: 135; Martinek: 330; bkz. ve krş. BGE 78 II 36, 92 II 300 vd., 89 II 36; genel olarak sürekli borç ilişkileri için bkz. Seliçi: 156/157 (Naklen: Gürzumar, s. 173)

derecede ortadan kalkmasına yol açan nedenlerin de, fesheden tarafın sözleşme ilişkisine devam ettirmede zorlanamaması sonucunu doğuran haklı nedenlerden sayılması gerekir.¹⁷² Eğer, somut olayda, burada zikrettiğimiz formlara uyan -yani sözleşme ilişkisini sürdürmenin ve bir sonraki olağan fesih dönemine (yahut feshi ihbar süresi) kadar beklemenin fesheden taraftan beklenememesi sonucunu doğuran- bir haklı neden söz konusuysa, olağanüstü (yani derhal) feshin geçerli olabilmesi için, karşı tarafın kusurlu olması gerekmez.¹⁷³ Başka bir ifade ile karşılıklı güven ilişkisinin sarsılmasına ve/veya sözleşme ilişkisinin devamının çekilmez olmasına yol açan neden, hiçbir tarafa isnat edilemeyen, objektif bir neden de olabilir.¹⁷⁴

Münferit sözleşmeye aykırılık halleri, kural olarak, sözleşmenin feshine neden olmayacak; bağımsız olarak çözüme bağlanacaktır. (örneğin, gereği gibi ifa etmeme nedeniyle tazminat, ayıplı mal teslimatına bağlanan satım hukuku hükümleri vb.) Buna karşın, örneğin, franchise-alanın sürümü desteklemek için üzerine düşen görevleri sürekli olarak savsaklaması ise, olağanüstü fesih için bir haklı neden teşkil edebilecektir.¹⁷⁵ Öte yandan, sözleşmenin olağanüstü fesih yoluyla derhal sona erdirilmesinin sınırları, sözleşmede haklı neden olarak bazı durumlar belirleyen sözleşme kayıtlarının, iyi niyet ve dürüstlük kuralına göre yorumlanması suretiyle de ortaya çıkarılabilir. Örneğin, bir franchise sözleşmesi, franchise-alanın belli bir ciroya ulaşamaması durumunda, sözleşmenin franchise-veren tarafından derhal feshedilebileceğini belirliyorsa, bu kaydın, ancak franchise-alanın öngörülen ciro rakamının önemli miktarda gerisinde kalması ve öngörülen ciroya ulaşılmamasının temelinde de franchise-alanın sürümü destekleme borcunun kötü ifasının yatması durumunda, sözleşmenin derhal feshedilebileceği şeklinde anlaşılması doğru olur.¹⁷⁶ Bunun yanı sıra, olağanüstü yolla derhal fesih hakkının, hak sahibi tarafından feshe neden olan olayın anlaşılmasından itibaren makul bir süre içerisinde kullanılması gerektiği de, iyi niyet ve dürüstlük kuralından ve

¹⁷² Bkz. Mack: 135; bkz. ve krş. ayrıca Ulmer: 482, Troller, Imm.g.R., Bd. 2, s. 837, Dn. 45; genel olarak sürekli borç ilişkileri için bkz. Seliçi: 156/157 (Naklen: Gürzumar, s. 173)

¹⁷³ Martinek: 330; Ulmer: 482 vd.; BGH, NJW 1963, 1451 (Naklen: Gürzumar, s. 173)

¹⁷⁴ Ulmer: 483; Seliçi: 169 (Naklen: Gürzumar, s. 173)

¹⁷⁵ Martinek: 331 (Naklen: Gürzumar, s. 173)

¹⁷⁶ Bkz. Mack: 136/137; Martinek: 331/332; krş. ayrıca Ulmer: 484 Dn. 199 (Naklen: Gürzumar, s. 174)

hakkın kötüye kullanılması yasağı gereğince, açıktır.¹⁷⁷ Makul sürenin uzunluğu ise, elbette, her somut olayda, o olayın özgün şartlarına göre belirlenecektir.¹⁷⁸

4. Franchise Sözleşmesinin Ölüm, Ehliyetin Kaybı ve İflas Nedeniyle Kendiliğinden Sona Ermesi

Franchise sözleşmesi, bazı nedenlerle, herhangi bir fesih beyanına ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden sona erer. Bu bağlamda, sözleşme taraflarında meydana gelen ölüm, ehliyetin kaybı ve iflas gibi değişiklikler önem kazanmaktadır.

Karşılıklı güven ilişkisine dayanan ve özellikle franchise-alanın şahsi niteliklerinin büyük önem taşıdığı franchise sözleşmesinde de, franchise-alanın ölümü veya ehliyetini kaybetmesi, aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine yol açmalıdır. Buna karşın, franchise-verenin bir gerçek kişi olması durumunda, eğer kendisinin kişisel nitelikleri değil de, yalnızca, sahip olduğu üretim, işletme ve pazarlama sistemi karşı taraf açısından önem taşıyorsa (ki çoğu olayda durum bu olabilir) ve ayrıca halefleri de aynı sistemle etkinliği devam ettirmek istiyorlarsa, onun ölümü (yine aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa) sözleşmenin sona ermesine sebep olmamalıdır.¹⁷⁹ Bunun zıt anlamıyla ifade etmek gerekirse, franchise-verenin kişisel nitelik ve yeteneklerinin de ağır bastığı franchise sözleşmeleri, aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa, onun ölümüyle sona erer. Keza aynı sonuçlar, franchise-verenin ehliyetinin kaybı açısından da geçerlidir. Öte yandan, franchise-alanın veya franchise-verenin iflası da, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine yol açan bir neden olarak kabul edilmelidir.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Bkz. örn. BGHZ 1984, II 571= BGH, NJW 1985, 1895 (‘McDonalds’) (Naklen: Gürzumar, s. 174)

¹⁷⁸ Bu konuda krş. S 626/II BGB ve S 89a HGB; BGH, NJW 1994, Heft 11, 722 vd. (Naklen: Gürzumar, s.174)

¹⁷⁹ Tek satıcılık sözleşmesi için aynı yönde Tandoğan, C.I/1, s. 58 (Naklen: Gürzumar, s. 174)

¹⁸⁰ Gürzumar, s. 174, 175

II. Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları

1. Müşteri Tazminatı

Franchise-verenin, sözleşme ilişkisi ortadan kalktıktan sonra kendisine bırakılan müşteri çevresi için franchise-alana belli bir tazminat ödemesi gerektiğine ilişkin kayıtlar içeren franchise sözleşmelerine, uygulamada çok sık rastlanmamaktadır. Bu durumda, bu konuda herhangi bir kayıt içermeyen franchise sözleşmelerinde de, franchise-alanın, müşteri tazminatına¹⁸¹ hak kazanıp kazanmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Sözleşmenin ortadan kalkmasından sonra, franchise-alanın, franchise-verene bıraktığı müşteri çevresi için, hakkaniyet gerektiriyorsa uygun bir tazminat isteyebilmesi fikri makul gelmektedir.¹⁸² Eğer somut olayda müşteri çevresinin genişlemesinde yalnızca üretim, işletme ve pazarlama sisteminin bir rolü olduğu sonucuna varılabilirse, franchise-alanın müşteri tazminatına hak kazanabilmesi de hakkaniyete aykırı düşer. Ancak, müşteri çevresinin genişlemesinin yalnızca buna dayandığının tespiti pratik nedenlerle çok zor olduğu için, çoğu olayda, müşteri çevresinin genişlemesinde franchise-alanın belli bir katkısının da bulunduğu kabul edilecek, sürüm konseptinin rolü ise, ‘uygun’ tazminatın miktarının tespiti açısından, hakime takdir yetkisinin çerçevesinde fikir veren önemli bir etken vasfını taşıyacaktır. Müşteri çevresinin genişlemediği veya sözleşmenin franchise-verenin kusuru nedeniyle feshedildiği durumlarda bu tazminata hükmedilmeyeceği ise, tabiidir.¹⁸³

2. Franchise-Alanın Sözleşme Sonrası İade ve Üretim, İşletme ve Pazarlama Sistemindeki Fikri ve Sınai Unsurları Kullanmaya Son Verme Yükümlülüğü

Franchise sözleşmelerinin çoğunluğu, franchise-alanın, sözleşme ortadan kalktıktan sonra, kendisine sözleşme gereği kullanıma açılmış olan gayri maddi malları kullanmaya son

¹⁸¹ ‘Kundschaftsentschaedigung’ (Naklen: Gürzumar, s. 176)

¹⁸² Gürzumar, s. 177

¹⁸³ Ayrıca, İsviçre hukukunda, franchise-alanın franchise-verene kazandırdığı ve müşteri tazminatı ödenen müşteri çevresini içine alan bir sözleşme sonrası rekabet yasağı karşılığında, franchise-alana ayrıca bir de bekleme süresi tazminatı (‘Karenzentschaedigung’) ödenmeyeceği şeklindeki görüş için bkz. Baudenbacher, Anspruch auf Kundschaftsentschaedigung, s. 92 (Naklen: Gürzumar, s. 178)

vermek ve buna ilişkin olarak kendisine verilmiş olan malzemeyi franchise-verene iade etmek borcu altında olduğunu, açıkça belirtmektedir.¹⁸⁴ Ancak, taraflar açıkça kararlaştırmamış bile olsalar, franchise-alanın böyle bir yükümlülüğünün mevcut olduğunu kabul etmek, franchise sözleşmesinin anlam ve mahiyetinden çıkar.¹⁸⁵ Böylece, franchise-alan, sözleşmesi ilişkisi ortadan kalktıktan sonra, kendisi lehine üzerlerinde önceden lisans hakları tesis edilmiş olan tescilli marka, tescilsiz tanıtıcı işaretler, sınâî resim ve modeller, işletme adı vb. franchise-verene ait olan gayri maddi malları kullanmaya son vermek ve ayrıca, kendisine yine sözleşme gereği teslim edilmiş olan belge, çizim, grafik, reçete, müşteri listesi, katalog, reklâm afiş ve filmleri, fiyat listeleri vb. lisansa ilişkin malzemeyi, franchise-verene iade etmek borcu altına girecektir. Hemen belirtelim ki, franchise-alanın mülkiyetine geçmiş olan makine, teçhizat, döşeme ve dekorasyon malzemesi vb. işletme araçları, kural olarak, franchise-alanın iade borcu kapsamına girmez.¹⁸⁶

Öte yandan, franchise-alanın çizim, reçete, müşteri listesi, fiyat listesi, plan, kroki vb. belgeler konusundaki iade yükümlülüğü ise, daha ziyade, franchise-verene ait gizli know-how'ın, sözleşme ilişkisi bittikten sonra, franchise-alan tarafından artık kullanılmaması borcunun bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Franchise-alanın, üzerlerinde kendisine lisans hakları tanınmış olan gayri maddi malları kullanmayı, sözleşme ilişkisi ortadan kalktıktan sonra bırakmak yükümlülüğüne gelince: Franchise-alanın bu yükümlülüğüne aykırı davranması, hem culpa post contrahendum anlamında, sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sözleşme sorumluluğuna, hem de, kural olarak, ilgili gayri maddi mal üzerindeki franchise-verene ait (ve fikri ve sınâî hukukun özel normlarına ve/veya haksız rekabeti engelleyici hükümlere göre korunan) münhasır hakkın ihlalinin doğan sözleşme dışı sorumluluğuna neden olacaktır. Böylece, örneğin, franchise-alan, sözleşme sona erdikten sonra da, franchise-verenin üretim, işletme ve pazarlama sistemindeki tescilli markayı kullanmaya devam ederse,

¹⁸⁴ Bkz. örn. AT Komisyonu Tebliği, WuW 8/1987, 640 = AT Komisyonu Kararı, GRUR int. 1988, 578 ('Computerland' – Franchise Sözleşmesi); Mack: 147 ve 159 ('Seifen – Platz' – Franchise Sözleşmesi) Bkz. ayrıca Schulthess: 201 (Naklen: Gürzumar, s. 178)

¹⁸⁵ Schulthess: 201; Mack: 147/148; Martinek: 371 vd. Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcının benzer yükümlülüğü için bkz. Ulmer: 485; İşgüzar: 169/170; Tandoğan, C.I/1, s. 60 (Naklen: Gürzumar, s. 179)

¹⁸⁶ Martinek: 371/372; krş. Schulthess: 201 (Naklen: Gürzumar, s. 179)

bu davranışı hem sözleşmeden doğan ama sözleşme sonrası bir borcun, hem de Markalar Kanunu'nun ihlalinin teşkil edecektir.¹⁸⁷

Franchise-alanın, üretim, işletme ve pazarlama sistemini sözleşme ortadan kalktıktan sonra kullanmama borcu ile ilgili olarak belirtelim ki, ona, belli koşullar altında ve hakkaniyet gereği olarak, bazen bir tolerans süresinin tanınması söz konusu olabilir.¹⁸⁸ Örneğin patent lisansı sözleşmesinin ortadan kalkmasından sonra, lisans-alanın, elinde sınırlı sayıda kalmış ve sözleşme devam ederken patentli teknik buluşa göre üretilmiş olan malları satabilme hakkına iyi niyet ve dürüstlük kuralı gereği sahip olduğu, genellikle kabul edilmektedir.¹⁸⁹

Sözleşmenin feshi halinde franchise-alan, franchising bedelini geri talep edemez. Aksine franchise-veren, franchise-alanın elindeki kullanılabilir durumdaki stokları geri almaktadır. Franchise-alan tarafından sağlanan giriş ücreti franchise-verene ivazsız olarak verilmektedir. Bu sebeple franchise sözleşmesinin sona ermesinden sonra söz konusu ücretin iade edilmesi mümkün değildir. Taraflar sadece zararlarının tazminini talep edebilirler.

Türkiye’de Franchising

Dünya'nın çeşitli yerlerinde yıllar önce başlamış olan franchising sistemi, Türkiye’de ilk kez 1986 yılında Dünya'nın en güçlü ve en büyük franchisor'larından biri olan ünlü McDonald's fast-food hamburger firmasının İstanbul'a gelişiyle hız ve önem kazanmıştır. 1993 yılı sonuna gelindiğinde Türk franchising sektörü 7 yıl içinde 50 yabancı firmayla 500'den çok işletmeyi kapsayacak şekilde genişlemiş ve ciroları toplamı da 1992 yılında 25 milyon dolara ulaşmıştır. Türkiye'deki franchising kuruluşlarını bir çatı altında toplayan UFRAD Uluslararası Franchising Derneği ise (1991) sektörün çağdaş kişilik ve kimliğini yansıtan dört dörtlük bir kuruluş kimliği ile örnek pazarlama uygulamalarının öncüsü olarak

¹⁸⁷ Bkz. Baumbach/Hefermehl: Rdn.28 Anh. S 8 WZG (Naklen: Gürzumar, s. 180)

¹⁸⁸ Genel olarak lisans sözleşmeleri için bkz. ve krş. Blum/Pedrazzini, Bd.2, Anm.104c/cc Art.34 PatG; Held: 56, 57; Wunderlych: 264 (Naklen: Gürzumar, s. 182)

¹⁸⁹ Held: 56 (Naklen: Gürzumar, s. 182)

ülkedeki yerini almıştır.¹⁹⁰ Ulusal Franchising Derneği (UFRAD), franchise-veren firmaların temsilcilerinin oluşturduğu bir kuruluştur. Franchising'ın Türkiye'de doğru bir şekilde öğrenilmesi ve gelişmesi, isteyenleri bilgilendirerek ücretsiz danışmanlık yapmak, Türk hukuk sistemi içerisindeki yerini bulması için gerekli çalışmaları yapmak, franchising konusunda hatalı uygulamalarda bulunan üyelere karşı yetkili bir yer olarak tarafların uyum içerisinde çalışmalarını sağlamak ve franchising'i ülke içinde yaymak üzere İstanbul'da kurulmuştur.¹⁹¹ Türkiye'deki bazı franchising kuruluşları şöyle sıralanabilir: McDonald's, Pasta Villa, Benetton, Pizza Hut, Beymen, Lee, Avon, Divaressse, Levi's bazı önemli franchising kuruluşlarıdır.¹⁹²

¹⁹⁰ Tek, s. 600

¹⁹¹ Ulaş, s. 137

¹⁹² Tek, s. 600

KAYNAKÇA

Akyol, Şener: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1984

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2008

Gürzumar, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan ‘Sistem’lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995

Tek, Ömer Baybars: Pazarlama İlkeleri, Global Yönetimsel Yaklaşım Türkiye Uygulamaları, İzmir 1996

Ulaş, Dilber: Bir Pazarlama ve Dağıtım Yöntemi Olarak Franchising Sistemi, Ankara 1999

www.kazanci.com.tr

www.turkhukuksitesi.com/makale_69.htm

www.franchise-net.com.tr

www.franchisedunyasidergisi.com.tr

TEKNİK BİLGİ (KNOW-HOW) SÖZLEŞMESİ

Betül ŞEN*

I. KNOW-HOW KAVRAMI

A-TARİHİ GELİŞİMİ

Know-how sözleşmesinin hukuk alanına girmesi,19.yüzyıl sonlarından itibaren sınai alanda meydana gelen gelişmeye paralel olarak gerçekleşmiştir. Bu yıllarda meydana gelen ekonomik gelişmeler, çeşitli alanlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında işbölümü yapma eğilimini ortaya çıkarmış ve böylece bu teşebbüslerin faaliyetlerinin daha rasyonel şekilde gerçekleştirilmesi sağlanmaya çalışılmıştır, rekabet avantajı sağlayan bilgi ve deneyimleri elde etmeye başlamışlardır.

Bilgi ve deneyimlerin sağladığı rekabet avantajı, bunların aynı veya farklı alanlarda faaliyet gösteren diğer teşebbüsler tarafından elde edilmelerine yönelik talepleri de beraberinde getirmiştir.Gerçekten bir yanda gerçekleştirmek istediği üretim için teknik bilgiye veya ürettiği malların sürümünü sağlama hususunda ihtiyaç duyduğu Pazar araştırmalarına harcayacağı masraflardan kaçınmak isteyen teşebbüsler bunları devretmek suretiyle kazanç sağlamak istemektedir.İşte know how sözleşmesi sınai alanda rekabet avantajı sağlayan bilgi ve deneyimlerin devredilmesi ihtiyacını karşılayan bir hukuki kurum olarak ortaya çıkmıştır.

Know how sözleşmeleri, sınai alandaki gelişmeye paralel şekilde önce Amerika Birleşik Devletlerinde uygulanmaya başlamıştır. Bu sebeple, know-how sözleşmesi kavramı anglo-sakson hukuku kökenlidir.¹⁹³

Pazarda rekabet şansı elde etmek isteyen fakat uzun araştırma ve geliştirme faaliyetlerine girişmekten kaçınan işletmeler bu bilgileri talep eder olmuşlardır. Böylece, bu tür bilgilerin açıklanmasına veya devredilmesine ilişkin sözleşmeler yaygın olarak yapılmaya başlanmıştır.

Know-how sözleşmesine konu olan bilgi ve deneyimlerin elde edilmesi, çok defa uzun zaman ve yüksek harcamaları ihtiyaç duyan araştırma-geliştirme ve deneme çalışmalarını gerektirdiğinden, birçok teşebbüs, yapılan masraflara rağmen bu çabaların istenen başarıyı sağlayamama rizikosunu taşımak istememektedir. Bu sebeple bizzat know-how geliştirmek için çalışma yapmak yerine, haklı olarak başka teşebbüslerden know how elde etmeye yönelmektedirler. Böylece know-how alan kendi gücü ile gerçekleştiremeyeceği modern ve rasyonel bir işletme yönetimine know-how transferi yoluyla sahip olmaktadır. Bu, işletmelerin rekabet olanağına sahip olmasını sağladığı gibi, geliştirmekte olan ülkelerdeki işletmelere

* Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi.

¹⁹³ ÖĞÜZ Tufan,Know-How Sözleşmesi s.1, Filiz kitabevi, 2001, İstanbul.

gerçekleşen know –how transferi gelişmiş ülkeler ile geliştirmekte olan ülkeler arasındaki teknolojik farklılığın azalmasına da yol açmaktadır.

Ancak know-how sözleşmelerinin uluslar arası alanda daha çok know-how veren teşebbüsler yararına işlev gördüğünü de belirtmek gerekir. Gerçekten gelişmiş ülkelerdeki teşebbüsler, ücretlerin daha düşük olması sebebiyle üretimlerini çok defa geliştirmekte olan ülkelerde gerçekleştirmeyi tercih etmektedir. Ancak geliştirmekte olan ülkelerdeki ithal yasakları, yüksek harcamaları ihtiyaç duyan araştırma-geliştirme ve deneme çalışmalarını gerektirdiğinden, birçok teşebbüs, yapılan masraflara rağmen bu çabaların istenen başarıyı sağlayamama rizikosunu taşımak istememektedir. Bu sebeple, başka teşebbüslerden know-how elde etmeye yönelmektedirler. Böylece, know-how alan kendi gücü ile gerçekleştiremeyeceği modern ve rasyonel bir işletme yönetimine, rekabet olanağına know-how transferi yoluyla sahip olmaktadır. Ancak know-how sözleşmelerinin uluslar arası alanda daha çok know-how veren teşebbüsler yararına işlev gördüğünü de belirtmek gerekir. Gerçekten gelişmiş ülkelerdeki teşebbüsler, ücretlerin daha düşük olması sebebiyle üretimlerini çok defa geliştirmekte olan ülkelerde gerçekleştirmeyi tercih etmektedir. Ancak geliştirmekte olan ülkelerdeki ithal yasakları, yüksek gümrük vergileri ve benzeri engeller nedeniyle, gelişmiş ülkelerin teşebbüsleri yatırım yapmak yerine geliştirmekte olan ülkelerin teşebbüslerine know how vermektedir.

Know-how sözleşmeleri günümüzde giderek önemini arttırmaktadır. Zira bilgi ve iletişim alanlarında yaşanan gelişme ile ortaya çıkan küreselleşme olgusu, sınai alanda faaliyet gösteren işletmelerin sadece ulusal boyutta değil, uluslar arası boyutta da rekabet gücünü arttırmasını gerektirmektedir. Bu ise, işletmelerin yenilenme ve gelişen Pazar şartlarına uyum sağlama için gerekli bilgi ve deneyimlere olan ihtiyacını arttırmakta ve onları know-how sözleşmesi yapmaya yöneltmektedir.

II. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI ¹⁹⁴

1- KNOW-HOW

A- TANIMI

Know-how'ın üzerinde görüş birliğine ulaşılmış bir tanımı bulunmamakla birlikte hemen hemen her ülke bu kavramı ifade etmek için aynı terimi (know-how) kullanmaktadır.

Know-how'ın geniş ve dar olmak üzere iki anlamı vardır. Geniş anlamda know-how, belirli bir sınai faaliyetin yürütülebilmesi için gerekli olan tüm bilgi ve tecrübeleri ifade eder ki, bu şekilde teknik ve ticari unsurlar ile patent verilmiş ihtiraları da kapsar.[Ancak know-how genellikle dar anlamda kullanılmaktadır. Buna göre “bir ticari işletmenin ekonomik faaliyetinde (malların üretiminde, satımında, hizmetlerin sunulmasında, organizasyon ve yönetiminde)

¹⁹⁴ ÖĞÜZ, s.20-30

kullanılan, bir patent ile korunmamış bulunan, genellikle gizli olmakla birlikte böyle bir nitelik taşıması zorunlu olmayan, teknik, ticari, idari, mali veya başka bir alana ait bilgidir.”

Uluslararası Sınai Hakların Korunması Birliğince tanımlanan ve bir çok yazarı etkileyen “en geniş anlamda know how, teknik, ticari, finansal, idari veya başka bir nitelikte, bir işletmenin ya da mesleğin pratik olarak işlerliğini sağlayan bilgi ve deneyimler olarak kabul edilmiştir.

Stumpf’a göre ise, know-how, hukuken fikri hak olarak korunmayan, sır niteliğinde olması zorunlu olmamakla beraber ekseriyetle sır niteliğinde olan teknik, ticari, işletme, organizasyon ve yönetim alanındaki, know-how alanının know-how sözleşmesi olmaksızın kolayca ulaşamayacağı bilgi ve tecrübelerdir.¹⁹⁵

Türk doktrininde ise Ortan, know-how’ın, sınai hak olarak korunmayan, zorunlu olma-sa da genellikle giz niteliğinde olan, teknik, ticari, işletme ekonomisine ilişkin bilgi ve deneyim-ler olduğunu belirtmiştir. Kırca ise know-how’ı şöyle ifade etmiştir, “Sınai alanda özellikle ticari ve ekonomik faaliyetlerde kullanılan, genellikle gizli olmakla birlikte, böyle bir nitelik taşıması zorunlu olmayan ve bir patent ile korunmamış bulunan, teknik veya işletme ile ilgili bilgi ve tecrübelerdir.”

Yosmaoğlu’na göre, know-how, patent sahibinin patente koymak istemediği, ancak, patent verildikten sonra patent sahibinin kendisinde bulunabilecek pratik bilgilerdir. Yazar, bir başka tanımında da, know-how’ı, patentlerin tarifnamelerinde bulunmayan, patenti alınmış bir buluşla ilgili bilgiler olarak ifade etmiştir¹⁹⁶. Know-how kavramını en geniş anlamıyla tanımlayan yazar ise Erbay olmuştur. Yazara göre, know-how, sınai alandaki, teknik, ticari, işletme, yönetim ve organize karakterli hukuken korunmayan, gizli veya gizli olmayan, sahibine ekonomik yarar sağlayan bilgi ve tecrübelerdir. Know-how teriminin karşılığı olarak “*teknik bilgi*” terimini kullanan Baş’a göre ise, know-how, “işletmelerin ekonomik faaliyetlerinde (malların üretiminde, satımında, hizmetlerin sunulmasında, organizasyon ve idare gibi işletmeye ilişkin faaliyetlerde) kullanılan, teknik, tica-ri, idari, mali veya başka bir alana ait bilgidir.” Görüldüğü üzere Baş, bir yandan know-how karşılığı olarak teknik bilgi kavramını kullanmakta, öte yandan ise yaptığı tanımla know-how kavramına teknik bilgiyi de içine alan geniş bir anlam kazandırmaya çalışmaktadır. Öğüz ise, know-how kavramının içeriğini belirlemenin güçlüğü karşısında bir tanım yapmaktan kaçınmış ve ancak verilen tanımlardan hareketle kavramın esaslı noktalarının tespitinin mümkün olduğunu savunmuştur. Hatta Blum/Pedrazzini, bu sebeple sözleşmede tarafların know-how kavramını kullanmaktan kaçınmalarını salık vererek, kullandıklarında ise içeriğini ve kavramın kapsadığı sözleşme konularını açıkça belirtmelerini önermiş, sözleşmenin yorumlanmasında da know-how olarak belirtilen olguların, teknik ve teknik

¹⁹⁵ STUMPF Herbert, Der Know-How Vertrag, 3. Auflage, Heidelberg 1977, Nr. 10.; Erbay, s. 78.; Öğüz, s. 8-9.

¹⁹⁶ <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/know-how.htm> - _ftn38#_ftn38

olmayan unsurla açısından veya üretim sırları ve işletme deneyimleri olarak ayrı ayrı değerlendirilmesi gereğini ifade etmiştir.¹⁹⁷

B- UNSURLARI

a. Sınai alana ilişkin her türlü teknik ve teknik olmayan bilgi ve tecrübeyi içerir.

Bir bilginin know-how olarak nitelendirilebilmesi için, her şeyden önce bu bilginin sınai alanda faaliyet gösteren bir ticari işletmenin ekonomik faaliyetinde kullanılabilecek bir faaliyet taşıması gerekmektedir. Demek ki, sınai alana ilişkin olmayan bir teşebbüsü ilgilendirmeyen bir know-how sözkonusu olamaz.

b. Know-how kural olarak sır niteliği taşır.

Know-how için mutlak ve objektif sır kavramı yerine, somut sözleşme ilişkisinde know-how alanın durumunu dikkate alan nisbi ve subjektif sır kavramının kabul edilmesi gerekmektedir. Burada sır, bir işletme ile ilgili, sınırlı sayıdaki kişiler tarafından bilinen ve gizli kalması yönünde işletme sahibinin açık veya örtülü iradesinin ve haklı bir ekonomik menfaatinin bulunduğu alenileşmemiş bilgi ve tecrübeleri ifade eder. Sır kavramı belirlenirken somut olarak know-how alıcısının subjektif durumu esas alınmalıdır. Şu halde know-how alıcısının emek ve zaman harcamaksızın veya masraf yapmaksızın ulaşamayacağı bilgi ve tecrübelerden oluşan know-how sır niteliği taşır.

Öncelikle belirtelim ki, know-how sahibinin ekonomik menfaati bilgi ve deneyimlerin diğer kişilerden saklanması ve ulaşılamaz konumda kalması gerekmektedir. Ancak know-how oluşturan bilgi ve deneyimlerin sır niteliği taşıyıp taşımadığı belirlenirken know-how verenin değil, know-how alanın somut durumu dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. know-how açısından sır niteliğinin anlamı, know-how verenin bilgi ve deneyimlerin tek sahibinin olması veya bu bilginin son derece sınırlı sayıdaki kişilerce bilinmesi ve 3. Kişilerin bu bilgiye ulaşmasının pratik olarak imkansız olması değildir. know-how açısından 3. Kişilerin bu bilgi ve deneyimlere emek ve masraf harcamaksızın ulaşamayacak durumda olması, bunların sır niteliği taşıması için yeterlidir.

Bir defa know-how sözleşmesine konu oluşturacak bilgilerin patent alabilmek için gerekli “yeni” olma niteliğini kaybedecek şekilde açıklandığı herhalde sır niteliğini kaybettiğini söylemek mümkün değildir.¹⁹⁸ Know-how açısından sır niteliğinin anlamı know-how verenin bilgi ve deneyimlerinin tek sahibi olması veya bu bilginin son derece sınırlı sayıdaki kişilerce bilinmesi ve

¹⁹⁷ ÖĞÜZ, s.9-10

¹⁹⁸ ÖĞÜZ, s.25

üçüncü kişilerin bu bilgiye ulaşmasının pratik olarak imkansız olması değildir.¹⁹⁹ Bu çerçevede bilgi ve deneyimlerin anılan çerçevenin dışına çıktığı herhalde sır niteliğini kaybederek sır niteliğini yitirdiği söylenemez. Yeter ki bilgiye sahip olanların çevresi bilginin rekabet edilen kişilerden gizli kalmasını ortadan kaldıracak şekilde genişlemesin.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka sorun da, know-how kavramının ticari bir üretim sırrı yani *trade secret* teşkil edip etmediğidir. Bir görüşe göre, iki müessese arasındaki fark devir keyfiyetinden ileri gelmekte; aynı üretim-satım teknikleri sahibi tarafından işletme içinde kıskanç bir şekilde muhafaza edilir, böylece rakiplerinden daha yüksek kalitede ve daha ucuz mal üretmekte kullanılırsa üretim sırrı ya da ticari sır; bu bu tekniklerin haiz olduğu ticari değeri paraya çevirmek amacıyla devredilirse know-how söz konusu olmaktadır.

Sonuç olarak know-how alıcısının subjektif durumu açısından sır niteliğinde ise, sınai bilgi ve deneyimler, know-how; bunların konu olduğu sözleşme de know-how sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir.²⁰⁰ Ancak bu nitelendirme know-how sözleşmesine mutlak sır niteliği taşıyan bilgi ve deneyimlerin de konu olmayacağı anlamına gelmez. Aksine uygulamada genellikle mutlak sır niteliğindeki bilgiler know-how sözleşmelerine konu teşkil etmektedir. Eğer taraflar know-how sözleşmesi mutlak sır niteliği taşıyan bilgi ve deneyimleri konu olmasında anlaşmışlarsa, sözleşme konusu bilgi ve deneyimlerin mutlak sır niteliği taşıması know-how alanın ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurmasına yol açar; oysa ki know-how sözleşmesine konu olacak bilgilerin sır niteliği mutlak olarak nitelendirilse idi, sözleşme konusu bilgilerin bu niteliği taşıması, sözleşme konusunun sözleşmenin kurulduğu anda objektif imkansızlığı sebebiyle know-how sözleşmesinin geçersizliğine sebep olurdu.²⁰¹

c. Know-how devredilebilir nitelikteki bilgi ve deneyimlerden oluşur.

Know-how alanın amacının, know-how sözleşmesi yapmak suretiyle elde ettiği know-how sayesinde üretim ve pazar açısından rekabet avantajı sağlama olduğu dikkate alınırsa, sınai bilgilerin, deneyimlerin ve uygulama tekniklerinin know-how sözleşmesi olabilmesi bu amaca uygun şekilde devredilebilir nitelik taşımalarını gerektirir.²⁰² Aksi takdirde know-how alana devredilmeleri ve bunlardan know-how alanın yararlanabilmesi söz konusu olamaz.

Know-how, rekabet avantajı sağlama açısından özellik taşıyan ve ancak söz, yazı vb. araçların kullanımı ile bir başkasına devredilebilir ve açıklanabilir nitelikteki bilgi ve deneyimleri ifade eder. know-how sözleşmesi bilgi ve deneyimlerin devri ve açıklanması bazen yazı ile (tablo,

¹⁹⁹ ÖĞÜZ, s.25-26

²⁰⁰ ÖĞÜZ, s.28

²⁰¹ ÖĞÜZ, s.28

²⁰² ÖĞÜZ, s.29

model, liste vb.) ve özellikle bunların cisimleştiği bir taşınır eşyanın (makine, cihaz, parça vb.) devri ile, nadir olarak gerçekleşse de bazen sadece sözlü olarak gerçekleşebilir.

