

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: III

Sayı: 1

Bahar 2016



Sahibi

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt

Yayın Kurulu

Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel
Doç. Dr. Serdar Kale
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt

Sayı Editörü

Arş. Gör. Mustafa Çattık

Adres

İstanbul Medipol Üniversitesi
Kavacık Kampüsü
Kavacık Mah. Ekinciler Cad.
No: 19 34810 Beykoz/İSTANBUL
Tel: 0216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

Baskı

Forart Basımevi
Ziya Gökalp Mah. Süleyman Demirel Bulvarı
Simpas İş Modern Zemin Kat A 17-18
İkitelli - İstanbul
Tel: (0212) 501 82 20

ISSN

ISSN: 2148-6883

**İstanbul Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Mehmet Akman
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk
Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Nihat Bulut
Prof. Dr. Talat Canbolat
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Fethi Gedikli
Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Mehmet Helvacı
Prof. Dr. Serap Helvacı
Prof. Dr. Macit Kenanoğlu
Prof. Dr. Mahmut Koca
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu
Prof. Dr. İzzet Özgenç
Prof. Dr. Yücel Sayman
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe
Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut
Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi senede iki sayı
yayımlanan, hakemli bir dergidir.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Levent Korkut	5
Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla 1982 Anayasasında Silahlı Kuvvetlerin Yürütme ve Yargı Tarafından Denetimi	
Mehmet Sercan Ercan	49
Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Siyasal Parti Yasakları	

ÖZEL HUKUK

Müjgan Tunç Yücel – Serdar Kale	71
Fona Devredilen Bankanın İflas Tasfiyesi	
Salih Önder Yeşiltepe	85
İflasın Ertelenmesi Sürecinde Pay Bedelini İfade Temerrüde Düşen Pay Sahibinin İskatı Mahkemece Önlenebilir mi?	
Doruk Utku	99
ABD Patent Hukukunda Savunma Teknolojilerine İlişkin Gizlilik Kararları	
Seçkin Nazlı	149
İş Kanununda Düzenlenen Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisine Yönelik Hükümlerin Değerlendirilmesi	

KAMU HUKUKU

Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla 1982 Anayasasında Silahlı Kuvvetlerin Yürütme ve Yargı Tarafından Denetimi

Executive and Judicial Supervision of Armed Forces in 1982 Constitution within Comparative Law Perspective

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

This article tackles the issue of civilian control of the armed forces within the framework of the executive and judicial organs. The fundamental principles of the constitutions that will strengthen the democratic control of the armed forces will be discussed and, in the light of reforms undertaken in recent years, provisions of the 1982 Constitution on civil-military relations and democratic control of the military will be handled with a comparative constitutional methodology. Departing from this comparison between constitutional systems of Turkey and other Council of Europe member states, constitutional provisions on democratic control of the military in 1982 Constitution will be reviewed.

Keywords: Constitution, military-civil relations, military justice, democratic control of armed forces.

Giriş

15 Temmuz 2016 askeri darbe girişimi halkın, siyasi partilerin ve medya organlarının desteğiyle, hükümet tarafından önlenmiştir. Darbecilerin bu girişimi 242 kişinin hayatını kaybetmesiyle ancak kanlı bir şekilde bastırılabilmiştir. 15 Temmuz darbe girişiminin bastırılması Türkiye tarihinde ilk kez bu kadar çaplı bir askeri girişimin halk tarafından önlenmesi bakımından büyük bir öneme sahiptir. Demokrasinin geleceği için bir adım olan darbenin halkın desteğiyle önlenmesinin siyaset bilimi, sosyoloji ve kamu hukuku alanındaki yansımaları önümüzdeki dönemlerde tartışılacak ve üzerine çok sayıda bilimsel eser verilecek bir alan olmaya adaydır.

15 Temmuz darbe girişimi salt bir askeri müdahale değildir. Girişimin arkasında bulunan yasadışı yapılar ve uluslararası uzantılar müdahalenin gerçekleşmesinde temel rolü oynamıştır. Ancak darbe planlamaları sonuçta silahlı kuvvetlerin bünyesinde gerçekleşmiş, bir kısım silahlı kuvvetler personeli tarafından icra edilmeye çalışılmıştır.

Darbe girişimi ile birlikte Türkiye’de asker-sivil ilişkilerinin anayasal ve yasal boyutları yeniden önem kazanmış, demokratik devlet yapısı içinde askerlerin sivil irade tarafından etkili kontrolünü sağlayacak reform önerileri, anayasa değişikliği girişimleri ve yeni hukuki düzenlemeler üzerine fikirler oluşturulmaya başlanmıştır. 15 Temmuz darbe girişiminin çok kısa bir süre önce gerçekleşmiş olması nedeniyle henüz sivil-asker ilişkilerinin yeniden şekillendiği bir anayasal düzen ve yasal çerçeve oluşturulmamış olmakla birlikte Türkiye 2000’li yıllardan itibaren bir demokratikleşme deneyimi yaşamaktadır. Demokratikleşme çabalarının bir ayağını da sivil-asker ilişkileri oluşturmaktadır. 2000 yılından sonra gerçekleştirilen anayasal değişikliklerin bir amacı da sivil-asker ilişkilerinin demokratik ilkeler çerçevesinde yeniden düzenlenmesidir. Öte yandan 15 Temmuz darbesinden çok kısa bir süre sonra ilan edilen olağanüstü hal çerçevesinde çıkartılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleleri asker-sivil ilişkilerinin ve silahlı kuvvetlerin düzenlenmesine ilişkin hükümler içermekte, geleceğe yönelik ipuçları vermektedir.

I- Sivil-Asker İlişkileri Üzerine Kuramlar

A- Kurumsal Ayrım Yaklaşımı

Samuel P. Huntington “Asker ve Devlet” başlığını taşıyan eserinde fikirlerini sivil ve askerlerin rol ve sorumluluk alanlarının ayrılması üzerine inşa etmiştir. Huntington’a göre, siviller askeri alanlarda ve konularda askerlerin özerkliğini tanımalı ve korumalıdır. Karşılık olarak, askerler askeri olmayan siyasi alanlarda siyasi iradeye mutlak itaat sergilemelidir. Sivil ve asker alanlarının ayrılması, her iki alanın kendine özgü özelliklerinden kaynaklanır. Sivil alan daha liberal ve kamuoyu oluşumu süreçlerine tabi iken askeri alan geleneklere bağlı, tutucudur. Huntington sivil ve asker alanlarını kurumsal olarak birbirinden ayırırken, sivillerin askerler üzerinde subjektif değil, “objektif bir kontrol mekanizması” oluşturmaları gerektiğini düşünür. Sivil kontrol mekanizmasının objektifliğini tüm askeri faaliyet hedeflerinin siviller tarafından oluşturulup kararlaştırılması sağlar. Sivil yöneticilerin hedefleri belirlemesinden sonra bu hedeflere nasıl ulaşacağı artık askeri otoritenin yetkisine bırakılmalıdır. Bu kontrol mekanizmasının oluşturulmasında yasal ve anayasal düzenlemeler önem taşır¹.

1 Samuel P. Huntington (1957) *The Soldier and the State: Theory and Politics of CivilMilitary Relations*, New York, NY: Vintage Books, s. 79-92.

Askeri alanın profesyonelleri bu alanı en iyi bilen ve en verimli şekilde yönetimini sağlayacak olan kişilerdir. Askeri kuvvetlerin disiplinini ve düzenini inşa edecek, güç kullanımında uzmanlaşmayı geliştirecek ve askerlere gerektiğinde kendilerini feda edebilecekleri bir anlayışla görev yapmaları bilincini verecek olanlar askerlik alanında görev yapan profesyonellerdir.

Özetle, Huntington'ın kurumsal yaklaşımı etkili ve verimli bir askeri gücün oluşumu için askeri alana karar alma dışında özerklik verilmesi anlayışına dayanır. Sivil asker ilişkileri hukukla düzenlenmelidir. Bu yaklaşımın en önemli boşluklarından biri askeri hiyerarşiye ve bu hiyerarşinin oluşumuna sivillerin müdahale edip edemeyeceği, müdahale edecek ise bunun hangi düzeye kadar yapılabileceğidir. Acaba askeri hiyerarşinin oluşturulması ve kurulması askeri alanla ilgili bir mesele midir? Yoksa bu konu sivil alanla mı ilgilidir? Bu önemli boşluk aslında daha temel bir başka soruna işaret etmektedir: Askeri alan nedir? Huntington eserinde askeri alanın bir tanımını ve çerçevesini çizmemiştir.

B- Uyum Teorisi

Rebecca Schiff tarafından geliştirilen uyum kuramı, asker, siyasi elitler ve vatandaşlardan oluşan üç ortağın işbirliği yapması fikrine dayanır². Huntington'ın teorisi kurumların ayrılığını ABD deneyiminden hareketle savunur. Ancak dünyanın farklı ülkelerinde farklı şartlar, tarihsel ve kültürel faktörler nedeniyle kurumsal ayrımı desteklemeyen sosyal ve siyasi yapılar ortaya çıkabilir. Schiff'e göre, uyumun var olabilmesi aktif bir anlaşma ortamını gerekli kılar. Hükümet yapısı, kurumsal çerçeveler, hukuki altyapı ve karar alma süreçleri birincil öneme sahip değildir. Askerler, hükümet ve vatandaşlar arasında bir uyumun bulunduğu dört göstergesi vardır. Bunlardan ilki ordu mensuplarının sosyo-demografik yapısıdır. Toplumun yapısı ile ordunun yapısı arasında sosyo-demografik göstergeler bakımından bir uyumun bulunması gerekir. Örneğin ordu mensuplarının toplumdaki belli bir grubu, ideolojiyi, dini anlayışı yansıtmaları halinde bir uyumdan bahsedilemez. Uyumu yerleştirecek ikinci faktör ordu ile siyasi karar alma sistemi arasındaki uyumdur. Üçüncü unsur ise asker alma yöntemleridir. Özellikle profesyonel ordu kadrolarının nasıl devşirildikleri toplumla ordu arasındaki ilişkinin sağlıklı olması bakımından önemlidir. Son olarak, askerlerin zihni yapıları ile şekillenen ordu modelinin diğer aktörlerin ordu modelleri ile uyumlu olması gerekir³. Bu dört gösterge temelinde bir uyumun bulunmaması ordunun siyasi iktidara düşmanca bakmasına ve askeri darbelerle neden olabilir. Tersine uyum ne kadar güçlü ise askeri müdahale olasılığı da o kadar azalacaktır.

2 Rebecca L. Schiff (2008) **The Military and Domestic Politics: A Concordance Theory of Civil-Military Relations**, New York, Routledge.

3 Schiff, a.g.e., s. 32-49.

Uyum Teorisi'nin gücü, bir toplumun kültürel ve kurumsal nitelikleri ile askeri müdahaleler arasında bir nedensellik bağı kurması ve bunu yaparken de o topluma yabancı değerleri ve standartları kullanmamasıdır⁴.

Schiff'in bakış açısı sivil-asker ilişkilerinde kültürel faktörlerin, askerlerin yetiştirilme ve devşirilme biçimlerinin önemini vurgulamaktadır. Ancak, bu uyumun nasıl sağlanacağını ve uyumun olup olmadığının nasıl denetleneceğini açıklamamaktadır. Schiff'in amacı da bu değildir. Yazar esas olarak farklı kültürel ortamlarda farklı uyumların ortaya çıkabileceğine işaret etmekte ve kültürel faktör göz ardı edilerek sağlıklı bir sivil-asker ilişkisi oluşturulamayacağına dikkat çekmektedir. Öte yandan çatışmalı ve kutuplaşmış toplumlarda uyumun sağlanması için ne tür yöntemlere başvurulması gerektiği de Schiff tarafından ele alınmamıştır.

C- Vekâlet Teorisi

Feaver tarafından ortaya atılan vekâlet teorisi siyasi ve ekonomik bakımlardan üstün bulunan aktörlerin (asiller) daha altta bulunan aktörlerle (vekiller) arasındaki ilişkilere ve kontrol mekanizmalarına odaklanır⁵. Feaver'ın yaklaşımı Huntington'ın kurumsal bakışını eleştirir. Feaver mikro-ekonomideki asil-vekil ilişkisini rasyonel davranışlar yaklaşımı çerçevesinde sivil-asker ilişkisine uyarlar. Yürütme organındaki siviller asili, ordu kurmayları ise vekili temsil ederler. Siviller temel politik kararları alırlar, silahlı kuvvetler ise bu kararların uygulanması için çalışırlar. Bu ilişki içinde asillerin temel sorunu vekilin kendi politikalarına ne kadar uyum sağladığı ve ne ölçüde itaat ettiği. Silahlı kuvvetler siviller tarafından oluşturulmuş politikaları uygulamaya geçirmek amacıyla "çalışma" yerine "kaytarma", "ayak sürüme", "oyalama", "bahane üretme" ve hatta "karşı çıkma" davranışları geliştirebilir, medya üzerinden mesajlarla hoşnutsuzluğunu dile getirebilir. Kısacası, vekil asilin talimatlarına aykırı davranışlarda bulunabilir. Böyle bir durum siviller ile askerler arasında gerginliğin artmasına, hatta çatışmaya neden olacaktır⁶.

Vekâlet teorisi, sivillerin orduyu izleme ve denetleme maliyetinin düşük olması durumunda, vekil üzerinde daha iyi bir kontrol oluşturacaklarını öngörür. Bu kontrol, yürütme organı tarafından soruşturma, araştırma, raporlama, askeri planların gözden geçirilmesi, bütçenin ayrıntılı bir şekilde denetlenmesi gibi

-
- 4 Salih Akyürek, F. Serap Koydemir, Esra Atalay ve Adnan Bıçaksız (2014) **Sivil-Asker İlişkileri ve Ordu-Toplum Mesafesi**, Bilgesam Yayınları, Ankara s. 73.
 - 5 Peter D. Feaver (2003) **Armed Servants: Agency, Oversight, and Civil-Military Relations**. Cambridge: Harvard University Press. Ayrıca Bkz. Peter D. Feaver. 1998. "Crisis as Shirking: An Agency Theory Explanation of the Souring of American Civil-Military Relations." **Armed Forces and Society**, Cilt: 24, Sayı 3, s. 407-434.
 - 6 Feaver (2003) **Armed Servants...**, s. 96.

araçlarla, yasama organı tarafından ise oluşturulacak parlamento komisyonlarının orduyu izlemesiyle gerçekleştirilir. Vekil bakımından ise, eğer ordu siviller tarafından oluşturulan politikaların çeşitli yöntemlerle uygulanmaması ya da tam olarak uygulanmamasının bedelinin ağır olacağını düşünüyorsa ya da böyle bir durumda uygulanacak cezaların ağır olacağı algısına sahipse, asilin politikalarından sapma olasılığı azalacaktır. Asilin politikalarına karşı çıkmamanın nihai sonucu askeri müdahale ya da darbedir. Asilin politikalarına uyum ise sivillerin kurguladığı ordu modelinin verimli bir şekilde çalıştığının göstergesidir. Bu ikincisinin gerçekleşebilmesi için sivillerin askerlerin kendi politikalarını tam olarak uygulamaya geçirdiklerinden emin olmaları gerekir⁷.

Huntington'ın yaklaşımında sivillerin yetkileri sadece politikaların oluşturulması alanı ile sınırlanmış, siviller tarafından oluşturulacak hedeflere nasıl gidileceği orduya terk edilmiştir. Feaver ise ordunun, bu denli özerk olmamasına işaret etmekte, yürütme ve yasama organı tarafından kontrol edilmesini, ne kadar "çalıştığı" ya da "politikalarından uzaklaştığının" izlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu izlemenin maliyetinin düşük olması ise sivil denetimin önünde hukuki, siyasi, idari ve sosyolojik engellerin bulunmaması anlamına gelmektedir.

D- Yakınlaşma Teorisi

Janowitz, "Profesyonel Asker" adlı eserinde ordunun etkinliğini artırabilmesinin sivil değerler ve usullere yaklaşması ile sağlanabileceğini ileri sürmüştür⁸. Janowitz bu görüşüyle Huntington'ın kurumsal ayırım bakışından farklılaşır. O da Huntington gibi sivil ve askeri alan ayırımı yapmakla birlikte, her iki alanın birbirinden uzaklaşmasını ve askerlerin özerkleşmesini değil, tam tersine askeri alanın sivil değerlerle bütünleşmesini savunur. Günümüzde güç kullanımının meşru nedenlere dayanması konusunda uluslararası camiada artan farkındalık, Janowitz'in ölçütlerinin 21. yüzyılda Huntington'a nazaran daha fazla savunulması sonucunu doğurmuştur. Sivil-asker ilişkileri alanında askerlerin sivil otoriteye tabi olmasında bir kuşku yoktur. Ancak bunun da ötesinde askerlerin kendine özgüllüklerinin azaltılması, iç güvenliği sağlayan silahlı birimler kadar sivil alanın kurallarına tabi olması gerekir. Janowitz, askeri gücü ve amaçlarını yeniden kavramsallaştırarak, askeri alanı bir tür iç güvenlik alanına dönüştürmektedir⁹.

7 Feaver (2003) **Armed Servants...**, s. 96-118.

8 Morris Janowitz (1960) **The Professional Soldier: A Social and Political Portrait**, Glencoe, Illinois: Free Press, 418.

9 Akyürek vd, (2014), s. 70.

E- Demokrasinin Pekiştirilmesi Teorisi

Demokrasinin pekiştirilmesi yaklaşımı Larry Diamond, Andrew Heywood gibi ordu ve askerlerden ziyade demokratik kuram üzerine yoğunlaşan yazarlar tarafından oluşturulmuştur. Bu yazarlar demokratik ülkeleri çeşitli kategoriler altında ele alırlar. Demokrasiye yeni geçiş yapan devletler, demokrasisi sorunlu devletler ve pekişmiş demokrasiler bu kategoriler arasındadır. Bu yazarlara göre, demokrasiye yeni geçmiş ya da önemli sorunları olan demokrasiler henüz istikrarlı bir sistem oluşturamamışlardır. Ekonomik, siyasi ve sosyal krizler sonucunda bu devletler demokratik rejimlerini yitirebilirler. Bir demokratik rejimin istikrarlı hale gelebilmesi, krizleri demokratik rejimi kaybetmeden aşabilmesi demokrasinin pekişmesine bağlıdır¹⁰.

Bir demokrasinin pekişmesi temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, yatay hesap verilebilirliğin geliştirilmesi, yolsuzlukların önlenmesi, siyasi partilerin güçlendirilmesi ve ufalanmalarının önlenmesi, hukuk devletinin inşası gibi farklı alanlarda gelişme kaydedilmesine bağlıdır. Öte yandan bir demokrasinin pekişmesi için sivil-asker ilişkilerinde sivillerin üstünlüğü mutlaka sağlanmak zorundadır. Seçilmiş siviller ordu üzerinde denetim kuramadıkları, tam tersine ordu seçilmişler üzerinde doğrudan ve dolaylı etkisini koruduğu sürece bir demokrasinin pekişmesi olanaklı değildir¹¹.

Demokrasinin pekişmesi teorisi genel olarak kurumsal ayırım yaklaşımına yakın olmakla birlikte, orduya karşı daha sert bir tutum içindedir. Ordunun siviller tarafından katı bir şekilde kontrolünü savunan demokrasinin pekişmesi yaklaşımı, seçimle işbaşına gelenlerin üstünlüğünü vurgular.

F- Sivil-Asker İlişkileri Kuramları Üzerine Kısa Bir Değerlendirme

Yukarıda ele aldığımız sivil-asker ilişkileri üzerine kuramlar birbirlerinden farklı temellerden hareket etmekle birlikte tümü ordunun devlet sistemi içinde kendine özgü bir yapıya sahip olduğunu kabul etmektedir. Kuramların bir diğer ortak noktası ise sivil-asker ilişkisinde bir dengenin olması gerektiğidir. Yukarıda özetlediğimiz bu beş bakış açısının bir başka ortak yönü de silahlı kuvvetlere olan ihtiyacın altını çizmeleridir. Hiçbir kuram ordunun özellikle güvenlik alanındaki işlevsel öneminin azaldığını ileri sürmemektedir. Kuramlar esas itibarıyla ordunun bu kendine özgü yapısının genel devlet sistemi ile ilişkisinin nasıl kurulması gerektiği ve sivil-asker ilişkilerinin dengesinin nasıl sağlanacağı konularında birbirlerinden farklılaşırlar.

10 Larry Diamond (1997) *Consolidating the Third Wave Democracies*, London, The Johns Hopkins University Press, s. XVIII.

11 Diamond, age., s. 34.

Kurumsal ayırım yaklaşımı ordunun görevsel özerkliği ön plana çıkarırken vekâlet teorisi ordunun kendi görevini yerine getirirken de sivil yönetim tarafından izlenmesi gereğinin altını çizmektedir. Uyum teorisi ise orduyu vatandaşla da ilişkilendirmekte, her toplumun kendi kültürel yapısı içinde siyaset, toplum ve ordu arasında bir uyumun kurulması görüşünü savunarak, genel geçer, evrensel bir modelin bulunmadığını, kültürel özellikleri dikkate almayan bir yaklaşımın uyumu sağlayamayacağını ileri sürmektedir. Yakınlaşma ve demokrasinin pekiştirilmesi teorileri ise günümüz toplumlarında ordunun uyması gereken standartları ön plana çıkartmakta, ordunun özerkliği yerine demokratik sisteme ve savunmadan çok güvenlik ihtiyacının ortaya çıktığı bir dünyanın gereklerine uygun yapılanmasına ağırlık vermektedir. Bu anlamda son iki bakış açısının ordunun daha sıkı bir izleme ve denetime tabi olması gerektiğini savunduğunu söyleyebiliriz.

Bu kuramların hukuka etkisi ele alındığında, her bir yaklaşımın özellikle anayasa hukuku ve idare hukuku disiplinleri bakımından yol gösterici olduğu söylenebilir. Sosyal bilimlerin yaklaşımlarından bağımsız bir hukuki değerlendirme, hukuk yapıcılara vizyon kazandırmayacağı gibi, hukuk yapıcılarının gerçeklikle bağını koparacaktır.

Kurumsal ayırım teorisi siyasi kararların alınması ile uygulanması arasına sert bir çizgi çektiğinden bu ayırımın kamu hukuku tarafından düzenlenmesini de içermektedir. Öncelikle anayasal düzeyde sivil otoritenin üstünlüğü ve askeri alanın ikincilliği düzenlenmeli, yürütme ve parlamento ile askeri kuvvetler arasındaki hiyerarşinin nasıl kurulduğu gösterilmelidir. Vekâlet teorisi özellikle sivil izleme ve denetim mekanizmalarına önem vermektedir. Bu yaklaşım sivil izleme ve denetim mekanizmalarının maliyetini asgari düzeye indirecek tüm hukuki düzenlemelerin yapılmasını, somut izleme ve denetim mekanizmalarının kurulmasını öngörmektedir. Uyum teorisi kültürel çerçeveyi esas aldığından anayasal düzeyde sınırlı bir etkiye sahiptir. Ancak özellikle ordu mensuplarının toplumu yansıtan bir görünüm vermeleri, eğitimleri ve askerliğe kabul edilmelerinde kültürel unsurların dikkate alınması bakımından hukuki düzenlemelere yol göstericidir. Demokrasinin pekiştirilmesi ve yakınlaşma teorilerinin ise sivil-asker ilişkisinin seçilmişlerin üstünlüğünü sağlayacak şekilde anayasal ve yasal düzenlemelere kavuşturulmasına, silahlı kuvvetlere yönelik hukuki düzenlemelerin insani hukuk ve insan hakları hukuku kuralları ile sivil düzenin genel kurallarına uyum sağlamasına işaret ettikleri söylenebilir.

Bu kuramsal yaklaşımlar çerçevesinde aşağıdaki konular hukuki düzenleme alanını ilgilendirmektedir:

- Yürütme organı ve parlamentonun askeri kuvvetler konusundaki yetkileri-

nin anayasal düzenlemeye kavuşturulması,

- Anayasal düzeyde ve yasalarda izleme ve kontrol mekanizmalarının oluşturulması,
- Silahlı kuvvetlerin komuta merkezlerinin hükümet ile hiyerarşik ilişkisinin savunma bakanlığı üzerinden kurulması,
- Silahlı kuvvetlerin hükümete ve parlamentoya hesap verilebilirliğinin sağlanması, sorumluluklarının somut bir şekilde düzenlenmesi,
- Silahlı kuvvetlerin insan hakları ve insani hukuk çerçevesinde izlenmesi, toplumun çoğulcu yapısına, kültürel ve sosyal değerlerine uyumunun izlenmesi,
- Savunma ve güvenlik politikalarının şeffaflaşması,
- Savunma ve güvenlik alanlarında strateji oluşturma ve karar alma mekanizmalarının geliştirilmesi,
- Silahlı kuvvetler bütçesinin kontrolü,
- Silahlı kuvvetlerin personel alımı, personelin eğitimi, atama ve terfi yöntemleri ile tüm idari düzenlemelerin sivil denetimi sağlayacak şekilde hukuki düzenlemelere kavuşturulması,
- Barış zamanında hukuk devleti ilkelerinin silahlı kuvvetlere uygulanması, savaş döneminde insani hukuk ve savaş hukuku kurallarına uyumu sağlayacak düzenlemelerin yapılması,
- Silahlı kuvvetlerin stratejisi, planlanması, teknoloji ve bütçe ihtiyacının parlamentoda görüşülmesini sağlayacak birimlerin oluşturulması.

II- 1961'den İtibaren Anayasalarda Silahlı Kuvvetlere İlişkin Düzenlemeler

1923 yılında kurulan Türkiye Cumhuriyeti 1946 yılına kadar tek partili bir yönetime sahipti. Demokrasiye ilk geçiş 1946'da gerçekleşmekle birlikte bu yıl yapılan seçimlerde gizli oy, açık sayım kuralına riayet edilmemesi nedeniyle demokrasi dönemi 1950 seçimleriyle başlatılır. 1950 yılından günümüze kadar devam eden demokrasi dönemi 1960 yılında ilki gerçekleşen bir dizi askeri müdahale ile kesintiye uğramıştır. 1960 askeri müdahalesi sonucunda demokrasi bir yıl askıya alınmış ve 1924 Anayasası ilga edilerek 1961 Anayasası kabul edilmiştir. 1961 Anayasası askeri vesayetinin kurumsal olarak oluşturulduğu ilk anayasadır. 1962 ve 1963 yıllarında Harp Okulu komutanlığı yapmış olan Talat Aydemir önderliğindeki bir grup subay ve Harp Okulu öğrencileri tarafından iki kez darbe girişiminde bulunulmuş, ancak bu girişimler sonuçsuz kalmıştır. 1971 tarihinde önce 9 Mart tarihinde bir askeri darbe girişimi ortaya çıkarılarak sonlandırılmış ancak ordu 12 Mart tarihinde verdiği bir muhtıra ile seçilmiş hükümetin zorla görevinden ayrılmasını sağlamış ve Türkiye 1973 tarihine kadar ara rejimle yönetilmiştir. 12 Eylül 1980 tarihinde Genel Kurmay Başkanı ve kuvvet

komutanları tarafından yönetime el konulmuş, demokrasi iki yıl kesintiye uğramıştır. 1980 askeri darbesi günümüze kadar varlığını sürdüren anayasal ve yasal kural ve kurumlara varlık kazandırmıştır.

1980 müdahalesiyle kurulan son askeri yönetim dönemi 1983'te sona ermekle birlikte ordunun siyasete müdahalesi son bulmamıştır. 28 Şubat 1997 tarihinde verilen muhtıra ile sivil hükümet sarsıntı geçirmiş ve istifa etmek zorunda kalmıştır. Bu dönemde toplumun özellikle dindar kesimlerine yönelik baskılar artmış, hukuki olmayan tasarruflarla bu toplumsal kesimler haklarından mahrum bırakılmıştır. 27 Nisan 2007 tarihinde ise Genelkurmay Başkanı medya üzerinden yayınladığı bir muhtıra niteliğindeki belgeyle ordunun siyasetçilere yönelik memnuniyetsizliğini ifade etmiştir¹².

27 Mayıs 1960'ta gerçekleşen askeri darbeden 2000'li yıllara kadar devam eden süreç içinde anayasa ve yasalarda silahlı kuvvetlere ilişkin bir dizi düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeler aşağıdaki gibidir:

1961 Anayasası dönemi

- Milli Birlik Komitesi üyelerine Cumhuriyet Senatosu'nda "tabii senatörlük" statüsü verilmiştir.

- 1924 Anayasasında Milli Savunma Bakanı'na karşı sorumlu kılınan Genelkurmay Başkanı, 1961 Anayasasının 110. maddesiyle Başbakan'a karşı sorumlu hale getirilmiştir.

- Milli Güvenlik Kurulu ilk kez 1961 Anayasası ile düzenlenmiştir. (111. madde)

- Milli Birlik Komitesi üyeleri ile bu üyelerin emir ve kararlarını uygulayanlara dokunulmazlık güvencesi sağlanmıştır. (Anayasanın Geçici 4. maddesi)

- Milli Birlik Komitesi döneminde kabul edilen hukuki tasarruflara yargı bağımsızlığı sağlanmıştır. (Geçici 4. madde)

- 1961 Anayasasının 138. maddesinin 5. fıkrasında, "(...) askeri hâkimlerin refakatinde buldukları komutanlarla ilişkilerinin kanunla düzenleneceği" öngörülmüştür.

1971-1973 Anayasal Değişiklikleri

- MGK kararlarının daha etkili hale getirilmesini amaçlayan ifade değişiklikleri ("bildirir" yerine "tavsiye eder") yapılmıştır. (111. madde)

- TSK'nın yaptığı harcamalar, Sayıştay denetiminin dışına çıkarılmıştır. (127. madde)

- "Doğal hâkim" ilkesi "kanuni hâkim" ilkesine dönüştürülerek sıkıyönetim mahkemelerinin anayasaya aykırılık sorunu giderilmeye çalışılmıştır. (32. madde)

- Sıkıyönetim mahkemelerinin yargı yetkisi güçlendirilmiştir. (Geçici 21. madde)

12 Nilüfer Narlı (2011) Concordance and Discordance in Turkish Civil-Military Relations, 1980-2002, **Turkish Studies**, Cilt: 12, No: 2, s. 221-222.

- Sıkıyönetim ilan nedenleri genişletilerek sıkıyönetime geçiş kolaylaştırılmış ve askeri otorite güçlendirilmiştir. (124. madde)

- Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurularak askeri otoriteye yargı içinde önemli bir yetki kazandırılmıştır. (136. madde)

- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurularak, sivil yargının alanı daraltılmış, askeri otoritenin yargı ayağı güçlendirilmiştir.

1982 Anayasası

- Türk Silahlı Kuvvetleri, Devlet Denetleme Kurulu'nun denetim yetkisi dışında bırakılmıştır. (108. madde)

- Mili Güvenlik Kurulu'nda asker üyelerin sayısı sivil üyelerden fazla tutulmuş ve kurulun karar vermeye yetkili olduğu konuların kapsamı genişletilmiştir. (118. madde)

- Yüksek Askeri Şura kararları, yargı yetkisinin dışında tutulmuştur. (125. madde)

- Genelkurmay Başkanlığı'na Yüksek Öğretim Kurulu'na üye atama yetkisi verilmiştir. (131. madde)

- Milli Güvenlik Konseyi dönemi yöneticilerine yargı bağıışıklığı sağlanmıştır. (Geçici 15. maddenin 1 ve 2. fıkrası)

- Milli Güvenlik Konseyi döneminde kabul edilen hukuki tasarruflara yargı bağıışıklığı sağlanmıştır. (Geçici 15. maddenin 3. Fıkrası)¹³

III- Askeri Kuvvetlerin Demokratik Denetiminde Anayasalar ve Türkiye

Avrupa Konseyi üyesi devletlerin anayasalarında yer alan askeri kuvvetlerle ilgili düzenlemelere bakıldığında iki grup anayasal düzenleme biçiminden bahsetmek mümkündür: Silahlı kuvvetlere ilişkin çok az hüküm içeren “minimalist” anayasalar (Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, Lüksemburg ile kodifiye edilmiş bir anayasası olmayan Birleşik Krallık) ve silahlı kuvvetlerin daha kapsamlı düzenlendiği anayasalar (Federal Almanya, İtalya, Polonya, İspanya). Bu kapsamlı düzenlemeler silahlı kuvvetlerin özerklik alanını güçlendirme amacı taşımaz. Tam tersine, bu ülkeler geçmişte yaşadıkları totaliter rejim dönemleri nedeniyle silahlı kuvvetlerin sivil denetimini daha iyi sağlayabilmek amacıyla bu ayrıntılı anayasal düzenlemeleri kabul etmişlerdir.

A- Askeri Kuvvetlerin Yürütme Organı ile İlişkisi ve Türkiye

Demokratik yapıllı devletlerde askeri kuvvetlerin yürütme organı ile ilişkisi farklı şekillerde kurulmaktadır. Bu farklılığın kaynağında anayasaların yürütme

13 Ergun Özbudun (2013), **Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 44-47; Serap Yazıcı (2009) **Demokratikleşme Sürecinde Türkiye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 79-117.

organını anayasalı meşruti monarşi (Birleşik Krallık, Belçika, Danimarka, Hollanda, İspanya ve Lüksemburg örnekleri), parlamenter rejim (Federal Almanya ve İtalya örnekleri) ya da başkanlık veya yarı-başkanlık sistemine (Fransa ve Polonya örnekleri) göre değişik biçimlerde düzenlemiş olması yatmaktadır.

1- Monarşik Parlamenter Sistemler

Monarşik yapılı demokrasilerde, tacı elinde bulunduran kral ya da kraliçeler silahlı kuvvetler üzerinde bağımsız bir komuta yetkisine sahip olmadıkları gibi herhangi bir veto yetkileri de bulunmamaktadır. Birleşik Krallık'ın kodifiye edilmiş anayasasında silahlı kuvvetlere ilişkin özel bir kural mevcut değildir. Kral ya da Kraliçe ordu üzerinde emir yetkisini kullanmakla birlikte on dokuzuncu yüzyıldan beri uygulanan anayasal konvansiyon nedeniyle bu yetkiyi doğrudan değil, hükümet aracılığı ile kullanırlar. Egemenlik taca aittir, ancak kullanımı hükümetin katılımıyla gerçekleşir.

Birleşik krallık silahlı kuvvetlerin demokratik kontrol ve denetime tabi olduğu iyi örnekler arasında bulunur. Birleşik Krallık örneği bir model olarak bu kültürden etkilenmiş başta ABD olmak üzere, diğer Anglo-Sakson ülkelerini (Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda) de etkisi altına almıştır. Birleşik Krallık'ta 1648-1660 yılları hariç bir askeri bürokratik yönetim uygulaması ya da girişimi görülmemiştir. 1648'de Cromwell öncülüğünde Kralın tahtan indirilmesi ve idam edilmesi 12 yıllık bir otokratik yönetimin kapısını açmıştır. Bu dönem sonrasında parlamentonun en üstün otorite olduğu ilkesi Birleşik Krallık kamu hukukunun en temel ilkelerinden biri olmuş, silahlı kuvvetler tümüyle sivil denetime tabi kılınmıştır¹⁴.

Birleşik Krallık'ta silahlı kuvvetler ve güvenlik alanlarında stratejik kararları alma yetkisi hükümete aittir. Askeri politikaların oluşturulması ve salt askeri nitelik taşıyan kararların alınması Savunma Bakanlığının sorumluluğundadır. Savunma Bakanlığının yanında silahlı kuvvetlerden sorumlu bir devlet bakanı ile silahlanmadan sorumlu bir başka devlet bakanı hükümet içinde görev yapmaktadır.

Birleşik Krallık'ta Savunma Bakanlığı hem savunma alanında politikaları üreten hem de askeri alanda idareyi yöneten bir bakanlıktır. Bu ikili işlevi nedeniyle bakanlık bünyesinde sivil ve askeri personel birlikte çalışır. Savunma alanında politi-

14 Peter Rowe (2003) "Military Law in the United Kingdom", **European Military Law Systems** (Der. Georg Nolte) içinde, De Gruyter Recht, Berlin, s. 831-835; Antonín Svěrák (1997) **Democratic Control of Armed Forces and the Share of the Civilians in the Management of the Department of Defence, including their Preparation for the Exercising of their Functions in Stabilised Democratic States in Europe (Germany, UK, Norway, Austria) and in the Czech Republic**, Final Report, Prague, s.16-18.

kaların üretilmesi alanında bakanlığın sivil personeli, askeri idare ile ilgili meselelerde ise askeri personeli görev yapar. Bakanlık strateji oluşturma, teknoloji izleme, yeni savunma anlayışlarının takip konularında araştırma merkezleri, teknoloji merkezleri, üniversiteler ve sivil uzmanlardan faydalanır. Ordunun komutası tümüyle askeri personele ait olmakla birlikte, askeri personel politikaların belirlenmesi ve kararların alınması söz konusu olduğunda tamamen seçilmişlere tabidir.

Silahlı kuvvetler mensubu asker ya da sivil bir bürokratin siyasi konularda açıklama yapması, hatta imada bulunması ciddi bir meslek etiği ihlali olarak değerlendirilir. Genelkurmay Başkanı ordunun en üst amiridir ve Britanya Savunma Kurmay Başkanının altında görev yapar. Britanya Savunma Kurmay Başkanı ise Başbakanı danışmanlık yapan en yüksek rütbeli ordu mensubudur. Savunma Bakanlığına bağlı olarak görev yapar ve bakanlığın daimi sekreteryası ile birlikte çalışır. Gerek Genel Kurmay Başkanı gerekse de Genel Savunma Kurmay Başkanı Kurmay Başkanları Komitesinin üyesidirler. Kurmay Başkanları Komitesine bu ikisine ek olarak deniz ve hava kuvvetleri komutanları da katılır. Genel Kurmay Başkanı aynı zamanda Silahlı Kuvvetler Konseyinin üyesidir. Bu konsey Savunma Bakanlığı Savunma Genel Sekreteri, silahlanma ve silahlı kuvvetlerden sorumlu devlet bakanlarından oluşan üç sivilin yanında Genel Kurmay Başkanı, Genel Kurmay Başkan Yardımcısı ve üç adet üst rütbeli subay ile bir başçavuş üyeye sahiptir¹⁵.

Parlamentoda ise askeri konularla ilgili görev yapan iki yasama komitesi bulunmaktadır. Ordunun izlenmesi işlevine de sahip olan Savunma Komitesi parlamentodaki tüm siyasi partilerin temsilcilerinden oluşur ve savunma alanında her yıl yazılı bir rapor hazırlayarak kamuoyu ile paylaşır. Parlamentoda askeri kuvvetlerin denetimini gerçekleştiren bir diğer kurul Bütçe Komitesidir. Bütçe Komitesi orduya ayrılan bütçe miktarının uygunluğunu ele alır ve karara bağlar¹⁶.

İspanya 1978 Anayasası ile Franco dönemini kapamış ve otoriter yönetimden demokrasiye geçmiştir. Geçiş dönemi reformlarından hoşlanmayan ordu 1981 yılında bir darbe girişiminde bulunmuşsa da başarılı olamamıştır. Bu tarihten sonra İspanya demokratik rejimini günümüze kadar uzanan bir süreçte kurduğu demokratik kurumlarla pekiştirmiştir. İspanya, kurumlaşmanın demokratikleşme sürecindeki önemini gösteren başarılı bir örnektir. Darbe girişimi sonrasında Savunma Bakanı Narcis Serra tarafından gerçekleştirilen reformlar ile ordunun komutası tek bir hiyerarşiye bağlanmıştır. Bu sistem içinde silahlı kuvvetlerin başkomutanlığı sembolik olarak Krala aittir. Kralın tasarrufları ancak karşı-imza yoluyla Başbakan ve Bakanlar tarafından onaylanınca geçerlilik

15 www.gov.uk/government/organisations/ministry-of-defence.

16 Svirák, **a.g.e.**, s. 18-20

kazanır¹⁷. Başbakan ve Savunma Bakanı savunma politikalarının oluşturulması ve Krala ait sembolik gücü kullanma yetkilerine sahiptir. Genel Kurmay Başkanı ise Savunma Bakanlığına bağlı olarak görev yapar¹⁸. Savunma Bakanlığı üç ana kategori altında örgütlenmiştir. İlk kategori tümüyle planlama, operasyonlara hazırlık, doktrin gibi tümüyle askeri işlerle ilgilenir. Bu bölümün başında Savunma Kurmay Başkanı (*Jefe del Estado Mayor de la Defensa*) bulunur. İkinci bölüme sivil bir müsteşar yardımcısı başkanlık eder. Bu bölüm askerlerin mesleğe alınması, işletme, finansman ve altyapı alanlarında faaliyet gösterir. Üçüncü bölüm ise yine bir müsteşar yardımcısı tarafından yönetilir ve yurtdışı görevler, askeri eğitim ve öğretim işleriyle ilgilenir¹⁹.

Belçika’da Kral’ın silahlı kuvvetlere ilişkin yetkileri anayasada sayılmıştır. Bu çerçevede Kral silahlı kuvvetlerin başkomutanıdır. Kral aynı zamanda savaş ve barışa karar verir. Ancak Kral bu yetkilerini ancak bakan tarafından karşı-imza kullanılmak suretiyle kullanabilir²⁰. Tüm askeri kuvvetler Savunma Bakanlığına bağlı olarak görev yapar. Bakanlıktaki en üst rütbeli kişi Savunma Başkanıdır. Savunma Başkanı görevini Savunma Başkan Yardımcısı ve Genel Sekreter ile birlikte yerine getirir. Bakanlık bünyesinde genel müdürlükler oluşturulmuştur. Askeri planlama ve operasyonların başında bir Kurmay Başkan Yardımcısı bulunur²¹.

Hollanda’da silahlı kuvvetler Kral ve bakanların yetkisi altındadır²². Ancak Anayasa silahlı kuvvetlerin aktif kontrolünü hükümete vermiştir²³. Bakanlar Kurulu Usul Kuralları 4. maddesine göre Bakanlar Kuruluna alt kurullar oluşturabilir. Bu çerçevede oluşturulmuş olan Genel Savunma Konseyi 1996 yılında ortadan kaldırılmış ve yerine Avrupa ve Uluslararası İlişkiler Konseyi kurulmuştur. Bu alt kurul savunma politikalarının oluşumu, savunma yatırımları ve silahlı kuvvetlere ilişkin ana konularda Bakanlar Kurulu’nun alacağı kararların alt yapısını oluşturur. Hollanda Savunma Bakanlığı, Bakan, Bakanlık Müsteşarı, Savunma Kurmay Başkanı ve kuvvet komutanlıklarından oluşur. Savunma Kurmay Başkanı Müsteşara bağlı olan Genel Sekreter ile ilişkilendirilmiştir. Kuvvet komutanları da aynı sekreterlikle birlikte faaliyet gösterirler. Genel Sekreter Bakanlık bünyesindeki en yüksek dereceli sivil bürokrattır²⁴.

17 İspanya Anayasası, madde 56, üçüncü fıkra, madde 64.

18 Florina Cristiana Metei ve José A. Olmeda (2012) “Executive Civilian Control of the Military: Spain”, **Routledge Handbook of Civil-Military Relations**, Routledge, London, s. 181-184.

19 Florina Cristiana Metei ve José A. Olmeda, **a.g.e.**, s. 185.

20 Belçika Anayasası, madde 106.

21 Pierre d’Argent (2003) *Military Law in Belgium*, *European Military Law Systems* (Der. Georg Nolte) içinde, De Gruyter Recht, Berlin, s. 184-203.

22 Hollanda Anayasası madde 42.

23 Hollanda Anayasası, madde 97, ikinci fıkra.

24 Leonard F. M. Besselink (2003) “The Military Law in Netherlands”, *European Military Law Systems* (Der. Georg Nolte) içinde, De Gruyter Recht, Berlin, s. 546 vd.

2- Yarı-Başkanlık Sistemleri

1958 Fransız Anayasası, silahlı kuvvetlerin devlet sistemi içindeki yeri, yürütme ile ilişkileri, rolü, demokratik kontrolü, yargısal denetimi ile ilgili konularda herhangi bir hüküm içermez. Bu yönüyle askeri kuvvetlere ilişkin hiçbir hüküm içermeyen bir anayasadır. Fransa'da savunma alanı ile ilgili tüm konular 7 Ocak 1959 tarihli bir kararname (Portant Organisation Générale de la Défens) ile düzenlenmiş, daha sonra bu kararname Parlamento tarafından onaylanmıştır²⁵. Fransa'da askeri kuvvetler ile yürütme organı arasındaki ilişki anayasada yer almamakla birlikte, yasama organı, cumhurbaşkanı ve başbakanın yetkileri ile birbirleri arasındaki güçler ayrılığı ve ilişkiler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Fransız Anayasasının 5. maddesine göre, Cumhurbaşkanı ulusal bağımsızlığın, ülkesel bütünlüğün ve uluslararası antlaşmaların garantörüdür. Cumhurbaşkanı devlet içindeki sivil ve askeri makamlara atamalar yapar, silahlı kuvvetlerin başkomutanıdır ve ulusal savunma konsey ve komitelerine başkanlık yapar²⁶. Ulusal savunma ile ilgili ana kararlar Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Savunma Konseyi ya da Sınırlandırılmış Savunma Komitesi toplantılarında alınır. Cumhurbaşkanının kararları Başbakan ve Savunma Bakanı tarafından karşı-imza kuralı çerçevesinde imzalanır²⁷. Fransız Anayasasına göre ulusal savunmadan Başbakan sorumludur. Savunma önlemlerinin nasıl uygulandığını denetler. Başbakan bu görevini Ulusal Savunma Genel Sekreterliği aracılığıyla gerçekleştirir. Başbakan ayrıca yüksek rütbeli subayları atar²⁸.

Fransız Anayasasında Cumhurbaşkanı ile Başbakanın askeri kuvvetler üzerindeki yetkileri konusunda bir muğlaklık söz konusudur. Her ikisi de atama ve ana kararların alınması konularında yetki sahibi olarak düzenlenmiştir. Bu karışıklığın nedeni 1958 Anayasasının ilk halinin parlamenter rejime göre düzenlenmişken, daha sonra yapılan değişiklik ile yarı-başkanlık sistemine geçilmiş olmasıdır. Bu değişiklikler ile Cumhurbaşkanının yetkileri artırılmış ve anayasada Cumhurbaşkanı ile Başbakanın yetkileri arasında bir muğlaklık ortaya çıkmıştır. Uygulamada zaman içinde Cumhurbaşkanının yetkileri öne çıkmış ve başbakanın yetkileri daha şekli düzeyde kalmıştır²⁹.

Fransız Anayasasına göre atama yetkileri her bir meclisteki³⁰ ilgili daimi ko-

25 Jörg Gerkrath (2003) *Military Law in France, European Military Law Systems* (Der. Georg Nolte) içinde, De Gruyter Recht, Berlin, s. 281.

26 Fransız Anayasası madde 13 ve 15.

27 Fransız Anayasası madde 19.

28 Fransız Anayasası madde 13 ve 21.

29 Gerkrath, a.g.e., s. 294.

30 Fransız yasama organı Senato ve Millet Meclisi olmak üzere iki alt meclisten oluşur.

misyonlarla birlikte kamuoyunun görüşü alınarak kullanılmalıdır. Her iki komisyonun aleyhte kullandıkları oy toplamı iki komisyonun kullandığı toplam oy sayısının beşte üçüne eşit olduğu hallerde, Cumhurbaşkanı tarafından atama yapılmaz. Bu komisyonlar, ilgili görev veya unvanlara göre kanunlar tarafından belirlenir³¹.

Fransız Anayasası Savunma Bakanlığı ile ilgili özel bir düzenleme içermez. Bakanlığın rolü 1959 tarihli kararnamenin 16. maddesinde düzenlenmiştir. Savunma Bakanlığı savunma politikalarını uygulamaya geçirir. Silahlı kuvvetlerin organizasyonu, eğitimi, personelin mesleğe alımı, silah alımı ve altyapı yatırımları bakanlığın kontrolindedir. Bakanlığa bu faaliyetlerinde Silahlı Kuvvetler Başkomutanı destek olur. Savunma Bakanı bu görevlerini Başbakanın altında onunla koordinasyonlu bir şekilde yürütür. Silahlı Kuvvetler Başkomutanlığı ve kuvvet komutanlıkları Savunma Bakanlığına bağlıdır³². Jandarma 2009 yılına kadar Savunma Bakanlığına bağlıyken, 2009 tarihinde personel işleri ve atamalar bakımından İçişleri Bakanlığı bünyesine alınmıştır³³.

Özet olarak günümüzde, Fransız sisteminde savunma ile ilgili ana politik kararların alınması ve üst düzey personelin atanması Cumhurbaşkanı tarafından ilgili savunma konsey ve komisyonların görüşü alınarak gerçekleştirilmekte, Başbakan ve Savunma Bakanı bu kararların uygulanması işleriyle ilgilenmektedir. Yasama organının atamalar üzerinde bir denetimi mevcuttur. Üst düzey askeri makamların tümü Savunma Bakanlığına bağlı olarak çalışmaktadır.

Polonya, totaliter yönetimi terk ettikten sonra 1996'dan itibaren sivillerin asker üzerindeki kontrolünü artırmıştır³⁴. Polonya Anayasasına göre Cumhurbaşkanı silahlı kuvvetlerin başkomutanıdır. Cumhurbaşkanı barış zamanında silahlı kuvvetlerin komutasını Savunma Bakanı üzerinden yerine getirir. Cumhurbaşkanı Genel Kurmay Başkanı ile silahlı kuvvetlerin komuta makamlarında bulunan kişileri atamak ve görevine son vermek yetkileriyle donatılmıştır³⁵. Polonya Anayasası silahlı kuvvetlerde görev yapan komutanların görev sürelerine ve görev süreleri sona ermeden görevden alınmalarına ilişkin esaslar ile, savaş halinde Cumhurbaşkanının silahlı kuvvetlere başkomutan atama yetkisini düzenlemektedir. Anayasa ayrıca genelkurmay başkanının anayasal organlara

31 Fransız Anayasası madde 13.

32 Gerkrath, a.g.e., s. 296-297.

33 <http://www.fiep.org/member-forces/french-national-gendarmerie>

34 Agnieszka Gogolewska (2006) "Problems confronting civilian democratic control in Poland", **Civil-Military Relations in Europe: Learning from Crisis and Institutional Change**, (Der. Hans Born, Marina Caparini, Karl W. Haltiner and Jürgen Kuhlmann), Routledge, London, s. 97.

35 Polonya Anayasası, madde 134, birinci ve ikinci fıkralar ile madde 146.

bağlılığı ilkesinin kanunla düzenleneceği hükmüne yer vermiştir³⁶. Polonya’da 1996 yılından sonra Savunma Bakanlığı ile ilgili yeni düzenlemeler ve reformlar yapılmaya başlanmış, genelkurmay ve silahlı kuvvetler Savunma Bakanlığına bağlanmıştır³⁷.

3- Parlamenter Hükümet Sistemiyle Yönetilen Cumhuriyetler

Federal Almanya’da Federal Savunma (Bundeswehr) silahlı kuvvetler ile sivil idari birimlerden oluşur. Federal devlet yapısı içinde eyaletlerin silahlı kuvvetlerle ilgili bir yetkisi bulunmamaktadır³⁸. Cumhurbaşkanı rütbeli silahlı kuvvetler personelinin atamakla görevlendirilmiştir³⁹. Ancak Cumhurbaşkanı’nın bu yetkisi başbakan ve yetkili bakanın karşı- imzasına bağlanmıştır. Parlamenter sistemle yönetilen Federal Almanya’da Cumhurbaşkanı’nın tek başına karar alma yetkisi olmadığından rütbeli silahlı kuvvetler personelinin atanmasında da asıl yetki hükümete aittir. Başkomutanlık barış zamanında Federal Savunma Bakanı tarafından yerine getirilir. Almanya’ya yönelik bir askeri saldırı gerçekleştiğinde emir ve komuta yetkisi Başbakana geçer⁴⁰. Savunma Bakanlığı personeli hem asker hem de sivil kadrolardan oluşur. Silahlı Kuvvetler Kurmay Başkanı Başbakan tarafından atanır. Kuvvet komutanları ve general rütbesindeki personelin atamaları Federal Savunma Bakanı tarafından yerine getirilir. Başbakan tüm askeri konularda hükümetin bir alt komitesi olarak faaliyet gösteren Milli Güvenlik Konseyine danışır. Yasayla düzenlenen Milli Güvenlik Konseyi Başbakan ve sekiz bakandan oluşur. Kurmay Başkanı Konsey toplantılarına sürekli katılır ancak kurul üyesi değildir⁴¹.