Know-how hangi formda açıklanırsa açıklansın, en önemli husus, bu açıklama tarzının know-how'ın mahiyetine uygun düşmesi gerekliliğidir. Sözgelimi, bir fabrika kurulması gerekli ise, buna ait planların verilmiş olması, otomotiv sanayinde geliştirilmiş bir fren sisteminin sözleşme tarif edilmesi, bir kimya prosesinin sözlü açıklanması, elektrik veya elektronik bir alet veya düzenleme söz konusu ise, bununla ilgili uygun tesisat planlarının ve krokilerin teslim edilmemiş olması gibi hallerde, gerekli teknik tariflerin, katalogların ve diğer zorunlu belgelerin know-how alıcısına geçirilmemesi ifanın eksik olduğunu gösterir.

Bu niteliği taşımayan bilgi ve deneyimlerin ise know-how olarak nitelendirilmesi söz konusu olmaz. Bu anlamda know-how verenin şahsına veya işletmesine ayrılamayacak nitelikte bağlı kişiye özgü bilgi ve deneyimler know-how sözleşmesine konu teşkil etmediği gibi, ortalamanın üzerinde bir çalışmanın edindiği özellik taşımayan bir deneyim veya yer ve zamana bağlı olmaksızın tekrarlanabilir nitelik taşımayan olgular da know-how sözleşmesi konusu olamazlar.²⁰³

2- KNOW-HOW BEDELİ VE TARAFLARIN ANLAŞMASI

Know-how bedeli ve tarafların anlaşması sözleşmenin ikinci unsurudur. Know-how ve rehin know-how'u bildirme kullanımını engellememe yükümlülüğüne karşılık, know-how alanın temel yükümlülüğü bir bedel ödeme yükümlülüğüdür.²⁰⁴ Taraflar bedel ödeme yerine, örneğin hizmet yükümlülüğü kararlaştırmışlarsa, sözleşmenin tipik bir özelliği eksik kalmış olduğundan burada bir know-how sözleşmesi olmayacaktır.

Yine tam iki tarafa borç yükleyen know-how sözleşmelerinde tarafların sözleşmenin tüm esaslı noktaları üzerinde anlaşmaları gerekir.

III. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Know-how sözleşmesi, akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi olmayacağını öngören BK.m.11/1 gereğince hiçbir şekle tabi değildir. Ancak know-how'ın eksik münhasır hak ve fiili durum olmasından kaynaklanan korunma güçlüğü'nün göz önünde tutularak en azından yazılı şekilde yapılması hem ispat kolaylığı sağlayacak hem de taraflar arasında çıkabilecek ihtilafların hızlı ve etkin bir şekilde çözümlenmesine yardımcı olacaktır.

²⁰³ ÖĞÜZ, s.29

²⁰⁴ ERBAY, İsmail, Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002

Sözleşmenin konusu olan Know-how üretim, hizmet tekniklikleri ayrıntılı olarak açıklanmalıdır. Sözleşmede spesifik tüm bilgiler yer almalıdır. Tarafların yükümlülüklerinin ayrıntılı bir şekilde belirtilmesi gerekir.

IV. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Know-how'da mutlak hak konusu olmadığı için, Know-how sözleşmesi sadece borçlandırıci işlem olarak işlev görür. Diğer bir ifade ile know-how alana 3. Kişilere karşı da ileri sürülebilecek bir hak devredilmesi söz konusu olamaz. Know-how sözleşmesinde, Know-how alan, Know-how verene karşı sözleşme konusu bilgi ve deneyimlerin kendisine devredilmesine ve açıklanmasına ilişkin bir alacak hakkı elde eder. Ancak Know-how verenin bu yükümlülüğünün ifası, alıcıya Know-how üzerinde hak devrini sağlayacak “tasarruf işleminin” yapılması ile gerçekleşmez.

Know-how maddeleşmediği sürece, haklardaki sınırlı sayı prensibi gereğince, gayri maddi olarak korunamaz; bir madde üzerinde tecessüm ettikten sonra, eşyaya bağlı olarak mülkiyet hakkına istinaden korunabilir. Ancak bir bilgi ve tecrübenin know-how olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, onu somutlaştıran araca göre değil, bilginin niteliğine göre belirlenmelidir.²⁰⁵

Doktrinde bazı yazarlar sır niteliği taşıyan gizli bilgiler üzerinde, herkese karşı ileri sürülebilecek bir mutlak hak bulunduğunu savunmuşlardır. Ancak bu yazarlar arasında bir görüş birliği yoktur. Bakırcı, know-how'ın kanunla güvence altına alınan fikri ve sınai mülkiyet haklarının karşısında, kanunla düzenlenmemiş fikri mülkiyet olarak, bunlarla olan ilişkisi nedeniyle, “bitişik/bağlantılı hak” kategorisinde yer aldığının ileri sürüldüğünü belirtmiş ve konuya ilişkin olarak uluslararası alanda düzenlemeler getiren GATT-TRİP's Anlaşmasını örnek göstermiştir.²⁰⁶ Anlaşmanın Genel Hükümler ve Temel Prensipler başlıklı 1(2).maddesinde, fikri mülkiyet haklarının konusu ve kullanımlarına ilişkin İkinci Bölüm içerisinde 8 ayrı kısımda listelenmiş olan konulardan, 1.kısımdan 7.kısıma kadar olanlarının bu anlaşmanın amacı bakımından, “**fikri mülkiyet**” niteliğinde ifade edilmiş ve 7.kısıma kadar olan bölümde fikri mülkiyet hakları sayılmış, 7.kısımda da bu hakların dışında bırakılan **gizli bilgi(know-how)** düzenlenmiştir. Dolayısıyla know-how burada fikri mülkiyet olarak kabul edilmemekle beraber bu haklar ile olan bağlantısı nedeniyle onlarla aynı bölüm altında listelenmiştir.

T.C. Merkez Bankası, 2 Ocak 2002 Tarih ve 2002/YB-1 Sayılı Sermaye Hareketleri Genelgesi'nin 1.1/3. maddesi know-how anlaşması yapılmasını Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nden gerekli izinlerin alınması şartına bağlamış ve 1.3/1-b.maddesinde de know-how'dan bahsederken know-how'ın **maddi bir hak** olduğunu

²⁰⁵ ERBAY, s.101

²⁰⁶ BAKIRCI M. Enes, Teknoloji Transferinde Patent ve Know-How Lisansı Sözleşmeleri, İstanbul 2001.

belirtmiştir²⁰⁷ <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/know-how.htm> - [_ftn91#_ftn91](#). Yine TCMB 3.7.1991 Tarih ve 20918 RG nolu 1-M Sayılı Genelgesi'nin 25/A-5/b.maddesinde de isabetsiz bir şekil-de know-how'ın **maddi bir hak** olduğundan bahsetmiştir. Know-how'ın hak olup olmadığı sorununa aşağıda değineceğimizden şimdilik diyebiliriz ki TCMB know-how'ın **maddiliğinden** söz etmekle bize göre know-how'ın maddi bir şeyde tecessüm etmesi gerekliliğini ifade etmek istemiştir. Kuşkusuz bu anlayış kabul edilmemek gerekir. Zira know-how sözleşle aktarılabilirdiği gibi know-how alanın veya işçisinin eğitilmesi vb.yollarla da devredilebilir. Hatta know-how genelde sır niteliğinde olduğundan, çoğu defa maddi bir şeyde tecessüm de etmez. Kaldı ki yukarıda da belirttiğimiz gibi bir bilgi ve tecrübenin know-how olarak değerlendirilmesi için, onu somutlaştıran araca göre değil, bilginin niteliğine göre hareket etmek gerekir.

Know-how sözleşmesi uygulamanın ortaya çıkardığı ve geliştirdiği bir sözleşme olması itibariyle birçok ülke hukukunda olduğu gibi, Türk Hukukunda da kanun tarafından düzenlenmiş değildir. Borçlar Kanununda sayılmış olan tipik sözleşmelerden değildir. Bununla beraber Borçlar Kanunu dışından tipik hale gelmiş, unsurları belirlenmiş bir sözleşme olarak iş ve sanayi çevrelerinde yaygınlaşmıştır.

Know-how sözleşmesi rızai bir sözleşme olup, karşılıklı her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Çeşitli sözleşmelerin unsurlarını içeren ve onlarla yakın bağlantı veya benzerlik gösteren know-how sözleşmesini iyi anlayabilmek için mutlaka benzerleriyle ilişkileri dikkate alınmalıdır.

A- Satım Sözleşmesinden Farklılıkları

Know-how sözleşmesinde bilgi ve deneyimlerin para karşılığında, Know-how alana devredilmesi söz konusu oluyorsa da Know-how sözleşmesine konu olan bilgi ve deneyimlerin eşya niteliği taşınamaması ve hak konusu olmamaları Know-how sözleşmesinin satım sözleşmesi ile olan farklılığını açıkça ortaya koyar. Bilindiği üzere Türk doktrini “Beyi bir akittir ki onunla bayi, satılan malı müşterinin iltizam ettiği semen mukabilinde müşteriye teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder.” Borçlar Kanunu 182/f.1.hükmündeki “mal” kavramını geniş yorumlayarak satım sözleşmesini taşınır veya taşınmaz eşyanın mülkiyetinin veya bir diğer hakkın para karşılığı devrini amaçlayan bir sözleşme olarak tanımlamaktadır.

Know-how sözleşmesine konu teşkil eden bilgi ve deneyimler hak konusu olmadığı için know-how sözleşmesi ile know-how alana hak devrinin amaçlanması söz konusu olmadığından; know-how sözleşmesinin satım sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanabileceği bir sözleşme olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığına tereddüt edilmemelidir.²⁰⁸

²⁰⁷ Madde 1.3/1-b: “Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü tarafından onaylanan lisans, know-how ve benzeri maddi haklara...”

²⁰⁸ ÖĞÜZ, s.34-35

Know-how sözleşmelerinin yapısı ve tarafların ilişkileri göz önüne alındığında, satım sözleşmesi hükümlerinin Know-how sözleşmesine uygulanmasının tatminkar sonuçlar doğurmayacağını eklemek gerekmektedir. Çünkü Know-how sözleşmelerinde taraf menfaatleri sözleşme konusu bilgi ve deneyimlerin uygulanması, bu süreçte meydana gelen gelişmelerin paylaşılması vb. konularda zaman yayılmış karşılıklı bilgi alışverişinin gerektirir. Dolayısıyla Know-how sözleşmeleri kural olarak sürekli borç ilişkisi niteliği taşır. Oysa ani edimli sözleşme niteliğindeki satım sözleşmesi hükümleri arasında, tarafların bu ilişkisine uygulanabilecek hükümler bulunmamaktadır. Özellikle sözleşme konusu bilgi ve deneyimlerin uygulanmasına yönelik olarak Know-how veren tarafından danışmanlık yapılması, tavsiyelerde bulunulması, genel olarak ifade edilirse Know-how alanın elde ettiği bilgi ve deneyimlerden yararlanmasını sağlayacak bir işbirliğinde bulunma ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli değişiklikleri yapma açısından durum böyledir.

Öğüz de know-how sözleşmesi ve satım sözleşmelerinin esas itibarıyla farklı sözleşmeler olduklarını belirttikten başka, yine de satıma ilişkin bazı hükümlerin know-how sözleşmesine kıyasen uygulanabileceğini belirtmiş ve bunun ise know-how sözleşmesini atipik satım sözleşmesi olarak değerlendirmek anlamına gelmeyeceğini savunmuştur.²⁰⁹ Yazara göre uygulama alanı bulduğu hallerde know-how sözleşmelerine, özellikle satıcının zapta (BK m.189 vd.) ve ayıba karşı tekeffül (BK m. 194 vd.) sorumluluğuna ilişkin hükümlerin know-how verenin edimi açısından uygulanabilir. Ayrıca yazar ani edimli know-how sözleşmelerinin iki halini örnek göstererek bunlara satım sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini savunmuştur. Kıyasen satım sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği know-how sözleşmelerinin ilk türü, bilgi ve tecrübelerin know-how alana devredilmesinin, süre sınırlaması söz konusu olmaksızın, sözleşme konusu bilgilerin maddileştiği taşınır eşyanın devri ile gerçekleştiği sözleşmelerdir. İkincisi ise, (bilgi ve tecrübelerin taşınır eşyada maddileşmemesine rağmen) sözleşme konusu bilgi ve tecrübelerin know-how alıcısına devrinin ve açıklanmasından sonra know-how alanın bu bilgi ve tecrübelerden yararlanmasının süreye bağlı olmadan gerçekleştiği hallerdir. Zira bu tür sözleşmelerde know-how transferi nihai olarak, herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın gerçekleştiği için know-how alıcısı için sözleşmenin sona ermesinden sonra bir geri verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak yazar bu son durumda kıyasen uygulanmayı sağlayacak olguların daha zayıf olduğunu belirtmiştir.

Her ne kadar satımda olduğu gibi bazı malzemenin mülkiyetini devir yükümü de know-how sözleşmesinde bulunabilirse de, bu her sözleşmede mutlaka rastlanabilen bir unsur değildir, diğer taraftan mülkiyeti geçirilecek malzeme sözleşmenin temel unsurunu oluşturmaz; asıl geçirilmek istenen bir takım usul, yöntem ve prosestir.²¹⁰

²⁰⁹ ÖĞÜZ Tufan, Know how sözleşmesi s.34-37, Filiz kitabevi, 2001, İstanbul

²¹⁰ AKYOL Şener, Borçlar hukuku Özel borç ilişkileri II. Fasikül, 1997, İstanbul

Hakların satımı da know-kow sözleşmesinden farklıdır; know-how' da kullandırılan hak bir üretim veya hizmet yöntemi ve sırlardır. Zamanla bu sırlar ve yöntemler değerlerini tamamen kaybederler ve devralan bu haklar üzerinde hiçbir şekilde tasarruf edemeyeceği için devralmış olması dahi şüphelidir.²¹¹ Bu sebeple know-how sözleşmesinde ne bir mal ne de bir hak satımı söz konusu olur.

Aralarındaki bu ayrılık nedeniyle know-how sözleşmesine Borçlar Kanunun satım ile ilgili hükümlerinin uygulanması söz konusu olamaz.

B-Hasılat Kirası Sözleşmesinden Farklılığı

Borçlar Kanunu 270. Maddesi; “Hasılat icrası, bir akittir ki onunla mucir, müstecire ücret mukabilinde hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktifatını terk etmeği iltizam eder.” demektedir. Hüküm gereği, hasılat kirasının konusunu da hasılat getiren bir taşınır veya taşınmaz yahut bir ticari işletme ya da hak oluşturur. Bu nedenle, satım sözleşmesinde de olduğu gibi, know-how sözleşmesine konu olan bilgi ve deneyimlerin hak konusu olmaması, know-how sözleşmelerinin hasılat kirası sözleşmesi olarak nitelendirilememesine neden olur.

Hasılat kirası devamlı bir borç ilişkisidir. Hasılat kirası sözleşmesinin unsurlarından biri, kullanmanın kiracıya devrinin süreyle sınırlı olması ve sürenin sonunda kiralanan şeyin kiralayana geri verilmesidir. Bu iade anına kadar kiralanan şeyi kullanma ve ondan yararlanma hakkı hasılat kiracısına bırakılmıştır. Doktrinde iki sözleşmenin birbirinden ayrılmasındaki en önemli unsur bu noktada görülmektedir. Özetle denmektedir ki; know-how sözleşmesi süreye bağlı olarak yapılsa dahi know-how alana devredilen, açıklanan bilgi ve deneyimlerin sözleşmenin sona ermesi üzerine geri verilmeleri nitelikleri gereği mümkün değildir. Bu nedenle know-how sözleşmesini hasılat kirası olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu sözleşme ilişkisinin sonunda hasılat kiracısı olan taraf, kiralamış olduğu şeyi iade ile mükelleftir. Know-how sözleşmesinde ise, devredilmiş olan bilgi ve deneyimlerin sözleşme süresinin sona ermesi nedeniyle iadesinden söz edilemez. Çünkü kazanılmış bir bilgi- deneyimin bir defa akıl ve belleğin malı olduktan sonra onların geri verilmesi, silinmesi söz konusu olamaz. Sözleşme süresi sonunda know-how alanın kazanmış olduğu tecrübe ve sırları kullanamayacağı kararlaştırılır. Bu halde, know-how veren bir şeyin kendisine iadesini değil ancak kullanımdan kaçınmasını talep ve dava edebilir.²¹²

Know-how sözleşmesinin konusunu oluşturan know-how yani bir patente bağlanmamış ve bağlanması mümkün olmayan teknik sırlar, bilgiler ve tecrübeler birer hak değildirler. Bu itibarla bir hakkın devri söz konusu olmaz. Know-how sözleşmesinde know-how alana devredilmiş olan üretim veya hizmet teknikleri sözleşmenin sona ermesi üzerine iade edilemez, çünkü kazanılmış

²¹¹ AKYOL, s.4

²¹² AKYOL Şener, Borçlar hukuku Özel borç ilişkileri II. Fasikül, 1997, İstanbul

bir bilginin veya tecrübenin ya da tekniklerin iadesi söz konusu olamaz. Oysa hasılat kirasında sona erme anında kiralanan şey iade edilecektir.

İlke olarak know-how sözleşmesi devamlı bir borç ilişkisi değildir. Bir taraf üretim veya hizmet tekniklerini devreder, diğeri de bunun bedelini öder ve tarafların bu karşılıklı ifaları ile borçlar söner. Know-how alanın edindiği bilgiler veya tecrübeler öğrenmiş olduğu üretim ve hizmet sırları bir defa akıl ve belleğin malı olduktan sonra onların geri verilmesi, silinmesi, kullanılmaması söz konusu edilemez. Bu sözleşme yararlanma süresini içerse dahi bu sürenin dolmasıyla know-how alanın kazanmış olduğu tecrübeleri, sırları kullanmayacağı kararlaştırılır. İşte hasılat kirası ile en önemli ayrım bu noktadadır. Çünkü hasılat kirasında kiralanan şey sözleşme sonunda iade edilmekte iken know-how sözleşmesinde know-how veren bir şeyin kendisine iade edilmesini değil ancak kullanmaktan kaçınmasını talep ve dava edebilir.

Know-how alanın sürenin sonunda sözleşme konusu bilgi ve deneyimleri kullanmayacağını taahhüt etmesi de sonucu değiştirmez, sadece know-how alanın yükümlülüğü aykırı davranması sonucu know-how alanın tazminat talebine dayanak oluşturur ki bu halde bile, know-how veren, hasılat kira sözleşmesinde BK. m. 292 hükmünün sağladığı sözleşme konusunun geri verilmesine ilişkin talebe sahip değildir.²¹³

Öğüz²¹⁴ ise, hasılat kirası hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesini, sözleşme konusu bilgi ve tecrübelerin know-how alana devri ve açıklanmasından sonra, süre ile sınırlı olarak know-how alanın bunlardan yararlanmasının know-how veren tarafından sağlanması halinde söz konusu olabileceğini savunmuştur. Zira bu halde, know-how verenin bilgi ve tecrübeleri sözleşme süresi boyunca know-how alanın yararlanmasına uygun halde bulundurma borcu sözleşmeye sürekli borç ilişkisi niteliği kazandırmaktadır. Yazar bu durumda sözleşmenin kullandırma sözleşmesi niteliğinde olacağını ve know-how alanın durumunun ise, hasılat kiracısının semerelerden faydalanma ve hasılat elde etme yetkisinin bir görünümü olacağını savunmuştur. Dolayısıyla hasılat kirası hükümlerinin özellikle tarafların sözleşme süresince var olan bilgi verme, gelişmeleri aktarma, uygulamanın kontrol edilmesi yükümlülükleri açısından know-how sözleşmelerine uygulanması mümkündür. Ayrıca BK m. 272/2 hükmünde hasılat kirasında kiralayanın ayıba karşı tekeffül sorumluluğu için adi kira hükümlerine yapılan yollama uyarınca, kiralayanın kiralananı sözleşmede öngörülen kullanmaya ve yararlanmaya elverişli durumda teslim etmemesi ve kiralananı sözleşme süresince öngörülen kullanmaya ve yararlanmaya elverişli durumda bulundurmaması halinde ortaya çıkan ayıba karşı tekeffül sorumluluğu için adi kira hükümleri de uygulanabilir. Ayrıca yazar sözleşme bitiminde ortaya çıkan iade sorununun esasen sözleşmeden dönüldüğü hallerde de olabileceğini, burada sorunun daha çok mutlak sır niteliği taşımayan bilgi ve tecrübeler açısından doğduğunu, bunun da sözleşmede ayrıntılı olarak düzenlenip know-how alanın diğer bilgilerinden ayrılabilceğini,

²¹³ ÖĞÜZ, S.37

²¹⁴ ÖĞÜZ Tufan, Know how sözleşmesi s.39-40, Filiz Kitabevi, 2001, İstanbul

aslında bunun bir ispat sorunu olduğunu ve nihayet, know-how alanın faaliyetinin tamamen know-how sözleşmesi ile edindiği bilgi ve tecrübelerle bağlı olduğu hallerde, sözleşmenin sona ermesinden sonra know-how alanın işletmesinin faaliyetine son vermesinin doğal karşılanması gerektiğini belirtmiştir.

C-Vekâlet Sözleşmesinden Farklılığı

Vekalet sözleşmelerinde, vekil müvekkiline karşı bir iş görme edimi borçlanmıştır. Burada vekil, müvekkilinin çıkarlarına uygun hareket etmekle yükümlüdür. Buna karşılık, know-how sözleşmelerinde tarafların şahsi çıkarları üstünlük taşımakta, taraflar kendi çıkarlarını korumak için çalışmaktadır.

Vekalet sözleşmesinde vekil, hizmet ve iş görme edimi yüklendiği halde, know-how sözleşmesinde know-how veren bu sırların üretim ve hizmette kullanılmasını kolaylaştıracak ve öğretecek kadar hizmet edimi vermekle yetinir. Fakat hizmet edimi know-how sözleşmesine karakterini veren bir unsur değildir. Amaç, know-how alanın işini görmek değil, onun sırları kullanmasına veya uygulamaya geçirebilmesine yardımcı olmaktır. Ayrıca, Know-how, know-how alan için her zaman bir ekonomik değer taşıırken, vekilin hizmet edimi, müvekkile her zaman bir ekonomik yarar sağlamayabilir.²¹⁵

Vekalet akdinde vekil, müvekkilinin emir ve talimatları ile hareket ettiği halde know-how sözleşmesinde know-how veren ve alan arasında böyle bir bağımlılık ilişkisi mevcut değildir.

Vekalet sözleşmesinde vekil, müvekkiline karşı hesap vermekle yükümlü olduğu halde know-how sözleşmesinde know-how alan, verene karşı böyle bir yükümlülük altında değildir.

Vekalette vekil müvekkilinin işini görmesine karşılık know-how sözleşmesinde üretim veya hizmet sırlarını veren bu sırların üretim veya hizmette kullanılmasını kolaylaştıracak ve öğretecek kadar hizmet edimi vermekle yetinir.²¹⁶ Yani amaç know-how alanın işini görmek değil, onun sırları kullanabilmesi veya uygulayabilmesine yardımcı olmaktır. Bir bankaya yeni bir faiz hesaplama veya otomatik bankacılık hizmet sırlarını veren taraf bu işin nasıl yürütüleceğini kendi hizmetleri ile hatta kendisi hesabına bağımsız başka araçlar eliyle (ki bunlar know-how verenin vekili olabilirler) öğretebilir. Bu ise vekalet ile açıklanamaz.

D-Hizmet Sözleşmesinden Farklılığı

²¹⁵ ERBAY, İsmail, Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002, s.129.

²¹⁶ AKYOL, s.4

Hizmet sözleşmesi bağlılık unsuru gereği, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda çalışılır. Know-how sözleşmesi ise, bilgi ve deneyimin yararlanmak üzere Know-how alana verilmesidir.²¹⁷ Yani işçi işverenin emir ve talimatları altında çalışırken, know-how sözleşmesi ise bilginin, bilgi birikiminin, becerilerin üretimi veya hizmeti miktar veya kalite olarak iyileştirecek yöntemlerin yararlanmak üzere verilmesidir.

Know-how sözleşmesinde, know-how verenin, know-how'ı açıklaması, işçinin kişiliğine bağlı bir hizmet edimi niteliğinde değildir. Hizmet sözleşmesinde işçinin şahsi edimi kullanıma sunulurken, know-how sözleşmesinde bilgi ve tecrübe kullanıma sunulmaktadır.

Hizmet sözleşmesinde işçi hizmetini, işverenin gösterdiği işe hasreder. Oysa know-how sözleşmesinde know-how alan ve veren arasında böyle bir hasretme olgusu yoktur. Yani know-how veren dilerse başka bir işletmeye de know-how verebilir.

E-Eser Sözleşmesinden Farklılığı

Eser sözleşmesinde, müteahhit sözleşmenin kurulmasından başlayarak bir eser meydana getirir. Meydana getirilen eser müteahhit tarafından iş sahibine teslim edilir, iş sahibi de müteahhide olan para borcunu yerine getirir; sözleşme bu şekilde iki tarafın borçlarını ifası ile amacına ulaşır.

Know-how sözleşmesinde, know how verenin tecrübeleri, bilgi birikimi, üretim veya hizmet teknikleri bir defa üretilmiş eser olarak telakki edilemez. Örneğin X ülkesinde Y bankası ile yapmış olduğu know-how sözleşmesi ile know-how veren edinmiş olduğu bilgi ve deneyimi tüketmiş olmaz. know-how veren daha sonra Z ülkesinde Q bankasına da aynı tekniklikleri öğretebilir.²¹⁸ Zira uygulamada sık olarak ortaya çıktığı üzere, know-how veren, bilgi ve deneyimleri know-how alanın kullanmasına bırakmak dışında ayrıca devredilen bilgi ve deneyimler kullanılarak elde edilmek istenen üretim ve pazar başarısı taahhüt etmemektedir.²¹⁹

F-Adi Ortaklık Sözleşmesinden Farklılığı

Adi ortaklık iki veya daha fazla şahsın ortak bir amaç elde etmek üzere güçlerini ve emeklerini birleştirmeleridir. Know-how sözleşmelerinde, tarafların müşterek amaç takip etmeleri değil, farklı yönlerdeki kendi menfaatlerini korumaları ve bunun için çalışmaları söz konusudur. Bu nedenle know-how sözleşmesini adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün olmaz. Çünkü her şeyden önce taraflar emek ve güçlerini birleştiremezler, aksine aralarında karşılıklı edimlerin niteliğinden doğan bir gerilim ilişkisi bulunmaktadır.

G-Leasing Sözleşmesinden Farklılığı

²¹⁷ KOLLER, Der Know-How Vertrag Nach Schweizerischem Recht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Leistungsstörungen Und Der Vertragsbeendigung Zürich, 1979, s 40.

²¹⁸ AKYOL Şener, Borçlar hukuku Özel borç ilişkileri II. Fasikül, 1997, İstanbul. S.6

²¹⁹ ÖĞÜZ, s.39

Buradaki ayırım da hasılat kirası sözleşmeleri ile know-how sözleşmeleri arasındaki ayırım gibidir.

H-Franchise Sözleşmesinden Farklılığı

Franchise sözleşmesi bir malın belli marka, usul, slogan, satış yöntem ve biçimlerine bağlı olarak satılması ve satış sonrası hizmetlerin münhasır olarak yürütülmesi için kurulan bir sözleşmedir. Know-how sözleşmelerinde ise bu özellikler yoktur. İki sözleşme arasındaki yakınlık, franchise verenin, franchise organizasyonu ile ilgili bilgi ve deneyimleri franchise verene aktarmak yükümlülüğü altında bulunduğu hallerde ortaya çıkar; bu halde franchise veren know-how devretme borcu altında bulunmaktadır.²²⁰

Franchise sözleşmesi ile know-how sözleşmesi arasındaki temel ayırım bağımlılık unsurudur. Franchise sözleşmesinde franchise alan franchise verenin tüm kurallarına uymak zorunda olduğu halde know-how sözleşmesinde böyle bir durum yoktur.

Franchise veren, sisteme ait gizli veya gizli olmayan bilgi ve tecrübelerini franchise alana aktarmakla yükümlüdür. Bu franchise verenin asli edim yükümlülüklerinden olup sistemin olmazsa olmaz unsurlarındandır. Bunların olmaması halinde franchise alan sistemden tam olarak yararlanamaz ve gereği gibi hizmetini ifa edemez. Franchise konusu mal veya hizmet hazırlanmasında eksik bilgilerinden dolayı sistem zarara uğrayacaktır. Know-how'un içeriği sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa franchise veren ve franchise alan tarafında üçüncü kişilere aktarılmamalıdır. Aksi takdirde, buna uymayan taraf sır saklama yükümlüğüne aykırı davranmış olup, BK 96 uyarınca tazminat ödemekle yükümlü olabilir.

I-Patent Sözleşmesinden Farklılığı

Know-how sözleşmesi ile patent sözleşmesi birbirine çok yakın duran, çok defa birbirinin içine girebilen iki ayrı sözleşmedir.

Patent sözleşmesi bir buluş sahibinin buluşu için almış olduğu patentten bir başkasını yararlandırmak için yapmış olduğu sözleşmedir.

Patentten doğan hak, patent sahibinin patente bağlanan buluş üzerindeki hukuki durumunu ifade eder ve bu özel kanunlarla korunan ve herkese karşı ileri sürülebilen bir mutlak hak niteliğindedir.²²¹ Oysa know-how sözleşmesinin konusunu özel kanuni korumadan faydalanmayan bilgi ve deneyimler oluşturur ve know-how sözleşmesi ile know-how alana bu bilgi ve deneyimler

²²⁰ ÖĞÜZ, s.80

²²¹ ÖĞÜZ, s.81

üzerinde bir mutlak hak devri ne de bir mutlak haktan yararlanma imkanının sağlanması söz konusu olur.²²²

Patent sözleşmesi, bir buluş sahibinin buluşu için almış olduğu patentten bir başkasını yararlandırmak için yapmış olduğu sözleşmedir. Patentte buluşun ne olduğu tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya girmeyen fakat patent sahibi tarafından üretim veya hizmet teknikleri konusundaki bilgiler, tecrübeler, imalat kolaylıkları, beceriler biriktirilmiş olabilir. Patent kapsamadığı tüm bu bilgiler know-how'dur.

İ- Lisans Sözleşmesinden Farklılığı

Lisans sözleşmesi marka sahibinin yani lisans verenin markasını belli bir bedel karşılığında lisans alana kullanma yetkisi verdiği iki taraflı yazılı bir sözleşmedir. Lisans sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir, ani edimli değildir. Lisans verme bir anda gerçekleşir ama lisans sözleşme süresince hakkı kullanma yetkisine sahip olur.

Başlı başına know-how, üretim ve satım tekniklerinin bütününe ifade etmektedir; ancak bir lisansa bağlanmış olan üretim ve satım teknikleri know-how kavramının dışında kalmakta, kullanılması belli bir ruhsata bağlanmış bu hakkın devri lisans sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır

Know-how sözleşmesinde know-how alan know-how verene karşı sözleşme konusu bilgi ve deneyimlerin kendisine devredilmesine ve açıklamasına ilişkin bir alacak hakkı elde eder; ancak know-how verenin bu yükümlülüğünün ifası, alıcıya know-how üzerinde hak devrini sağlayacak tasarruf işlemi yapılması ile gerçekleşmez.²²³ Oysa lisans sözleşmelerinde durum farklıdır. Lisans verenin üçüncü kişilere de lisans verme hakkını elinde tuttuğu basit lisans sözleşmelerinde lisans alıcısı lisans verene karşı sınai haktan yararlanmaya yönelik bir alacak hakkı elde ederken, lisans alanın aynı konuda ve aynı sınırlamalar içinde üçüncü kişilere lisans vermeme yükümlülüğü altına girdiği inhisari lisanslarda lisans alıcısına, lisans üzerinde mutlak tasarruf yetkisi bahşeden ve herkese karşı etkili münhasır yararlanma yetkisi sağlayan bir hak sağlanmaktadır.²²⁴

Uygulamada know-how sözleşmesi ile lisans sözleşmesi ekseriya bir arada bulunmaktadır. Bir kere know-how devrini içermeyen saf bir lisans sözleşmesi çok nadir olarak ortaya çıkar. Uygulamadan kaçınılmaz olarak patentten yararlanılması için lisans alana know-how de devredilmektedir. Çünkü alıcıya lisansa ek olarak sağlanan know-how olmaksızın lisanstan amaca uygun şekilde yararlanmak mümkün olmamaktadır.