Federal Almanya İkinci Dünya Savaşı öncesi yaşanan Nazi Döneminin etkisiyle silahlı kuvvetlerin özerkliği anlayışına sıcak bakmayan, sivil toplumla silahlı kuvvetleri kaynaştırmaya yönelik bir politika benimsemiş ve bu anlayışı savaş sonrası oluşturulan anayasal sisteme dâhil etmiştir. Federal Almanya silahlı kuvvetler komuta mekanizmasına etik, hukuki ve siyasi sınırlamalar getirmiştir. Demokratik kurallara uygun bir liderlik gelişimi ve vatandaşlık anlayışına dayalı (*innere führung*) bir silahlı kuvvetler kültürü oluşturulmaya çalışılmıştır. Federal Almanya Silahlı Kuvvetleri orduya özerklik tanımayan bu yaklaşımıyla tüm diğer NATO üyesi devletlerden farklılaşır.

36 Polonya Anayasası madde 134, üçüncü ve dördüncü fıkralar.

37 Gogolewska, a.g.e., s. 99-107.

38 Federal Almanya Anayasası madde 87(a), birinci bent.

39 Federal Almanya Anayasası, madde 60, (1) numaralı fıkra.

40 Federal Almanya Anayasası, madde 115(b)

41 George Nolte ve Heike Krieger (2003) “Military Law in Germany”, European Military Law Systems (Der. Georg Nolte) içinde, De Gruyter Recht, Berlin, s. 337-340.

Avusturya NATO üyesi olmayan bir devlettir. Avusturya'da silahlı kuvvetlerin demokratik kontrolü, siyasi, yargısal ve mali olmak üzere üç alanda gerçekleşir. Siyasi kontrol yürütme ve yasama organı tarafından sağlanır. Silahlı kuvvetler Federal Savunma Bakanlığı'na bağlıdır. Savunma Bakanlığı hem askerlerin hem sivillerin görev yaptığı bir örgütlenmeye sahiptir. Bakanlık çalışanlarının yarısından fazlası sivillerden oluşur. Bakanlığın insan kaynakları bölümünün başında sivil bir personel bulunur. Bu bölüm personel, personelin işe alımı ve üst disiplin soruşturmaları alanlarında yetkilidir. Bakanlıkta görev yapan askeri personel ise askeri personelin eğitimi, silahlanma, alım ve satım işleri alanlarında istihdam edilmiştir. Askeri okullar ve kurmay okulları doğrudan Savunma Bakanlığına bağlıdır.

İki kanatlı Federal Meclis (Ulusal Konsey ve Federal Konsey) ise yasama komisyonları ve parlamento faaliyetleri ile denetim faaliyetini yerine getirir. Ulusal Konsey bünyesinde yer alan ve Avusturya Anayasası ile düzenlenen Ana Komisyon askeri kuvvetlere ilişkin temel konular da dâhil olmak üzere tüm önemli konularda karar alma yetkisine sahiptir. Bu komisyon partilerin yasama organındaki ağırlıklarına göre oluşturulmuştur. Ana Komisyon'a bağlı olarak çalışan bir Daimi Komite de mevcuttur. Ana Komisyon gerektiğinde Cumhurbaşkanı ve Genelkurmay Başkanı ile birlikte çalışır. Ulusal Konsey içinde ayrıca bir Savunma Komitesi bulunur. Federal Savunma Bakanlığı tarafından oluşturulan bu komite önüne getirilen yasa tasarıları ve diğer politika belgeleri hakkında görüşmeler yapar, tavsiyelerde bulunur. Hesaplar ve bütçe komiteleri ise silahlı kuvvetlerin hesap ve bütçelerinin denetlenmesinde rol oynayan parlamento birimleridir. Bu komitelerin çalışmaları kamuya açık bir şekilde yürütülür.

Silahlı kuvvetlerin mali kontrolü mali yargı organı olan Avusturya Sayıştay tarafından yerine getirilir. Hukuki denetim mekanizmaları ise Anayasa Mahkemesi ve idare mahkemeleridir. Anayasa Mahkemesi suçlandığı takdirde Federal Savunma Bakanını görevinden alma yetkisine sahiptir.

Avusturya'da silahlı kuvvetlerin başkomutanı Cumhurbaşkanıdır. Ancak barış döneminde bu görev Başbakan tarafından yerine getirilir.

4- Güvenlik Kurulları

Avrupa Konseyi üyesi devletlerin bir kısmında, merkezi yönetim içinde milli güvenlik kurulu adı altında idari organlar oluşturulmuştur. Gürcistan, Litvanya, Polonya, Romanya, Türkiye ve Ukrayna'da milli güvenlik kurulları anayasalarda düzenlenmiştir. Gürcistan Anayasası Cumhurbaşkanının başkanlığında bir milli savunma kurulu oluşturmuş, kurulun oluşumu, görevleri ve çalışma usullerinin düzenlenmesi işini kanuna bırakmıştır. Kurulun önerileri Cumhur-

başkanı ve yasama organının onayıyla etki kazanmaktadır⁴². Litvanya'da kurul Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclis Başkanı, Savunma Bakanı ve kuvvet komutanlarından oluşmaktadır. Cumhurbaşkanının başkanlık ettiği Devlet Savunma Kurulunun görevi savunma alanında koordinasyonu sağlamak ve savunma ile ilgili konularda görüş oluşturmaktır⁴³. Polonya'da Milli Güvenlik Kurulu iç ve dış güvenlik alanlarında Cumhurbaşkanına bağlı bir danışma organıdır. Kurul üyelerinin atanması ve görevden alınması Cumhurbaşkanının yetkisindedir⁴⁴. Romanya Anayasası silahlı kuvvetler başkomutanı sıfatıyla Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan devletin savunma ve güvenlik alanlarında koordinasyonunu sağlamaya yönelik bir Milli Savunma Yüksek Kurulu oluşturmuştur. Kurul aynı zamanda yasama organına faaliyetlerini rapor eder⁴⁵. Ukrayna'da Cumhurbaşkanı, Milli Güvenlik ve Savunma Kurulunun başkanıdır. Kurul üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve kararları Cumhurbaşkanlığının kararnameleri ile etki kazanır⁴⁶.

5- 1982 Anayasasında Durum

a- Genel Olarak

Avrupa Konseyi üyesi devletlerin anayasal sistemlerine bakıldığında yürütme organının askeri kuvvetler üzerindeki yetkisinin yeknesak olmaması hükümet sistemlerinin farklılıklarından, siyasi kültür ve tarihsel özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Ama bu farklılıklara rağmen demokratik devlet sistemlerinde silahlı kuvvetler ya devlet başkanının ya da başbakanın kontrolü altındadır. Sadece Federal Almanya'da barış zamanında Federal Savunma Bakanı tam yetkili kılınmıştır. Parlamenter monarşilerde kral ya da kraliçe silahlı kuvvetler üzerinde asıl yetki sahibi güç olarak görünmekle birlikte bu gücünü ancak başbakan ya da bakanın tasdiğiyle kullanabilmektedir. Parlamenter cumhuriyetlerde ise kralın yerini sembolik yetkilerle donatılmış cumhurbaşkanları almaktadır. Parlamenter monarşiler ile parlamenter cumhuriyetler arasındaki bir fark, monarşik sistemlerde tacı elinde bulunduran kişinin ordu ile daha yakın bir bağının bulunmasıdır. Bazı parlamenter monarşilerde kral aynı zamanda ordunun bir mensubu, en üst rütbeli subayıdır. Ancak bu yakınlık genelde sembolik bir ilişkiye dönüşmüş, asıl kontrol yetkisi hükümete geçmiştir. Fransa ya da Polonya gibi yarı-başkanlık sistemlerinde ise cumhurbaşkanının silahlı kuvvetler üzerinde yetkisi daha ön plana çıkmaktadır. Bazı bakımlardan farklılıklar taşıyan tüm bu

42 Gürcistan Anayasası, madde 99.

43 Litvanya Anayasası, madde 140.

44 Polonya Anayasası, madde 135 ve madde 144, birinci fıkrası, yirmi altıncı bent.

45 Romanya Anayasası, madde 92, birinci fıkrası, madde 119 ve madde 65, ikinci fıkrası, (g) bendi.

46 Ukrayna Anayasası, madde 106 ve 107.

örneklerin ortak yönü her birinde genelkurmay başkanı ya da muadili komutanın hukuki olarak yürütme organına bağlı olması, onun emri altında çalışması ve genelkurmay başkanı ve kuvvet komutanlarının yürütme organı mensuplarınca atanmasıdır.

1982 Anayasasının yukarıdaki örneklerden temel farklılığı yürütme organı ile silahlı kuvvetler üst komutası arasındaki ilişkinin yeterince net, doğrudan ve seçimle işbaşına gelen sivillerin tam kontrolünü sağlayacak şekilde oluşturulmamış olmasıdır. Özellikle atama ve terfi alanlarında anayasal netliği bulunmayan alanlar kanunlar ile düzenlenmiştir.

b- Yüksek Rütbeli Silahlı Kuvvetler Personelinin Atama ve Terfileri

1982 Anayasasında kuvvet komutanlarının atanmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Genelkurmay Başkanının atanması ise Anayasanın 117. Maddesinin dördüncü fıkrası gereğince Bakanlar Kurulu'nun teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca gerçekleştirilir. Ancak, Bakanlar Kurulunun teklifini nasıl oluşturacağı önemli bir noktadır. Yüksek Askeri Şura (YAŞ) üst rütbeli subayların terfi ve emeklilik işlemlerini gerçekleştiren bir kuruldur ve kanunla düzenlenmiştir. 15 Temmuz başarısız darbe girişiminden sonra ilan edilen olağanüstü hal döneminde çıkarılan 669 sayılı KHK ile değiştirilmeden önce yürürlükte bulunan 1612 sayılı Yüksek Askeri Şura Kanunu'nun 2. Maddesi YAŞ üyelerini, Başbakan, Genel Kurmay Başkanı, Milli Savunma Bakanı, kuvvet komutanları, ordu komutanları, Jandarma Genel Komutanı, Donanma Komutanı ile Silahlı Kuvvetler kadrolarında bulunan orgeneral ve oramiral rütbesine sahip subaylar olarak belirlemiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında YAŞ üyelerinin terfi işlemlerinde eşit oy kullanacakları ve 5. maddenin ikinci fıkrasında YAŞ kararlarının oyçokluğu ile alınacağı hükmüne bağlanmıştır. Tüm bu düzenlemeler birlikte incelendiğinde Anayasa'da yer alan Genelkurmay Başkanının Bakanlar Kurulu'nun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından atanması kuralının özü itibariyle etkisiz olduğunu söyleyebiliriz. Bakanlar Kurulunun Genelkurmay Başkanı atanması için sahip olduğu teklif yetkisi YAŞ terfi kararları esas alınarak gerçekleştirilmektedir. Kaldı ki kuvvet komutanları için böyle bir yetki anayasal düzenlemeye de konu edilmemiştir. YAŞ terfiler konusunda bir danışma organı değil, karar alma organı konumunda bulunduğundan Bakanlar Kurulunun onun kararlarına karşı aksi bir tutum içerisine girmesi de söz konusu olamaz. Ayrıca, YAŞ üyelerinin Başbakan hariç tümünün yüksek rütbeli subaylardan oluşması nedeniyle kararların alınmasında yürütme organının rolü Başbakanın kurul faaliyetleri sırasındaki kişisel etkisine bağlıdır. 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde düzenlenen, Genelkurmay Başkanının Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlığı yapmış

orgeneral-oramiraller arasından Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca atanacağı kuralı, Başbakan YAŞ toplantısında diğer üyeleri ikna etse dahi kuvvet komutanları dışındaki bir üst rütbeli subayın Genelkurmay Başkanı olarak atanmasının mümkün olmadığını göstermektedir⁴⁷. Tüm bunların ötesinde, Anayasanın 125. Maddesinin ikinci fıkrasına göre YAŞ'ın terfi ve emekliye ayırma işlemlerine karşı yargı organına başvurulamaz. Söz konusu madde 2010 yılında değiştirilmişse de terfi ve emekliye ayırma işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulması konusunda bir değişikliğe gidilmemiştir.

31 Temmuz 2016 tarihli 669 sayılı KHK'nin 45. maddesi YAŞ'ın üye yapısı ile ilgili önemli bir değişiklik getirmektedir. Bu değişiklik ile Kanun'un 2. maddesi yeniden düzenlenmiş ve YAŞ'ın üyeleri Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan Yardımcıları, Adalet Bakanı, Dışişleri Bakanı, İçişleri Bakanı, Milli Savunma Bakanı ile kuvvet komutanları olarak belirlenmiştir. 669 sayılı KHK ile YAŞ kompozisyonu tümüyle değiştirilerek kurulun sivil üyelerinin sayısı artırılmış, asker kökenli üyelerin önemli bir kısmı kurul bileşiminden çıkarılmıştır. Buna ek olarak KHK'nin 28. maddesi ile Genelkurmay Başkanının sadece kuvvet komutanları arasından atanacağı hükmü Silahlı Kuvvetler Personel Kanunundan çıkarılmıştır. Buna ek olarak 17 Ağustos 2016 tarihinde çıkarılan 671 sayılı KHK ile 1324 sayılı Genelkurmay Başkanlığı görev ve Yetkileri Kanununun 8. Maddesi değiştirilerek Genelkurmay Başkanının orgeneral ve oramiraller arasından Bakanlar Kurulunun teklifiyle Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı hükmü kabul edilmiştir.

669 ve 671 sayılı KHK'lerin üst rütbeli subayların terfi işlemlerinde dengeleri hükümet lehine dönüştürmesi, Genelkurmay Başkanının daha geniş bir general grubu içinden belirlenmesine olanak tanınması önemli bir sistem değişikliği anlamına gelmekle birlikte bu durum anayasal ve yasal düzenleme ihtiyacını ortadan kaldırmamıştır. Bir kere, söz konusu değişikliğin bir KHK ile yapılmış olması uzun dönemli bir sistemin oluşturulabilmesi için yetersizdir. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğu üst rütbeli subayların atanmasıyla yetkili organı kendi anayasalarında düzenlemiş, ayrıntıları kanunlara bırakmıştır. Türkiye'nin de nihai olarak böyle bir normatif temeli oluşturması gerekir. İkinci olarak, acil ihtiyaçları göz önünde bulundurarak hazırlanan 669 ve 671 sayılı KHK'ler sivil-asker ilişkilerinde uzun vadeli bir sistemi oluşturmayı hedeflememiş, daha çok acil ihtiyaç gösteren alanlarda sivillerin kontrolünü sağlamaya odaklanmıştır. Bu nedenle uzun vadede üst rütbeli subayların terfi ve emekliye ayırma işlemleriy-

47 Burada belirtilmesi gereken bir başka nokta Silahlı Kuvvetlerin kendi gelenekleri çerçevesinde Genelkurmay Başkanlığına günümüze kadar sadece Kara Kuvvetleri Komutanlarının atanmış olmasıdır. Böylece kimin Genelkurmay Başkanı olacağı konusunda anayasal düzenlemeye rağmen uygulamada Başbakanın bir etkisinin olmadığını söylemek abartılı olmayacaktır. Hükümet bir siyasi krizi göze almaksızın ordunun üst yönetimini belirleyecek güce sahip değildir.

le ilgili nasıl bir sistem oluşturulacağına karar verilmeli, eğer bir kurula ihtiyaç duyuluyorsa bu oluşumun yapısı, üye bileşimi, kararlarının niteliği, Başbakanlık ve Milli Savunma Bakanlığı ile ilişkileri konuları detaylı hukuki düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

c- Yürütme Organı ile Silahlı Kuvvetler Arasındaki Hiyerarşi

1982 Anayasasının yürütme organı ile yüksek rütbeli askeri personel arasındaki ilişki bakımından gözden geçirilmesi gereken düzenlemesi 117. maddesinin hükümleridir.

Avrupa Konseyi üyesi devletlerin önemli bir kısmının anayasalarında kurmay başkanı ve kuvvet komutanlarının yürütme organına karşı sorumluluğunun yanında onun emri ve kontrolü altında olduğuna ilişkin hükümler mevcuttur. 1982 Anayasasının 117. maddesi Cumhurbaşkanının TBMM’ni temsilen başkomutan olduğunu, savaş zamanında bu görevin Genelkurmay Başkanı tarafından yerine getirileceğini, Genelkurmay Başkanının Başbakana karşı sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Madde ayrıca Milli Savunma Bakanlığı ile silahlı kuvvetler arasındaki ilişkilerin ve bakanlığın yetki alanının kanunla düzenleneceğini öngörmektedir.

Parlamentar rejime yer veren 1982 Anayasasının sistematığı içinde Cumhurbaşkanının başkomutanlığı sembolik bir yetki olup bu yetkinin asıl sahibi hükümdür. Anayasa Genelkurmay Başkanının Başbakana karşı sorumlu olduğu hükmünü içermekle birlikte Başbakan ve hükümetin Silahlı Kuvvetler üzerinde emir ve kontrol yetkisine dair açık bir hüküm oluşturulmamıştır. Ayrıca Silahlı Kuvvetler ile Milli Savunma Bakanlığı arasındaki ilişkilerin kanunla düzenleneceği hükmü ordunun özerkliğine işaret eden bir kuraldır.

1982 Anayasası sistematığı içinde diğer bakanlıklar için özel bir hüküm yer almazken Milli Savunma Bakanlığına ilişkin bu tür bir özel düzenleme ordunun bakanlıkla hiyerarşik değil, eşitler arası bir ilişki içinde olduğu anlamına gelmektedir. Silahlı Kuvvetlerin ne Milli Savunma Bakanlığı teşkilatının ne de yürütme organının diğer birimleri altında hiyerarşik bir şekilde yer almaması ordunun merkezi devlet teşkilatı içinde ayrı bir yapı olduğunu teyit etmektedir. 1324 sayılı Genelkurmay Başkanlığı görev ve Yetkileri Kanununun 1. maddesinin ilk fıkrasındaki “Silahlı Kuvvetlerin teşkilatı, kendi kuruluş ve kadrolarında gösterilir” şeklindeki düzenleme söz konusu özerkliğin hukuki ifadesini oluşturur. Uygulamada Milli Savunma Bakanlığının genel idare içindeki zayıf yapısı, fiziksel olarak Genelkurmay Binası içinde yer alması, Bakanlığın üst düzey yönetiminde sivil memurlara yer verilmemesi bakanlığın genel idare içinde eşdeğeri birimlerden farklı düzenlendiğine işaret etmektedir. Karşılaştırmalı hukuk bakış açısıyla bu kapsamda bir özerklik Avrupa Konseyi üyesi devletlerin anayasal ve yasal düzenlemelerinde yer almamaktadır. Söz konusu özerklik Huntington tarafından savunulan profes-

yonel ve idari özerkliğin de ötesine geçmekte, yürütme tarafından kontrolü asgari düzeye indirilmiş bir “münhasır alan” görüntüsü ortaya çıkmaktadır.

669 sayılı KHK'nin 33. maddesiyle 1324 sayılı Genelkurmay Başkanlığı Görev ve Yetkileri Kanununun 1. maddesi değiştirilmiş, Genel Kurmay Başkanlığı ile kuvvet komutanlıkları birbirinden ayrılmış ve kuvvet komutanlıkları Milli Savunma Bakanlığının altında düzenlenmiştir. Kararnamenin 36. maddesiyle 1325 sayılı Milli Savunma Bakanlığı Görev ve Teşkilatı Kanununun 1. maddesine eklenen 1/A maddesiyle kuvvet komutanlıklarının Savunma Bakanlığına bağlı olduğu kuralına yer verilmiş ve Cumhurbaşkanı ile Başbakanın ordunun her kademesine emir verme yetkisi tanınmıştır⁴⁸.

669 sayılı KHK Milli Savunma Bakanlığının yapısını güçlendiren hükümler de içermektedir. Kararnamenin 34. maddesiyle 1324 sayılı Kanunun 2. maddesi değiştirilmiş ve daha önce temel işlevi lojistik tedarik hizmetlerini yürütmek olan Milli Savunma Bakanlığı⁴⁹, askeri eğitim ve öğretim alanında da yetkilendirilmiştir. Kararname ile Milli Savunma Bakanlığının yapısı da yeniden düzenlenmiştir. 1325 sayılı Kanunun değişiklik öncesinde yer alan 1. maddesinde Milli Savunma Bakanlığı bakanlık müsteşarı, yeteri kadar müsteşar yardımcısı ile başkanlık, daire başkanlıkları ve Bakanlığa bağlı diğer kuruluşlardan oluşmaktaydı. Yeni düzenlemede Bakanlık çok daha geniş bir teşkilat yapısına kavuşturulmuştur⁵⁰. 1 Eylül 2016 tarihinde çıkarılan 674 sayılı KHK ile Milli Savunma

48 1325 sayılı Kanun ek 1/A maddesi: “Kara, Deniz ve Hava Komutanlıkları Milli Savunma Bakanlığına bağlıdır. Bu Kanuna aykırı olmayan ve diğer kanunlarla Genelkurmay Başkanlığına verilen görev ve yetkilere ilişkin hükümler saklıdır. Cumhurbaşkanı, Başbakan gerekli gördüklerinde Kuvvet Komutanları ile bağlarından doğrudan bilgi alabilir ve bunlara doğrudan emir verebilir. Verilen emir herhangi bir makamdan doğrudan onay alınmaksızın derhal yerine getirilir”.

49 1325 sayılı Milli Savunma Bakanlığı Görev Teşkilatı Kanununun değişiklik öncesi 2. maddesine göre, Milli Savunma Bakanının görevleri Milli Savunma görevlerinin siyasi, hukuki, sosyal, mali ve bütçe hizmetlerini, barışta ve savaşta asker alma hizmetlerini, silah, araç, gereç ve her çeşit lojistik ihtiyaç maddelerinin tedariki hizmetlerini, harp sanayi hizmetlerini, sağlık ve veteriner hizmetlerini, inşaat, Emlak, İskân hizmetlerini, mali ve mal hesap teftiş hizmetlerini, yürütmektir.

50 1325 sayılı Kanun 1. madde: Milli Savunma Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlardan oluşur.

Bakanlık Merkez Teşkilatı; Müsteşar, beş müsteşar yardımcısı, Teftiş Kurulu Başkanlığı, Askeri Fabrikalar Genel Müdürlüğü, Tersaneler Genel Müdürlüğü, Askeri Adalet İşleri ve Kanunlar Genel Müdürlüğü, Askeralma Genel Müdürlüğü, Personel ve Mali Yönetim Genel Müdürlüğü, İnşaat, Emlak ve Milli Mayın Merkezi Genel Müdürlüğü, Tedarik Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Genel Plan ve Prensipler Genel Müdürlüğü, Hukuk Müşavirliği, Muhabere ve Bilgi Sistem Daire Başkanlığı, Destek Hizmetleri Daire Başkanlığı ve diğer komutanlıklardan oluşur. Genel müdürlüklerde ikisi geçmemek üzere genel müdür yardımcılıkları ve altıyı geçmemek üzere daire başkanlıkları bulunur.

Bakanlık Teşkilatında ayrıca sayısı otuzu geçmemek üzere Bakanlık Müşaviri, bir Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri ile bir Özel Kalem Müdürü Bulunur.”

Bakanlığında görev yapacak üst düzey sivil personel ile askeri personelin statü ve hakları eşitlenmiştir⁵¹. Başka devlet sistemlerinde, özellikle Doğu Avrupa ülkelerinin demokrasiye geçiş süreçlerinde önemli sorunlardan biri savunma bakanlıklarının yeniden yapılandırılması olmuştur. Bakanlıkların yapısında asker-sivil dengesinin oluşturulması ve sivil personelin Milli Savunma Bakanlığındaki rollerinin pekiştirilmesinde yaşanan en önemli zorluklardan biri askerler ile aralarındaki statü ve özlük hakları farklılıkları olduğu dikkate alındığında⁵² 674 sayılı KHK'nin bu düzenlemesi Milli Savunma Bakanlığının yeniden yapılandırılması için önemli bir adımdır.

671 sayılı KHK'nin 9. Maddesi ile 1324 sayılı Genelkurmay Başkanlığı Görev ve Teşkilatı Kanunu'nda gerçekleştirilen bir başka değişiklik, Kanunun 1. maddesinde Genelkurmay Başkanının barış ve savaşta ordunun komutanı olduğuna ilişkin düzenlemedir. Bu değişiklikle Genelkurmay Başkanı sadece savaş halinde komutanlık görevini üstlenebilecektir. Böylece barış zamanında ordunun denetim ve kontrolü yürütme organınca sağlanacaktır.

669, 671 ve 674 sayılı KHK'ler ile yürütme organının ordu üzerindeki yetkileri artırılmış, Milli Savunma Bakanlığının tam anlamıyla bir icra bakanlığı olmasının temelleri atılmıştır. Ancak bu düzenlemelerin KHK ile yapılmış olması uzun dönemli etkileri bakımından sorunlar oluşturabilir. Cumhurbaşkanı ve Başbakanın silahlı kuvvetlere emir verme ve kontrol yetkileri, kuvvet komutanlıklarının bakanlığa bağlı olduğu, Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının oramiral ve orgeneraler arasından yürütme organı tarafından atanacakları ve Genelkurmay Başkanının sadece savaş halinde komuta yetkisine sahip olacağı sivil-asker ilişkilerinin temel ilkeleri olarak anayasada açıkça düzenlenmelidir. Milli Savunma Bakanlığının Teşkilat Kanunu yeni baştan yazılarak bu bakanlığın silahlı kuvvetlerin denetiminde etkisini artıracak tüm önlemler alınmalıdır. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin bir kısmında planlama, strateji oluşturma, teknoloji izleme, yeni savunma anlayışlarını takip, personel politikalarını oluşturma gibi işlevler doğrudan bakanlık bünyesinde toplanmakta, ordunun eğitimi ve komutası ve savaşa hazır tutulması gibi işlevler ise askeri personelin yetkisine bırakılmaktadır. Böyle bir sisteme geçiş sivil personelin ve uzmanlığın oluşturulabilmesi bakımından zaman gerektireceğinden kademeli ve planlı bir geçiş stratejisi de oluşturulabilir.

51 674 sayılı KHK'nin 1325 sayılı Kanunun 1. maddesine bir fıkra eklenmesini öngören 47. maddesi: Bakanlık merkez teşkilatındaki kadroların Türk Silahlı Kuvvetlerindeki rütbe karşılığı; müsteşar için orgeneral, Milli Savunma Üniversitesi Rektörü için korgeneral, müsteşar yardımcıları, Teftiş Kurulu Başkanı ve genel müdürler için tümgeneral, genel müdür yardımcıları ve müstakil daire başkanları için tuğgeneral, daire başkanları için albaydır.

52 Polonya örneği için bkz. Gogolewska, a.g.e., s. 99-107.

d- Milli Güvenlik Kurulu

Türkiye’de güvenlik alanında faaliyet gösteren idari yapıların kökeni 1930’lu tarihlere kadar geri götürülebilir. 24 Nisan 1933 tarih ve 14443 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile oluşturulan, Bakanlar Kurulu ve Genelkurmay Başkanı’nın katılımıyla toplanan Milli Müdafaa Meclisi güvenlikle ilgili faaliyet gösteren kurul şeklindeki ilk yapıdır⁵³. 30 Mayıs 1949 tarihinde kabul edilen 5339 sayılı Kanun ile kurulan seçilmişlerin üstünlüğüne dayalı Milli Savunma Yüksek Kurulu 1961 Anayasası ile Milli Güvenlik Kurulu adı altında anayasal bir kurum haline dönüştürülmüştür. 1961 Anayasasını hazırlayan organlardan biri olan Temsilciler Meclisi tasarısında Kurulun Cumhurbaşkanı, Başbakan, kanunun gösterdiği bakanlar ile Genelkurmay Başkanından oluşması ilkesi benimsenmişse de diğer anayasa koyucu organ olan Milli Birlik Komitesi oluşuma kuvvet komutanlıkları temsilcilerini de dâhil etmiştir⁵⁴. 1961 Anayasası döneminde çıkarılan kanunla kurul üyelerinin Cumhurbaşkanı, Başbakan, devlet bakanı, Başbakan yardımcıları, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri, Ulaştırma ve Çalışma Bakanları ile Genelkurmay Başkanı ve Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlarıdır. 1971 anayasa değişiklikleri sırasında Kurulun almış olduğu kararları hükümete bildirmesi yönündeki orijinal düzenleme değiştirilerek, “bildirir” yerine “tavsiye eder” ifadesi eklenmiştir. Kurul özellikle 1971 Askeri Muhtırası döneminde tartışma konusu olmuştur. Bu muhtırayı veren Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları muhtırayı Milli Güvenlik Kurulu üyesi sıfatıyla da imzalamışlardır⁵⁵. Bu gelişme önemlidir çünkü Kurul seçilmişler üzerinde bir vesayet organı olduğunu ilk kez bu olayla ortaya koymuştur. 1982 Anayasası döneminde MGK varlığını korumuştur. 1982 Anayasasının MGK ile ilgili en önemli yeniliği askerlerin sayısal üstünlüğüne dayalı bir yapıyı oluşturmasıdır. Böylece yürütme organı kuruldaki üstünlüğünü yitirmiştir. Ayrıca 1982 Anayasası MGK kararlarının “Bakanlar Kurulu tarafından öncelikle dikkate alınacağı” şeklinde bir ifade kullanarak kurul ile Bakanlar Kurulu arasındaki ilişkide kimin asıl karar verici olduğu konusunu muğlaklaştırmıştır.⁵⁶

MGK’nın bir vesayet organı olarak hareket ettiğine yönelik görüşler 1982

53 Seriya Sezen (2000) “Milli Güvenlik Kurulu Üzerine”, Amme İdaresi Dergisi

54 1961 Anayasası, madde 111.

55 Rona Aybay (1978) “Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 33, Sayı: 1, s. 59-82. Rona Aybay bu makalede muhtıra veren generallerin Milli Güvenlik Kurulu üyesi sıfatını kullanmalarının kendilerini Bakanlar Kurulu üstünde göstermek olmayabileceği, zaten kurul üyelerinin çoğunluğunu seçilmişler oluşturduğundan askeri bir kurul niteliğini taşımadığı görüşlerini ileri sürmüşse de daha sonraki gelişmeler ve 1982 Anayasasında üstünlüğün ordu mensuplarına geçmesi ile Kurul tam anlamıyla bir vesayet organına dönüşmüştür.

56 1982 Anayasası, madde 118 (Madde metni için bkz. Ek I).

Anayasası döneminde yaygınlık kazanmıştır. Özellikle 90'lı yıllarda MGK toplantılarından sonra yapılan açıklamalar ve MGK bildirimleri siyaseti belirleyici bir önem kazanmaya başlamıştır. MGK 2000'li yıllarla birlikte başlayan Avrupa Birliği'ne uyum ve demokratikleşmeye yönelik reformların önemli bir düzenleme alanı olmuştur. 1982 Anayasasının demokratikleştirilmesi çabaları 80'lerin sonundan itibaren başlamışsa da, sivil-asker ilişkilerinin anayasal düzeyde reformu ilk kez 2000'li yıllarda gerçekleşmiştir. Özellikle 28 Şubat muhtırasının taze hafızası ve bu muhtıranın verilmesinde Milli Güvenlik Kurulu'nun oynamış olduğu rol dikkate alındığında, Milli Güvenlik Kurulu'na ilişkin 1982 Anayasası düzenlemelerinin değiştirilmesine öncelik verilmesi daha iyi anlaşılabilir.

2001 tarihli anayasa değişikliği ile Kurul üyeleri seçilmişlerin üstünlüğünü sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmiş, kurul kararlarının “öncelikle dikkate alınacağına” ilişkin ibare Anayasanın 118. maddesinden çıkarılarak, yerine “değerlendirilir” ifadesi kullanılmıştır⁵⁷. Anayasal düzeydeki bu reformların yanında kanuni çerçeve de değiştirilmiştir. 2003'te Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununda yapılan değişikliklerle MGK kararlarına ilişkin uygulamaların “koordinasyonu ve izlenmesi” yetkisi Başbakan Yardımcısına aktarılmış, Kurul toplantılarının her ay yerine iki ayda bir yapılması kurala bağlanmış ve MGK Genel Sekreterinin siviller arasından seçilebilmesine olanak tanınmıştır. Ayrıca MGK Genel Sekreterliğinin gizli yönetmeliği yürürlükten kaldırılmış ve yerini alan yeni yönetmelik ile Genel Sekreterliğin görev ve yetkileri önemli ölçüde daraltılmıştır. Yeni düzenleme çerçevesinde Kurul Genel Sekreteri doğrudan Başbakan önerisi ile Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta, sadece askeri personel olması durumunda Genel Kurmay Başkanının görüşü alınmaktadır⁵⁸.

B- Askeri Yargı, Hukuki Düzenlemeler ve 1982 Anayasası

1982 Anayasasının ilk halinde daha önceki anayasalar zamanında kabul edilmiş olan askeri yüksek yargı kurumları olan Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi varlığını korumuş, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin (DGM) oluşumunda üç hâkimden birinin askeri hâkim olacağı kabul edilmiş ve askeri mahkemelerin sivilleri yargılamasına olanak sağlayan hükümler anayasa metnine eklenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 9 Haziran 1998 tarihinde verdi-

57 Bkz Ek II.

58 Tanel Demirel (2010) **2000'li Yıllarda Asker ve Siyaset: Kontrollü Değişim ve Statüko Arasında Türk Ordusu**, SETA Analiz, SETA Yayınları Ankara, s. 8; Gencer Özcan (2006) “Milli Güvenlik Kurulu”, **Güvenlik Sektörü ve Demokratik Gözetim: Almanak Türkiye 2005** içinde, (Der: Ümit Cizre), TESEV Yayınları, İstanbul, s. 32-35.

ği İncal-Türkiye kararında, DGM’lerde bir askeri üye bulunmasını Sözleşmenin 6’ncı maddesinde yer alan bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine aykırı bulmuştur. AİHM’ne göre, bir sivilin, kısmen de olsa, askeri yargıçla oluşturulan bir mahkemede yargılanması, yargılanan kimsede ister istemez davada başka mülahazalarla hareket edilebileceği endişesini ciddi biçimde uyandırabileceğinden, DGM’lerin “bağımsız ve tarafsız mahkeme” sayılmasına engel olacaktır. Burada AİHM yargılanan kimsenin düşünce ve duygusunu, hissettiklerini dikkate alarak değerlendirmede bulunmuştur. AİHM, mahkemenin yasayla ve olaydan önce kurulmuş olmasını dikkate almaksızın, askeri yargıcın görev almasını “bağımsızlık ve tarafsızlık” ilkesine aykırı kabul etmiştir⁵⁹.

Türkiye’nin söz konusu AİHM kararının gereğini yerine getirebilmesi, askeri yargıcın DGM’lerde görev yapacağına dair kuralın anayasada yer alması nedeniyle bir anayasa değişikliği gerektirmekteydi. TBMM bu anayasa değişikliğini gerçekleştirmiş ve 18 Haziran 1999 tarihinde askeri yargıçlar üç kişilik heyetten oluşan DGM kompozisyonundan çıkarılmıştır. 2004 tarihli anayasa değişikliği ile de DGM’ler tümüyle hukuk sisteminden çıkarılmıştır.

TBMM askeri mahkemelerin sivilleri yargılamasına olanak veren anayasa hükümlerini de 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile yeniden düzenlemiştir. Bu değişiklik ile savaş hali dışında sivillerin askeri yargıda yargılanamayacakları anayasanın 144. maddesine açık bir şekilde yazılmıştır. Ayrıca asker kişi dahi olsalar devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suç işleyenlerin adliye mahkemelerinde yargılanacağı ilkesi madde metnine eklenmiştir.

Ancak günümüze kadar geçmişteki darbe ve muhtıra dönemlerinden sonra anayasaya yerleştirilen iki askeri yüksek mahkemenin anayasal sistemden çıkarılması mümkün olmamıştır. Konu zaman zaman gündeme getirilmiş, en son Adalet bakanı Bekir Bozdağ askeri yüksek mahkemelerin kaldırılarak, Askeri Yargıtay’ın Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin (AYİM) de Danıştay’da birleştirilmesine yönelik bir çalışma yapıldığını kamuya duyurmuştur⁶⁰. Ayrıca, 2011 seçimlerinden sonra TBMM’de yeni anayasa yapımı için oluşturulan Uzlaşma Komisyonunun üyesi mecliste temsil edilen dört parti söz konusu yüksek mahkemelerin kaldırılması konusunda bir görüş birliğine varmışlardır. Ancak söz konusu düzenlemeler hala anayasada varlıklarını koruyorlar.

Gerek Askeri Yargıtay gerekse AYİM anayasal sisteme vesayet kurumları olarak dâhil edilmişlerdir. Temyiz mahkemeleri “nihai karar” verme yetkisine sa-

59 İbrahim Şahbaz (2008) AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 25, s. 229-289.

60 Bkz. 25 Aralık 2015 tarihli Habertürk gazetesi.

hiptir. Bir diğer deyişle bu mahkemeler bir hukuki sorunu nihai olarak çözen “kesin hüküm” niteliğinde karar verirler. Temyiz mahkemesi düzeyinde askeri mahkeme kurulması sadece askeri alanla sınırlı kapalı devre bir hukuk alanının oluşmasını sağlamış ve askerlerin sivil yargı yolu ile denetlenmesini mutlak olarak engellemiştir. Böylece sivil denetimin tümüyle dışında bir yargısal denetim türü hukuk devleti, yargı birliğini ve kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal edici niteliktedir.

Askeri hâkimlerin terfileri yarı yarıya adli bir makam olmayan askeri komutanlarının verecekleri sicil notuna bağlıdır. Bu nedenle askeri hâkimlerin kendileri hakkında subay sicil belgesi düzenleyecek sicil üstleri durumunda olan komutanlara karşı bağımsızlıklarından şüphe edilebilir. Askeri hâkimler yükselmeleri yarı yarıya takdirine bağlı olduğu bir kişi karşısında kendilerini bağımsız hissetmeyebilirler⁶¹. Öte yandan, bir hukuk sisteminde benzer alanlarda farklı yüksek mahkemelerin bulunması yargı birliğinin kaybolmasına ve kişiler arasındaki eşitliğin zarar görmesine neden olabilir. Demokratik ülkelerdeki uygulamalara bakıldığında askeri mahkemelerin disiplin mahkemesi ya da ilk derece mahkemesi olarak kurulduğunu, yüksek mahkeme düzeyinde ya sivil hâkimlerden oluşan özel temyiz mahkemelerinin ya da tüm davalara bakan temyiz mahkemelerinin görev yaptıkları görülecektir. Salt askeri hâkimlerden oluşan kapalı devre yüksek mahkemeler demokratik ülkelerde mevcut değildir. Amerika Birleşik Devletleri’nde askeri mahkemelerin üzerinde İstinaf Mahkemesi, bunun üzerinde de beş sivil hâkimden oluşan Silahlı Kuvvetler Temyiz Mahkemesi bulunmaktadır. Kanada’da askeri mahkemelerin üzerinde, Federal Mahkeme tarafından görevlendirilen sivil hâkimlerden teşekkül eden İstinaf Mahkemesi bulunmaktadır. Bu mahkemenin kararları da Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından incelenmektedir⁶².

Avrupa Konseyi üyesi devletler dikkate alındığında askeri mahkemelerin anayasal düzenlemeleri bakımından devletler dört ana grupta ele alınabilir: Askeri mahkemelere ilişkin hüküm taşıyan anayasalar, askeri mahkemelere ilişkin hüküm içermeyen ancak kanun ile bu tür mahkemelerin kurulabileceğini öngören anayasalar, askeri mahkemelerin kurulamayacağını öngören anayasalar ve herhangi bir hüküm içermeyen, konuyu yasama organının yetkisine bırakan anayasalar⁶³. İlk gruba giren anayasalar askeri mahkemelere ilişkin özel hükümlere yer

61 Fazıl Hüsnü Erdem, Vahap Çoşkun (2009) “Askeri Yargı ve Askeri Vesayet”, **SETA Analiz**, Sayı:9, s. 24-25.

62 Erdem, Fazıl Hüsnü, Çoşkun Vahap (2009), s. 24-25.

63 Tasnif için bkz. European Commission for Democracy Through Law -Venice Commission- (2008) **Report on the Democratic Control of Armed Forces**, CDL-AD(2008)004, s.

vermektedir: Belçika⁶⁴, Ermenistan⁶⁵, İspanya⁶⁶, İtalya⁶⁷, Lüksemburg⁶⁸, Polonya⁶⁹, Portekiz⁷⁰ ve Yunanistan⁷¹. 1982 Anayasası bu grupta yer almakla birlikte temyiz mahkemesi düzeyinde sivil yargıdan tamamen ayrı askeri hâkimlerden oluşan yüksek mahkemelere yer veren tek anayasadır. Askeri mahkemelere yer veren diğer ülkelerde salt askeri hâkimlerden oluşan yüksek yargı yerleri bulunmamaktadır.

Askeri mahkemelere ilişkin bir düzenleme getirmeyen ancak bu tür mahkemelerin kanunla kurulabileceğini anayasalarında hüküm altına alan Avrupa Konseyi üyesi devletler ise, Bulgaristan⁷², Federal Almanya⁷³, Gürcistan⁷⁴, Hol-

64 Belçika Anayasası madde 157, birinci fıkrası:

“Askeri mahkemelerin organizasyonu, nitelikleri, bu mahkemelerin üyelerinin hak ve yükümlülükleri ve görev süreleri özel yasalarla düzenlenir”.

65 Ermenistan Anayasası, madde 92.

66 İspanya Anayasası, madde 117, beşinci fıkrası:

“Yargıda birlik ilkesi mahkemelerin kuruluş ve çalışmalarının temelini oluşturur. Askeri mahkemeler kesinlikle askeri sınırlar içinde kalmak ve sıkıyönetim durumunda uygulanmak üzere anayasal ilkelere göre kanunla düzenlenir.”

67 İtalyan Anayasası, madde 103, ikinci ve üçüncü fıkrası:

“Askeri mahkemelerin, savaş zamanlarında kanunla belirlenen yargılama yetkisi vardır. Barış zamanında ise yalnız silahlı kuvvetlere mensup kişilerin işledikleri askeri suçlar bakımından yargılama yetkileri vardır.”

68 Lüksemburg Anayasası, madde 94, birinci fıkrası:

“Askeri mahkemelerin organizasyonu, görevleri, bu mahkemelerin üyelerinin hak ve yükümlülükleri ve görev süreleri özel yasalarla düzenlenir”.

69 Polonya Anayasası, madde 175, birinci fıkrası:

“Polonya Cumhuriyeti adalet sistemi yüksek mahkeme, ilk derece mahkemeleri, idare mahkemeleri ve askeri mahkemeler tarafından idare edilir”.

70 Portekiz Anayasası, madde 211, üçüncü fıkrası:

“Askeri nitelikteki suçlardan dolayı yargılama yapan hukuk mahkemelerinin bünyesinde bir ya da daha fazla askeri yargıç bulunur”.

71 Yunanistan Anayasası, madde 95, dördüncü fıkrası:

“Siviller üzerinde yargılama yetkisi bulunmayan kara, deniz ve hava kuvvetleri mahkemelerine özel statü verilir”.

72 Bulgaristan Anayasası, madde 119:

“Adalet, Yüksek Temyiz Mahkemesi, Yüksek İdari Mahkeme, temyiz mahkemeleri, bölgesel mahkemeler, askeri mahkemeler ve alt bölge mahkemeleri tarafından idare edilir”.

73 Federal Almanya Anayasası, madde 96, ikinci fıkrası:

“Federasyon silahlı kuvvetler için askeri ceza mahkemelerini federal mahkeme olarak kurabilir. Bu mahkemeler ancak ulusal savunma sırasında ve yalnız yabancı ülkelere gönderilmiş veya savaş gemilerine bindirilmiş silahlı kuvvetler mensupları hakkında ceza kovuşturması yapabilir. Konunun ayrıntıları federal bir yasa ile düzenlenir. Bu mahkemeler Federal Adalet Bakanlığı'nın görev alanına bağlıdır. Bunların asıl üyeleri yargıçlık yeterliliğine sahip olmalıdır”.

74 Gürcistan Anayasası, madde 83 üçüncü fıkrası:

“Savaş hali olduğunda, yargının genel yetki alanı içinde olmak kaydıyla askeri mahkemeler kurulabilir”.

landa⁷⁵ İrlanda⁷⁶, Letonya⁷⁷ ve Malta⁷⁸'dir.

Askeri mahkemelerin kurulmasını yasaklayan Avrupa Konseyi üyesi devletler ise Avusturya ve Slovenya'dır. Ancak bu yasaklar mutlak değildir. Savaş ve sıkıyönetim hallerinde olağanüstü yetkili mahkemeler ve sıkıyönetim mahkemeleri kurulabilir. Barış zamanında ise askeri mahkemelerin kurulması anayasa ile yasaklanmıştır. Romanya Anayasası olağanüstü mahkemelerin kurulmasını yasaklamakla birlikte, uzmanlık mahkemelerinin oluşturulabileceğini öngörmektedir.

Son grup ise anayasal sistemlerinde askeri mahkemelere yönelik herhangi bir hüküm içermeyen Konsey üyesi devletlerden oluşmaktadır. Andorra, Arnavutluk, Azerbaycan, Birleşik Krallık, Bosna ve Hersek, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, İzlanda, Lihtenştayn, Litvanya, Macaristan, Makedonya Moldova, Monaco, Norveç, Rus Federasyonu ve Ukrayna. Kodifiye edilmiş bir anayasası olmayan Birleşik Krallık askeri mahkemeleri kanunlarla düzenlemiştir. Sürekli görev yapan bir askeri mahkeme bulunmaktadır. Bu mahkemenin kararlarına karşı başvuruları incelemek üzere çoğunluğu İngiltere ve Galler Yüksek Temyiz Mahkemesi üyesi olan sivil yargıçların görev yaptığı askeri mahkemeler temyiz mahkemesi kurulmuştur. Bu mahkemenin kararlarına karşı da Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'ne başvurulabilir⁷⁹. Fransa'da ikisi sivil, üçü askeri olmak üzere beş hâkimden oluşan Daimi Silahlı Kuvvetler Mahkemesinin kararlarının temyiz incelemesi Yargıtay'da yapılmaktadır⁸⁰.

C- Askeri Kuvvetlerin Kamu Denetçisi Yoluyla Denetlenmesi ve Türkiye

Bazı anayasal sistemler kamu denetçiliği kurumu aracılığı ile askeri kuvvetlere ilişkin şikâyetlerin incelenmesine ilişkin idari nitelikli yollar oluşturmuşlardır. Finlandiya, Portekiz, Federal Almanya'da sadece savunma konularıyla ilgilenen bir Savunma Denetçisi (Ombudsman), Kanada'da Ulusal Savunma Bakanlığı ve Silahlı Kuvvetler Ombudsmanı ve Avustralya'da Savunma Gücü Ombudsmanı bu amaçla kurulmuş idari şikâyet mekanizmalarıdır. Kamu Denetçisi askeri kuvvetlerin vatandaş ve parlamento adına izlenmesinde bir ek denetim yolu olarak görev yapar. Bu sistemlere bakıldığında savunma ve güvenlik sektörüne ilişkin

75 Hollanda Anayasası, madde 113, dördüncü fıkra.

76 İrlanda Anayasası, madde 38, dördüncü fıkra, birinci bent.

77 Letonya Anayasası, madde 82:

Letonya'da hukuki davalar şehir mahkemeleri, bölgesel mahkemeler ve Yüksek Mahkeme tarafından görülür, savaş ya da olağanüstü hal durumunda askeri mahkemeler de görev yapabilir.

78 Malta Anayasası, madde 93, ikinci fıkra:

Metinde askeri yargı düzenlenmemekle birlikte, askeri mahkemeler zikrederek varlıklarını onaylamaktadır.

79 Armed Forces Act 2006

80 Erdem, Fazıl Hüsnü, Çoşkun Vahap (2009), s. 24-25.

kamu denetçiliğinin ya genel kamu denetçiliği kurumları içinde bir alt birim olarak oluşturulduğu ya da salt bu alana özgü ayrı bir kamu denetçiliği biriminin kurulduğunu görmekteyiz⁸¹.

Askeri kuvvetlerin bir emir komuta zinciri içinde, katı hiyerarşiyle yönetilmesi, birincil önemin disiplinin ve amirin emrine uymaya verilmesi, bu alanda gizliliğin önem taşınması nedenleriyle bireysel şikâyete dayalı denetim sistemlerin orduda disiplinin bozulmasına ve gizliliğin sağlanmasında güçlülere neden olacağı ileri sürülmüştür.

Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumu ilk kez 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile Anayasanın “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlığını taşıyan 74. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, TBMM Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler⁸². Söz konusu anayasal düzenlemeye dayanılarak, 29 Haziran 2012 tarihinde 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu 1. maddesinde “idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunun” kurulduğu ifade edilmektedir. Kurum, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, mahallî idarelerin bağlı idarelerini, mahallî idare birliklerini, döner sermayeli kuruluşları, kanunlarla kurulan fonları, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüslerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlar ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseseleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerini denetleyebilmektedir. Kanunun 5. maddesine göre, Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete

81 DCAF, Silahlı Kuvvetlerin Demokratik Denetimi Merkezi (2009), Güvenlik Sektörünün Parlamento Gözetimi, Cenevre, s. 90-93; Council of Europe (2009) **Armed Forces and Security Services, What Democratic Controls?** Council of Europe Publishing, Strasbourg, s. 204 vd.

82 Anayasanın 74. maddesi: Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.

Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir. Ancak, aynı maddede Kurumun yetkisi alanı dışında kalan idari eylem ve işlemler de düzenlenmiştir. Buna göre, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile resen imzaladığı kararlar ve emirler, yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetleri Kurumun görev alanı dışında kalır. Bu istisnaların ilk üçü Anayasanın Cumhurbaşkanı ve kuvvetler ayrılığı hükümlerine göre hükmedilmiş sınırlamalardır. Buna karşın son hüküm, yani “salt askerî nitelik taşıyan faaliyetler” Anayasada öngörülmemiş bir sınırlama getirmektedir. Üstelik bir faaliyetin ne zaman “salt askerî” nitelikte olduğu somutluktan uzak bir düzenlemedir.

Kamu Denetçiliği Kurumunun Türkiye’de nasıl hayata geçirileceğine ilişkin eserlerin bir kısmında Kamu Denetçiliği sistemi yerleşinceye kadar silahlı kuvvetlere yönelik bir kamu denetçiliği faaliyeti yapılmaması, daha sonra da bu alanın adım adım kapsam içine alınması gerektiği vurgulanmıştır⁸³. Ancak bazı yazarlar da askerî alanda yaşanan sorunların kapalı ve katı hiyerarşiye sahip bir yapı içinde üzerinin örtülebileceğinden hareketle demokratikleşmenin tüm kurumlar gibi askerî kuvvetleri de kapsamı gerektiği görüşüne ağırlık vererek, gelecek itirazlara rağmen askerî kuvvetler üzerinde denetim yollarının geliştirilmesini savunmuşlardır⁸⁴. Anayasada 2010 yılında yapılan değişiklikte kabul edilen Kamu Denetçiliği Kurumu askerî alana bir sınırlama getirmemiş, ancak çıkarılan yasa ve yönetmelikler Başdenetçi altında ilgili uzmanların istihdam edildiği bir Savunma ve Güvenlik Denetçiliği oluşturmadığı gibi, Anayasal hükümü daraltma pahasına “salt askerî nitelik” taşıyan eylem ve işlemleri Kurumun görev alanı dışına taşımıştır.

Mevcut haliyle Kamu Denetçiliği Kurumu askerî alanın denetiminde etkili olabilecek bir alt yapıya sahip değildir. Ancak bu durum anayasal düzenlemelerden kaynaklanmamaktadır. Anayasa kamu denetçiliği için yeterli bir düzenlemeye sahip olmakla birlikte yasalar ve yönetmeliklerde düzenleme yapılarak savunma ve güvenlik sektörü bakımından kurum güçlendirilmelidir. 15 Temmuz darbe girişiminden sonra onlarca askerî lise ve harp okulu öğrencisi, son yıllarda yasadışı örgütsel yapılara yönelmedikleri için yıldırma, psikolojik işkence yöntemleri

83 Zehra Odyakmaz (2011) “Çağdaş Bir Denetim Mekanizması Olarak Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği ve Diğer Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, Kamu Yönetimi, Yönetim-Siyaset, Sorunlar ve Yeniden Yapılanma (Der. Yüksel Koçak ve Atıl Cem Çiçek), Sfs Grup Yayınevi, Ankara s. 106.