²²² ÖĞÜZ, s.81

²²³ ÖĞÜZ, s.32

²²⁴ ÖĞÜZ, s.32

V. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1-Yalın-Karma Know-how Sözleşmeler: Sözleşme konusunu sadece kanunen korunmayan ticari, teknik, işletmesel ve yönetsel bilgi, beceri ve tecrübeler oluşturuyorsa, sözleşme, **yalın know-how sözleşmesi**; buna sözleşmede know-how devrinin yanı sıra başka sözleşme tiplerine ilişkin unsurların da yer alması halinde ise sözleşme, **karma know-how sözleşmesi** niteliğini taşır.²²⁵

Hatta know-how devri olmaksızın patentten amaca uygun şekilde faydalanma gerçekleşmeyeceğinden, patent lisansı sözleşmelerinde daima patentin uygulanmasına yönelik alenileşmemiş bilgi niteliğindeki know-how'ın devri de söz konusu olmaktadır. Ancak karma muhtevalı know-how sözleşmesi ile bileşik sözleşmeyi karıştırmamak gerekir. Karma sözleşmede, know-how diğer sözleşme unsurları ile bir bütünlük içerisinde olup, sözleşme, bir metin içerisinde düzenlenmiş iken; **bileşik sözleşmede**, yalın know-how sözleşmesi ile diğer sözleşme birbirinden bağımsız ve genellikle ayrı metinlerde düzenlenmişlerdir.²²⁶

2-Basit know-how – İnhisari know-how Sözleşmeleri: Know-how veren, know-how sözleşmesi konusu bilgi ve tecrübeleri bizzat kullanmama ve üçüncü kişilere devretmeme yükümlülüğü altına giriyorsa, bir başka ifadeyle know-how sözleşmesinde sadece know-how alanın münhasır yararlanma imkanına sahip olması kararlaştırılmışsa, **inhisari know-how sözleşmesi**; know-how veren, know-how üzerinde bizzat kullanma ve üçüncü kişilere devretme imkanını muhafaza etmişse, **basit know-how sözleşmesinden** söz edilir.²²⁷ Know-how veren üçüncü kişilere know-how vermeme yükümlülüğü altına girmekle beraber, kendisi know-how sözleşmesine konu bilgi ve deneyimleri kullanma hakkını elinde tutabilir.<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/know-how.htm> - ftn128# ftn128. Basit know-how sözleşmelerinde taraflar en ziyade korunma şartını da kararlaştırabilirler. Bu şarta göre know-how veren yaptığı yeni sözleşmeler ile, know-how alanı diğer alıcılardan daha dezavantajlı duruma sokmayacağını garanti eder. Her iki sözleşmede de, know-how alanın üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği bir hakkı yoktur. Bu nedenle know-how alan, üçüncü kişiye karşı doğrudan müdahalenin men'i ve tazminat davası açamaz.²²⁸ İnhisari know-how sözleşmesine rağmen, know-how veren üçüncü kişilere know-how'ı vermiş ise, sözleşmeyi ihlal etmiş olacağından, know-how alan, verene karşı sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat hakkına sahip olur. İşte know-how sözleşmesini patent lisans ve özellikle inhisari lisans sözleşmelerinden ayıran temel nokta, inhisari lisans sözleşmesinin aynı etkisi sebebiyle, lisans alanın hakkını üçüncü kişilere karşı

²²⁵ Ögüz, s.66

²²⁶ Ögüz, s.66

²²⁷ Kırca, s.253

²²⁸ Erbay, s.110-112

ileri sürebilmesinde, diğer bir ifadeyle sözleşmenin yapılmasından sonra lisans veren tarafından üçüncü kişilerle yapılan lisans sözleşmelerinin geçersiz olmasında görülür.²²⁹

3- Alt know-how sözleşmeleri : Know-how sözleşmesinde know-how alana, know-how'ı üçüncü kişilere devretme, yani alt know-how sözleşmesi yapma yetkisinin tanınması mümkündür. Burada know-how alan ile know-how veren arasındaki mevcut ilişki devam ederken; know-how alan ile üçüncü kişi arasında başka bir hukuki ilişki doğacağından bu durum bir alacağın temliki olmayacaktır.<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/know-how.htm> - ftn136# ftn136. Alt know-how sözleşmesinde, know-how alanın know-how üzerindeki tasarruf hakkını koruyarak know-how'ı üçüncü kişilere vermesi durumu vardır. Bu sözleşmenin kaderi hukuken asıl sözleşmeninkine bağlıdır; dolayısıyla asıl sözleşmenin sona ermesi veya geçersizliği, alt sözleşmenin de sona ermesi veya geçersizliği sonucunu doğuracaktır.<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/know-how.htm> - ftn138# ftn138.²³⁰ Bir diğer önemli sorun da know-how alanın, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan kaynaklanan alacağını, BK. md. 162 vd. anlamında devredip devredemeyeceği sorunudur. Erbay, inhisari know-how sözleşmesinde know-how'ın gizli olup olmadığına göre bir ayırım yapmıştır. Yazara göre, gizli know-how içeren münhasır sözleşmede, sözleşmenin tarafının kim olduğu know-how veren için önem arz eder. Bu nedenle de, know-how'ın temlikine evet demek hakkaniyete uygun olmaz. Know-how veren ile alan arasında bir güven ilişkisi olduğundan, know-how alan bunu devretmek istiyorsa, sözleşmede bunu açıkça zikretmelidir; zira çok riskli bir işlem olan inhisari know-how sözleşmeleri, know-how alanın dürüstlüğüne bağlı olduğundan, know-how veren rızası olmaksızın yabancı bir kişiyi kabule zorlanmamalıdır. Buna mukabil yazara göre, gizli olmayan know-how, know-how verenin izni olmadan üçüncü kişiye verilebilir.²³¹

4-Bir defalık aktarımlı – Sürekli bilgi aktarımlı know-how sözleşmeleri : Know-how verenin, yalnız sözleşmenin kurulduğu sırada sahip olduğu bilgilerin devrini borçlandığı durumlarda **bir defalık bilgi aktarımlı know-how sözleşmesi**; buna mukabil, know-how verenin gelecekte know-how'daki yenilik ve gelişmeleri de devretme yükümlülüğünü üstlendiği hallerde ise **sürekli bilgi aktarımlı know-how sözleşmesinden** söz edilecektir.

5-Ani ifalı- sürekli borç ilişkisi niteliğindeki know-how sözleşmeleri : Bir sözleşmenin ani ifalı mı yoksa sürekli borç ilişkisi niteliğinde mi olduğunun belirlenmesinde, asli edimlerin ifasında alacaklının edim çıkarının gerçekleştiği an esas alınmalıdır.²³² Borcun ifasında alacaklının ifaya olan çıkarının zaman birimiyle ölçülemeyecek bir an içinde gerçekleştiği durumlarda (alım-satım akdindeki borçlar gibi) ani edim söz konusu olup asli edimleri ani edim olan borç ilişkileri de ani ifalı borç ilişkisi olarak isimlendirilir. Baskın görüş uyarınca, ifanın ani

²²⁹ Ögüz, s.68.

²³⁰ Erbay, s.114

²³¹ Erbay, s.115

²³² OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. bası, İstanbul 1998, s.9-10.

mi sürekli mi olduğu saptanırken borçlunun faaliyetlerinin değil, alacaklının edime olan çıkarının gerçekleşmesinin bir an içinde mi olduğu yoksa bir süreye mi yayıldığına bakılmalıdır. Örneğin, müteahhidin inşaatı tamamlayıp teslim etme borcu, terzinin elbiseyi dikip teslim etme borcu; borçlular açısından bir zaman boyunca çalışmayı gerektirmesine rağmen, bu çalışmalar alacaklı için teslim anına kadar ifa değeri taşımayacağından, ani edimli borç ilişkisi yaratır.²³³ Borçlunun borcunu zaman içinde devamlı ve aralıksız yani sürekli bir davranışla ifa edebildiği hallerde sürekli edim söz konusu olup asli borçlardan en az biri sürekli edimi gerektiriyorsa o borç ilişkisi sürekli borç ilişkisidir <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/known-how.htm> - [ftn148# ftn148](#).

Know-how sözleşmeleri prensip olarak sürekli borç ilişkisi niteliğindedir <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/known-how.htm> - [ftn149# ftn149](#).

Öğüz'e göre, know-how, eğer süre sınırlamasına tabi olmaksızın devrediliyorsa, know-how sözleşmesi ani ifalı sözleşme niteliği taşır. Zira know-how alanın ifa menfaati bilgi ve tecrübelerin kendisine devredildiği anda gerçekleşmiştir.²³⁴

Buna karşılık, know-how devrinin süreye bağlı olduğu hallerde, know-how alanın ifa menfaatinin gerçekleşmesi zaman içinde süreklilik arz ettiği için know-how sözleşmesi sürekli borç ilişkisi niteliği taşır. Zira bu halde know-how verenin, sözleşme süresi içinde bilgi ve tecrübelerin know-how yararlanmasına hazır bulundurulması yani bu bilgi ve tecrübelerden know-how alanın yararlanmasını engellemekten **kacınma** yükümlülüğü söz konusudur.

Buna karşılık Erbay, know-how alanın veya elemanlarının eğitilmesi ya da know-how alana aynı zamanda danışmanlık yapılmasını, sözleşmenin ani edimli olmasını etkilemeyeceğini; zira sözleşmeye eklenen bu unsurların, sözleşmedeki asli edim yükümünü değil tali edim yükümünü ifade ettiğini savunmuştur. Yine de yazar, uygulamada sözleşmenin genellikle fesih imkanı içeren sürekli bir borç ilişkisi olarak kurulduğunu belirtmiştir.²³⁵

Sürekli borç ilişkisi niteliğindeki know-how sözleşmeleri ile sürekli bilgi aktarımlı know-how sözleşmelerini birbirine karıştırmamak gerekir. Zira sürekli borç ilişkisi niteliğindeki know-how sözleşmelerinde know-how verenin sözleşme sürecinde elde edeceği gelişmeleri de devretme borcu altına girmesi sözleşmenin niteliği üzerinde etkili olmaz.

Know-how sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olması, ilişkinin geçersizliğinde ve sona erdirilmesinde uygulanacak hükümler bakımından önem taşır. Zira bu durumda haklı

²³³ Oğuzman/ Öz, s.9.

²³⁴ Öğüz, s.72.

²³⁵ Erbay, s.122

sebeple fesih olanağı olduğu gibi, sürenin belli olmadığı hallerde bir önele uyararak feshi ihbar hakkı da tanınmaktadır.²³⁶

VI. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ

A. KNOW-HOW VERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Know-how'u açıklama(devretme) borcu

Know-how verenin temel borcu, üretim satım hizmet tekniklerini know-how alana açıklamak, bu açıklamanın gerektirdiği araç, gereç, planlama, proje, bilgi vb. zorunlu kaynakları ve belgeleri devretmek, alıcının bilgi ve deneyimlerinden yararlanmasını sağlama yükümlülüğüdür.

2. Know-how sözleşmesi konusu bilgi, deneyim ve uygulama yöntemlerini sözleşme süresi boyunca know-how alanın yararlanmasına hazır bulundurma yükümlülüğü

Bu yükümlülük know-how veren için, know-how sözleşmesi konusu bilgi ve deneyimleri sözleşmeye aykırı şekilde 3. Kişiye devretmemek, eğer sözleşme konusu know-how sınai hak olarak korunabilmek için gerekli nitelikleri taşıyor ise, sınai hak korumasından yararlanmak üzere başvuruda bulunamamak ve böylece bunların sır niteliğini kaybetmesini engellemek tarzında yan edim yükümlülüklerini de beraberinde getirir.²³⁷

3. Know-how verenin diğer yükümlülükleri

- Know-how'un yeni olduğunu,
- Know-how'un içerdiği tekniklerin yeni olduğunu,
- Know-how'un ekonomik olarak yararlı olduğunu
- Know-how'un teknik olarak başarılı olduğunu,
- Know-how'un ileride de gizli tutulacağını,
- Know-how'un üçüncü kişilere açıklanmamış olduğunu,
- Know-how'un içerdiği yeni teknikler konusunda gelişme, iyileşme olduğu takdirde bunları know-how alana bildireceği,

²³⁶ Oğuzman/ Öz, s.10

²³⁷ KIRCA Çiğdem, know-how sözleşmesinin hukuki niteliği, Ankara, 1998, s. 252

- Know-how'un niteliğine göre gerekli olan hammadde, teknik, araç-gereç, yeni bilgi, proje vesair malzeme ve bilgileri temin edeceğini,
 - Know-how'un tam kullanımı için gerekli yardımları yapacağını,
 - Gerekğinde know-how'un içerdiği marka, patentlerin kullanımı için ayrı ayrı sözleşme yapacağını,
- tahhüt eder.²³⁸

B. KNOW-HOW ALANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Know-how Bedelini Ödeme Borcu (Asli Edim Yükümlülüğü)

Know-how sözleşmesi tam iki taraf borç yükleyen sinallagmatik bir sözleşmedir. Bu sebeple her iki taraf ta borç altına girmektedir. Taraflar bedel ödeme yerine, örneğin hizmet yükümlülüğü kararlaştırmışlarsa, sözleşmenin tipik bir özelliği eksik kaldığından, burada bir know-how sözleşmesi olamayacaktır.

Know-how verenin Know-how bedelinin belirlenmesi sağlamaya yönelik olarak Know-how alandan bilgi alma ve hesap durumunu öğrenme yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Ancak, aksi kararlaştırılmamışsa, Know-how verenin Know-how alanın müşterilerinin kimler olduğunu, ticari defterlerini inceleme yetkisine sahip olmadığı kabul edilmektedir.²³⁹ Know-how alanın hesap durumuna ilişkin bilgi verme yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde, taraflar arası güven ilişkisi sarsılacağı için Know-how verenin sözleşmeyi haklı sebeple feshetmesine yol açabilir.²⁴⁰

Know-how bedeli 3 biçimde kararlaştırılabilir;

- 1- Sabit bedel : Bu halde, Know-how veren işletme zafiyeti ya da eksikliğinden dolayı ücretini alamama, eksik alma riski ile karşılaşmaz. Sabit bedel her yıl için ödenen biçimde kararlaştırılsa dahi, bedel sabittir ve herhangi başka bir olguya dayalı değişiklik göstermez.
- 2- Ciroya bağlı bedel : Bu halde, Know-how alanın işletmesinde yaptığı iş hacmi üzerinden hesaplanacak bedel Know-how verene ödenecektir. Bedelin miktarının yapılan ciro ile bağlantılı olması sebebiyle risk taşır. Özellikle, uluslararası ticari ilişkilerde, Know-how alanın yapmış olduğu ciroyu gizleme eğiliminde bulunması bu riski daha da arttırır.
- 3- Parça başına bedel : Bu hal, ciroya bağlı bedele benzese de, ondan farklı olarak satış fiyatı değil üretilen adet üzerinden Know-how verene bir oranda bedel ödenmesidir. Bu yöntem, ciroya bağlı bedel ödenmesinden daha kolaydır. Zira, Know-how veren üretim

²³⁸ KOLLER, s.69; STUMPF s.135

²³⁹ STUMPF, s.114; ÖĞÜZ, s.94

²⁴⁰ STUMPF, s.116

makinelere koyacağı bir sayaç ya da işletmede bulunduracağı bir temsilci ile üretilen parça adedini öğrenerek buna göre ücretini talep eder.

2. Sır Saklama Yükümlülüğü

Know-how alanın asli edim yükümlülüklerinden biridir. Know-how alanın sözleşme konusu bilgileri karşı tarafla yaptığı know-how sözleşmesinin çeşidine göre üçüncü kişilere aktarmaması (sır saklaması) yükümünün sınırı değişmektedir. Eğer yalın know-how sözleşmesi yapılmışsa know-how alanın bu yükümlülüğü daha belirgindir. Bu tür sözleşmelerde know-how alan sözleşmenin kurulması ile başlayan bir sır saklama yükümü ile karşı karşıyadır.

Buna karşın münhasır know-how sözleşmelerinde know-how alanın sır saklama yükümlülüğü yalın know-how sözleşmelerinin aksine sözleşmenin kurulduğu anda başlamayıp akdin sona ermesi ile başlamaktadır. Bu yükümlülüğün temel amacı know-how verenin ilgili sözleşmeye konu olan bilgi ve tecrübeleri yeniden değerlendirme imkânına sahip olması düşüncesidir.

Know-how sözleşmesinde know-how alanın sır saklama yükümlülüğü düzenlenmemiş, bu konuda açık bir hüküm getirilmemiş olsa bile dürüstlük kuralı (MK 2) know-how alanın sırları saklama yükümünü gerektirir, bunları üçüncü kişilere açıklamış olmasından dolayı sözleşmeyi ihlal ettiği kabul olunur.²⁴¹

3. Know-how'ı Kullanma (üretim yükümü):

Know-how alanın önemli borçlarından biri know-how'ı kullanma, eğer üretim yapılacaksa kullanarak üretim yapma yükümüdür. Bu yüküm bir yan yüküm veya yan borçtur. Temel edim olan know-how bedelini ödemenin yanında, sırları açıklamama yükümü ile birlikte sözleşmenin iskeletini oluşturur.

4. Know-how'daki Gelişmeleri Karşı Tarafa Bildirme Yükümü

Buna kısaca bilgi verme yükümü de diyebiliriz. Know-how alan taraf genellikle sözleşmede yan edim olarak know-how'un uygulanması ve kullanılması sırasında oluşan yenilik ve gelişmeleri know-how veren tarafa bildirme yükümü üstlenir.

5. Rekabet Etmeme Yükümü

²⁴¹ KOLLER, s.89

Yukarıda açıklanan belli üretim, sırları üçüncü kişilere açıklamama, uygulamada ortaya çıkan iyileşmeler ile gelişmeleri know how verene bildirme yükümü gibi yükümler, gerçekte know how alanın veren tarafa karşı rekabet etmemesini teminat altına alan hükümlerdir.²⁴²

6. Know how Haklarına Üçüncü Kişilerin Müdahalelerini Bildirme Yükümlülüğü

Know how alan, kullanmaya başladığı know how'a hukuki yoldan müdahale eden üçüncü kişilerin bu müdahalelerini derhal know how veren tarafa bildirmelidir.

VII. KNOW-HOW SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Tüm sözleşmeler bakımından sözleşmeyi sona erdiren sebepler know-how sözleşmesi için de geçerlidir. Ancak know-how sözleşmesinin niteliği gereği farklı sözleşme hükümlerinin kendisine kıyasen uygulanabildiği ve yapılan sözleşmenin süresi dikkate alınarak uygun bir çözüme ulaşılabilir. Know how sözleşmesi süreli ise, sürenin sona ermesiyle sözleşme sona erecektir. Sözleşmede süre kaydına yer verilmemişse, sözleşme kural olarak belirsiz sürelidir.

Belirsiz süreli know how sözleşmelerinde sözleşmenin sona erdirilmesi açısından, genellikle kabul edilen görüş hasılat kirası sözleşmesindeki BK M.285 ve adi şirket sözleşmesindeki BK m.536 olağan fesih haklarının kıyasen uygulanabileceği yönündedir. Bununla beraber gerek BK m.285 hükmünde gerekse BK m.536 hükmünde öngörülen altı aylık feshi ihbar öneline uyularak sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı, hem know how veren, hem de know how alan için sakıncalı sonuçlar doğuracak niteliktedir.

Know how sözleşmesinin feshi ihbarla sona erdirilmesinin taraflar için yaratacağı olumsuz sonuçları BK m.536 hükmünün 2.fıkrasının feshi ihbarın dürüstlük kuralına aykırı olarak ve uygun olmayan zamanda gerçekleştirilmesini yasaklayan hükmünden yararlanmak suretiyle bir ölçüde engellemek mümkündür.

Belirsiz süreli know how sözleşmelerinin feshi ihbarla sona erdirilmesi imkanı yanında, şüphesiz ki haklı sebeple feshedilmeleri de mümkündür. Tüm bunları yaparken MK.m.2'deki dürüstlük kuralı göz ardı edilmemelidir.

Ayrıca fesih hali dışında, know how sözleşmesi taraflardan birinin iflası, kural olarak borç sözleşmesinin sona ermesine yol açmaz. Ancak kanun bazı sözleşme ilişkileri açısından iflasın

²⁴² MODIANO Giovanna, Le contrat de license, Geneve, 1979, s.101

sözleşme ilişkisini sona erdirmesi sonucunu öngörmüştür. Bu hükümlerden, vekalet sözleşmesine ilişkin vekilin ve müvekkilin iflası halinde sözleşmenin sona ereceğini öngören BK m.397 hükmü ve hasılat kirası sözleşmesinde hasılat kiracısının iflası halinde sözleşmenin sona ereceğini öngören BK m.290 hükmü know-how sözleşmeleri açısından da kıyasen uygulama alanı bulur.

Ölüm ya da tüzel kişiliğin sona ermesi halinde; Know-how sözleşmesinin de sona erdiği sonucuna varılmalıdır. Know-how alanın gerçek kişi olması halinde ise, kural olarak, basit Know-how sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin mirasçılarla devam edeceği, ancak somut sözleşme ilişkisi açısından Know-how verenin haklı sebeple fesih hakkına sahip olacağı; inhisari Know-how sözleşmelerinde ise, Know-how alanın ölümünün her halde sözleşmenin sona ermesine yol açacağı kabul olunmalıdır.²⁴³

VIII. SONA ERMENİN SONUÇLARI

Kullandırma amaçlı tüm sözleşmelerde olduğu gibi, know-how sözleşmelerinde de sözleşmenin sona ermesi üzerine ortaya çıkan doğal sonuç sözleşme konusunun geri verilmesidir. Ancak bu sonuç know-how sözleşmelerine farklılıklar arzeder.

Know-how sözleşmelerinin sona ermesinde, sözleşme konusunun fiziki olarak geri verilmesi ancak bilgi ve deneyimlerin taşınır eşyada maddileştiği durumlarda mümkündür; bilgi ve deneyimlerin maddileştiği durumlarda sözleşmenin konusunu oluşturan model, liste, çizim, tabela, tarifname ve benzerlerinin sözleşmenin sona ermesi üzerine geri verilmesi gerekecektir.²⁴⁴ Kural olarak know-how alanın geri verme yükümlülüğü sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanır; ancak uygulamada genellikle gerçekleştiği üzere, taraflar sözleşmede geri verme yükümlülüğünü öngörmeleri halinde, bu yükümlülük doğrudan sözleşmeden kaynaklanır ve bu husustaki hükümlere tabi olur.

Bilgi ve deneyimlerin maddileşmediği durumlarda sözleşmenin sona ermesi sözleşmenin konusu bu bilgi ve deneyimlerin fiziki olarak geri verilmesi mümkün değildir. Bu hallerde geri verme sözleşmenin sona ermesinden sonra bilgi ve deneyimlerin know-how alan tarafından kullanılmaması, diğer bir deyişle sözleşme konusu bilgi ve deneyimlerin pasifleştirilmesi tarzında gerçekleşebilir.²⁴⁵ Böylece sözleşmenin sona ermesinden sonra know-how alan sözleşme konusu bilgi ve deneyimleri kullanmama ve üçüncü kişilere açıklamama yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır.

²⁴³ ÖĞÜZ, s.166

²⁴⁴ ÖĞÜZ, s.167

²⁴⁵ ÖĞÜZ, s.167

Know-how alanın işletmesinin tamamen know-how sözleşmesi ile elde ettiği bilgi ve deneyimlere bağımlı olarak faaliyet göstermesi halinde de sözleşmenin sona ermesi ile bu faaliyetini tamamen durdurması veya kapatmasını gerektirebilir.²⁴⁶

Know-how alanın sözleşmenin sona ermesinden sonra bilgi ve deneyimleri kullanmama yükümlülüğünü ihlali yapmama borcuna aykırılık teşkil eder ve bu husustaki hükümlere tabidir. Böylece know-how veren, know-how alanın bu yükümlülüğe aykırı hareket etmeni nedeniyle doğan zararlarının tazminini isteyebilecektir. Ayrıca borca aykırı davranış yüzünden ortaya çıkan durumun ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu durumlarda, bu aykırı davranışa sebep olan faaliyetin durdurulmasının sağlanması da mümkündür.²⁴⁷ Örneğin bilgi ve deneyimlerin kullanıldığı işletmenin kapatılması. Ancak belirtmek gerekir ki bu borca aykırı davranış know-how alan ile üçüncü kişiler arasındaki hukuki ilişkileri etkilemez, bu ilişkiler geçerliliğini korur.

Know-how sözleşmesinin feshi üzerine, peşin ödenen know-how bedelinin geri verilip verilmeyeceği hususunda Ögüz²⁴⁸ sözleşmede açık hüküm bulunmadıkça, kural olarak, peşin ödenen bedelin sözleşme süresince bilgi ve deneyimlerden faydalanmasının karşılığı olarak ödendiği ve sözleşmenin sona ermesi üzerine know-how alana geri verileceğini kabul etmektedir.

SONUÇ

Know-how sözleşmesi yasada ismen belirlenmediğinden isimsiz bir sözleşmedir. Zira kanunda düzenlenmemiştir. Ancak yasada ismen anılmamakla birlikte yargı kararlarında ve öğretide yer aldığından özel sözleşme tipleri arasında yer almaktadır, yani atipik değildir. Know-how sözleşmesi yasada düzenlenmese de uygulamada yaygın şekilde ortak isme kavuşmuş ve sözleşmenin esaslı unsurlarının, özellikle asli edim yükümlülüklerini içerdiğinden tipik sözleşmedir.

²⁴⁶ ÖĞÜZ, s.168

²⁴⁷ ÖĞÜZ, s.169

²⁴⁸ ÖĞÜZ, s.170

KAYNAKÇA

BAKIRCI M. Enes, Teknoloji Transferinde Patent ve Know-How Lisansı Sözleşmeleri, İstanbul 2001.

ERBAY İsmail, Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002.

KIRCA Çiğdem, Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998

OĞUZMAN M. Kemal/

ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1998.

ORTAN A. Necip, Know-How ve Hukuken Korunması Sorunu, Ankara Barosu Dergisi

ÖĞÜZ Tufan, Know-How Sözleşmesi, İstanbul 2001.

YOSMAOĞLU Nevzat, Patentler, Know-How'lar, Markalar, Ankara 1978.

STUMPF Herbert Der Know-How Vertrag, 3. Auflage, Heidelberg 1977

KOLLER Der Know-How Vertrag Nach Schweizerischem Recht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Leistungsstörungen Und Der Vertragsbeendigung Zürich, 1979

AKYOL Şener Borçlar hukuku Özel borç ilişkileri II. Fasikül, 1997, İstanbul

II. BÖLÜM KARAR İNCELEMELERİ

İSİM DEĞİŞİKLİĞİ VE NÜFUS KAYDININ DÜZELTİLMESİ DAVASI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Esas No: 2010/18-135 Karar No: 2010/136

Prof.Dr.Şeref ERTAŞ*

Özet: Ad üzerindeki hak bir temel kişilik hakkıdır. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı olan ad üzerindeki bu hakkı, kişinin kendisinden başkası kullanamaz.

Bir davada taraf sıfatı, dava konusu sübjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir. Dolayısıyla davacı sıfatı (aktif husumet) dava konusu hakkın sahibine; davalı sıfatı (pasif husumet) o hakka uymakla yükümlü olan kişiye aittir.

Adın değiştirilmesine yönelik bir davada davacı sıfatının (aktif husumetin), dava konusu o adın sahibine ait olduğu kuşkusuzdur.

Dava Konusu Olay: Davacı, ölen babasının Celal Abbas olan isminin Celalettin Abbas olarak düzeltilmesini talep etmiştir.

Taraflar arasındaki “İsim tashihi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Erzincan Asliye 1.Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 15.1.2009 gün ve 2008/816 E- 2009/29 K. sayılı kararın incelenmesi davalı temsilcisi tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin 8.6.2009 gün ve 2459-6143 sayılı ilamıyla;

(...Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının ölmüş olan babasının nüfus kütüğünde yazılı olan Celal Abbas adının Celalettin Abbas olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Aile Nüfus kayıt tablosu içeriğinden davacı Fikret Aksu’nun babası Celal Abbas’ın 01.07.1917 doğumlu olarak 03.12.1925 tarihinde nüfusa tescil edildiği ve 10.04.1999 günü öldüğü, davacının baba adının da Celal Abbas olduğu anlaşılmaktadır.

Özel hukuk açısından ad, kişiyi tanıtan ve onu diğer bireylerden ayırmaya yarayan bir kavramdır. Kendine özgü kişiliği ve özvarlığı olan her birey, başkalarından adıyla ayırt edilir, toplum ve ailesi içinde bununla yer alır. Onun içindir ki her kişinin bir

* Yaşar Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı ve Özel Hukuk Bölüm Başkanı.

adının olması ve adının nüfus siciline yazılması yasayla zorunlu kılınmıştır. Bu zorunluluk aynı zamanda kişinin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir ögesini oluşturan adını özgürce seçmesi ve onunla tanınması için kendisine tanınmış **bir temel kişilik hakkıdır**. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmış olan adın, kişilik hakları içerisinde taşıdığı önemi gözönünde bulunduran 4721 Sayılı Türk Medeni Yasasında kişiliği korumaya ilişkin hükümlerle yetinilmeyip (m.23-25), onu ayrıca düzenlemek yoluna gidilmiştir (m.26-27). Buna göre anılan Yasanın 27. maddesi hükmü uyarınca adın değiştirilmesi, ancak haklı nedenlere dayanılarak hâkimden istenebilir ise de **kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ad üzerindeki bu hakkı, kişinin kendisinden başkası kullanamaz**.

O halde somut olayda, yaşamı süresince nüfus kütüğünde yazılı (Celal Abbas) adını taşıyıp bu adla öldüğü anlaşılan kişinin (babanın) adının değiştirilmesi istemiyle davacı (oğlu) tarafından açılan davanın aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddi gerekirken, mahkemece işin esasına girilerek istem gibi hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı görülmüştür...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı temsilcisi

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu’nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, davacının ölmüş olan babasının nüfus kütüğünde yazılı olan “Celal Abbas” adının “Celalettin Abbas” olarak düzeltilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemenin, “davanın kabulüne” dair verdiği karar, Özel Daire’ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece, “davacının murisinin ölene kadar Celalettin Abbas ismi ile tanındığı ve nüfusa bu adla kayıtlı olduğu, murisin isminin düzeltilmesinin tüm mirasçılar tarafından verilen vekâletname ile istendiği ve davacıların, murisin isminin değiştirilmesinde hukuki menfaatleri bulunduğu” gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; muris/babanın adının düzeltilmesi istemiyle açılan davada, davacı oğulun aktif husumet ehliyetinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, bir davada taraf sıfatı, dava konusu sübjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir. Dolayısıyla davacı sıfatı (aktif husumet) dava konusu hakkın sahibine; davalı sıfatı (pasif husumet) o hakka uymakla yükümlü olan kişiye aittir.

Bu noktada, mahkemenin taraflar arasında dava konusu hakkın esası hakkında bir karar verebilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarına sahip olmaları gerekir.

Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, taraflardan birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatı yoksa davanın esası hakkında bir karar verilemez; dava, sıfat yokluğundan (husumetten) reddedilir.

Görüldüğü üzere, taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunudur.

Öte yandan, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun, “Ad Üzerindeki Hak” başlığı altında ve “Adın Korunması” yan başlığı ile düzenlenen 26. maddesinde,

“Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir.

Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir.” Hükmüne yer verilmiş; 27. maddesinde ise,

“Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir.

Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilan olunur.

Ad değişmekle kişisel durum değişmez.

Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir.” Hükmü öngörülmüştür.

Aynı başlık altında düzenlenen bu açık hükümler karşısında, **ad üzerindeki hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ve bu hakkın kişinin kendisinden başkası tarafından kullanılamayacağı her türlü duraksamadan uzaktır. O halde, adın değiştirilmesine yönelik bir davada davacı sıfatının (aktif husumetin), dava konusu o**

hakkın sahibine ait olduğu kuşkusuzdur. Somut olayda, davacının murisi babası Celal Abbas 10.04.1999 tarihinde vefat etmiş ve davacı Fikret Aksu tarafından, babasının nüfus kütüğünde yazılı olan “Celal Abbas” adının “Celalettin Abbas” olarak düzeltilmesi istemiyle 17.08.2008 tarihinde görülmekte olan dava açılmıştır.

Murisin yaşamı boyunca tüm resmi işlemleri “Celalettin Abbas” adıyla yaptığını ve bu adla tanınip bilindiğini ileri süren davacının, **“Celal Abbas” ile “Celalettin Abbas”ın aynı kişi olduğuna dair bir tespit davası açması olanağı bulunduğu gibi, o davada verilecek hükmün tüm işlemlerde bağlayıcılığının bulunacağı açıktır.**

Ne var ki; az yukarıda açıklanan ilkeler uyarınca, kişiye sıkı sıkıya bağlı bulunan dava konusu ad üzerinde hak sahibi bulunmayan davacı Fikret Aksu’nun eldeki davada aktif husumet ehliyetinin bulunduğundan söz edilmesi olanaklı değildir. Hal Böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen ve Özel Daire bozma kararına uyularak, davanın davacının aktif dava ehliyetinin bulunmaması nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken; yanılırlı gerekçeyle davanın kabulüne dair önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı temsilcisinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine 10.03.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN BİLİMSEL DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında iki temel hukuk ilkesi vurgulanmaktadır. Birincisi, isim üzerindeki hakkın, kişilik hakkı olduğu, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu, ikincisi de bir hak için sadece hak sahibinin dava ehliyetine sahip olduğu, o hakkın sahibi olmayanın hakkın ihlali halinde dava hakkına sahip olmadığıdır.

Yargıtay, bu çerçevede bir kimsenin ölen babasının adını değiştirmek için TMK.27.m.sine göre dava hakkına sahip olmadığı sonucuna varmaktadır. Yargıtayın varmış olduğu bu sonuç, dava konusu olaya uymamaktadır. Yargıtay doğru gerekçelerle yanlış bir sonuca ulaşmıştır. Çünkü davacının açmış olduğu dava bir isim değişikliği davası değildir. Davacı babasının hayattayken bütün resmi ve özel işlemlerinde Celalettin adıyla işlem yaptığını halbuki nüfus sicilinde adının “Celal” olarak yazıldığını, bu kaydın gerçeğe uygun

olarak “Celalettin” biçiminde düzeltilmesini dava etmiştir. Ülkemizde bu tür durumlar nadirattan değildir. Mirasbırakanın nüfus kaydındaki adı başka, hayattayken hukuki işlemlerde kullandığı adı başka olmaktadır. Hatta kendisine nüfus dairesinde verilen nüfus kimlik kartındaki ismi ile nüfus sicilindeki adı farkı olabilmektedir. Başka vahim durum da tapu kütüğünde malik olarak kaydı başka, nüfus sicilindeki adı başka olabilmektedir. Bu durumda nüfus sicilindeki kayıtla aldığı veraset senediyle, babasından kalan taşınmazları adına intikali imkânsızlaştırmaktadır. Bu sorunun çözümü ancak nüfus sicilindeki kaydın, murisin gerçekten kullandığı fakat nüfus siciline yazılmamış olan adının düzeltilmesi, nüfus siciline yazılması, nüfus kaydı ile tapu kaydındaki ismin aynı isim haline getirilmesidir.

Mirasçıların bu şekilde miras bırakanın ismini düzeltilmesi konusunda menfaati olduğu açıktır. Bu davanın TMK.27.m.deki isim değişikliği ile ilgisi yoktur. TMK. 39.m.ye göre kişiler sadece kendilerine ilişkin nüfus sicil kayıtlarının değil menfaatleri varsa TMK. 30 II.m.ye göre başkalarına ait nüfus kayıtlarının düzeltilmesini de dava edebilirler, bu konuda her türlü kanıt vasıtasını kullanabilirler. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 35,36.m.leri nüfus kayıtlarının düzeltilmesini özel olarak düzenlemektedir.

Nüfus sicil kaydının düzeltilmesi davası kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan değildir. Kaydın düzeltilmesinde yararı olan herkes bu davayı açabilir. Bu bakımdan TMK.27.m.deki isim değişikliği davasından farklıdır.

İncelediğimiz kararda davacı, babasının adının TMK.27.m.ye göre değiştirilmesini talep etmemiştir. Murisin hayattayken resmi işlemlerde kullanmış olduğu adının “Celalettin“ olduğunu, nüfus kütüğündeki “Celal” olan adın hatalı olduğunu bunun “Celalettin” olarak düzeltilmesini talep etmiştir. Bu dava TMK.27.m.deki gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak davalarından değildir. Dolayısıyla Yargıtayın, isim düzeltme davasını, isim değişikliği şeklinde değerlendirip, davanın reddedilmesi gerektiği sonucuna varmasını doğru bulmuyoruz.

ULUSLARARASI EŞYA TAŞIMALARINDA (CMR) TAŞIYICISININ SORUMLULUĞU KARAR İNCELEMESİ

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi Esas:2003/6234, Karar:2003/9575, Tarih:20.10.2003

Arş.Gör.Mertkan UÇKAN*

DAVA: Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 2.Ticaret Mahkemesi'nce verilen 07.11.2002 tarih ve 2001/232-2002/518 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, dava dışı E...Mühendislik Danışmanlık San. ve Tic.Ltd.Şti'nin Türkiye /Tuzla'dan Hollanda'ya göndereceği motor botun nakliyesinin müvekkili şirket tarafından nakliyat sigorta poliçesi ile sigorta örtüsü altına alındığını, davalı şirketin taşımacılığını sigortalı motor botun hasarlı olarak tahliye edildiğini belirterek(4.461.446.298)TL'nin faiziyle birlikte davalıdan rücuen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, motor botun araca yüklenmesinin uzmanlık gerektiren bir iş olup, gönderen tarafından yapıldığını, bir hasar var ise bunun yükleme hatasından kaynaklandığını, ekspertizin Türkiye'nin kabul ettiği gözetim şirketlerinden birine yaptırmadığını, taşınan malın CMR sigortası kapsamında olduğunu belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar bilirkişi raporuna nazaran, taşıma senedinde bildirilen malın ağırlığı ve niteliği gereği araca davalı taşıyıcı tarafından yüklenmediği ancak araca yüklenen motor botun kontrolünde ve istifinde bir noksanlık olmadığının davalının taşıma senedine CMR 9/2.maddesine uygun çekince devam etmemesinden anlaşıldığı, davalı taşıyıcının istife nezaret mecburiyeti ve yüklemenin sefere uygun olarak yapılmasını istemesi mükellefiyeti bulunduğunu, bunların

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

değerlendirilmesinden motor botun araca yüklenmesi esnasında hasarlanmadığının ortaya çıktığı, varma yerinde mal alıcısının itirazı kayıtlı, taşınan motor botu tesellüm ettiği, taşıyıcının meydana gelen zarardan sorumlu olduğu, yabancı ülkelerde hasar ekspertizlerinin mahalli ekspertiz birliklerine kayıtlı eksperler veya ekspertiz büroları kanalıyla yapılıp, bunların tazmin ettiği hasar belgelerinin geçerli bulunduğu, davalının asıl taşıyıcı olup CMR Konvansiyonu'nun 36.maddesine göre davanın davalıya ikame edilebileceği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile (3.948.251.532)TL'nin faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir.

Karar davalı vekilince temyiz edilmiştir

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, karayoluyla uluslar arası nakli davalı tarafından üstlenilen emtianın taşıma esnasında hasarlanması nedeniyle sigortalısına hasar bedelini ödeyen sigortacının, sigortalısının halef olarak açtığı tazminat istemine ilişkin bulunmaktadır.

Uyuşmazlığa uygulanması gereken Karayolu ve Milletlerarası Mal Nakliyat Mukavelesi ile ilgili Anlaşma(CMR.)'nin 17/1.maddesi uyarınca kural olarak taşıyıcı malları teslim aldığı andan teslim edilinceye kadar, bunların tamamen veya kısmen kaybindan ve vuku bulacak hasardan mesul ise de, aynı Konvansiyon'un 17/4-c maddesi uyarınca, malların gönderici, alıcı veya bunlar adına hareket eden şahıslar tarafından taşınması, yüklenmesi, istif edilmesi veya boşaltılması nedeniyle oluşan hasarlardan dolayı taşıyıcının ibra edileceği belirtilmiştir. Davaya konu uyuşmazlıkta, yüklemenin gönderen tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, gönderenin taşınması üstlenilen motor botun istifini yanlış yapmış olması halinde anılan hükümler uyarınca, taşıyıcının tazminatla sorumlu tutulması düşünülmezse de, taşıyıcının durumu gönderene duyurarak onu uyarması MK.'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük ilkesinin bir gereğidir. Dolayısıyla uyarının yapılmadığı hallerde zararın gönderen ile taşıyıcı arasında BK.'nın 44 nün maddesi uyarınca

paylaştırılması uygun olur(Bkz.Doç.Dr.Sabih ARKAN, Karada Yapılan Eşya Taşımlarında Taşıyıcının sorumluluğu,1982 Ankara, sayfa 124).Bu durumda mahkemece, zararın öncelikle istif hatasından mı, yoksa taşıma kusurundan mı kaynaklandığı tartışmasız bir şekilde ortaya konulduktan sonra, eğer zararlı sonuç istif hatasından kaynaklanmışsa, yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, davalı taşıyıcının müterafik kusur oranı belirterek, oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, noksan değerlendirmeye dayanan bilirkişi raporu doğrultusunda hüküm tesisi hatalı olmuştur.

3-Yine, sigortalı ile davacı arasındaki sigorta poliçesinde toplam sigorta bedeli üzerinde %3 tenzili muafiyet uygulanması öngörülmüş olup, hükme dayanarak alınan bilirkişi raporunda bu muafiyet hükmünün dikkate alınmamış olması da yanlış olmuş ve kararın açıklanan nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarını reddine, (2)ve (3) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle temyiz itirazının kabulü ile davalı yararına BOZULMASI ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 20.10.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

I. OLAYIN ÖZETİ

Davacı Sigorta şirketi (sigortalısına hasar bedelini ödeyen sigortacının, sigortalısının haklarına halefi durumundadır.) dava dışı E. Mühendislik Danışmanlık San.ve Tic.Ltd.Şti'nin Türkiye/Tuzla'dan Hollanda'ya göndereceği motor botun nakliyesini sigorta poliçesi ile sigorta örtüsü altına almıştır. Davalı şirketin taşımacılığını yaptığı sigortalı motor botun hasarlı olarak tahliye edildiği belirterek, (4.461.446.298) TL nin faiziyle birlikte davalıdan rücu tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, motor botun araca yüklenmesinin uzmanlık gerektiren bir iş olup, gönderen tarafından yapıldığını, bir hasar var ise bunun yükleme hatasından kaynaklandığını, ekspertizin Türkiye'nin kabul ettiği gözetim şirketlerinden birine yaptırılmadığını, taşınan malın CMR. sigortası kapsamında olduğunu belirterek, davanın reddini savunmuştur.

II. MERCİLERİN ÇÖZÜM TARZI

A.BEYOĞLU ASLİYE 2. TİCARET MAHKEMESİ

Araca malın davalı taşıyıcı tarafından yüklenmediği, ancak araca yüklenen motor botun kontrolünde ve istifinde bir noksanlık olmadığına davalının taşıma senedinde CMR 9/2. maddesine uygun çekince dermayen etmemesinden anlaşıldığını, davalı taşıyıcının istife nezaret mecburiyeti ve yüklemenin sefere uygun olarak yapılmasını istemesi mükellefiyeti bulunduğunu, bunların değerlendirilmesinden motor botun araca yüklenmesi esnasında hasarlanmadığının ortaya çıktığı, varma yerinde mal alıcısının ihtirazi kayıtlı taşıyan motor botu teslim ettiği, taşıyıcının meydana gelen zarardan sorumlu olduğu, yabancı ülkelerde hasar ekspertizlerinin mahalli ekspertiz birliklerine kayıtlı eksperler veya ekspertiz büroları kanalıyla yapılıp, bunların tazmin ettiği hasar belgelerinin geçerli bulunduğu, davalının asıl taşıyıcı olup CMR Konvansiyonu'nun 36. maddesine göre davanın davalıya ikame edebileceği gerçekleriyle, davanın kısmen kabulüne ile 3.948.251.532 TL'nin faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir.

B.YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

Yargıtay CMR. 17/1. maddesi uyarınca kural olarak taşıyıcının malları teslim edilinceye kadar, malların tamamen veya kısmen kaybindan ve vuku bulacak hasardan mesul olduğunu belirtmiş. Ancak CMR.'nin 17/4-c maddesi uyarınca, malların gönderici, alıcı veya bunlar adına hareket eden şahıslar tarafından taşınması, yüklenmesi istif edilmesi veya boşaltılması nedeniyle oluşan hasardan dolayı taşıyıcının ibra edileceğini belirtmiştir. Davaya konu malların yüklenmesini gönderen tarafından yapıldığını, bu yüzden oluşan zararlardan ilgili hüküm gereği, taşıyıcının sorumlu tutulamayacağından bahsetmiş, ancak gönderenin motorbotu istifini yanlış yapmış olması halinde, yükleme ve istif hatasının, ayrıca bir araştırmaya gerek duyulmaksızın kolaylıkla fark edilebileceği hallerde, taşıyıcının durumu gönderene duyurarak onu uyarması MK.'nin 2. maddesinde yer alan dürüstlük ilkesinin bir gereği olduğunu belirtmiş. Bu durumlarda, zararın gönderen ile taşıyıcı arasında BK.'nin 44.

maddesi uyarınca paylaştırılması gerekeceğini belirtmiş. Bu yüzden yerel mahkemenin zararın istif hatasından mı, yoksa taşıma hatasından mı kaynaklandığının tam olarak tespit edildikten sonra, istif hatasındansa yukarda yapılmış olan açıklamalar doğrultusunda taşıyıcının müterafik sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğinin tespiti yapılarak hüküm verilmesi gerektiğini belirterek, yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEM

CMR md. 17/4 e göre taşıyıcının ziya ve hasardan doğan sorumluktan kurtulma durumları nelerdir?

Yükleme ve istifleme gönderen tarafından yapıldığı durumlarda, taşıyıcının müterafik kusurundan bahsedebilir miyiz?

IV. GİRİŞ

İnceleme konumuz Yargıtay kararında, CMR. hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli şartların var olup olmadığını belirlenip, davanın taraflarının belirlendikten sonra uyuşmazlık konuları üzerinde durulacaktır.

V. AÇIKLAMALAR

A. SİGORTA ŞİRKETİNİN TARAF OLARAK DURUMU

Davaya konu olayımızda hasara uğramış motor botun sahibinin sigortalı olduğu, sigorta tarafından kendisinin hasarının karşılandığı anlaşılmaktadır. Sigorta şirketi, sigortalısının haklarına halef olarak bu davayı açmaktadır. Bu halefiyet kaynağını nerden bulmaktadır. Burada halefiyetle ilgili hangi hukukun uygulanacağı sigorta sözleşmesinin yabancılik unsuru taşımasında bir problem olarak ortaya çıkmaktadır.

Sigorta sözleşmesi yabancı unsur taşıyorsa: Bu hususta Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun 24. maddesine gitmek gerekir. Madde hükmüne göre “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir. Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden ediminin ifa yeri hukuku, bu yerinde tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır.”

Sigorta sözleşmesi açısından da, eğer uygulanacak hukuk kararlaştırılmamışsa, akde ağırlığını veren edimin tespit edilmesi gerekir. Buna göre sigortacının ediminin (rizikonun üstlenilmesi) akde ağırlığını verdiğini kabul etmek mümkündür. Uygulanacak hukuk da sigorta şirketinin merkezinin bulunduğu yer hukukudur. Sigortalıya yaptığı ödemeler dolayısıyla, sigortacının borçluya karşı sahip olduğu halefiyete dayanan rücu hakkından doğan talepler de, sigorta sözleşmesinin tabi olduğu hukuka göre belirlenir²⁴⁹.

İnceleme konusu Yargıtay kararında bu konu belirsiz olduğu için biz Türk Hukukunu uygulayacağız. Türk Ticaret Kanununun Beşinci Kitabı’nın Birinci Faslı’nın Üçüncü Kısım’ında Karada ve İç Sularda Taşıma Rizikolarına Karşı Sigorta başlığı altındaki maddeler uygulama alanı bulacaktır. Ancak ilgili başlık altında yer alan maddelerde olayımızın çözümü için gerekli olan halefiyetle ilgili bir madde bulunmamaktadır. Bu nedenle bu başlığın altında düzenlenmiş olan Türk Ticaret Kanunu madde 1311 deki “ Bu kısımda hüküm bulunmayan hallerde denizcilik rizikolarına karşı sigortalara mütaallik hükümler tatbik olunur” hükmü gereği, Denizcilik Rizikolarına Karşı Sigortalar başlığı altında yer alan TTK madde 1361 uygulama alanı bulacaktır.

Halefiyet başlığını taşıyan TTK madde 1361/1 “ Borçlarını yerine getiren sigortacı, sigortalının üçüncü şahsa tazmin ettirebileceği bir zararı tazmin ettiği takdirde, 1256 ve 1258’inci maddelerin 2’nci fıkralarının hükümlerine hâlel gelmeksizin, üçüncü şahsa karşı sigortalının haklarına halef olur” demektedir.

İlgili maddeden anlaşılacağı üzere, olayımızla da bağlantı kurarsak, sigortacı sigorta ettirilen motor botun hasarlanması üzerine, hasarı sigortalıya ödemişti. Bu durumda TTK md.

²⁴⁹ Nomer/Cemal, Devletler Hususi Hukuku, s.297

1361/1 gereğince sigorta ettiren kimse yerine geçecektir. Sigortalısının meydana gelen zarardan dolayı üçüncü şahıslara dava hakkını (olayımızda taşıyıcıya karşı olan dava hakkını), sigortacı kanuni halefiyet gereği üzerine almıştır.

Burada değinmemiz gereken bir maddede TTK madde 1313 tür. “Sigorta Bedeli” yan başlığını taşıyan madde de “ sigorta poliçesinde yer almak suretiyle yoksun kalınan karında sigorta bedeli kapsamında olacağı ” belirtilmiştir. Halefiyeti düzenleyen TTK md. 1361/1 ile birlikte bu maddeyi değerlendirdiğimizde sigortacının sigortalıya ödemiş olduğu yoksun kalınan karıda taşıyıcıdan isteyebilmelidir. Ancak olayımız açısından ilgili maddeyi değerlendirdiğimizde CMR. kapsamında, sigortalının taşıyıcıdan yoksun kalınan karı isteyememesinden dolayı, sigortalısının haklarına halef olan sigortacıda taşıyıcıdan yoksun kalınan karı isteyemeyecektir.

Yargıtay kararında değinilen bir hususu da açıklamakta yarar görüyoruz. Bu husus sigortalı ile sigortacı (davacı) arasındaki sigorta poliçesinde toplam sigorta bedeli üzerinde %3 tenzili muafiyet uygulanması öngörülmesidir. Bunu açıklamak gerekirse; sigortacı meydana gelecek hasarın tamamını üstlenmemiş olmakta, hasarın %3 lük kısmını sigortalının üzerine bırakarak, bu kısmın tazmininden kurtulmaktadır. Buradaki amaç sigortalının da üzerine belli bir sorumluluk yüklenerek, mala daha özen gösterilmesini sağlamaktır.

B. TAŞIYICININ ZIYA VE HASARDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Taşıyıcının zıya ve hasardan doğan sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda doktrinde 2 görüş mevcuttur. İlk görüş CMR.’de yer alan sorumluluk sisteminin yumuşatılmış bir kusursuz sorumluluk olduğunu kabul edenler bulunduğu gibi²⁵⁰, ikinci görüş olarak ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğunun söz konusu olduğu görüşünü benimseyenlerde vardır²⁵¹. Biz bu tartışmaya girmeyeceğiz.

²⁵⁰ Kaya,Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme’nin (CMR) Uygulama Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları s.325 ; Kaya, Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme’de Öngörülen Sorumluluğunun Esasları, s.240 ; Arkan, Eşyanın Karayolu ile Uluslar arası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (CMR) Üzerinde Bir İnceleme, s. 16.

²⁵¹ Akıncı, s. 87 ; Aydın, s.33.

Taşıyıcının eşyayı muhafaza borcu ve buna bağlı olarak ziya ve hasardan sorumlu olacağı haller bir zaman dilimiyle sınırlanmıştır. Bu zaman dilimine CMR. md. 17/1 den ulaşıyoruz. İlgili madde “Taşıyıcı, eşyayı teslim aldığı andan teslim ettiği ana kadar eşyanın kısmen veya tamamen ziyaa ve hasara uğramasından ve teslim etmedeki gecikmeden sorumludur.” demektedir²⁵². Bu sorumluluk eşyanın taşınmak üzere onun hakimiyetine yani muhafaza ve gözetimine bırakılması ile başlar; eşyanın gönderilene teslim edilmesiyle sona erer.

Taşıyıcının sorumluluğu eşyanın taşınmak üzere taşıyıcının muhafaza ve gözetimine geçmesiyle birlikte başlayacağı için, sorumluluk bakımından eşyanın teslim alındığı ve teslim edildiği an önem kazanmaktadır.

1.Teslim Alma

Doktrinde kabul edildiği şekliyle teslim alma, taşıyıcının taşıma amacıyla eşya üzerindeki vasıtalı veya vasıtasız zilyetliği kazanmasıdır²⁵³. Teslim alma iki taraflı bir hukuki işlem olduğundan, taşıyıcıda eşyayı taşıma sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirme amacıyla alma iradesi bulunmasının gerekmesi yanında, eşyanın zilyetliğini kazandıracak olan gönderende de eşyayı taşıma iradesinin bulunması gerekir. Bu durumda bu iki iradenin bir araya gelmesiyle yapılacak bir zilyetliği nakil muamelesi teslim alma sayılabilir²⁵⁴.

Teslim alma işleminin gerçekleştiği anla, yükleme fiilinin gerçekleştiği an, aynı zaman diliminde gerçekleşmiş olmayabilir. Teslim alma, yükleme fiilinden önce gerçekleşebileceği gibi, yükleme fiilinden sonrada gerçekleşebilir. Bu gibi durumlarda yükleme fiilinin kimin tarafından yapıldığı önem kazanmaktadır. Yükleme gönderen tarafından yapılmışsa, teslim yüklemeden sonra gerçekleşmiş olacak. Yükleme taşıyıcı tarafından yapılmışsa teslim yüklemeden önce gerçekleşmiş olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da yükleme ve istifleme işlemlerinin birbirinden ayrı düşünülmesi gerekliliğidir.

²⁵² Kendigelen/Aydın, s. 17. (Bundan sonraki CMR ile ilgili maddeler ilgili makaledeki çeviriye göre alınacaktır.)

²⁵³ Kaya, Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme’de Öngörülen Sorumluluğunun Esasları, s.241.

²⁵⁴ Aydın, s.35.

Taşıyıcının sorumluluktan kurtulma nedenlerinin sayıldığı CMR md. 17/4 c' de yükleme ve istifleme işlemleri ayrı ayrı sayılmıştır. Bu husus doğrultusunda, yüklemenin gönderen, istiflemenin taşıyıcı tarafından yapıldığı bir taşımada, eşyanın aracın üzerine konulmasıyla teslim yerine getirilmiş olacaktır.

Yeri gelmişken yükleme ve istifleme borcunun kimin üzerinde olduğuna değinelim:

Deniz taşımacılığında istif gemi mürettebatı tarafından yapılır. Bununla beraber istif işleri özel istifçiler tarafından görölse bile kaptan istifin denizcilikte geçerli olan usul ve örfilere uygun bir tarzda yapılmasına dikkat etmeye mecburdur²⁵⁵.

Kara taşımaların da yükün yüklenmesi ve istiflenmesi yükümün kimin üzerinde olduğu konusunda ne TTK. da ne de CMR. de açık bir hüküm yoktur.

Halin icabı veya teamül kıstasıyla bir sonuca varılamadığı durumlarda, yükleme ve istiflemenin gönderenin borcu olduğunu kabul etmek isabetli bir çözüm olarak görünmektedir²⁵⁶. Fakat bunun mutlak bir kural olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konuda bir ihtilaf söz konusu olduğu zaman öncelikle yanlar arasındaki sözleşmeye bakılacaktır.

2.Teslim Etme

Taşıyıcının eşyayı teslim etmesi, kural olarak taşımanın tamamlanmasından sonra, gönderilenle arasındaki irade uyuşması ile eşya üzerindeki hakimiyetinin sona ererek zilyetliğini gönderilene devretmesi olup, tıpkı teslim almada olduğu gibi iki taraflı bir hukuki işlemdir²⁵⁷. Bu durumda eşyanın taşıma sözleşmesinde belirtilen yere varması tek başına yeterli olmayacak, bu işleme gönderileninde katılıp yükü kabul etmesi gerekecektir.

²⁵⁵ Seven, s.60.

²⁵⁶ Aydın, s.38 ; Kaya, Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslar arası Sözleşme'de Öngörülen Sorumluluğunun Esasları, s.242.

²⁵⁷ Akıncı, s.91 ; Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, s.55 ; Aydın, s. 39 ; Kaya, Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslar arası Sözleşme'de Öngörülen Sorumluluğunun Esasları, s.243.

C. TAŞIYICININ ZIYA VE HASARDAN DOĞAN SORUMLULUKTAN KURTULMA SEBEPLERİ

1. Genel Olarak

CMR. md. 17/1 taşıyıcının sorumluluğunu düzenlerken devamı bentleri de bu sorumluluktan kurtulma hallerini düzenlemiştir.

CMR. md. 17 iki tür sorumluluktan kurtulma sebebine yer vermiştir; bunları genel sebepler ve özel sebepler diye adlandırabiliriz.

Genel sebepler CMR. md. 17/2 de düzenlenmiştir. Buna göre, kayıp, hasar veya gecikme, davacının kusurundan veya ihmaliinden yahut taşıyıcının her hangi bir kusuru veya ihmali olmaksızın davacı tarafından verilen talimatlardan yahut mallara özgü sebeplerden, yahut taşıyıcının kaçınamayacağı durumlardan ve önleyemeyeceği sonuçlardan kaynaklanmışsa, taşıyıcı sorumluluktan kurtulabilir. CMR md. 18/1'e göre taşıyıcı, sorumluluktan kurtulmak istiyorsa, zarar, hasar ve gecikmenin bu sebeplerden birinden doğduğunu ispatla yükümlüdür.

Özel sebepler CMR. md. 17/4 de düzenlenmiştir. Bu durumda, taşıyıcı, özel risk olarak belirlenen durumun gerçekleştiğini ileri sürerek sorumlu olmadığını ileri sürebilir. Taşıyıcın, bu ihtimallerden zararın ve hasarın meydana gelmiş olma ihtimalini kanıtlaması yeterlidir. Davacı bunun aksini kanıtlayabilir. Bu durumda da taşıyıcı eğer şartlar mevcutsa CMR. 17/2 ye dayanabilir. Bu durumda taşıyıcı lehine çifte bir korumadan bahsedilebilir²⁵⁸.

2.Sorumluluktan Kurtulmaya İlişkin Özel Sebepler

İnceleme konumuz Yargıtay kararının konusu taşıyıcının sorumluluktan kurtulma nedenleri bakımından özel sebepler içinde yer aldığı için genel sebepler üzerinde durmayacağız. Özel sebeplerde de konumuz dışındakilere kısaca değineceğiz.

²⁵⁸ Akıncı, s. 96.

a.Taşımanın Açık Araçla Yapılması

CMR.'nin 17/4(a). maddesi uyarınca. “ Açıkça üzerinde mutabık kalınmış ve taşıma senedine kaydedilmişse, üzeri örtülmemiş açık taşıtlar kullanılması” durumunda taşıyıcı sorumluluktan kurtulabilecektir. Buna göre, kayıp veya hasarın üstü açık araç kullanılmasından kaynaklandığı durumlarda, taşıyıcının sorumluluktan kurtulması mümkündür. Taşıyıcının bu durumdan faydalanabilmesi için, öncelikle taşımanın örtüsüz açık bir araçta yapıldığını kanıtlaması gerekir. Ayrıca taşıyıcı, gönderenin açık taşıtla eşya taşınmasına izin verildiğini de kanıtlaması gerekir²⁵⁹.

b.Ambalajdan Kaynaklanan Sorunlar

CMR.'nin 17/4(b) maddesi uyarınca “ Hiç ambalajlanmadığı veya uygun olmayan şekilde ambalajlandığında, doğal niteliği gereği fire veren veya hasara uğrayan eşyanın yetersiz veya bozuk şekilde ambalajlanmış olması” durumunda taşıyıcı sorumluluktan kurtulabilecektir. CMR md. 10'a göre eşyanın paketlenmesi yükümlülüğü esasında gönderenindir. Taşıyıcının taşıma başlamadan önce eşyanın ve paketlerin dış görünüşünü kontrol etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.

CMR. md. 8/1 yer alan hüküm “ Eşyayı teslim aldığı sırada taşıyıcı şunları kontrol eder: a)Taşınacak paketlerin sayısına ve işaret ve numaralarına ilişkin taşıma senedin de yer alan beyanların doğruluğunu. b) Eşyanın ve ambalajının harici durumunu” demektedir. Bu hüküm taşıyıcının daha sonra aleyhine olarak karşılaşılabileceği durumlardan kurtulmak için eşyadaki ve paketteki açık noksanlığın gönderene bildirmesi ve taşıma senedine ihtirazi kayıt olarak belirtmesinde fayda vardır. Bunu yaptığı takdirde CMR. md. 17/4(b) ye dayanarak sorumluluktan kurtulmanın ispatı bakımından kolaylık sağlayacaktır. Çünkü CMR. md.9/2 gereğince taşıma senedinde taşıyıcı tarafından gerekçeleri ile belirtilmiş ihtirazi kayıtları içermiyorsa, aksi ispatlanıncaya kadar, taşıyıcı tarafından teslim alındığı anda eşyanın ve ambalajının harici görünümü itibariyle iyi durumda bulunduğu ve taşınan paketlerin adedinin, üzerindeki işaret ve sayıların taşıma senedindeki kayıtlarla uyumlu olduğu varsayılır.

²⁵⁹ Akıncı, s.107 ; Aydın, s.72 ; Kaya, Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme’de Öngörülen Sorumluluğunun Esasları, s.256.

Eğer taşıyıcı ambalajlanmama veya kötü ambalajlanmayı belirleyecek olursa ve eşyanın niteliği gereği bunun zararı doğurması muhtemelse zararın buradan kaynaklandığı kabul edilir. Ancak gönderen, taşımanın dikkatsiz ve özensiz yürütülmesinin zarara sebep olduğunu, mevcut paketleme ile eşyanın hasara uğratılmadan taşınmasının mümkün olduğunu ispat edecek olursa, taşıyıcı mevcut ziyaa ve hasardan sorumlu tutulur²⁶⁰.

Yeri gelmişken Beyoğlu Asliye 2. Ticaret Mahkemesince CMR. md. 9/2 uyarınca yapmış olduğu yorumda “...araca davalı taşıyıcı tarafından yüklenmediği, ancak araca yüklenen motor botun kontrolünde ve istifinde bir noksanlık olmadığının davalının taşıma senedine CMR. 9/2. maddesine uygun çekince dermayen etmemesinden anlaşıldığı...” diyerek, maddeyi yanlış yorumlamıştır. İlgili madde, yukarda da açıkladığımız üzere taşıma senedinde ihtirazi kayıt bulunmadığı takdir, eşyaların taşıyıcı tarafından alındığı zamanda “harici” görünüm itibari ile iyi durumda olduğuna dair, aksi kanıtlanabilir bir karine oluşturmaktadır. İlgili karine sadece malın dış görünüşü itibariyle iyi durumda bulunulmasıyla ilgilidir. Yani yüklemenin ve istifin iyi yapıldığına dair bir karine oluşturmaz. Mallar yanlış istif yapıldığı bir durumda, o an itibari ile iyi durumda olabilir, ama hareketle beraber yanlış istif sonucunda zarar ve ziyaa meydana gelebilir. Bu bakımdan yerel mahkemenin ilgili madde yorumu yanlıştır.

c. Yüklemenin ve İstifin Gönderici Tarafından yapılması

CMR. 17/4(c) maddesi uyarınca “ Eşyanın gönderen, gönderilen veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından işleme tabi tutulması, yüklenmesi, istiflenmesi veya boşaltılması” durumunda taşıyıcı sorumluluktan kurtulabilecektir. Taşıyıcı, kayıp veya hasarın yükleme esnasında meydana geldiğini kanıtlamak zorunda değildir. Önemli olan, kayıp veya hasarın yükleme sebebiyle meydana gelmesidir. İncelemekte olduğumuz Yargıtay kararında yükleme ve istifin gönderen tarafından yapılmış olduğu konusunda bir tartışma yoktur.

²⁶⁰ Arkan, Eşyanın Karayolu İle Uluslar arası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon Üzerinde Bir İnceleme, s.16 ; Akıncı, s.108 ; Kaya, Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme’de Öngörülen Sorumluluğunun Esasları, s.257.

Burada ikili bir ayırım yaparak durumu değerlendirmek gerekir. Acaba söz konusu ziya ya da hasar yükleme veya istif sırasında mı meydana geldiği, yada hatalı yükleme ve istif sonucunda taşıyıcı tarafından teslim alındıktan sonra mı meydana geldiğidir.

Burada bahse konu hüküm, gönderenin, yükleme veya istif işlemlerini yaptığı sırada meydana gelen zarar esasen taşıyıcının muhafaza borcunun bulunduğu zaman diliminde yer almamaktadır. Bu durumda daha öncede bahsettiğimiz gibi, teslim alma işlemi eşyanın yüklenmesi ve istifinden sonra meydana gelmektedir. Bu durumda taşıyıcının sorumluluğunu belirleyen CMR. md. 17/1 deki zaman diliminin içinde yer almamaktadır. Bu yüzden taşıyıcının sorumluluğundan bahsedilemez. CMR. 17/4 (c) deki durumda hasarın veya zıyanın yükleme veya istif yapılmış, yükün teslim alınmasından sonra ortaya çıkması durumunda uygulama alanı bakımından önem kazanmaktadır. Örneğin, uygun şekilde istiflenmeyen kolilerin düşerek hasara uğraması durumunda, zararın doğumuna neden olan olay yükleme ve istiflemekten kaynaklandığı için taşıyıcının sorumluluktan kurtulma sebebi olarak buna dayanabilir.

Kısaca, bu hükümle getirilen sorumluluktan kurtulma sebebi hem yükleme, istifleme ve boşaltma safhalarında meydana gelen ancak o anda belirlenemeyen, hem de yükleme ve istifleme nedeniyle yolculuk sırasında oluşan zararları kapsayıcı niteliktedir²⁶¹.

Taşıyıcının CMR. 17/4 (c) hükmüne dayanarak, hasar veya istifin yükün hatalı yüklenmesi veya istiflenmesine dayandığı zaman acaba hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacak mıdır.

Yükleme ve istifleme gönderen tarafından yapıldığı durumlarda taşıyıcının yapılan işlemleri denetlemek ve tespit ettiği yanlışlıkları gönderene bildirmek yükümlülüğü altında da olup olmadığı sorunu oldukça tartışmalıdır. Bu konu inceleme konumuz Yargıtay kararının da temelini oluşturmaktadır. Fransız ve Belçika mahkemeleri uygulamasında, yükleme ve istifleme gönderen tarafından gerçekleştirildiğinde taşıyıcının özellikle istiflemeye nezaret etmesinin kendisi için bir yükümlülük olduğu, bu sebeple de kötü yüklemenin ve kötü istifin

²⁶¹ Akıncı, s.109 ; Aydın, s.80.

açıkça anlaşıldığı durumlarda, taşıma işlemine başlayan taşıyıcının, meydana gelen zarardan da sorumlu olduğu kabul edilmektedir²⁶².

Alman hukukunda ise bu konuda, taşıyıcının yükleme ve istiflemeyi aracın işletme gerekleri bakımından kontrol edeceği, yoksa yükleme ve istiflemenin eşyanın taşıma sırasında zarara uğramasına neden olup olmayacağını kontrol yükümünün olmadığı kabul edilmektedir. Türk hukukunda da bu görüşte olan yazarlar bulunmaktadır²⁶³. Buna göre taşıyıcı, yükleme ve istiflemenin aracın dengesini bozup bozmadığını, bunun taşıma esnasında fren veya hıza bağlı olarak tehlike oluşturup oluşturmadığını, yükleme ve istifleme yükümü gönderen üzerinde de olsa kontrol etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla bu nedenlerle, istifleme hatası sebebiyle araç devrilecek olursa eşyanın ziya veya hasar sebebiyle taşıyıcının ortak (müterafik) kusuru söz konusu olacaktır²⁶⁴. Kaya bu durumda²⁶⁵, “ taşıyıcının yüklemenin eşyanın zarar görmesine sebep olup olmayacağını kontrol gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu sebeple ezilebilen eşyanın gönderen tarafından en alta konulması ve bunun neticesinde eşyanın zarar görmesi durumunda, taşıyıcının gözetim yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesi ile müterafik kusurlu olduğu söylenemez” demektedir. Kanaatimizce bu durumda aracın güvenli şekilde yolculuk yapmasına ilişkin olmayıp eşyanın zarar görmesine neden olucu yükleme ve istif hatası açıkça anlaşılabiliriyorsa bu durumda taşıyıcı yan yükümlerden aydınlatma yükümlülüğü gereği, bu durumdan göndereni haberdar etmesi gerekir²⁶⁶²⁶⁷. Eğer böyle bir durumdan göndereni haberdar etmezse, kendisi de yükün ziyaa ve hasarından ortak (müterafik) kusurlu olacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus taşıyıcı CMR. 17/4 (c) ye dayanarak sorumluluktan kurtulduğu takdirde, hatalı istifleme ya da yüklemeye ilişkin yukarıda belirttiğimiz sorumluluklarını yerine getirilip getirilmediği araştırılacaktır. Çünkü taşıyıcı bu

²⁶² Aydın, s.83 ; Kaya, Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslar arası Sözleşme’de Öngörülen Sorumluluğunun Esasları, s.258.