84 Ali Fuat Gökçe (2012) “Çağdaş Kamu Yönetiminde Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Türkiye için Askerî Ombudsmanlık Önerisi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 2, s. 219.

ve sahte sağlık raporları ile okullardan ayrılmaları yönünde baskı yapıldığını ve bu baskılara dayanamadıkları için tazminat borcu altına girerek kayıtlarını bu okullardan aldıklarını ileri sürmektedir. İşin ilginç yanı, bugüne kadar bu konunun yeterince kamunun gündemine gelmemesi, denetim mekanizmalarının olayların üzerine yeterince gitmemiş olmasıdır. Bu örnekler askeri alanda sivil denetimin yetersizliğine işaret etmektedir. 2013 yılında Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan bir başvuruda, bir harp okulu öğrencisi velisi çocuğu hakkında verilen ilk sağlık raporunda pilot olabileceği belirlenmişken daha sonra alınan sağlık raporlarında pilot olamayacağı kararı verildiğini, bu farklı raporların şüphe yarattığını, ayrıca çocuğuna psikolojik baskı yapılarak okuldan ayrılmaya zorlandığını ve bu nedenle okulu terk ettiğini, bu nedenlerle idarenin hizmet kusuru işlediğini ileri sürmüştür. Bu başvuru üzerine Kurum başvurunun reddi kararı vermiştir. Burada dikkati çeken bir nokta Kurumun ret kararı verirken kişi hakkında alternatif bir sağlık raporu alma ihtiyacı duymaması, askeri hastanelerden verilen raporların doğruluğunu sorgulamaması ve yıldırma ve psikolojik baskı iddialarına yönelik olumlu veya olumsuz bir görüş ortaya koymamış olmasıdır. Kamu Denetçiliği Kurumunun salt askeri nitelik taşıyan disiplinle ilgili bir alana kanuni sınır nedeniyle girmemiş olması muhtemeldir⁸⁵.

Özetle Türkiye’de kamu denetçiliği kurumunun anayasal alt yapısı mevcuttur. Ancak bu yeterli değildir. Kurumun araştırma kapasitesinin geliştirilmesi, kurum içinde savunma ve güvenlik alanına ait uzmanlığın artırılması ve kurum kanunundaki muğlak aynı zamanda da anayasal düzenlemeyi daraltan sınırlamanın kaldırılması daha etkili bir denetimin ön şartlarıdır.

Sonuç

Savunma ve güvenlik devletlerin en temel işlevleri arasında yer almaktadır. Savunma ve güvenliğin etkili ve verimli olması bu alana ilişkin hukuki çerçevenin ve politikaların oluşturulmasını zorunlu kılar. Bu düzenlemelerin demokratik bir rejimde nasıl yapılması gerektiği konusunda incelenen örnekler her ülkeye uygun tek tip bir model oluşturulamayacağına işaret etmektedir. Siyasi, sosyal, kültürel, jeopolitik ve tarihsel faktörler nedeniyle devletler arasında farklılıklar ortaya çıkabilir. Bununla birlikte seçilmiş sivil iktidarların yürütmenin her alanında tam söz sahibi olduğu bir sistemin oluşturulması demokratik rejimlerin vazgeçilmez özelliğidir.

Türkiye’de silahlı kuvvetler ile sivil yönetim arasındaki ilişkiler açık, net bir şekilde düzenlenmelidir. Anayasal düzenlemeler kısa ve özlü bir şekilde kaleme alınmalı ve kanunların düzenleme alanlarına sınır getiren, ilkesel kurallara yer

85 Kamu Denetçiliği Kurumu, Şikayet Numarası: 03.2013/609, Karar Tarihi: 10/02/2014.

vermelidir. Geçmiş dönemlerde gerçekleştirilen anayasal reformlarla MGK çerçevesinde bazı adımlar atılarak demokratik toplum gereklerine uygun bir düzenleme oluşturulmaya çalışılmış, buna karşılık yürütme organı ile silahlı kuvvetler arasındaki ilişkiler bakımından kalıcı hukuki reformlar gerçekleşmemiştir. Bu düzenlemelerin anayasal ve yasal boyutları bulunmaktadır. Anayasal düzeyde karşılaştırmalı hukuk Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının atanmasında diğer demokratik devlet sistemlerinde olduğu gibi seçilmişlerin üstünlüğü ilkesinden hareket edilen temel ilkelerin oluşturulmasının önemine işaret etmektedir.

Demokratik iktidarın üstünlüğünün koşulsuz bir biçimde kabul edildiği bir ortamın oluşturulmasını, vesayet rejiminin tüm kalıntılarının ortadan kaldırılmasını, sivil iktidarların vesayet uygulamaları sonucunda politika oluşturma zafına düşmelerinin engellenmesini⁸⁶ sağlayacak düzenlemeler yapılmalı, başta anayasa olmak üzere hukuk sisteminde demokratik rejimle bağdaşmayan kurallar kaldırılmalı, eksiklikler giderilmelidir. Yürütme organının askeri kuvvetlere ilişkin yetkileri açık bir şekilde anayasal düzenlemeye kavuşturulmalı, anayasal kurallar yasalarla bu hükümlerin etkisini silecek ya da azaltacak herhangi bir düzenlemeye olanak sağlamayacak şekilde çerçeve belirleyici ilkelere bağlanmalıdır.

Yargı alanında ise adli ve idari yargı sisteminden ayrı ve salt askeri hâkimlerden oluşan bir temyiz mahkemesi modeli Avrupa Konseyi üyesi devletler ve diğer demokratik devlet yapılarında mevcut değildir. Türkiye’de vesayet anlayışının ürünü olan bu mahkemelerin yeniden düzenlenmesi ihtiyacı devam etmektedir. İlk derece askeri ceza mahkemelerinin yeniden düzenlenmesi, bunların tamamen sivilleştirilmesi ya da sivil yargıçların da görev yaptığı mahkemelere dönüştürülmesi, Yargıtay ve Danıştay bünyesinde askeri nitelikteki davalarla görevli daimelerin oluşturulması gerekmektedir. İdari yargı bakımından ise AYİM tümüyle ortadan kaldırılmalı, sivil yargıçların görev yapacağı ilk derece idare mahkemeleri oluşturulmalıdır. Bu reformların gerçekleştirilmesi için Askeri Yargıtay ile AYİM anayasal sistemden çıkarılmalı, askeri mahkemelerle ilgili anayasal hükümler gözden geçirilmelidir.

86 Serap Yazıcı, (1997) **Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, Yetkin Yayınları, s. 188.

Ek-1: 1982 Anayasasının İlk Halinde Silahlı Kuvvetlere İlişkin Düzenlemeler:

Başlangıç Kısımının İkinci Paragrafı

Türk Milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin; milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 hareketi sonucunda, Türk Milletinin meşru temsilcileri olan Danışma Meclisince hazırlanıp, Milli Güvenlik Konseyince son şekli verilerek Türk Milleti tarafından kabul ve tasvip ve doğrudan doğruya O'nun eliyle vazolunan bu ANAYASA :

Devlet Denetleme Kurulu Başlığını Taşıyan 108. Madde

İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar.

Silahlı Kuvvetler ve yargı organları, Devlet Denetleme Kurulunun görev alanı dışındadır.

Devlet Denetleme Kurulunun üyeleri ve üyeleri içinden Başkanı, kanunda belirlenen nitelikteki kişiler arasından, Cumhurbaşkanınca atanır.

Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, kanunla düzenlenir.

Başkomutanlık ve Genelkurmay Başkanlığı Başlığını Taşıyan 117. Madde

MADDE 117.– Başkomutanlık, Türkiye Büyük Millet Meclisinin manevî varlığından ayrılamaz ve Cumhurbaşkanı tarafından temsil olunur.

Millî güvenliğin sağlanmasından ve Silahlı Kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanmasından, Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı, Bakanlar Kurulu sorumludur.

Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir.

Genelkurmay Başkanı, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine, Cumhurbaşkanınca atanır; görev ve yetkileri kanunla düzenlenir. Genelkurmay Başkanı, bu görev ve yetkilerinden dolayı Başbakana karşı sorumludur.

Millî Savunma Bakanlığının, Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıkları ile görev ilişkileri ve yetki alanı kanunla düzenlenir.

Milli Güvenlik Kurulu Başkanlığı Taşınan 118. Madde

Milli Güvenlik Kurulu, Cumhurbaşkanının başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur.

Gündemin özelliğine göre Kurul toplantılarına ilgili bakan ve kişiler çağırılıp görüşleri alınabilir.

Milli Güvenlik Kurulu; Devletin milli güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili kararların alınması ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca öncelikle dikkate alınır.

Milli Güvenlik Kurulunun gündemi; Başbakan ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir.

Cumhurbaşkanı katılmadığı zamanlar Milli Güvenlik Kurulu Başbakanın başkanlığında toplanır.

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri kanunla düzenlenir.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri Başkanlığı Taşınan 143. Madde

Madde 143 - Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulur.

Devlet Güvenlik Mahkemesinde bir Başkan, iki asıl ve iki yedek üye ile bir savcı ve yeteri kadar savcı yardımcısı bulunur.

Başkan, bir asıl ve bir yedek üye ile savcı, birinci sınıfa ayrılmış hakim ve Cumhuriyet savcıları arasından; bir asıl ve bir yedek üye, birinci sınıf askeri hakimler arasından; savcı yardımcısı ise Cumhuriyet savcıları ve askeri hakimler arasından özel kanunlarında gösterilen usule göre atanır.

Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkan, üye ve yedek üyeleri ile savcı ve savcı yardımcısı dört yıl için atanırlar, süresi bitenler yeniden atanabilirler.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri kararlarının temyiz mercii Yargıtaydır.

Devlet Güvenlik Mahkemelerinin işleyişi, görev ve yetkileri ve yargılama usulleri ile ilgili diğer hükümler, kanunda gösterilir.

Devlet Güvenlik Mahkemesinin yargı çevresine giren bölgelerde

sıkıyönetim ilan edilmesi halinde, bu bölgelerle sınırlı olmak üzere kanunla belirlenen esaslara göre Devlet Güvenlik Mahkemesi Sıkıyönetim Askeri Mahkemesine dönüştürülebilir.

Askeri Yargı Başlığını Taşıyan 145. Madde

Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişilerin; askeri olan suçları ile bunların asker kişileri aleyhine veya askeri mahallerde yahut askeri hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askerî suçlar ile bunların asker kişileri aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Askeri mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler.

Askerî mahkemelerin savaş ve sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.

Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin mahkemesinde görevli buldukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenlenir. Kanun, ayrıca askeri hâkimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden askeri hizmetlerin gereklerine göre teşkilatında görevli buldukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Başlığını Taşıyan 146. Maddenin İlk Fıkrası

Anayasa Mahkemesi onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur. Cumhurbaşkanı; iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay Genel Kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından üye tamsayıların salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından üç asıl bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer.

Askeri Yargıtay Başlığını Taşıyan 156. Madde

Askerî Yargıtay, askerî mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen belli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Askerî Yargıtay üyeleri birinci sınıf askerî hâkimler arasından Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla her boş yer için göstereceği üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve daire başkanları Askerî Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanırlar.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başlığını Taşıyan 157. Madde

MADDE 157.– Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin askerî hâkim sınıfından olan üyeleri, mahkemenin bu sınıftan olan başkan ve üyeleri tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile birinci sınıf askerî hâkimler arasından her boş yer için gösterilecek üç aday içinden; hâkim sınıfından olmayan üyeleri, rütbe ve nitelikleri kanunda gösterilen subaylar arasından, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askerî hâkim sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır.

Mahkemenin Başkanı, Başsavcı ve daire başkanları hâkim sınıfından olanlar arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanırlar.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir.

Sayıştay Başlığını Taşıyan 160. Madde

Sayıştay, genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. Sayıştayın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamaz.

Vergi, benzeri malî yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlıklarda Danıştay kararları esas alınır.

Sayıştayın kuruluşu, işleyişi, denetim usulleri, mensuplarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işleri, Başkan ve üyelerinin teminatı kanunla düzenlenir.

Silahlı Kuvvetler elinde bulunan Devlet mallarının Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlenmesi usulleri, Milli Savunma hizmetlerinin gerektirdiği gizlilik esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir.

Geçici 15. Madde

12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarruflarda bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez.

Ek 2- 1982 Anayasasının Son Halinde Silahlı Kuvvetlerle İlgili Düzenlemeler

Anayasanın Başlangıç Kısmı

Anayasanın başlangıç kısmında yer verilen “Türk Milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin; milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 harekâtı sonucunda, Türk Milletinin meşru temsilcileri olan Danışma Meclisince hazırlanıp, Milli Güvenlik Konseyince son şekli verilerek verilerek Türk Milleti tarafından kabul ve tasvip ve doğrudan doğruya O’nun eliyle vazolunan” ibaresi 23 Temmuz 1995 tarihli anayasa değişikliği ile metinden çıkarılmıştır.

Devlet Denetleme Kurulu Başlığını Taşıyan 108. Madde

Bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Başkomutanlık ve Genelkurmay Başkanlığı Başlığını Taşıyan 117. Madde

Bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Milli Güvenlik Kurulu Başlığını Taşıyan 118. Madde

Madde 2001 yılında gerçekleşen anayasa değişikliği ile değiştirilmiştir:

(Değişik: 3.10.2001-4709/32 md.) Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan yardımcısı,

Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur.

Gündemin özelliğine göre Kurul toplantılarına ilgili bakan ve kişiler çağrılıp görüşleri alınabilir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/32 md.) Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonunun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca değerlendirilir.

Millî Güvenlik Kurulunun gündemi; Başbakan ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir.

Cumhurbaşkanı katılmadığı zamanlar Millî Güvenlik Kurulu Başbakanın başkanlığında toplanır.

Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri kanunla düzenlenir.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri Başlığını Taşıyan 143. Madde

Devlet güvenlik Mahkemeleri başlığını taşıyan 143. madde önce 18 Haziran 1999 tarihinde değiştirilerek bu mahkemelerde görev yapması öngörülen askeri hâkimler mahkeme oluşumundan çıkarılmış, daha sonra 7 Mayıs 2004 tarihli anayasa değişikliği ile madde tümüyle ilga edilerek Devlet Güvenlik Mahkemeleri yargı sisteminden çıkarılmıştır.

Askerî Yargı Başlığını Taşıyan 145. Madde

(Değişik: 7/5/2010-5982/15 md.) Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.

Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.

Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adlî yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.

Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin görevli buldukları komu-

tanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Başlığını Taşıyan 146. Maddenin İlk Fıkrası

Madde 2010 yılında değiştirilmekle birlikte Askerî Yargıtay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi tarafından belirlenen adaylar tarafından seçilecek birer üyenin Anayasa Mahkemesine seçileceğine yönelik düzenlemede bir değişiklik yapılmamıştır:

Anayasa Mahkemesi onyediy üyeden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkanı ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkanı ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.

Askerî Yargıtay Başlığını Taşıyan 156. Madde

Maddenin son fıkrası 2010 anayasa değişikliği ile değiştirilmiştir:

Askerî Yargıtay, askerî mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen belli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Askerî Yargıtay üyeleri birinci sınıf askerî hâkimler arasından Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla her boş yer için göstereceği üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve daire başkanları Askerî Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanırlar.

(Değişik son fıkra: 7/5/2010-5982/20 md.) Askerî Yargıtayın kuruluşu, işleyi-

şi, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başlığını Taşıyan 157. Madde

Maddenin son fıkrası 2010 anayasa değişikliği ile değiştirilmiştir:

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin askerî hâkim sınıfından olan üyeleri, mahkemenin bu sınıftan olan başkan ve üyeleri tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile birinci sınıf askerî hâkimler arasından her boş yer için gösterilecek üç aday içinden; hâkim sınıfından olmayan üyeleri, rütbe ve nitelikleri kanunda gösterilen subaylar arasından, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askerî hâkim sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır.

Mahkemenin Başkanı, Başsavcı ve daire başkanları hâkim sınıfından olanlar arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanırlar.

(Değişik son fıkra: 7/5/2010-5982/21 md.) Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Sayıştay Başlığını Taşıyan 160. Madde

2004 yılında yapılan değişiklikle maddenin son fıkrası anayasa metninden çıkarılmıştır.

Geçici 15. Madde

2010 değişikliği ile madde anayasa metninden çıkarılmıştır.

KAYNAKLAR

- Akyürek, F. Salih; Koydemir, Serap; Atalay, Esra ve Bıçaksız, Adnan (2014) *Sivil-Asker İlişkileri ve Ordu-Toplum Mesafesi*, Bilgesam Yayınları, Ankara.
- Argent, Pierre (2003) *Military Law in Belgium*, *European Military Law Systems* (Der. Georg Nolte) içinde, De Gruyter Recht, Berlin, s. 184-231.
- Aybay, Rona (1978) “Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 33, Sayı: 1, s. 59-82.
- Besselink, Leonard F. M. (2003) “The Military Law in Netherlands”, *European Military Law Systems* (Der. Georg Nolte) içinde, De Gruyter Recht, Berlin, s. 547-646.
- Council of Europe (2009) *Armed Forces and Security Services, What Democratic Controls?* Council of Europe Publishing, Strasbourg.
- DCAF, Silahlı Kuvvetlerin Demokratik Denetimi Merkezi (2009), *Güvenlik Sektörünün Parlamenter Gözetimi*, Cenevre.
- Demirel, Tanel (2010) *2000’li Yıllarda Asker ve Siyaset: Kontrollü Değişim ve Statüko Arasında Türk Ordusu*, SETA Analiz, SETA Yayınları Ankara.
- Erdem, Fazıl Hüsnü; Coşkun, Vahap (2009) “Askeri Yargı ve Askeri Vesayet”, SETA Analiz, Sayı:9, s. 24-25.
- European Commission for Democracy Through Law -Venice Commission- (2008) *Report on the Democratic Control of Armed Forces*, CDL-AD(2008)004.
- Feaver, Peter D. (2003) *Armed Servants: Agency, Oversight, and Civil-Military Relations*. Cambridge: Harvard University Press.
- Feaver, Peter D. (1998) “Crisis as Shirking: An Agency Theory Explanation of the Souring of American Civil-Military Relations.” *Armed Forces and Society*, Cilt: 24, Sayı 3, s. 407-434.
- Gerkrath, Jörg (2003) *Military Law in France*, *European Military Law Systems* (Der. Georg Nolte) içinde, De Gruyter Recht, Berlin.
- Gogolewska, Agnieszka (2006) “Problems confronting civilian democratic control in Poland”, *Civil-Military Relations in Europe: Learning from Crisis and Institutional Change*, (Der. Hans Born, Marina Caparini, Karl W. Haltiner and Jürgen Kuhlmann), Routledge, London, s. 97-114.
- Gökçe, Ali Fuat (2012) “Çağdaş Kamu Yönetiminde Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Türkiye için Askeri Ombudsmanlık Önerisi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 2, s. 203-227.
- Huntington, Samuel P.(1957) *The Soldier and the State: Theory and Politics of Civil Military Relations*, New York, NY: Vintage Books.
- Janowitz, Morris (1960) *The Professional Soldier: A Social and Political Portrait*, Glencoe, Illinois: Free Press.
- Kardaş, Ümit (2006) “Askeri Yargı”, *Güvenlik Sektörü ve Demokratik Gözetim: Almanak Türkiye 2005* içinde, (Der: Ümit Cizre), TESEV Yayınları, İstanbul, s. 46-52.
- Metei, Florina Cristiana ve Olmeda, José A. (2012) “Executive Civilian Control of the Military: Spain”, *Routledge Handbook of Civil-Military Relations*, Routledge, London, s. 181-192.
- Nilüfer Narlı (2011) *Concordance and Discordance in Turkish Civil-Military Relations, 1980-2002*, *Turkish Studies*, Cilt: 12, No: 2, s. 215-225.

- Nolte, George ve Krieger, Heike (2003) "Military Law in Germany", European Military Law Systems (Der. Georg Nolte) içinde, De Gruyter Recht, Berlin, s. 337-427.
- Odyakmaz, Zehra (2011) "Çağdaş Bir Denetim Mekanizması Olarak Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği ve Diğer Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", Kamu Yönetimi, Yönetim-Siyaset, Sorunlar ve Yeniden Yapılanma (Der. Yüksel Koçak ve Atıl Cem Çiçek), Sfs Grup Yayınevi, Ankara s. 97-110.
- Özbudun, Ergun (2013), Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Özcan, Gencer (2006) "Milli Güvenlik Kurulu", Güvenlik Sektörü ve Demokratik Gözetim: Almanak Türkiye 2005 içinde, (Der: Ümit Cizre), TESEV Yayınları, İstanbul, s. 32-46.
- Rowe, Peter (2003) "Military Law in the United Kingdom", European Military Law Systems (Der. Georg Nolte) içinde, De Gruyter Recht, Berlin, 831-889.
- Schiff, Rebecca L. (2008) The Military and Domestic Politics: A Concordance Theory of Civil-Military Relations, New York, Routledge.
- Svírák, Antonín (1997) Democratic Control of Armed Forces and the Share of the Civilians in the Management of the Department of Defence, including their Preparation for the Exercising of their Functions in Stabilised Democratic States in Europe (Germany, UK, Norway, Austria) and in the Czech Republic, Final Report, Prague.
- Şahbaz, İbrahim (2008) AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Anayasa Yargısı, Cilt: 25, s. 229-289.
- Yazıcı, Serap (2009) Demokratikleşme Sürecinde Türkiye, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

ÖZET

Bu makale, silahlı kuvvetlerin sivil kontrolü sorununu yürütme ve yargı organı çerçevesinde ele almaktadır. Makalede son yıllarda gerçekleştirilen reformlar ışığında sivil-asker ilişkilerinin anayasal sistem içindeki konumu diğer demokratik devlet sistemleri ile karşılaştırmalı bir şekilde ele alınmakta, silahlı kuvvetlerin demokratik kontrolünü güçlendirecek anayasal çerçevenin temel dayanakları tartışılmaktadır. Türkiye ve diğer Avrupa Konseyi üyesi devletlerin anayasal düzenlerinde askerlerin sivil kontrolüyle ilgili temel düzenlemelerden hareketle ordunun sivil denetimine ilişkin anayasal hükümler gözden geçirilmekte, 1982 Anayasasının demokratik kontrol sistemi ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, asker-sivil ilişkileri, askeri yargı, silahlı kuvvetlerin demokratik denetimi.

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Siyasal Parti Yasakları

Restrictions of Political Parties in the Light of Judgments
of the Constitutional Court

Av. Mehmet Sercan Ercan

ABSTRACT

Constitutional Court of the Republic of Turkey has applied many sanctions on political parties, including their closure, since the establishment of the court. These decisions and sanctions were quite often criticized doctrinally by questioning the legal and political grounds of the courts' justifications. This article, after giving the scope of the prohibitions to political parties under both the 1961 and 1982 constitutions, will evaluate the constitutional court's interpretation in respect of the restrictions. In the next part the political party restrictions under the political parties act will be examined and the position of these regulations comparing with the constitutional aspect will be criticized. The closure sanctions given by the constitutional court, according to the Constitutions aforementioned and the Political Parties act, will also be examined in the light of international regulations.

Keywords: Constitutional Court of the Republic of Turkey, Political Party Restrictions

1. GİRİŞ

Hem 1961 Anayasasında hem de 1982 Anayasasında siyasi partilerin sınırlandırılmasına ilişkin bir takım düzenlemeler vardır.

1961 Anayasasında siyasi partilere ilişkin hükümler 56 ve 57. maddelerde "Parti Kurma Hakkı ve Partilerin Siyasi Hayattaki Yeri" ve "Partilerin Uyacakları Esaslar" başlıkları ile düzenlenmiştir. 56. maddenin ilk fıkrasında siyasi parti kurma, partilere girme ve çıkma hakları bireysel bir temel hak olarak güvence altına alınmıştır. Aynı maddenin 2. 3. ve 1971 değişikliği ile eklenen 4. fıkraları ise siyasal partilerin kurumsal güvenceleri ile ilgilidir. 57. maddenin ilk fıkrası

sında ise parti yasakları düzenlenmiştir. Tek bir fıkrada toplanan bu yasaklar şu şekilde ifade edilmiştir: “Siyasi partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri, insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uygun olmak zorundadır. Bunlara uygun olmayan partiler temelli kapatılır.” 1961 Anayasası, parti yasağı ve demokrasi ilişkisi bakımından önemli bir nokta olan “özgürlüğün bir temel değer olarak korunması ve yasağın bu temel değere hizmet ettiği ölçüde var olması ve uygulanması” gerekliliğindeki hassas dengeyi koruyabilmiştir.¹

1982 Anayasasında ise siyasi partilere ilişkin hükümler 68. maddede “Parti Kurma, Partilere Girme ve Partilerden Çıkma” başlığı ve 69. maddede “Siyasi Partilerin Uyacakları Esaslar” başlığı ile düzenlenmiştir.

Her iki anayasada da siyasi partilerin vazgeçilemez unsurlar olduğu vurgulanmasına karşın 1982 Anayasasında çok ağır, otoriter yasaklar düzenlenmiştir. 1982 Anayasası 68. maddesinin orijinal metninde birinci ve üçüncü fıkra dışında kalan beş fıkrası da siyasi partilere ilişkin yasakları düzenlemektedir. Yine 69. maddesi de parti hürriyetlerinin korunmasından ziyade sınırlanmasına hizmet etmektedir.

Siyasi Partiler Kanunu ile de Anayasa’da düzenlenen bu yasakların açıklanması amaçlanmıştır. SPK’nın 101. maddesi bu duruma işaret etmektedir:

Anayasadaki yasaklara aykırılık halinde partilerin kapatılması

Madde 101 – (Değişik: 12/8/1999 - 4445/16 md.)

Anayasa Mahkemesince bir siyasi parti hakkında kapatma kararı;

a) Bir siyasi partinin tüzük ve programının Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olması, sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlaması, suç işlenmesini teşvik etmesi,

b) Bir siyasi partinin, Anayasanın 68 inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespiti,

c) Bir siyasi partinin, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması,

Hallerinde verilir.

(Ek:26/3/2002-4748/4 md.) Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan hallerde temelli kapatma yerine, dava konusu fi-

1 Bkz.: Fazıl Sağlam, *Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta Yay., İstanbul 1999, s.86 vd.

illerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin almakta olduğu son yıllık Devlet yardımı miktarının kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verebilir.

Parti yasaklarına ilişkin düzenlemelerin inceleneceği bu çalışmamızda siyasî parti özgürlüğüne getirilen sınırlamalar *amaç ve faaliyet yasakları, örgütlenme yasakları ve Siyasi Partiler Kanunu ile getirilen diğer yasaklar* alt başlıklarıyla sunulacaktır. Amaç ve faaliyet yasaklarına ilişkin bölümde Anayasa Mahkemesi'nin siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarının hemen hemen hepsi *bölünmez bütünlük, demokratik devlet ve laiklik ilkeleri* kapsamında ayrı ayrı incelenecek, Mahkemenin parti yasaklarına ilişkin tutumu üzerine değerlendirme yapılacaktır. Siyasî Partiler Kanunu ile getirilen yasaklamalar bölümü kanun maddelerinin sıralaması göz önünde bulundurularak incelenecek ve ilk bölümdeki kararlara atıflar yapılacaktır. Ardından kısaca Venedik Komisyonu'nun ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin siyasal parti kapatmaya ilişkin tutumundan bahsedilecektir.

2. SİYASİ PARTİ ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

2.1. AMAÇ VE FAALİYET YASAKLARI

Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasına göre, “Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.”

Yukarıdaki fıkrada belirtilen değerlerin ihlalini ise 69. madde kapatma nedeni olarak düzenlemiştir. 69. maddenin 6. fıkrası şöyle başlar: “Bir siyasî partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir *odak* haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir.”

Odak kavramı 1995 değişikliği ile anayasaya girmişse de gerek 1961 anayasası döneminde gerekse 1982 Anayasası döneminde, dönemlerinin SPK'larında yer almaktaydı. 1995 yılında yapılan değişiklikle odak kavramı maddeye eklense de odak kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair bir hüküm yoktu. Buna rağmen bir siyasî partinin anayasaya aykırı amaç ve faaliyette bulunup bulunmadığının objektif olarak saptanabilmesine imkân sağlamıştır.

Odak kavramının tanımına ise anayasadaki siyasal parti yasaklarına ilişkin hükümleri somutlaştırma görevinin yüklendiği Siyasî Partiler Kanunu'nda yer verilmişti. Ancak AYM, Refah Partisi kararında SPK'nın bu hükmünü(103/2) ön

sorun olarak inceleyip iptal etmiştir. Yasa koyucu 1999 yılında, AYM'nin iptal ettiği hükümde küçük değişiklikler yaparak yeniden kanuna eklemiştir. AYM, Fazilet Partisi davasında da yine SPK'nın bu hükmünü ön mesele yapmış ve iptal etmiştir. Bunun üzerine meclis daha evvel SPK'da düzenlenen ve AYM'ce iptal edilen hükümdeki odak tanımını 2001 yılında Anayasa'ya almıştır. Anayasanın 69. maddesinin 6. fıkrasındaki ifade şu şekildedir: “Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kuruluca zmnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.”

“69. maddenin 5. ve 6. fıkrası uyarınca bir partinin kapatılması için, 68. maddenin 4. fıkrasındaki hukuksal değerlere herhangi bir aykırılığın değil, ana hatları ya da temel esasları itibariyle bir aykırılığın aranması, bu aykırılığın açık olması ve 68. maddenin 4. fıkrasındaki hukuksal değerleri kaldırma amacını somutlaştırması gerekmektedir.”²

Osman Can'ın yukarıda alıntıladığımız görüşünün yanı sıra Ahmet Necdet Sezer'in Demokratik Kitle Partisi'nin kapatılması kararındaki karşı oy yazısına da değinmekte fayda vardır. Sezer, “Bir siyasi partinin tüzük ve programında yer verilen düzenlemelerin farklı değerlendirmelere yol açabilecek içerikte olması durumunda ise, o siyasal partinin kapatılması için tüzük ve programındaki düzenlemeler yeterli görülmemeli, aynı zamanda partinin eylemlerine bakılarak sonuca ulaşılmalıdır” şeklindeki ifadesiyle varsayımlara dayanılarak siyasal partilerin kapatılmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağını vurgulamıştır.³

Partilerin tüzük ve programlarının 68. maddenin 4. fıkrasındaki değerleri yok etme amacı taşıyıp taşımadığını söyleyebilmek için partinin bu eylemlerin işlendiği bir odak haline gelmesi gereklidir. “Odaklaşma, eylemlerde beliren amacın, partiye isnat edilebilirliğini temel bir koşul olarak aramaktadır.”⁴

Bir eylemin odaklaşma olabilmesi için Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasındaki hukuksal değerleri ortadan kaldırma amacı güden eylemlerin varlığıyla beraber bu eylemlerin parti üyelerince yoğun biçimde işlenmesi ve bu durumun partinin organlarınca zmnen ya da açıkça benimsenmesi ya da bu fiillerin parti

2 Osman Can, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yay., Ankara 2005, s.94

3 Bkz.: E.S.1997/2 (parti kapatma), K.S. 1999/1, K.T.26.02.1999; Ahmet Necdet Sezer'in karşı oy yazısı

4 Osman Can, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yay., Ankara 2005, s.147

organlarınca kararlılık içinde işlenmesi gerekmektedir.

Bireylerin ifadesi ile siyasi partilerin ifadelerinin ayrımı önem arz eder. Bireylerin demokratik düzenin kaldırılmasını arzu etmeleri ve bu arzularını ifade etmeleri düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında değerlendirilebilecekken siyasi partinin böyle bir ifadesi 68. maddenin 4. fıkrasının ihlalidir ve bu siyasi parti kapatma yaptırımıyla karşı karşıya kalabilir. Bunu AİHM, Refah Partisi kararında şöyle ifade etmiştir: “Bu noktada Mahkeme, bir siyasi partinin, bir yasada ya da Devletin yasal ve anayasal yapılarında değişiklik yapmayı iki koşulla önerebileceğini düşünmektedir. Birincisi bu amaçla kullanılan araçlar yasal ve demokratik olmalıdır; ikincisi önerilen değişikliğin kendisi temel demokratik ilkelerle uyumalıdır. Mahkeme, liderleri şiddeti teşvik eden ya da demokrasiye saygı duymayan veya demokrasiyi ve bir demokraside tanınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan bir siyasi partinin, bu gerekçelerle kendisine karşı uygulanan cezalara karşı Sözleşmenin korumasını ileri süremeyeceğini düşünmektedir.”⁵ Bireyin amaçladığı bir olgu harekete geçmedikçe hukuksal bir yaptırımla karşılaşmazken, siyasi partinin, amacının açıkça saptanması durumunda, anayasal düzene zararlı bir unsur haline gelebileceği düşünülebilir.

Eylemlerin parti üyelerince yoğun bir şekilde işlenmesi gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Yoğun kavramının kullanılması Anayasa Mahkemesi’ne geniş bir takdir alanı bırakmıştır. Fiillerin sayıca çokluğu ya da partinin belirtilen eylemlerin toplandığı veya kaynaklandığı yer haline gelmiş olması gerekir.

Benimseme ise partinin, üyesinin eylemlerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu eylemin partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsenmesi gerekliliği şeklinde açıklanabilir.⁶ Üye eylemlerinin partiye isnat edilebilmesi için partinin bu eylemleri benimsemesi gereklidir. Önemle belirtilmesi gerekir ki bu benimseme durumu sadece üyelerin yasak eylemlerini değil yoğun işleme durumunu kapsamalıdır.

2.1.1. Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü

Siyasi partilerin amaçlarına ilişkin yasakların başında parti tüzük ve programlarının devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olamayacağı yer almaktadır. Gerek 1961 Anayasası’nda gerekse 1982 Anayasası’nda “bölünmez bütünlük ilkesi” sık sık tekrarlanmıştır.

5 Bkz.: AİHM kararı; Refah Partisi v. Türkiye; prg.98

6 Detaylı açıklama için bkz.: Osman Can, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yay., Ankara 2005, s.154 vd.

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişiklikten önce bu ilke ülkemizin toplumsal gerçeklerine rağmen dayatmacı bir haldeydi. Değişiklikten sonra "sosyal yapıya rağmen" yorumu gerçeklikten uzak hale geldi. "Sosyolojik gerçekliğin norm koyma yoluyla kurucu bir biçimde saptanması olanağı bulunmadığından, siyasal gerçekliğin de bu sosyolojik temelin ürettiği ve ona bağımlı bir olgu olması karşısında, normatif yapının bu gerçeklikleri göz önünde bulundurması, sosyal alt yapının siyasal düzlemde ifade bulması kanallarını açık tutması zorunludur. Sosyal gerçeklikleri yadsıyan bir normatif tercih, en azından sosyolojik meşruiyetten yoksun hale gelir."⁷

Ülke bütünlüğü ile kastedilen toprak bütünlüğüdür. Ancak bu ilke üniter devlet modeli ile özdeş olarak algılanmış ve uygulanmıştır. Dolayısıyla federalizmi kökten reddeden bir sistem kabul edilmiştir. Mahkeme üniter devlet yapısı adı altında kalsa dahi bölgesel özerklik benzeri düşüncülere kökten karşıdır ve bu tutumunu net olarak muhafaza etmektedir. Millet bütünlüğü kavramıyla anayasal düzeyde ne tür bir yasak getirildiğinin tanımlanması ise neredeyse imkânsızdır.⁸ Mahkeme ülke ve millet bütünlüğünün birbirinin ayrılmaz unsurları olduğunu düşünmekte; Anayasa ve SPK'nın bu değerleri birlikte ve ödünsüz, mutlak olarak korumayı amaçladığını ifade etmektedir.

AYM, Türkiye İşçi Partisi'ne ilişkin kararında partinin kongresinde doğu sorununun Kürt sorunu olarak ifade edilmesi suretiyle anayasal vatandaşlık dışında bir takım özelemleri dile getirdiği, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne azınlık yaratma çabası ile zarar verildiği gerekçesiyle partinin kapatılmasına hükmetmiştir.⁹

Türkiye Emekçi Partisi'ne ilişkin 1980 yılındaki bir kararında ise ana dil ve kültür eğitiminin sağlanmasını azınlık yaratma çabası olarak nitelendirmiş ve bu durumun devletin bölünmez bütünlüğü ilkesine halel getireceği gerekçesiyle partiyi kapatmıştır.¹⁰

Sosyalist Parti kararında ise "Türk Ulusu'nu ırk esasına dayalı olarak Türk ve Kürt ulusları olarak ikiye bölüp, Kürtleri ezilen bir ulus olarak gösterme gayretinde olması ve Kürtlere kendi kaderlerini tayin hakkı verileceğinin savunmasını" bölücülük olarak nitelendirmiştir. Bu durumun bölünmez olan milletin bir kısmını devlete karşı ayaklanmaya teşvik ettiği, amaçlarının ayrı devlet kurmak

7 Osman Can, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasal Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yay., Ankara 2005, s.132

8 Kitap bölümü; Serap Yazıcı, "1982 Anayasası ve Parti Yasakları"; Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, *Demokratik Anayasa*, Metis Yay., İstanbul 2012, s.232

9 Bkz.: E.S.1971/3 (parti kapatma), K.S. 1971/3, K.T. 20.07.1971

10 Bkz.: E.S.1979/1 (parti kapatma), K.S. 1980/1, K.T. 08.05.1980

olduğu gibi gerekçelerle partiyi kapatmıştır.¹¹

Halkın Emek Partisi davasında ise aynı şekilde ulusun Türk ve Kürt ulusları şeklinde ikiye bölündüğü belirtilmiştir. Mahkeme “gerçek dışı biçimde” Kürtleri ezilen bir ulus olarak nitelendirme çabasının devlete karşı kışkırtma çabası olduğunu ve bu durumun Anayasaya ve Yasaya aykırı olduğunu ifade ederek bu partiyi de kapatmıştır.¹²

Özgürlük ve Demokrasi Partisi kararında da diğer kararlarında olduğu gibi partinin Kürtlere ayrı bir ulus olarak kendi kaderlerini tayin hakkı verilmesi ve anadilde yargılama hakkı arzusunun devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozacağı gerekçesiyle partinin kapatılmasına hükmetmiştir.¹³

Demokrasi Partisi ise Siyasi Partiler Kanunu’nun 81. maddesi ile yasaklanan, Türk dilinden veya kültüründen başka dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak yoluyla Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde azınlıklar yaratarak ulus bütünlüğünün bozulması amacı güttüğü gerekçesi ile kapatılmıştır.¹⁴

Demokratik Kitle Partisi kararında Mahkeme Türkiye Cumhuriyeti üzerinde kültür, ırk veya dil farklılıklarına dayanan azınlıklar bulunduğunu belirtmiştir. Hemen ardından da Türk dilinden başka dil ve kültürleri korumanın azınlık yaratarak ulus bütünlüğünü bozacağı gerekçesiyle partiyi kapatmıştır.¹⁵ “Bu kararda Mahkeme kapatmanın her türlü aykırılık üzerine değil, ‘ana hatlarıyla’ bir aykırılığın gerçekleşmesi durumunda söz konusu olacağına ima etmektedir”¹⁶

2003 yılında Halkın Demokrasi Partisi’nin kapatılmasına ilişkin kararını¹⁷ diğerlerinden farklı olarak parti ile şiddet ve terör bağlantısı olması gerekçesine dayandırmıştır. Bu karara kadar incelediğimiz tüm kararlarda adeta kopyala yapıştır yöntemi kullanılmış, kanaatimizce “şablon gerekçe” partilere uyarlanmıştır. Kararların birçoğunda siyasi talepler dahi kapatma nedeni olarak gösterilmiştir, ülkenin siyasal ve toplumsal sorunlarına yönelik sunulan çözüm önerileri kapatma gerekçesi olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme siyasetin tüm unsurlarının üniter devlet modelini benimsemesini ve aksi yönde bir devlet modeli talebini zihninden dahi geçirmemesini “emretmiştir.” Terörle açık bir bağlantı olmasa bile partilerin kimi görüşlerini “tehlikeli” olarak değerlendirmiştir.

11 Bkz.: E.S.1991/2 (parti kapatma), K.S. 1992/1, K.T. 10.07.1992

12 Bkz.: E.S.1992/1 (parti kapatma), K.S. 1993/1, K.T. 14.07.1993

13 Bkz.: E.S.1993/1 (parti kapatma), K.S. 1993/2, K.T. 23.11.1993

14 Bkz.: E.S.1993/3 (parti kapatma), K.S. 1994/2, K.T. 16.06.1994

15 Bkz.: E.S.1997/2 (parti kapatma), K.S. 1999/1, K.T. 26.02.1999

16 Osman Can, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yay., Ankara 2005, s.95

17 Bkz.: E.S.1999/1 (parti kapatma), K.S. 2003/1, K.T. 13.03.2003

Halkın Demokrasi Partisi kararında; partinin programındaki PKK ile Türkiye Cumhuriyeti arasında bir savaş olduğu ve Kürt halkının bu savaşta PKK'dan taraf olması gerektiği şeklindeki ifadeler yer almıştır. Terör örgütüne ve onun elebaşına yardım ve destek sağladığı gerekçesi ile parti kapatılmıştır.

Hak ve Özgürlükler Partisi kararı da bu bağlamda önemle değerlendirilmelidir.¹⁸ Parti programında Türkiye'nin âdem-i merkezîyetçi tarzda yeniden yapılandırılması; Kürt sorununun ancak uzlaşma ile çözülebileceği, bunun da hak eşitliği ile sağlanabileceği gibi ifadeler vardı. Mahkeme önceki kararlarının aksine bu önerilerin ulus kavramının reddi olmadığını, partinin henüz kurulmuş olması sebebiyle icraatlarıyla ilgili bir kanaatlerinin oluşmadığını belirtmiştir. Parti programında yer alan çözüm önerilerinin düşünce ve ifade özgürlüğü olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Partinin bu ifadelerine dayanılarak kapatılmasının ağır müdahale olacağına, zorunlu bir tedbir olarak görülemeyeceğine hükmetmiştir. Bu kararda beş üyenin kapatma talebinin reddi yönünde oy kullanmasına karşın altı üyenin kapatılması yönünde oy kullandığı da göz önünde bulundurulduğunda üye çoğunluğunun eski içtihatları halen benimseyemediği anlaşılmaktadır.

DTP kararında bölünmezlik kavramını tartışan mahkeme partinin eylemleri yanında PKK terör örgütüyle olan bağlantılarını da değerlendirmiş ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı eylemlerin odağı haline geldiğinden hareketle kapatılmasına karar vermiştir.¹⁹

Görüldüğü gibi bu ilkeye ilişkin mahkemenin tavrı, siyasi partilerin terör örgütüyle aynı söylemde bulunması durumunun dahi kapatma nedeni olarak kabul edilmesi yönündedir.

Kanaatimizce bir siyasi partinin anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrası uyarınca kapatılabilmesi için söylemleri yeterli değil; bu değerleri ortadan kaldıran amaç gütmesi ve bu amaca uygun faaliyetlerinin açıkça tespit edilmesi gerekmektedir. Terör örgütü ile şiddet içermeyen hususlarda aynı görüşü benimsemesi ve ifade etmesi Anayasaya aykırı bir durum değildir.

Hemen belirtmekte fayda var ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine dayanarak verdiği kapatma kararlarının tamamını haksız görmüş, bir kısmını "*ağır, abartılı ve ölçsüz*" olarak nitelendirmiştir.²⁰

18 Bkz.: E.S.2002/1 (parti kapatma), K.S. 2008/1, K.T. 29.01.2008

19 Bkz.: E.S.2007/1 (parti kapatma), K.S. 2009/4, K.T.11.12.2009

20 Bkz.: AİHM kararları; TBKP v. Türkiye p.54; ÖZDEP v. Türkiye, p.48; HEP v. Türkiye, p.61; DEP v. Türkiye, p.66; STP v. Türkiye, p.51

2.1.2. Demokratik Devlet

Demokrasi hakkında Osman Can'ın şu tanımına değinmekte fayda vardır: “Kamu siyasetine ilişkin önemli sorunlar hakkındaki temel belirleyici kararları bütün halkın aktif ya da pasif olarak aldığı ve almaya yetkili olduğu, devletin temel siyasetini yürütecek organların periyodik seçimlerle işbaşına geldiği, temel hak ve özgürlüklerle sınırlı yönetim biçimidir.”²¹

Anayasa Mahkemesi ise demokratik devleti bir kararında şöyle tanımlamaktadır: “Egemenliğin bir kişi, zümre veya sınıf tarafından, belli sınıflar yararına kullanılmadığı serbest ve genel seçimin iktidara gelmede ve iktidardan ayrılma tek yol olarak kabul edildiği ve iktidarın bütün millet yararına kullanıldığı, kısacası, demokrasi prensiplerinin hâkim olduğu bir idare biçimi”²².

Demokratik devlet ilkesine ilişkin olarak da Anayasa Mahkemesi'nin tutumunda bir değişiklik görememekteyiz. Mahkeme partilerin demokratik devlet düzenine ilişkin olarak getirdiği çeşitli önerileri de kapatma nedeni olarak kabul edebilmektedir. Adeta siyasi partilerin sınırlı bir siyasal çerçevede düşünme özgürlüğünün olduğunu kabul etmektedir.

Sosyalist Parti'ye ilişkin kararında Mahkeme kapatma istemini reddetmiştir.²³ Kararda önce sosyalizm, sınıf diktatörlüğü gibi kavramları açıklamış, dünyanın çeşitli ülkelerindeki durumu değerlendirmiştir. Mahkeme yasaklanan durumun sınıf mücadelesi olmadığını, sınıfların birbirleri üzerindeki diktatörlüğü durumu olduğunu belirtmiştir. Özgürlükçü bir tutum sergilediği bu karara karşın Türkiye Birleşik Komünist Partisi davasında partinin adında komünist olduğu için kapatma kararı vermiştir.²⁴

2.1.3. Laiklik

Diğer ilkelerde olduğu gibi laiklik ilkesi de Anayasa Mahkemesi'nce olabildiğine katı yorumlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu Mahkemenin, “laiklik ilkesinin de içerisinde yer aldığı anayasa ideolojisinin yargıcı olduğu” yorumlarının yapılmasına sebep olmuştur.²⁵ Burada Anayasanın 68. maddesinde siyasi partilerin laiklik ilkesine aykırı davranamayacağı düzenlenmişken, bu hükmü somutlaştırma gayesi taşıyan Siyasi Partiler Kanunu'nda laiklik ile Atatürk ilke ve inkılaplarının korunması birlikte düzenlenmiştir. Aşağıda deği-

21 Osman Can, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yay., Ankara 2005, s.100

22 Bkz.: E.S.1963/173, K.S. 1965/40, K.T.26.09.1965

23 Bkz.: E.S.1988/2 (parti kapatma), K.S. 1988/1, K.T.08.12.1988

24 Bkz.: E.S.1990/1 (parti kapatma), K.S. 1991/1, K.T.16.07.1991

25 Bakır Çağlar, “Türkiye’de Laikliğin Büyük Problemi”, COĞİTO Dergisi, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1994, S.1, s.116

neceğimiz kararlarda da görüleceği üzere laiklik ile Atatürk ilke ve inkılaplarının tümü aynı kabul edilmektedir.

Laiklik hukuki, siyasi ve felsefi açılardan farklı farklı biçimlerde yorumlanmaktadır. Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekse Anayasa Mahkemesi laikliğin Türkiye Cumhuriyeti Devletinin değişmez ve temel ilkelerinden biri olduğunu ve bu ilkeye yönelik olabilecek her türlü “hadsizliğin” kabul edilemez olduğunu ifade etmektedirler.²⁶

Anayasa Mahkemesi, laikliği önemli ölçüde temel hak ve özgürlüklerin sınırlama kriteri olarak görmektedir. Bu itibarla laiklik ilkesinin din ve vicdan özgürlüğünün sınırı değil, güvencesi olduğu ifade edilmelidir.²⁷

“Anayasa Mahkemesinin türbanla ilgili kararı, laikliğin genellikle benimsenen bilimsel yorumunu aşmakta ve onu, devlet yönetimine hâkim bir ilkenin ötesinde bir çeşit mutlak pozitivist ideoloji olarak takdim etmektedir. Eğer okuyabilseydi, Auguste Comte’un ruhunu şad edeceği kuşkusuz olan şu pasajlar, özellikle ilginçtir: ‘Laiklik, dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide de paylaşılmaktadır. Laiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir... Laik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur... Dini ve din anlayışı tümüyle farklı bir ülkede laiklik uygulamasının .. batı ülkelerindeki gibi olması...beklenemez... Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü laiklikten almış, milliyetçilik ilkesi laiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi laiklikle anlam kazanmıştır... Laiklik, dinsellikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte laiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye’nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir. İnsanlık idealidir... Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasak düzenlemelerin kaynağı olması düşünülemez.”^{28 29}

26 Bkz.: AİHM; Refah Partisi v. Türkiye Kararı

27 Hüseyin Özcan ve Murat Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, Der Yay. İstanbul 2011, s.174

28 Bkz.: E.S.1989/1, K.S. 1989/12, K.T.07.03.1989

29 Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Ankara, 62-3, s.265

Mahkeme, Huzur Partisi ile ilgili kararında partinin programındaki eğitim ve öğretimin laik olması fikrine inanılmadığı, anayasa doğrultusunda dini ve ahlaki değerleri önceleyen bir eğitim sisteminin getirilmesi gerektiğine ilişkin ifadelerin yer almasını laiklik ilkesine aykırı bulduğunu belirterek partiyi kapatmıştır. Bu kararda yer alan şu ifadeler de mahkemenin laiklik ilkesine bakışı açısından oldukça dikkat çekicidir: “Hukuki yönden ve klasik anlamda laiklik, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Buna rağmen Hıristiyan ve İslam dinlerinin koşulları, inanç ve gerekleri aynı olmadığından, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar birbirinin aynı olmamış; tersine büyük farklılıklar göstermiştir. Dini ve din anlayışı tamamen farklı olan bir ülkenin laikliği, o ülke batı medeniyetine açık olsa dahi batı ülkelerindeki anlayış içinde benimsemesi, esasen düşünülemez ve beklenemez... Kaldı ki aynı dini benimseyen batı ülkelerinde dahi, devletlerin laiklik anlayışı birbirinin aynı olmamıştır... Atatürk Devrimlerinin hareket noktasında laiklik ilkesi yatar ve devrimlerin temel taşı bu ilke oluşturur. Başka bir anlatımla laiklik ilkesi açısından verilecek en küçük ödün, Atatürk devrimlerini yörüngesinden saptırarak, yok olması sonucunu doğurabilir.”³⁰ Kararda Mahkeme’nin laikliğe Atatürk devrimlerini koruyucu bir ilke olarak iman ettiği çok açık bir şekilde görülmektedir.

Programında “devlet din işlerine karışmayacaktır, din cemaatlere bırakılacaktır” ifadesi yer alan Özgürlük ve Demokrasi Partisi Mahkemece kapatılmıştır.³¹ Kapatma gerekçesi Siyasi Partiler Kanununun 89. maddesine dayandırılmıştır. Söz konusu madde ile Diyanet İşleri Başkanlığının genel idare içinde yer almasına ilişkin Anayasanın 136. maddesine aykırı amaç gütmeye durumu, siyasi partilerin kapatılması sebeplerinden biri olarak düzenlenmektedir. Ancak Mahkeme Demokratik Barış Hareketi davasında Diyanet İşleri Başkanlığının bir devlet kurumu olmaktan çıkarılması talebini kapatma nedeni olarak değerlendirmemiştir.³²

Refah Partisi kararı da önemle incelenmesi gereken kararlardan biridir.³³ Siyasi Partiler Kanunu’na göre parti üyelerinin parti yasaklarına aykırı eylemlerinden dolayı parti kapatma yoluna gidilebilmesi için önce ilgili kişilerin hüküm giymeleri, ardından Cumhuriyet Başsavcılığının bu kişilerin partiden çıkarılmalarını istemesi ve siyasi partinin de 30 gün içinde bu istemi yerine getirmemesi gerekiyordu. Ancak Anayasa Mahkemesi Refah Partisi davasında adeta ne pahasına olursa olsun kapatmalıyım düşüncesiyle hareket edencesine bu hükmü ön mesele yapıp iptal etmiş, sonrasında da partinin kapatılmasına hükmetmiştir.

30 Bkz.: E.S.1983/2 (parti kapatma), K.S. 1983/2, K.T.25.10.1983

31 Bkz.: E.S.1993/1 (parti kapatma), K.S. 1993/2, K.T.23.11.1993

32 Bkz.: E.S.1996/3 (parti kapatma), K.S. 1997/3, K.T.22.05.1997

33 Bkz.: E.S.1997/1 (parti kapatma), K.S. 1998/1, K.T.16.01.1998

Kararda bir milletvekilinin laik cumhuriyet ilkesine aykırı siyasal gösterilerle ilgili olarak tutuklu bir belediye başkanını cezaevinde ziyaret etmesi; laiklik karşıtı olarak bilinen bazı kişilerin partiden aday gösterilmesi; laiklik karşıtı değişik konuşmaların partililerce yapılması; Devrim Kanunlarına aykırı kıyafetler içindeki kişilerin devlet katında kabul gören kişiler olduğu görüntüsünün sağlanması; türban ve başörtüsünü teşvik edici konuşmalar yapılması gerekçe olarak gösterilmiştir.