²⁶³ Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, s.122.

²⁶⁴ Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, s.123.

²⁶⁵ Kaya, Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşme’de Öngörülen Sorumluluğunun Esasları, s.258.

²⁶⁶ Aydın da bu görüşü savunmakta ama açıkça anlaşılan yükleme veya istif hatasının, gönderene bildirme yükümlülüğünü MK md.2 ye dayandırmaktadır.Aydın, s.84. Biz ise MK 2 nin (dürüstlük ilkesi) çok genel bir tabir olmasından dolayı, daha belirleyici olan ve duruma uygun olan aydınlatma yükümlülüğünü kullanmanın daha doğru olacağı kanısındayız.

²⁶⁷ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.37.

maddeye dayanarak, sorumluluktan kurtulamıyorsa zaten malın ziya veya hasara uğramasından tamamen sorumlu olacağı için (başka sorumluluktan kurtulma hallerinin mevcut olmaması durumunda) aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı müterafik kusurundan bahsetmeye gerek kalmayacaktır.

Müterafik kusur CMR. md. 17/5 de düzenlenmiştir. İlgili madde de “ Taşıyıcı ziya, hasar veya gecikmeye sebebiyet veren hususların bazıları bakımından bu maddeye göre hiçbir sorumluluk altında değilse sadece, bu madde uyarınca sorumlu olduğu diğer hususların ziya, hasar veya gecikmeye yaptığı etki oranında sorumlu tutulur” demektedir. Maddenin bendinden anlaşılacağı üzere taşıyıcı CMR 17 deki sorumluluğunu kaldıran sebeplerinin faydalandığı durumlarda bile, bu madde kapsamında sebep olduğu ziyaa hasar ve gecikmeden sorumlu olacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu doğrultuda gönderen tarafından istiflenen bir yükün, yolculuk sırasında kötü istif sonucu eşyada bir hasar gelmesi durumunda, kural olarak taşıyıcı CMR 17/4 (c) fıkrasına dayanıp yükteki hasarın veya zıyaanın istifde ki hata yüzünden kaynaklandığını kanıtlamasıyla sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak istifde ki hata yola çıkmadan önce açıkça anlaşılabiliyorsa, bu durumda taşıyıcının bunu bildirmemesinden (aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesinden) dolayı CMR md. 17/5 e göre müterafik kusurlu olarak sorumlu tutulması gerekecektir.

CMR. md. 17/5 te sorumluluğun paylaşımında göz önüne alınacak esaslar bakımından ulusal hukuka gitmeye gerek olmadığı ve hakime söz konusu sorumluluğun paylaşımı konusunda geniş bir yetki tanındığı yolunda Aydın fikir beyan etmektedir²⁶⁸.

Aydınlatma yükümlülüğüne dayanarak, taşıyıcıyı müterafik kusur altına sokabilmemiz bakımında uygulanacak hukuk önem kazanmaktadır. Çünkü aydınlatma yükümlülüğü CMR. de düzenlenmemiştir. CMR. Md. 8/1 den bunu çıkarmamız mümkün değildir. Bu maddenin ne anlama geldiğini daha önce açıkladığımız için bu hususa tekrar deyinmiyoruz. Yabancılık unsuru içeren bu ilişki de MÖHUK. md. 24 gereği belirlenmesi gerekecektir. Taraflar arasında bu konuda bir düzenleme olmadığı kabul edersek. MÖHUK. md. 24 ün 2. fıkrasındaki “..borcun ifa yeri hukuku, ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku...uygulanır” hükmüne göre, taşıma akdinin ifa

²⁶⁸ Aydın, s.96.

yerinin tespiti gerekir. Taşıma sözleşmelerinde asıl olarak iki ifa yeri bulunduğuna göre, ağırlıklı ifa yeri olan sözleşmede varma yeri olan gösterilen yer hukuku olayımızda Hollanda hukuku uygulanmalıdır. Ancak biz inceleme konumuz olan Yargıtay kararını CMR. de yer almayan hükümler bakımından Türk Hukukuna göre değerlendirdik.

CMR. md. 18/2 den de ispat yükü bakımından bahsetmekte faydalı olacaktır. İlgili hükümde “ Taşıyıcı, olayın özellikleri bakımından zıya veya hasarın 17. maddenin 4. fıkrasında belirtilen özel tehlikelerin bir veya daha fazlasından kaynaklanmış olabileceğini ortaya koyduğu takdirde zararın bu şekilde oluştuğu varsayılır. Ancak hak sahibi, zıya veya hasarın gerçekte tamamen veya kısmen bu özel tehlikelerden kaynaklanmadığını ispat etme hakkına haizdir” demektedir.

Anlaşılabacağı üzere CMR. 18/2 uyarınca taşıyıcı, zararın, taşıma sırasında eşyanın zıya veya hasara uğraması tehlikesini arttıran ve CMR. 17/4 de sayılan nedenlerden birinden “doğmuş olabileceğini” ortaya koyarsa sorumluluktan kurtulur. Bundan sonra, davacı zıya veya hasarın bu nedenle bağlanamayacağını ispat etmekle yükümlü olur²⁶⁹. Madde hükmünden anlaşılabacağı üzere taşıyıcının, olma ihtimalini kanıtlaması yeterlidir.

d. Eşyanın Doğal Niteliği

CMR. 17/4 (d) maddesi uyarınca “ Özellikle kırılma, paslanma, çürüme, kuruma, normal fire veya güve ya da haşarat nedeniyle kısmen veya tamamen zıya veya hasara uğrayan belirli tür eşyanın doğal niteliği” durumunda taşıyıcının sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

e.İşaret veya Numaraların Yetersizliği

CMR. 17/4 (e) maddesi uyarınca “ Paketler üzerindeki işaret ya da sayıların yetersiz veya hatalı olması” durumunda taşıyıcının sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

²⁶⁹ Arkan, Eşyanın Karayolu İle Uluslar arası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon Üzerinde Bir İnceleme, s.16 ; Aydın, s.85.

f. Canlı Hayvan Nakli

CMR. 17/4 (e) fıkrası canlı hayvan taşımasındaki riskler nedeniyle, taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için özel sebepler arasında düzenlenmiştir.

D.TAŞIYICININ EŞYANIN HASARA UĞRAMASINDAN DOĞAN TAZMİNATIN MİKTARI

CMR. md.25'te eşyanın hasara uğraması durumunda taşıyıcı tarafından ödenecek tazminatın belirlenmesine ilişkin ilkeler düzenlenmiştir. Bu hükme göre hasar yüzünden belirlenecek tazminat taşıyıcının azami sorumluluğunu belirleyen CMR. md. 23/1, 2 ve 4'e göre belirlenen değerin hasar nedeniyle azalmış kısmı kadar olur. Yani hasarı tespit etmek için hasara uğrayan eşyanın teslim alma yer ve zamanındaki değerinin belirlenmesine göre tespit edilecektir. Ama her halükarda belirlenen bu hasar miktarları CMR. md. 25/2 deki limitleri geçemez. Yani yük tam hasara uğramışsa, aynı eşyanın tam zıya ya uğramış olsaydı ödenecek tazminatı geçemeyecektir. Aynı şekilde kısmi hasara uğraması durumunda, hasara uğrayan kısmının zıyaya uğramış olsaydı ödenmesi gereken tazminatı geçemeyecektir.

VI. SONUÇ

Sigorta şirketi, TTK. md. 1361 gereği, hasara uğramış bot dolayısıyla, sigortalıya ödemiş olduğu bedel sonucunda, taşıyıcıya karşı olan dava hakkını kanuni halefiyet nedeniyle elde eder. Taşıyıcı CMR. 17/1 e göre, yükün teslim alınmasından, teslim edilmesi anına kadar ki zaman diliminde yükte meydana gelen hasarlardan sorumludur. Olayımızda CMR. 9/2 ye göre malın harici görünümü itibari ile teslim edildiği anda iyi durumda olduğuna dair, taşıma senedi kanıt oluşturmaktadır(bunun aksini taşıyıcı ispat etmelidir, bunu ispat ederse mal teslim edilmeden hasara uğramış olacağından taşıyıcının sorumluluğu söz konusu olmayacaktır). Bu durumda karine olarak mal seyir halindeyken bir hasara uğramıştır. Ancak CMR. md. 17/4 (c) taşıyıcı bakımından bir kurtuluş karinesi getirmektedir. İlgili hükümde eşyanın gönderen tarafından yüklenmesi veya istiflenmesi yüzünden zıya veya hasar meydana geliyorsa taşıyıcı bu zarardan sorumlu olmayacaktır. Ayrıca CMR. md. 18/2 ye göre bu durumu taşıyıcı kesin olarak ispat yükünden kurtulmakta, sadece meydana gelen hasarın

gönderen tarafından yapılan hatalı istif sonucu olabileceğini kanıtlaması yeterli görülmüştür. Tabi ki bu karinenin aksi gönderen (olayımızda onun haklarına halef olan sigortacı) tarafından kanıtlanabilir.

İstifin gönderen tarafından yapıldığı sırada taşıyıcının da bazı yükümlülükleri olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki yapılan istifin, yolculuk sırasında yolculuğa engel bir duruma neden olmayacak, aracın hasara uğramasına neden olamayacak şekilde yapılmasını kontrol etmekle yükümlü olmasıdır. İkinci olarak böyle bir zarara neden olmasa da yapılan istifin, taşınan mallara açıkça zarar vereceği anlaşılabileceği durumlarda, taşıyıcının bir yan yüküm olan aydınlatma yükümlülüğü gereği bu durumu gönderene bildirmekle yükümlü olmasıdır. Bu durumların varlığına rağmen, bunu bildirmeyen taşıyıcı gönderenle beraber müterafik kusurludur. Bu durumda CMR. 17/5 gereği kusurları oranında zarar paylaştırılmalıdır.

Taşıyıcının CMR. 17/4 (c) ye dayanarak sorumluluktan kurtulduğu takdirde bu yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediği araştırılacaktır. Görüldüğü gibi burada kademeli bir şekilde ilerlenmesi gerekecektir.

Taşıyıcı CMR. 17/4 (c) ye dayanarak sorumluluktan kurtulamadığı takdirde (istifte ya da yüklemedeki hatadan dolayı hasarın meydana gelmiş olabileceğini ispatlayamadığı takdirde), CMR. 17/1 e göre taşıma sırasında meydana gelen ziyaa ve hasardan sorumlu olacaktır.

Yukarda belirttiğimiz nedenlerden dolayısıyla Yargıtay'ın vermiş olduğu kararı doğru ama dayandığı maddeleri yanlış olarak değerlendiriyorum. Bu bakımdan meydana gelen hasarın istif veya yüklemedeki hatasından mı kaynaklandığı, yoksa taşıyıcının taşıma kusurundan mı kaynaklandığı araştırılmalı. Eğer hasarın gönderen tarafından yapılan yükleme veya istif hatasından kaynaklandığı tespit ediliyorsa, taşıyıcının açıkça anlayabileceği bir istif hatasının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekir. Açıkça anlaşılabilen bir istif ya da yükleme hatasının varlığı halinde taşıyıcıyı gönderene bu durumu bildirmemesinden dolayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemeden dolayı müterafik kusurlu sayması gerekirdi. Müterafik kusur sebebiyle BK. 44 ün uygulanması yerine, CMR. de yer alan 17/5 in uygulanması gerekirdi. Bu yüzden Yargıtay'ın verdiği karara kısmen katılıyorum.

KAYNAKÇA

Aydın, Alihan: CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul 2006.

Akıncı, Ziya: Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara 1999.

Arkan, Sabih: “Eşyanın Karayolu İle Uluslar arası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon Üzerine Bir İnceleme”, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, 26-27 Ocak 1984, Maçka-İstanbul, Ankara 1984, s.5-31(Sempozyum).

Arkan Sabih: Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2002.

Kaya, Arslan: “Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşme'nin (CMR) Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I)”, Prof Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.311-333.(Sorumluluk I)

Kaya, Arslan: “Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslar arası Sözleşme'de (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II)”, İÜHFM 1998 (Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı), C.LVI, S.1-4, s.239-267.(Sorumluluk II)

Kendigelen, Abuzer/Aydın, Alihan: “Karayolu ile Uluslar arası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma(CMR), Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul 2002.

Nomer, Engin: Devletler Hususi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2002.

Seven, Vural: “Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2003.

III.BÖLÜM

SORUNLAR VE ÇÖZÜMLER

SAĞ KALAN EŞİN, ÖLEN EŞİN KATILIM ALACAĞI OLAN BİR MALI TEMLİK ETMESİNİN, TMK.610 İL.M. ANLAMINDA MİRASI KABUL SAYILIP SAYILMAYACAĞI HAKKINDA

Prof.Dr.ŞEREF ERTAŞ*

1-Problematik olay.

Davalının eşi mirasbırakan (B) 2008 yılında ölmüş daha sonra merhumun davalı eşi kendi üzerine kayıtlı olan bir taşınmazı başkasına temlik etmiştir. Sağ kalan eş önce mirasın reddi davası açmış bu dava, tereke alacaklısını davacın müdahalesi ile duruşmalı, çekişmeli yargıya dönmüştür. Tereke alacaklısı davacı (K) mirasın reddi davasına müdahale gerekçesi olarak, sağ kalan eşin terekeye ait bir mal üzerinde tasarrufta bulunduğunu bu sebeple reddin geçerli olmayacağını ileri sürmüştür. Mirasın reddi talebinin kabulü ile dava sonuçlanmış ve hükmün kesinleşmiştir. , bu kararın kesinleşmesinden önce, bu sefer tereke alacaklısı davacı Asliye Hukuk Mahkemesinde mirasın reddi kararının iptali için dava açmış ve bu davanın derdest olduğunu , ayrıca diğer alacaklılardan (G) Tic.Ltd Şti, de mirasın reddini dava etmiş ve bu dava (A) Asliye Hukuk Mahkemesinin.2010 tarih sayılı kararı ile TMK.617.m.deki koşullar gerçekleşmediği gerekçesi ile reddedilmiştir. Bu durumda

Davacı tereke alacaklısının, mirasın reddi kararını iptali isteyip isteyemeyeceği konusunda bilimsel inceleme talep etmiştir.

2-Çözülecek ön sorunlar

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

Bu olayda, şu noktaların incelenmesi lüzumlu bulunmuştır.

1.Mirası reddin koşulları

2.Kimler mirasın reddinin iptalini talep edebilirler

Davacı, dava dilekçesinde, (K) Sulh Hukuk Mahkemesinin 2009 tarihinde kesinleşen tespit kararı ile gerçekleşen mirasın reddi kararının iptalini talep etmiş, gerekçe olarak da, davalı eşin 2008 tarihinde temlik etmiş olduğu taşınmaz üzerinde, murisin katılım alacağı olduğunu, bunun terekeye ait bir alacak olduğunu, bu alacak üzerinde tasarrufta bulunmakla davalının TMK.610.m.ye göre mirası red hakkının düştüğünü ileri sürmektedir.

Davalı ise, davanın açılmasına daha önce aynı konuda kesinleşmiş mahkeme kararının olmasının davaya engel teşkil ettiğini, söz konusu temlik edilen taşınmazın, terekeye ait bir mal olmadığını, bu taşınmazın kendi kişisel malı olduğunu, katılım alacağının söz konusu olması için mal rejimin tasfiyesi gerektiğini, bu alacağın karşılıklı olduğunu,böyle tasfiyenin yapılmamış olduğunu ,bu bakımdan TMK.610.m.sinin uygulanmasının söz konusu olamayacağını ileri sürmüştür.

3- Sorunun çözümü

İncelediğimiz örnek olayda, mirasbırakanın ölümünden sonra mirasçılar mirasın reddi için mahkemeye başvurmuşlardır. Bu red talebinin süresi içinde yapıldığı tartışmasıdır. Red talebinde bulunanlar, murisin eşi ve altsoyu durumunda olan mirasçılardır.

a-Mirasın reddi, yenilik doğrucu bir haktır ,sonuçlarının kendiliğinden doğurur.

İki türlü mirasın reddi vardır. Birincisi hükmen reddir. TMK.605.m.2.f.daki koşullar varsa borcunu ödeme aczi içinde olan tereke yasa gereği reddedilmiş sayılır. Buna hükmü red adı verilir. İradi redde(gerçek red) ise, red için hiçbir koşul aranmaz.

TMK.609.m.ye göre her mirasçı tek taraflı olarak sulh hukuk mahkemesine yönelteceği irade açıklaması ile mirası reddedebilir. Bu tür red beyanı bir bozucu yenilik doğurucu işlemdir. Mahkemenin kabulüne bağlı değildir. Ret beyanı mahkemeye yapıldığı an sonuçlarını doğurur, beyanda bulunan mirasçının mirasçılığı sona erer. Mirası reddeden

mirasçının tereke borçlarından sorumluluğu ortadan kalkar. TMK. 612.m.ye göre tüm mirasçılar mirası redederse, tereke resmi tasfiyeye tabi hale gelir. Mirasın reddi istemine karşı mahkemenin talebi kabul veya reddi yönünde bir yargısal karar vermesi mümkün değildir. Mahkeme sadece, mirasçının mirası reddettiğini tespit kararı verebilir.

Mirasın reddi talebi bir çekişmesiz yargı konusudur. Bu davada hasım yoktur. Bu davaya başkalarının katılması da hukuken mümkün değildir.

İnceleme konusu olayda bir hükmü ret değil TMK.609.m.anlamında iradi red (gerçek red) söz konusudur.

Ancak inceleme konusu olayda bu ilkedен sapılarak, mirasın reddi istemi usule aykırı olarak, davacının müdahalesi ile çekişmeli bir dava haline sokulmuş ve mahkemenin mirasın reddinin kabulüne ilişkin kararı, temyiz aşamasından geçerek kesin hüküm haline gelmiştir.

İnceleme konusu olayda, bir iradi ret söz konusudur, davalı eş bu konuda iradesini TMK.609.m.ye göre üç aylık süre içinde sulh hukuk mahkemesine arz etmiş, bu beyan mahkemece bir tutanağa geçirilmiş ise artık, mirasçı mirasçı olmaktan çıkar, terekeyle ilgisi kalmaz tereke borçlarından da artık sorumlu tutulamaz.

Aşağıdaki nedenlerden, davacının reddin iptali talebinin haklı olamayacağı görüşündeyiz.

a- Tereke alacaklısının reddin iptalini dava etme ehliyeti yoktur.

Tereke alacaklısının mirasın reddinin iptalini dava etme hakkı kanun tarafından tanınmamıştır.

TMK.617.belirli şartlarla sadece mirasçının alacaklılarına , mirasın reddinin iptali davası açma hakkı tanımıştır. Mirasçı ancak, borcunu ödemedede acz içinde ise ve alacaklılarına zarar vermek kastıyla mirası reddetmiş ise, mirasın reddinin iptali isteyebilir. İnceleme konusu olayda ise reddin iptalini, mirasçının alacaklısı değil, tereke alacaklısı istemektedir. TMK.nu tereke alacaklısı olan davacıya aktif olarak dava ehliyeti tanımamıştır. Davanın bu nedenle reddi gerekir. TMK.617.m.taninan reddin iptali davasının amacı, tereke alacaklılarını değil, mirasçının alacaklılarını korumaktır. Tereke alacaklılarının korunması ise TMK.618.m.de ayrıca düzenlenmiştir ki dava konusu olayda bu maddenin hiçbir uygulama koşulu gerçekleşmemiştir.

Görüldüğü gibi, TMK. da tereke alacaklısına yasanın bu hakkı vermediği gibi, bu konuda ne yargısal içtihatlarda ne de öğretide aksine bir görüş ileri sürülmemiştir. Kaynak İsviçre Hukukunda da aynı durum söz konusudur.

b- Davada menfaat yokluğu.

Mirasın reddi davası kabul edilse bile davacının bu dava sonunda elde edebileceği bir menfaat yoktur. Çünkü mirasın reddi, dava ile iptal edilse bile bunun sonuncu TMK.617 m.2.f.ya göre, sadece tereke resmi tasfiyeye tabi tutulur, bu tasfiye sonunda, red eden mirasçıya düşen tasfiye payı, mirasçının iptal davası açan alacaklısına tahsis olunur (G.Antalya, Miras Hukuku s.391; İnan/Ertaş/Albaş,Miras Hukuku s.506),tereke alacaklılarının buradan yararlanabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla tereke alacaklısı olan davacının, reddin iptalinde hiç biri yararı olmayacağı için, usul hukuku hükümlerine göre menfaat yokluğundan bu davanın reddi gerekmektedir.

c- Mirasın reddinin iptali koşullarının yokluğu.

İnceleme konusu davada, davalı mirasçı TMK.609.m.ye göre iradi olarak mirası reddetmiş. Gerekli olmamakla birlikte bu talep, davacı tarafından çekişme konusu yapılmış ve mahkemenin red kararı kesinleşerek kaziyeyi muhkeme haline gelmiştir.

Mirasın reddinin iki şekilde hükümsüz hale gelmesi mümkündür.

aa-Red süresinin geçmiş olması

Miras TMK.606.m.deki üç aylık hak düşürücü sürede red edilmez ise red hakkı düşer. Davada red süresinin geçtiğine ilişkin bir tartışma yoktur.

bb-Red hakkının düşüren bir yasal sebep varsa.

TMK.606.m.deki üç aylık ret süresi geçmemiş olsa bile, TMK.610.m.ye göre mirasçıların mirası kabulü anlamına gelebilecek “ *terekenin olağan yönetimi niteliğinde*

olmayan “ terekeyle ilgili bir işlem yapmasını, ret hakkının düşmesi sebebi saymıştır. Mirasın kabulü anlamına gelebilecek işlemler “ “ hayat tecrübelerine göre, objektif hüsnüniyet kurallarına göre,,mirasçının devamlı ve kesin olarak mirası iktisap etmek istediğini gösteren fiil ve hareketlerdir “ (İnan/Ertas/Albaş, Miras Hukuku s.409 , G.Antalya ,Miras Hukuk ,i2.bası s.387)

Tereke malları üzerinde bir mirasçının tasarrufu bir işlem yapması bu nitelikte bir sebep sayılmaktadır.

Davacı, murisin eşi olan davalının kendi üzerine kayıtlı olan bir taşınmazı başkasına temlikini bu tür bir sebep olarak saymıştır. Bu TMK.610.m.ye tamamen aykırı bir değerlendirmedir. Davalı eşin üzerinde tasarrufta bulunduğu taşınmaz, terekeye ait bir mal değil, kendi şahsi mülkiyetinde olan bir maldır. Mirasçının kendi kişisel mülkiyetinde olan malları tereke malı olarak saymak Türk Miras Hukuku Sistemini tersine çevirmek, inkar etmekle eş anlama gelmektedir.

Evlilik birliği sona erdiğinde, eşler, evlilik birliği içinde ivazlı olarak kazanılan mallar üzerinden TMK.236.m.ye göre artık değer payı isteme hakkına sahip olurlar. Bu pay aynı bir hak değildir nakti bir alacak hakkı niteliğindedir (Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku 5.bası sayfa 299; Faruk Acar, Mal rejimi ve Eşin Miras Payı,s.187 ; A.Kılıçoğlu Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi s.11,34,) .Bu bakımdan, davalının üzerinde tasarrufta bulunduğu taşınmazın mülkiyenin yarısının ,murisin terekesi içinde olduğunu varsaymak mümkün değildir. Ayrıca önemle vurgulamak gerekir ki, artık değer payını talep etme hakkı TMK.236.m. 1.f.da sadece diğer eş ve onun mirasçılarına tanımıştır. Tereke alacaklılarına tanımamıştır. Tereke alacaklısı ise ne mirasbırakanın eşi ne de onun mirasçısı olmadığından TMK.236.m.ye göre hak talep etmesi mümkün değildir.

Ayrıca dava konusu olayda, talep edilebilir nitelikte bir katılım alacağı da yoktur. Bu hakkın doğması ve muaccel olabilmesi için, mal rejimin tasfiyesi ve tasfiye alacağının belirli hale gelmiş olması lazımdır. Faruk ACAR, Malrejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı isimli kitabında (Seçkin Yayınevi 2007 bası sayfa 152 de aynen şu ifadeleri kullanmaktadır:

“Mal rejimi sona ermediği sürece tasfiyeye dönük yasal kuralların etkinliği olmaz. Özellikle artık değer üzerinde oluşacak katılım alacağı hakkı doğmaz, Edinilmiş mal

niteliğinde fakat eşin mülkiyetinde olan mal üzerinde diğer eşin katılma alacağına sahip olduğundan söz edilerek müdahalede bulunması, bir şeyler talep etmesi mümkün değildir. “

Böyle bir tasfiye işlemi olayda söz konusu değildir. Olmayan bir hak üzerinde TMK.610.m. anlamında bir tasarruf da mümkün değildir.

d- Mirasın reddinin kabulüne ilişkin karar kesin hüküm olarak davacıyı da bağlar ve ayrıca derdest bir dava varken aynı konuda ikinci bir dava açılmaz..

Türk Medeni Usul Hukukunun temel ilkelerinden biri de bir dava konusunun iki defa mahkeme konusu olamayacağı, bir ihtilaf aynı taraflar arasında mahkemece kesin hükme bağlandıktan sonra ikinci bir defa dava konusu olamayacağıdır (Medeni Usul Hukuku, Pekcanitez/Atalay/özekes, s.478). HUMK.237.ye göre kesin hükmün bu olumsuz etkisinin söz konusu olabilmesi için her iki davanın, taraflarının, sebebinin ve konusunun aynı olması gereklidir. Mirasın reddi davasına ilişkin (K)....Mahkemesinin 2009 tarihli kesinleşmiş kararı ile tarih ..sayılı derdest mirasın reddinin iptaline ilişkin davanın da tarafları,hukuki sebebi,konusu aynıdır. Bu bakımdan davacının açmış olduğu mirasın reddinin iptaline ilişkin ikinci davanın kesin hüküm itirazı ile reddi gerekir. Kesin hüküm sebebiyle davanın reddi kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemenin bunu resen dikkate alması gereklidir (1.HD.07.11.2001,10935/11859 –YKD.2003 sayı 1 sayfa 14; 17.HD .11.03.2004 tarih2818/3070-Legal HD.2004/16 sayfa 1093 ; 7.HD.06.05.2005 tarih 1486/1495-YKD.2005 sayı 9 sayfa 1374)

Esasen dava konusu olayda, kesin hüküm itirazından önce derdestlik itirazı vardır. Davacı mirasın reddine ilişkin birinci dava kesinleşmeden aynı konuda ikinci davayı açmıştır. Aynı konuda aynı anda iki dava açılmaz. Davacının birinci davada da, ikinci davada da TMK.610.m.ye dayanarak, mirasın reddinin iptalini talep etmektedir.

5- Ölümle hak ehliyetini kaybeden eş, ölümden sonra doğan katılım alacağı üzerinde hak sahibi olamaz.

Davacı, davasının gerekçesini TMK.610.m.ye dayandırmaktadır. Ölümle mal rejimi sona ermiştir, ölen eşin sağ kalan eşin malları üzerinde katılım alacağı vardır, bu terekeye ait bir alacak olup, sağ kalan eş bu katılım alacağı üzerinde tasarrufta bulunmakla, mirası kabul etmiş sayılır dolayısıyla davacı mirasın reddinin artık mümkün olmadığını ileri sürmüştür.

Hâlbuki en basit hukuk başlangıcı kitaplarında bir kimsenin ölümüyle hak ehliyetinin kaybettiği, en temel hukuk kuralıdır. Hukuk hak ehliyeti ile başlar. Bu ilke yalın bir şekilde TMK.28.m.1.f.da yazılmıştır.

TMK.236.m.yer alan değer artışı katılım payı alacağı eşlerden birinin ölümü ile mal rejimi tasfiyesi ile ortaya çıkıyorsa, ölen eş hak ehliyetini yitirdiğinden bu katılımın alacağını kazanımı mümkün değildir. Bu sebeple değer artışı katılım alacağı ölen eşin terekesine ait bir alacak olması hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla TMK.236.m. katılım alacağına “ eş veya mirasçılar... sahip olur demektir. Diğer eşin katılım alacağına sahip olması ancak mal rejiminin boşanma ile sona ermesi halinde mümkündür. Malrejimi ölümle sona ermişse, bu hak ölen eşin mirasçılara intikal etmektedir (A.Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi s.44). Bu sebeple236.m.”eş veya mirasçılar “ ibaresini kullanmıştır. Yani katılım alacağına, hem ölen eş, hem de onun mirasçıları aynı anda hak sahibi olmazlar.

İnceleme konusu olayda, evlilik ölümle sona erdiğinden, ölen eşin katılım alacağı, ölen eşin terekesine değil mirasçılara geçmiştir. Bir kimsenin kendi kendine mirasçı olamayacağı en basit mantık kuralıdır. Dolayısıyla, davalı eşin tasarrufta bulunduğu taşınmazı üzerinde, diğer eşin bir katılım alacağı olsa bile, bu alacak, mirasbırakanın terekesi içinde değildir diğer mirasçılara intikal etmiştir.

Bu bakımdan, tereke içinde yer almayan bir malvarlığı değeri üzerinde bir mirasçının tasarrufta bulunması, TMK.610.m.anlamında mirası kabul şeklinde yorumlamak mümkün olamaz.

Ölen eşin mirasçılar arasında, sağ kalan eş v e ölen eşin altsoyu çocukları vardır. Sağ kalan eş aynı zamanda katılım alacağının borçlusu olduğundan, aynı zaman alacaklı sıfatını da taşımaktadır, alacak ve borcun aynı kişi de toplanması halinde BK. 116 m.ye göre borç sona erer, bu bakımdan sağ kalan eşin katılım borcunun da bu ölçüde ortadan kalktığı söylenebilir (Faruk Acar, age s.191). Bu durumda, ölen eşe ait katılım alacağı onun terekesine değil, mirası davalı eşle birlikte reddetmiş olan mirasın çocuklarına geçer. Bu intikal miras

hukukuna göre değil aile hukukuna göre bir kazanımdır. Dolayısıyla mirası reddetmiş olan çocuklar TMK.236.m.ye göre katılım alacağını, ölen eşin terekesine karşı da ileri sürme hakkına sahiptirler (Faruk Acar age s.193) ve bu alacakları diğer tereke alacaklarına karşı öncelik sahibidir.

Eğer davacı, tereke alacaklısı değil de. Ölen eşin mirasçılarının alacaklısı olsaydı, bu mirasçılar borçlarını ödemede acz içinde olsalardı ve alacaklılarını zarara sokmak kastıyla mirası reddetmiş olsalardı ,ancak o zaman davacı TMK.617.m.ye dayanarak reddin iptalini dava edebilirdi.

Davacı ayrıca sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre de davalıdan hak talep etmektedir. Davalı terekeye ait bir mal veya hak üzerine temlikte bulunup kazanım elde etse idi, bir sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilirdi. Halbuki yukarıda belirtildiği üzere ölen bir kimse hak ehliyetini kaybettiğinden artık sağ kalan eşin malvarlığı üzerinde ölen eşin bir katılım alacağı yoktur, dolayısıyla sağ eş olan davalının kendine ait bir taşınmazı, başkalarına temliki ile elde ettiği bedelin sebepsiz zenginleşme sayılması da mümkün değildir

Sonuç olarak, sağ kalan eşin, ölen eşin katılım alacağı olan kendi malları üzerinde tasarrufta bulunmasını TMK.610 II .m.içinde yorumlayıp mirası kabul ettiği şeklinde yorumlamak mümkün değildir.

IV.BÖLÜM

TARTIŞMA VE ELEŞTİRİLER

BANKA PROMOSYONU KULLANIMINA, 5018 SAYILI YASA ve TCK PENCERESİNDEN YARGI İÇTİHADI EŞLİĞİNDE BAKIŞ

Fatih MECEK*

1) Giriş:

2007 yılında yayımlanan 21 sayılı Başbakanlık Genelgesinden sonra Kamu Personelinin maaşlarının bankalarda işletilmesi karşılığı olarak 2/3'ünün memurlara verilmesi gerektiği belirtilmişti. Nihai olarak 2010/17 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile bu promosyonların tamamının memurlara dağıtılması kararı ile son adım atılmış oldu. Ancak uygulamada halen görüldüğü üzere kamu kurum ve kuruluşları bir takım hileli yollarla(özel bir hesapta tutarak, kurum bütçesi dışında tutarak, masraf belgelerini bankaya gönderip şifahi veya gayri resmi yazılar ve talimatlarla ödenmesini sağlayarak, gizli protokollerle vb.) bu promosyonları bir şekilde önceden olduğu üzere ilgili kamu kurumuna da zımni anlaşmalarla bir pay ayırarak hukuk dışına çıkarak mevzuata aykırı biçimde harcamaya devam etmektedirler.