Fazilet Partisi davasında da aynı şekilde Mahkeme Siyasi Partiler Kanunu'nun 103. maddesini ön mesele olarak incelemiş ve bu maddeyi iptal etmiştir. Mahkeme gerekçesinde; siyasi partilerin anayasa ile belirlenmiş demokratik temel düzeni yıkmaya veya önemli ölçüde tehlikeye düşürmeye yönelmeleri söz konusu olduğunda yaptırım uygulanmasını engellemek ya da önemli ölçüde zorlaştırmak demokratik sistemin özünü bağdaşmaz diyerek odak haline gelme durumunun saptanmasının olanaksız hale geleceğini belirtmiştir.³⁴ Kapatmaya ilişkin kararda başörtülü olarak yemin etmeye çalışan bir milletvekilinin tutumları, başörtüsü sebebiyle üniversiteden çıkarılan öğrencilere bir milletvekilinin basın toplantısı yaptırması gibi yasalara aykırı eylemleri desteklemesi, türban yasağını zorbalık olarak göstermek suretiyle halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmesi gibi gerekçeler yer almaktadır.³⁵

Adalet ve Kalkınma Partisi'nin kapatılmasına ilişkin davada ise mahkeme kapatma kararına hükmetmemiş ancak devlet yardımından yoksun bırakılması yaptırımının uygulanmasına karar vermiştir.³⁶ Mahkeme partinin başörtüsü yasağının kaldırılması yönündeki tutumlarını, İmam Hatip Liselerine uygulanan katsayı sınırlamasının kalkmasına yönelik talepleri, Kuran Kurslarındaki yaş sınırlamasının kaldırılması girişimlerini demokratik ve laik cumhuriyete aykırı kabul etmiştir. Gerekçe incelendiğinde Mahkemenin AK Partinin faaliyetlerine ilişkin uzunca bir methiye bölümüne yer vermesi ve ardından bu kadar güzel işler yapan, halkın da yarıya yakının desteklediği bir partinin kapatılmasının insafsızlık olacağı; ancak bir yaptırım uygulamamanın da kendi geçmişine ihanet olacağı kanaatinde olduğu anlamını çıkarmak pek tabiidir. Önceki kararlarına kıyasla olabildiğine demokrat bir tutum içinde gibi gözükken bu kararda da Mahkeme üyelerinin oy dağılımları göz önünde bulundurulduğunda durumun gözüktüğü kadar "normalleşmediği" anlaşılmaktadır.

Doktrinde Sayın Özbudun, laiklik kavramı konusunda AYM'nin kararlarından çıkardığı esasları dinin devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını

34 Bkz.: E.S.2000/86, K.S. 2000/50, K.T.12.12.2000

35 Bkz.: E.S.1999/2 (parti kapatma), K.S. 2001/2, K.T.22.06.2001

36 Bkz.: E.S.2008/1 (parti kapatma), K.S. 2008/2, K.T.30.07.2008

benimseme; dinin bireyin manevi hayatına ilişkin dini inanç bölümünde hürriyete sahip olması ve bunu anayasal güvence altına alma; dinin bireyin manevi hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümünde ise kamu düzenini korumak amacıyla sınırlar kabul etme; devlete kamu düzenini koruyucu sıfatıyla dini hak ve özgürlükler üzerinde denetim yetkisi tanıma şeklinde özetlemektedir.³⁷

Yukarıda değindiğimiz kararlardan da çıkabilecek bir sonuç şudur ki; kapatma gerekçesi olarak kabul edilen kimi hususlar başkalarınca dile getirilmesi halinde yaptırımla karşılaşmayabilmektedir. Türk Ceza Kanununun 163. maddesinin kaldırılmasını talep eden Milli Nizam Partisi bu hususun da yer aldığı gerekçe ile kapatılırken ilgili maddeyi kaldıran Anavatan Partisi bir yaptırıma maruz kalmamıştır. Yine farklı dillerde eğitime ilişkin talepler birçok partinin kapatılmasına gerekçe teşkil etmiş ancak bu talepleri kanunlaştıran partiler hakkında kapatma davası açılmamıştır. Bu gibi işaretler, kanun yapma gücü olan siyasi partiler için anayasaya aykırılığın söz konusu olmadığı durumların kanun yapma gücü olmayıp da bunları talep eden siyasi partiler için anayasaya aykırılık teşkil ettiği ve kapatma gerekçesi oluşturduğu yorumunun yapılmasını gerekli kılmaktadır. Ayrıca Mahkemenin bu tavrı siyasal alanda partilerin faaliyet alanlarını çok büyük ölçüde sınırlamaktadır. Türkiye siyasal fikir hayatının Anayasa Mahkemesi üyelerinin bakış açıları kadar olabileceğini göstermektedir. Bu durum Demokrasi ve Değişim Partisinin kapatılması yönündeki kararda karşı oy yazısı yazan Güven Dinçer tarafından da ifade edilmiştir: “Ülke ve devlet bütünlüğü kavramları partilerin siyasal gücüne, Meclisteki temsiline veya iktidar veya muhalefette olmaya göre değişik biçimde ele alınamaz. Eğer ülkede en önde gelen siyasal sorumluluk sahipleri bazı konuları tartışmaya açmışlarsa ve bu tartışmayı sürdürebiliyorlarsa aynı konuda benzer yöntemlerle her siyasi parti düşüncesini açıklayabilmelidir.”³⁸

2.2. ÖRGÜTLENME YASAKLARI

1982 Anayasası'nın 68. maddesinde siyasi partilerin yurt dışında teşkilatlanamayacağına yanısıra kadın kolları, gençlik kolları gibi kuruluşlar oluşturamayacağı düzenlenmekteydi. Yine aynı maddede kimlerin partiye üye olamayacağı da düzenlenmekteydi. 1995 yılında yapılan değişiklikle bu örgütlenme yasağı ilga edildi. Kadın ve gençlik kolları kurmak, yurt dışında teşkilatlanmak yasak kapsamından çıkartıldı. Aynı değişiklik ile yükseköğretim kurumlarının öğretim üyeleri ve öğrencilerinin siyasi partilere üye olabilmeleri de yasak kapsamından çıkartılmıştır.

37 Aktaran; Hüseyin Özcan ve Murat Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, Der Yay. İstanbul 2011, s.180
38 Bkz.: E.S.1995/1 (parti kapatma), K.S. 1996/1, K.T.19.03.1996; Güven Dinçer'in karşı oy yazısı.

69. maddede de “dernekler, sendikalar, vakıflar, kooperatifler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile siyasi ilişki ve işbirliği içinde” bulunmamaları ve “maddi yardım” almamaları emrediliyordu. Burada yasaklanan işbirliği durumu da 1995 yılındaki Anayasa değişikliği ile ilga edilmiştir. Yine 69. maddede parti içi çalışmalarının demokrasi esaslarına aykırı olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yine aynı maddenin bir başka fıkrası da “Temelli kapatılan bir parti başka ad altında kurulamaz. Bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dâhil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamazlar.” şeklindeki hükümle başka bir örgütlenme yasağı öngörülmektedir. Bir sonraki fıkrada ise siyasi partilerin yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan, yabancı ülkelerdeki dernek ve kuruluşlardan aynı ve nakdi yardım alamayacakları düzenlenmektedir.

1982 Anayasası’nda bu düzenlemelerin yaptırımına ilişkin, bir fıkra dışında, hüküm görememekteyiz. 69. madde ile yasaklanan yabancılardan maddi yardım durumunun yaptırımı olarak partinin temelli olarak kapatılması söz konusudur.

2.3. SİYASİ PARTİLER KANUNU’NUN GETİRDİĞİ DİĞER YASAKLAR

Anayasa’da siyasi partilere ilişkin yasakların sınırlı sayı ilkesi kapsamında düzenlendiği bilgisinden hareketle başlığımızın yanlış olduğu aşikârdır. Zira anayasanın üstünlüğü ilkesince kanunların anayasa uygun olması gerekmektedir. Hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal hükümlere rağmen kanunla düzenleme yapmanın mümkün olmayacağı tartışmasız bir kabuldür. Ancak Siyasal Partiler Kanunu yukarıda bahsettiğimiz Anayasal hükümleri açıklamak gayesini aşmış, bir takım yeni yasaklar ihdas etmiştir.

SPK 78. maddesiyle Anayasanın 68. maddesinde düzenlenen *demokratik devlet düzeninin korunması* hükmünü somutlaştırmıştır. Ancak bu kanaatimizce amacını aşan bir şekilde yapılmıştır. Madde anayasanın başlangıç metnini değiştirmek amacıyla siyasi parti kurulamayacağını ve bu amaca hizmet eder faaliyetlerde bulunulamayacağı düzenlemesi ile başlamaktadır.³⁹ Bu düzenleme ile Anayasanın Başlangıç kısmı da, Anayasanın 4. maddesini genişletir şekilde, değişmezlik kapsamına alınmış ve siyasi partilerin buna aykırı bir amacının ve faaliyetinin olması durumunda kapatılacağına hükmederek yeni bir yasak orta-

39 a) ...Anayasanın başlangıç kısmında ... belirtilen... esasını değiştirmek; ... Amacını güdemezler veya bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar, başkalarını bu yolda tahrik ve teşvik edemezler. (2820 sayılı SPK m.78’den alıntıdır)

ya koymuştur. Bu düzenlemenin amaca hizmet etmediği de aşikârdır. Anayasanın 68. maddesi demokratik devlet düzenin korunmasına ilişkin bir hükümken başlangıç metninde neredeyse hiç demokrasi vurgusu yoktur. Demokrasiyi koruyan bir anayasal hükmün açıklanması amacı taşıyan bir kanun maddesi milliyetçiliği, dayatmacılığı ideolojik bir şekilde ifade eden başlangıç metnine aykırı bir amacın varlığını siyasi parti kapatma sebebi olarak göstermektedir. Anayasa Mahkemesi de SPK'nın bu düzenlemesini siyasi parti kapatma gerekçelerinde çokça kullanmıştır.

Yukarıda incelediğimiz kararların birçoğunda AYM'nin devletin tekliline vurgu yaptığını gördük. SPK'nın 80. maddesi AYM'nin bu kararlarının dayanağı olmuştur. Anayasada *ülke bütünlüğü* kavramı kullanılmasına rağmen SPK'da açıkça devletin teklifi ilkesini değiştirme amacı güden siyasi partilerin kapatılacağı düzenlenmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi toprak bütünlüğünü tek devlet olarak algılamak doğru değildir. Ergun Özbudun bu maddeyi şu şekilde yorumlamaktadır: “Üniter devletin korunması, devletin ülkesiyle bütünlüğü ilkesinin zorunlu bir sonucu değildir. Devletin ülkesiyle bütünlüğü ilkesi, federal veya bölgesel yönetim biçimleriyle pekâlâ bağdaşabilir. Dünya demokrasilerinin önemli bir bölümünü oluşturan federal devletlerde ülke bütünlüğünün tartışma konusu olmaması, bunu kanıtlamaktadır. Bu nedenle bizce SPK'nın 80. maddesi, anayasal yasağın basit bir uzantısı olmayıp, onu aşan ve taşan yeni bir yasak niteliği taşımaktadır ve bu nedenle siyasi parti kapatma sebeplerini tahdidi olarak sayan Anayasanın 68. maddesine aykırıdır.”⁴⁰

Serap Yazıcı aynı yöndeki görüşünü şöyle ifade etmektedir: “Ülke bütünlüğü kavramının tekçi devletle özdeş olduğunu iddia etme olanağı bulunmamaktadır. Ülke bütünlüğü ile kastedilen toprak bütünlüğü olduğuna, bu bütünlüğün korunmasında tekçi ve federal devletler bakımından bir fark olmadığına göre, SPK'nın 80. maddesiyle yeni bir yasak yaratılmaktadır.”⁴¹

Kemal Gözler ise ülke bütünlüğü kavramı ile üniter devletin kastedildiğini savunmaktadır. Gözler'e göre “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olması, onun ‘üniter devlet’ olması demektir... devletin ülkesi ile bölünmez bütünlüğü federalizmi yasaklamaktadır. Bu yasak mutlaklıdır.”⁴²

40 Bkz.: Ergun Özbudun, “Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı”, Siyasi Partiler ve Demokrasi, Uluslararası Sempozyum içinde, 26-27 Mayıs 2005; Ankara, TBB, s.86

41 Kitap bölümü; Serap Yazıcı, “1982 Anayasası ve Parti Yasakları”; Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, *Demokratik Anayasa*, Metis Yay., İstanbul 2012, s.243

42 Aktaran; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Yayınları s.115'den; Kitap bölümü; Serap Yazıcı, “1982 Anayasası ve Parti Yasakları”; Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, *Demokratik Anayasa*, Metis Yay., İstanbul 2012, s.244

Egemenliğin ulus ve ülke bütünlüğünden oluşan tek bir devlet yapısıyla bütünlüşmesi gerektiğini savunan Anayasa Mahkemesi anayasanın tekil devlet esasına göre düzenlendiği görüşünü benimsemektedir. Mahkeme bu inancından hareketle SPK'nın 80. maddesi hükmü gereğince federalizmi savunan siyasi partileri kapatmıştır.

Mümtaz Soysal da Gözler gibi bölünmez bütünlük ilkesini federalizmin olanaksızlığı şeklinde yorumlamaktadır. Bunun yanı sıra bu ilkenin unsurları arasında vatan toprağının devredilemezliği ve sınıf egemenliğinin yasaklanmasını da saymaktadır. Soysal'ın şu görüşlerine dikkat çekmekte fayda vardır: "... bölünmez bütünlüğe yönelen tehlikeler karşısında, bu çeşit yasaklamalara bel bağlamak yerine, tehlikenin ortaya çıktığı yörelerde ayrılıkçı özelemlerin doğmasını önleyici sosyal ve ekonomik önlemler almak daha sağlam bir çözüm olabilir. Anayasa ya da yasalar yoluyla getirilen sınırlamalar, kâğıt üzerinde aldatıcı bir güven duygusu ve rahatlık yarattıkları için, sorunu yasaklarla çözdüklerini sanan insanları gerekli sağlam çözümleri üzerinde düşünmekten alıkoyabilirler."⁴³

SPK'nın 82. maddesinde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. "Siyasi partiler, bölünmez bir bütün olan ülkede, bölgesellik veya ırkçılık amacını güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar." Bu hüküm de bölgesellik ve ırkçılık yasağı getirmiş, üniter devlet vurgusunu yinelemiştir.

SPK'nın siyasi parti yasaklarına ilişkin bir diğer düzenlemesi ise 81. maddesidir. Bu madde ile anayasada düzenlenmiş olan *millet bütünlüğü* kavramı somutlaştırılmak istenilmiş, siyasi partilerin azınlık yaratmaları yasaklanmıştır. Yasa koyucu madde metnindeki "...azınlıklar bulunduğunu ileri süremezler" ifadesi ile adeta toplumun unsurlarını tahlil etmiş ve milletimizin bünyesinde farklılıklar barındıramayacağını emretmiştir.

Bülent Tanör bu vehâmeti şöyle açıklamaktadır: "Madde hükmü mantığa ve kültüre saygı açısından pek hazin bir durumdadır. ... İkinci fıkra, başka kültürlerin korunması amacının güdülmesini bile cezalandırarak kültür jenosidi çağrışımı uyandırmaktadır. ... Oysa demokratik ve rasyonel yaklaşım, ayrılıkçı olmamak kaydıyla farklı etnik ve dinsel kimlikleri temsil etmeye çalışan partilerin sistemin dışına itilmesini değil, içine çekilmesini öngörür."⁴⁴

Doktrindeki bu görüşlerin aksine Mahkeme SPK'nın bu maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle birçok partinin kapatılmasına hükmetmiştir.⁴⁵

43 Mümtaz Sosyal, *Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yay., Ankara 1993, s.117

44 Bülent Tanör, *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD Yay., İstanbul 1997, s.38 (04.11.2015 çevrimiçi; http://www.tusiad.org.tr/_rsc/shared/file/demoktur.pdf)

45 Bkz.: E.S.1993/1 (parti kapatma), K.S. 1993/2, K.T.23.11.1993 ; E.S.1990/1 (parti kapatma), K.S. 1991/1, K.T.16.07.1991

Anayasa Mahkemesine çok geniş bir takdir yetkisi tanıyan düzenlemelerden biri de SPK'nın 87. maddesidir.⁴⁶ Maddede *dini ve dince kutsal sayılan şeylerin istismarı* yasaklanmıştır. Zira siyasi partinin hangi eylemlerinin bu yasak kapsamına gireceği tamamıyla mahkemenin takdirindedir. Bir sonraki maddede⁴⁷ ise siyasi partilerin dini törenler tertip edemeyeceği, bu törenlere katılamayacağı ve istisnaları düzenlenmektedir. Bu hüküm de ilk bakışta Anayasanın 24. maddesinin somutlaştırılması gibi gözükse de Anayasa Mahkemesi'ne geniş bir takdir alanı bırakmaktadır.

Diyanet İşleri Başkanlığı'nın devletin genel idari yapısı dışına çıkarılması yönündeki amaçların siyasi partilerin kapatılması sebeplerinden biri olduğunu Mahkemenin çeşitli kararlarında görmüştük. Bu kararlar SPK'nın 89. maddesine atıf yapmaktadır. *Laikliği somutlaştırdığı* iddia edilen bu madde de aslında yeni bir yasak meydana getirmektedir. Kanun koyucu Diyanet İşleri Başkanlığı ile laikliği eş kavramlar olarak kabul etmiştir. Oysa laiklik teorik olarak din ve devlet otoritesinin tamamen ayrılmasını gerekli kılar. Bununla birlikte bu yasakla anayasanın değiştirilmez maddelerine bir yenisi daha eklenmiştir, anayasanın 136. maddesi.

Anayasa Mahkemesi Özgürlük ve Demokrasi Partisinin kapatılması kararında bu maddeye atıf yapmış, parti programında yer alan “devlet din işlerine karışmayacak, din cemaatlere bırakılacaktır” ifadesini ihlal olarak kabul etmiştir.⁴⁸ Demokratik Barış Hareketi Partisi'ne ilişkin aynı iddialarla açılan davada ise yukarıda da değindiğimiz gibi kapatma talebini reddetmiştir.⁴⁹

Kapatılmış siyasi partilerin isim, amblem, rumuz gibi işaretlerinin kullanılması; daha önce kurulmuş Türk devletlerinin bayrak, amblem ve flamalarının

46 *Dini ve dince kutsal sayılan şeyleri istismar yasağı:*

Madde 87 – Siyasi partiler, Devletin sosyal veya ekonomik veya siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla veya siyasi amaçla veya siyasi menfaat temin ve tesis eylemek maksadıyla dini veya dini hissiyatı veya dince mukaddes tanınan şeyleri alet ederek her ne suretle olursa olsun propaganda yapamaz, istismar edemez veya kötüye kullanamazlar.

47 *Dini gösteri yasağı:*

Madde 88 – Siyasi partiler, herhangi bir şekilde dini tören ve ayin tertiplemez veya parti sıfatıyla bu gibi tören ve ayinlere katılamazlar.

Siyasi partiler, dini bayramları, ayinleri ve cenaze törenlerini parti gösterilerine ve propagandalarına vesile yapamazlar.

Devlet protokolünce düzenlenen cenaze törenleri ile partisinden bir üyenin ölümü halinde veya parti nezaketinin gereği olarak bir diğer parti üyesinin veya bağımsız kişinin cenaze töreninde partinin temsili ve parti adına çelenk gönderilmesi ile anma törenleri, bayramlaşmalar, siyasi propagandaya dönüştürülmek şartıyla birinci fıkradaki yasağın dışındadır.

48 Bkz.: E.S.1993/1 (parti kapatma), K.S. 1993/2, K.T.23.11.1993

49 Bkz.: E.S.1996/3 (parti kapatma), K.S. 1997/3, K.T.22.05.1997

kullanılması; parti adında komünist, anarşist, faşist, teokratik, nasyonel sosyalist, din, dil, ırk, mezhep ve bölge adlarının parti adı olarak kullanılması; bir siyasi partinin daha önceden kapatılmış bir partinin devamı olduğunu beyan ve iddia etmesi SPK'nın 96. maddesiyle yasaklanmıştır. Mahkemenin Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin kapatılması kararı⁵⁰ ve Cumhuriyet Halk Partisi'nin kapatılması kararı⁵¹ da bu maddeye dayanmaktadır.

3. ULUSALÜSTÜ DÜZENLEMELER

3.1. VENEDİK KOMİSYONU'NUN BAKIŞI

Hem anayasal düzenlemeler hem de mahkemenin kararlarından açıkça anlaşıldığı gibi parti yasakları ile demokrasinin gelişmesine değil, siyasetin alanının devletin resmi ideolojisi ile sınırlanmasına hizmet edilmiştir.

Venedik Komisyonu "*Siyasi Partilerin Yasaklanması ve Kapatılması ile Benzeri Tedbirler Hakkında Yol Gösterici İlkeler*" başlıklı bir rapor hazırlamıştır. Raporunda siyasi partilerin kapatılmasının ancak şu durumda meşru olacağı belirtilmiştir: Şiddet kullanımının savunuculuğunun yapılması veya demokratik anayasal düzeni yıkmak için şiddetin bir araç olarak kullanılması ve bu suretle anayasal teminat altında olan hakların ve özgürlüklerin zayıflatılması. Komisyon raporunda açıkça bir partinin Anayasa değiştirme talebinin bu partinin kapatılması sebebi olamayacağını da belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararları ile Venedik Komisyonu'nun raporu arasında, ne yazık ki, en ufak bir rabita belirtisi yoktur. Mahkemenin parti kapatmaya ilişkin kararlarının büyük çoğunluğu Kürt meselesine ilişkin olarak arzu edilen çözümün anayasal değişiklik ile olacağını savunulmasına dayanmaktadır. Anayasa Mahkememizin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin bu tutumu Komisyonun dikkatini çekmiştir ve Komisyon 2009 yılında "Türkiye'de Siyasal Partilerin Yasaklanmasına İlişkin Anayasal ve Yasal Hükümlere Dair Görüşü"⁵² başlıklı bir rapor hazırlamıştır. Raporunda Anayasa Mahkemesine çok geniş takdir yetkisi tanıdığı vurgulanmıştır. Raporunda kapatma davasının açılmasının dahi, yaptırım uygulanmaması yönünde hüküm verilse bile, siyasi sonuçlar doğuracağından hareketle kapatma davasını açabilecek organın siyasi bir unsur olması gerektiği, halka hesap verebilir konumda olması gerektiği belirtilmiştir.⁵³ (Türkiye'de kapatma davasını açmaya yetkili makam Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısıdır.)

50 Bkz.: E.S.1990/1 (parti kapatma), K.S. 1991/1, K.T.16.07.1991

51 Bkz.: E.S.1990/2 (parti kapatma), K.S. 1991/2, K.T.24.09.1991

52 <http://www.abgm.adalet.gov.tr/e-kutuphane/venedik%20komisyonu%20g%C3%B6r%C3%BC%59Fleri/1.pdf> (17.12.2013, çevrimiçi)

53 Almanya'da Federal Meclislerden biri veya Federal Hükümet; İspanya'da hükümet ya da savcılık siyasi parti kapatma davası açabilir.

3.2. AİHM UYGULAMASI⁵⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde siyasi partilere ilişkin somut düzenleme yoktur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi siyasi partileri de dernek ve sendikalar gibi Sözleşmenin 11. maddesi kapsamında değerlendirir.

Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü başlığı taşıyan 11.madde şöyledir:

“Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.”⁵⁵

Mahkeme siyasi partileri de derneklerle aynı madde kapsamında değerlendirirse de demokratik bir toplum için hayati olması sebebiyle kapatılmasının çok ağır bir müdahale olduğunu düşünmektedir. Bu sebeple kapatmayı meşrulaştırmanın güçleştirilmesinde bir beis görmemektedir. Bunun yanı sıra Sözleşme'nin 10. maddesi ile düzenlenen düşünce özgürlüğünü de siyasi partilere ilişkin uyumsuzluklarda dikkate almaktadır.

AİHM siyasi partilere yapılabilecek müdahalelerin meşru olabilmesi için üç unsuru incelemektedir: Kanunla düzenlenmiş olması, meşru amaç gütmesi, demokratik bir toplumda zorunlu bir müdahale olması.

Kanunla düzenlenmiş olması unsurunda önemli olan husus açıklık ve öngörülebilirliktir.

Meşru amaç olarak ise ulusal güvenlik kriterini değerlendirmektedir. TBKP kararında ve ÖZDEP kararında ülke bütünlüğü ve ulusal güvenlik hususlarını değerlendirmiştir. Refah Partisi kararında ise meşru amaç kriterini daha geniş yorumlamış; kamu güvenliğinin korunması, kargaşa ve suçun önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerini de siyasi parti kapatmaya gerekçe gösterilebilecek meşru amaçlardan kabul etmiştir.⁵⁶ Bununla birlikte

54 Tafsilatı için Bkz.: Osman Can, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yay., Ankara 2005, s.179 vd. ; Hüseyin Özcan ve Murat Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, Der Yay. İstanbul 2011, s.190 vd. ; Fazıl Sağlam, *Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta Yay., İstanbul 1999; s.148 vd.

55 Anayasa Mahkemesi'nin internet sitesinden alınmıştır. http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf (01.01.2014,çevrimiçi)

56 AİHM kararı; Refah Partisi ve diğerleri v. Türkiye, 13.02.2003; prg.67

Mahkeme aynı kararda, “takip edilen hedefin ilgili üye devletin yapısal ilkelerine ters düşmesi, o partinin demokrasinin temel ilkelerine aykırı düşüğü anlamına gelmez” ifadesine yer vererek demokratik ilkelere aykırı düşmediği sürece yalnızca üye devletin anayasal ilkelerine aykırılığın başlı başına parti kapatma nedeni olamayacağını belirtmiştir.

Tüzük ve programı nedeniyle partiler kapatılabilirler de herhangi bir faaliyette bulunmayan bir siyasi parti, sadece bu nedenle kapatılmaz; aksi halde düşünce açıklaması cezalandırılmış olur.

KAYNAKLAR

- Can, Osman; Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasal Partilerin Kapatılması; Seçkin Yay.; Ankara, 2005
- Can, Osman; Hukuk Devleti ve Anayasa Yargısı; 2004 Hukuk Kurultayı içinde, Cilt 1; Ankara,2004
- Gözler, Kemal; Türk Anayasa Hukuku; Ekin yay.;Bursa,2000
- Göztepe, Ece ve Çelebi, Aykut; Demokratik Anayasa; Metis Yay.; İstanbul. 2012
- Hakyemez, Yusuf Şevki; Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı; Yetkin yay.; Ankara,2009
- Hakyemez, Yusuf Şevki; Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası; Seçkin yay.; Ankara,2000
- Kaboğlu, İbrahim; Anayasa Yargısı; İmge yay.;Ankara,1994
- Kaboğlu, İbrahim; Hukuk Yoluyla Demokrasi; MÜİİBFD Prof. Dr. Halil Nadaroğlu'na Armağan; İstanbul,1998
- Öden, Merih; Türk Anayasa Hukukunda Siyasal Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları; Yetkin Yay.; Ankara,2003
- Özbudun, Ergun; “Siyasal Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı”, Siyasal Partiler ve Demokrasi, Uluslararası Sempozyum içinde, 26-27Mayıs 2005; Ankara, TBB
- Özbudun, Ergun; Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Parti Disiplini; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yay.; Ankara,1968
- Özbudun, Ergun; Türk Anayasa Hukuku; Yetkin yay.;Ankara,2008
- Özbudun, Ergun; Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi; Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62-3
- Özcan, Hüseyin ve Yanık, Murat; Siyasal Partiler Hukuku, Der yayınları; İstanbul. 2011
- Sağlam, Fazıl; Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları; Beta yay.;İstanbul,1999
- Sosyal, Mümtaz; Anayasanın Anlamı; Gerçek yay.;Ankara,1993
- Tanör, Bülent; Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri; İstanbul, TÜSİAD; 44-5
- Teziç, Erdoğan; Anayasa Hukuku; Beta yay.; İstanbul,2007
- Turhan, Mehmet; Siyasal Parti Kapatma Davaları, Yeni Türkiye; Yıl 3, S.17,Eylül-Ekim 1997

- Yanık, Murat; Parti İçi Demokrasi; Adalet yay.; İstanbul,2013
- Yazıcı, Serap (editör) TESEV Demokratikleşme Programı Siyasa Raporları Serisi; Yargı Reformu 1, Yargısal Düşüm, Türkiye’de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler; Tesev yay.;2010

KISALTMALAR

AIHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AIHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AYM. Anayasa Mahkemesi

Bkz.: Bakınız

DEHAP: Demokratik Halk Partisi

DTP: Demokratik Toplum Partisi

E.S.: Esas sayı

HADEP: Halkın Demokrasi Partisi

K.S.: Karar sayı

K.T.: Karar tarihi

md.: Madde

MÜİİBFD: Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi

ÖZDEP: Özgürlük ve Demokrasi Partisi

Prg.: Paragraf

s.: Sayfa

S.: Sayı

SPK: Siyasi Partiler Kanunu

TBB: Türkiye Barolar Birliği

vd.: ve devamı

Yay.: yayınları/yayınevi

ÖZET

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kuruluşundan bu yana çok sayıda siyasi partinin kapatılmasına ya da başkaca çeşitli yaptırımların uygulanmasına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararlarının birçoğu doktrinde eleştiri konusu olmuş, hukuki dayanakları irdelenmiş ve kararların gerekçelerindeki hukuki ve siyasi etkenler değerlendirilmiştir. Gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları ve bu anayasalarda yapılan değişikliklerle ihdas edilen siyasal parti yasakları

ve bu yasaklara ilişkin Anayasa Mahkemesinin yorumunun değerlendirildiği bu makalede, Siyasi Partiler Kanunu'ndaki parti yasaklarına ilişkin düzenlemeler de ele alınmış; bu düzenlemelerin anayasa karşısındaki konumu eleştirilmiştir. Anayasa Mahkemesinin anayasalara ve Siyasi Partiler Kanunu'na dayanarak vermiş olduğu siyasi parti kapatma kararlarının hemen hemen hepsinin incelendiği bu makalede uluslararası düzenlemelere de değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Türk Anayasa Mahkemesi, Siyasal Parti Yasakları, Siyasal Partiler Kanunu.

ÖZEL HUKUK

Fona Devredilen Bankanın İflas Tasfiyesi

Conducting of the Liquidation of Bankrupt Bank by the Fund

Doç. Dr. Müjân Tunç Yücel

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Serdar Kale

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

Applicable provisions in case of bankruptcy of banks has been amended many times in our legal system, for this reason, it is difficult to determine applicable provisions for the bankruptcy and liquidation of banks. In accordance with the regulations relating to the bankruptcy of the banks in the Banks Act, even if tasks of the bodies that conducting of the liquidation given to the Fund, the Fund is obliged to do this within the framework of the İİK (Turkish Bankruptcy and Enforcement Law). In this case, the Fund will primarily try to collect its receivables, because receivables of the Fund arised from reimbursement of deposits in the failed bank. While the Fund is conducting of the liquidation in lieu of bankruptcy organs, it is obliged to take into account the interests of bankrupt bank, other creditors of the bank and people whose responsibility depend on the result of the bank's bankruptcy liquidation (such as bank managers).In this concept, the Fund will be responsible for all the faults due to its procedures that cause the bankrupt's estate to loss . In this situation, the liability case will be filed against the state in the scope of Banks Act (clause 127/6). However, since it will be evaluated under the provisions of the İİK, the case should be filed in ordinary courts.

Keywords: Fund, Bankruptcy of Banks, Liquidation, Responsibility of Fund.

A. GENEL OLARAK

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna (ki bundan sonra kısaca "Fon" diye anılacaktır) devredilen veya Fon tarafından doğrudan iflası istenen bir bankanın iflas tasfiyesi alışlageldiği gibi yalnızca İİK hükümleri göz önünde bulundurularak değil, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu düzenlemeleri de dikkate alınarak gerçekleştirilir. Fon'a devredilen bankanın iflası hakkında öncelikle, 5411 sayılı Banka-

çlık Kanunu'nun 106. maddesinin 3. fıkrasının incelenmesi gerekir. 5411 sayılı Bn.K m. 106/ f. 3 uyarınca:

“Fon, yönetim ve denetimi kendisine intikal eden bankadaki sigortalı mevduatı ve sigortalı katılım fonunu doğrudan veya ilân edeceği başka bir banka aracılığı ile ödeyerek, mevduat ve katılım fonu sahipleri yerine bankanın doğrudan doğruya iflasını ister”.

Madde metninden anlaşıldığı üzere, bankanın iflas sebebi ve yolu ne olursa olsun, iflas davası ve kısmen iflas tasfiyesi İİK hükümleri çerçevesinde cereyan edecektir¹. Şu halde iflas davası yetkili asliye ticaret mahkemesinde açılacak ve karara bağlanacak ve bu davanın sonucunda bankanın iflasına karar verilirse iflas tasfiyesi yine ağırlıklı olarak İİK hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir. Nitekim bu hususlar Bankacılık Kanunu (Bn.K) m. 106/ f. 5'te şu şekilde hükme bağlanmıştır:

“Yönetim ve denetimi Fona intikal eden banka hakkında iflas kararı verilmesi hâlinde Fon, iflas masasına 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 206ncı maddesinde yer alan üçüncü sıradaki tüm imtiyazlı alacaklılardan önce, ancak Devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak eder. Fon, bu Kanunun uygulanması ile sınırlı olmak üzere 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 166ncı, 218 inci, 219 uncu, 223 üncü, 234 üncü, 236ncı, 249 uncu, 251 inci ve 254 üncü maddelerindeki yetki ve görevler hariç olmak üzere iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresi görev ve yetkilerine sahip olarak bankayı tasfiye eder.”

Görüldüğü gibi ilgili düzenlemede, bankanın iflası halinde Fon alacağının imtiyazlı alacak olarak İİK m. 206'da düzenlenen üçüncü sırada yer alacağı ve tasfiyenin İİK'da öngörülen sistemde fakat Fon tarafından gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır.

Söz konusu düzenlemenin konuluş amacı, iflas prosedüründe yer alan tüm organların yetkisinin tek elde toplanmasının temini ile iflas prosedürünün mümkün olduğu ölçüde hızlı ve verimli bir şekilde sonuçlandırılmasıdır². Fon'un tasfiyeyi gerçekleştirirken geniş yetkilerle donatılmış olması tasfiyeyi en iyi ve çabuk şekilde yapabilmesi içindir. Bankacılık Kanunu ile bir bankanın iflası halinde Fon'a tanınan imtiyazların sebebi, **Fon'un bankanın iflası halinde mudilere yaptığı ödemeleri en kısa zamanda geri alabilmesini sağlamaktır. Zira Fon, bankanın iflası ile**

1 Mete Günel, İflas Davaları ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2006, s. 352'de anılan, Y 19. HD'nin 17.11.1995, E 7299, K 9852 sayılı kararı.

2 Sümer Altay, Türk İflas Hukuku C I, İstanbul 2004, s.503.

mudilerin mevduatlarını sigorta edilmiş tasarruf mevduatı olarak ödemiştir. Fon'a iflas prosedüründe yer alan tüm organların yetkisinin devrinin amacı da, iflas prosedürünün mümkün olduğu ölçüde hızlı ve verimli bir şekilde sonuçlandırılmasıdır³. Fon'un tasfiyeyi gerçekleştirirken geniş yetkilerle donatılmış olması tasfiyeyi en iyi ve çabuk şekilde yapabilmesi içindir. Bu yetki Fon'un tasfiyeyi gerçekleştirirken sınırsız bir şekilde hareket edebilme imkânı olduğu, bunu yaparken diğer alacaklıların ve menfaat sahiplerinin haklarını göz önünde bulundurmamak zorunda olmadığı şeklinde anlaşılabilir. Bu düzenlemenin amacı, Fon'un mudileri koruması amacıyla da hizmet etmektedir.

B. FONUN İFLAS ORGANLARI OLARAK GÖREV VE YETKİLERİNİN KAPSAMI

Bn.K m. 106/ f. 5 uyarınca, iflas kararı alınması halinde Fon tüzel kişiliği Bankalar Kanunu'nun uygulanması ile sınırlı olmak üzere, iflas dairesinin, alacaklılar toplantılarının ve iflas idaresinin görev ve yetkilerine sahip olacaktır. Fon bu sıfatla yaptığı tüm işlemlerde ve aldığı kararlarda, görevlerini ifada İİK'nın ilgili hükümlerine tabi olacaktır⁴. Maddede sayılan bazı istisna hükümlerdeki işlemlerde görevli ve yetkili organ iflas dairesi olarak kalacaktır.

Şu halde yönetim ve denetimi Fon'a devredilen bankaların iflasına karar verilmesi halinde iflas davası ve iflas tasfiyesi Bankacılık Kanunu'nda buna ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından, İİK'nın ilgili maddelerine göre yürütülecektir⁵. Bu kapsamda iflası yürütecek olan Fon, yapacağı bütün işlemlerde, iflas idaresi, alacaklılar toplanması ve iflas dairesinin İİK çerçevesinde sahip olduğu görev ve yetkiler dâhilinde hareket edecektir.

Bk.K m. 106'nın lafzından, iflas tasfiyesini Fon'un yapacak olmasından dolayı ayrıca bir iflas idaresi kurulup kurulmayacağı anlaşılammaktadır. Doktrinde iflas tasfiyesinin de Fon tarafından yapılacağı; ayrı bir iflas idaresinin kurulmayacağı fikrinde olan müellifler bulunmaktadır⁶. Fakat doktrinde bu fikrin aksini savunanlar da mevcuttur. Bu görüş uyarınca, Fon'un tasfiyeyi yürüttüğü hallerde ayrıca bir iflas idaresinin de kurulması lazımdır⁷. Bu yöndeki bir başka görüş

3 Altay, a.g.e, s.503.

4 Seza Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2015, C II, s.1849.

5 Oğuz Atalay, "Bankaların İflasında İflas Tasfiyesi", Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s.271-291, s.271.

6 Ünal Tekinalp, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003, s.70.

7 Ejder Yılmaz, Banka Tasfiyelerinde İflas İdaresi, BATİDER, C XXIV, S 2, s.175-185 (BATİDER), s.178 vd.; Hakan Pekcanitez/ Güray Erdönmez, Bankacılık Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Bankacılar Dergisi, S 55, 2005, s.25-44, s.30 vd.; Hanife Doğrusöz, Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarını Şahsi Sorumluluğu, İstanbul 2010, s.256 vd.

uyarınca da iflas dairesi, iflas idaresi ve alacaklılar toplanması görevlerini yerine getiren kişilerin Fon Yönetim Kurulu tarafından ve üç kişiden az olmamak kaydıyla, görevlendirilen kimselerden oluşturulması gerekmektedir⁸.

Uygulamada Fon'un iflas idaresine aday gösterdiği ve bu adaylar arasında icra mahkemesince atama yapıldığı; bu şekilde oluşturulan iflas idaresinin ise Fon'un bir organı gibi hareket ederek işlemler yaptığı görülmektedir.

İİK m. 226 uyarınca iflas tasfiyesini yürütecek olan organ iflas idaresidir. Birinci alacaklılar toplanması tarafından seçilen iflas idaresi, iflas dairesinin denetimi ve gözetimi altında ve ikinci alacaklılar toplanmasından aldığı yetki ile hareket edecektir.

Ancak Bn.K m.106/f.5'de İİK'nın iflas tasfiyesinin yürütülmesine ilişkin bazı maddelerine atf yapılarak bunların Fon tarafından yürütülen iflas tasfiyelerinde uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu maddeler arasında yer alan İİK m. 223'e yapılan atf, iflas idaresi sıfatıyla tasfiyeyi yürüten Fon'un bu kapsamdaki işlemlerini iflas dairesinin denetimi dışında bırakmaktadır. Bu şekilde Fon iflas tasfiyesinin "tek hâkimi" kabul edilirken, bir taraftan da iflas dairesinin denetim mekanizmasının dışına çıkarılmaktadır⁹. Bu durumun büyük sakıncalara ve keyfi uygulamalara yol açacağı gerekçesiyle, doktrinde, iflas dairesinin, alacaklılar toplanmasının kararlarına, alacaklıların menfaatlerine uygun görmediği tedbirlere ve idarece kabul edilen alacaklar ile istihkak iddialarının kabulüne dair olan kararlardan, kanuna ve hadiseye uygun görmediklerine, 7 gün içinde icra mahkemesine müracaatla itiraz edebileceği de ileri sürülmektedir¹⁰. Bu görüşün kabulü halinde, iflas idaresi sıfatıyla hareket eden Fon'un, alacaklılar toplanmasının kararlarına, alacaklıların menfaatlerine uygun görmediği tedbirlerine ve alacaklar ile istihkak iddialarının kabulüne dair olan kararlardan, kanuna ve hadiseye uygun olmayanlarına karşı, icra dairesi tarafından, 7 gün içinde icra mahkemesine müracaat imkânı mümkün olabilecektir.

Ezcümle Fon, bir bankanın iflas tasfiyesini yürütürken iflas dairesi, iflas idaresi ve alacaklılar toplanması görevlerini üstlenecek, ancak Bn.K m. 106 /f. 5 uyarınca, bu görevleri ifa ederken, fıkrada atf yapılan İİK hükümleriyle bağlı olmayacaktır. Şu halde Fon, iflas organlarının görevlerini yerine getirirken, bu organların, söz konusu fıkrada anılan İİK maddelerinde zikredilenler dışındaki görev ve sorumluluklarıyla bağlıdır. Diğer bir deyişle Fon, bu kapsamda hem alacaklılar toplanması, hem iflas idaresi, hem de iflas dairesinin görev ve sorum-

8 Adnan Deyneklî, Bankaların İflasında İflas İdaresinin Yargısal Denetimi, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II, Ankara 2009, s.151.

9 Pekcanitez/Erdönmez, a.g.m, s.31.

10 Deyneklî, a.g.m, s. 153.

luluklarını yerine getirmekle yükümlüdür.

Hemen hatırlatmak gerekir ki, Fon, 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda ikinci alacaklılar toplanmasının yahut iflas idaresinin yetkilerine sahip değildi; sadece iflas idaresine aday gösterebiliyordu. 3182 sayılı Bankalar Kanunu zamanında Fon yalnızca birinci alacaklılar toplanmasının iflas idaresini seçme yetkisini almıştı; bunun dışındaki yetkilerini ise iflas tasfiyesinin diğer organları elinde tutuyordu¹¹. Fon'un henüz kurulmamış olduğu 3182 sayılı Kanunu'ndan önce 28 sayılı KHK ile değişik 7129 sayılı Bankalar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde ise İİK hükümlerine göre seçilen iflas idaresinin Maliye Bakanlığına rapor verme yükümlülüğü bulunmaktaydı¹².

Bankacılık mevzuatındaki tarihi gelişimden anlaşılacağı üzere, 7129 sayılı Bankalar Kanunu zamanında alacaklılar banka iflaslarında aynen adi tasfiyede olduğu gibi mutlak söz sahibi iken, bu yetkilerin giderek Fon lehine artmasıyla denge bozulmuştur. Bankacılık Kanunu'nda Fon'a alacaklılar toplanmasının yetkilerinin devriyle bütün alacaklılar adına karar alma hakkı tanınmış, hatta iflas dairesinin bir takım yetkileri de devredilerek inisiyatif tamamen Fon'a bırakılmıştır¹³.

Bn.K ile Fon'un genişletilen yetkileri, kamu otoritesinin iflas tasfiyesine aşırı derecede müdahalesine sebep olmaktadır. Esasen bu müdahale ile amaçlanan iflas eden bankanın mevduat sahiplerinin korunması olsa da, burada söz konusu amaç da aşılmaktadır. Yürürlükteki Bn.K, müflis bir bankanın tasfiyesinde, müflis bankanın mevduat sahipleri dışındaki alacaklılarına inisiyatif tanımamaktadır. Zira birinci ve ikinci alacaklılar toplanmasının yetkilerini Fon kullanmaktadır. Oysa iflas hukukuna hâkim olan "alacaklıların iflas tasfiyesini kendi kendine yürütmesi ilkesi" çerçevesinde tasfiyenin hâkimi alacaklılardır ve her alacaklının alacaklılar toplanmasına katılarak kararların alınmasına etki etme hakkı bulunmaktadır. Bn.K'daki bu düzenleme, alacaklıların iflas tasfiyesini kendi kendilerine yönetmelerine dair ilkeyi açıkça ihlal etmektedir. Bu nedenle Fon'a bütün alacaklılar adına ve her türlü kararı alma yetkisinin verilmesi diğer alacaklıların iflas tasfiyesindeki etkisini azaltmaktadır. Bu durumda, kararların alınmasına herhangi bir şekilde katılmayan alacaklıların, tasfiyeye müdahale edebilmesini sağlayabilecek tek imkân, Fon'un alacaklılar toplanması sıfatıyla aldığı kararlara karşı şikâyet yoluna başvurmaktır. Bununla birlikte, icra mahkemesinin alacaklılar toplanması kararlarına karşı şikâyetin kabulü veya reddi kararları kesindir, dolayısıyla bu imkân da alacaklıların haklarını korumaya yeterli değildir¹⁴.

11 Güray Erdönmez, İflasta Alacaklılar Toplanmasını Yetkileri, İstanbul 2005, s. 207.

12 Erdönmez, a.g.e, s.207, 208.

13 Bkz. benzer şekilde: Erdönmez, s.208.

14 Erdönmez, a.g.e, s.208, 209.

İsviçre hukukunda da bankaların iflası halinde, alacaklıların, olağan bir iflas tasfiyesine göre, iflas tasfiyesine katılımları sınırlı olmakla birlikte, bunun alacaklıların haklarını kullanmalarındaki olumsuz sonuçlarını bertaraf edebilmek için alacaklıların şikâyete başvuru imkânları genişletilmiştir¹⁵. İsviçre’de alacaklıların, bankalar dışındaki iflas tasfiyelerinde ikinci alacaklılar toplanmasının kararlarına karşı yalnızca kanuna aykırılık sebebiyle şikâyete başvurabilmeleri mümkün iken, bankaların iflasında, alacaklılar toplanmasının yetkilerini de kullanan iflas idaresinin kararlarına karşı kararın hadiseye uygun olmadığı gerekçeyle şikâyet yoluna başvuru hakları bulunmaktadır¹⁶. Türk hukukunda ise Bn.K ile Fon’a alacaklılar toplanmasının ve iflas idaresinin görev ve yetkileri devredilmiş, bunun da ötesinde iflas dairesinin de yetkileriyle donatılarak, Fon iflas dairesinin denetiminin dışında bırakılmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu düzenleme, bankanın sair alacaklılarının tasfiyenin yürütülmesindeki söz hakkını tamamen elinden almakla kalmayıp iflas dairesinin alacaklılar toplanması üzerindeki denetim yetkisini de devre dışı bırakmak suretiyle alacaklıların tasfiyeye herhangi bir şekilde etki etme imkânını da ortadan kaldırmaktadır. Böylece Fon bankanın iflas tasfiyesinde tek yetkili haline gelmektedir. Bu hal iflasta alacaklılar arasındaki eşitlik prensibine tamamen aykırıdır¹⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, artık alacağının kalmadığı bir iflas masasında Fon’un imtiyazlı alacaklı olarak temsilci göstermesi ve iflas tasfiyesini yürütmeye devam etmesi ise yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, diğer alacaklıların haklarını ihlal eder. Oysa iflas hukukuna hâkim olan “alacaklıların iflas tasfiyesini kendi kendine yürütmesi ilkesi” çerçevesinde tasfiyenin hâkimi alacaklılardır ve her alacaklının alacaklılar toplanmasına katılarak kararların alınmasına etki etme hakkı bulunmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, Bn.K’da Fon’a imtiyaz tanyan ve iflas tasfiyesinin tek hakimi haline getiren düzenlemeler, alacaklıların iflas tasfiyesini kendi kendilerine yönetmelerine dair ilkeyi açıkça ihlal etmektedir. Bu nedenle Fon’a bütün alacaklılar adına ve her türlü kararı alma yetkisinin verilmesi diğer alacaklıların iflas tasfiyesindeki etkisini azaltmaktadır. Fon’un alacağını kalmadığı bir iflas tasfiyesinde ise bu imtiyazların mutlak surette sona ermesi gerekir.

Bankacılık Kanunu’nda banka yöneticilerinin ve ortaklarının iflası halinde de Fon m. 110/f.4’teki yetkileri haizdir. Bu sebeple Fon banka yöneticilerinin ve ortaklarının şahsi iflası halinde de iflas idaresi, iflas dairesi ve alacaklılar toplanmasını yetkileriyle tasfiyeyi yürütecektir. Dolayısıyla bankaların iflas tasfiyeleri

15 Erdönmez, a.g.e, s.210.

16 Jolanta Kren Kostkiewicz, SchKG Kommentar, 19. Auflage, Zürich 2016, s. 505.

17 Erdönmez, a.g.e, s.208.

bakımından yapılan tüm açıklamalar banka yöneticilerinin iflas tasfiyelerinde de aynen geçerli olacaktır¹⁸.

Tüm bu açıklamalarla birlikte ifade etmek gerekir ki, bir iflas tasfiyesinin yürütülmesindeki yetki ve bu kapsamdaki yükümlülüklerin kapsamı ve kime ait olduğunun tespiti için, iflas tasfiyesindeki amacın da göz önünde bulundurulması gerekir. Şu açıklamalar, iflas tasfiyesindeki amaç ve tasfiyenin yürütülmesindeki yükümlülüklerin kapsamını net bir şekilde ifade etmektedir:

“İflâsların ortaya çıkmaması yönündeki devletin işlevi ve iflâs tasfiyelerinde alacaklıların alacaklarına mümkün olduğunca tamamına kavuşur şekilde tatmin edilmeleri ve böylece iflâsların en iyi şekilde sonuçlanması yolundaki işlev, günümüzde (özellikle bankalar ve sermaye piyasası kurumları bakımından) daha da belirgin hale gelmiştir¹⁹. İflâs masası, tüzel kişi olmamakla beraber tüzel kişiliğe yaklaşan kendine özgü (sui generis) bir hukuk süjesidir; iflâs masası, eşya hukuku anlamında ‘özel bir malvarlığı (Sondervermögen)’dir. İflâs masası, bu anlamda alacaklıların menfaati ve müflisin menfaatinin toplamıdır. Buna ayrıca iflâsların kamu düzeniyle yakın ilgisi nedeniyle, ‘kamu menfaati’ni de dâhil etmek gerekir. İflâs idaresi, işte bu kendine özgü varlığın (süjenin) kanuni mümessilidir ve bu sıfatla, iflâs tasfiyesini yaparken müflisin ve alacaklıların menfaatlerini mümkün olduğu kadar bağıdaştırarak hareket etmekle yükümlüdür. İflâs idaresinin masanın (yani, hem alacaklıların hem de müflisin) yararlarını gözetmesi demek, onun tarafsız davranması demektir. Bu nedenle, iflâs idaresi yalnızca müflisin veya sadece alacaklıların yararlarına hizmet edemez. Keza, iflâs idaresinin kamu düzenini, yani kamu menfaatlerini de göz önüne alması demek, iflâs idaresinin müflisin ve alacaklıların menfaatlerini bir yana bırakarak yalnızca kamu menfaatlerini dikkate alması da, işin özüne ters düşer. Kanunumuz, iflâs masasının organı olan, kamu hukuku niteliği de bulunan ve bu şekilde cebrî icra (iflâs) faaliyetine katılan bir hukuk süjesi yaratmış ve bunun adına iflâs idaresi demiştir. İflâs tasfiyesinin amacı bellidir: Alacaklıların alacaklarının mümkün olduğu kadar tamamına kavuşacak şekilde tatmin edilmeleri ve müflisin de bu oranda borçlarından kurtulmasıdır. Aslında iflâslar, sağlıklı işleyen bir ekonomik hayatta arzu edilen olaylardan değildir. Ancak eğer ortaya yine bir iflâs çıkmışsa, yapılan tasfiye sonucunda, alacaklıların alacaklarının tümüne kavuşmaları ve hatta mümkünse bu yolla, iflâs tasfiyelerinin İcra ve İflâs Kanunumuzun 182 nci maddesi anlamında kaldırılabilmesi ideal olan durumdur. İflâs idaresinin, müflisin malvarlığını (iflâs

18 Erdönmez, a.g.e, s.210.

19 Ejder Yılmaz, “İflaslarda Devletin İşlevi ve İflas Masasına Ait Paraların İflas İdaresince Nematlandırılması Gerekliliği, Ankara Barosu Dergisi, 1996/2, s.173-187 (Devletin İşlevi), s.179.