Üniversiteler ile basına da yansıdığı kadarı ile muhtelif kamu kurum ve kuruluşlarında promosyonun dağıtımına ilişkin mevzuata aykırı uygulamalar görülmüş, ancak 5018 sayılı Yasaya rağmen bu paralar bütçe dışında ayrı hesaplarda tutulduğundan veya kurumlar adına harcamaların bankalarca kendi adlarına düzenlenmiş harcama belgeleri ile karşılana gelmesi nedeniyle denetim esnasında bu aykırı fiillerin tespiti oldukça zor olmaktadır.

Bu makalenin yazım amacı, banka promosyonları ile ilgili özellikle 2007/21 sayılı genelge öncesi hukuki ve cezai durum ile 2007/21 sayılı genelge ile nihai olarak 2010/17 sayılı genelge sonrası banka promosyonlarını mevzuata aykırı biçimde işleten, kullanan ve

* YÖK Denetleme Uzmanı, SGK Müfettişi, AB Uzmanı, Sosyal Politika Uzmanı

bütçe dışına çıkarak harcama yapan kamu kurum ve kuruluşlarına örnek üst mahkeme içtihadından yola çıkarak hukuka bağlı kalmanın önemini hatırlatmak, üst yönetici ve her kurumun bir üst amiri konumundaki kimselerin bu harcamaların denetimini sağlamalarına yardımcı olmaktır.

Tamamen göz ardı edilen bir başka önemli konuda da şudur. 4749 sayılı Kamu Finansmanı Kanunu 12.maddesi 4. fıkrası ve bu kanun uyarınca çıkartılan Kamu Haznedarlığı Genel Tebliğ hükümlerine aykırı, fiil ve davranışlar. Kamu idarelerinin pek çoğu bu iki yasal dayanakta belirtilen hususlara aykırı fiil ve harcamaların denetimi maalesef mümkün olmadığından ve üst yöneticiler bu alanlardan denetim elemanlarını uzak tuttuklarından, daha da önemlisi bu yasa ve tebliğ hükümlerinde 5018’e aykırı fiiller kimsenin aklına gelmediğinden bu noktaya da bu makalemizde yer vermenin son derece önemli olduğunu düşünüyoruz.

II) Konuya İlişkin Yargı İçtihatları(Maaş Ödeme Promosyonu Konusunda):

Banka promosyonlarının kullanımında mevzuata aykırılıklar açısından bu konuda yerleşmiş içtihat olarak Yargıtay 5.Ceza Dairesinin 2009/4 E, 2010/3 sayılı kararı bu konuda içtihat oluşumuna öncülük edeceği düşünülmektedir. Zira Yargıtay’ın bu içtihatı daha önceden benzer konularda yayımlanmış makalelerdeki tespitlerle aynen örtüşmektedir.

Sayıştay Uzman Denetçisi Ömer EKİCİ’nin yayımlamış olduğu “**Banka Promosyonları Kimin Hakkıdır**” başlıklı makale ile, Sayıştay’ın bir üniversite hakkında yaptığı sorguda, banka promosyonlarının mevzuata aykırı kullanılmasının hukuki durumu değerlendirilmiş ve nihayetinde Yargıtay’ın yukarıda bahsi geçen kararında, bu fiilin TCK açısından “**hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak**” suçu tiplemesine uygun düştüğü hükmü ile cezalandırma yoluna gidildiği görülmüştür. Rize Üniversitesi Hukuk Müşaviri, Avukat Hamdi CİYİLTEPE’nin kaleme aldığı, “**Maaş Ödeme Protokolleri ile Banka Promosyonlarının Hukuki Değerlendirilmesi**” başlıklı makale de bu konuda referans alınabilecek yararlı bir kaynak olarak gösterilebilir.

Konuya ilişkin Yargıtay ilamına değinecek olursak;

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 2009/4 E, 2010/3 K. sayılı kararında sanık ...Başkanı hakkında 2007/21 sayılı genelge öncesinde promosyonların kullanımıyla alakalı “**zimmet**” suçundan yargılamaya başlanılmışsa da, davanın ilerleyen safhalarında sanığın banka

promosyonunu takdir yetkisini gayesi dışında kullanarak, "...Kurumuna karşı **zincirleme** "**hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma**" suçunu işlediği sübut bulmuştur" kararı ile sanığın hapis ve adli para cezasına çarptırılması yönünde hüküm verilmiştir. Zira Yargıtay'ın bu içtihatı sadece suçun TCK'daki tiplemesine ilişkin olmayıp, banka promosyonlarının hukuki durumu hakkında bizlere önemli bilgiler vermektedir.

Bu kararda, özetle 2007/21 sayılı Banka Maaş Promosyonlarının Dağıtımı hakkındaki somut Başbakanlık Genelgesi öncesinde dahi bu promosyon paralarının "**kamu kaynağı**" olarak sayılması gerektiğinden bahsedilmiştir. 2007/21 sayılı Genelge yayınlanıncaya kadar mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmadığından bahsedilen bu içtihatda uygulamada promosyonlar kurum hizmetlerine sarf edilmiş ve/veya çalışanlara paylaştırılmış, promosyonları kamu yararı amacıyla kullanma veya personele dağıtma, başka bir deyişle promosyonların kullanma şeklini belirleme konusu o kurumun takdirine bırakıldığı, idarelerin anılan promosyonları hukuka aykırı kullanıp kullanmadığı hususunun ise ayrıca dava konusu olabileceğinden bahsedilmiştir. Yani esasında işbu içtihata konu banka promosyonu harcamalarının 2007/21 sayılı Başbakanlık Genelgesi öncesine ait olmasına karşın, yargılaması yapılmış bu konuda banka promosyonlarının kamu kaynağı olduğu ve harcamalarının da yasal mevzuat çerçevesinde yapılması gerektiğinden hareketle, bütçe dışına çıkartılarak yapılan ve bütçe içerisinde olsa idi karşılanamayacak giderlerin karşılanmış olması nedeniyle bu giderlerin TCK açısından cezai sorumluluk doğurduğu, Yargıtay'ın bu kararı ile netlik kazanmıştır.

Bahse konu Yargıtay kararında, sanık savunmasında özellikle promosyon tutarlarını temsil ve ağırlama hizmetleri ile hediye olmak üzere aldığı bazı harcama kalemlerinde kullandığını, görevli gelen kişilerin yemek ücretlerini buradan karşıladığını, görevli gelen üst yöneticilerinin konaklama giderlerini karşıladığını dile getirmişse de, bu savunma geçerli görülmemiş ve nihayetinde sanık hakkında hapis cezasına hükmolunmuştur.

Yargıtay'ın verdiği bu karar, **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun verdiği 2011/14 esas sayılı ve 2011/121 karar sayısı ile ONAMA** şeklinde nihai hüküm tesis ettirmiş ve sanık hakkında verilen ilk derece yargı kararını onaylayarak içtihat oluşumuna öncülük etmiştir.

Nitekim Danıştay 1. Dairesinin 2008/1222 E., 2008/1319 K. sayılı kararında "**promosyonun bir kamu geliri olduğu ve ilgili kamu idaresinin bütçesine gelir olarak**

kaydedilmesi gerektiği”ne hükmettiği anlaşılmıştır. Zira bahse konu bu karar da 2007/21 sayılı Genelge öncesi fiillere ilişkin olarak verilmiştir. Danıştay’ın bu kararında, 5018 sayılı Yasanın 40. maddesine atıf yaparak, “**kamu idarelerine yapılan her türlü bağış ve yardımın bütçelerine gelir kaydedileceği**”, bu suretle buna aykırı bütçe dışında çıkartılarak yapılan harcamaların cezai sorumluluk doğuracağı kararını vermiştir.

Yargıtay içtihadında değinilen, Danıştay 10. Dairenin 12.08.2008 gün, 2007/5351 E. 2008/504 K. sayılı, 08.05.2009 tarih, 2006/5821 E. 2009/3737 K. sayılı ve 10.07.2009 gün 2008/11874 E. 2009/7541 sayılı kararlarında özetle açıklandığı üzere, *bankalardan promosyon adı altında alınan nakdi veya ayni yardımın dağıtımına ilişkin olarak Başbakanlığın 2007/21 sayılı genelgesi yayınlanıncaya kadar mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmadığından uygulamada promosyonlar kurum hizmetleri için sarf edilmiş veya çalışanlara paylaştırılmış dolayısıyla kamu yararı amacıyla sarf etme ya da personele dağıtma konusu o kurumun takdirine bırakılmıştır. Ancak promosyonların hukuka aykırı kullanımı veya sarfi sorumluluğu gerektirmektedir.* denilerek her açıdan promosyonların kullanım ve tasarruflarının sorumluluğu beraberinde getirdiği vurgusu yapılmıştır.

Yargıtay ilamında ceza hükmüne konu promosyon ödemelerinin türüne bakıldığında genelde temsil ve ağırlamada kullanılacak türden harcamaların yapıldığının anlaşılmasına karşın, bu durumun mevzuata aykırı olduğuna hükmedilerek sanığın cezalandırılması cihetine gidilmiştir. Demek oluyor ki, kamu kurum ve kuruluşlarının neredeyse tamamına yakını bu hususa dikkat çekmeli ve promosyon harcamalarını bütçeye dahil ederek, bütçede yeri olan bir ödeneğin ne şekilde harcanması gerekiyor ise aynı usul ve yöntemlerle harcama yapmaları gerekmektedir.

III) 5018 Sayılı Yasanın Yürürlüğe Girdiği Tarih İle 2007/21 Sayılı Başbakanlık Genelgesinin Yayımlandığı Tarih Arası Değerlendirme:

Bilindiği üzere 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu 24.12.2003 tarih ve 25326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 2007/21 sayılı Başbakanlık Genelgesi ise 19.07.2007 tarihinde yayımlanmıştır.

Bu yasanın 3/i. maddesinde **Kamu Gelirleri** sayılmıştır. Burada “...*alınan bağış ve yardımlar ile diğer gelirleri,*” yasa kamu geliri olarak tanımlamıştır. Diğer gelir denilerek her türlü bağış ve yardım dışı gelirler dahi kamu geliri olarak tanımlanmıştır.

Bu yasada “**Bütçe Türleri ve Kapsam**” başlıklı 12.madde “*Genel yönetim kapsamındaki idarelerin bütçeleri; merkezi yönetim bütçesi, sosyal güvenlik kurumları bütçeleri ve mahalli idareler bütçeleri olarak hazırlanır ve uygulanır. Kamu idarelerince bunlar dışında herhangi bir ad altında bütçe oluşturulamaz.*” hükmüne amirdir.

5018 sayılı Yasanın 40. maddesinin 2. fıkrasında **kamu idarelerine yapılan her türlü bağış ve yardımın bütçelerine gelir kaydedileceğini** hükme bağlamıştır. Dolayısı ile 2007/21 sayılı Genelgenin yayımlandığı tarihe kadar ki 2004 sonrası tüm banka maaş protokollerine konu promosyon tutarlarının ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının bütçelerine gelir olarak kayıt edilmesi gerekmektedir. Bu şekilde kaydı yapılmamış ve bütçe dışında çıkılarak harcamaları yapılmış banka promosyonlarının hukuki ve cezai sorumluluğu da beraberinde getireceği kuşkusuzdur. Nitekim 2007/21 sayılı Başbakanlık Genelgesinin 6.maddesi olan “*Bu genelgenin yayımı tarihinden önce kamu görevlilerinin aylık ve ücretlerinin ödenmesine yönelik olarak kamu kurum ve kuruluşlarının bankalarla yapmış oldukları ve halen yürürlükte bulunan protokoller sürelerinin bitimine kadar geçerli olacaktır.*” hükmü Danıştay 10.Dairesinin 29.11.2010 tarih ve E.2007/6280, K.2010/10008 sayılı kararı ile **İPTAL** edilmiştir.

5018 sayılı Yasanın “**Yetkisiz Tahsil ve Ödeme**” başlıklı 72.maddesi “*Kanunların öngördüğü şekilde yetkili kılınmamış hiçbir gerçek veya tüzel kişi, kamu adına tahsilat veya ödeme yapamaz.*

Yetkisiz tahsilat veya ödeme yapılması, kamu hizmeti karşılığında veya kamu hizmetleriyle ilişkilendirilerek bağış veya yardım toplanması veya başka adlarla tahsilat veya ödeme yapılması hallerinde; söz konusu tutarlar, yetkisiz tahsilat veya ödeme yapılanlardan alınarak, ilgisine göre bütçeye gelir kaydedilir veya ilgililerine iade edilmek üzere emanet hesaplarına kaydedilir. Ayrıca, bunlar hakkında ilgili kanunları uyarınca adli ve idari yönden gerekli işlemler yapılır”. hükmünü taşımaktadır.

Nitekim Sayıştay’ın muhtelif sorgularında üniversitelerde banka promosyonlarının kullanımına ilişkin mevzuata aykırı görülen konularda güveni kötüye kullanmak fiilinden bahsedilerek Rektörlerin bu tutum ve davranışlarının 5018 sayılı Yasanın 12.maddesinde belirtilen “*Genel yönetim kapsamındaki idarelerin bütçeleri; merkezî yönetim bütçesi, sosyal güvenlik kurumları bütçeleri ve mahallî idareler bütçeleri olarak hazırlanır ve uygulanır. Kamu idarelerince bunlar dışında herhangi bir ad altında bütçe oluşturulamaz.*

Merkezî yönetim bütçesi, bu Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluşur.” hükmüne aykırı olduğu şeklinde tespitlere yer verildiği görülmektedir.

IV) Banka Promosyonlarında En Çok Karşılaşılan Mevzuata Aykırı Fiil Örnekleri:

1- 2007/21 sayılı Başbakanlık Genelgesi öncesinde banka maaş promosyonlarının memurlara dağıtılıp dağıtılmaması konusunda idare takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, 5018 sayılı Yasanın 40. maddesi gereği 2004 yılından itibaren bu promosyon paralarının esasında kamu kurum ve kuruluşlarının bütçelerine gelir olarak kaydedilmesi gerekmektedir. Ancak genelde kamu kurum ve kuruluşları ilgili promosyon bedellerini özel bir hesapta tutarak bütçe içerisinden harcanması mümkün olmayacak türden giderlerin karşılanması gibi sakıncalı bir yöntemi genelde tercih etmişlerdir. Dahası ilgili kamu kurum ve kuruluşları banka promosyonları ile üst yöneticilerine lüks makam araçları aldırma, tefrişat vb. harcamaların ilgili bankalarca karşılanmasını tercih etmişlerdir.

2- Kamu kurum ve kuruluşları ilgili promosyon bedellerini bünyelerinde faaliyet gösteren vakıf veya derneklere aktarma yoluna giderek, bütçe dışı daha kolay bir harcama yolunu tercih etmişlerdir ki, esasında bu durum 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları İle İlişkilerine Dair Kanun’a da açıkça aykırı ve aynı yasanın ilgili 3.maddesine göre bu fiiller 3 ay ile 1 yıl arası hapis cezası ile yargılanmayı gerektirecek özel bir suç türünü daha gündeme getirmektedir.

3- İlgili kamu kurum ve kuruluşu memurlar veya sendikaların haberi olmaması adına, iki türlü protokolü bankalarla imzalamayı tercih etmektedirler. Birinci ve esas olan dağıtılacak promosyon meblağını düşük gösteren ve memurların ve sendikaların bildiği düşük meblağlı promosyon anlaşması. Bir diğer protokol ise bankalar ile ilgili kamu kurum ve kuruluşunun üst yöneticisinin aralarında 3. kişilerin bihaber oldukları GİZLİ protokollerdir. Esasında bu gizli protokolde bir miktar para tamamen promosyon anlaşmasından ayrılmakta ve üst yöneticinin gizli bir kasası gibi, tamamen keyfî biçimde harcanabilmektedir. Bu gizli protokoller bankalarla şifahi veya metne dökülmüş biçimde uygulanabilmektedir.

4- Taşra teşkilatı olan kamu kurum ve kuruluşları merkezde üst yöneticilerin talimatları ile esasında 5018 sayılı Yasa sonrasında harcama yetkilisi sıfatına haiz taşra üst

yöneticilerine bankalar ile ayrıca banka promosyon anlaşması yapılmasına engel olunarak, sözde memur sayısının artacak olması nedeniyle daha avantajlı teklif alınmasına yönelik yapılan girişimlerin hayal kırıklığı ile bu girişimi yapan kamu kurumunun personeline ödediği promosyon tutarının emsallerine oranla çok cüzi miktarlarda kaldığına şahit olunmuştur. Zira üst yönetici 2007/21 sonrasında veya öncesinde daha fazla kurum personeli olduğundan hareketle daha fazla promosyon aldığını iddia etse de, esasında alınan bu daha fazla promosyon üst yöneticinin takdirinde harcanmaya ayrılmış önceki maddelerde izah edilen mevzuata aykırı fiillerin kendisini oluşturabilmektedir.

Daha açık bir ifade ile, merkez Ankara’da 500 personeli olan bir kamu kurumu 3 yıllık bir promosyon bedeli olarak 500.000-TL alıyor varsayımından hareketle, taşra personeli ile bu sayı 5.000’i buluyorsa alınacak promosyon bedeli 5.000.000-TL olduğunu varsayalım. Bu kamu kurumunun en üst yöneticisi kendi uhdesinde ve tasarrufunda 1.500.000-TL (2007/21 sonrası genelgeye göre yaklaşık %33) bir para kalacaktır. Ancak taşra teşkilatı promosyon anlaşmalarını kendileri yapması durumunda bu üst yönetici ancak ve ancak %30 olarak hesap ettiğimiz 150.000-TL promosyonu kendisi için harcayabilecektir. Yaklaşık olarak ele alınan hesap dikkatle incelendiğinde, bazı kamu kurum ve kuruluşlarının neden taşra teşkilatına ayrıyeten bankalarla protokol imza ettirmek istemediği sanırım daha net anlaşılmış olacaktır.

5- Özellikle 2007/21 sayılı genelge sonrası ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının 1/3’lük kurum hissesini bu genelgeye aykırı biçimde harcadıklarına şahit olunmuştur.

Oysa bu genelgede,

1- Banka tarafından verilecek promosyon miktarının **tamamının** personele dağıtılması genel ilkedir.

2- Toplam miktarın üçte birini geçmemek üzere Komisyonca belirlenecek tutar, **birim personelinin ihtiyaçları doğrultusunda kullanılmak üzere** ayrılacaktır.

3- Yapılacak harcamaların birimin faaliyetlerini sürdürmesi için gerekli ve **zaruri** harcamaları ihtiva etmesi; **çalışma ortamlarının iyileştirilmesi, işyerlerinde verim ve çalışanların memnuniyeti ile sunulan hizmetin kalitesini artırıcı amaçlarla ortak kullanım alanları için** sarf edilmesi zorunludur.

4- Bu tutarların belirlenen amaçlar dışında kullanılmasına kesinlikle müsaade edilmeyecek ve **yıl içinde yapılan harcamalar merkez teşkilatında üst yönetici, taşra teşkilatında ise o birimin bağlı bulunduğu bir üst amir tarafından denetlettirilecektir.**

Hükümlerine açıkça yer verilmesine karşın, ayrılan 1/3'lük tutarın birim personelinin ihtiyaçlarından uzak biçimde, çoğunlukla temsil ve ağırlama giderlerinde kullanıldığı, ancak bu promosyonlardan yapılan bu türden harcamaların bütçe içerisinde yapılmasına Başbakanlık tasarruf tedbirlerine ilişkin genelgeler nedeniyle çok istisnai durumlarda izin verilmesi nedeniyle, mevzuata aykırı biçimde bu harcamaların yapıla geldiği, görülmektedir.

Görüldüğü üzere bu genelgenin 5. maddesi banka promosyon harcamalarının merkezde üst yönetici, taşrada ise en üst amirin yıl içerisinde yapılan harcamaları denetlettireceğinden bahsedilmektedir. Oysa zaten bu mevzuat dışı harcamaları yapan kişilerin denetim görevini icra ettirecek kişi olmaları nedeniyle bir handikap doğmaktadır. Zira hiçbir üst yönetici bile bile mevzuata aykırı fiillerini denetletmek istemeyecektir. Görülüyor ki, bu anlamda banka promosyonlarının mevzuata uygun olarak harcanıp harcanmadığının incelenmesi, genelge gereği rutin bir denetimi asla mümkün olamayacaktır. Ancak ihbar/şikayet veya üst yönetimin de üstünde bir denetim birimi tarafından fark edilmesi durumunda bu hususlar denetlenebilecektir ki bu da genele bakıldığında %5'lik bir dilimin dahi altında olacaktır.

V) 2010/17 Sayılı Başbakanlık Genelgesi Sonrası Doğması Muhtemel Sakıncalar:

09.08.2010 tarihinde yayımlanan bu genelge ile 2007/21 sayılı Genelge hükmünde değişikliğe gidilmiştir. Banka promosyonlarının tamamının personele dağıtılmasını emreden bu genelgenin yayımlanmasından bazı kurumların hoşnut olmayacağı düşünülebilir. Zira denetimi olmayan ve üst yöneticilerce denetlettirilmeyen, bütçeye dahil edilmediğinden rutin denetimlerde evrak üzerinde görülmesi mümkün olmayan bu türden harcamaların bir nevi örtülü ödenek misali harcanmasının çok rahat ve üst yöneticiye esneklik! tanıdığı dikkate alındığında, bu uygulamadan vazgeçmek istemeyen yöneticileri bir tehlike beklemektedir. Bu tehlike bir önceki bölümde sayılan sakıncalı yöntemlerinden birisini tercih eden üst yöneticileri, yine iki farklı anlaşma yoluna giderek bankalarla memurlara açık düşük meblağlı bir promosyon anlaşması yapma yoluna gitmeyi tercih edecek, birde ikinci ve yazılı metne hiç

dökülmemiş zımni anlaşma ile belirlenen türden bir promosyon anlaşmasını sürdürmeye devam etme ihtimalini doğuracaktır.. İkinci anlaşmadan kamu personeli veya sendikaların hiç haberi olmayacaktır. Hatta zımni anlaşma ile sağlanan avantajlar, bankaların 3.kişiler veya kendi adlarına ilgili kamu kurumunun tasarrufuna sunulan açık kredi kartları, bankaların harcamalarını kendilerinin karşıladıkları ancak ilgili kamu kurum ve kuruluşunun üst yöneticilerinin tasarrufundaki giderlerin karşılanması gibi yöntemler, halen büyük bir risk ve ihtimal olmasına karşın memurları ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarını bekleyen tehditler olarak varlığını sürdürebilecektir.

VI) 4749 Sayılı Kamu Finansmanı Ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun İle Bu Kanun Uyarınca Çıkarılan Kamu Haznedarlığı Genel Tebliğ'e Aykırı Fiiller:

4749 sayılı Yasanın “*Nakit, borç ve risk yönetimi*” başlıklı (Değişik: 16/7/2008-5787/9 md.) 12.maddesinin 4. fıkrası aynen aşağıdaki hükme amirdir.

Genel bütçe kapsamındaki idareler kendi bütçeleri veya tasarrufları altında bulunan her türlü mali kaynaklarını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasında veya muhabirinde açılacak hesaplarda toplarlar. Kamu bankaları, mazbut vakıflar, özel kanunla kurulmuş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile kefalet ve yardımlaşma sandıkları hariç olmak üzere özel bütçeli idareler, sosyal güvenlik kurumları, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşlar ile döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bu maddede sayılanların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmeleri ile birlikleri kendi bütçeleri veya tasarrufları altında bulunan her türlü mali kaynaklarını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasında veya Maliye Bakanı ile Bakanın müşterek teklifi ve Başbakanın onayıyla belirlenecek esaslar dahilinde Türkiye’de yerleşik bankalar nezdinde kendi adlarına açtıracakları hesaplarda toplarlar. Bu maddede sözü edilen kurumlar tahakkuk etmiş tüm ödemelerini bu hesaplardan yaparlar. Kamu kaynaklarının bu madde hükümlerine aykırı şekilde değerlendirilmesinden elde edildiği tespit edilen nemalar genel bütçeye gelir kaydedilir. İlgili kamu kurum ve kuruluşlarının yetkilileri ile muhasebe yetkilileri yukarıda bahsi geçen hükümlerin yerine getirilmesinden şahsen ve müteselsilen sorumludurlar. Bu fıkra kapsamındaki hususlara istisna getirmeye, uygulamaya ilişkin esasları belirlemeye Maliye Bakanı ve Bakanın müşterek teklifi ile Başbakan yetkilidir.

Görüldüğü üzere kamu kaynaklarını bu madde hükümlerine göre değerlendirilmesinden elde edildiği tespit edilen nemalar genel bütçeye gelir kaydedilir. İlgili kamu kurum ve kuruluşlarının yetkilileri ile muhasebe yetkilileri yukarıda bahsi geçen hükümlerin yerine getirilmesinden şahsen ve müteselsilen sorumludur, diyen yasanın açık hükmü ve bu konuda yayımlanan genel tebliğlerdir.

Şimdi de bu konuda yayımlanmış tebliğ hükümlerine bakalım.

22.08.2008 tarih ve 26975 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan **Kamu Haznedarlığı Genel Tebliği**’nin ilgili maddelerine bakacak olursak; (2004/1 sayılı bir önceki tebliğ hükümleri de benzer hususları içermektedir.)

“uygulama” başlıklı 5. maddesi şu şekildedir.

(2) *Özel bütçeli idareler, döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri, sosyal güvenlik kurumları, bütçeden yardım alan kuruluşlar, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bu maddede sayılanların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmeleri ile birlikleri kendi bütçeleri veya tasarrufları altında bulunan her türlü mali kaynaklarını TCMB, T.C. Ziraat Bankası, T. Halk Bankası veya T. Vakıflar Bankası’nda açtıracakları hesaplarda değerlendirirler.*

(3) *Tebliğ kapsamında yer alan kurum ve kuruluşlar, özel kanunların verdiği izne dayanılarak veya uygulamadan doğan zorunluluklar nedeniyle yapılan tahsilatın en geç 7 gün içinde belirtilen kamu bankalarına aktarılması kaydıyla, yurtiçinde yerleşik diğer bankalardan da bankacılık hizmeti alabilirler.*

Sorumluluk

MADDE 9 – (1) Bu Tebliğ kapsamında yer alan tüm kurum, kuruluş ve **idarelerin yetkilileri** ve **muhasebe yetkilileri** bu Tebliğ hükümlerini yerine getirmekle mükellef olup, Tebliğ hükümlerine aykırılık sebebi ile ortaya çıkabilecek **zararlardan şahsen ve müteselsilen sorumludurlar.**

Yaptırım

MADDE 10 – (1) Kamu kaynaklarının bu Tebliğ hükümlerine aykırı şekilde değerlendirilmesinden elde edildiği tespit edilen nemalar **genel bütçeye gelir kaydedilir.**

Görüldüğü üzere 4749 sayılı Yasa ve bu yasanın uygulamasını gösterir genel tebliğ hükümlerinde belirtildiği biçimde kamu kurum ve kuruluşları topladıkları kamu kaynaklarını sayılan 3 banka (Ziraat, Halk ve Vakıfbank) nezdinde açtıracakları hesaplarda toplayabilmekte ve bu bankalarda mevcut hesaplarını nemalandırabilmektedirler. Hatta 7 günü aşmamak kaydı ile yurt içi diğer bankalarda da belirtilen hükümler çerçevesinde hesap açılmasına müsaade edilmektedir. İşte bu noktada bazı kamu kurum ve kuruluşlarının üst yöneticilerinin bankalardaki mevduatlarının nemalarını ya bütçelerine dahil etmedikleri, ya da ana paralarından ayrı tutarak özel bir hesap açarak veya hiç hesap açtırmaksızın bankaların teknolojik imkanlarını kullanmak suretiyle bir nevi örtülü veya kaydi bir hesap misali ayırarak kanun ve tebliğ hükümlerine aykırı biçimde harcandığına şahit olunabilir. Bu harcamaların mevzuata aykırı olduğunun bilincinde olan üst idareciler, yapılan harcamalarda sanki kendi müdahilliği olmamış gibi faturaların bankaya şifahi veya gayri resmi ödeme talimatları veya telefon talimatları ile ödenmesini sağlayabilmektedirler. Bu harcamalar KİK yasası veya 5018 sayılı Yasaya göre yapılmadığından ham bu yasa ve tebliğ, hem 5018 sayılı Yasa hemde TCK ve disiplin hukuku açısından banka maaş promosyonlarında izahını yaptığımız hususların tamamı burada da geçerlidir diyebiliriz.

VII) TCK ve Disiplin Hukuku Açısından Değerlendirme:

Yargıtay içtihadında belirtildiği üzere, banka promosyonlarının 2007/21 sayılı Genelge öncesinde mevzuata aykırı harcanması dahi TCK'nın 155.maddesinin 2. fıkrasında tanımlanan “*Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi hâlinde, **bir yıldan yedi yıla** kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.*” **güveni kötüye kullanma** fiiline uygun düştüğünden hareketle hapis cezasına hükmolunduğu dikkate alındığında, 2007/21 sayılı Genelge sonrasında dahi aynı TCK hükmünün fiil başka bir suç oluşturmadığı takdirde (zimmet gibi) pek tabi bu hükümden dolayı ilgililer hakkında cezai işlem talebinde bulunulabileceği açıktır.

Bu suçta uzlaşma söz konusu değildir. Güveni kötüye kullanma suçunun soruşturma ve kovuşturması mağdurun şikâyetine bağlı kılınmıştır

Bazı incelemelerden görüldüğü üzere, banka promosyonlarının harcanmasında, hem bütçe dışında tutulması nedeniyle hem de harcama belgesi olmaksızın (hiçbir fatura vs. belge) açıkta kalan ve hesabı verilemeyen meblağlardan sorumlu ilgili kimselerin TCK açısından zimmet suçundan yargılanmaları da pek tabi mümkün olabilmektedir.

5018 sayılı Yasa yürürlüğe girdikten sonra bu kanunun 40.maddesi gereği her türlü nakdi bağışların bütçeye girmesi yasanın amir hükmü iken, bütçeye dahil edilmeyen bu banka promosyonlarının harcamalarında TCK açısından görevi kötüye kullanma suçu mu, yoksa güveni kötüye kullanmak suçu mu daha isabetli olacaktır? Kuşkusuz bu sorunun yanıtı, inceleme veya soruşturmayı yürüten kişi tarafından olayın oluşu ve toplanan delillerin irdelenmesi sonrasında daha isabetli olacaktır. Ancak Yargıtay içtihadı ve çeşitli makaleler bu konuda ortak fikir olarak “Güveni Kötüye Kullanmak” fiiline bu suçun daha uygun düştüğü yönünde olmuştur.

Bir diğer dikkat edilmesi gereken husus ise bu suç nedeniyle işlenen fiilin “**zincirleme**” işlenmesi konusudur. Yani mevzuata aykırı biçimde yapılan bu harcama bir defada son bulmadığında, ilk usulsüz harcamanın yapılmasından, tespit tarihi veya son fiilin tarihine kadar zincirleme işlenen bir suçun varlığından söz edilmiştir.

Şayet banka promosyonlarından kamu kurumu bünyesindeki vakıf veya derneklere para aktarımının tespit edilmesi durumunda 5072 sayılı Yasanın 2/g-h maddelerine aykırılık

nedeniyle aynı yasanın 3. maddesinin 1.fıkrası gereği, ilgili kamu görevlileri ile dernek ve vakıf yöneticileri hakkında 3 aydan bir yıla kadar hapis cezası talebi ile cezalandırılmalarını teminen ilgili yer Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç ihbarının yapılması gerekmektedir.

Disiplin hukuku anlamında konuyu değerlendirecek olursak;

Bir çerçeve yasası olan 657 sayılı DMK, neredeyse tüm kamu kurumlarında benzer disiplin hükümlerini içermektedir. Dolayısı ile makalemize konu tespitler yapıldığında, her halde fiilin işleniş tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı hususuna da dikkat edilerek, varsa son fiilin işlendiği tarihten itibaren 2 yıllık zamanaşımının işlemeye başlayacağı göz önüne alınarak, 657 sayılı Yasanın 125. maddesinde sayılan disiplin cezalarından duruma uygun olanın verilmesi gerekecektir.

Banka promosyonlarında karşılaşılan en büyük sorunlardan birisi de denetim esnasında bu harcamaların kurum bütçelerinde yer almaması nedeniyle, evrak, bilgi ve kayıt üzerinde bir şey tespit etmenin neredeyse mümkün olmaması konusudur. Zira ilgili kamu kurumları gizli veya şifahi anlaşmalarla promosyonların bir kısmını ayırmakta ve bankalarda kurum üst yöneticilerinin talimatı ile özel bir hesapta tutmakta, harcamaların yapılmasını müteakiben bu özel hesaptan, telefon veya başka yolla yapılan talimatlarla kurum adına harcamalar gerçekleşmektedir. Dolayısı ile bakıldığında sanki yapılan harcamalar fiilen kurum adına olmasına karşın, evrak veya faturalar üzerinde banka adına yapılmış gibi görünmektedir. Dolayısı ile aksine bir şikayet veya ihbar olmadığı sürece denetim birimlerinin ilgili kurum hesaplarını incelemesi neticesinde delil elde edilmesi neredeyse imkansız görülmektedir.

Bu durumda bankaların o kurum adına gerçekleştirdikleri tüm giderlerin ilgili denetim elemanına eksiksiz verilmesi gerekecektir. Bu durumda bankalar ya biz o kurum adına ödeme yapmadık diyecekler veya “bankacılık sırrı” kelime oyununun arkasına gizlenmeyi tercih edebileceklerdir. Denetim elemanları yetkilerini gerekirse Cumhuriyet Savcılığından da destek alarak kullanmaları durumunda o bankanın gider evraklarını incelediklerinde zaten durum bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Yakın zamanda Kamu Etik Kurulu'nun ihbarı üzerine Sermaye Piyasası Kurulu'nun bankaları bu konuda toplantıya davet ettiği ve göstermelikte olsa bazı bankalara ceza

uyguladığı dikkate alındığında, aslında konunun son derece öneme haiz olduğu net biçimde ortaya konulmuştur.

VI) Sonuç:

Özellikle 09.08.2010 tarihli 2010/17 sayılı Başbakanlık Genelgesi sonrasında kamu kurum ve kuruluşlarının banka maaş promosyonlarının tamamını personeline dağıtması gerektiği mevzuatın çok açık hükmüdür. Buna rağmen aksine eylemde bulunanlarla ilgili Yargıtay, Danıştay içtihadı ile yayımlanan muhtelif makalelerde TCK açısından “**güveni kötüye kullanmak**” suçunun olduğu göz önüne alındığında, sözleşmelerde söz sahibi kişilerin çok daha dikkatli olması gerekmektedir.

Kamu kurumunun en üst yöneticileri, toplu olarak bankalardan teklif almayı, memurun menfaatini gözeterek yapabilecek iken, bu konuda taşra teşkilatı olan kurum ve kuruluşlarda sözleşme imzalama ve teklif alma sürecini taşra teşkilatına bırakması daha uygun görülmektedir.

Sendikaların ise hazırlanacak protokollerde ve sonrasında mevzuata uygunluk açısından 2010/17 sayılı Genelge öncesi yapılan harcamaların denetiminde söz sahibi olması adına, hiç olmazsa yapılan harcamaların 2007/21 sayılı Genelgeye uygun olup olmadığı anlamında bilgi sahibi olmaları için bu harcamaların neler olduğunu gösterir kayıtların verilmesi veya tüm personelin bilgisine sunulacak şekilde e-posta veya kurum panolarına asılmasının isabetli olacağı düşünülmektedir.

2007/21 sayılı Genelgede banka promosyonlarının yılsonlarında denetimine ilişkin hükmün ise kurum üst yöneticileri tarafından işletilmesinin kendi menfaatlerine olduğu, zira bir başka veya bir üst denetim birimlerince aksine tespitler yapılması durumunda hesap verilebilirlik adına üst yöneticileri sorumluluğun beklediğinin bilinmesi gerekmektedir.

Kamu personelinin aldığı banka promosyonunu emsali aylık alan diğer kamu kurumundaki arkadaşları ile mukayese etmeleri, arada büyük uçurum hissettikleri anda, sendikaları ile bu konunun takipçisi olmaları yararlı olacaktır. 4982 sayılı Bilgi Edinme Yasası uyarınca memurları da ilgilendirdiğinden yapılan harcamaların personelin ortak kullanımı için yapılıp yapılmadığını anlama adına bu harcamaların neler olduğun talep etmenin kamu personelinin bir hakkı olduğunun bilincinde olmaları gerekmektedir.

Banka promosyonlarını, Kamu Haznedarlığı Genel Tebliği uyarınca kamu kurumlarının topladıkları ve genel bütçeden aldıkları paraları değerlendirdikleri Vakıf, Halk ve Ziraat Bankalarında açtırdıkları hesaplarda 5018 sayılı Yasaya aykırı biçimde kurum bütçesi dışına çıkartarak mevzuat ve Başbakanlık Genelgelerine aykırı harcayan kamu personeli hakkında TCK'nın 155/2.fıkrası hükmü uyarınca ilgili yer C.Başsavcılığı'na suç ihbarında bulunulması gerektiği, aynı zamanda mevzuata aykırı biçimde yapılan harcamaların tahsiline ilişkin 5018 sayılı Yasanın ilgili maddesinin işletilmesi gerektiği, ilgili kamu görevlileri hakkında zamanaşımı göz önüne alınarak (son fiil tarihi gözetilerek) ayrıca disiplin hükümlerinin bir üst makam tarafından uygulanması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere Yargıtay ve Danıştay bu konuda içtihat oluşumunu başlatmıştır. Nitekim basına da yansımış Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü ile Dış Ticaret Müsteşarlığı ve Çankaya Belediyesinde benzer konular nedeniyle adli yargıya intikal etmiş konuların olduğu herkesin malumudur. Yargıtay'ın verdiği temyiz kararı ile ilk derece mahkemesinin bu makaleye konu fiil hakkındaki suçlama nedeniyle sanık hakkında kurulan “güveni kötüye kullanma” suçunun sabit olduğuna ilişkin kesinleşmiş yargı içtihadı ile konu daha da netlik kazanmıştır.

V.BÖLÜM

GÜNCEL MEVZUAT DEĞERLENDİRMELERİ

2/B YASASI KİME HANGİ HAKKI KAZANDIRIYOR

Prof.Dr.Şeref ERTAŞ*

Kamu oyununda 2.B yasası olarak bilinen asıl adı üç satır tutan 6292 sayılı Kanun yasallaşarak 26 Nisan 2012 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Biz bu yasanın Kamu Hukuku ile ilgili kısımlarını bir tarafa bırakarak vatandaşları ilgilendiren kısımlarını incelemek istiyoruz.

1.Kanunun uygulama alanı

Kanunun 1.m.2.f.sında kanun uygulama alanına giren araziler, “ 6831 sayılı Orman Kanunun 2.m.sine göre Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerler ile Hazineye ait tarım arazileridir. Bu kanun vatandaş açısından amacı ise,1.m.1.f.ya göre bu kapsama giren arazilerin, değerlendirilerek vatandaşa devrini sağlamaktır.

Bu kanunun kapsamına giren arazi kısacası 6831 sayılı OK.2.m.sine göre Hazine lehine orman sınırları dışına çıkarılmış arazilerdir. Bunlar iki gruba ayrılarak, 2.m.nin (A) bendinde, daha önce hiçbir kimsenin mülkiyeti ve zilyetliğinde olmayan, tapuda kimsenin üzerine kayıtlı olmayan, Hazineye ait orman arazisinin, orman vasfını yitirmesi sebebiyle, özellikle orman içi köylerin yerleşimini sağlamak için orman sınırlarına çıkarılarak Hazinesinin özel mülkiyetine devir edilmiş olmasıdır.

2.B bendinde yer alan arazisi, daha önce kişilerce işgal edilmiş, ihya edilmiş olup bunların zilyetliği altında iken orman sınırları dışına çıkarılmış arazi ile esasen bir kişi üzerine tapuda kayıtlı iken, tapu kayıtları iptal edilerek, Orman olarak Hazine adına tescil edilen arazilerdir. Bu son grup içinde yer alan, yani tapulu olup da, tapu kayıtları orman olduğu için iptal edilen arazilerin bir kısmı da daha sonra orman vasfını kaybettiği için orman sınırları çıkarılarak Hazinesinin özel mülkiyetine devir edilmiş olabilir.

Bu araziler, 6292 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce 2/A. ve 2.B olarak tespit edilmiş olabileceği gibi, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra idarece yapılacak güncellemelerle de bu statüyü kazanmış olabilir. 6292 sayılı Kanunun 2.m.(b) bendinin son cümlesinde “ Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan ve **çıkartılacak yerler** “ ifadesinden ve 6/2.m.nin “

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk öğretim Üyesi

yürürlükten sonra düzenlenecek güncelleme listesinden “ifadelerinden bu sonuca varmaktayız.

Bu kanunun kapsamındaki arazileri incelediğimiz açıdan gruplara ayırır isek :

1.grup 2.A	Başlangıçta devlet ormanı olan, kimsenin özel mülkiyeti ve zilyetliğinde olmayan orman vasfını kaybettiği için tarım alanına dönüştürmek amacıyla orman sınırları dışına çıkarılmış araziler
2.grup 2.B	Orman niteliğini kaybetmiş orman, orman sınırları dışına çıkarılmış arazileri, zilyetleri tarafından tarıma elverişli hale getirilmiş ve kadastroca Hazine adına tescil edilerek ihya edenlerin zilyetliğine bırakılmıştır, zilyetler kullanıcı olarak tapunun beyanlar hanesine yazılmıştır.
3 ..grup 2.B	Kişiler üzerine tapu kaydı olduğu halde, orman olduğu gerekçeleri ile açılan iptal davaları ile tapuları iptal edilip, Hazine adına orman olarak tescil edilen araziler.
4.Grup 2.B	Mülkiyeti İskan Kanunu, Çiftçiyi topraklandırma kanunu gibi kanunlar uyarınca, mülkiyeti tapu kaydı ile Devletçe kişilere devir edildikten sonra, orman olduğu gerekçesi ile tapuları iptal edilerek, Hazine adına orman olarak tesciline karar verilen araziler. Bunlar daha sonra orman sınırları dışında çıkarılmış olabilir.
5.Grup Orman 6831 Tabi	Kişiler adına tapuya kayıtlı olup da, orman olduğu gerekçesi ile tapu kaydı iptal olunup orman olarak Hazine adına kayıt olunmuş halen orman vasfını koruyan, orman sınırları dışına çıkmamış araziler
6.Grup	Kişilerce işgal edilip, devlete eciri misil ödenen araziler. Bunlar özel mülkiyete konu olabilir veya olamaz.
7 Grup	Mülkiyeti Hazinesinin mülkiyetinde olup, kişilere kiralanmış olan araziler
8.Grup	Malikleri üzerine özel mülk olarak tapuda kayıtlı iken orman olduğu gerekçesi ile açılan davalar sonucu, tapuları iptal edilip müsadere edilen, halen orman vasfını muhafaza eden arazilerde ticari işletme ve tesisleri bulunan kullanıcılar

Kanunda kullanılan terminoloji ilgili hukuk diline uygun değildir. Kanunda “ belirti sahibi, kullanıcı ” gibi sözcükler kullanılmıştır. Kanunun düzenleme alanı Tapu sicil, Kadastro Hukuku alanındadır. Bu hukuk alanında bu ifadeler kullanılmamakta, içeriğinin ne anlama geldiği hukukçularca için dahi meçhuldür. Biz “ belirti ” kelimesini TMK.1012.m.anlamında tapu kütüğünde “ beyan işlemi ”, “ kullanıcı ” ifadesinin de TMK.973.m.anlamında “ zilyet ” olarak yorumlanması gerektiği inancındayız. “ Muhdesat sahipliliği “ ise 3402 sayılı KadK. 19.m. anlamında, bir kimsenin kendisine ait olmayan bir araziye bir yapı eseri meydana getirmesi veya bu araziye fidan dikerek bağ-bahçe haline getirmesini ifade etmektedir.

2- Kanunun sağladığı haklar

Kanun bazı zilyetlere, bu taşınmazları ücret karşılığı satın almak hakkı (grup,2,6,7) tanırken, bazı kişilerin iptal edilen tapularını sahiplerine iade etmekte (grup 4) , bazı kişilere ise iptal

edilen tapuları karşılığı bedelini isteme veya emsal nitelikte Hazine arazisi (3,4,5) isteme, bazı kişilere de kiracılık hakkı (grup 8) imkanları tanımaktadır.

Şimdi yukarıda belirttiğimiz arazi gruplarına göre, kişilere bu kanunun tanımış olduğu hakları değerlendirmek istiyoruz. İlgililer önce hangi grupta yer aldığını tespit etmeli daha sonra buradaki izahlarımıza göre sahip olabilecekleri hakların neler olduğunu bulmaya çalışmalıdır.

6292 sayılı Kanunun 6.m. ilk iki fıkrasında sırasıyla iki türlü hak sahibi olabilecek kişileri şu şekilde sıralamaktadır.

a-Satın alma hakkı (grup 2,6,7)

1) 2/B alanlarında bulunan taşınmazlar hakkında bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce düzenlenen güncelleme listelerine veya kadastro tutanaklarına ya da kesinleşmiş mahkeme kararlarına göre oluşturulan tapu kütüklerinin beyanlar hanesine göre; bu taşınmazların 31/12/2011 tarihinden önce kullanıcısı ve/veya üzerindeki muhdesatın sahibi olarak gösterilen kişilerden bu taşınmazları satın almak için süresi içerisinde idareye başvuran ve idarece tespit edilen satış bedelini itiraz ve dava konusu etmeksizin kabul edenler bu Kanuna göre hak sahibi sayılır.

(2) 2/B alanlarında bulunan taşınmazlar hakkında bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra düzenlenecek güncelleme listelerine veya kadastro tutanaklarına ya da kesinleşmiş mahkeme kararlarına göre oluşturulacak tapu kütüklerinin beyanlar hanesine göre; bu taşınmazların 31/12/2011 tarihinden önce kullanıcısı ve/veya üzerindeki muhdesatın sahibi olarak gösterilecek kişilerden bu taşınmazları satın almak için süresi içerisinde idareye başvuran ve idarece tespit edilen satış bedelini itiraz ve dava konusu etmeksizin kabul edenler de hak sahibi sayılır.

Bu hükümleri değerlendirir isek, hak sahibi olabilmek için bir kimsenin hazırlanan güncelleme listelerinde veya kesinleşme kadastro tutanakları veya kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile:

- 2/B alanı içindeki bir arazinin, beyanlar hanesinde kullanıcı veya muhdesat sahibi olarak adının yazılı olması,
- Öngörülen sürede İdareye başvurusu,
- Takdir olunan bedeli itirazsız kabul etmesi lazımdır.

Başka ifade ile adınız tapunun beyanlar hanesinde “ kullanıcı veya muhdesat sahibi adı olarak yazılmamış ise bu kanundan yararlanmak mümkün olmayacaktır.

Kullanıcıdan kasıt nedir? Eşya hukukunda böyle bir kavram yoktur. Burada kullanıcıdan kastın bu taşınmazlara zilyet olan bu taşınmazların kullanma hakkının bırakıldığı kişiler kast edilmemektedir. Muhdesat sahipliği de, bu araziler üzerinde, bina inşa edenler, ihya ederek ağaçlandıran, bağ, bahçe haline getiren kişiler kast edilmektedir.

3402 sayılı Kadastro kanunundan önce yürürlükte olan 766 sayılı Tapulama kanunu, ihya yoluyla devletin tasarrufu altındaki, ham arazileri veya orman sınırı dışına

Çıkarılmış arazileri tarıma elverişli hale getirenlere kaç yıldan beri zilyet olurlarsa olsunlar, bu arazilerin mülkiyetini kazanmak imkanı vermemekte idi ancak 766 sayılı bu kanunun 37.m.sine veya 2924 sayılı Orman Köylüsünün Desteklenmesi hakkındaki Kanuna göre bu kişilerin adları, kanuni, czi halefleri tapunun beyanlar hanesine zilyet, kullanıcı, tasarruf sahibi olarak yazılmakta ve ifti topraklandırma kanunu bu bölgede uygulanıncaya kadar bunların zilyetliklerine dokunulmamakta, eciri misil istenmemekte idi. İşte bu kişiler şimdi bu taşınmazları bu kanun hükümlerine göre satın almak hakkına sahip kılınmıştır.

b- Bedelsiz geri alım hakkı (grup 4)

Kanunun 7.m.1.e.(a) bendi, tapuya kayıtlı olup, mahkeme kararı ile orman arazisine dönüştürülen sonra, Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılmış araziler halen tapu kayıtları önceki kayıtları, kayıt maliki üzerinde devam ediyorsa, bu yolsuz kayıtları tekrar bedelsiz olarak geçerli kayda dönüştürme veya önceki tapu kayıt terkin edilip hazine adına tescil yapılmış ise eski kayıt malikine iki yıl içinde bedelsiz geri alma hakkı vermektedir.

7.m.nin 4.f.sında da eğer bu arazilerin orman vasfı devam (grup 3,4,5) ediyorsa eski maliklere bedelini isteme veya emsal Hazine arazisi isteme, geçici 9.m. bu arazilerdeki yapmış oldukları ticari işletme tesislerini 29 yıllığına kiralayıp kullanma hakkı (grup) tanımaktadır.

c- Kiracıların satın alma hakkı

Kanunun 12.m.si tarım arazilerini kiralayıp üç yıldır bu şekilde kullanmakta olanlara kiraladıkları bu arazileri satın alma hakkı tanımaktadır.

şimdi tasnif ettiğimiz grupları tek tek değerlendirir isek :

1.Grup :2/A arazileri yani Başlangıçta devlet ormanı olan, kimsenin özel mülkiyeti ve zilyetliğinde olmayan orman vasfını kaybettiği için tarım alanına dönüştürmek amacıyla orman sınırları dışına çıkarılmış araziler. Kanun bu arazilerin zilyetlerine her hangi bir hak tanımamaktadır. Bu araziler İdarece yapılacak projeler çerçevesinde yeri değiştirilecek orman için köylülere tahsis olunacaktır.

2.Grup : 2/B arazisi olup, Orman niteliğini kaybetmiş orman, orman sınırları dışına çıkarılmış arazileri, başlangıcından beri orman sınırları dışında olan, taşlık delicelik niteliğinde ham araziler zilyetleri tarafından tarıma elverişli hale getirilmiş ve kadastroca Hazine adına tescil edilerek ihya edenlerin zilyetliğine bırakılmıştır, zilyetler kullanıcı olarak tapunun beyanlar hanesine yazılmış araziler.

Eğer bunlar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce veya sonra düzenlenen güncelleme listelerine veya kadastro tutanaklarına ya da kesinleşmiş mahkeme

kararlarına göre oluşturulan tapu kütüklerinin beyanlar hanesine göre; bu taşınmazların 31/12/2011 tarihinden önce kullanıcısı ve/veya üzerindeki muhdesatın sahibi olarak gösterilen kişiler tarafından satın alınmak için süresi içinde İdareye başvurmuşlar ve İdarenin takdir ettiği bedeli itirazsız kabul ederlerse, bu arazileri bu kanundaki koşullar ile satın alabilirler.

3.Grup 2/B arazisi : Kişiler üzerine tapu kaydı olduğu halde, orman olduğu gerekçeleri ile açılan iptal davaları ile tapuları iptal edilip, Hazine adına orman olarak tescil edilen araziler.

Bu arazilerin tapulu malikleri var iken orman olduğu gerekçesi ile tapuları kesinleşmiş mahkeme kararı ile orman olarak Hazine adına tescil edilmiş arazilerdir. Eski sahiplerinin beyanlar hanesine kullanıcı, zilyet, tasarruf sahibi gibi sıfatlarla beyanlar hanesine yazılma olasılığı çok nadir olarak mevcut olabilir. Eğer bu araziler daha sonra orman sınırları dışına çıkarılmış ve böyle bir kayıt varsa bunlarda 2.gruptaki kişiler gibi satın alma imkanına sahip olabilirler ancak bu onlar için bir avantaj sağlamayacaktır, çünkü bu eski malikler, bu kanunun 7.m.si(b) fıkrası 4.bendine göre bu arazilerine bedelsiz geri alma ve bedelini talep etme imkanına sahip olabilirler. Esasen bu araziler, orman sınırları dışına çıkarıldığında Hazinesinin değil hukuk devleti ilkesi uyarınca eski sahiplerinin mülkiyetine dönmesi gerekirken, Yargıtayımızın tersine uygulaması sonucu, yine sanki öncesi de Hazinesininmiş gibi, Hazinesinin mülkiyetine geçmekte idi ve bu sebeple AİHM pek çok defa Türkiye'yi tazminata mahkum etmişti. Bu kanun bir ölçüde bu tarihi haksızlığı telefi etmeye çalışmaktadır.

4.Grup 2/B : Mülkiyeti İskan Kanunu, Çiftçiyi topraklandırma kanunu gibi kanunlar uyarınca, tapu kaydı ile Devletçe kişilere devir edildikten sonra, orman olduğu gerekçesi ile tapuları iptal edilerek, Hazine adına orman olarak tesciline karar verilen araziler.

Anayasamızın, mülkiyet hakkı ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde bedeli peşin ödenerek kamulaştırılır ve hukuk devletine bağlı olma ilkelerine rağmen bizim 70 yıllık hukuk uygulamamızda, binlerce vatandaşımızın tapu kayıtları, Orman İdaresince açılan iptal davası ile iptal olundu ve hiçbir bedel ödenmeden Hazine adına kayıt edildi. Bu konuda Yargıtayımız tapuya güven ilkesini (TMK.1023 ,EMK.931) uygulamadığı gibi , tapu sicilinin hatalı tutulması nedeniyle mağdur olanlara TMK.1007.m.ye göre tazminat hakkı da tanımamıştı. AİHM.sinin bu konuda da ülkemiz aleyhine vermiş olduğu pek çok karar vardır. 6292 sayılı kanun bu mağduriyetleri AİHM.sinin içtihatları gereği gidermeyi de amaçladığı düşüncesindeyiz.

Kanunun 7(a) hükmüne göre, kişiler adına tapuya kayıtlı iken, orman olduğu için tapu kaydı iptal edilip, daha sonra Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılmış arazide eğer eski malikleri adına beyanlar hanesinde 2/A,2/B belirtisi varsa bunlar terkin edilecek, tapu kayıtları bunlar lehine, bir bedel alınmaksızın düzeltilecektir veya hala bunlar üzerine kayıtlar

varsa bu mülkiyet kayıtları geçerli kabul olunacaktır. Bu konuda derdest davalar varsa malikler lehine düşürülecek, kesinleşmiş mahkeme kararları uygulanmayacak, yeni dava açılmayacaktır.

5 Grup : Kişiler adına tapuya kayıtlı olup da, orman olduğu gerekçesi ile tapu kaydı iptal olunup orman olarak Hazine adına kayıt olunmuş halen orman vasfını koruyan veya bir kamu hizmetine tahsis olunmuş, orman sınırları dışına çıkarılmamış araziler.

Bu grupta yer alan arazilerin önceki maliklerinin, bu arazileri tekrar geri alabilmeleri mümkün değildir. Ancak bu araziler bir nevi fiilen kamulaştırılmış sayılarak, bu arazi maliklerine yapılmış olan haksızlık AİHM içtihatları doğrultusunda 6292 sayılı kanunun 7.m.4.bendi ile eski maliklere, bunların idarece belirlenen rayiç bedellerinin veya emsal başka bir Hazine arazisi verilmesini talep etme hakkı tanınmaktadır.

6.Grup : Kişilerce işgal edilip, devlete eciri misil ödenen araziler. Bunlar özel mülkiyete konu olabilir veya olamaz.

Bu grup arazileri işgal edip kullananların, zilyetliklerinin hiç haklı, hukuki nedeni bulunmaz. Esasen bunları devletin işgal ettiği arazilerden çıkarması icap eder. Ancak eğer, Milli Emlakca, takdir edilen bir eciri misil karşılığında işgalcilerin, bu arazileri kullanılmasına müsaade edilmekte ise, İdarece onlara izin, müsaade verildiği sürece bu fiili durumlarını devam ettirebilirler. Bu araziler, özel mülkiyete konu olamayacak nitelikte ise, örneğin orman sınırları içinde olması, kıyı sahil şeridi içinde kalması gibi, bu arazinin zilyetlerinin 6292 sayılı yasadaki hiçbir şekilde yararlanabilmesi mümkün değildir. Bunlar lehine 6831 sayılı Kanuna göre 2/A veya 2/B belirtisi (beyanı) konulmuş olması da mümkün değildir.

Eğer bu gruptaki arazi, özel mülkiyete konu olabilecek bir arazi iseler, Hazinesinin tasarrufunda veya Hazine adına tapuya kayıtlı da olabilirler, zilyetleri lehine 6831 sayılı yasaya göre 2/A, 2/B belirtileri (beyan) konulmuş ise, bunlar yukarıdaki grupların birinin içine girebilirler ve 2692 sayılı bu Kanunun 6.m.sinin1 ve 2.f.sındaki hak sahibi olarak satın alma imkanına sahiptirler.

Özel mülkiyete konu olabilen Hazine, Devlet arazilerini fiili durum yaratıp kullananlar ve lehlerine 6831 sayılı yasadaki 2/A,2/B belirtisi olmayan, Hazineye belirlenen eciri misili ödemekte olan işgalcilerin durumunu ise, fiili kira sözleşmesi olarak yorumlamak mümkündür. Bunlar izinsiz yani devletten bir ruhsat almadan bu arazileri işgal etmişler, devlette onların bu durumuna çeşitli nedenlerden göz yumarak, onlardan bir eciri misil yani emsal bir kira bedeli alarak bu fiili durumun devamına izin vermiştir. Bu şekilde taraflar arasında, örtülü olarak bir kira ilişkisinin oluştuğunu kabul etmek lazımdır.

Bu durumda olan zilyetler 6292 sayılı Kanunun 12.m.sindeki satın alma hakkını kullanabilecekleri kanaatindeyiz. Bunlar 31.12.2011 tarihinden önce bu arazileri son üç

yıldan beri **tarımsal amaçlarla**, bir ecir misil ödeyerek kullanmakta iseler belirlenen bedeli, itirazsız kabul etmeleri koşuluyla satın alma hakkına sahiptirler. Yasa tarımsal amaç dışında kullanıcılara bu hakkı vermemiştir ki uygulamada sorunlar doğuracaktır.

7.Grup : Hazinesinin özel mülkiyetinde olup, kişilere kiralanmış olan araziler

Mülkiyeti Hazineye ait olupta, kişilere kiralanmış ve tarımsal amaçlarla kullanılan araziler Kanunun 12.m.sindeki satın alma hakkını kullanabilirler. Bu kiracıların satın alma hakkı şu koşullara bağlanmıştır. 31.12.2011 tarihinde önceki son üç yıldan beri bu arazileri kiracı sıfatıyla, tarımsal amaçlarla kullanıyor olmaları gereklidir. Ayrıca İdarece belirlenmiş olan bedelleri itirazsız kabul etmeleri lazımdır.

8.Grup : Malikleri üzerine özel mülk olarak tapuda kayıtlı iken orman olduğu gerekçesi ile açılan davalar sonucu, tapuları iptal edilip müsadere edilen, halen orman vasfını muhafaza eden arazilerdeki ticari işletme ve tesisleri bulunan kullanıcılar.

Bu tür arazilerde tapu iptalinden önce ticari tesisler, fabrikalar kurmuş iseler, önceki malik ve kullanıcılarına 6292 sayılı Kanunun geçici 9.m.si 29 yıla kadar kiralama hakkı tanımaktadır.

3-Kanuna göre Hak Sahipliği

Hak sahipliği, Tapu, Kadastro Müdürlüğünce bildirilen bilgi ve belgelere göre tespit edilmekte, bu mümkün olamaz ise başvuru sahibini ibraz ettiği belgelere göre tespit edilmektedir (m.11 f.13)

a) Zilyetler, kullanıcılar, lehlerine 2/B kaydı olanlar

Kanunun 6.m. 1.ve 2.f.larında 31.12.2011 tarihinden önce kesinleşen kadastro tutanakları, mahkeme kararları ile veya kanun yürürlüğe girmesinden sonra aynı şekilde yapılacak güncelleme listeleri ile adlarına, kadastro tutanaklarında, tapu kayıtlarında 2/A veya 2/B belirtisi bulunan kişileri hak sahibi saymaktadır. Bunların külli halefleri (mirasçıları) da bu haklardan yararlanabileceği kuşkusuzdur. Cüz’i (akdi) haleflere gelince, 6.m.nin 10.f.sı “ hak sahibinin veya mirasçılarının bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra noter tarafından düzenlenecek muvafakat vermeleri halinde ise akdi halefiyet hükümlerinin “ uygulanacağını söylemektedir. Kanunun yürürlüğe girmesinden önce bu hak sahipleri veya mirasçıları haklarını aynı şekilde devir etmişlerse, noter senediyle satmışlarsa bunlar akdi halef olarak bu yasadan yararlanamayacak mıdır ? Kanımızca bu soruya olumsuz cevap vermek adil, doğru olmayacaktır. Çünkü 6292 sayılı yasadan önce lehlerine 2/B belirtisi olanların bu haklarını başkalarına devrini yasaklayan bir yasal engel yoktur. Hatta bu belirtilerin temel kaynağını oluşturan mülga 766 sayılı Tapulama Kanunu 37.m. bu zilyetlerin akdi ve külli haleflerinin de bu maddenin koruyucu hükümlerinden yararlanabileceğini açıkça belirtmektedir. Bunlar o zaman ki mevzuata göre geçerli devir işlemi olduğundan, kazanılmış hak olarak korunması

zorunludur. Yasa zaten bunların korunacağını örtülü olarak var sayarak, yasanın yürürlüğe girmesinden sonraki devirlere açıklık getirmeye çalışmıştır.

Yasanın 7 (a) maddesi eski kayıt maliki ve mirasçılarına bu hakkı tanımakta onların akdi haleflerini konusunda bir düzenleme yapmamıştır.

b- Tapusu, orman olduğu için iptal olunan eski malikler

Adlarına tapu kaydı olupta, orman arazisi olduğu gerekçesi ile tapuları iptal olunmuş, arazileri orman arazisine çevrildikten sonra orman niteliğini kaybetmesi ile Hazine adına orman sınırlarına çıkarılan eski 2/B statüsündeki arazilerin, eski maliklerine 7.m.nin 1.f.sının (a) ve (b) bentleri başvurmaları halinde arazilerine bedelsiz olarak geri alma (vefa) hakkı tanımıştır. Bu kişilerin mirasçıları da bu haktan yararlanabileceği belirtilmektedir. Bu kişilerin akdi halefleri olma ihtimali olmadığından, bunların durumu hakkında hüküm konmadığı düşüncesindeyiz.

7.m.4.f. orman olduğu gerekçesi ile yargı kararı ile tapuları iptal edilen araziler halen bu orman vasfını korumakta ise, eski maliklere geri alma hakkı tanınmamış, bedelini veya emsal arazi tahsisini isteme hakkı tanımıştır. Bu gruptaki hak sahiplerinin külli cüz'i halefleri hakkında bir hüküm konmadığından bu sorunun genel hükümler çerçevesinde halli gerekir.

c- Makilik alanları ıslak edenler

Maki komisyonlarınca, makilik alan olarak tespit edilen ancak orman kadastrasınca orman alanı olarak tespit ve ilan edilmiş arazilerde, Tapu kütüğüne konmuş olan 2/B belirtilerinin terkin edilerek (m.11.f.7) bu arazilerin kanunun 6.m.sine göre kullanıcıları tarafından satın alınmasına olanak tanınmaktadır.

d- Kiracıların durumu

6.m.deki yukarıda izah olunun imkan dışında ,Kanunun 12.m.sinde sadece, tarım arazilerinin mevcut kiracılar tarafından satın alınmasına imkan vermektedir. Hazine arazilerini kiralayıp, ticari ve endüstriyel amaçlarla kullananlara bu hak verilmemiştir

3- Müracaat edilecek İdari makamlar

Bu kanunun bu vakte kadar, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir çok haksızlığı gidermeyi, şu anda ekonomimize katkısı son derece sınırlı milli kaynakları, ekonomimize katmayı hedeflemiştir. Ancak hak sahibi olanların, hangi İdari Makamlara başvurabileceği konusu kanunda çok net değildir.

Kanunun 3.m.sinde bu kanun kapsamına giren araziler üzerinde hangi kamusal merciler, tüzel kişilerin tasarruf yetkisi olacağını düzenlemektedir. Buradan hareketle biz müracaat makamlarının da bu tüzel kişiler olması gerektiği sonucunu çıkarmaktayız.

Kanun 3.m.si 1.f.(a) bendinde Tapuda 2/A kaydı (belirtisi, beyanı) olan taşınmazlar üzerinde tasarruf yetkisi Orman Genel Müdürlüğüne bırakılmıştır. Zaten bu arazilerin zilyetlerine, kullanıcılarına devri de söz konusu değildir. Orman Genel Müdürlüğü kendisine tanınan bu yetki çerçevesinde 2/A arazilerini tekrar ağaçlandırılıp ormana dönüştürebileceği gibi ıslah ederek tarım alanlarına dönüştürüp, orman içi köylüleri buralarda iskanını sağlayacaktır.

Kanun 3.m.1.f.(b) bendinde ise vatandaşları ilgilendiren, onlara zilyet, kullanıcı, eski malik olarak haklar sağlanan orman sınırları dışına çıkarılmış 2/B arazileri Maliye Bakanlığının tasarrufuna bırakılmıştır. Dolayısıyla, Maliye Bakanlığı, bu kanunun uygulamasını sağlayacak, yönetmelik ve genelgelerle, hak sahiplerinin bu kanununda kendilerine sağlanan hakları nasıl kullanabileceklerini açıklığa kavuşturacaktır. Bu nedenledir ki, 2/B arazileri üzerinde bu kanunun hak sahibi kıldığı kişilerinin Maliye Bakanlığının taşra ve merkez teşkilatına başvuruları gereklidir. İllerde bu bakanlığın temsilcileri vilayet bünyesinde yer alan Defterdarlık ve Milli Emlak müdürlükleridir. Yasa bu kamu kurumlarına bu araziler üzerinde kamu adına tasarruf yetkisi vermiştir.

Yasanın 6.m.si 2/B arazilerinin zilyetlerine (kullanıcılarına) lehlerine 2/B belirtisi (tapuda beyan) varsa, satın alma, 7.m.de ise bu arazilerin eski kayıt maliklerine bu arazilerini bedelsiz geri alma veya bedelini isteme hakkı vermektedir. Bu sonuç ise ancak, bu kişiler adına 2/B arazilerinin tescil ile mümkündür (TMK.705 I). Taşınmaz mülkiyeti tescilsizde kazanılabilir ancak bu konuda yasada açık bir hüküm olmalıdır (TMK.705 II). 6292 sayılı yasada böyle açık bir hüküm konulmuş değildir. Maliye Bakanlığı, yukarıda belirttiğimiz gibi, bu hak sahipleri adına 2/B arazilerin tescilinin nasıl sağlanacağını, vatandaşın kime başvurması gerektiğini bir genelgeyle duyurmasında yarar vardır.

Yasanın 6.m.sine.f.sına göre “ İdarece düzenlenen hak sahipliliği belgesi, düzenleyen İdarece yazılı olarak Tapu İdaresini bildirimine üzerine, Tapu İdaresince hak sahipleri lehine gerekli tapu devrinin tescil işlemi ve gerekli ise İdare lehine taksitli satış bedelleri için kanuni ipotek hakkını tesisi işlemi resen yapılması” gerekmektedir.