*masasını), alacaklıların alacaklarına kavuşmalarını ve müflisin de o oranda borcundan kurtulmasını sağlayacak şekilde (en iyi biçimde) değerlendirmesi, onun görevidir ve onun başarısıdır.*²⁰

Şu halde iflas idaresi, masa mallarını ve alacaklarını, mümkün olan en yüksek meblağlarla paraya çevirmek, tasfiye süresince masa mallarını ve alacaklarını korumak, masa borçlarını azaltmak için gerekli tedbirleri almak yani iflas tasfiyesini en iyi şekilde yürüterek bütün alacaklıların ve aynı zamanda müflisin menfaatlerini gözetmek suretiyle tasfiyeyi yürütmekle yükümlüdür.

İflas tasfiyesinin iflas idaresi tarafından hem alacaklıların hem de borçlunun menfaatleri gözetilerek yürütülmesi gereği, iflasın amacı ile bağlantılıdır. İflasın amacı alacaklıların, müflisin iflas masasına giren mallarının tasfiyesi suretiyle tatmin edilmeleridir²¹. Borçlu-müflisin de iflas masasına girmiş mal ve alacaklıların tasfiyesi suretiyle alacaklılara yapılan ödemeler nispetinde borcundan kurtulması söz konusudur. Burada iç içe geçmiş iki zıt yararın var olduğundan, bu iki zıt yararın uzlaştırılması gerekir. İflastaki tarafların bu menfaatlerini uzlaştıracak organ ise iflas idaresidir. İİK m. 226 uyarınca iflas idaresi masanın kanuni temsilcisi yani masanın organı olduğuna göre, iflas idaresi ne müflisi ne de alacaklıları temsil etmektedir. Bu nedenle iflas idaresinin tarafların yararını tarafsız bir şekilde uzlaştırması gerekir; iflas idaresinin tarafsızlığı esastır²².

Nitekim İİK' da iflas idaresinin tarafsız olması esası benimsenmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun 226/I maddesi uyarınca:

“Masanın kanuni mümessili iflas idaresidir. İdare masanın menfaatlerini gözetmek ve tasfiyeyi yapmakla mükelleftir.”

İflas masası tarafların (yani müflis ve alacaklıların) ortak yararlarına tahsis edilmiş mal topluluğudur; iflas masası tarafların yararlarının tümüdür²³ ve Kanununun masa menfaati dediği şey de budur²⁴.

C. FONUN TASFİYE İŞLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

İflas tasfiyesinde alacaklılar toplanması, iflas dairesi ve özellikle de iflas idaresi olarak faaliyet gösteren Fon'un sorumluluğunun hukuki çerçevesinin çizilmesi için yukarıdaki açıklamaların yapılması zorunludur. Bu açıklamalardan sonra,

20 Yılmaz, Devletin İşlevi, s. 180, 181.

21 Yılmaz, İdare, s.53.

22 Ejder Yılmaz, İflas İdaresi, Ankara 1976 (İdare), s.53.

23 Yılmaz, İdare, s. 53, dn. 134'de anılan Yargıtay İcra İflas Dairesinin, 24.4.1970 tarih ve E 4571 sayılı kararı: “İflas masasının kanuni temsilcisi iflas idaresidir. İİK m.226'da iflas idaresi masanın menfaatlerini gözetmek ve tasfiyeyi yapmakla mükellef tutulduğuna göre temsil yetkisi müflise hasrolunmayarak bir dereceye kadar alacaklılara da teşmil edilmiş bulunmaktadır.”

24 Yılmaz, İdare, s. 55.

tasfiye sürecinde ortaya çıkabilecek olası zararlardan ötürü Fon'un sorumluluğunun hukuki dayanaklarının ele alınması gerekmektedir.

İflas organlarının ve özellikle iflas idaresinin İİK m. 226'ya aykırı eylemleri sonucunda sorumluluğu İİK m. 227'de düzenlenmiştir. Kanunun 227. maddesinin IV. fıkrası gereğince iflas idaresi üyeleri, kusurlarından kaynaklanan zararlardan sorumludur. Bu halde dava adliye mahkemelerinde, iflas idaresi üyeleri-ne karşı açılacaktır. Daha önce, İİK m. 227'de İİK m.5'e yapılan atfın kaldırılmış olması sebebiyle, bu dava devlet aleyhine açılmayacaktır. İcra-iflas müdürlerinin (ve diğer görevlilerin) hukuki sorumluluğuna ilişkin açıklamalar, iflas idaresi üyelerinin hukuki sorumluluğu halinde de kıyasen uygulanır²⁵. İflas idaresinin tazminat sorumluluğu, haksız fiil veya hukuk kuralına aykırı hareket edilmesi sebebine dayanmaktadır. O halde iflas idaresinin hukuki sorumluluğu, haksız fiilleri düzenleyen BK'nın ilgili hükümleri ile çok yakından ilgilidir. Diğer bir deyişle İİK'nın açık olarak göstermediği sorumluluk şartlarının tespitinde genel hükümler uygulanmalıdır²⁶.

Buna göre, iflas idaresine karşı açılacak tazminat davasının şartları, haksız fiilden kaynaklanan tazminat davasındaki şartlar gibidir: Hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı.

İflas idare memurlarının sorumluluğunda objektif sorumluluk değil, kusur sorumluluğu esas geçerlidir. Hafif ihmalden kasta kadar kusurun her çeşidi bu kapsamdadır²⁷. İflas idaresi masaya giren mal ve hakların zarara uğraması ve kaybına engel olacak her türlü tedbiri almak zorundadır; bunları almazsa doğacak zararlardan sorumlu olacaktır²⁸. Zira İİK m. 226/I uyarınca iflas idaresi, masanın kanuni mümessili olarak, menfaatlerini gözetmek ve tasfiyeyi yapmakla mükelleftir.

Fon'a devredilen bankanın iflas tasfiyesinde iflas idaresi, alacaklılar toplanması ve iflas dairesinin görevlerini yerine getiren Fon, aynı zamanda iflastaki büyük alacaklıdır. İİK uyarınca adeta iflasın "yasama, yürütme ve yargı"sını oluşturan organların tamamı tek elde toplanmıştır. Bu şartlar altında Fon dışındaki alacaklıların tutanakları denetleyerek iflas dairesinden talepte bulunmak suretiyle şikâyet yoluna başvurmaları da neredeyse imkânsız hale gelmektedir. Dolayısıyla, kanaatimizce, Fon'un iflas idaresi, alacaklılar toplanması ve iflas dairesinin yetkilerini kullanmak suretiyle verdiği zararlardan ötürü tazminat davası açmak Fon dışındaki alacaklılar bakımından en etkili silahtır. Zira az önce de

25 Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2013, s.1306.

26 Yılmaz, İdare, s.179.

27 Yılmaz, İdare, s.180.

28 Yılmaz, İdare, s.180

belirtildiği gibi Fon dışındaki alacaklıların şikâyet yoluna başvurmaları oldukça zor bir hukuki çaredir.

İflas idaresinin görevi sırasında yaptığı iş ve işlemlerden dolayı üçüncü kişilere verdiği zararlardan kaynaklanan hukuki sorumluluğu bağlamında, Bn.K m. 127/f.6, banka iflaslarında görev alan iflas idare memurlarının sorumluluğu bakımından önemli bir hüküm getirmiştir. Buna göre, iflas tasfiyesini Fon'dan aldığı yetki ve Fon'u temsilen gerçekleştiren iflas idare memurları aleyhine, görevlerinin ifası sebebiyle açılan veya açılacak her türlü tazminat ve alacak davaları ile şahsi sorumluluk davaları Fon aleyhine açılır; ancak Fon'un, ödeyeceği tazminat için ilgiliye rücu hakkı vardır. Sorumluluk davasının iflas idare memurlarına değil de Fon'a karşı açılmasının gerekçesi, iflas idare memurlarının tasfiye görevleri sırasında esas itibarıyla Fon'un kararları çerçevesinde hareket etmeleri ve teknik ifadeyle iflas idaresi sıfatının hukuken Fon'a ait olmasıdır²⁹. Nitekim Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli aleyhine, Fon Kurulunun veya Fon'un Bankacılık Kanunu'nda yazılı görevlere ilişkin karar, eylem ve işlemleri sebebiyle, gerek görevlerinin ifası sırasında gerek görevlerinden ayrılmalarından sonra, açılmış veya açılacak her türlü tazminat ve alacak davası, Fon aleyhine açılmış sayılır. Bu davalarda husumet Fon'a yöneltilir. Üyelerin ve personelin görevleri sırasında hizmet kusuruna dayanan tazminat davaları da yasa gereği Fon'a karşı açılacaktır³⁰.

Fon'a karşı açılacak bu davalarda görevli mahkemenin adli mahkemeler olması gerekmektedir. Bir an için bu tür sorumluluk davalarında görevli mahkemenin idari yargı olabileceği akla gelebilirse de, Fon'un iflas idaresi, dairesi ve alacaklılar toplantısı yetkileriyle donanmış olarak faaliyet göstermesi ve İcra İf-

29 Yılmaz, BATİDER, s. 182.

30 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.12.2005 tarih ve E 2005/11-630K 2005/737 sayılı kararı: "...Bankalar Kanununun 24. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci paragrafının birinci cümlesinde 5020 sayılı yasadan önceki düzenlemede "açılan ve açılacak davalar, Fon aleyhine açılmış sayılır." denilmektedir.

Bu ifadeden de açıkça anlaşıldığı üzere önceden açılmış ve 5020 sayılı yasa yürürlüğe girene kadar açılacak davalar yönünden bir ayırım yapılmaksızın bu davaların Fon aleyhine açılmış sayılacağı kabul edilmiştir. Maddedeki "açılmış ve açılacak" ibarelerinin dar yorumlanmaması gerekmekte, lafzen bakıldığında bile yasanın gözettiği amacın, o dönemde açılan ya da açılacak davalar yasada da açıkça ifade edildiği gibi "Fon aleyhine açılmış sayılarak" husumet sorununun çözümü gerekmektedir.

12.12.2003 gün ve 5020 sayılı yasa ile getirilen "açılmış bulunan davalar Fon aleyhine açılmış sayılır ve bu davalarda husumet Fona yöneltilir, açılacak davalar ise doğrudan Fon aleyhine açılır." hükmü ise eldeki davaya etkili görülmemiştir.

Şu durumda, somut olay yönünden, anılan hükümler geniş yorumu tabi tutularak her hâlikârda davanın Fon'a karşı açılmış dava sayılması ve husumetin Fon'a yöneltilmiş olduğu kabul edilerek, mahkemece dava dilekçesinin asıl hasım olan Fon'a tebliği olanağının davacı yana sağlanması gerektiği, sonucuna varılmıştır..."

las Kanunu'nun sistematüğinde bu tür icra organlarının eylemlerinden ötürü adli mahkemelerin görevli olması, adli mahkemelerin Fon'a karşı açılacak davalarda da görevli olmasını gerektirmektedir. Zira Fon, iflas idaresi, iflas dairesi ve alacaklılar toplanması sıfatıyla yaptığı tüm işlemlerde ve aldığı kararlarda İİK'nın ilgili hükümlerine tabidir³¹. Aksi düşüncenin kabulü, tasfiye sürecine oldukça yabancı bir yargı kolunu bu işlemlerden kaynaklanan eylemleri değerlendirme ve sorumluluk konusunda karar verme noktasına taşıyacaktır. Davaların Fon'a karşı açılacak olması da görevli mahkemenin adli mahkemeler olduğu gerçeğini değıştirmeyecektir. Bu itibarla bu davaların, Fon kurulu üyelerinin veya personelin, karar, eylem ve işlemleri ile ilgili olması ve üyelere ve personele rücu edilebilmesi nedeniyle adli mahkemelerde açılması gerektiği sonucuna varılacaktır³². YHGK'nın 21.12.2005 tarih ve E 2005/11-630, K 2005/737 sayılı kararı da ulaşılan bu sonucu doğrular niteliktedir. Zira karara konu olan olayda da Fon tarafından atanan görevlilerin verdiği zararlardan kaynaklanan bir tazminat davası söz konusudur ve dava adliye mahkemesinde açılarak, temyizen Yargıtay'a gelmiştir³³.

Gerçekten de, yukarıda da açıklandığı üzere, Fon tarafından atanarak, yine Fon tarafından verilen yetkilerle donatılmış olan iflas idaresi, bankaların iflas tasfiyesini, İİK'daki iflas hükümleri çerçevesinde yürütmektedir. Dolayısıyla iflas tasfiyesi sırasında ve sebebiyle ortaya çıkacak zararlardan dolayı açılacak bir tazminat davasının adliye mahkemelerinde açılması gerekir.

Kanaatimiz bu yönde olmamakla birlikte, Fon'un bir kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmesinden dolayı bu davanın idare mahkemesinde açılması söz konusu olsa dahi, burada da gözetilmesi ve uygulanması gerekecek olan kanun hükümleri İİK hükümleri olacaktır.

31 Hanife Doğrusöz, Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarını Şahsi Sorumluluğu , İstanbul 2010, s. 256.

32 Reisoğlu, s. 2002.

33 Hukuk Genel Kurulunun yukarıda anılan, 21.12.2005 tarih ve E 2005/11-630K 2005/737 sayılı kararı: "... Davacılar vekili, Türk Ticaret Bankası'nın kuruluşundan 1997 tarihine kadar müvekkillerinin %85 oranında hakim ortağı olduklarını, ülkede bazı siyasi mihrakların bankayı ele geçirme çabası ve bu amaçla yapılan uygulamalar sonucu payların %85'ine TMSF'nin rüchan haklarını kullanmak suretiyle sahip olduğunu, halen müvekkillerini %5.10 oranında paydaş olduklarını, müvekkillerinin bankayı koruma çabalarına karşın 26.05.1997 tarihinde bankanın bankacılık yapma izninin kaldırılarak TMSF'ye devredildiğini, bu karara karşı açtıkları davanın lehlerine sonuçlandığını, buna karşın BDDK/TMSF'nin yasaya aykırı olarak yönetici ve denetçileri atamaya devam ettiğini, atanan yöneticilerin atayan kurumların emirlerini yerine getirdiklerini bankayı karlı hale getirmek yerine içini boşaltarak tasfiyeye götürmek için çaba harcadıklarını, bankayı küçülterek zarara uğrattıklarını, bankanın çok değerli taşınmazlarını çok ucuza sattıklarını, azınlık ortakların haklarının hakim ortak TMSF'ye devredildiğini, teminatsız krediler verildiğini, yapılan tüm işlemlerin yasa anasözleşme hükümleri ve müdebbir tacir ilkesine aykırı olduğunu ileri sürerek, TTK.nun 309, 340, 359 ve BK.nun 339 uncu maddeleri uyarınca davalıların şirketi zarara uğratmaları nedeniyle şimdilik, 100.000.000.000.- TL.nin davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir..."

Fon'un sorumluluğuna ilişkin bu açıklamalar Anayasal hükümlerle de uyum içerisindedir. Nitekim 1982 tarihli TC Anayasası'nın 167. maddesi devlete, "para, kredi, sermaye ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almak" görevini yüklemiştir. Anayasa tarafından devlete yüklenen mali piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemesine yönelik bu görev zmnında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun amacı, "*finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek*" olarak kabul edilmiş ve bu amacın yerine getirilmesi amacıyla BDDK oluşturulmuştur. Bankacılık Kanunu gereğince BDDK'dan ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip ve kendisine intikal eden bankaların malvarlığı değerlerinden başka bir kurum olan TMSF oluşturulmuştur.

Yukarıda kuruluşunun hukuki dayanakları ve gerekçeleri anlatılan Fon, sadece mevduat sahiplerini değil, bankanın diğer alacaklılarını ve kendisine devredilmiş banka ortaklarının haklarını da korumakla mükelleftir.

SONUÇ

Bankacılık mevzuatımız son yirmi yılda çok defa değişikliğe uğramıştır. Bu çerçevede bankaların iflası halinde uygulanacak hükümler de çok kez değiştirilmiş, bankaların iflasında ve tasfiyesinde hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi de tespiti güç bir hal almıştır. Bn.K'da bankaların iflasına ilişkin düzenlemeler uyarınca, tasfiyeyi yürüten organların görevleri Fon'a verilmiş olsa dahi, Fon bu tasfiyeyi İİK çerçevesinde yapmakla mükelleftir. Bu halde Fon öncelikle kendi alacağını tahsil etmeye çalışacaktır, zira Fon'un alacağı, iflas eden bankadaki mevduat alacaklarını tazmin etmiş olmasında kaynaklanır. Ancak her ne kadar Bankacılık Kanununda Fon'a iflas tasfiyesinde geniş yetkiler tanınmış olsa da, bu yetkiler alacağın sağlıklı bir şekilde tahsil edilebilmesine yöneliktir. Fon, iflas tasfiyesini, iflas organlarının yerine geçmek suretiyle gerçekleştirirken, müflis bankanın, bankanın diğer alacaklılarının ve sorumluluğu bankanın iflas tasfiyesinin neticesine bağlı olan kimselerin (banka yöneticileri gibi) menfaatlerini de göz önünde bulundurmamak mecburiyetindedir. Zira Fon tasfiyede iflas idaresi olarak da hareket etmektedir; iflas idaresi de İİK m. 226 uyarınca masanın kanuni temsilcisidir. Bu çerçevede Fon, iflas idaresi sıfatıyla yaptığı ve masayı zarara sokan işlemlerden dolayı hafif ihmalden kasta kadar her türlü kusuru kapsamında sorumlu olacaktır. Bu halde sorumluluk davası Bn.K m. 127/f.6 kapsamında devlete karşı açılacaktır. Ancak bu davanın, davada İİK hükümleri kapsamında değerlendirme yapılacak olmasından dolayı, adli yargıda açılması gerekir.

KAYNAKLAR

- Altay, Sümer, Türk İflas Hukuku C I, İstanbul 2004.
- Atalay, Oğuz, “Bankaların İflasında İflas Tasfiyesi”, Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir 1997.
- Deynekli, Adnan, Bankaların İflasında İflas İdaresinin Yargısal Denetimi, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II, Ankara 2009.
- Doğrusöz, Hanife, Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarını Şahsi Sorumluluğu, İstanbul 2010.
- Erdönmez, Güray, İflasta Alacaklılar Toplanmasını Yetkileri, İstanbul 2005.
- Günel, Mete, İflas Davaları ve İflasın Erteleme, Ankara 2006.
- Kostkiewicz Jolanta Kren, SchKG Kommentar, 19. Auflage, Zürich 2016.
- Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Pekcanitez, Hakan / Erdönmez, Gülay, Bankacılık Kanunu’nun İcra ve İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Bankacılar Dergisi, S 55, 2005.
- Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2015, C II, s.1849.
- Tekinalp, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003.
- Yılmaz, Ejder, Banka Tasfiyelerinde İflas İdaresi, BATİDER, C XXIV, S 2, s.175-185 (BATİDER).
- Yılmaz, Ejder, İflas İdaresi, Ankara 1976 (İdare).
- Yılmaz, Ejder, “İflaslarda Devletin İşlevi ve İflas Masasına Ait Paraların İflas İdaresince Nemalandırılmasını Gerekliliği, Ankara Barosu Dergisi, 1996/2, s.173-187 (Devletin İşlevi).

ÖZET

Bankaların iflası halinde uygulanacak hükümler hukukumuzda çok kez değişikliğe uğramış, bu sebeple de bankaların iflasında ve tasfiyesinde hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi de tespiti güç bir hal almıştır. Bn.K’da bankaların iflasına ilişkin düzenlemeler uyarınca, tasfiyeyi yürüten organların görevleri Fona verilmiş olsa dahi, Fon bu tasfiyeyi İİK çerçevesinde yapmakla mükelleftir. Bu halde Fon öncelikle kendi alacağını tahsil etmeye çalışacaktır, zira Fonun alacağı, iflas eden bankadaki mevduat alacaklarını tazmin etmiş olmasında kaynaklanır. Fon, iflas tasfiyesini, iflas organlarının yerine geçmek suretiyle gerçekleştirirken, müflis bankanın, bankanın diğer alacaklılarının ve sorumluluğu bankanın iflas tasfiyesinin neticesine bağlı olan kimselerin (banka yöneticileri gibi) menfaatlerini de göz önünde bulundurmak mecburiyetindedir. Bu çerçevede Fon, iflas idaresi sıfatıyla yaptığı ve masayı zarara sokan işlemlerden dolayı hafif ihmalden kasta kadar her türlü kusuru kapsamında sorumlu olacaktır. Bu halde sorumluluk davası Bn.K m.127/f.6 kapsamında devlete karşı açılacaktır. Ancak bu davanın, davada İİK hükümleri kapsamında değerlendirme yapılacak olmasından dolayı, adli yargıda açılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Fon, Bankaların İflası, İflas Tasfiyesi, Fonun Sorumluluğu.

İflasın Ertelenmesi Sürecinde Pay Bedelini İfade Temerrüde Düşen Pay Sahibinin İskatı Mahkemece Önlenebilir mi?

Can the Court Prevents the Dismissal of the Partner Which Has Defaulted in Payment of Prices of the Shares in Adjudgment of Bankruptcy Process?

Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The decision of adjournment of adjudication of bankruptcy aims to stop the pending proceedings and the court should take all kinds of measures according to executive proceeding. For the appeals and exceptions arise from substantive law and rights of the third parties, court should not be able to deliver a decision to disrupt or infringe upon the essence of those rights. As a right that proceeds from substantive law, the dismissal of the partner which has defaulted in payment of prices of the shares cannot be utilized under executive proceeding. Therefore, court should not rule to stop the dismissal process as a measure of adjournment, subject to shareholders' demand for adjournment of adjudication of bankruptcy.

Keywords: Adjudgment of Adjudication of Bankruptcy, Dismissal of Shareholder, Measures of Adjudgment, Effects of Order for Adjudgment, Capital Maintenance.

GİRİŞ

İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 179. maddesinde 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile farklı bir görünüme kavuşan iflasın ertelenmesi müessesesi¹, borca

1 17.07.2003 tarihli 4949 sayılı "İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflasını düzenleyen 179. maddesi değiştirilmiş, bu maddeye erteleme tedbirleri ve erteleme kararının etkilerini düzenleyen 179/a ve 179/b maddeleri eklenmiştir (RG. T. 30.07.2003, S. 25184). 15.07.2016 tarihli 6728 sayılı "Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile İİK'nın 179., 179/a ve 179/b maddelerinde değişikliğe gidilmiş, ayrıca 179/b maddesinden sonra gelmek üzere 179/c maddesi eklenmiştir (RG. T. 09.08.2016, S. 29796).

batıklığı tespit edilmiş olan bir sermaye şirketinin ya da kooperatifin iflasının açılmasını geçici bir süre önleyerek mali durumunun iyileştirilmesini hedefleyen, böylelikle bir yandan borca batık durumdaki şirketi ya da kooperatifi diğer yandan ise alacaklıları korumaya yönelik, şirketler hukukuna özgü geçici bir müessesedir².

İİK'nın "Ertelme yargılaması" kenar başlıklı m. 179/a/3 hükmünde; iflâsın ertelenmesi isteminde bulunulması üzerine, mahkemenin **şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması ve faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan tedbirleri alacağı** hükme bağlanmıştır.

Çalışma konumuz, pay bedellerini ifa borcunda temerrüde düşmüş olan pay sahibinin, iflasın ertelenmesi isteminde bulunulması üzerine, mahkemenin m.179/a/3 hükmüne dayanarak, **malvarlığının korunması için gerekli olan tedbirler** çerçevesinde, ıskata engel olup olamayacağının değerlendirilmesidir.

I. İflasın Ertelenmesinin Tanımı ve Amacı

İflasın ertelenmesi müessesini, bir sermaye şirketi veya kooperatifin borca batıklık bildirimini ile asliye ticaret mahkemesine başvurması üzerine, kanunda sayılan kişiler tarafından iflasın ertelenmesi talebinde bulunulması ve iyileştirme projesinin sunulması kaydıyla, borca batıklığı tespit eden mahkemenin iyileştirme projesini ciddi, inandırıcı ve uygulanabilir nitelikte görmesi halinde talepte bulunan sermaye şirketi veya kooperatifin iflasının ertelenmesini sağlayan bir hukuksal çare olarak tanımlamak mümkündür³. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 08.05.2012 tarihli kararında, iflasın ertelenmesini; *geçici bir mali darboğaza düşen şirketlerin hayatiyetini koruması, istihdam ve milli ekonomiye katkı sağlaması için öngörülen geçici bir hukuki himaye yolu* olarak tanımlamıştır⁴.

Düzenlemenin amacı konusunda öğretilerde farklı görüşler ortaya konulmuştur.

- 2 31.07.2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 669 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname"nin "İflas ertelme" kenar başlıklı 4. maddesi uyarınca; "Olağanüstü halin devamı süresince 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 179 uncu maddesi uyarınca sermaye şirketleri ile kooperatifler tarafından iflasın ertelenmesi talebinde bulunulamaz; bu yönde yapılan talepler mahkemelerce reddedilir."
- 3 **Deliduman, Seyithan**, İflasın Ertelenmesinin Etkileri, Kocaeli 2008, s. 8. Öğretilerde yer alan diğer tanımları için bkz. **Muşul, Timuçin**, İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2010, s. 19-20; **Akdeniz, Murat/Kayıhan, Şaban**, İflasın Ertelenmesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 39; **Atalay, Oğuz**, İflasın Ertelenmesi, Türkiye Barolar Birliği 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 50; **Toraman, Barış**, İcra ve İflas Hukukuna Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertelenmesi Talebi, Ankara 2007, s. 30; **Işık, Zekeriya**, İflasın Ertelenmesinin Usul ve Esasları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 6.
- 4 Yargıtay 23. HD., T. 8.5.2012, E. 2012/895, K. 2012/3388.

İlk görüşe göre; iflasın ertelenmesinin amacı, erteleme kararından yararlanan sermaye şirketi veya kooperatifin menfaatlerini korumaktır⁵. İkinci görüşe göre; düzenleme, öncelikli olarak alacaklıların menfaatini korumayı amaçlamaktadır⁶. Üçüncü görüşün taraftarları, iflasın ertelenmesinin alacaklı ve borçlu yararını korumanın yanında, esas olarak kamunun yararını korumayı amaçladığını belirtmektedirler⁷. Dördüncü görüşe göre ise iflasın ertelenmesinin esas amacı, şirket aktifinin muhafazasıdır⁸. Nihayet beşinci göre ise, ertelemenin amacı, ekonomik ve ticari hayat açısından büyük önem arz eden sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, alacaklıların durumunu iflasa nazaran ağırlaştırmamak kaydıyla, faaliyetlerine devam etmesini sağlamaktır⁹.

II. Malvarlığının Korunması İçin Mahkemece Alınacak Olan Tedbirler ve Sınırları

İflâsın ertelenmesi isteminde bulunulması üzerine, mahkemenin alacağı tedbirler, İİK'nın "Erteleme yargılaması"¹⁰kenar başlıklı 179/a maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; iflâsın ertelenmesi talebinde bulunulması üzerine mahkeme, yönetim organının yerine geçmesi ya da yönetim organı kararlarını veya işlemlerinin bir kısmını veya tamamını onaylaması ve ayrıca envanter işlemlerini başlatarak kontrolü altında yürütmesi için¹¹, derhal, görevinin gerektirdiği mesleki ve teknik yeterliliğe sahip, yeterli sayıda kayyım atar (İİK m. 179/a/1). Hükümde, mahkemenin ayrıca, şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması ve faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan tedbirleri alacağı belirtilmiştir (İİK m. 179/a/3).

Erteleme kararının sonuçları ise, İİK m. 179/b hükmü ile düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında; erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacağı ve evvelce başlamış takiplerin duracağı, ihtiyati tedbir ile ihtiyati haciz kararla-

5 **Atalay**, s. 50; **Pekcanitez, Hakan**, İflasın Ertenilmesi, İstanbul Barosu Dergisi 2005, S. 2, s. 323; **Taşpınar Ayyaz, Sema**, İcra ve İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005, s. 263.

6 **Üstündağ, Saim**, Türk Ticaret Kanunu'nun 324. Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler, Günümüzde Yargı, Mart 1980, s. 47, s. 18; **Öztek, Selçuk**, İflasın Ertenilmesi, İstanbul 2007 (Erteleme), s. 21-22.

7 **Sayhan, İsmet**, Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Ertenilmesi, Batider 2005, S. 11, s. 98; **Ermeneç, İbrahim**, İflasın Ertenilmesi, Ankara 2009, s. 93; **Muşul**, s. 30.

8 **Öztek**, Erteleme, s. 102.

9 **Muşul**, s. 30; **Deliduman**, s.19.

10 Bu madde başlığı "Erteleme tedbirleri:" iken, 15/7/2016 tarihli ve 6728 sayılı Kanunun 2. maddesiyle "Erteleme yargılaması" şeklinde değiştirilmiştir.

11 Envanter tanzimi mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamadığından muhafaza tedbiri olarak değerlendirilemez (**Muşul**, s. 167).

rının uygulanmayacağı, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetlerin işlemeceği belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise; erteleme sırasında taşınır, taşınmaz veya ticarî işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabileceği veya başlamış olan takiplere devam edilebileceği; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınmayacağı ve rehinli malın satışının gerçekleştirilemeyeceği hükme bağlanmış, bu durumda erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanamayacak faizlerin teminatlandırılmak zorunda olduğu dile getirilmiştir.

Kanunda yer alan erteleme tedbirlerinin sınırlı sayı prensibine tabi olmadığı, mahkemenin, kanunda sayılanların dışında başkaca koruma tedbirlerine karar verme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu, ancak mahkemenin bu konudaki takdir yetkisinin mutlak da olmadığı kabul edilmektedir. Kanun koyucu, mahkemenin takdir yetkisini sınırlandıran genel kuralların yanında, somut bir sınırlama da getirmiştir. Bu da iyileştirme projesidir. Mahkeme, kanunda sayılan erteleme tedbirleri dışında da iyileştirme projesini göz önüne alarak bir takım koruma tedbirleri alabilir. Ancak iyileştirme projesiyle hiçbir şekilde bağdaşmayan hatta proje kapsamında alınması gerekli olmayan ilave koruma tedbirlerine karar verilmesi konusunda mahkemenin yetkisi bulunmamaktadır¹².

Muhafaza tedbirlerinin neler olacağı, erteleme kararının etkileri dikkate alınarak belirlenebilir. İİK m. 179/b hükmünden anlaşıldığı üzere, erteleme kararının etkisi, takiplerin durmasına yönelik olup, **mahkeme de takip hukukuna ilişkin muhafaza tedbirleri alabilir**¹³. Bundan başka, mahkemece, alacaklıların **maddi hukuk** bakımından sahip oldukları defa ve hakların kullanılmasını engelleyecek veya bu hakların özüne zarar verecek, üçüncü kişilerin haklarını kısıtlayacak tedbirlere karar verilemeyeceği; bu çerçevede, alacaklıların alacaklarını tahsil amacıyla kullanabilecekleri takas, mahsup, hapis hakkı gibi hukuki işlemlerin mahkemece durdurulmasının da mevcut düzenlemeye uygun olmadığı öğretide kabul edilmektedir¹⁴. Yargıtay da öğretideki bu görüşü benimseyerek, yerleşik içtihadı haline getirmiştir. 23. Hukuk Dairesi, bu konudaki görüşünü ÖZTEK'e atıfla şu şekilde açıklamaktadır:

“Bu tür davalarda davacının ihtiyati tedbir taleplerinin yerinde görülmesi halinde mahkemece malvarlığının muhafazası için gerekli tedbirler alınabilir. Tedbirlere karar verilirken borçlunun menfaati kadar alacaklıların menfaati

12 **Deliduman**, s. 59.

13 **Muşul**, s. 170.

14 **Öztek, Selçuk**, İflasın Ertelenmesi, Bankacılar Dergisi 2005, S. 53 (Makale), s. 66; **Deliduman**, s. 60; **Muşul**, s. 170.

de gözetilmeli ve gerekli olan tedbirlere karar verilmelidir. **Ancak mahkemece, maddi hukuk alanında sonuçlar doğuran muhafaza tedbirleri kararı verilmemelidir. Ayrıca alacaklıların alacaklarını tahsil amacıyla kullanabilecekleri hukuki işlemlerin durdurulması da mevcut düzenlemeye uygun değildir.** Eldeki davada, maddi hukuka ilişkin haklara etki edebilecek şekilde ihtiyati tedbire ilişkin 1 no'lu bendinde takas, mahsup ve temlik uygulamalarının tedbiren durdurulması şeklindeki karar usul ve yasaya aykırı olup, tedbir kararının anılan kısmının bozulması gerekir.

İflasın ertelenmesi talebi üzerine, daha erteleme kararını vermeden önce buna ilişkin yargılama sırasında, İİK'nın "erteleme tedbirleri" başlıklı 179/a bendi uyarınca mahkeme, envanter düzenlenmesi ve yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim kurulu kararlarını onaylaması için derhal bir kayyım atar; ayrıca şirketin malvarlığının korunması için gerekli diğer önlemleri alır. Kural olarak, mahkemenin ihtiyati tedbir yoluyla, icra ve iflas takiplerini yargılamanın sonuna kadar durdurabileceği veya aynı süre zarfında yeni takip yapılmasını yasaklayabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, buna imkan verilmediği takdirde, bazı hallerde uzun zaman alabilecek yargılama süreci esnasında talep sahibi şirketin mallarının muhafaza altına alınması veya satılması suretiyle iflasın ertelenmesi kurumunun bütün özünden ve faydasından yoksun bırakılmasının imkan dahiline gireceği kanun koyucunun alacaklılar arasında eşitliği bozan böyle ağır ve vahim bir sonucu istediğini düşündüren hiçbir gerekçe veya hüküm bulunmadığı da ortadadır. **Ne var ki, böyle bir ihtiyati tedbir kararının, iflasın ertelenmesi kararıyla dahi elde edilemeyecek olan hukuki sonuçları borçlu şirkete bahşedecek nitelikte olmaması gerekir.**

Dolayısıyla, iflasın ertelenmesi talebinin incelenmesi sırasında geçerli olmak üzere verilen ihtiyati tedbir kararlarının da maddi hukuk alanında sonuçlar doğuracak nitelik ve içerikte olmaması gerekir. Zira doktrinde de belirtildiği üzere, erteleme ile sağlanmak istenen, şirket bakımından her şeyin durması değil, özellikle takiplerin durdurulması suretiyle şirketin rahat bir nefes almasının sağlanmasıdır. Bu çerçevede, iflasın ertelenmesi talebinde bulunmuş olan borçlu şirketin kefilinin veya borçlu şirket lehine taşınmazını ipotek eden taşınmaz malikinin hukuki durumunu etkilemeye, borçlu şirketin alacaklılarının alacaklarını tahsil amacıyla uygulayabilecekleri temlik, takas, mahsup, hapis hakkı gibi hukuki işlemlerin durdurulmasına, rehin ve blokaj kayıtlarının kaldırılmasına yönelik tedbirler hep sonuçlarını maddi hukuk alanında doğuran veya borçlu şirkete nazaran üçüncü kişi durumunda olanların maddi hukuktan doğan talep ve def'i haklarını et-

kileyen (kısıtlayan) tedbirlerdir ve bu tedbirlere gerek iflasın ertelenmesi kararı çerçevesinde, gerekse iflasın ertelenmesi talebinden sonra, erteleme yargılaması sırasında ihtiyati tedbir yoluyla karar verilemez. Keza, üçüncü kişilerin haklarını etkileyecek ihtiyati tedbir kararları vermekten de kaçınılmalıdır.

*İflas erteleme davalarında davacunun ihtiyati tedbir taleplerinin yerinde görülmesi halinde mahkemece malvarlığının muhafazası için gerekli tedbirler alınabilir. **Tedbirlere karar verilirken borçlunun menfaati kadar alacaklıların menfaati de gözetilmeli ve gerekli olan tedbirlere karar verilmelidir. Ancak mahkemece, maddi hukuk alanında sonuçlar doğuran muhafaza tedbirleri verilmemelidir. Ayrıca alacaklıların alacaklarını tahsil amacıyla kullanabilecekleri hukuki işlemlerin durdurulması da mevcut düzenlemeye uygun değildir (Öztekin, Selçuk: İflasın Ertenilmesi, Bankacılar Dergisi S.53, s.66)***¹⁵.

III – İskat Kavramı ve TTK'nın İskata İlişkin Düzenlemesi

Anonim şirketlerde iskat, pay bedelini ifa etmemenin sonuçlarından biri olarak, TTK'nın 482 ve 483. maddelerinde düzenlenmiş olup¹⁶, bu hükümler, TTK m. 585 hükmünün açık atfıyla limitet şirketlerde de uygulama alanı bulmaktadır. İskatı; pay sahibinin sermaye borcunu ödemede temerrüde düşmesi hâlinde, karşılıkları tamamen ödenmeyen paylara ilişkin pay sahipliği sıfatının, sahibinin aksi yöndeki iradesine rağmen elinden alınması olarak tanımlamak mümkündür¹⁷.

TTK m. 482 uyarınca; sermaye koyma borcunu ifade temerrüde düşen pay sahibi, ihtara gerek olmaksızın vadeden itibaren temerrüt faizi ödemekle yükümlü

15 Yargıtay 23. HD., T. 6.5.2013, E. 2013/3126, K. 2013/2962 (www.kazanci.com). Aynı yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 23. HD., T. 28.6.2013, E. 2013/3262, K. 2013/4492; Yargıtay 23. HD., E. 2013/4049, K. 2013/4406, T. 26.6.2013; Yargıtay 23. HD., T. 18.6.2013, E. 2013/4279, K. 2013/4152; Yargıtay 23. HD., T. 12.4.2013, E. 2013/1102, K. 2013/2368; Yargıtay 23. HD., T. 1.4.2013, E. 2013/1920, K. 2013/2047; Yargıtay 23. HD., T. 8.5.2012, E. 2012/895, K. 2012/3388; Yargıtay 19. HD., T. 28.6.2007, E. 2007/2159, K. 2007/6816; Yargıtay 19. HD., T. 12.4.2007, E. 2007/261, K. 2007/3707 ; Yargıtay 19. HD., T. 6.7.2006, E. 2006/5226 K. 2006/7364 (www.kazanci.com).

16 Sermaye koyma borcunun ifasında temerrüde düşülmesi dışında, ihraç priminin ödenmemesi, tali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi gibi başkaca sebeplerle iskat prosedürüne başvurulabilmesi mümkün değildir (**Tekinalp(Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010, s. 548; **Göle, Celal**, Anonim Şirketlerde Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, Ankara 1976, s. 116; **Şenocak, Kemal**, Anonim Ortaklıkta İskat Kararının Sonuçları, GÜHFD 2007, C. XI, S. 1-2, s. 281; **Değirmenci, Cenker**, Anonim Ortaklıkta İskat, İstanbul 2006, s. 9; **Çelik, Aytekin**, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, Ankara 2013, s. 104; **Sevi, Ali Murat**, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004, s. 40.).

17 **Tekinalp(Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 547-548. Ayrıca bkz. **Ansay, Tuğrul**, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 230.

olmakta¹⁸ (m. 482/1), şirket, temerrüt sebebiyle daha fazla zarara uğramış olduğunu ispat etmek şartıyla, faizle karşılanamayan (munzam) zararının tazminini de talep edebilmektedir¹⁹ (m. 482/4). Esas sözleşmede öngörülmüş olması kaydıyla şirketin, temerrüde düşen pay sahibinden sözleşme cezası (cezai şart) ödemesini talep etmesi de mümkün olmaktadır²⁰ (m. 482/2). Bunun yanında Kanun, **yönetim kurulunun**, temerrüde düşen pay sahibini iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından yoksun bırakarak, söz konusu payı satabileceğini ve varsa kendisine verilmiş olan pay senetlerini iptal edebileceğini hükme bağlamıştır (m. 482/3).

Iskat kararının uygulanabilmesi için yönetim kurulu tarafından mütemerrit pay sahibine ihtarda bulunulmuş olması şarttır. İhtarda, temerrüde konu olan tutarın bir ay içinde ödemesi, aksi hâlde pay sahibinin *ilgili paylara ilişkin*²¹ haklarından yoksun bırakılacağı ve (esas sözleşmede öngörülmüş ise) cezai şartın isteneceği belirtilmelidir. İhtarın, TTSG ile ve esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde ilan yoluyla ve şirketin internet sitesinde de yayımlanacak bir mesajla yapılması gerekir (TTK m. 483/1). Nama yazılı pay senetlerinin sahiplerine ise ihtarın, ilan yerine iadeli taahhütlü mektupla ve internet sitesi mesajı ile yapılması gerekmektedir²² (TTK m. 483/2).

Iskat yaptırımının uygulanması, mütemerrit pay sahibinin kendisine tanınan bir aylık süre içerisinde ödeme yapmamış olmasına bağlıdır. Bir aylık süre içe-

-
- 18 Temerrüt faizinin ödenmesi için pay sahibinin kusurlu olması gerekmez. Genel kurul, sermaye borcunu zamanında ödemeyen ortağın ödemekle yükümlü olduğu temerrüt faizini affedemez (**Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2014, s. 1536).
- 19 Munzam zararın talep edilebilmesi için ihtar şarttır (**Şener, Oruç Hami**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012, s. 570; **Karahan/Bozgeyik**, s. 692).
- 20 Esas sözleşmede öngörülecek olan sözleşme cezası (cezai şart), ancak ifaya eklenen cezai şart olabilir. Bu nedenle ortaklık tarafından cezai şartın talep edilmesi, bakiye sermaye borcunun istenilmesinden vazgeçildiği anlamına gelmez. Sözleşme cezasının talep edilebilmesi için şirketin zarar görmüş olması gerekmez. Bkz. **Şener**, s. 569; **Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan**, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 489; **Karahan/Bozgeyik**, Şirketler Hukuku, Konya 2013, s. 693; **Tekil, Fahiman**, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998, s. 414.
- 21 TTK'nın 483. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, iskat yaptırımının sadece ilgili paylara ilişkin olacağı hususunda açıklık getirilmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtilmiş olduğu üzere bu ifade gereksizdir (**Kendigelen, Abuzer**, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 337).
- 22 **Şener**; ihtarın, TTSG ile esas sözleşmenin öngördüğü şekilde ilan yoluyla ve şirketin internet sitesinde de yayımlanacak bir mesajla yapılması gerektiğini belirten TTK m. 483/1 hükmünün gereksiz olduğunu, zira TTK m. 483/2 hükmü dikkate alındığında, m. 483/1 hükmünün hamiline yazılı pay sahipleri için getirilen bir düzenleme olduğunun anlaşıldığını, oysa TTK m. 484/2 ve 485/2 hükümleri uyarınca bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için hamiline yazılı pay senetlerinin çıkarılmayacağını belirtmektedir (**Şener**, s. 573). Pulaşlı ise; şirketin pay senedi çıkarma zorunluluğunun bulunmaması sebebiyle, TTK m. 483/2'de yer alan "nama yazılı pay senetlerinin sahiplerine" ifadesinin hatalı olduğunu, bu ifadenin "nama yazılı pay sahiplerine" şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir (**Pulaşlı**, s. 1537).

risinde temerrüde konu sermaye borcunu tam olarak ödeyen pay sahibine karşı ıskat yaptırımı uygulanamaz²³. İskat, pay sahibine verilen bir aylık sürenin sona erdiği günü takip eden günden itibaren yönetim kurulunun bu yönde alacağı bir karar ile gerçekleşir²⁴.

İskat sonucunda pay sahibi, *iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından* yoksun kalmaktadır. Bu nedenle ıskatın pay sahibi açısından iki etkisinin bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, ıskat edilen paylar bakımından pay sahipliği haklarının kaybedilmesi, ikincisi ise pay bedeline mahsuben yapmış olduğu ödemelerden doğan haklardan yoksun bırakılmasıdır²⁵.

İskat işlemi, pay bedeli ödenmemiş olan paylara ilişkindir. Pay sahibinin bedelini ödemiş olduğu paylar varsa, bunlar için ıskat işlemi uygulanamaz. İskat edilen paylarından başkaca paylarının bulunması durumunda pay sahibinin ortaklık sıfatı sona ermez, devam eder. Zira ıskat doğrudan ortağa uygulanan bir yaptırım olmayıp, pay sahibinin ortaklık sıfatını ortadan kaldırmaz²⁶. İskat ile ortadan kalkan, yalnızca ıskat edilen paylar üzerindeki pay sahipliği sıfatıdır. Bu karar ile, pay sahipliği hakları ile (varsa) hisse senedi arasındaki bağ çözülür ve pay senedi, kıymetli evrak niteliğini kaybeder²⁷. Buna karşılık ıskat kararı, karara konu olan paylar üzerinde olumsuz bir etki yaratmaz. İskat kararına rağmen temerrüde konu olan paylar, anonim şirketteki varlıklarını sürdürürler²⁸. İskattan sonra yönetim kurulu, ıskata konu payları üçüncü kişilere satar. Böylece pay sahipliği sıfatı el değiştirmiş olur.

Yönetim kurulunca gerçekleştirilen ıskat işlemi sonucunda, ıskat edilen paylara karşılık olarak pay sahibine herhangi bir ödeme yapılması söz konusu değildir²⁹. Pay sahibi, ıskat edilen paylara ilişkin önceden yapmış olduğu ödeme-

23 Pay sahibinin sadece bakiye sermaye borcunun talep edilen kısmını ödeyerek ıskata engel olabileceği, bakiye sermaye koyma borcunun ödenmesinden sonra gecikme faizinin, tazminatın ve cezai şartın ödenmemesi hâlinde ıskat müeyyidesinin uygulanamayacağı yönündeki görüş için bkz. **Doğanay, İsmail**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 2004, s. 1225; **Göle**, s. 118, 134; **Kaplan, Emine T.**, Tamamı Ödenmemiş Hisse Senedi Sahibinin Durumu ve Konkordato, BATİDER 1981, C. 11, S. 1, s. 128. Aksi yönde bkz. **Değirmenci**, s. 22, **Çelik**, s. 157.

24 İskat kararının, ödeme için verilen bir aylık sürenin tamamlanmasından sonra makul bir süre içerisinde alınması, aşırı derece geciktirilmemesi gerekir (**Değirmenci**, s. 53; **Göle**, s. 123; **Battal, Ahmet**, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan İskat Prosedürü (TTK m. 408) İle İlgili Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, 9-10 Haziran 2000, BTHAE, Ankara 2000, s. 56).

25 **Şenocak**, s. 281; **Şener**, s. 570.

26 **Pulaşlı**, s. 1538-1539; **Karahan/Bozgeyik**, s. 693; **Bilgili/Demirkapı**, s. 490.

27 **Şenocak**, s. 284; **Şener**, s. 570; **Karahan/Bozgeyik**, s. 694.

28 **Göle**, s. 126; **Baştuğ, İrfan**, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966, s. 8, dn. 15; **Şenocak**, s. 290; **Şener**, s. 571.

29 Bu yönüyle ıskat, diğer çıkarılma hâllerinden ayrılır.

lerden ve bu ödemelerden doğan haklardan yoksun bırakılır³⁰ (TTK m. 482/2). Yönetim kurulu, iştirak taahhüdüne mahsuben yapılmış olan bu ödemeleri pay sahibine bırakamaz³¹. İskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderlerinin düşülerek, kalan kısmın genel kanuni yedek akçe olarak ayrılması gerekir (TTK m. 519/2/b).

Bilindiği üzere, TTK m. 347/1 hükmü uyarınca anonim şirketlerde itibari değerden düşük bedelle pay çıkarılması kural olarak mümkün değildir. Ancak iskat müeyyidesi sonucunda yönetim kurulunun payı itibari değerinden düşük bir bedelle satabileceği kabul edilmektedir³². Payların yönetim kurulunca satılmasından sonra, yeni pay sahibinin ödemelerinden açık kalan tutar için mütemerrit pay sahibinin şirkete karşı sorumluluğu devam eder (TTK m. 483/3).

İskat kararı yalnızca ödenmesinde temerrüde düşülmüş olan paylar için verilebilmekte, mütemerrit pay sahibinin bedellerini ödemiş olduğu yahut henüz vadesi gelmediği için ödemesinde temerrüde düşmemiş olduğu paylar için iskat kararı verilememektedir. Bu durumda iskat kararı pay sahibinin şirketten çıkarılması sonucunu doğurmamakta, yalnızca iskat edilen paylara bağlı ortaklık sıfatını sona erdirmektedir. Öte yandan mütemerrit pay sahibinin TTK m. 483'e uygun olarak yapılacak olan ihtardan itibaren bir aylık süre içinde temerrüde düşmüş olduğu pay bedellerini ödeyerek iskat yaptırımından kurtulması mümkün olabilmektedir.

Mütemerrit pay sahibinin şirketle ortaklık bağının tamamen kopması, sahip olduğu tüm ortaklık paylarının iskat edilmiş olması ihtimalinde gündeme gelmektedir.

30 Yoksun bırakılma hâli, yapılan kısmi ödemelerle sınırlı olmayıp, pay sahibi, yapmış olduğu kısmi ödemelerden doğan haklarından da yoksun bırakılır. Bu nedenle iskat neticesinde pay sahibinin şirketten kâr payı talep etme hakkı da ortadan kalkar. Ancak, alacak hakkına dönüşmüş olan ödemeleri talep hakkı ortadan kalkmaz. İskattan önce muaccel hâle gelen alacaklar şirketten talep edilebilir. İskat kararından önce yapılan kâr payı ödemelerinin geri istenmesi de mümkün değildir (Çelik, s. 174; Şenocak, s. 283). Önceden yapılmış olan pay ödemelerine ilişkin hukuki sebebin sonradan ortadan kalktığına istinaden sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılmaz. İskat edilen payların şirket tarafından yüksek bir bedelle satılması mümkün olup, bu durum dahi payları iskat edilen (eski) pay sahibine, kendi taahhüdü ile satım bedeli arasındaki farkın kendisine iade edilmesini talep etme hakkı vermez. Mütemerrit pay sahibi, hiçbir hukuki sebebe dayanarak söz konusu fazlalığı talep edemez (Değirmenci, s. 59; Doğanay, s. 1223; Şener, s. 570; Şenocak, s. 285; Steiger, Von, İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku (Çev. Tahir Çağa), İstanbul 1968, s. 197; Göle, s. 125). Payları iskat edilen pay sahibinin, payı sonradan iktisap eden şahsa karşı da her hangi bir talep hakkı doğmaz (Şenocak, s. 285.)

31 **Bilgili/Demirkapı**, s. 490. Söz konusu düzenleme emredici hüküm mahiyetinde olduğundan, esas sözleşmeye bu yönde konulacak hükümler geçersiz olur (Şenocak, s. 285; Değirmenci, s. 59).

32 **Domanıç, Hayri**, TTK Şerhi, C. II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988, s. 725; **Steiger**, s. 197; **Şener**, s. 571; **Çelik**, s. 175.

IV. Değerlendirme

İskata ilişkin düzenlemeler, sermayenin temini ve korunması amacına hizmet etmektedir³³. İskat, sermaye koyma borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi hâlinde gündeme gelmekte ve iskat kararı, **çoğunluk pay sahiplerinin iradesinden bağımsız olarak, yönetim kurulu tarafından alınarak iskat işlemi gerçekleştirilmektedir.**

İskat yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağı yönündeki kararın alınması, yönetim kurulunun takdirine bırakılmıştır³⁴. Kural olarak yönetim kurulunun temerrüde düşen pay sahibine karşı iskat yaptırımını uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır. Yönetim kurulunun iskat yerine temerrüt faizini, esas sözleşmede yer alıyorsa sözleşme cezasını ve şirket zarara uğramış ise bu zararın tazminini talep etmesi, söz konusu alacakların ve ödenmemiş sermaye borcunun tahsili için ifa davası açması mümkündür³⁵ (TTK m. 128/7). Ancak yönetim kurulunun, diğer yolları denemesine rağmen sonuç elde edememesi **yahut borçlu pay sahibinin aciz durumunda bulunması sebebiyle bu yollara başvurmanın fayda sağlamayacağıının anlaşılması hâlinde, iskatı uygulamakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir**³⁶. Zira böyle bir durumda iskatın uygulanmaması, yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna aykırılık teşkil edecektir³⁷. İflasın ertelenmesi başvurusunda bulunmuş olan

- 33 **Göle**, s. 126; **Değirmenci**, s. 6; **Sevi**, s. 39; **Doğanay**, s. 1223-1225. Değirmenci, iskata ilişkin düzenlemelerin, sermayeyi de kapsayacak şekilde, şirket malvarlığını korumayı amaçladığını ifade etmektedir (Değirmenci, s. 6 vd.).
- 34 **Değirmenci**, s. 6; **Yıldız, Şükrü**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s. 208; **Çelik**, s. 100. Anonim şirketin bir sermaye şirketi olması sebebiyle, şirket ortaklarının sermaye borcunu yerine getirmemeleri durumunda actio pro socio'ya dayalı olarak dava açılması mümkün değildir (**Şener**, s. 575).
- 35 TTK m. 482 ve 483 ((e)TK m. 407 ve 408) hükümlerinde açıkça yer verilmemiş olsa da yönetim kurulunun TTK m. 128/7 ((e)TK m. 140/4) hükmüne dayanarak, ödenmemiş sermaye borcunun tahsili için icra takibi yapabileceği ve ifa davası açabileceği yönünde bkz. **Bilgin, Yüksel**, Sermaye Ortaklıklarında Katılma Payı ve Hukuksal Sonuçları, İTİAD 1978, C. 10, S. 1-2, s. 188-189; **Şener**, s. 575; **Doğanay**, s. 1211; **Pulaşlı**, s. 1535; **Ansay, Tuğrul**, Anonim Ortaklıklar ve Mahkeme Uygulaması, AÜHF 1970, C. XXVII, S. 1-2, s. 132; **Kaplan**, s. 131; **Değirmenci**, s. 7; **Bahtiyar, Mehmet**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 90; **Göle**, s. 99; **Çelik**, s. 142; **Bilgili/Demirkapı**, s. 488.
- 36 **Şener**, s. 575; **Yeşiltepe, Salih Önder**, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları, Ankara 2015, s. 175-176. Buna karşılık yönetim kurulunun aynı anda hem cebri icraya hem de iskata başvurması mümkün değildir (**Battal**, s. 58; **Değirmenci**, s. 7). İskat ile birlikte gecikme faizi ve cezai şartın uygulanıp uygulanmayacağı yönündeki tartışmalar için bkz. **Çelik**, s. 167 vd..
- 37 **Helvacı**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001, s. 53; **Değirmenci**, s. 6-7; **Yeşiltepe**, s. 176-177. Öte yandan, sermaye taahhüdünü ödemedi temerrüde düşen birden fazla pay sahibinin bulunması durumunda, yönetim kurulunun iskat yaptırımını eşit işlem ilkesini (TTK m. 357) gözeterek uygulaması gerekir. Yönetim kurulunun, seçimi keyfi ve haksız olarak uzatması veya ortaklar arasında farklı uygulamayı gerektiren haklı

mütemerrit pay sahibinin borca batık durumda olduğu dikkate alındığında, şirketler hukuku bakımından, yönetim kurulunun, sermayenin korunması ilkesi gereğince ıskat yaptırımını uygulamakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

İskat işlemi, takip hukukuna ilişkin bir işlem olmayıp, kanundan kaynaklanan, maddi hukuka ilişkin bir haktır. **İskat kararı, pay sahibi ile ortaklık payları arasındaki hukuki ilişkiyi ortadan kaldıran, bozucu yenilik doğuran, tek taraflı bir hukuki işlemdir³⁸. Bu nedenle, geçerli bir şekilde verilmiş ıskat kararının hukuki sonuçlarının geri alınabilmesi de mümkün değildir³⁹.**

Yukarıda incelediğimiz olduğumuz üzere; erteleme kararının etkisi, takiplerin durmasına yönelik olup, **mahkemece takip hukukuna ilişkin muhafaza tedbirleri alınabileceği⁴⁰**, alacaklıların **maddi hukuk** bakımından sahip oldukları defi ve hakların kullanılmasını engelleyecek veya bu hakların özüne zarar verecek, üçüncü kişilerin haklarını kısıtlayacak tedbirlere ise karar verilemeyeceği kabul edilmektedir⁴¹. Şirketin iflasının ertelenmesi uğruna, derhal iflasa nazaran alacaklıları daha kötü bir duruma düşürecek erteleme tedbirlerine hükmedilmesi de kabul edilemez⁴².

İzah olunan tüm bu nedenlerle, pay bedellerini ifada temerrüde düşen pay sahibinin, borca batıklık bildirimini ile iflasın ertelenmesini talep etmesi durumunda, mahkemece alınacak muhafaza tedbirleri kapsamında, borçlu pay sahibinin ıskat edilmesine engel olacak şekilde tedbir almasının mümkün olmadığı kanaatine ulaşılmıştır⁴³.

bir neden olmadığı hâlde temerrüde düşen ortakların bir kısmından sadece faiz isterken diğer bir kısmına ıskat uygulaması, iyiniyet kurallarına ve eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edecektir (**Karahan/Bozgeyik**, s. 691; **Yıldız**, s. 208; **Çelik**, s. 137). Farklı gruplarda hisse senedi çıkarılmışsa bunlar arasında eşitsizlik yaratılması, bir kötüniyet olmadığı sürece, eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil etmez (**Domaniç**, s. 721; **Ansay**, AŞ., s. 225; **Çelik**, s. 137).

38 **İmregün, Oğuz**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), İstanbul 2001, s. 412.

39 **Şenocak**, s. 285.

40 **Muşul**, s. 170.

41 **Öztek**, Makale, s. 66; **Deliduman**, s. 60; **Muşul**, s. 170.

42 **Muşul**, s. 32-33.

43 Pay sahibinin konkordato akdetmesi veya iflas etmesi halinde de ıskat yaptırımının uygulanabileceği yönünde bkz. Yargıtay TD. 13.02.1973 T., 72/2773 E., 73/483 K (Batider, C. VII, S. I, Haziran 1973, s. 180-184). Aynı yöndeki görüş ve değerlendirme için ayrıca bkz. **Postacıoğlu, İlhan/Tekinalp, Ünal**, Pay Sahibinin Konkordatosunun Onun Esas Sermayeye Katılma Tahahhüdünden Doğan Borcuna ve İskat Prosedürüne Etkileri, Prof. Dr. Hıfız Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 631-648.

KAYNAKLAR

- Akdeniz, Murat/Kayhan, Şaban, İflâsın Ertenilmesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
- Ansay, Tuğrul, Anonim Ortaklıklar ve Mahkeme Uygulaması, AÜHFĐ 1970, C. XXVII, S. 1-2, s. 119-138 (Uygulama).
- Ansay, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982 (AŞ.).
- Atalay, Oğuz, İflâsın Ertenilmesi, Türkiye Barolar Birliği 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004.
- Bahtiyar, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001.
- Baştuğ, İrfan, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966.
- Battal, Ahmet, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan İskat Prosedürü (TTK m. 408) İle İlgili Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, 9-10 Haziran 2000, BTHAE, Ankara 2000, s. 53-67.
- Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa 2013.
- Bilgin, Yüksel, Sermaye Ortaklıklarında Katılma Payı ve Hukuksal Sonuçları, İTİAD 1978, C. 10, S. 1-2, s. 173-196.
- Çelik, Aytekin, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, Ankara 2013.
- Değirmenci, Cenker, Anonim Ortaklıkta İskat, İstanbul 2006.
- Deliduman, Seyithan, İflâsın Ertenilmesinin Etkileri, Kocaeli 2008.
- Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 2004.
- Domaniç, Hayri, TTK Şerhi, C. II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988.
- Ermenek, İbrahim, İflâsın Ertenilmesi, Ankara 2009.
- Göle, Celal, Anonim Şirketlerde Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Ankara 1976.
- Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001.
- İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), İstanbul 2001.
- Işık, Zekeriya, İflâsın Ertenilmesinin Usul ve Esasları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Kaplan, Emine T., Tamamı Ödenmemiş Hisse Senedi Sahibinin Durumu ve Konkordato, BATİDER 1981, C. 11, S. 1, s. 119-156.
- Karahan, Sami (Ed.), Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Konya 2013.
- Kendigelen, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012.
- Muşul, Timuçin, İflâsın Ertenilmesi, İstanbul 2010.
- Öztekin, Selçuk, İflâsın Ertenilmesi, Bankacılar Dergisi 2005, S. 53, s. 23-71 (Makale).
- Öztekin, Selçuk, İflâsın Ertenilmesi, İstanbul 2007 (Erteleme).
- Pekcanitez, Hakan, İflâsın Ertenilmesi, İstanbul Barosu Dergisi 2005, S. 2, s.323-358.

- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010.
- Postacıoğlu, İlhan/Tekinalp, Ünal, Pay sahibinin Konkordatosunun Onun Esas Sermayeye Katılma Taahhüdünden Doğan Borcuna ve İskat Prosedürüne Etkileri, Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 631-648.
- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2014.
- Sayhan, İsmet, Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Erteleenmesi, Batider 2005, S. 11.
- Sevi, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004.
- Steiger, Von, İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku (Çev. Tahir Çağa), İstanbul 1968.
- Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012.
- Şenocak, Kemal, Anonim Ortaklıkta İskat Kararının Sonuçları, GÜHFD 2007, C. XI, S. 1-2, s. 279-296.
- Taşpınar Ayvaz, Sema, İcra ve İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005.
- Tekil, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998.
- Toraman, Barış, İcra ve İflas Hukukuna Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Erteleenmesi Talebi, Ankara 2007.
- Üstündağ, Saim, Türk Ticaret Kanunu'nun 324. Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler, Günümüzde Yargı, Mart 1980, s. 17-20.
- Yeşiltepe, Salih Önder, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları, Ankara 2015.
- Yıldız, Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004.

ÖZET

İflas erteleme kararının etkisi, takiplerin durmasına yönelik olup, mahkemece takip hukukuna ilişkin muhafaza tedbirleri alınabilir. Alacaklıların maddi hukuk bakımından sahip oldukları defa ve hakların kullanılmasını engelleyecek veya bu hakların özüne zarar verecek, üçüncü kişilerin haklarını kısıtlayacak tedbirlere ise karar verilemez. Pay bedelini ifada temerrüde düşen pay sahibinin ıskat edilmesi, takip hukukuna ilişkin bir işlem olmayıp, kanundan kaynaklanan, maddi hukuka ilişkin bir haktır. Bu nedenle, pay sahibinin borca batıklık bildirimini ile iflasın ertelenmesini talep etmesi durumunda, mahkemece alınacak muhafaza tedbirleri kapsamında, borçlu pay sahibinin ıskat edilmesine engel olacak şekilde tedbir alması mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: İflasın ertelenmesi, ıskat, erteleme tedbirleri, erteleme kararının etkileri, sermayenin korunması.

ABD Patent Hukukunda Savunma Teknolojilerine İlişkin Gizlilik Kararları

Secrecy Orders Relating to Defense Technologies
in U.S. Patent Law

Yrd. Doç. Dr. Doruk UTKU

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

U.S. Patent Law regarding protection of the secrecy of inventions relating to defense technologies is one of the most improved national patent laws in terms of historical background and number of judicial precedents as well as elaborateness of the current legislation. In this article, historical background, legislation and practice of U.S. Patent Law regarding secrecy orders for patent applications relating to defense technologies have been studied by taking subjects such as procedures for issuance, types, features and effects of the secrecy orders as well as compensation right of the patent application owner into consideration.

Keywords: Secret patent, secrecy order, defense technologies, military technology.

I. Giriş

Milli savunmayı ilgilendiren buluşları konu alan patent başvurularının gizli tutulması hakkında düzenlemeler tüm ulusal patent hukuklarında mevcuttur¹. Bu tür buluşların gizli tutulması kuralı Türk Hukukunda da 551 sayılı PatKHK m. 125-128 hükümlerindeki “gizli patent” kurumuyla düzenlenmiştir. Ne var ki, doktrinde “gizli patent” hakkındaki bu hükümlere ilişkin yeterli bir inceleme yapıldığını söyleyebilmek oldukça zordur.

Milli savunmayı ilgilendiren teknolojilere ait patent başvurularının gizli tutulmasına ilişkin düzenlemeler aslında patent hukukunun da kapsamını aşmakta; gizli tutulan teknolojilerin kim tarafından ne şekillerde geliştirilebileceği ve kul-

¹ Örn. İngiliz Hukukunda PA 1977 art. 22-23; Alman Hukukunda PatG §§ 50-56.

lanılabileceği, savunma teknolojilerine ilişkin kamu-özel işbirliğinin nasıl gerçekleştirileceği, hatta geliştirilen gizli teknolojinin ihraç şekli gibi pek çok farklı boyutta incelenmesi gereken bir konu teşkil etmektedir.

ABD Hukuku savunma teknolojilerinin geliştirilmesine, gizli tutulmasına ve korunmasına ilişkin en detaylı düzenlemeleri içeren ve içtihat zenginliğine sahip bulunan hukuk çevrelerinden biridir. Bu mukayeseli hukuk çalışmasında konuya ilişkin ABD mevzuatı ile ABD Hukukunda ortaya çıkan içtihatlar ve görüşler, Türk Hukuku açısından da yol gösterici olabileceği düşüncesiyle, detaylı şekilde incelenecektir. Çalışmamızda öncelikle, ABD Hukukunda savunma teknolojilerini ilgilendiren patent başvurularına ilişkin “gizlilik kararlarının” tarihsel süreç içindeki gelişimi açıklanacak; daha sonra, gizlilik kararının verilme prosedürü ile bu kararlarının çeşitleri, nitelikleri ve etkileri incelenecektir. Üçüncü bölümde, gizlilik kararına konu olan buluşun devletçe ve/veya devletle işbirliği yapan özel sektörce kullanılması meselesi hem genel hukuki çerçevesi itibarıyla hem de federal destekle (devlet katkısıyla) geliştirilen buluşlar ile nükleer teknoloji ve atom enerjisi alanındaki buluşlar özel olarak dikkate alınmak suretiyle incelenecektir. Son olarak, gizlilik kararına konu olan buluşların sahiplerinin tazminat hakkı ele alınacak; çalışmada ulaşılan neticeler sonuç kısmında özetlenecektir.

II. Tarihçe

ABD’de belirli buluşlara ilişkin patent başvuruları hakkında gizlilik kararı (*secrecy order*) verilmesini düzenleyen ilk yasa², Birinci Dünya Savaşı sırasında, 1917 yılında çıkartılmıştır³. Birleşik Devletlerin savaşa girmeye hazırlandığı dönemde çıkartılan bu yasanın amacı yararlı teknik bilgilerin düşman eline geçmesini engellemek, milli savunmayı ve kamu güvenliğini bilgi açıklaması sebebiyle oluşabilecek zarardan korumaktır⁴. Yasa bunun için “Patentlerden Sorumlu Müdürlüğe” (*Commissioner of Patents*) “...patent verilmek suretiyle yayınlanmasını kamu güvenliğine veya savunmaya zararlı ya da düşmana yardımcı yahut Birleşik Devletlerin savaşı başarılı şekilde yürütmesini tehlikeye koyucu...” nitelikte gördüğü buluşların gizli tutulmasını emretme ve patent almasını önleme yetkisi vermiş⁵;

2 Public Law 80, Oct. 6, 1917, An Act To prevent the publication of inventions by the grant of patents that might be detrimental to the public safety or convey useful information to the enemy, to stimulate invention, and provide adequate protection to owners of patents, and for other purposes. Yasa metni için bkz. 40 Stat. 394, Ch. 95; 35 U.S.C. § 42 (1925-1926 edn.).

3 Richard J. Birch, “The Legislative History of Sections 184 and 185 – A Preventative Medicine Against Sudden Death to Patents”, J. Pat. Off. Soc’y, Vol. 48, Iss. 2 (Feb. 1966), s. 75-90, s. 76; Sabin H. Lee, “Protecting the Private Inventor under the Peacetime Provisions of the Invention Secrecy Act”, Berkeley Tech. L.J., Vol. 12 (1997), Iss. 2, s. 345-411, s. 348.

4 Bkz. Lee, s. 348.

5 35 U.S.C. § 42 (1) (1925-1926 edn.).

böyle bir uygulama ile karşılaşan başvuru sahibine de buluşunu devlete teklif etme ve buluşun devletçe kullanılması durumunda tazminat isteme hakkı tanımıştır⁶.

Gizlilik kararına aykırı davrananlar için 1917 tarihli yasada öngörülen tek müeyyide buluşun kamuya terkedilmiş sayılmasıdır ve müeyyidenin tatbiki Müdürlüğün takdirine bırakılmıştır⁷. Ancak, bu yasa ile aynı gün çıkartılan ve benzer amaçlar taşıyan “Düşmanla Ticaret Yasası”nın (TWEA)⁸ ABD Başkanına milli savunma, kamu güvenliği veya savaş açısından gerekli gördüğü takdirde bir buluşun gizliliğini emretme yetkisi tanıyan paralel nitelikteki sec. 10 (i) hükümlerine⁹ aykırı davranışlar için, buluşun kamuya terkedilmiş sayılmasının yanı sıra cezai müeyyidelerin de uygulanması ihtimali ortaya çıkmıştır. Zira bu yasanın öngördüğü genel cezai müeyyideleri düzenleyen sec. 16 hükmünün¹⁰ kapsamına, aynı yasadaki sec.10 (i) (1) uyarınca verilen gizlilik kararına aykırı fiiller de girmektedir¹¹.

TWEA hükümleri zaten sadece savaş halinde tatbik edilebilecek hükümlerdir¹². Sırf patent başvurularına ilişkin olan 1917 tarihli kanun da savaş koşulları

- 6 35 U.S.C. § 42 (2) (1925-1926 edn.). Buluşları gizlilik kararına konu olan başvuru sahiplerine tazminat hakkı tanınmasının sebebi, gizlilik kararı ihtimalinden korkan buluş sahiplerinin başvurudan çekinmesini engellemek ve buluş faaliyetini destekleyen yatırımcıların haklarını korumaktır. Bkz. **Lee**, s. 348-349. Tazminat hakkında (1917-1940 yılları arasında verilen) mahkeme kararları için ayrıca bkz. Karl **Fenning**, “Patents and National Defense”, J. Pat. Off. Soc’y, Vol. 22, Iss. 12 (Dec. 1940), s. 869-884, s. 876 vd..
- 7 35 U.S.C. § 42 (1) (1925-1926 edn.)
- 8 Public Law 91, Oct. 6, 1917, An Act To define, regulate and punish trading with the enemy, and for other purposes. Halen yürürlükte olan bu yasanın orijinal metni için bkz. 40 Stat. 411, Ch. 106; yürürlükteki metni için bkz. 50 App. U.S.C. §§ 1-44.
- 9 Halen yürürlükte olan metin için 50 App. U.S.C. § 10 (i). TWEA sec. 10 (i) 1917 tarihli kanunun neredeyse tamamen aynıdır. Aradaki tek önemli fark, gizlilik gerekliliğini değerlendirme ve gizliliği emretme yetkisinin, Patentlerden Sorumlu Müdürlüğe değil, ABD Başkanına tanınmış olmasıdır.
- 10 Düzenleme, Başkanın söz konusu yasa hükümleri uyarınca verdiği herhangi bir emre aykırı davrananlar için 10.000 ABD Dolarını aşmamak kaydıyla para ve/veya 10 yılı aşmamak kaydıyla hapis cezası getirmektedir. Bu düzenleme de halen yürürlükte olup (50 App. U.S.C. § 16); yürürlükteki metinde para cezasının üst sınırı 100.000 (tüzet kişiler için 1.000.000) ABD Dolarına çıkarılmıştır.
- 11 William D. **Shoemaker**, “Secrecy of War Invention”, J. Pat. Off. Soc’y, Vol.1, Iss. 3 (Nov. 1918), s. 112-115, s. 112. TWEA sec. 10 (i) tarafından ABD Başkanına tanınan yetki, yasayı takiben çıkartılan bir başkanlık emri (*Ex. Ord. of Oct. 12, 1917*) ile Federal Ticaret Komisyonuna (FTC) bırakılmıştır. Bkz. **Shoemaker**, s. 112; **Fenning**, s. 871. 1917 tarihli kanun ile TWEA sec. 10 (i) hükümlerinin birlikte uygulanmasına ilişkin o dönemde ileri sürülen görüşlerde (**Shoemaker**, s. 112 vd.) Patent Ofisi ile FTC arasında koordinasyon sağlanması gereği vurgulanmış; uygulama da bu yönde gerçekleşmiş ve 1917 tarihli Kanunun yürürlüğü sırasında çıkan pek çok gizlilik kararı hem Patent Ofisi hem de FTC tarafından verilmiştir. Bkz. **Fenning**, s. 872. Bu durum, TWEA’nın getirdiği genel cezai müeyyidelerin o dönemdeki gizlilik kararı ihlalleri için gerçekten de büyük ölçüde uygulanabilir olmasına yol açmıştır.
- 12 Karş. TWEA sec. 2-3 (yürürlükteki metin için 50 App. U.S.C. §§ 2-3). TWEA sec. 10 (i) hükümlerinin, Birinci Dünya Savaşından sonraki herhangi bir dönemde pratik uygulamasının olduğuna ilişkin bir bulguya araştırmamızda rastlayamadığımızdan, teknik açıdan halen yürürlükte olan bu düzenlemeyi çalışmamızın geri kalanında inceleme kapsamı dışında tutacağız.

dikkate alınarak çıkartılmış; uygulanması oldukça kısa sürmüş ve Birleşik Devletlerin savaşta olduğu dönemde tatbik edileceği yasa metninde açıkça vurgulanan¹³ bu kanuna duyulan ihtiyaç savaşın sona ermesiyle bitmiştir¹⁴.

İkinci Dünya Savaşı başladığında, bazı patent başvurularının gizli tutulması düşüncesi tekrar ortaya çıkmış ve 1917 tarihli yasa 1940 yılında çıkartılan bir kanunla¹⁵ yenilenmiştir¹⁶. 1917 tarihli yasanın temel hükümlerini aynen koruyan 1940 tarihli kanun, 1941 senesinde uğradığı değişiklikle¹⁷, buluş sahipleri için yeni kısıtlamalar ve çok sert müeyyideler getirmiştir. Buna göre, ABD’de yapılmış bir buluş için Patentlerden Sorumlu Müdürlüğün izni olmadan yurt dışında sınai hak başvurusu yapan ya da böyle bir başvuruya izin veren veya yardımcı olan kişiler o buluş için ABD patenti alma haklarını kaybedecekler ve aldıkları mevcut patent geçersiz kabul edilecektir¹⁸. Yasa ayrıca, bir buluş hakkında verilmiş gizlilik kararını kasıtlı olarak ihlal edenlere ve yabancı patent başvurusu için izin alma zorunluluğuna aykırı davrananlara 10.000 ABD Dolarına kadar para ve/veya iki yıla kadar hapis cezası uygulanmasını da öngörmüştür¹⁹.

1940 tarihli kanuna 1941’de getirilen bu değişikliklerin tatbikine kanunun yürürlüğü boyunca öngörülen tek istisna, rüçhan hakları ve yabancı patent başvuruları hakkında savaş dönemine özel düzenlemeler getiren 1946 tarihli “Boykin Yasası”nın (*Boykin Act of 1946*)²⁰ sec. 6 hükmü²¹ olmuştur²². Bu hüküm, ABD’de yapılmış bir buluş için Patentlerden Sorumlu Müdürlüğün izni olmaksızın yabancı patent başvurusunda bulunanlara, bu izni sonradan elde etmeleri halinde ABD patenti alma hakkının kaybı müeyyidesinin uygulanamayacağını belirtmektedir. Söz konusu düzenlemenin amacı, sehven izinsiz yapılmış yabancı bir patent başvurusuna tekabül eden yerli patentleri korumak; özellikle de, izinsiz yabancı başvurunun müttefik bir ülkede yapılmış olması halinde Müdürlükçe

13 35 U.S.C. § 42 (1) (1925-1926 edn.).

14 Bkz. **Lee**, s. 348-349. Karş. **Fenning**, s. 871, 872.

15 Public Law 700, July 1, 1940, An Act To amend the Act relating to preventing the publication of inventions in the national interest, and for other purposes. Bkz. 54 Stat. 710, Ch. 501; 35 U.S.C. § 42 (1940 edn.).

16 **Fenning**, s. 870; **Birch**, s. 77; **Lee**, s. 349-350.

17 Public Law 239, Aug. 21, 1941, An Act To amend the Act relating to preventing the publication of inventions in the national interest, and for other purposes. Bkz. 55 Stat. 657, Ch. 393.

18 35 U.S.C. §§ 42a-42b (1946 edn.).

19 35 U.S.C. § 42c (1946 edn.).

20 Public Law 690, Aug. 8, 1946, An Act To extend temporarily the time for filing applications for patents, for taking action in the United States Patent Office with respect thereto, for preventing proof of acts abroad with respect to the making of an invention, and for other purposes. Bkz. 60 Stat. 940, Ch. 910; 35 U.S.C. §§ 101-114 (1946 edn.).

21 35 U.S.C. § 106 (1946 edn.).

22 **Birch**, s. 79.

iznin sonradan verilmesi şeklinde sürdürülen uygulama neticesinde alınan ABD patentlerinin geçerliliğini sağlamaktır²³.

1940 tarihli kanun dönemindeki diğer bir önemli gelişme, gizlilik kararlarının alınma prosedürünü süreklilik arz edecek şekilde formüle etmek isteyen devletin, bu amacı taşıyan bir teşkilatlanmaya gitmesi olmuştur. Patentlerden Sorumlu Müdürlük, Patent Ofisi bünyesinde gizlilik kararı prosedürünü yürütecek özel bir komite kurmuş²⁴ ve 1940 yılının Ağustos ayında Savaş ve Donanma Bakanlarından “Kara ve Deniz Kuvvetleri Patent Danışma Kurulu” (ANPAB) kurulması talebinde bulunmuştur²⁵. Bu talep üzerine oluşturulan Kurul hangi patent başvurularının ulusal savunmayı ilgilendireceği konusunda karar verirken Patent Ofisine yardımcı olmak için faaliyet göstermeye başlamıştır²⁶. Adı 1948’de “Silahlı Kuvvetler Patent Danışma Kurulu” (ASPAB) olarak değiştirilen Kurul 1997 yılına kadar faaliyetini sürdürmüştür²⁷; 1998’de lağvedilerek, görevi ABD Savunma Bakanlığı (DoD) bünyesindeki “Savunma Teknolojisi Güvenlik İdaresi”ne (DTSA) devredilmiştir²⁸.

1940 tarihli kanun için başlangıçta sadece iki yıl yürürlük süresi öngörülerek (sec. 2)²⁹, patent başvurularının gizli tutulmasına ilişkin işlemlerin kesin geçiciliği temin edilmeye çalışılmış; ancak, ABD’nin 1941 yılı sonunda savaşa girmesi üzerine, 1942’de yapılan değişiklikle³⁰ kanunun Birleşik Devletler savaşta olduğu sürece uygulanması sağlanmış³¹. İkinci Dünya Savaşının 1945’te bitmesi üzerine Patentlerden Sorumlu Müdürlük savaş sırasında verilmiş tüm gizlilik kararlarını kaldıran genel bir iptal kararı çıkartmış ve böylece toplam 6575 gizlilik kararına son vermiştir³². 1945 yılı sonunda devletçe gizli tutulan sadece 799 patent başvurusu kalmıştır³³. Ne var ki, sonraki beş yıl içinde Soğuk Savaş dönemine girilmesi ve 1950’de çıkan Kore Savaşı ulusal güvenlik kaygılarını hep ön planda tutmuş; Birleşik Devletlerin Almanya ile savaşı bitirdiğine ilişkin deklarasyo-

23 Bkz. **Birch**, s. 79.

24 **Fenning**, s. 873.

25 **Fenning**, s. 873; **Lee**, s. 350.

26 **Fenning**, s. 873; **Lee**, s. 350.

27 Bkz. **Lee**, s. 351.

28 Public Law 105-85, Nov. 18, 1997, National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1998 (111 Stat. 1629), sec. 906. Daha fazla bilgi için bkz. Thomas L. **Kundert**, “Invention Secrecy Guide: Foreign Filing Licenses, Secrecy Orders and Export of Technical Data in Patent Applications”, J. Pat. & Trademark Off. Soc’y, Vol. 88, Iss. 8 (Aug. 2006), s. 667-698, s. 674.

29 35 U.S.C. § 42 (1940 edn.).

30 Public Law 609, June 16, 1942, To amend the Act relating to preventing the publication of inventions in the national interest, and for other purposes. Bkz. 56 Stat. 370, Ch. 415.

31 Bkz. **Birch**, s. 78; **Lee**, s. 350. Karş. 35 U.S.C. § 42 (1946 edn.).

32 **Lee**, s. 351.

33 **Lee**, s. 351.

nu ve Japon Barış Antlaşmasını 1951 yılına kadar gerçekleştirmemesi ile İkinci Dünya Savaşı yüzünden ilan edilen ulusal olağanüstü halin 1952 yılına kadar kaldırılmaması 1945–1951 arasındaki dönemde, 1940 tarihli kanun uyarınca yeni gizlilik kararları verilmesine yol açmıştır³⁴. Bu sebeple, yürürlükte olan gizlilik kararı sayısı 1951 yılı itibarıyla 2395'e çıkmıştır³⁵.

1951 yılında Kongre, Savunma Bakanlığında gelen talepler üzerine, gizlilik kararlarını düzenleyen yeni bir yasa hazırlamıştır³⁶. 1951 tarihli “Buluş Gizliliği Yasası” (*Invention Secrecy Act of 1951*)³⁷ gizlilik kararlarına ilişkin eski kanunların tamamını yürürlükten kaldırarak, bu kararları “barış zamanı” ve “savaş veya ulusal olağanüstü hal zamanı” olmak üzere iki farklı rejim altında yeni bir düzenlemeye tabi tutmuştur. Ömrü çok kısa süren, ancak hükümleri 1952 tarihli “Patent Kanunu”na (*Patent Act of 1952*)³⁸ bazı küçük değişikliklerle aktararak yürürlükte kalan³⁹ bu yasanın getirdiği en önemli yenilik, artık barış zamanında da yarı-kalıcı gizlilik kararı verilebilmesinin sağlanmasıdır⁴⁰. Bu düzenlemeye göre, barış zamanında ulusal çıkarların gerektirdiği sürece her yıl yenilenmesi mümkün olan bir yıl süreli gizlilik kararları verilebilecek; savaş ve olağanüstü hal dönemlerinde verilen veya sürmekte olan gizlilik kararları ise savaş ve savaşın sona ermesinden sonraki bir yıl boyunca ya da olağanüstü hal ve sonraki altı ay süresince yürürlükte kalacaklardır [sec. 1 (4)].

1951 tarihli Kanun gizlilik kararları ve yabancı patent başvuruları hakkında başka önemli yenilikler de getirmiştir: Buluş sahiplerine gizlilik kararına karşı Ticaret Bakanı nezdinde itirazda bulunma hakkı tanınmış [sec. 1 (3)]; ABD’de gerçekleştirilen buluş için izinsiz yabancı sınai hak başvurusunda bulunma yasağı ise ABD patenti için yapılan başvurudan sonraki altı ay ile sınırlanmıştır (sec. 4). Ayrıca, gizlilik kararına konu buluş sahiplerine tanınan tazminat hakkı buluşun devlete teklif edilmesi şartına bağlı olmaktan çıkartılmıştır (sec. 3).

1951 tarihli Kanunun barış zamanına özgü düzenlemeleri, Başkan Truman tarafından 1951’de ilan edilen olağanüstü hal sebebiyle 1979 yılına kadar uygulan-

34 Bkz. **Lee**, s. 351–352. Karş. **Birch**, s. 80.

35 **Lee**, s. 352.

36 **Birch**, s. 80; **Lee**, s. 352.

37 Public Law 256, Feb. 1, 1952, An Act To provide for the withholding of certain patents that might be detrimental to the national security, and for other purposes. Bkz. 66 Stat. 3, Ch. 4.

38 Public Law 593, July 19, 1952, An Act To revise and codify the laws relating to patents and the Patent Office, and to enact into law title 35 of the United States Code entitled “Patents”. Bkz. 66 Stat. 792, Ch. 950. Yürürlükteki metin için bkz. 35 U.S.C. §§ 1–293.

39 Bkz. 35 U.S.C. §§ 181–188.

40 **Lee**, s. 352.

mamıştır⁴¹. Günümüz ABD Patent Hukukunda gizlilik kararlarının tabi olduğu hukuki rejim ise 1951 tarihli Kanunun (1952 tarihli Patent Kanununa aktarılmış olup 1979'dan sonra uygulanmaya başlanan) barış zamanı hükümlerine dayanmaktadır ve bu hukuki rejime tabi olup, yürürlükte bulunan gizlilik kararlarının sayısı 2015 mali yılı itibariyle 5579'dur⁴².

III. Gizlilik Kararı Prosedürü

ABD Hukukunda patent başvurularında gizlilik kararı prosedürü “Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi” (USPTO) bünyesinde kurulu olan “İzin ve Denetleme Dairesi” (L&R) tarafından yürütülmektedir. Patent başvurusuna ilişkin işlemler olağan şekilde sürdürülmeden önce tüm başvuruların bu dairenin gizlilik denetiminden geçmiş olması aranır⁴³.

Patent başvurusunun USPTO'ca alınmasını takiben, başvuru konusu buluşun açıklanmasının ulusal güvenliği etkileyip etkilemeyeceği değerlendirilir. Başvuru bu aşamada görüş almak için ilgili devlet kurumlarına da yollanır⁴⁴. Söz konusu yetkiyi düzenleyen 35 U.S.C. § 181 (2) hükmüne göre: “Başvurunun yayınlanması veya hükümetin üzerinde hak sahibi olmadığı bir patentin verilmesi neticesinde buluşun yayımı veya açığa çıkması Patentlerden Sorumlu Müdürlüğün (Commissioner for Patents) görüşüne göre ulusal güvenlik açısından zararlı olabilecek ise, Müdürlük, söz konusu buluşu açığa çıkartan patent başvurusunu

41 Lee, s. 352, 353. 1951-1979 arasındaki bu dönem aynı zamanda, savunma amaçlı teknolojilerin NATO üyesi ülkelerle daha rahat paylaşılabilmesi için gerekli olan uluslararası anlaşmaların akdedildiği ve hukuki altyapının oluşturulduğu dönemdir. Bu anlaşmalardan biri de Türkiye Cumhuriyeti ile akdedilmiş olan “Müdafaa Maksatları İçin İhtira Beratı Haklarının ve Teknik Malumatın Mübadelesinin Kolaylaştırılmasına Dair Anlaşma”dır (Agreement to facilitate interchange of patent rights and technical information for defense purposes). Türkiye Cumhuriyeti anlaşmayı 18.02.1957 tarihli ve 6919 sayılı Kanunla onaylamıştır (R.G. 23.02.1957, 9543). Yine aynı dönemde, 21.09.1960 tarihinde Paris'te, NATO üyesi ülkeler arasında “Savunma ile ilgili ve ihtira beratı isteklerine konu teşkil eden ihtira sırlarının karşılıklı korunmasına ilişkin Anlaşma” (Agreement for the mutual safeguarding of secrecy of inventions relating to defence and for which applications for patents have been made) imzalanmıştır. NATO üyesi olan Türkiye de doğal olarak bu anlaşmaya katılmıştır (R.G. 19.09.1961, 10910). Anlaşmanın İngilizce metni için: <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20394/volume-394-I-5664-English.pdf> (02.06.2016).

42 Steven **Aftergood**, Invention Secrecy Activity (as reported by the Patent & Trademark Office), <http://www.fas.org/sgp/othergov/invention/stats.html> (02.06.2016).

43 USPTO, MPEP, 9th edn., March 2014 (Rev.07.2015, Nov. 2015), §115, s.100-25. Patent başvurularının incelemesinde görev alan tüm uzmanlar orijinal başvuruda veya sonradan yapılan eklemlerde yer alan ve hassasiyet taşıdığı açıkça belli olan başvuru içeriklerine dikkat etmekle sorumludur. Buluş içeriğinin uygun personelce incelenmesi gereğinin farkına varan her uzman, bu içeriği L&R dikkatine sunmak zorundadır. Bkz. USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), §115, s. 100-26.

44 Ancak, ABD dışında yapılmış buluşlar ile bir ABD savunma kurumunun üzerinde hak sahibi olduğu buluşlar hakkındaki başvurular, savunma dairelerinin incelemesine sunulmaz. Bkz. 37 CFR § 5.1 (f).

Atom Enerjisi Komisyonunun, Savunma Bakanının ve Başkan tarafından Birleşik Devletlerin savunma kurumu olarak tayin edilmiş bulunan diğer herhangi bir devlet departmanı veya dairesi başkanlığının incelemesine sunar.”⁴⁵

İlgili savunma kurumu, başvuruyu aldıktan sonra yapacağı inceleme⁴⁶ üzerine, başvurunun yayını veya patentin verilmesi suretiyle buluşun açığa çıkmasının ulusal güvenliğe zarar verebileceği kanaatine ulaşırsa⁴⁷, Müdürlüğe gizlilik kararı vermesi yönünde görüş bildirir. Bunun üzerine buluş için gizlilik kararı veren Müdürlük, başvurunun yayını veya patentin verilmesini ulusal çıkarların gerektirdiği süre boyunca askıya alır⁴⁸ ve durumu patent başvurusunda bulunana bildirir⁴⁹. Gizlilik kararı verilmesini isteyen devlet kurumu başkanlığının haklı gerekçeler göstererek buluşun USPTO’da incelenmesinin dahi ulusal güvenliği zedeleyebileceği yönünde kanaat bildirmesi de mümkündür. Müdürlük bu halde buluşu gizli (inceleme faaliyetlerine kapalı) vaziyette tutar ve başvuru sahibini bu durum hakkında da ayrıca bilgilendirir⁵⁰.

Ulusal güvenlik nedeniyle gizliliğe tabi tutulmuş, yani resmi gizlilik derecesi verilerek işaretlenmiş içeriğe sahip başvurular da dâhil olmak üzere bir devlet kurumunun üzerinde hak sahibi olduğu tüm patent başvurularında gizlilik kararı gerekliliğini Müdürlüğe bildirme sorumluluğu doğrudan hak sahibi devlet kurumuna aittir⁵¹. Patentlerden Sorumlu Müdürlük aldığı bildirim üzerine, her-

45 Hangi patent başvuruları için savunma kurumlarından görüş alınacağına karar verirken USPTO hem savunma kurumlarından hem de diğer ilgili kaynaklardan edindiği bilgileri kullanabilir. Bkz. **Kundert**, s. 674. DoD bünyesindeki DTSA, USPTO’ya karar verirken yardımcı olması amacıyla, çeşitli teknoloji kategorilerinden oluşan ve periyodik olarak yenilenen bir liste hazırlamaktadır. Bkz. **Lee**, s. 362; DoDD 5535.02, “DoD Patent Security Review Process”, March 24, 2010, s. 4. Listenin eski tarihli versiyonu için bkz. ASPAB, PSCRL-1, Jan. 1971 (<http://www.fas.org/sgp/othergov/invention/psrcl.pdf> [02.06.2016]). Yine USPTO’ya yardımcı olma amacını taşıyan benzer bir liste, atom silahlarına ilişkin buluşlara patent verilmesini yasaklayan ve atom enerjisine ilişkin buluşların kontrolünü düzenleyen 42 U.S.C. §§ 2181-2182 hükümlerine dayalı olarak Enerji Bakanlığı (*DoE*) tarafından da hazırlanmaktadır (**Lee**, s. 362-363).

46 Başvuru dosyasını alan ve inceleyen her görevli tarihli bir alındı belgesi imzalar ve bu belge dosyaya konulur. Bkz. 35 U.S.C. § 181 (3). Düzenlemenin amacı buluş hakkında bilgi sahibi olan görevlileri saptayarak, tazminat istemek için buluşun devletçe kullanılıp kullanılmadığını araştıran hak sahiplerine kolaylık sağlamaktır. Bkz. Gary L. **Hausken**, “The Value of a Secret: Compensation for Imposition of Secrecy Orders Under the Invention Secrecy Act”, *Mil. L. Rev.*, Vol. 119 (1988), s. 201-255, s. 245.

47 İncelemenin DoD’da hangi esaslara göre yapılacağı ve kanaatin nasıl oluşturulacağı hususunda bkz. DoDD 5535.02, s. 2 vd.. Daha ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Kundert**, s. 674.

48 Gizlilik kararı ABD Patent Hukukunda, ilk etkisi itibarıyla ve en basit şekilde: “Patentlerden Sorumlu Müdürlük tarafından verilen, patent başvurusunun incelenme sürecinin dondurulmasına ilişkin bir karar” olarak tanımlanabilmektedir. Bkz. Lee Ann **Gilbert**, “Patent Secrecy Orders: The Unconstitutionality of Interference in Civilian Cryptography under Present Procedures”, *Santa Clara L. Rev.*, Vol. 22 (1982), No. 2, s. 325-373, s. 325.

49 35 U.S.C. § 181 (3). Bkz. USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015)§ 115, s. 100-25/26.
50 35 U.S.C. § 181 (3).

51 USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 115, s. 100-25. Karş. 35 U.S.C. § 181 (1).

hangi bir takdir yetkisi kullanmaksızın gizlilik kararı verir^{52, 53}

İçeriği ulusal güvenlik sebebiyle resmi gizlilik derecesine tabi tutulmuş bir patent başvurusu söz konusu ise, başvuran özel hukuk kişisi gizlilik kararı almak zorundadır. Böyle bir patent başvurusunda gizlilik kararı gerekliliğine ilişkin herhangi bir resmi bildirim bulunmuyorsa⁵⁴, USPTO, başvuru içeriğinin gizlilik derecesinin kaldırılması (yani gizlilik derecesinin iptali için ilgili savunma kurumundan izin alınması⁵⁵) veya gizlilik kararına ilişkin bildirim yahut bu kararın alınmasına yönelik çaba harcadığını gösterir bir kanıtın ilgili devlet departmanı ya da dairesinden getirilmesi için başvuru sahibine süre tanır. Gizlilik kararının alınmasına ilişkin çabayı gösterir kanıtın süresi içinde getirilmesi, fakat buna rağmen başvuru içeriğinin gizlilik derecesinin kaldırılmamış ve gizlilik kararının da alınmamış olması durumunda, Ofis, gizlilik derecesinin kaldırılması ya da başvuruya gizlilik kararı alınması veya bu kararın alınmasına ilişkin yeni çabayı gösterir bir kanıtın getirilmesi için tekrar bir süre belirler. Başvuru sahibinin

52 Bkz. **Lee**, s. 359, 361. Karş. 37 CFR § 5.2 (a).

53 Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere, gizlilik kararına konu olabilecek buluşlar pratik bakımdan iki grup içinde ele alınabilir: İlk grupta, devletin üzerinde hak sahibi olduğu ve açıklanmasının ulusal güvenlik için sakınca doğurabileceğine ilgili devlet kurumunca karar verilmiş olan buluşlar; ikinci grupta ise, devletin üzerinde hak sahibi olmadığı ve fakat açıklanmasının ulusal güvenlik açısından sakıncalı olacağına bir "savunma kurumu" tarafından karar verilen buluşlar yer almaktadır. Bkz. **Gilbert**, s. 332.

54 Özel teşebbüsün yaptığı patent başvurusunun içeriği gizlilik derecesine sahip ise, kural olarak, patent başvurusunda ilgili devlet kurumunun bildirimini de bulunması gerekir. Zira devletle iş ilişkisi içinde olan özel bir teşebbüs bu ilişki kapsamındaki "gizli" veya daha yüksek gizlilik dereceli bir teknik bilgi için patent başvurusunda bulunmak istediğinde, yapacağı başvuruyu önce ilgili devlet kurumuna göndermek zorundadır. İdare başvuru hakkında ulusal güvenlik sebebiyle gizlilik kararı verilmesi gerekip gerekmediğine veya patent verilmesine ilgili mevzuata göre başka sebeple mani olup olunamayacağına karar verir. Yüklenicinin patent başvurusunda bulunma hakkı engellenemez; ancak, yüklenici, patent başvurusunun USPTO'ya teslimine ilişkin idarenin tüm talimatlarına uymak zorundadır. Bu ihtimalde, sadece idarenin 30 gün içinde herhangi bir talimat vermemiş olması durumunda serbestçe patent başvurusu yapılabilir. Bkz. FAR (48 CFR Ch.1) 27.203-1 (b); FAR (48 CFR Ch.1) 52.227-10 (a). Yüklenici, devletle iş ilişkisi kapsamındaki "özel" gizlilik dereceli bir teknik bilgi için patent başvurusunda bulunmak istediğinde, başvurudan önce başvurunun bir kopyasını, ulusal güvenlik açısından gizlilik kararı verilmesi gerekip gerekmediğine ya da patent verilmesine ilgili mevzuata göre başka bir sebeple mani olup olunamayacağına karar vermesi için idareye sunmak zorundadır. Bkz. FAR (48 CFR Ch.1) 27.203-1 (b); FAR (48 CFR Ch.1) 52.227-10 (b). Bu yükümlülüklerle aykırı davranış yüklenici için, sadece özel hukuk müeyyidelerinin değil, cezai müeyyidelerin de uygulanmasına yol açabilir. Çünkü gizlilik dereceli bilginin patent başvurusunda veya patent verilmesi sonucunda izinsiz açığa çıkmasına sebep olmak ulusal güvenlik çıkarlarına aykırı ve 18 U.S.C. Ch. 37 (Casusluk ve Sansür; *Espionage and Censorship*) hükümlerinin, özellikle de gizlilik dereceli bilgiyi kasten açığa çıkarmayı cezalandıran 18 U.S.C. § 798'in ihlali niteliğinde görülebilir. Bkz. FAR (48 CFR Ch.1) 27.203-1 (a).

55 Federal savunma kurumları ile iş ilişkisine giren özel teşebbüslerin, bu ilişki çerçevesinde kendilerine bırakılmış gizli bilginin gizlilik derecesine itiraz ve gizliliğin kaldırılmasını isteme hakları bulunmaktadır. İtiraz usulü hakkında geniş bilgi için bkz. DoD 5220.22-M, NISPOM, Feb. 28, 2006, para. 4-104.

sayılan hususlardan hiçbirini süresi içinde gerçekleştirmemesi halinde başvuru terkin edilir⁵⁶.

Bir patent başvurusunun yayınlanmasının ya da açıklanmasının ulusal güvenliğe zarar verebileceği hallerde başvuru yayınlanmaz veya patent çıkartılmaz. Ulusal güvenlik denetlemesi altındaki bir başvuru, başvuru tarihinden itibaren altı ay ve ilgili savunma kurumun görüşüne sunulma tarihinden itibaren üç ay geçmedikçe yayınlanamaz. Ulusal güvenlik sebebiyle gizlilik derecesi verilmiş patent başvuruları, başvuru içeriğinin gizlilik derecesi iptal edilinceye ve ilgili savunma kurumunun bildirimine üzerine verilen gizlilik kararı kaldırılıncaya kadar yayınlanamaz ve patent çıkartılmaz⁵⁷.

IV. Gizlilik Kararı ve Etkileri

USPTO somut olayın şartlarına ve ilgili devlet kurumundan gelen görüşe göre üç tür gizlilik kararı vermeye yetkilidir:

Birinci tür gizlilik kararı (*Type I Secrecy Order*)⁵⁸ ABD ile karşılıklı güvenlik anlaşması olan belirli ülkelerde⁵⁹ yabancı patent başvurusunda bulunma iznini de içerir. Böyle bir karara konu olabilecek patent başvuruları yurtdışına ihracı DoD tarafından belirlenen ilkelere⁶⁰ göre kontrol altında tutulan teknik bilgileri⁶¹

56 Bkz. 37 CFR § 5.1 (d).

57 37 CFR § 5.1 (e). Ayrıca bkz. 37 CFR § 1.211 (a) (2). 37 CFR § 5.4 hükümleri gizlilik kararından etkilenen kişilere, USPTO nezdinde başvuruda bulunarak kararın kaldırılmasını isteme hakkı tanımıştır. Başvuru dilekçesinde kararın kaldırılmasını gerektiren tüm vakıalar açıklanmalı, varsa önceki yayımlar ve patentler de dilekçeye eklenmeli, bir devlet kurumu ile yapılmış olan ve buluşun tümüyle veya önemli bir kısmı itibarıyla geliştirilmesini konu alan ya da diğer bir şekilde buluşu ilgilendiren tüm anlaşmalar açıklanmalı yahut böyle bir anlaşmanın bulunmadığı belirtilmelidir. Başvuru üzerine verilen ret kararına karşı 60 gün içinde Ticaret Bakanlığı nezdinde itirazda bulunulabilir. Bu itirazın görüşüleceği yer ve zaman hem itiraz sahibine hem de gizlilik kararın alınmasına sebep olan devlet kurumuna bildirilir.

58 "Type I Secrecy Order" metni için bkz. **Kundert**, App. A, s. 686 vd..

59 2015 yılı itibarıyla Avustralya, Belçika, Kanada, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Japonya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Portekiz, Kore Cumhuriyeti, İspanya, İsveç, Türkiye ve Birleşik Krallık. Bkz. USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 120, s. 100-28

60 Bkz. 10 U.S.C. § 130; DoDD 5230.25, "Withholding of Unclassified Technical Data From Public Disclosure", Nov. 6, 1984, 49 FR 48040 (32 CFR Part 250); DoD 5230.25-PH, "Control of Unclassified Technical Data with Military or Space Application", May, 1985. Ayrıca bkz. DoDI 2040.02, "International Transfers of Technology, Articles and Services", July 10, 2008, <http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/ins1.html> (02.06.2016).

61 Söz konusu teknik bilgiler, DoD zilyetliğinde veya (özel sektör kaynaklı olsa bile) kontrolünde bulunup, gizlilik derecesi taşımamakla birlikte, 12470 sayılı Başkanlık Emri (*Ex. Ord. 12470 of March 30, 1984, "Continuation of Export Control Regulations"*, 49 FR 13099) ya da "Silah İhracatı Kontrolü Yasası" [AECA (22 U.S.C. §§ 2751-2799aa-2)] ve bağlı mevzuat [ITAR (22 CFR Parts 120-130)] uyarınca gerekli onay, yetkilendirme veya izin olmaksızın ABD dışına hukuka uygun ihracı mümkün bulunmayan askeri ya da uzay uygulamalarına ilişkin teknik bilgilerden kritik nitelikteki teknolojileri açığa çıkartanlardır. Bkz. 10 U.S.C. § 130 (a); DoDD 5230.25, sec. 2.1 [32 CFR § 250.2 (a) (1)].

içeren başvurulardır. Karar ihracat kontrolünde kullanılan resmi listelere⁶² dayalı olarak verilir ve hak sahibinin patent başvurusunda bulunabileceği ülkeler kararda açık olarak belirtilir⁶³. Bu tür gizlilik kararları, bir yandan patent başvurusunun içeriğindeki teknik bilginin mümkün olan en geniş şekilde kullanımını sağlamayı amaçlarken; diğer yandan, teknik bilginin hukuka aykırı ihracıyla⁶⁴ sonuçlanabilecek herhangi bir yayını veya açıklamayı önlemeyi hedefler⁶⁵.

İkinci tür gizlilik kararı (*Type II Secrecy Order*)⁶⁶ gizlilik dereceli bilgiyi belirli kişilere açıklama iznini de içerir. Bu tür gizlilik kararları, devletin başvuru üye-

62 Bkz. USML (22 CFR § 121.1), ITAR (22 CFR Parts 120-130) Part 121; CCL (15 CFR § 774.1), EAR (15 CFR Parts 730-774) Part 774 Supp. No. 1. Bu listelerden ilki Dışişleri Bakanlığı (DoS) bünyesindeki "Savunma Ticareti Kontrolleri Direktörlüğü"nce (DDTC); ikincisi ise Ticaret Bakanlığı (DoC) bünyesindeki "Endüstri ve Güvenlik Bürosu"na (BIS) kullanılmaktadır. USPTO açısından asıl önem taşıyan kriterler ise DoD tarafından hazırlananlardır. Karş. USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), §120, s. 100-28. Bu kriterler 2011 yılından önce, DoDD 5230.25 hükümleri ve DoD bünyesindeki DTSA tarafından kullanılan "Askeri Açından Kritik Teknolojiler Listesi"nden (MCTL) oluşmuştur. Bkz. DoDI 3020.46, "The Militarily Critical Technologies List (MCTL)", October 24, 2008, <http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/ins1.html> (02.06.2016). Karş. USPTO, MPEP, 8th edn., Aug. 2001 (Rev. 5, Aug. 2006), §120, s. 100-25, <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/old/index.htm> (02.06.2016). Askeri açıdan önem taşıdıkları düşünülen yirmi teknoloji kategorisinden ibaret bir liste olan MCTL'in hazırlanmasında esas alınan "askeri açıdan kritik teknoloji" kavramı DoDI 2040.02, s. 17'de: "Birleşik Devletler de dâhil olmak üzere herhangi bir ülkenin askeri potansiyeline önemli bir katkı sağlayan veya sağlayabilecek olan bir ürünün veya hizmetin tasarımı, üretiminde, işletilmesinde, uygulanmasında veya bakımında gerekli teknoloji ya da teknolojiler" olarak tanımlanmıştır. DoDD 5230.25 sec. E2.1.2'deki [32 CFR § 250.3 (c)] tanıma göreyse, "herhangi bir ülkenin ya da ülkeler kombinasyonunun askeri potansiyeline önemli katkı sağlayabilecek ve Birleşik Devletlerin güvenliğine zarar verebilecek karmaşık nitelikli işletme, uygulama veya bakım know-how'ıyla elde edilmiş (teknik bilgi içeren) üretim ve tasarım know-how dizilerinden, temel nitelikteki üretim, muayene ve test ekipmanlarından, temel nitelikli materyallerden ve eşyalardan oluşan teknolojiler" askeri açıdan kritik sayılmaktadır. Böylece USPTO, 2011 yılına kadar, birinci tür gizlilik kararlarını verebilmek hususunda MCTL gibi görece sağlam bir kriter kullanma olanağı bulabilmiştir. Fakat DoD'un 2011 yılından itibaren MCTL'in kamuya yayını durdurmuş olması sebebiyle; bugün için USPTO'nun elinde birinci tür gizlilik kararı vermekte kullanabileceği tek kriter, gizlilik sınıfı olmayan bazı teknik bilgilerin kamuya açıklanmaktan muaf tutulmasını düzenleyen 5230.25 sayılı DoD Direktifi hükümlerinden ibaret kalmıştır. Karş. USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), §120, s. 100-28; GAO-13-157, Protecting Defense Technologies, DOD Assessment Needed to Determine Requirement for Critical Technologies List, Report to Congressional Committees, January 2013, <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a577438.pdf> (02.06.2016).