3.m.nin 2.f.sında 2/a ve 2/B arazileri hakkında tapudaki bu konudaki belirtilerin (kayıtların) “ yerine göre Orman Genel Müdürlüğünün veya Maliye Bakanlığının talebi ile terkin edileceğini söylenmektedir.

6831 sayılı OK.2.m.sine göre konan 2/A ve 2/B belirtilerinin anlamı, bu araziler orman arazisi iken, orman vasfını yitirmesi sebebiyle orman sınırları dışına çıkarıldığı, Hazinesinin özel mülkiyetine geçmiş olduğudur. Bu belirtilerin kaldırılması, terkin edilmesi, kullanıcılarına,

zilyetlerine tapu sicil hukuku ilkelerine göre bir hak bahşetmez, belki TMK.713.m.ye göre olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile kazanımlarını sağlayabilir, Kadastro Kanunu 18.m.deki engel kalkmış olur.

4.Müracaat Süresi

6292 sayılı Kanun, 6.m.si ile kullanıcılara (zilyetlere) 2/B arazilerini satın alma, 7.m.si ise eski tapu maliklerine 2/B ye konu olmuş taşınmazlarını bedelsiz geri alma veya bedelini talep etme hakkı vermektedir. 6.m.ye göre hak sahibi olan 1.f.da sayılan hak sahipleri kanunun yürürlük tarihinden itibaren 6 ay içinde, 2:f.yer alanlar (kanunun yürürlük tarihinden sonra yapılan güncelleme ile hak sahibi sayılanlar) güncelleme listesinin kesinleşmesinden itibaren 8 ay içinde İdari Makamlara başvurmaları gereklidir. Satış bedellerinin ise başvur süresinin dolmasından itibaren 6 ay içinde ödenmesi veya takside bağlamış olması zorunlu kılınmıştır.

Kanunun 7.m.1.f.(b) bendine göre, tapu kütüğe 2/A,2/B belirtisi konulup, Hazine adına orman sınırına çıkarılmış kişilerin “ tapu kayıtlarının geçerli kayıt olduğu “ kabul edilmektedir. Bunların haklarını ileri sürmesi süreye tabi değildir. Bu taşınmazlarda, orman olduğu gerekçesi ile tapu kaydı iptal edilmekle birlikte, Hazine lehine bir kayıt oluşturulmamıştır. Bu araziler halen önceki kayıt malikleri adına tapuda kayıtlıdır. Mahkeme kararı ile hükümsüz hale gelmiş olan bu tapu kayıtları, tekrar yasayla geçerli hale gelmekte ve tapuda her hangi bir değişikliğe gerek görülmemektedir.

Buna karşılık aynı hukuki durumda olmakla birlikte önceki maliklerin adına tapu kayıtları iptal edilmiş ve Hazine adına tescil yapılmış ise, kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde eski malikler ya da onların kanuni veya akdi halefleri müracaat ederlerse, bu arazilerin, tapusu bedelsiz olarak bu kişilere iade edilecektir..

7.m.nin 4.f.sında, kendilerine bedel veya emsal arazi talep etme hakkı tanınan kişilerin müracaat süresi bakımından bir süre öngörülmüş değildir. Buradaki haklar kişisel nitelikte haklar olduğundan 10 yıllık genel zamanaşımına bağlı olacağı kanaatindeyiz.

7.m.nin1.f.sı (c) bendi olumsuz bir ifade taşımaktadır. Buna göre bu maddenin 1.f.sına göre 2/B kapsamındaki arazilerin, tapu kayıtlarına göre hak sahibi olanlar ile bu arazileri **fiilen kullananlar farklı kişiler** ise, tapu kayıtlarına göre hak sahibi olan bu fıkra hükümlerinden yararlanmak isterlerse, fiili kullanıcılarına hak sahipli tanınmamaktadır. Daha doğrusu, bu arazilerin fiili kullanıcıları, hukuki dille zilyetleri, ancak tapu kayıtlarına göre hak sahibi olanlar haklarını kullanmak istemezlerse, onlar da bu yasa hükümlerinden yararlanabilirler.

Tarım arazilerini 12.m.ye göre satın alacak, kiracılar ise bu haklarını, kanunun yürürlük tarihinden itibaren 2 yıl içinde almak zorundadır.

İlgililer belirtilen sürelerden başvuru yapmaz iseler bu kanunun tanıdığı hakları kaybederler (m.7/3)

Bu kanundaki yukarıda belirtilen süreleri Bakanlar Kurulunun iki katına kadar artırma yetkisi vardır (m. 6.16.f)

5- Bedellerin takdiri, ödenmesi

6.m.ve 12.m.ye ye göre satın alma hakkını kullananların ödeyeceği bedel, rayiç bedelin yüzde 70'i dir. Bu bedeli takdir yetkisi tek taraflı idareye tanınmış ve hak sahiplerine itiraz imkanı verilmemiştir. İdarenin teklif ettiği bedeli kabul etmeyenlerin satın alma hakkı düşmektedir (6.ö.13 f.)

Peşin ödemede ayrıca yüzde 20 indirim yapılmaktadır. Başvuru için belediye mücavir alanlarındaki araziler için iki bin lira, dışındaki araziler için bin lira başvuru parası alınmaktadır. Belediye mücavir alanlar içindeki araziler için 3 yıllık 6 taksitle, dışındakiler için 4 yıl için sekiz taksitle ödeme imkanı verilmektedir (6m.8.f). Taksitli satışlarda, kalan satış bedeli için Hazine lehine kanuni ipotek hakkı düzenlenmesi zorunlu kılınmıştır. Bu satış sözleşmeleri ve kanuni ipotek hakkı sözleşmeleri için TMK.706.m.deki resmi şekil şekli aranmamıştır (m.6.f.8)

İdarece tek taraflı belirlenen bedelleri itirazsız kabul etmeyenlere satış yapılmamaktadır. İtiraz imkanını bu şekilde, engellenmesi hukuka uygun sayılamayabilir. Burada özel hukuk çerçevesinde taşınmaz mülkiyetinin devri işlemi yapılmaktadır. İdare bir bedel tespit edip, zilyetlere, kullanıcılara bildirmekle BK.1.m.anlamında icapta bulunmakta, diğer taraf bunu itirazsız kabul etmekle taraflar arasında bu arazilerin devri konusunda, karşılıklı icap ve kabul ile bir akit oluşmaktadır. Borçlar Hukukunda, yapılan icap muhatapça kabul edilmez ve itiraz edilirse, akit meydana gelmez. 6292 sayılı yasanın bu ifadelerini bu anlamda yorumlamak mümkündür.

Kiracılara satılan arazilerden ecir misil alınmadığı gibi, son beş yıllık ecir misil miktarı da satış bedelinden mahsup edilmektedir (m.12.m.f.7)

6- Kanunun kapsamındaki araziler hakkındaki davalar, verilmiş kesin hükümler.

Kanun çeşitli maddelerinde, bu kanuna göre hak sahibi kılınan kişiler hakkında, bu kanunun yürürlüğünden sonra dava açılmayacağı, açılan davalardan hak sahipleri lehine İdarece feragat edileceği, kesinleşmiş mahkeme kararlarının ifa edilmeyeceği, hüküm altına alınmıştır (m.7a, 9/2 .)

Anayasamızda kesinleşmiş yargı kararlarının infazına hiç kimsenin mani olamayacağı hükmü varsa da, bu hüküm vatandaşlar lehine olan yargı kararlarının infazını garanti altına almak içindir. Kişiler kendi lehine olan bir kesin hükmün uygulanmasından feragat edebilir, illaki

onu infaz ettirmek zorunda değildir, aynı şekilde derdest bir davadan feragat etmek, sulh olmak mümkündür. Devlette, 6292 sayılı yasa ile kendi lehine, vatandaş aleyhine olan kesin bir yargı hükmünün infazından feragat etmekte, kendi lehine sonuçlanabilecek bir davadan çekilmektedir. Bu bakımdan vatandaş lehine pozitif bir ayrımcılık içeren bu yasa hükümlerinin anayasa hukuku bakımından da bir çekince oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

2644 SAYILI TAPULAMA KANUNUN 35.M. LİBERALLEŞTİ

Prof.Dr.Şeref ERTAŞ*

78 yıldır yürürlükte olan 2644 sayılı Tapulama Kanunumuz 35.m.si ,zaman içinde yapılan değişikliklerle, bir yasada yapılabilecek değişiklik rekorlarını altüst etmiş bulunmaktadır. Bu madde yabancıların Türkiye’de Taşınmaz edinme koşullarını düzenlemekte idi.

3.5.2012 tarih 6302 sayılı yasa ile 35.m.de yapılan değişikliğin önemli noktaları şöyle özetlenebilir.

- Türkiye’nin bir türlü vazgeçemediği, aksine düzenlemelerin daha önce Anayasa Mahkemesinin iptal etmiş olduğu “ Mütakabiliyet (karşılıklılık) “ ilkesi kaldırılmıştır. Artık yabancılar ülkemizle mütakabiliyet koşulu aramadan taşınmaz ve sınırlı aynı haklar edinebilecektir.
- Mütakabiliyetin kaldırılmasına karşılık, liste usulü getirilmiştir. Ülkemizin,ekonomik,politik ,dostluk ilişkileri dikkate alınarak Bakanlar Kurulunca hazırlanan listede yer alan yabancı ülke vatandaşları ancak Türkiye’de taşınmaz edinebilecektir. Listede yer almayan fakat ülkemizle mütakabiliyeti olan ülke vatandaşlarına Türkiye’de taşınmaz edinimi kapısı dolaylı olarak kapatılıyor ki bunu isabetli bulamıyoruz..
- Yabancıların, edinebileceği azami arazi miktarı 2.5 hektardan 30 hektara çıkarılmıştır.
- Yabancıların Türkiyede bir ilçe sınırları içinde edinebileceği arazi miktarı o ilçe yüzölçümünün yüzde onunu geçemeyecektir
- Yabancılar bu yasa hükmüne göre üzerinde bina olmayan bir arazi almış iseler,iki yıl içinde bu arazide yapmak istedikleri projenin planını Bakanlığa vermek,Bakanlıkça belirlenen sürede tamamlamakla yükümlüdür.
- Akdi veya miras yoluyla bu kanunun hükümlerine aykırı olarak Türkiye’de taşınmaz edinenler veya bu kanun hükümlerine aykırı kullananların taşınmazları,tasfiye edilerek satılmakta,satış parası hak sahibine verilmektedir.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi

VI. BÖLÜM – KİTAP TANITIMLARI



Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı

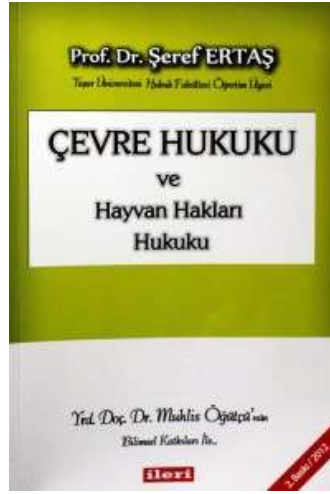
Yazar. Prof. Dr. İlhan Ulusan

Prof.Dr.Şeref ERTAŞ*

Yıllandıkça değeri artan bir hukuk başyapıtı. Yazarın doktora tezi olup İlk basısı 1977 yılında yapılmıştı. Yazar 2.basının önsözünde,” Tıpkı Basıya önsöz “ diyorsada, inanmayın bunu mütevaziliğinden söylemektedir. Çünkü aradan geçen süre içinde ,konu içtihatlarla zenginleşmiş ve bu konuda mevzuatımızda önemli değişiklikler olmuştur, yazar bunları da yeni basısında işleyerek eserin zenginliğini en az iki kat artırmıştır. Kitap çatışan iki menfaatten, feda edilenin nasıl tazmin edileceğini hukuki dille hikaye etmektedir. Yazar kitabın içeriğini önsözünde “ hukuka uygun bir müdahale sonucu ,düşük çıkar sahibinin üstün çıkar sahibine karşı katlandığı ağır bir fedakarlığın, üstün çıkar sahibi tarafından denkleştirilmesini “ talep hakkı şeklinde bir cümleyle özetlemiştir.

Yazar, Alman hukukunda hukukumuzda geçen bu sorumluluk türünün Türkiye de isim babası da sayılabilir. Kitap adı gibi,yazarın büyük akademik fedakarlıklarla hazırlanmış olup, sorumluluk hukukunun bu alanın da her türlü sorunuza ayrıntılı olarak cevap bulabileceğiniz içeriktedir. Vedat Kitapçılık, 2012 İstanbul. 386 sayfa

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı ve Özel Hukuk Bölüm Başkanı.



ÇEVRE HUKUKU ve HAYVAN HAKLARI HUKUKU

PROF. DR. ŞEREF ERTAŞ

Hayvanlar çok mutlu çünkü artık onların haklarını koruyan bir hukuk kitabı var!

Yrd.Doç.EmreCumahoğlu*

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı ve Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi Prof.Dr.Şeref ERTAŞ'ın yazdığı “Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku” adlı kitap 2012 yılının şubat ayında satışa sunuldu. Prof.Dr.ERTAŞ'ın 1997 yılında “Çevre Hukuku” adıyla yayınladığı eserin ikinci basısı olan bu kitap İleri Kitabevi tarafından basıldı.

2010 yılında Türkiye'deki ilk “Hayvan Hakları Sempozyumu”nun Yaşar Üniversitesinde gerçekleştirilmesine öncülük eden Prof.Dr.Şeref ERTAŞ'ın, “Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku” adlı bilimsel eseri, bireyin çevre hakkı ve çevre hakkından ayrı düşünilemeyecek olan hayvan hakları konusundaki önemli bir boşluğu doldurmaktadır.

Sayın Ertaş bu eserinde; Çevrebilim, Çevrenin Hukuku ve Hayvan Hakları adlı üç bölüm altında, çevreye duyarlı kişilere bir yandan çevrenin korunması konusundaki hukuki

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

imkânları, diğer yandan çevre değerleri, çevre sorunları ve çevrecilik gibi pek çok konudaki önemli bilgileri ve bilimsel görüşleri aktarıyor. Eserin ekler kısmında ise bazı önemli kanun, uluslararası sözleşme ve yönetmelik metinlerine yer veriliyor.

Akıcı bir dille kaleme alınan eserin arka kapağında Yazar kitabın özünü açıklayan şu satırlara yer veriyor:

“Tabii yasalara aykırı, insani yasaların bir geçerliliği olamaz. “Yerçekimi yoktur, Güneş batıdan doğacak ve Dünyanın etrafında dönecektir” diye bir yasa çıkarırsak bunun bir geçerliliği olmaz. Aynı şekilde doğanın canlılara vermiş olduğu hakları yok sayan bir hukuk düzeninin de geçerliliği olamaz. Doğal hukukun tüm canlılara tanıdığı, canlı hakları adını verdiğimiz üç temel hak vardır.

**Tüm canlı türleri yaşama, var olma hakkına sahiptir,*

**Tüm canlı türleri beslenme hakkına sahiptir,*

**Tüm canlı türleri üreme (soyunu devam ettirme) hakkına sahiptir.*

Eğer insanoğlu, tüm canlılara tanınan bu haklara saygı göstermezse, doğanın daha üst fizik yasaları, çevresel felaketler yoluyla insanoğlunu cezalandıracak, belki yer kürede, ekosistemle uyumsuzluk yaratan insani yaşam sona erecektir. Hayvanlar doğal hukuk açısından bu haklara sahip sayılsalar bile, kişi olma, ayırt etme bilinçleri olmadığından bu hakları kullanabilme yetileri yoktur. Bu hakları ancak onları temsilen, yaratıcının ona doğal vasi tayin ettiği vicdan sahibi insanlar vasıtasıyla kullanabilirler. Bir insan, diğer canlıların yaşama ve var olma hakkına duyduğu saygı kadar, vicdan ve ahlak sahibidir.”



**YENİ MEDENİ KANUNA GÖRE
MEDENİ HUKUK (TEMEL BİLGİLER)**

**PROF. DR. AYDIN ZEVLİLİLER/PROF. DR. ŞEREF ERTAŞ
PROF. DR. AYŞE HAVUTÇU/YRD. DOÇ. DR. DAMLA GÜRPINAR**

Arş. Gör. Tuğçe TUZCUOĞLU*

“Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)” adını taşıyan kitap, Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ, Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU ve Yrd. Doç. Dr. Damla GÜRPINAR tarafından hazırlanmış olup, 2012 yılında yedinci basısı ile, Turhan Kitabevi tarafından yayınlanmıştır. Medeni Hukuk alanında temel bilgileri ayrıntılı olarak inceleyen eser, 668 sayfadan oluşmaktadır.

Medeni Hukukun özünün toplandığı kitap olarak nitelendirilebilecek eser, Medeni Hukuk anlamında meydana gelen gelişmeleri ve değişiklikleri içerir güncelliktedir. 2011 yılında meydana gelen kanun değişiklikleri de dikkate alınarak hazırlanan eserde, Anayasa Mahkemesi Kararları ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ile meydana gelen son durum yansıtılmaya çalışılmıştır.

Beş bölümden oluşan eserin ilk bölümünde “Türk Medeni Hukukunun Temel Bazı İlkeleri” başlığı altında, Medeni Hukuk’un altyapısını oluşturan ve önem arz eden iyiniyet kavramı, dürüstlük kuralı, ispat yükü kavramları ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi

“Kişiler Hukuku” başlığını taşıyan ikinci bölümde, kişi ve kişilik kavramları ayırımına dikkat çekildikten sonra gerçek kişiler üzerinde durulmuştur. “Kişinin ehliyeti ve Kişilik hakkı” ve “Kişiliğin Korunması”, “Kişinin Yakın ve Uzak Çevresiyle Kişisel İlişkilerini Belirleyen Bazı Hukuki Kavram ve Kişisel Değerler”, “Kişisel Durum Kütükleri” gibi pratikte de ehemmiyet arz eden başlıklar incelenmiş ve “Tüzel Kişiler” kavramı, özellikle “Dernekler” ve “Vakıflar” ayrıntı olarak ele alınmıştır.

“Aile Hukuku” başlığını taşıyan üçüncü bölüm, “Aile ve Aile Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, “Nişanlanma”, “Evlenme”, “Evliliğin Genel Hükümleri”, “Evliliğin Geçersizliği, İptali ve Kendiliğinden Sona Ermesi”, “Boşanma”, “Soybağı”, “Velayet”, “Aile Topluluğu”, “Vesayet”, “Kayyımlik ve Yasal Danışmanlık”, “Vesayetin Önemi”, “Vesayet Organlarının Sorumluluğu ve Vesayetin Sona Ermesi”, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” alt başlıklarından meydana gelmektedir.

Dördüncü Bölüm ise “Miras Hukuku” ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu kapsamda, mirasçılar ve ölüme bağlı tasarruflar üzerinde durulmuş ve mirasın geçmesi ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Eserin beşinci ve son bölümünde ise “Eşya Hukuku” üzerinde durulmuş ve Eşya Hukuku hakkında genel bilgiler verildikten sonra zilyetlik, tapu sicili, mülkiyet hakkı, sınırlı ayni haklar ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Özellikle hukuk fakültesi öğrencilerinin faydalanabileceği eser, ağırlıklı olarak hukuk dersleri alan iktisat, işletme bölümü, kamu yönetimi bölümü, adalet meslek yüksek okulları öğrencileri ile hukuk mesleğini çeşitli adlar altında yürüten kişiler hatta hukuk alanında ilk elden bilgi edinmek isteyen vatandaşlar için başvuru kitabı olma özelliğini taşımaktadır.



HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLAFI

ARŞ. GÖR. BENGÜL KAYIŞ

Arş.Gör. Ayça İZMİRLİOĞLU*

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Bengül KAYIŞ tarafından hazırlanan “Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı” adını taşıyan kitap Yetkin Yayıncılık tarafından, Ocak 2012’de yayınlanmıştır.

Kitapta esas itibarıyla, 2007 yılında yürürlüğe giren ve haksız rekabete ilişkin yeni bir hükmün getirildiği Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da yer alan, haksız rekabetten doğan ihtilaflara uygulanacak hukukun tespitine ilişkin getirilen bağlama kuralı incelemenin konusunu oluşturmaktadır.

Üç bölümün yer aldığı kitap, 186 sayfadan oluşmaktadır. Kitabın ilk bölümünde haksız rekabet kavramı, haksız fiil ile haksız rekabet arasındaki ilişki, rekabet hukuku içerisinde haksız rekabetin yeri, haksız rekabetin koşulları, haksız rekabete ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

İkinci bölümde, haksız rekabete uygulanacak hukukun tespitine ilişkin yaklaşımlar tarihsel gelişim sürecine uygun olarak belirtilmiş, haksız rekabete uygulanacak hukuka ilişkin olarak düzenlenen “pazar üzerine etki bağlama kuralı”, kavram, özellikler ve uygulama yönlerinden ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Yine bu bölümde, Avrupa Birliği Hukukunda yer

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

alan “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü”nün haksız rekabeti düzenleyen hükümleri incelenmiştir.

Son bölümde ise, MÖHUK’a göre haksız rekabet eylemlerine uygulanacak hukukun tespiti ayrıntılı olarak değerlendirilerek, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan haksız rekabet halleri 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

5718 sayılı MÖHUK’la birlikte Türk hukukuna giren “pazar üzerine etki” bağlama kuralının ve haksız rekabete ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin incelendiği kitabın, konu ile ilgilenen araştırmacı ve uygulamacılara faydalı olacağı düşünülmektedir.



KIRKAMBAR SÖZLEŞMESİ

YRD.DOÇ.DR.EMRE CUMALIOĞLU

Arş.Gör.Mertkan Uçkan*

Türk Ticaret Kanunu'nun 1016. Maddesi ve devamında navlun (deniz yoluyla eşya taşıma) sözleşmeleri düzenlenmektedir. Türk Ticaret Kanunu'na göre navlun sözleşmeleri, yolculuk ve kirkambar sözleşmesi olarak iki türdür. Her ne kadar, kanunun daha çok yolculuk charteri sözleşmeleri ön planda tutulmuş olsa da, kırk ambar sözleşmeleri günümüz ekonomik ve teknolojik gelişmeleri karşısında yaygın şekilde tercih edilen bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Layner veya liner taşıma, karışık yük taşımacılığı, general kargo, hat taşımacılığı veya kirkambar taşımacılığı olarak da adlandırılan bu taşımacılık türünde taşıyan, geminin yükleme limanından yola çıkış ve varma limanına ulaşma zamanlarını tahmini olarak önceden ilan eder. Bu ilan üzerine yüzlerce taşıtan, eşyanın hat üzerindeki bir limana kadar taşınması için navlun karşılığında, taşıyanla sözleşme yapar. Düzenli hat taşımacılığında yüzlerce kişinin eşyası tek gemi ile bir seferde taşınmaktadır.

Düzenli hat taşımacılığında ağırlıklı olarak konteynerize eşya taşınmaktadır. Konteynerize taşımanın dünya kuru yük taşımacılığı içindeki oranı 1980'de yüzde 5.1 iken, 2008'deyüzde 25.4'e ulaşmıştır. Başlı başına bu veri kirkambar sözleşmesinin önemini vurgulamaya yetmektedir.

* Yaşar Üniversitesi Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi

Türkiye'nin dış ticaretinin yüzde 86'sı deniz yoluyla yapıldığı gerçeği karşısında, kırkambar sözleşmelerine dair detaylı bilgiye sahip olunması hem bu yolla eşya taşıması faaliyetinde bulunanlar için hem de bu uyuşmazlıklarla karşılaşan hukukçular için şüphesiz gereklidir.

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalında öğretim üyesi olan Yrd.Doç.Dr.Emre CUMALIOĞLU, “Kırkambar Sözleşmesi” adlı eseri ile, deniz yolu eşya taşımada gün geçtikçe uygulaması artan bir sözleşme türünü ele almıştır.

Üç bölümden oluşan kitabın ilk bölümünde kırkambar sözleşmesi kavramı navlun sözleşmesi kavramı ile birlikte ele alınmıştır; ardından sözleşmenin dört asli unsuruna: eşya, eşyanın deniz yoluyla taşınması, navlun ve anlaşmaya yer verilmiştir. Kırkambar sözleşmesinin özelliklerine değinildikten sonra konuyu daha net ortaya koymak ve sözleşmeye uygulanacak hükümleri tespit etmek amacıyla, kırkambar sözleşmesi önce benzer deniz ticaret sözleşmeleriyle daha sonra ise ona değişik açılardan benzeyen diğer sözleşmelerle karşılaştırılmış; sözleşmeye uygulanacak hükümler tespit edilirken bu karşılaştırmalardan yararlanılmıştır.

İkinci bölümde, kırkambar sözleşmesinin tarafları olan taşıyan ve taşıtanın hakları ve yükümlülükleri açıklanmıştır. Tarafların sorumlulukları ayrı bir bölümde değil en çok ilgili olduğu yükümlülüğün içinde incelenmiştir. Taşıyanın –ile sorumluluğu üzerinde, bu konunun daha önce değişik eserlerde ayrıntısıyla incelenmiş olması ve kırkambar sözleşmesi bakımından farklılık arz etmemesi nedeniyle kısa açıklamalar yapılmıştır. Cebri icra hukuku ile alakalı olan konular da detaylı olarak ele alınmamıştır. Bununla birlikte kırkambar sözleşmesinin kalbi diyebileceğimiz konişmento üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur.

Üçüncü bölümde öncelikle, kırkambar sözleşmesinin sona ermesi; tarafların sözleşmeyi sona erdirme hakları ile sözleşmenin hükümden düşmesi ve bunların sonuçları üzerinde durulmuş; ardından sözleşmeden doğan taleplerde süreler incelenmiştir.



ETKİN
DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİ
PROF.DR. FEVZİ DEMİR

Arş.Gör. Bahar KONUK*

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı ve Kamu Hukuku Bölüm Başkanı Prof. Dr. Fevzi DEMİR tarafından yayınlanan kitap, son yıllarda darbelere karşı gelişen konjonktüre ve yeni bir Anayasa hazırlıklarına cevap niteliğinde bir çalışma olarak kabul edilebilir.

Gerçekten, Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerle ilgili önemli demokratik gelişmelerin tarihsel süreç içinde hep tepeden inme askerler eliyle gerçekleştirildiği bir vakıadır. 1808 Sened-i İttifakı Alemdar Mustafa Paşa, 1839 Tanzimat Fermanı Mustafa Reşit Paşa, 1856 Islahat Fermanı Ali Paşa, 1876 Birinci Meşrutiyet Anayasası Mithat Paşa, 1908 İkinci Meşrutiyet Anayasası Enver ve Talat Paşalar, 1921 ve 1924 Cumhuriyet Anayasaları Mustafa Kemal Paşa, 1961 Anayasası Cemal Gürsel Paşa ve son olarak 1982 Anayasası Kenan Evren Paşa önderliğinde hazırlanarak gerçekleştirilmiştir.

Batı ülkelerinde halkın isyanları ve başkaldırması sonucu kan ve ter dökerek gerçekleştirilen temel hak ve özgürlüklerle ilgili demokratik gelişmelerin, ülkemizde dış dünyayı yakından takip eden seçkinler eliyle Batı ülkelerinin gerisinde kalmamak ve çağdaş

* Yaşar Üniversitesi Anayasa Hukuku ABD Araştırma Görevlisi

uygarlığa ulaşmak amacıyla gerçekleştirildiği görülmektedir. 1982 Anayasası dışında, her yenileşme hareketinin ülkemizi yeni demokratik hak ve özgürlüklerle tanıştırdığı, bu hak ve özgürlükleri garanti altına alacak Anayasa mahkemesi gibi kurumlar ve güçler ayrılığı gibi yeni ilkeler getirdiği anlaşılmaktadır.

Ancak, bir halk hareketi sonucu olmayan, tepeden inme yenileşme ve çağdaşlaşma olarak gelişen bu hareketlerin, 1982 Anayasası ile yine tepeden inme hak ve özgürlüklerde aşırı sınırlamalar getirdiği, 1982 Anayasasının kısa süre içinde 17 defa 126 maddede değişikliklere uğratıldığı bir gerçektir. Buna karşılık, Batı ülkelerinde elde edilen hak ve özgürlükler halkın kan ve ter dökerek elde ettiği hak ve özgürlükler olduğu için, onlarda herhangi bir kısıntıya gitmek hiç kimsenin haddine değildir. Ülkemizde halkımızın daha ziyade “dini” (uhrevi) motiflerle başkaldırdığı, buna karşılık “seküler” (dünyevi) taleplerle bir harekete pek sıcak bakmadığı görülür. Yakın tarihimizde 31 Mart olayı ile başlayan bu tür hareketlerin, Şeyh Sait isyanı, Kubilay olayı, Said-i Nursi hareketi, Kahramanmaraş, Çorum ve Sivas olayları ile günümüze kadar uzandığı bir vakıdır.

Kitabın yazarı, bundan böyle ne tepeden inme çağdaşlaşma hareketlerine ne de “dini” anlamdaki başkaldırılarına maruz kalmaması amacıyla, Etkin Demokratik Hukuk Devleti adlı eserinde ülkemizin demokratikleşme sorunlarına radikal çözümler önermektedir. “Devlet Yönetiminde Demokrasi Uygulamaları ve Hükümet Sistemleri” ile başlayan açıklamalar “Yargı Bağımsızlığının ve Hukuk Reformunun Gerçekleştirilmesi” ile devam etmekte, özellikle “Siyasi Partiler Sisteminde Yapılması Gereken Değişiklikler ve Uygulamaları” ve “Seçim Sisteminde Yapılması Gereken Değişiklikler ve Uygulamaları” ile ilgili açıklamalar, demokrasinin temelini oluşturan “Yerel Yönetimler Reformunun Gerçekleştirilmesi” ile tamamlanmaktadır.

Uzun ve yorucu bir emek ürünü olduğu anlaşılan araştırmanın okuyucuya yararlı bilgiler verdiği, özellikle getirilen öneriler ve çözüm yollarının siyasiler için önemli ipuçları sunduğu bir gerçektir. Yazarını kutluyor, kendisine sağlıklı günler ve başarılarının devamını diliyorum.



AVRUPA BİRLİĞİ KAMU HUKUKU

PROF.DR. IŞIL ÖZKAN

Arş.Gör. Bengül KAYIŞ*

“Avrupa Birliği Kamu Hukuku” başlığını taşıyan eser, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı ve Avrupa Birliği Hukuku öğretim üyesi Prof. Dr. Işıl ÖZKAN tarafından hazırlanmıştır. Seçkin Yayıncılık tarafından Kasım 2011’de yayınlanan ve alanında ilk olma özelliği taşıyan eser 487 sayfadan oluşmaktadır.

Bugüne kadar Avrupa Birliği Hukukuna ilişkin olarak hazırlanmış pek çok bilimsel yayın sahibi olan Prof. Dr. Işıl ÖZKAN bu kez Avrupa Birliği Kamu Hukukunu bir bütün halinde ele alarak incelemiştir.

Beş bölümden oluşan kitabın ilk bölümünde, uluslarüstü (supranational) bir örgüt olarak Avrupa Birliği; bütünleşmenin hukuki dayanakları, ekonomik bütünleşme modelleri, Avrupa siyasal bütünleşmesi, AB hukukunun diğerk hukuk dalları ile ilişkisi ve AB hukukunun ilkeleri kapsamında ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

AB Hukukunun kaynakları, kurumları ve hukuk kuralı yaratma yetkisi alt başlıklarından oluşan ikinci bölümde, birincil kaynaklar ile ikincil normlar, bu normların bağlayıcı etkisi,

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

AB'nin kurumsal ilkeleri, AB'nin asli ve tali kurumları ile AB'nin hukuk kuralı yaratma usulleri üzerinde önemle durulmuştur.

Eserin üçüncü bölümü Avrupa Birliği Yargılama Hukukuna ayrılmıştır. Bu kapsamda, uluslararası yargı ve AB yargı düzeni, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın oluşumu ve gelişimi, bu hususta Lizbon Andlaşması ile getirilen düzenlemeler, ABAD'ın yargı yetkisi ve insan hakları konuları incelenmiştir.

Anayasasız Anayasallık, Adli ve Cezai İşlerde İşbirliği ve Yönetim Hakkı başlığını taşıyan dördüncü bölüm, Avrupa Anayasacılığı ve Ulusal Anayasa Mahkemeleri, AB Vatandaşlarının Hakları ve Özgürlük, Güvenlik, Adalet Alanı, AB İdare Hukuku, AB Hukukunun Uygulanması ile Cezai İşlerde Hukuki İşbirliği alt başlıklarından meydana gelmektedir. Bu bölümde AB vatandaşlığı kavramı ve Avrupa vatandaşlarının hakları, Avrupa Birliği'nin göç ve sığınma politikası ile ceza hukukunun uyumlaştırılması konuları üzerinde durulmuştur.

Eserin beşinci bölümünde ise, Ortak Dış ve Güvenlik Politikası ile Ortak Güvenlik ve Savunma Politikası ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu bağlamda bağlayıcı mevzuat çıkarma konusundaki çalışmalar güncel örnekler ışığında değerlendirilmiş, AB'nin anlaşma yapma yetkisi ve son zamanlarda üçüncü ülkelere müdahale konusunda aldığı kararlar tartışılmıştır.

Avrupa Birliği'nin oluşumu, tarihi gelişimi, Avrupa Birliği Hukukunun temel prensiplerinin yanı sıra 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Andlaşması'nın Avrupa Birliği'nin yapısına ve AB hukukuna getirdiği değişiklikler ve yeniliklerin ayrıntılı olarak incelendiği eser, gerek lisans ve lisansüstü öğrencilerine gerekse konuya ilgi duyan uygulamacı ve araştırmacılara yönelik olarak hazırlanmıştır. Eserde, AB hukuku bakımından önem taşıyan birtakım teknik terimlerin İngilizce ve Fransızca karşılıklarına da yer verilmiştir.