63 Karş. Type I Secrecy Order, s. 2 (Kundert, App. A, s. 688).

64 Kontrol altındaki teknik bilginin yabancı uyruklu herhangi bir kimseye, görsel inceleme, sözlü aktarım, teknoloji veya veri uygulaması yahut elektronik, manyetik, internet ya da lazer teknolojisi de dahil olmak üzere herhangi bir iletişim aracı yoluyla bırakılması veya açıklanması, bunun ABD içinde veya dışında gerçekleşmesi önem taşımaksızın, bilginin ihracı olarak kabul edilir ve ihrac izni ya da açıklama yetkisi gerektirir. Bkz. DoDI 2040.02, s. 15 [E4 (1) (a-b)]. Yabancı uyruklu kişiye yapılan bu tür bilgi aktarımı veya açıklaması, gerekli izin ya da yetki yoksa teknik bilginin hukuka aykırı ihracı olarak kabul edilir.

65 Kundert, s. 675; USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 120, s. 100-28.

66 "Type II Secrecy Order" metni için bkz. Kundert, App. A, s. 690 vd..

rinde hak sahibi olmadığı, fakat patent başvurusu yapan kişi ile DoD arasında bir “Güvenlik Anlaşması”nın⁶⁷ bulunduğu hallerde, bilgi güvenliği kurallarına⁶⁸ göre resmi gizlilik derecesi verilmiş veya verilebilir nitelikteki teknik bilgileri⁶⁹ içeren patent başvuruları için verilmektedir⁷⁰. Gizlilik kararının buradaki amacı, patent başvurusu olarak sunulan gizlilik dereceli bilginin, aynı gizlilik derecesine sahip bilgiler ile aynı şekilde değerlendirilebilmesini sağlamaktır⁷¹. Bu nedenle bu tür gizlilik kararları, başvuru içeriğindeki teknik bilginin gizlilik derecesi hakkında bir bildirim içerir⁷².

Üçüncü tür gizlilik kararı (*Type III Secrecy Order*)⁷³ ise, patent başvurusunda bulunan kişi ile Savunma Bakanlığı arasında bir güvenlik anlaşması olmadığı, fakat başvuru içeriğindeki teknik bilginin bilgi güvenliği kurallarına göre gizlilik

67 DoD Security Agreement, DD Form 441. Bkz. 48 CFR 53.204-1 (b). Ayrıca bkz. 48 CFR 52.204-2 (b).

68 Bkz. Ex. Ord. 12958 of April 17, 1995, “Classified National Security Information”, 60 FR 19825, sec. 1.2–1.6; Ex. Ord. 13292 of March 25, 2003, 68 FR 15315; 22 CFR §§ 9.4–9.6; ISOO, “Classified National Security Information Directive No. 1”, Sept. 15, 2003, 68 FR 55168 (32 CFR Part 2001) §§ 2001.10–2001.15. Ayrıca bkz. DoD 5220.22-R, “Industrial Security Regulation”, Dec. 1985, s. 213 vd.; DoD 5220.22-M, NISPOM, para. 4-100 vd..

69 Söz konusu bilgiler esasen, resmi gizlilik dereceli bilgilerin federal devletle iş ilişkisine giren özel teşebbüslere ilgili iş kapsamında kullanırılmasına ilişkin usul ve esasları belirleyen “Ulusal Endüstriyel Güvenlik Programı” (*NISP*) çerçevesinde özel bir teşebbüsle paylaşılmış veya bu teşebbüsle yapılan işbirliği neticesinde ortaya çıkmış gizlilik dereceli teknik bilgilerdir. 1993 yılında başlatılan NISP’in amacı, federal kurumlarla iş ilişkisine giren özel teşebbüslere bu ilişki çerçevesinde bırakılan gizli bilgilerin güvenliğinin sağlanmasıdır. NISP politikalarının oluşturulmasından Beyaz Saray’daki “Ulusal Güvenlik Konseyi” (*NSC*); uygulanmasından ise “Bilgi Güvenliği Gözetim Ofisi” (*ISOO*) sorumludur. NISP’in asıl icra yetkilisi Savunma Bakanı olmakla birlikte, DoD haricinde, ulusal güvenlik açısından önem taşıyan diğer kurumlar olarak DoE, “Merkezi Haber Alma Teşkilatı” (*CIA*) ve “Nükleer Regülasyon Komisyonu”nun da (*NRC*) NISP kapsamında bilgi güvenliğini sağlamaya yönelik yetkileri bulunmaktadır. Hemen yukarıda değindiğimiz NISPOM da yine NISP çerçevesinde DoD tarafından diğer üç kurumun katılımıyla hazırlanmakta ve federal devlet ile gizli bilgi paylaşımını gerektiren bir iş ilişkisine girecek tüm teşebbüsler için standart prosedür ve koşullar öngörmektedir. Bkz. Ex. Ord. 12829 of Jan. 6, 1993, “National Industrial Security Program”, 58 FR 3479; Ex. Ord. 12885 of Dec. 14, 1993, 58 FR 65863; Ex. Ord. 10865 of Feb. 20, 1960, “Safeguarding Classified Information Within Industry”, 25 FR 1583 (yürürlükteki metin için 48 CFR 4.402–4.404), FAR (48 CFR Ch.1) Subpart 4.4; DoDD 5220.22, “National Industrial Security Program”, Sept. 27, 2004; ISOO, “National Industrial Security Program Directive No. 1”, March 31, 2006, 71 FR 18007 (32 CFR Part 2004).

70 **Kundert**, s. 675; USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 120, s. 100-28.

71 **Kundert**, s. 675; USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 120, s. 100-29. Farklı bir söyleyişle, patent başvurusu hakkında verilen gizlilik kararı ile başvuru sahibinin taraf olduğu “Savunma Bakanlığı Güvenlik Anlaşması” arasında bağlantı kurulmaktadır. Böylece özel teşebbüs, gizlilik dereceli bilgiyi “Savunma Bakanlığı Güvenlik Anlaşması” ve NISPOM çerçevesinde ne şekilde kullanabileceğine, patent başvurusu içeriğini de aynı şekilde kullanabilir.

72 USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), §120, s.100-29. Karş. *Type II Secrecy Order*, s. 1 (**Kundert**, App. A, s. 690)

73 “*Type III Secrecy Order*” metni için bkz. **Kundert**, App. A, s. 693 vd..

derecesi verilebilir nitelikte olduğu durumlarda verilen gizlilik kararıdır. Bu karar, başvuru içeriğinin Patentlerden Sorumlu Müdürlüğün yazılı izni olmaksızın herhangi bir kimseye açıklanmasını mutlak şekilde engeller⁷⁴. Üçüncü tür gizlilik kararı, diğer tür gizlilik kararlarının verilemediği hallerde ve bilhassa da gizlilik kararı verilmesinin DoD haricindeki bir kurum tarafından talep edildiği durumlarda verilir⁷⁵.

İstatistiksel bilgiler, gizlilik kararlarının büyük ölçüde, DoD bağlantılı veya DoD kontrolündeki teknik bilgileri konu edinen patent başvuruları için verildiğini göstermektedir⁷⁶: (1) Gizlilik kararları genelde DoD birimlerinden gelen görüş ve talepler neticesinde verilmektedir. 2005-2015 mali yıllarında devlet kurumlarının talebi üzerine verilen toplam 1171 kararın sadece 82'si DoE veya NASA, geri kalanları ise DoD talebine dayanmaktadır. 2007, 2009, 2012 ve 2015 mali yıllarında DoE/NASA talebine dayalı hiç karar yoktur. (2) Gizlilik kararı türleri arasında ağırlık ikinci tür kararlardadır. 2005 – 2015 mali yıllarında DoD talebiyle verilen toplam 1089 kararın 521'i ikinci tür, 339'u birinci tür, 229'u üçüncü tür gizlilik kararıdır. Bununla birlikte, (ihracat kontrolü öngören) birinci tür gizlilik kararlarının sayısının 2008 yılından sonra ikiye katlandığını da vurgulamak gerekir. 2005-2008 mali yılları arasında DoD talebine dayalı toplam 395 gizlilik kararının 66'sı (%16,7) birinci tür iken, 2009-2015 arasındaki toplam 694 kararın 273'ü (%39,3) bu niteliktedir. (3) Buluşların devlet desteği veya finansmanı olmadan gerçekleştirmiş özel teşebbüslerin patent başvurularına uygulanan gizlilik kararları ("*John Doe*" *Secrecy Orders*) görece azdır. 2005–2015 mali yılları arasında bu kararların sayısı 252'dir.

Gizlilik kararının ilk etkisi patent çıkartılmasını engellemektir. Gizlilik kararı yürürlükte kaldığı sürece USPTO başvuruyu yayınlamaz ve buluş için patent vermez⁷⁷. Bu konuya önceki bölümde de değindiğimiz için detaylar üzerinde durmayacak; bu bölümde gizlilik kararının daha ziyade buluş sahipleri ve kullanıcıları üzerindeki etkilerini inceleyeceğiz.

Gizlilik kararı sadece mevcut patent başvurusu hakkında değil, başvurunun konusu olan buluş içeriği hakkında da uygulanır⁷⁸ ve buluşun yayınlanmasını veya özel izin verilmedikçe herhangi bir şekilde açıklanmasını (başvuru sahipleri, mirasçıları, başvuru devralan ya da lisans alanlar ile bunların vekilleri

74 USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 120, s. 100-28.

75 **Kundert**, s. 676; USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 120, s. 100-29.

76 İstatistikler için bkz. **Aftergood**, <http://www.fas.org/sgp/othergov/invention/stats.html> (02.06.2016).

77 35 U.S.C. § 181 (3).

78 USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 120, s. 100-29.

ve acenteleri dâhil olmak üzere) tüm sorumlular⁷⁹ için yasaklar⁸⁰. Haklarında ayrıca gizlilik kararı verilmemiş, fakat ilgili buluşun önemli herhangi bir kısmını içeren diğer patent başvuruları da, hakkında gizlilik kararı verilen başvurudan önce veya sonra yapılmış olmaları önem taşımaksızın mevcut kararın kapsamına girer ve fark edilmeleri halinde L&R dikkatine sunulur⁸¹.

Yürürlükteki gizlilik kararının getirdiği yasağı kasıtlı olarak ihlal edenler veya ihlale kasten sebep olanlar ceza mahkemesince 10.000 ABD Dolarını aşmayan para cezasına ya da iki yılı aşmayan hapis cezasına veya her ikisine birden mahkûm edilir⁸².

Gizlilik kararlarının etkileri arasında, kararların türüne göre farklılıklar bulunmaktadır:

Birinci tür gizlilik kararı, sorumlulara, buluşu “meşru ticari amaç”larla ABD vatandaşlarına veya ABD’de kalıcı oturma izni almış ve ülkeye yerleşmiş kişilere açıklama imkânı sağlar⁸³. “Meşru ticari amaç” kavramı, ürünlerin iç pazar veya gerekli ihracat izinlerinin alınmış olması kaydıyla dış pazarlar için üretilmesini ve/veya satışını ifade eder⁸⁴. Ayrıca, gerekli ihracat izni ya da onayının ABD Hükümetinden alınmış olması kaydıyla ilgili teknik bilginin satış suretiyle ya da bir başka yolla yabancı sözleşme taraflarına veya yabancı hükümetlere açıklanması da “meşru ticari amaç”larla yapılan bilgi aktarımı olarak değerlendirilmektedir⁸⁵. Bu son halde sorumlular, teknik bilginin yurtdışına ihracı için ilgili mevzuat (EAR⁸⁶ veya ITAR⁸⁷) uyarınca yetkili kurumlardan (DoC bünyesindeki BIS veya DoS bünyesindeki DDTC)⁸⁸ aldıkları tasdikli izinleri

79 Yetkileri içinde hareket eden devlet memurları ve idare ajanları ile aldıkları yazılı talimatlara veya izne uygun davranmakta olanlar, “sorumlular” (*principals*) kapsamına girmez. Bkz. 35 U.S.C. § 187.

80 **Kundert**, s. 676; USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 120, s. 100-29. USPTO tarafından buluş sahibine yapılan bildirimde yasak şu şekilde ifade edilmektedir: “Bu başvurunun konusu veya buluşun yayınlanmamış detayları da dahil olmak üzere başvuruya ilişkin herhangi bir maddi bilgi yayınlanamaz ve bu karar tarihinden önce buluştan haberdar olmayan hiç kimseye, sorumluların çalışanları da dahil olmak üzere açıklanamaz.” Metin için bkz. **Lee**, s. 364.

81 USPTO, MPEP, 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 120, s. 100-29.

82 35 U.S.C. § 186.

83 **Kundert**, s. 676. Karş. Type I Secrecy Order, s. 2 (**Kundert**, App. A, s. 688).

84 Bkz. Type I Secrecy Order, s. 2 (**Kundert**, App. A, s. 688).

85 Bkz. Type I Secrecy Order, s. 2 (**Kundert**, App. A, s. 688).

86 Bkz. 15 CFR § 730.7.

87 Bkz. 22 CFR § 125.2.

88 Teknik bilgi ihracı için hangi mevzuat uyarınca hangi kurumdan izin alınması gerektiği hususunda belirleyici olan nokta ilgili teknolojinin karakteridir. Askeri kullanıma özgü teknolojiler DDTC tarafından uygulanan ITAR’a; hem askeri hem sivil (ticari) kullanımı olan çift kullanımlı (*dual use*) teknolojiler ise BIS tarafından uygulanan EAR’a tabidir. Gizlilik kararlarında açıkça bahsedilmemekle birlikte, nükleer enerjiye ilişkin teknolojilerin “çift kullanımlı” görülmediklerini ve “stratejik kullanımlı” olarak DoE ile NRC tarafından denetlendiğini ayrıca belirtmemiz gerekir. Bkz. 15 CFR § 730.3.

USPTO'ya bildirmekle yükümlüdürler⁸⁹.

Birinci tür gizlilik kararına büyük esneklik sağlayan bu istisnalar, gizlilik dereceleri bulunmayan, fakat askeri önem taşıyan teknik bilgilerin yurtdışına ihracını kontrol altında tutmayı amaçlayan DoD kurallarına paralel nitelik arz etmektedir⁹⁰. Özellikle de “meşru ticari amaç” kavramının bu kuralların yer aldığı 32 CFR Part 250 hükümlerine uygun biçimde yorumlanması gereği bu gizlilik kararlarında açıkça vurgulanmaktadır⁹¹. Böylece birinci tür gizlilik kararları, teknik bilgi ihracını kontrol eden kurallar çerçevesinde buluş sahiplerine en fazla serbesti tanıyan gizlilik kararları olmaktadır.

İkinci tür gizlilik kararı, hakkında gizlilik kararı verilmiş patent başvurusuna konu gizlilik dereceli teknik bilginin “bilmesi gereken” (*need-to-know*) prensibine göre yetkili olan kişilere, NISPOM kapsamındaki diğer gizlilik dereceli bilgiler ile aynı şekilde açıklanabilmesine olanak sağlar. Bu açıklama sırasında gizlilik kararının bir kopyası da söz konusu yetkili kişiye sunulur ve bu kimse buluşun kararın uygulama kapsamına girdiği hususunda bilgilendirilir. Buluş içeriğindeki teknik bilginin gizlilik derecesinin sonradan kaldırılmış olması USPTO'nun verdiği gizlilik kararını etkilemez; ancak, buluş sahibi durumu ilgili savunma kurumunun dikkatine sunabilir⁹².

İkinci tür gizlilik kararı kapsamındaki buluşun içerdiği teknik bilgi, gizlilik dereceli değil, fakat gizlilik derecesi verilebilir nitelikte ise, bu bilginin Savunma Bakanlığı Güvenlik Anlaşmasına bağlı bir tesisin çalışanı olan sorumlular tarafından “bilmesi gereken” prensibine göre ve NISPOM hükümlerine uygun olarak yetkili kişilere açıklanması yine aynı şartlarla mümkündür. Ancak, söz konusu teknik bilginin Savunma Bakanlığı Güvenlik Anlaşmasına bağlı olmayan bir tesisin çalışanı konumundaki sorumlular tarafından herhangi bir kimseye açıklanabilmesi için öncelikle gizlilik kararının USPTO tarafından yazılı şekilde değiştirilmesi gerekir⁹³.

Üçüncü tür gizlilik kararı istisna içermeyen bir gizlilik kararıdır. Ancak, bu tür gizlilik kararlarına da sorumlulara ilgili teknik bilgiyi devlet daireleri, kurumları veya bürolarının memurlarına ya da çalışanlarına yahut bir devlet dairesi, kurumu veya bürosu başkanlığınca özel olarak tayin edilmiş herhangi bir kimseye ya da bu kimsenin usulüne uygun şekilde yetkilendirdiği kişilere açıklama müsaa-

89 Bkz. Type I Secrecy Order, s. 2 (**Kundert**, App. A, s. 688).

90 Karş. DoDD 5230.25, sec. 3.2.1 [32 CFR § 250.3 (a) (1)], E2.1.3.1 [32 CFR § 250.3 (d) (1)], E2.1.3.3 [32 CFR § 250.3 (d) (3)] ve 5.8.1 [32 CFR § 250.5 (h) (1)].

91 Karş. Type I Secrecy Order, s. 2 (**Kundert**, App. A, s. 688).

92 Karş. Type II Secrecy Order, s. 3 (**Kundert**, App. A, s. 692).

93 Bkz. Type II Secrecy Order, s. 3 (**Kundert**, App. A, s. 692).

desi veren bir izin belgesi (“*Permit A*”)⁹⁴ sıklıkla eklenmektedir⁹⁵.

Gizlilik kararlarının süresi, savaş ve ulusal olağanüstü hal haricinde, 12 aydır. Karar her 12 aylık sürenin sonunda, gizlilik kararı verilmesini talep eden devlet kurumunun bu kararın devamında ulusal çıkar bulunduğu yönündeki müspet görüşü üzerine 12 ay için yenilenebilir. Yenileme sayısında herhangi bir sınırlama yoktur⁹⁶.

Savaş veya ulusal olağanüstü hal durumunda verilen ya da savaş veya olağanüstü hal durumuna girildiğinde hâlihazırda yürürlükte bulunan gizlilik kararları ise, hiçbir yenilemeye ihtiyaç olmaksızın, savaş ve savaşın sona ermesinden sonraki bir yıl boyunca veya olağanüstü hal ve bu halin kaldırılmasını takip eden altı ay süresince yürürlükte kalır⁹⁷.

V. Buluşun Devletçe Kullanılması

A. Genel Hukuki Çerçeve

ABD Hukukunda devlete bağımsız patentli buluşları gerekli gördüğünde kullanma yetkisi veren açık ve genel bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Tam aksine, 1800’lü yıllarda devlet çalışanlarının patentli bir buluşu lisanssız kullanması doğrudan doğruya patent hakkının ihlali, yani bir haksız fiil olarak değerlendirilmiştir. İlk bakışta patent sahipleri lehine gözüken bu düşünce, onlar için aslında çok olumsuz bir sonuç doğurmuştur. Zira söz konusu görüş, devlet çalışanlarının gerçekleştirdiği haksız fiiller için Federal Devlete dava açılmaması⁹⁸ sebebiyle, patent sahiplerinin devlet kullanımı karşılığında tazminat alamamalarına yol açmıştır⁹⁹. Federal Mahkeme bu dönemde, patentli buluşun devletçe patent sahibinin rızası ve açık izniyle kullanıldığı hallerde “zımnî anlaşmanın” varlığını tespit eden bir hukuki görüş oluşturarak, devletin tazminat sorumluluğunu haksız fiil kurallarına değil, sözleşme hukukuna dayandırmış ve patent sahiplerini zarardan böylece korumaya çalışmıştır¹⁰⁰.

94 “Permit for Disclosing to Government Employees and Other Specified Persons (Permit A)” metni için bkz. **Kundert**, App. A, s. 695.

95 **Kundert**, s. 676; USPTO, MPEP, , 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 120, s. 100-28.

96 **Kundert**, s. 676. Karş. 35 U.S.C. § 181 (4).

97 35 U.S.C. § 181 (4).

98 Aslında daha 1863 yılında çıkartılmış olan bir kanunla (12 Stat. 765, Ch. 92, sec. 2) Federal Mahkemeye Federal Devlete karşı ileri sürülecek talepler için yargılama yapma yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetki sadece doğrudan kanuna yahut bir düzenleyici işleme veya açık ya da zımnî bir anlaşmaya dayanan talepleri kapsamaktadır. Devlet çalışanlarının haksız fiilleriyle verdikleri zarardan kaynaklanan talepler yasanın kapsamı dışındadır.

99 Bkz. James E. **Denny**, “Eminent Domain Aspects of 28 USC 1498”, Pat. Trademark & Copy. J. Res. & Ed., Vol. 4, Iss. 3 (Fall 1960), s. 257-275, s. 258; **Hausken**, s. 230. Karş. Pitcher v. United States, 1 Ct. Cl. 7 (1863); Schillinger *et al.* v. United States, 24 Ct. Cl. 278 (1889).

100 Karş. United States v. Palmer, 128 U.S. 262 (1888); United States v. Berdan Fire-Arms Co., 156 U.S. 552 (1895); United States v. Anciens Etablissements, 224 U.S. 309 (1912); United States v. Bethlehem Steel Co., 258 U.S. 321 (1922).

Ne var ki buluşun devletçe kullanımına patent sahibinin hiç rıza göstermemiş olduğu hallerde bu “zımnî anlaşma” görüşünün tatbik edilmesi mümkün olmamakta ve ortaya bir başka tartışma çıkmaktadır: Patentli buluşun devletçe kullanılması, fakat mahkemenin devlet ile patent sahibi arasında bu kullanıma ilişkin zımnî bir anlaşmanın varlığını tespit edememesi halinde, devlet kullanımı bir patent ihlali, yani bir haksız fiil olarak mı; yoksa ABD Anayasasının Beşinci Eki (*Fifth Amendment*) anlamında bir kamulaştırma (*eminent domain taking*) olarak mı görülmelidir?

Aslında kişi haklarını korumayı amaçlayan ve bu çerçevede özel mülkiyetteki malların “...adil tazminat (*just compensation*) olmaksızın kamu kullanımı için alınmasını...” da yasaklayan ABD Anayasasının Beşinci Eki, ABD Hukukunda kamulaştırmayı düzenleyen anayasa hükmü olarak yorumlanmakta ve devletin bu anayasal egemenlik yetkisini kullandığı hallerde yine aynı anayasa hükmü uyarınca “adil tazminat” da ödemesi gerektiği kabul edilmektedir. Bir devlet çalışanının patentli buluşu haksız şekilde kullanması halinde bu kullanımın kamulaştırma olarak değerlendirilmesinin patent sahibi için yaratacağı avantaj da işte bu nokta da ortaya çıkmakta; kullanımın haksız fiil olarak görülmesi durumunda devlet çalışanının bu haksız fiili için devletten tazminat talep edemeyecek olan patent sahibi, “kamulaştırma” nitelendirmesi sayesinde bu tazminatı Anayasa gereğince kamulaştırma bedeli olarak isteyebilecek duruma gelmektedir.

Kamulaştırma düşüncesi, patent sahipleri için taşıdığı avantaja rağmen, Federal Mahkeme tarafından 1863 tarihli *Pitcher v. United States*¹⁰¹ Kararında reddedilmiştir. Mahkeme patent sahibi ile devlet arasında buluşun kullanımına ilişkin zımnî bir anlaşmanın varlığını tespit edemediği bu davada buluşun devletçe kullanılmasının kamulaştırma olarak da görülemeyeceğine, sadece bir haksız fiilden ibaret olduğuna karar vermiş ve çalışanlarının haksız fiili sebebiyle Federal Devlete dava açılmayacağı için davacının tazminat talebini reddetmiştir. Zira Mahkemeye göre, Federal Devletin her alt-görevlisinin ve küçük memurunun özel mülke el koyma veya böyle bir mülkü kullanma (kamulaştırma) gerekliliğine kendi başına karar vermeye yetkili olabileceğini düşünmek mümkün değildir¹⁰².

Ne var ki Federal Mahkemenin bu görüşü de 1881 tarihli *James v. Campbell*¹⁰³ Kararında Federal Yüksek Mahkeme tarafından paylaşılmamıştır. Bu kararda devlet çalışanlarının özel şahsa ait patentli buluşu haksız şekilde kullanmalarının bir haksız fiil niteliğinde olacağını baştan kabul eden Yüksek Mahkeme,

101 1 Ct. Cl. 7 (1863).

102 Karş. *Pitcher v. United States*, 1 Ct. Cl. 7 (1863), s. 9.

103 104 U.S. 356 (1881).

bunun yanı sıra, patent sahibinin mülkü niteliğindeki patentli buluşun devletçe tazminatsız kullanılabilmesinin veya tazminat ödenmeksizin buluşa el konulabilmesinin anayasal düzenleme karşısında benimsenemeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁴. Yüksek Mahkeme patentli buluşun devletçe kullanılmasının aslında “adil tazminat” gerektiren bir “özel mülke el koyma” olduğunu böylece kabul etmiş olmaktadır¹⁰⁵. Ancak, yaptığı saptamaya rağmen kesin karar vermekten kaçınan Yüksek Mahkeme sadece, haksız fiil niteliğindeki patent ihlali yüzünden Federal Mahkemede devlete dava açılmayacağı ve devlet ile patent sahibi arasında buluşun kullanımı hakkında zımnî bir anlaşmanın da tespit edilemediği gerçeği karşısında patent sahibinin müeyyide için Kongreye başvurmasını¹⁰⁶ önermekle yetinmiştir¹⁰⁷.

Doğrudan ABD Anayasasına dayanan talepler hakkında da Federal Mahkemeye yargılama yetkisi veren, ancak, haksız fiil davalarını yine açıkça bu yetkinin dışında tutan 1887 tarihli “Tucker Yasası”nın (*Tucker Act*)¹⁰⁸ kabulü dahi yargısal görüşlerde bir değişiklik yaratmamış ve Federal Mahkeme bu yasanın kabulünden sonra da eski düşüncesini muhafaza etmiştir. Nitekim Mahkeme, yasanın kabulünü takiben verdiği bir kararında¹⁰⁹ Yüksek Mahkemenin *James v. Campbell* Kararını görmezden gelerek¹¹⁰, kendi verdiği *Pitcher v. United States* Kararına atıfla, patentli buluşun devlet çalışanları tarafından kullanılmış olmasının “özel mülke kamu kullanımı için el koyma” şeklinde değerlendirilemeyeceğini, sadece devlet çalışanlarının bir haksız fiilinin söz konusu olduğunu bir kere daha vurgulamıştır. Neticede Federal Mahkemenin düşüncesi hakim görüş haline gelmiştir. Zira Yüksek Mahkeme de 1894 tarihli *Schillinger v. United States*¹¹¹ Kararında artık aynı görüşü çoğunluk oyuyla benimsemiş ve anayasal hakların bir devlet memurunca ihlal edildiği her durumun kişilere devlete karşı Federal Mahkemede dava açma olanağı veremeyeceğini belirterek¹¹²; davacının patentli buluşunun devlete iş yapan bir yüklenici tarafından devlet memurları-

104 James v. Campbell, 104 U.S. 356 (1881), s. 357-358.

105 Karş. **Denny**, s. 259.

106 Devlet çalışanlarının haksız fiillerinden kaynaklanan zararlar için Federal Devlete karşı dava açılabilmesi genel olarak mümkün olmamakla birlikte; Kongrenin, çıkartacağı özel bir kanunla zarara uğrayan kişiyi tatmin etmesi veya Federal Mahkemeye belirli bir dava için yargı yetkisi tanınması olanaklı görülmektedir. Örn. Talbert v. United States, 25 Ct. Cl. 141 (1890), s. 154 ve 155 U.S. 45 (1894), s. 46.

107 James v. Campbell, 104 U.S. 356 (1881), s. 359.

108 March 3, 1887, An act to provide for the bringing of suits against the Government of the United States. Bkz. 24 Stat. 505, Ch. 359.

109 Sullivan Forehand *et al.* v. United States, 23 Ct. Cl. 477 (1888).

110 **Denny**, s. 260.

111 155 U.S. 163 (1894).

112 Schillinger v. United States, 155 U.S. 163 (1894), s. 168-169.

nın onayıyla kullanılmış olmasının sadece bir haksız fiil teşkil ettiğine, bir kamulaştırmanın söz konusu olmadığına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme daha sonraki kararlarında da¹¹³ patent sahibi ile devlet görevlileri arasında buluşun kullanımına ilişkin zımnî bir anlaşmanın varlığını saptayamadığı hallerde, kullanımdan kaynaklanan tazminat taleplerini kamulaştırma görüşüne hiç değinmeksizin reddetmeye devam etmiştir.

Yukarıda özetlediğimiz görüşler, patentli buluşun devletçe herhangi bir lisansa veya yasal hakka dayanmaksızın kullanılması durumunda patent sahibine Birleşik Devletlere karşı Federal Mahkemede dava açma hakkını açıkça tanıyan 1910 tarihli Kanunun¹¹⁴ yürürlüğe girmesiyle değişmeye başlamıştır. Federal Yüksek Mahkeme bu kanun döneminde verdiği *Crozier v. Krupp*¹¹⁵ Kararında, patentli buluşun devlet görevlilerince lisanssız kullanılmasını kamulaştırma yetkisinin tatbikiyle “lisansa el koyma” olarak değerlendirmiş¹¹⁶; bu yetkinin dayanağı olarak 1910 tarihli Kanunu göstermiş¹¹⁷ ve patentli buluşun devlet görevlilerince kullanılmaması için men kararı verilmesi fikrine karşı çıkmıştır¹¹⁸. Öten yandan, söz konusu kanunun öngördüğü “makul tazminat” (*reasonable compensation*) da mahkeme kararlarında, patent sahiplerine buluşun devletçe kullanımı karşılığında ödenmesi gereken makul, tam ve “adil tazminat”a (*just compensation*) dönüşmüştür¹¹⁹. Farklı bir söyleyişle, (her ne kadar bazı kararlarda¹²⁰ hala “patent ihlali”nden bahsedilse de) 1910 tarihli Kanun bir haksız fiil düzenlemesi değil, bir “kamulaştırma kanunu” olarak ele alınmıştır¹²¹.

Kamulaştırma fikri aleyhindeki görüşlerin değişmesine rağmen, 1910 tarihli Kanunun içerdiği bir boşluk sorunların kısmen devamına neden olmuştur. Bu kanunun patent sahiplerine buluşun sadece “devletçe kullanımı” durumunda tazminat hakkı tanınması sebebiyle, buluşun “devletçe” değil, devlete iş yapan özel yükleniciler tarafından “devlet için” kullanılması hali kanun kapsamı dışında kalmış ve eski yargısal anlayış bu hal için aynen sürmüştür. Sonuçta hem bu tür buluş kullanımları sebebiyle devlete tazminat davası açılmamış hem de patentli buluş lisanssız kullanan yüklenicilere karşı açılan tazminat ve kullanım-

113 Örn. *Russell v. United States*, 182 U.S. 516 (1901); *Harley v. United States*, 198 U.S. 229 (1905).

114 Public Law 805, June 25, 1910, An Act To provide additional protection for owners of patents of the United States, and for other purposes. Bkz. 36 Stat. 851, Ch. 423.

115 224 U.S. 290 (1912).

116 224 U.S. 290 (1912), s. 304-305.

117 224 U.S. 290 (1912), s. 307.

118 224 U.S. 290 (1912), s. 308.

119 Karş. *Waite v. United States*, 69 Ct. Cl. 153 (1930), s. 156, 157 ve 282 U.S. 508 (1930).

120 Örn. *Waite v. United States*, 63 Ct. Cl. 438 (1927) ve 69 Ct. Cl. 153 (1930).

121 Karş. *Denny*, s. 262.

dan men davaları mahkemelerce kabul edilmeye devam etmiştir¹²². Ortaya çıkan sorunlar Kongreyi bir kez daha harekete geçirmiş ve 1910 tarihli Kanunda 1918 yılında yapılan değişiklikle¹²³, Kanunun "...Birleşik Devletler tarafından kullanılması..." (...used by the United States...) şeklindeki ifadesi, "...Birleşik Devletler tarafından veya için kullanılması ya da üretilmesi..." (...used or manufactured by or for the United States...) biçiminde değiştirilmiştir. Söz konusu kanun değişikliğinin iki etkisi vardır: (1) Devlete iş yapan bir özel yüklenicinin patentli buluşu izinsiz kullanılmasına karşı mahkemeden men kararı alabilme olanağı ortadan kalkmıştır¹²⁴. (2) Patent sahipleri, buluşlarının yüklenicilerce izinsiz kullanılması halinde de devletten tazminat talep edebilecek duruma gelmişler; buna karşılık, yükleniciler kendilerine yöneltilecek tazminat taleplerine karşı yargı bağımsızlığı kazanmışlardır¹²⁵. Böylece "kamulaştırma" anlayışı, devlete iş yapan özel yüklenicilerin "patent ihlalleri" için de geçerlilik kazanmış olmaktadır. Bununla birlikte, bir yüklenicinin yargı bağımsızlıklarından faydalanabilmesi ve devletin patentli buluşun kullanımı sebebiyle tazminat ödemekle yükümlü tutulabilmesi, mahkemelere göre, buluşun devlet görevlilerinin bilgisi ve/veya talimatı altında kullanılmış bulunmasına bağlıdır¹²⁶.

1910 tarihli Kanunun bugünkü hali olan¹²⁷ 28 U.S.C. § 1498 "kamulaştırma" anlayışını daha da güçlendirmiştir. Bu düzenlemenin buluşu devletçe veya devlet için lisanssız ve haksız olarak kullanılan patent sahiplerine ödenmesini öngördüğü tazminat günümüzde mahkemelerce "kamulaştırma tazminatı" olarak ele alınmakta; hükümde bahsi geçen buluş kullanımı da ABD Anayasasının Be-

122 Bkz. Cramp & Sons v. Curtis Turbine Co., 246 U.S. 28 (1918); Marconi Wireless Co. v. Simon, 246 U.S. 46 (1918).

123 Public Law 182, July 1, 1918, An Act Making appropriations for the naval service for the fiscal year ending June thirtieth, nineteen hundred and nineteen, and for other purposes, 40 Stat. 704, Ch. 114, s. 705

124 Bkz. Foundation Co. v. Underpinning & Foundation Co., 256 F. 374 (S.D.N.Y. 1919).

125 Bkz. Richmond Co. v. United States, 275 U.S. 331 (1928), s. 341 vd. 1918 tarihli düzenlemenin 1910 tarihli Kanuna getirdiği bir diğer farklılık da bu kanunundaki "makul tazminat" ibaresinin "makul ve tam tazminat" (*reasonable and entire compensation*) olarak değiştirilmesidir. Böylece patent ihlali yüzünden talep edilecek "bütün tazminat" devletten talep edilecek; yükleniciye karşı talepte bulunulamayacaktır.

126 Örn. Wood v. Atlantic Gulf & Pacific Co., 296 F. 718 (S.D. Ala. 1924).

127 1910 tarihli Kanun 1918'deki değişiklikten sonra, bu düzenlemenin yerine 28 U.S.C. § 1498 hükmünü getiren 1948 tarihli Kanun (Public Law 773, June 25, 1948, 62 Stat. 869, Ch. 646) tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. 1948 tarihli Kanun ise aslında bir kodifikasyon hareketinden ibarettir ve getirdiği § 1498 hükmü 1949 tarihli bir kanun hükmüyle (Public Law 72, May 24, 1949, 63 Stat. 89, Ch. 139, sec. 87) orijinal halini almıştır. 28 U.S.C. § 1498, 1951-1998 yılları arasında gerçekleşen ve çoğunluğu diğer fikri-sınai hak sahipleri için de devlete karşı patent sahiplerinin benzer haklar tanyan çeşitli eklemelerle bugünkü durumuna gelmiştir.

şinci Eki anlamında bir kamulaştırma olarak anlaşılmaktadır¹²⁸. Günümüz ABD Hukukunda hâkim görüş¹²⁹, 28 U.S.C. § 1498'i sadece patent sahibine tazminat hakkı tanıyan bir hüküm olarak değil, aynı zamanda devlete ABD patentine konu bütün buluşlar üzerinde kamulaştırma yapma yetkisi veren bir düzenleme olarak yorumlamaktadır¹³⁰.

28 U.S.C. § 1498 (a) (1) hükmüne göre: ABD patentine konu bir buluşun yasal bir hak veya patent sahibinin lisansı olmaksızın Birleşik Devletler tarafından ya da onun için kullanılması veya üretilmesi halinde patent sahibinin başvuracağı yol, bu kullanım ve üretim karşılığında makul ve tam tazminatını¹³¹ almak için Federal Talepler Mahkemesinde Birleşik Devletlere karşı dava açmaktır. 28 U.S.C. § 1498 (a) (2) hükmü¹³² ise "Birleşik Devletler için kullanılma veya üretilme"yi, patentli buluşun bir yüklenici, alt-yüklenici veya herhangi bir kişi, firma ya da kuruluş tarafından, devlet için ve devletin yetkilendirmesi veya rı-

128 Örn. *Irving Air Chute Co. v. United States*, 117 Ct. Cl. 799 (1950), s. 802; *Calhoun v. United States*, 453 F.2d 1385 (Ct. Cl. 1972), s. 1391; *Pitcairn v. United States*, 547 F.2d 1106 (Ct. Cl. 1977), s. 1114; *Leesona Corp. v. United States*, 599 F.2d 958 (Ct. Cl. 1979), s. 964; *Decca Ltd. v. United States*, 640 F.2d 1156 (Ct. Cl. 1980), s. 1167; *Motorola, Inc. v. United States*, 729 F.2d 765 (Fed. Cir. 1984), s. 768; *Trojan, Inc. v. Shat-R-Shield, Inc.*, 885 F.2d 854 (Fed. Cir. 1989), s. 857.

129 Bkz. **Denny**, s. 258; **Hausken**, s. 231; John R. **Thomas**, *Innovation and Intellectual Property Issues in Homeland Security*, CRS Report for Congress, RL 32051 (2008), s.7, http://ipmall.info/hosted_resources/crs/RL32051_080117.pdf (02.06.2016). 28 U.S.C. § 1498 (a)'nın patent hukuku çerçevesinde bir "zorunlu lisans" düzenlemesi olup olmadığı sorusu ise doktrinde farklı görüşler ileri sürülmesine yol açmıştır: Örn. (zorunlu lisans fikri lehinde) **Thomas**, s. 7, 10; (burada bir zorunlu lisans olmadığını, ancak düzenlemenin bazen zorunlu lisansla karıştırıldığını belirten) Ronald A. **Cass**, *Compulsory Licensing of Intellectual Property: The Exception That Ate The Rule?*, WLF Working Paper Series No. 150, Washington 2007, s. 10.

130 Hakim kanaati paylaşmayı fikirlere de nadiren rastlanabilir. Örn. *De Graffenried v. United States*, 29 Fed. Cl. 384 (1993), s. 387'de Yargıç Roger B. ANDEWELT 28 U.S.C. § 1498 (a)'nın bir kamulaştırma düzenlemesi olarak ele alnamayacağını; sadece patent hakkının yasal sınırlarından birini teşkil ettiğini ifade etmiştir. Keza *Brunswick Corp. v. United States*, 36 Fed. Cl. 204 (1996), s. 207'de Yargıç Wilkes C. ROBINSON da *De Graffenried v. United States* Kararına atıfla benzeri bir düşüncüyü savunarak, 28 U.S.C. § 1498'in devlete tanıdığı hakkın kullanılmasının Anayasanın Beşinci Ekine aykırı bir kamulaştırma sayılamayacağını; devletin patentli buluştan faydalanmak hususunda yasal bir hakkı haiz olduğunu belirtmiştir.

131 "Makul ve tam tazminat", patent sahibinin bağımsız bir buluşçu yahut kar amacı gütmeyen bir organizasyon ya da patentli buluşun Birleşik Devletler tarafından veya onun için kullanılması ya da üretilmesinden önceki beş yıllık süre boyunca 500'den fazla çalışanı olmayan bir teşebbüs olması halinde, bilirkişi ve avukatlık ücretleri dâhil olmak üzere davayı takip için yapılan makul masrafları da kapsar. Bununla birlikte, mahkeme Birleşik Devletlerin pozisyonunun büyük ölçüde haklı olduğu veya özel şartların bu masraflara hükmedilmesini haksız kılacağı kanaatine ulaşırsa, makul ve tam tazminat bu tür masraf ve ücretleri kapsayamaz; meğer ki dava, açılmasından patent sahibinin bu masraf ve ücretler için başvurmasına kadar 10 yıldan fazla süredir karara bağlanamamış olsun. Bkz. 28 U.S.C. § 1498 (a) (1).

132 28 U.S.C. § 1498'in orijinal halinde bulunmayan hüküm, düzenlemeye 1951 yılında eklenmiştir. Bkz. Public Law 248, Oct. 31, 1951, An Act To amend certain titles of the United States Code, and for other purposes, 65 Stat. 710, Ch. 655, sec. 50 (c).

zası¹³³ ile kullanılması ya da üretilmesi olarak tanımlamaktadır. Patentli buluşun kullanımı sebebiyle men veya doğrudan yükleniciye karşı tazminat davası açılmaz¹³⁴. Bununla birlikte, bir ürünün seri imali veya arzı ya da bir hizmetin görülmesi yahut yapım, tamirat veya tadilat işi gibi ticari ve standart işler (“piyasa işleri”) yüklenmiş olan yüklenicilerin patent ihlalleri karşılığında ödenen tazminatlar için devlet bu yüklenicilere rücu edebilir¹³⁵. Fakat hakkında gizlilik kararı verilen patent başvurularına konu buluşların kullanılması (bunlara sonradan patent verilmiş olsa bile) rücu mekanizmasının dışında tutulmuştur¹³⁶.

28 U.S.C. § 1498 (a) (4)¹³⁷, § 1498’de öngörülen tazminatı talep etme hakkını devlet çalışanlarına da tanımıştır. Ancak, bu haktan faydalanmak devlet çalışanının buluşun devletçe kullanılmasını emrecek, etkileyecek ya da teşvik edecek bir pozisyonda bulunmamış olması şartına bağlıdır. Ayrıca, Birleşik Devletlerce istihdam edilen ya da Birleşik Devletlerin hizmetinde bulunan kişilerin yaptığı buluşları koruyan patentlerin sahipleri veya devralanları, buluşun buluşçunun resmi görevleriyle bağlantılı olduğu hallerde bu görevlerin araştırma-geliştirme faaliyeti içermesi veya buluşun gerçekleştirilmesinde devletin zamanının, malzemelerinin ya da tesislerinin kullanılmış olması durumunda § 1498’e dayanarak tazminat talep edemezler.

28 U.S.C. § 1498 (c)¹³⁸, § 1498’in tatbikine farklı bir kısıtlama daha getirmek-

133 Yetkilendirme ve rıza yüklenicilerle yapılan sözleşmelere konulan yeknesak bir sözleşme kaydıyla (standart klozla) sağlanmaktadır. Bkz. FAR (48 CFR Ch.1) 27.201-1 (b), 27.201-2 (a) (1) ve 52.227-1. Ayrıca, yine sözleşmelere konulan standart bir klozla yüklenicilerin mevcut patent ihlali iddiaları hakkında ilgili devlet görevlilerini derhal bilgilendirmeleri temin edilmektedir. Bkz. FAR (48 CFR Ch. 1) 27.201-1 (c), 27.201-2 (b) ve 52.227-2.

134 Bkz. FAR (48 CFR Ch. 1) 27.201-1 (a).

135 Rücu mekanizması da kamu sözleşmelerine konulacak standart klozla kurulur. Bkz. FAR (48 CFR Ch. 1) 27.201-1 (d), 27.201-2 (c-d) ve 52.227-3. Rücu hakkına ilişkin çok sayıdaki istisnaya ve standart klozun sözleşmeye tatbiki hususunda görevlilere tanınan takdir yetkisine de ayrıca dikkat çekmemiz gerekir. Bunların ayrıntıları üzerinde durmayacağız. Sadece şu kadarını belirtelim ki, FAR (48 CFR Ch. 1) 27.201-2 (c-f) hükümlerinde öngörülen detaylı istisnalar sistemi rücu klozunun sözleşmeye tatbikini bazı kamu sözleşmeleri için zorunlu kılarken, bazıları için tamamen yasaklamakta, bazıları içinse sözleşmeyi yapacak görevliye klozu tatbik edip etmemek ya da çeşitli değişikliklerle tatbik etmek hususunda opsiyon kullanma imkanı vermektedir. Ek olarak, sözleşmeye konulacak standart klozun kendi içinde de rücu hakkına çeşitli sınırlamalar getirilmektedir. Bkz. FAR (48 CFR Ch. 1) 52.227-3 (b).

136 FAR (48 CFR Ch. 1) 52.227-3 (a). Böyle bir buluşun gizlilik kararının yürürlük süresi içinde kullanılmasından doğacak devlet sorumluluğun yasal dayanağı da zaten 28 U.S.C. § 1498 (a) değil, bu düzenlemeye nazaran özel hüküm niteliği taşıyan ve aşağıda inceleyeceğimiz 35 U.S.C. § 183 hükmüdür.

137 28 U.S.C. § 1498’in orijinal halinde bulunmayan hüküm, düzenlemeye 1952 yılında eklenmiştir. Bkz. Public Law 582, July 17, 1952, An Act To amend section 1498 of title 28, United States Code, so as to permit a joint patentee to bring suit on a patent in the Court of Claims in certain cases where one or more of his copatentees is barred from doing so, 66 Stat. 757, Ch. 930.

138 28 U.S.C. § 1498’in orijinal halinde bulunmayan fıkra, düzenlemeye 1960 yılında eklenmiştir. Bkz. Public Law 86-726, Sept. 8, 1960, An Act To Amend Title 28 of the United States Code relating to actions for infringements of copyrights by the United States, 74 Stat. 855, sec. 1.

tedir. Yabancı bir ülkede doğan herhangi bir talep (*any claim arising in a foreign country*) için 28 U.S.C. § 1498 hükümlerinin uygulanamayacağını belirten bu hüküm¹³⁹ federal mahkemelerce *Zoltek Corp. v. United States*¹⁴⁰ kararlarında yorumlanmıştır. ABD patentli bir teknik usulün yabancı firmalarca yurtdışında, fakat ABD için ve sonuçları ABD’de kullanılmak üzere yapılan üretimde tatbik edilmesini¹⁴¹ konu edinen bu kararlarda, Federal Talepler Mahkemesi ile Temyiz Mahkemesi, buluşun yurt dışındaki üretimde kullanılmasının 28 U.S.C. § 1498 kapsamına [§ 1498 (c) sebebiyle] girmeyeceğine hükmetmişlerdir. Mahkemelere göre, § 1498 (a) uyarınca tazminat talep edebilmek, patentli teknik usulün devletçe ya da devlet için kullanımının tüm aşamalarının ABD’de gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır¹⁴².

Bununla birlikte, patentli usulün devlet için kullanılmasının yine de tazminat

139 28 U.S.C. § 1498 (c) hükmü, devletin “patent ihlalleri” hakkındaki § 1498 (a) ile özel şahısların patent ihlalleri hakkındaki 35 U.S.C. § 271 (a) arasında paralellik kurmaktadır. Bkz. *Zoltek Corp. v. United States*, 51 Fed. Cl. 829 (2002), s. 835-836. Zira 35 U.S.C. § 271 (a) hükmü de, patentli buluşun sadece “ABD’de üretilmesini, kullanılmasını, satışa sunulmasını ya da satışı” veya “ABD’ye ithalini” patent ihlali olarak tanımlamakta; böylece, buluşun ABD dışında kullanılmasını patent ihlali saymamış olmaktadır. Ancak ayrıca belirtmemiz gerekir ki, 28 U.S.C. § 1498 (a) ile 35 U.S.C. § 271 (a) arasında çok önemli bir farklılık da mevcuttur. 35 U.S.C. § 271 (a) buluşu sadece üreten ve kullananların değil, patentli ürünleri satan, satışa sunan veya ithal eden (özel) şahısların da patenti ihlal etmiş olacaklarını belirterek; 28 U.S.C. § 1498 (a) devletin “patent ihlali” hallerini sadece üretim ve kullanım olarak saymaktadır. Bu durum, buluşu yurt dışındaki üretimde tatbik eden veya ettiren devleti, elde edilen ürünleri ABD’ye getirmiş ve hatta satışa sunmuş olsa bile, her halde 28 U.S.C. § 1498 (a)’daki tazminat sorumluluğu dışında tutar. Bkz. *Zoltek Corp. v. United States*, 51 Fed. Cl. 829 (2002), s. 836-837.

140 51 Fed. Cl. 829 (2002); 58 Fed. Cl. 688 (2003); 442 F.3d 1345 (Fed. Cir. 2006).

141 Üretimin konusu, devlet yüklenicisi Lockheed Martin Corp. tarafından Amerika’da yapılan F-22 savaş uçaklarının imalatında kullanılmak üzere alt-yüklenicilere sipariş edilen silisyum karbür elyaf levhalardır. Levhalarda kullanılan elyaflar Nippon Carbon Co. ve Ube Industries isimli iki Japon şirketi tarafından Japonya’da üretilmiş; sadece levhalar ABD’de yapılmıştır. Davacı karbon elyaf levha üretimine ilişkin kendisine ait ABD patentli usulün davaya konu üretimde de kullanıldığını ve patentinin doğrudan ya da eşdeğerler doktrini çerçevesinde ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ne var ki, dava konusu olayda elyafların Japonya’da üretilmiş bulunması, patentli üretim usulünün önemli bir parçası olan elyaf imalindeki kısmi karbonizasyon aşamalarının da Japonya’da gerçekleştirildiği anlamına gelmektedir. Bkz. *Zoltek Corp. v. United States*, 51 Fed. Cl. 829 (2002), s. 831 ve 58 Fed. Cl. 688 (2003), s. 689-690.

142 *Zoltek Corp. v. United States*, 51 Fed. Cl. 829 (2002), s. 836 ve 442 F.3d 1345 (Fed. Cir. 2006), s. 1350. Mahkemelerin 28 U.S.C. § 1498 (c) hakkındaki bu görüşü, özel şahısların patent ihlallerine ilişkin paralel nitelikteki 35 U.S.C. § 271 (a) hükmü hakkındaki yargısal görüşlerle de uyumludur. Zira patentli buluşun “ABD’de üretilmesini, kullanılmasını, satışa sunulmasını ya da satışı” veya “ABD’ye ithalini” patent ihlali sayan 35 U.S.C. § 271 (a) hükmü de mahkemelerce aynı şekilde yorumlanmaktadır. Bu yoruma göre, ABD patentli ürün kombinasyonunun sadece bir unsurunun bile yurt dışında üretilmiş ya da patentli üretim işleminin sadece bir aşamasının dahi yurt dışında gerçekleştirilmiş bulunması, fiilen patentli buluşun “ABD’de üretilmesi veya kullanılması” olarak görülmesini ve patent ihlali olarak değerlendirilmesini engellemektedir. Örn. *Cold Metal Process Co. v. United Engineering & Foundry Co.*, 132 F. Supp. 597 (W.D. Pa. 1955), s. 602 ve 235 F.2d 224 (3d Cir. 1956), s. 229; *NTP, Inc. v. Research in Motion, Ltd.*, 418 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2005), s. 1318.

davasına konu olabilecek bir kamulaştırma teşkil edip etmediği hususunda Federal Talepler Mahkemesi ile Temyiz Mahkemesi görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Federal Talepler Mahkemesinin görüşüne göre: Patentli bir buluşun devletçe veya devlet için kullanılması, 28 U.S.C. § 1498 düzenlemesinin kapsamı dışında kalsa bile, ABD Anayasasının Beşinci Eki anlamında bir kamulaştırma teşkil edebilir ve bu anayasal düzenlemeye doğrudan dayanacak bir tazminat talebine yol açabilir¹⁴³. Federal Mahkeme böyle bir talep hakkında yargılama yapma yetkisine yukarıda değindiğimiz “Tucker Yasası”¹⁴⁴ (28 U.S.C. § 1491) uyarınca sahiptir¹⁴⁵. Federal Talepler Mahkemesinin bu düşüncesini reddederek Kararı bozan Temyiz Mahkemesine göre ise: Maddi malların kamulaştırılmasının aksine, patentli buluşun devletçe kullanımı için “lisansa el konulması” sadece 28 U.S.C. § 1498 (a) hükmüne göre bir dava sebebi teşkil etmektedir. 28 U.S.C. § 1491’in (“Tucker Yasası”nın) Federal Talepler Mahkemesinin yaptığı şekilde yorumlanması bu hükmü lüzumsuz hale getirir¹⁴⁶. Oysa 28 U.S.C. § 1498 (a) patentli buluşları federal devlet tarafından kullanılan patent sahiplerine tazminat olanağı tanımak için özel olarak düzenlenmiş bir hukuk kuralıdır¹⁴⁷. Kongre patentli buluşu doğrudan doğruya ABD Anayasasının Beşinci Eki kapsamında (devletçe kullanılabilir) bir mülk olarak görmüş bulunsaydı, devletin yargı bağıışıklığını sınırlı şekilde kaldıracak böyle yeni bir hukuk kuralına gerek de olmazdı¹⁴⁸.

Böylece Temyiz Mahkemesi, 28 U.S.C. § 1498’i sadece bir kamulaştırma düzenlemesi olarak görmekle kalmamış; aynı zamanda, bu düzenlemenin patentli buluşun devletçe veya devlet için kullanılması halinde, § 1498 (c) ve benzeri tüm sınırlamalarıyla birlikte tatbik edilebilecek tek kamulaştırma düzenlemesi olduğunu da teyit etmiş bulunmaktadır.

28 U.S.C. § 1498 sadece “patentli buluşları” (ve bunun yanı sıra telif hakları¹⁴⁹, ıslahçı hakları¹⁵⁰ ile entegre devre topografya haklarını¹⁵¹) kapsar. Patentli olmayan teknik bilgilerin devletçe izinsiz kullanılmasını bu düzenlemeye göre

143 *Zoltek Corp. v. United States*, 58 Fed. Cl. 688 (2003), s. 700 vd..

144 Bkz. yukarıda dn. 108.

145 *Zoltek Corp. v. United States*, 58 Fed. Cl. 688 (2003), s. 696.

146 *Zoltek Corp. v. United States*, 442 F.3d 1345 (Fed. Cir. 2006), s. 1353.

147 *Zoltek Corp. v. United States*, 442 F.3d 1345 (Fed. Cir. 2006), s. 1353.

148 *Zoltek Corp. v. United States*, 442 F.3d 1345 (Fed. Cir. 2006), s. 1352.

149 28 U.S.C. § 1498 (b).

150 28 U.S.C. § 1498 (d).

151 28 U.S.C. § 1498 (e).

kamulaştırma olarak niteleyebilmek mümkün değildir¹⁵². Kamulaştırma anlayışının patentli olmayan, fakat ticari sır niteliğini haiz teknik bilgilerin devletçe kullanılması halinde de kabulü mahkeme kararları neticesinde gerçekleşmiştir.

Patentli olmayan, fakat genel hükümler ve eyalet kanunlarıyla korunan ticari sır niteliğindeki teknik bilgilerin (teknik know-how'ın) devletçe kullanımının kamulaştırma olarak görülüp görülemeyeceği, bu bilgiler üzerindeki hukuki korumanın “mülkiyet hakkı” olarak nitelendirilip nitelendirilememesine bağlıdır. 1984 yılına kadar ticari sır üzerindeki hukuki korumayı mülkiyet hakkı olarak nitelendirmeyen federal mahkemeler, bir mülkiyet hakkına konu olmayan bu ekonomik değerlerin devlet kurumlarınca kullanılmasını da kamulaştırma olarak görmemiş ve bilgi sahipleri lehine tazminata hükmetmemişlerdir¹⁵³. Ne var ki bu anlayışı Federal Yüksek Mahkeme 1984 tarihli *Ruckelhaus v. Monsanto Co.*¹⁵⁴ Kararında değiştirmiştir. Yüksek Mahkemenin bu karardaki düşüncesine göre ticari sır, üzerindeki hukuki koruma neticesinde sahibi için Anayasanın Beşinci Eki anlamında bir “özel mülk” haline gelmekte ve bu özel mülkün devlet kurumlarınca lisanssız kullanılması da aynı anayasal düzenlemeye göre karşılığında adil tazminat ödenmesi gereken bir kamulaştırma teşkil etmektedir¹⁵⁵. Bu görüş diğer federal mahkemelerce de kabul görmüştür¹⁵⁶. Ancak, mahkemelerin bu gerekçeyle tazminat hükmü vermekte oldukça çekingen davrandıkları da belirtilmelidir. Tazminat talebinin reddi şu iki argümandan birine dayanabilmektedir: (1) Ticari sır devlet görevlilerine açıklanırken bilginin sır niteliği ve gizli tutulması gerekliliği belirtilmemiş ya da ilgili idari düzenlemeler uyarınca bilginin ticari sır niteliğini gösterecek işaretlemelerin yazılı açıklamaya konul-

152 Bu durum yalnız 28 U.S.C. § 1498'in lafzının değil, ayrıca, patent hukukunun genel ilkelerinin de sonucudur. Patent verilmediği sürece buluş üzerinde bir mutlak haktan –kural olarak– bahsedilemez ve bir hak ihlali söz konusu olmaksızın, tıpkı özel şahıslar gibi, devletten de tazminat talep edilemez. Bkz. *Rodman Chemical Co. v. United States*, 65 Ct. Cl. 39 (1928), s. 42; *Fulmer v. United States*, 83 F. Supp. 137 (N.D. Ala. 1949), s. 149-150. Bununla birlikte patent sahibinin, başvurusunun yayını ile patentin verilmesi arasındaki süreçte gerçekleşen buluş kullanımları için özel şahıslardan tazminat talebine hakkı olduğu düşünüldüğünde [*provisional rights*; 35 U.S.C. § 154 (d)], yayınlanmış patent başvurusuna konu bir buluşun devletçe veya devlet için kullanılmasının da (patent sonradan alınmış olmak kaydıyla) 28 U.S.C. § 1498 (a) uyarınca tazminat hakkı doğuracağı söylenebilir. Bkz. *Denny*, s. 269. Karş. *Allgrunn v. United States*, 67 Ct. Cl. 1 (1928), s. 43-44. Ayrıca belirtelim ki, aşağıda inceleyeceğimiz 35 U.S.C. § 183, hakkında gizlilik kararı verilen patent başvurularına konu buluşların kullanımı için devletten tazminat isteme hakkını buluş sahiplerine tartışmaya yer bırakmayacak şekilde zaten tanımaktadır.

153 Örn. *Radioptics, Inc. v. United States*, 621 F.2d 1113 (Ct. Cl. 1980), s. 1126 vd.. Ayrıca bkz. *Sterner v. United States*, 198 Ct. Cl. 979 (1972), s. 980.

154 467 U.S. 986 (1984).

155 *Ruckelhaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986 (1984), s. 1002 vd..

156 Bkz. *Larisey v. United States*, 949 F.2d 1137 (Fed. Cir. 1991); *HDM Corp. v. United States and Group Health Inc.*, 2005 U.S. Claims LEXIS 413 (2005).

mamış olması halinde, açıklama, ticari sırrın sahibi tarafından kamuya açılması olarak değerlendirilmekte; kamuya açılan bilgi üzerindeki ticari sır koruması ortadan kalkacağı için bu andan sonra bilginin özel mülk niteliğinin kalmayacağı ve mülkiyet söz konusu olmayınca da bir kamulaştırmanın varlığından bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁵⁷. (2) Ticari sır teşkil eden bilgi “özel mülk” niteliğini koruyor olsa bile, bu bilgiyi alan devlet görevlilerinin böyle bir bilgiyi kullanma ve/veya başkalarına açıklama konusunda yasadan yahut herhangi bir düzenleyici işlemde kaynaklanan bir yetkiye sahip olmadıkları hallerde, görevlilerce yapılan açıklama ve/veya bilgi kullanımı, söz konusu devlet çalışanlarının “kamulaştırma yapma” yetkisine sahip olmadıkları gerekçesiyle “kamulaştırma” niteliğinde görülmemektedir¹⁵⁸.

Şu hale göre, patentli olmayan, fakat ticari sır niteliğindeki bir teknik bilginin devletçe kullanılmasının kamulaştırma olarak değerlendirilmesi iki şarta bağlıdır: Bilgi, devlet görevlilerine açıklandıktan sonra da ticari sır niteliğini koruyor olmalı ve bilgiyi kullanan ve/veya başkalarına açıklayan devlet görevlisi benzeri teknik bilgileri kullanabilme ve/veya başkalarına açıklayabilme hususunda kanuna veya düzenleyici işleme dayanan bir yetkiye sahip bulunmalıdır. Bu iki şartın bulunması halinde söz konusu patentsiz teknik bilginin devletçe kullanılması ABD Anayasasının Beşinci Eki anlamında bir kamulaştırma sayılmakta ve aynı anayasal düzenleme uyarınca tazminata hak kazandırmaktadır.

Buraya kadar özel teşebbüse ait buluşların devletçe kullanılmasını konu edinen genel hükümleri ve mahkeme kararlarını; bu kararlarda buluş kullanımının nasıl “kamulaştırma” olarak nitelendirildiğini, arka planındaki tarihsel gelişmelerle birlikte incelemiş bulunmaktayız. Bu genel hükümler ve mahkeme kararları haricinde, aynı konuya ilişkin özel düzenlemelere de değinmemiz gerekir. ABD Hukukunda devlete özel şahıslara ait bir buluş üzerinde hak sahibi olma, bunları kullanma veya üçüncü şahıslara kullandırtma olanağı veren çeşitli kanun hükümleri bulunmaktadır. Federal destekle gerçekleştirilen buluşlar hakkındaki 35 U.S.C. §§ 200–212, nükleer teknolojilere ve atom enerjisine ilişkin buluşlar hakkındaki 42 U.S.C. §§ 2181–2190, gizlilik kararına konu buluşlar hakkındaki

¹⁵⁷ Block v United States, 66 Fed. Cl. 68 (2005), s. 73; Grayton v. United States, 92 Fed. Cl. 327 (2010). Ayrıca bkz. Larissey v. United States, 20 Ct. Cl. 385 (1990), s. 390. Mamafih bu son karar Temyiz Mahkemesince bozulmuştur. Bkz. 949 F.2d 1137 (Fed. Cir. 1991). Bir mahkûmun yaptığı buluşun cezaevi yetkililerince tazminat ödenmeksizin kullanılmasını konu alan bu dava Federal Mahkemece, mahkûmun sır niteliğinden söz etmeksizin buluşunu cezaevi yetkililerine gösterdiği ve böylece buluşun sır, dolayısıyla da özel mülk niteliğini kaybettiği gerekçesiyle reddedilmiş; fakat Temyiz Mahkemesi, cezaevi koşullarının buluşu rakiplerden korumaya yeterli olduğu ve buluşun sınırlı bir çevreye böyle bir ortamda gösterilmesinin onu kamuya ya da rakiplere açmak olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesiyle kararı bozmuştur.

¹⁵⁸ PI Electronics Corp. v. United States, 55 Fed. Cl. 279 (2003), s. 288 vd..

35 U.S.C. § 183, hava kirliliğini önleyecek buluşlar hakkındaki 42 U.S.C. § 7608 ve yeni bitki çeşitleri hakkındaki 7 U.S.C. § 2404 bunların başlıca örnekleri olarak sayılabilir¹⁵⁹. Biz bu düzenlemelerden sadece millî güvenliği (ve gizlilik kararına konu buluşları) doğrudan ilgilendirebilecek olanları inceleyeceğiz. Bunlar federal destekli buluşlara ilişkin 35 U.S.C. §§ 200–212, nükleer teknoloji ve atom enerjisi buluşlarına ilişkin 42 U.S.C. §§ 2181–2190 ve zaten gizlilik kararına ilişkin düzenlemeler arasında yer alan 35 U.S.C. § 183 hükümleridir.

B. Federal Destekli Buluşlar

Bu düzenlemeler arasında ilk dikkat çekenler, federal destekle gerçekleştirilen buluşlar üzerindeki hakları konu alan ve “Bayh-Dole Yasası” (*Bayh-Dole Act of 1980*¹⁶⁰) olarak da bilinen 35 U.S.C. §§ 200–212 hükümleridir¹⁶¹. Federal

159 Sayılan kanun hükümlerinin nitelikleri birbirinden çok farklıdır. Hükümlerden bazıları teknik anlamda birer zorunlu lisans hükmü, bazıları patent hakkına getirilen yasal birer sınırlama, bazıları kamu sözleşmelerinin kurulmasına ilişkin düzen hükmü, diğer bazıları ise 28 U.S.C. § 1498 gibi (zorunlu lisans düzenlemesi olup olmadıkları ayrıca tartışılabilir) bir “kamulaştırma hükmü” niteliğindedir. Nitelik hususuna aşağıda inceleyeceğimiz hükümler açısından yer geldikçe değineceğiz.

160 Public Law 96-517, Dec. 12, 1980, An Act To amend the patent and trademark laws, 94 Stat. 3015, sec. 6 (a). Bu kanuna sonradan getirilen değişiklikler için ayrıca bkz. Public Law 98-620, Nov. 8, 1984, An act To amend title 28, United States Code, with respect to the places where court shall be held in certain judicial districts, and for other puposes, 98 Stat. 3335, Title V, sec. 501.

161 Çalışmamızda bu yasanın federal destekli buluşlar üzerinde devlete hak tanıyan hükümlerini ele alacağız. Ancak önemle belirtelim ki, yasanın esas amacı ve genel çerçevesi aslında tam tersi yöndedir. Bu yasadaki önceki dönemde, buluş faaliyetlerini destekleyen federal kurumlar, desteklenen buluşlar üzerindeki haklara genellikle kendileri sahip olmuşlardır. Üstelik her kurum bu buluşlar için kendine özgü, sıklıkla da verimsiz bir patent ve lisanslama politikası takip etmiştir. 1970 ve 80’li yılların ekonomik durgunluk döneminde kaleme alınan Bayh-Dole Yasası, bu durumu tersine çevirmek; federal destekli yenilikler üzerindeki fikri mülkiyet haklarını özel şahıslara tanıyarak, bunların toplumun faydasına açılmalarını, ticarileştirilmelerini ve ekonomik yarar sağlamalarını yeknesak patent ve lisans politikalarıyla temin edebilmek için çıkartılmıştır. Bu yasa günümüz ABD endüstrisinde özel sektörde ve bilhassa da üniversitelerde gerçekleştirilen federal destekli buluşların ticarileştirilmelerinde çok önemli rolü olan düzenlemelerden birisidir. Yasaya göre federal destekli buluşlar üzerindeki hakların özel şahıslarla kazanılması ve/veya ABD endüstrisi için liberal ekonomi prensiplerine göre kullanılması asıl kural; devletçe kazanılması veya kontrolü ise istisnadır. Geniş bilgi için bkz. Rebecca S. Eisenberg, “Public Research and Private Development: Patents and Technology Transfer in Government-Sponsored Research”, Va. L. Rev., Vol. 82, Iss. 8 (Nov. 1996), s. 1663-1728, s. 1663 vd.; Carl E. Gulbrandsen, “Bayh-Dole: Wisconsin Roots and Inspired Public Policy”, Wis. L. Rev., Vol. 2007, Iss. 6, s. 1149-1164, s. 1151 vd.; James D. Clements, “Improving Bayh-Dole: A Case for Inventor Ownership of Federally Sponsored Research Patents”, IDEA: The Intellectual Property Law Review, Vol. 49, Iss. 4 (2009), s. 469-516, s. 473 vd.. Biz ise incelememizi, çalışma konumuzun kapsamı gereği, esasa değil, istisnaları düzenleyen yasa ve ikincil mevzuat kurallarına odaklayacağız.

bir kurumla¹⁶² yaptığı finansman anlaşmasına¹⁶³ dayanarak yenilik faaliyetinde bulunan yüklenicilerin¹⁶⁴ buluşları¹⁶⁵ üzerindeki hakların federal devletçe kazanılması veya devletin bu buluşların kullanımı için lisans elde etme olanağını düzenleyen 35 U.S.C. § 202 ile buluş üzerindeki hakkın yüklenicide kalması ihtimalinde federal devlete buluşun kullanımı için üçüncü şahıslara lisans sağlama olanağı tanıyan 35 U.S.C. § 203, devlete patentli bir buluşu kullanma veya başkalarına kullandırtma imkânı verebilecek yasa hükümlerinin başlıca örnekleridir. Söz konusu yasa hükümleri ile bu yasa hükümlerinin tatbikine ilişkin detayları ve federal kurumlarca finansman anlaşmalarında kullanılacak yeknesak sözleşme kayıtlarını (standart klozları)¹⁶⁶ belirleyen ikincil mevzuat niteliğindeki¹⁶⁷ 37

162 35 U.S.C. §§ 200–212 anlamında “federal kurum” (*federal agency*), 5 U.S.C. § 105’de belirtilen idari kurumlar ile 5 U.S.C. § 102’de belirtilen askeri daireleri ifade eder. Bkz. 35 U.S.C. § 201 (a). İlk grupta bakanlıklar, hükümet kurumları ve (yürütme yetkisini haiz) bağımsız kuruluşlar; ikinci grupta ise kara, deniz ve hava kuvvetleri bulunmaktadır.

163 35 U.S.C. §§ 200–212 anlamında “finansman anlaşması” (*funding agreement*), federal devletçe kısmen veya tamamen fonlanan deneysel bir çalışmanın ya da bir araştırma veya geliştirme çalışmasının ifası için federal bir kurumla yüklenici arasında yapılan her tür sözleşmeyi, hibe ya da işbirliği anlaşmasını ifade eder. Terim, deney ya da araştırma veya geliştirme çalışmasının bir “finansman anlaşması” çerçevesinde ifası için yapılan her tür devri, taraf ikamesini ve alt-sözleşmeyi (de) kapsar. Bkz. 35 U.S.C. § 201 (b).

164 35 U.S.C. §§ 200 – 212 anlamında “yüklenici” (*contractor*), bir finansman anlaşmasına taraf olan tüm şahısları, küçük ölçekli firmaları ve kar amacı gütmeyen organizasyonları ifade eder. Bkz. 35 U.S.C. § 201 (c). “Küçük ölçekli firma” 15 U.S.C. § 632 (a) ve 13 CFR 121 hükümlerinde gösterilen kriterlere göre belirlenmektedir. Bkz. 37 CFR § 401.2 (g); FAR (48 CFR Ch.1) 19.102. Muhtemel bir yüklenicinin “kar amacı gütmeyen organizasyon” ya da “küçük ölçekli firma” statüsünden emin olamayan federal kurumların, bu statülerin varlığı hakkında özel inceleme başlatma yetkileri de bulunmaktadır. Bkz. FAR (48 CFR Ch.1) 27.304-1 (a). Fakat şu hususu da eklemek gerekir ki, Başkan Reagan döneminde çıkartılan 1983 tarihli bir Başkanlık Genelgesinde, federal kurumlara, federal destekli AR-GE, hibe veya işbirliği anlaşmalarına konu buluşların terkinde ilişkin kurum politikalarını bütün yüklenicilere (yani büyük firmalara da) küçük ölçekli firmalar ve kar amacı gütmeyen organizasyonlar ile mümkün olduğu ölçüde aynı şekilde uygulama çağrısında bulunulmuştur. Bkz. Memorandum From the President, Feb. 18, 1983, Memorandum to the Heads of Executive Departments and Agencies: “Government Patent Policy”, 19 Weekly Comp. Pres. Docs. 252. Bu çağrının anlamı, finansman ve işbirliği anlaşmalarına konu federal destekli buluşlar üzerindeki hakların küçük ölçekli firma veya kar amacı gütmeyen organizasyon niteliğine sahip yüklenicilere bırakılması yönündeki (Bayh-Dole Yasasında öngörülen) genel esasın büyük firma yükleniciler için de (tabi ki aynı istisnalara da tabi olacak şekilde) uygulanmasıdır. Karş. **Eisenberg**, s. 1665, 1694–1695. Biz çalışmamızda, 35 U.S.C. §§ 200–212 hükümlerinin lafzına bağlı kalarak, muhatap yüklenicileri “küçük ölçekli firma veya kar amacı gütmeyen organizasyon yükleniciler” olarak belirteceğiz. Fakat aynı esasların büyük firma niteliğindeki yüklenicilere de 1983 tarihli Başkanlık Genelgesi uyarınca tatbik edilebileceğini önemli bir not olarak buraya eklememiz gerekir.

165 35 U.S.C. §§ 200–212 anlamında “buluş” (*invention*), patentlendirilebilir veya 35 U.S.C. hükümlerine göre başka bir şekilde korunabilir nitelikte olan veya olabilecek her tür buluş ya da keşif ile Bitki Çeşidi Koruması Kanunu (*Plant Variety Protection Act*; 7 U.S.C. § 2321–2582) uyarınca korunabilir nitelikte olan ya da olabilecek her tür yeni bitki çeşidini ifade eder. Bkz. 35 U.S.C. § 201 (d).

166 Bkz. 37 CFR § 401.14; FAR (48 CFR Ch.1) 52.227-11 vd..

167 Karş. 35 U.S.C. § 206.

CFR 401¹⁶⁸ ve FAR (48 CFR Ch.1) 27.3 hükümleri, bu hükümlere tabi buluşların önemli bir kısmı gizlilik kararına da konu olabilecekleri için çalışmamızı özellikle ilgilendirmektedir. Aynı çerçevede değinilmesi gereken bir başka yasal düzenleme de, federal laboratuvar sahibi ve/veya işleticisi olan federal kurumlara (diğer federal kurumlar, eyaletler ve yerel yönetimler ile kamu vakıflarının yanı sıra) özel ticari teşebbüsler, özel vakıflar, başta üniversiteler olmak üzere kâr amacı gütmeyen kuruluşlar ve diğer şahıslarla (da) “Ortak Araştırma ve Geliştirme Anlaşması” (CRADA) yapabilme yetkisi tanıyan 15 U.S.C. § 3710a hükümleridir¹⁶⁹.

35 U.S.C. § 202 (a), yaptıkları buluşu makul bir süre içinde görevli idare personeline açıklayan kâr amacı gütmeyen organizasyon veya küçük ölçekli firma yüklenicilerin buluş üzerindeki hakkı kendilerinde saklı tutmayı isteyebileceklerini belirtmektedir. Ancak, yine aynı düzenlemeye göre finansman anlaşmasına aksi yönde hükümlerin konulabilmesi şu hallerde mümkündür¹⁷⁰: (1) Yüklenici Birleşik Devletlerde yerleşik değilse veya yabancı bir devletin kontrolü altında ise ya da Birleşik Devletlerde bir işyeri sahibi değilse¹⁷¹. (2) İlgili kurum istisnai şartlarda, yüklenicinin buluş üzerindeki hakkı saklı tutmayı isteme hakkının kısıtlanmasının ya da kaldırılmasının 35 U.S.C. §§ 200–212 hükümlerinin prensipleri ve amaçları (35 U.S.C. § 200¹⁷²) açısından daha uygun olacağına karar

168 DoC, Office of the Assistant Secretary for Productivity, Technology and Innovation, “37 CFR Part 401, Rights to Inventions made by non-profit organizations and Small Business Firms”, March 11, 1987, 52 FR 8552. Ayrıca, bu düzenlemeye değişiklik ve eklemeler getiren 60 FR 41811 ve 69 FR 17299.

169 15 U.S.C. § 3710a, Bayh-Dole Yasası ile aynı yıl çıkartılan ve benzer amaçlar taşıyan Stevenson-Wydler Yasasına (15 U.S.C. §§ 3701–3714; *Stevenson-Wydler Technology Innovation Act of 1980*, Public Law 96-480, Oct. 21, 1980, 94 Stat. 2311) ait bir düzenlemedir. Stevenson-Wydler Yasası federal laboratuvarlar ile özel kuruluşlar arasında işbirliğini teşvik etmek; bu laboratuvarlarda üretilen teknolojilerin transferini ve (bilhassa özel sektörce) kullanılmasını sağlamak için çıkartılmıştır. Karş. **Eisenberg**, s. 1665, 1705-1706. Bu konuda ayrıca bkz. Ex. Ord. 12591 of April 10, 1987, “Facilitating Access to Science and Technology”, 52 FR 13414. 15 U.S.C. § 3710a yasaya 1986 yılında eklenmiştir. Bkz. Federal Technology Transfer Act of 1986, Public Law 99-502, Oct. 20, 1986, 100 Stat. 1785, sec. 2. Düzenleme 1988–2000 yıllarındaki bir dizi değişiklikten sonra bugünkü haline gelmiştir. Yukarıda dn. 161’de Bayh-Dole Yasasının genel amacı ve esasları ile bu esaslara aksi yöndeki istisna kurallarına odaklanacak incelememiz hakkında yaptığımız açıklama 15 U.S.C. § 3710a hükümleri için de geçerlidir.

170 İlgili standart sözleşme klozlarının finansman anlaşmalarına tatbiki ve lafızları hakkında ayrıca bkz. 37 CFR § 401.3 (b); FAR (48 CFR Ch. 1) 27.303 (e) ve 57.227-13.

171 35 U.S.C. § 202 (a) (i); 37 CFR § 401.3 (a) (1); FAR (48 CFR Ch. 1) 27.302 (b) (2) (i).

172 35 U.S.C. § 200 bu prensip ve amaçları şöylece belirtmektedir: “Kongrenin amacı patent sistemini, federal destekli araştırma veya geliştirmelerden doğan buluşlardan yararlanılmasını teşvik etmek; küçük ölçekli firmaların federal destekli araştırma ve geliştirme çalışmalarına azami katılıma özendirme; ticari teşebbüsler ile üniversiteler de dahil olmak üzere kar amacı gütmeyen organizasyonlar arasında işbirliğini teşvik etmek; kar amacı gütmeyen organizasyonlar ve küçük ölçekli firmalarca gerçekleştirilen buluşların serbest rekabeti ve girişimi gelecekteki araştırma ve keşiflere haksız yere engel olmadan teşvik edecek tarzda kullanılmasını temin etmek; Bileşik Devletlerde Birleşik Devletler endüstrisi ve işgücü tarafından gerçekleştirilen

vermiş ise¹⁷³. (3) Yabancı istihbarat veya istihbarata karşı koyma faaliyetlerinin yürütülmesi için kanun veya başkanlık emriyle yetkilendirilmiş bir devlet otoritesi, yüklenicinin buluş üzerindeki hakkın sahipliğini isteme hakkının kısıtlanmasının ya da kaldırılmasının söz konusu faaliyetlerin güvenliğinin sağlanması açısından gerekli olduğuna karar vermiş ise¹⁷⁴. (4) Finansman anlaşmasının, esasen DoE'nin nükleer donanma araçlarına veya silahlara ilişkin programlarına hasredilmiş, devlet mülkiyetinde – yüklenici işletmeciliğinde olan bir DoE tesisinin işletilmesini içerdiği ve yüklenicinin buluş üzerindeki hakkın sahipliğini isteme hakkına finansman anlaşmasıyla getirilecek kısıtlamaların sadece DoE'nin bu iki programı kapsamındaki buluşlarla sınırlı olduğu hallerde¹⁷⁵. (5) 37 CFR § 401.3 (a) (5) hükmü, 35 U.S.C. § 202 (a)'da belirtilen ilk dört duruma ek olarak, yükleniciden 15 U.S.C. § 3710a uyarınca yapılmış bir CRADA çerçevesinde bir devlet laboratuvarında devlet adına çalışma yapmasının istenebileceği hallerde de ana kurala alternatif kayıtların ilgili federal kurum görevlisince anlaşmaya konulabilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir¹⁷⁶. 37 CFR § 401.3 (a)

buluşların ticarileştirilmesini ve kamuca ulaşılabilirliğini desteklemek; Devletin federal destekli buluşlar üzerinde, kamuyu buluşların kullanılmamasına veya makul olmayan kullanımına karşı korumaya ve Devlet ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli haklar kazanmasını temin etmek; ve bu alandaki idari politikaların masraflarını asgari düzeye indirmek için kullanılmaktadır.”

173 35 U.S.C. § 202 (a) (ii); 37 CFR § 401.3 (a) (2); FAR (48 CFR Ch. 1) 27.302 (b) (2) (ii). Ayrıca bkz. hemen aşağıdaki dipnotta yer alan açıklamalar.

174 35 U.S.C. § 202 (a) (iii); 37 CFR § 401.3 (a) (3); FAR (48 CFR Ch. 1) 27.302 (b) (2) (iii). Finansman anlaşmasının yükleniciye birden fazla konuda birbirinden farklı yükümlülükler yükleyen olması halinde, sözleşmenin, (2) ve (3) numaralarda belirtilen istisnaların bu yükümlülüklerden sadece bazıları için tatbikini ve geri kalan yükümlülüklerin ifası kapsamında ortaya çıkacak buluşlar için ana kurala bağlı kalınmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi mümkündür. Bkz. 37 CFR § 401.3 (d); FAR (48 CFR Ch.1) 27.302 (b) (6). Ayrıca, (2) ve (3) numaralı istisnaların milli güvenlik gereğiyle tatbik edildiği hallerde, sözleşmenin, ilgili kurum tarafından 6 ay içinde gizlilik derecesi verilmeyen ya da açıklanması DoE tarafından 6 ay içinde yasaklanmayan buluşun mülkiyetini talep edebilme hakkını yükleniciye tanıyacak şekilde hazırlanması gerekmektedir. 6 aylık süre istisnaya tabi buluşun bu kurumlara bildirilmesinden itibaren işlemeye başlar. Bkz. 37 CFR § 401.3 (b); FAR (48 CFR Ch. 1) 27.302 (b) (4). Mamafih, DoE anlaşmalarına ilişkin (4) numarada belirtilen istisna bu hükümlerin kapsamı dışındadır.

175 35 U.S.C. § 202 (a) (iv); 37 CFR § 401.3 (a) (4); FAR (48 CFR Ch. 1) 27.302 (b) (2) (iv). Bu özel istisnanın taraflar arasındaki ilişkide uygulanmasını sağlayacak standart klozların anlaşmaya tatbiki ve lafızları hakkında ayrıca bkz. 37 CFR §§ 401.3 (c) ve 401.14 (b).

176 İlgili standart sözleşme klozu için bkz. 37 CFR § 401.14 (c). Laboratuvar sahibi ve/veya işleticisi olan federal kurum başkanlıklarına laboratuvar yöneticilerini CRADA ilişkilerine girebilmek için yetkilendirme yetkisi tanıyan 15 U.S.C. § 3710a (a) (1) hükmünden sonra gelen § 3710a (a) (2), yöneticilerin laboratuvarla gerçekleştirilen buluşlar veya geliştirilen diğer fikri mülkiyet ürünleri ile devlete gönüllü olarak devredilebilecek diğer buluşlar veya diğer fikri mülkiyet ürünleri için yapılacak lisanslama anlaşmaları hakkında pazarlık yapabilmek hususunda da yetkilendirilebileceğini belirtmektedir. Böylece ilgili federal kurumlar, sahip oldukları ve/veya işlettikleri laboratuvarlarda özel şahıslarla işbirliği anlaşması çerçevesinde devlet adına yürütülen çalışmalar neticesinde ortaya çıkacak buluşların hem devri hem de lisanslanması konusunda özel anlaşma yapma yetkisini haizdirler.

(5)'in öngördüğü bu beşinci hal, aslında sadece yukarıda (2) numaralı durumda ifade edilen “istisnai şartlar”a dayanan bir halden ibarettir ve yasal açıdan 35 U.S.C. § 202 (a) (2) hükmüne giren durumlardan birisini teşkil etmektedir¹⁷⁷.

35 U.S.C. § 202 (a) hükümlerinin tatbikine ilişkin idari usul ve esasları belirleyen § 202 (b)'den¹⁷⁸ sonra gelen § 202 (c) hükmü de finansman anlaşmasına bazı hususları sağlayacak hükümlerin ayrıca eklenmesini amirdir. Bu hususlardan buluşun devletçe kullanımını ilgilendirebilecek olanları şöylece sayabiliriz¹⁷⁹: (1) Buluşun yüklenicinin patent meselelerinden sorumlu personeli tarafından öğrenilmesinden sonra makul bir süre¹⁸⁰ içinde ilgili federal kuruma açıklanması ve Federal Devletin makul süre içinde kendine açıklanmamış olan buluş üzerindeki hakkı devralabilmesi¹⁸¹. (2) Buluşun ilgili federal kuruma açıklanmasından sonra-

177 Karş. 37 CFR § 401.3 (a) (5). Ayrıca bkz. FAR (48 CFR Ch.1) 27.302 (b) (2) (v).

178 35 U.S.C. § 202 (b) ile 37 CFR § 401.3 (e-h)'de belirlenen usul ve esasları şu şekilde özetleyebiliriz: Federal kurumun 35 U.S.C. § 202 (a)'da öngörülen hakları kullanabilmesi için, öncelikle, hükmünde sayılan dört halden birinin varlığını tespit etmesi gerekir. Yapılan yazılı tespit yüklenici ile, istihbarat faaliyetlerinin güvenliğine ilişkin (3) numaralı hal haricindeki hallerde, finansman anlaşmasından sonraki otuz gün içinde Ticaret Bakanlığına sunulmalıdır. Yüklenicinin buluş üzerindeki hakkı saklı tutma hakkının kısıtlanmasının ya da kaldırılmasının 35 U.S.C. §§ 200–212 hükümlerinin prensip ve amaçları açısından daha uygun olacağı iddia ediliyor ise, tespit, bu iddianın haklılığını gösteren bir analizi de içermelidir. Ayrıca, tespit küçük ölçekli firmalarla yapılan finansman anlaşmalarına ilişkin ise, tespit bir kopyası Küçük İşletme İdaresi (SBA) Baş Hukuk Müşavirliğine de gönderilir. Ticaret Bakanlığı bir birel tespitini ya da yapılacak tespitler için öngörülen toplu bir modelin 35 U.S.C. §§ 200–212 hükümlerinin prensip ya da amaçlara aykırı olduğu veya bu hükümlerle diğer bir şekilde ters düştüğü kanaatine varırsa, ilgili kurumun başkanlığına ve Federal Tedarik Politikası Ofisine (OFPP) tavsiyede bulunarak, durumu düzeltici tedbirler önerir. OFPP Yönetimi, bir veya daha fazla federal kurumun yukarıda (1) ve (2) numaralarda belirttiğimiz hüllere dayanan yetkiyi 35 U.S.C. §§ 200–212 hükümlerinin prensip ve amaçlarına aykırı tarzda kullandığını tespit ederse, ilgili kurumların bu yetkiyi kullanamayacakları halleri belirten düzenlemeler çıkartmaya yetkilidir. Ayrıca, USPTO Genel Müdürlüğü de, 35 U.S.C. §§ 200–212 hükümlerinin kurumlarca uygulanma tarzını ve federal destekle gerçekleştirilen buluşlara ilişkin patent politikaları ve uygulamalarının diğer niteliklerini ilgili kurumlardan talep ettiği bilgilere dayanarak inceleyen bir raporu Temsilciler Meclisi ve Senatunun Adalet Komisyonlarına en az beş yılda bir sunmak zorundadır. 35 U.S.C. § 202 (b) son olarak, yüklenicinin, federal kurumun 35 U.S.C. § 202 (a) uyarınca verdiği kararlara karşı, 35 U.S.C. §§ 200–212 hükümlerinin prensip ve amaçlarına aykırılık ya da kurumun takdir yetkisini kötüye kullanması gerekçeleriyle itiraz edebilme hakkına değinmektedir. Söz konusu hükmeye göre, bu hak biraz aşağıda inceleyeceğimiz 35 U.S.C. § 203 (b) çerçevesinde kullanılabilir.

179 Sayılan hususların taraflar arasındaki ilişkide hayata geçmesini sağlayacak standart sözleşme klotzlarının finansman anlaşmalarına tatbiki, lafızları ve federal kurumun bu klotzlara dayanan yetkilerini kullanmaya karar vermesi halinde yüklenicinin karara karşı başvurabileceği itiraz yolları hakkında ayrıca bkz. 37 CFR § 401.5; FAR (48 CFR Ch. 1) 227.303 (b); 37 CFR § 401.14 (a), klotz (c) (1) vd.; FAR 52.227-11 (c) (1) vd.; 37 CFR § 401.11; FAR 27.304-4.

180 “Makul süre” 37 CFR § 401.14 (a) ve FAR (48 CFR Ch. 1) 52.227-11'de öngörülen standart sözleşme klotzlarında [klotz (c) (1)] “iki ay” olarak belirlenmiştir.

181 35 U.S.C. § 202 (c) (1); FAR (48 CFR Ch. 1) 27.302 (d) (1) (i).

ki iki yıl (veya bu süreye federal kurumun onayıyla eklenen süre) içinde¹⁸² yüklenicinin buluş üzerindeki hakkı kendinde saklı tutmayı tercih edip etmediğine dair yazılı bir açıklamada bulunması ve yüklenicinin buluş üzerindeki hakkı saklı tutmayı tercih etmediği ya da bu konuda hiç açıklama yapmadığı hallerde Federal Devletin buluş üzerindeki hakkı kazanabilmesi¹⁸³. (3) Buluş üzerindeki hakkı saklı tutmayı tercih eden yüklenicinin, yayın, satış veya kamusal kullanım sebebiyle patent başvuru süresine getirilen yasal sınırlama uyarınca belirlenen tarihten önce buluş için patent başvurusunda bulunması ve buluş üzerindeki hakkı kendinde saklı tutmayı arzu ettiği diğer ülkelerde de makul süre içinde paralel patent başvurularını yapması; ayrıca, Federal Devletin, Birleşik Devletler ya da yüklenicinin buluş için makul süreler içinde patent başvurusunda bulunmadığı diğer ülkelerde buluş üzerindeki hakkı devralabilmesi¹⁸⁴. (4) Yüklenicinin üzerindeki hakkı kendinde saklı tutmayı tercih ettiği buluşun tüm dünyada uygulanabilmesi ya da Birleşik Devletler hesabına veya adına uygulattırılabilmesi için ilgili federal kurumun inhisari olmayan, devredilemez ve geri alnamaz nitelikte bedeli ödenmiş bir lisans hakkına¹⁸⁵ sahip olması^{186, 187}

182Söz konusu iki yıllık süre, buluş için ABD’de geçerli bir patent kazanabilme hakkının yayın, satış veya kamusal kullanım nedeniyle yasa tarafından bir seneye sınırlandığı hallerde, ilgili federal kurumca, bir senelik sınırlı sürenin tamamlanmasından önceki 60 günü aşmayacak şekilde kısıtlanabilir. 35 U.S.C. § 202 (a) (2), ilgili federal kuruma bu kısıtlama yetkisini sağlayacak bir hükmün de finans anlaşmasına konulmasını istemektedir. Federal kurumun söz konusu süre kısıtlama yetkisini kullandığı hallerde, kurumca belirlenen süre içinde açıklamada bulunmayan yüklenici, buluş üzerindeki hakkı kendinde saklı tutmak isteyip istemediği hususunda hiçbir açıklama yapmamış kabul edilecektir.

18335 U.S.C. § 202 (c) (2); FAR (48 CFR Ch. 1) 27.302 (d) (1) (ii) (A).

18435 U.S.C. § 202 (c) (3); FAR (48 CFR Ch. 1) 27.302 (d) (1) (ii) (B).

18535 U.S.C. § 202 (c) (4) hükmü bu lisans hakkının yanı sıra, ABD’nin uluslararası antlaşmalar, ikili sözleşmeler, işbirliği kararları, mutabakat zaptları ve silah geliştirme ya da üretimine ilişkin askeri anlaşmalar da dahil olmak üzere benzeri tüm uluslararası bağitlar uyarınca sahip olduğu yükümlülüklerin ifası açısından gerekliliği ilgili federal kurumca saptanan hakları da, buluş üzerindeki yabancı patentleri devretme veya devrettirme hakkı dahil olmak üzere devlete tanyacak kayıtların finans anlaşmasına konulmasını istemektedir. Ayrıca bkz. FAR (48 CFR Ch. 1) 27.302 (c).

18635 U.S.C. § 202 (c) (4); FAR (48 CFR Ch. 1) 27.302 (c). Ayrıca bkz. 37 CFR § 401.14 (a), kloz (b). CRADA ile yaratılan kamu-özel işbirlikleri neticesinde özel şahıslara devredilmiş olan buluşlar için de aynı şartın sağlanmasının gerekli olduğuna dair bkz. 15 U.S.C. § 3710a (b) (1) (A).

18735 U.S.C. § 202 (c)’nin taraflar arasındaki finansman anlaşmasına konulacak hükümlerle sağlanmasını öngördüğü diğer hususlar ise (devamla) şu şekildedir: (5) İlgili federal kurumun, yükleniciden veya onun lisans alanlarından ya da buluşu devralanlardan buluşun kullanımına veya buluştan faydalanma yönünde gösterilen çabalara ilişkin dönemsel raporlar talep edebilme hakkını haiz kılınması. (6) Yüklenici tarafından veya onun adına ya da buluşu oland devralanlarca ABD patenti başvurusunda bulunulması halinde, başvurudaki tarifnamede ve patente buluşun devlet desteğiyle gerçekleştirildiği ve devletin buluş üzerinde belirli haklara sahip olduğu hususunda bir beyanın yer alması için yükleniciye yükümlülük yüklenmesi. (7) Yüklenicinin kar amacı gütmeyen bir organizasyon olması durumunda, (A) buluş üzerindeki hakların Birleşik Devletlerde ilgili federal kurumun onayı olmadan, asli fonksiyonlarından biri buluş

Devletin federal destekle gerçekleştirilen bir buluş üzerinde hak kazanmasını sağlayabilecek diğer bir 35 U.S.C. § 202 hükmü de § 202 (e)'dir. Bu hükme göre: Bir federal çalışanın kar amacı gütmeyen organizasyon, küçük ölçekli firma ya da federal olmayan bir buluşçunun gerçekleştirdiği buluşun ortak-buluşçusu olması halinde, söz konusu federal çalışana istihdam eden federal kurum, buluş üzerindeki hakların birleştirilmesi amacıyla ve buluşun geliştirilmesini hızlandırmak açısından yararlı gördüğü takdirde, (1) buluş üzerinde kazanabileceği herhangi bir hakkı kar amacı gütmeyen organizasyona, küçük ölçekli işletmeye veya federal olmayan buluşçuya devredebileceği ya da bunlara lisans tanyabileceği gibi; (2) buluş üzerindeki herhangi bir hakkı kar amacı gütmeyen organizasyondan, küçük ölçekli firmadan ya da federal olmayan buluşçudan iktisap etme kararı da verebilir. Ancak bu son tercih, hakkın kendisinden iktisap edileceği kişilerin kazandırıcı işleme gönüllü şekilde taraf oldukları ve 35 U.S.C. §§ 200–212 hükümleri uyarınca yapılmış bir başka hukuki işlemin böyle bir iktisap koşuluna bağlı bulunmadığı ölçüde mümkündür.

35 U.S.C. §§ 202–204 hükümleri ile bu hükümlerin uygulanma şeklini gösteren ikincil (bağlı) mevzuat, kural olarak sadece “finansman ilişkisine konu

yönetimi olan organizasyonlara yapılan devirler haricinde, devredilmelerinin yasaklanması ve buluşu sonradan devralanların da yüklenici ile aynı yasağa tabi olmalarının sağlanması; (B) yükleniciye lisans gelirini buluşu gerçekleştirenle paylaşma zorunluluğu getirilmesi; (C) devlet mülkiyeti – yüklenici işletmeciliğindeki bir tesisin işletilmesi için yapılan finansman anlaşmaları hariç olmak üzere, yüklenicinin buluş sayesinde elde ettiği getiriden ve lisans gelirlerinden buluşçulara ödenecek miktar da dâhil olmak üzere buluşun idaresi için gereken arzi masraflar çıktıktan sonra kalan bakiyenin bilimsel araştırmaların veya eğitimin desteklenmesi için kullanılmasının sağlanması; (D) makul araştırma neticesinde fizibil olmadığı ispatlanan haller haricinde, buluş üzerindeki lisansların küçük ölçekli firmalara verilmesi; (E) devlet mülkiyetinde – yüklenici işletmeciliğindeki bir tesisin işletilmesi için yapılan finansman anlaşmaları ile ilgili olarak, (i) yüklenicinin bir mali yıl boyunca kazandığı lisans gelirinden veya elde ettiği getiriden patent ve lisanslama masrafları ile buluşçulara ödenecek miktar da dahil olmak üzere buluşun idaresi için yapılan arzi masraflar çıktıktan sonra tamamı tesisin yıllık bütçesinin %5'ine kadar olan bakiyenin ilgili yüklenici tarafından, tesise ait diğer buluşların lisanslanma potansiyelini arttıracak aktiviteler de dahil olmak üzere tesisin araştırma ve geliştirme misyonu ile amaçlarına uygun bilimsel araştırma, geliştirme ve eğitim için kullanılması ile bakiyenin tesisin yıllık bütçesinin %5'ini aştığı hallerde aşan miktarın %75'inin Birleşik Devletler Hazinesine ödenmesi ve kalan %25'inin küçük ölçekli firmalara buluş üzerinde lisans sağlanabilmesi için harcanması; (ii) en etkin teknoloji transferinin sağlanması için gerektiği ölçüde, buluşa ilişkin lisanslama faaliyetlerinin tesiste bulunan yüklenici çalışanları tarafından yürütülmesi. (8) 35 U.S.C. §§ 203-204'deki gerekliliklerin sağlanması. Bu hükümlerden 35 U.S.C. § 203'ü hemen aşağıda inceleyeceğiz. 35 U.S.C. § 204 ise, federal destekli buluşların büyük ölçüde ABD endüstrisinde kullanılmasını temin etmeyi (*Preference for the United States industry*) hedefleyen ve bu amaçla, buluşu tecessüm ettiren veya buluşun kullanımıyla üretilen ürünleri büyük ölçüde ABD'de imal etmeyi kabul etmeyen kimselere buluşun ABD'de kullanımı ve/veya satışı için inhisari lisans verilmesini (kural olarak) yasaklayan bir düzenleme getirmektedir. 15 U.S.C. § 3710a (c) (4) (B) hükmü de benzer bir düzenlemeyi CRADA ile yaratılan kamu-özel işbirlikleri neticesinde ortaya çıkacak buluşlar için getirmiştir.

buluşlar¹⁸⁸ hakkında uygulanır. 35 U.S.C. § 202 (f) hükmü ise, yükleniciye ait, fakat finansman ilişkisine konu olmayan buluşların durumunu düzenlemektedir. 35 U.S.C. § 202 (f) (1)'e göre: Hiçbir finansman anlaşmasına ilgili federal kuruma bu tür buluşlar için üçüncü şahıslara lisans verilmesini talep etme hakkı tanıyan bir hüküm konulamaz; meğer ki, böyle bir hüküm ilgili kurumun başkanınca onaylanmış ve yazılı bir gerekçe onun tarafından imzalanmış bulunsun¹⁸⁹. Yasa ayrıca, kurum başkanının onayı ve imzalı gerekçesiyle anlaşmaya konulacak bu tür hükümlerde söz konusu lisanslamanın finans anlaşmasına konu bir buluşun tatbikiyle mi, yoksa spesifik şekilde tanımlanmış bir çalışma konusuyla mı ya da her ikisiyle birden mi bağlantılı olarak talep edilebileceği hususunda açık beyan bulunmasını aramaktadır. 35 U.S.C. § 202 (f) (2) ise, finansman anlaşmasına konulmuş bulunan bu tür hükümlere ilgili federal kurumun hangi şartlarla dayanabileceğini düzenlemektedir. Buna göre: Federal kurumun başkanı böyle bir buluşun başkalarının kullanılmasının finansman anlaşmasına konu bir buluşun tatbikiye konulabilmesi ya da finansman anlaşmasında öngörülen çalışma konusundan fayda sağlanabilmesi için lüzumlu olduğuna ve bu kullanımın finansman anlaşmasına konu buluşun ya da çalışma konusunun pratik uygulanabilirliğinin sağlanması açısından gerekliliğine karar¹⁹⁰ vermedikçe, böyle bir hükme dayanılarak yükleniciden üçüncü şahıslara lisans vermesi talep edilemez.

18835 U.S.C. §§ 200–212 anlamında “(finansman ilişkisine) konu buluş” (*subject invention*), yüklenici tarafından finansman anlaşması çerçevesindeki çalışmanın ifası kapsamında tasarlanan veya ilk gerçek pratik uygulaması bu kapsamda gerçekleştirilen buluşları ifade eder. Bkz. 35 U.S.C. § 201 (e). Ayrıca belirtelim ki, özel tesisleri kullanan araştırmacılara devlet destekli projeye yakından bağlantılı ayrı araştırmaların yürütülmesi, genişletilmesi veya tamamlanması için başkaca kaynaklardan fon temin etmeme yükümlülüğü yüklenmediği gibi; araştırma organizasyonlarının devlet destekli projelerin araştırma amaçlarını daha kapsamlı biçimde gerçekleştirmek veya faaliyeti hızlandırmak amacıyla başka kaynaklardan ek fon temin edileme hakları da bulunmaktadır. Ancak devlet destekli faaliyetin ifası kapsamında gerçekleştirilen veya ilk defa bu kapsamda pratiğe konulan buluşların mülkiyeti hakkındaki özel kuralların uygulanması açısından, projeyi destekleyecek ikinci bir fon temin edilmiş olmasının önemi yoktur. Bununla birlikte: (1) Devlet destekli proje içinde planlanan ve gerçekleştirilen faaliyetlerle yakın bağlantılı olmasına rağmen bunların kapsamı dışında kalan ve bu faaliyetlerin icrasında kısıtlanma veya dağılmaya da yol açmayan devlet-harici destekli bir projenin söz konusu olduğu hallerde, bu projenin yürütülmesi sırasında gerçekleştirilen buluşlar federal destekli buluşlara ilişkin özel düzenlemelere konu olmayacaktır. (2) Devlet destekli proje kapsamındaki araştırma faaliyeti dışında yapılan bir buluş, devlet destekli projenin ifası kapsamında gerçekleştirildiği veya ilk defa bu kapsamda pratiğe konulduğu ispatlanmadıkça “finansman ilişkisine konu buluş” olarak görülemeyecektir. Bkz. 37 CFR § 401.1 (a). “Finansman ilişkisine konu buluş” kavramı hakkında daha fazla bilgi için bkz. William L. Geary, Jr., “Protecting the Patent Rights of Small Business – Does the Bayh-Dole Act Live up to Its Promises”, AIPLA Q. J., Vol. 20, Iss. 1 (1992), s. 10-34, s. 19 vd..

189 Başkan bu onay ve imza yetkilerinin kullanılmasını başkasına bırakamaz. Bkz. 35 U.S.C. § 202 (f).

190 Bu kararlar kurum nezdindeki bir oturumda görüş bildirme olanağı sağlandıktan sonra kayıtlara geçirilir. Yüklenici kendisine bildirilen karara karşı bildirim tarihinden itibaren 60 gün için yargı yoluna gidebilir. Bkz. 35 U.S.C. § 202 (f) (2)

35 U.S.C. § 203 (a) hükmü, yükleniciye ait (finansman anlaşmasına konu) buluşun kullanımı için üçüncü şahıslara lisans hakkı sağlama olanağının (*March-in rights*) finansman sözleşmesinde devlete tanınmış olmasını aramaktadır¹⁹¹. Buna göre: Kâr amacı gütmeyen organizasyon ya da küçük ölçekli firma yüklenicilerin finansman anlaşmasına konu bir buluş üzerinde hak kazanmış olmaları durumunda, buluşun çerçevesinde gerçekleştirildiği finansman anlaşmasının tarafı olan federal kurumun, yükleniciden, buluşu devralanlardan veya inhisari lisans sahiplerinden, sorumlu müracaatçıya ya da müracaatçılara buluşun herhangi bir kullanım alanı için somut olay kapsamında makul görülebilecek koşullarla gayri-inhisari, “kısmen inhisari” ya da (tam) inhisari lisans tanınmasını isteme ve bu isteğin reddedilmesi halinde böyle bir lisansı bizzat tanıma hakkına sahip olması ilgili ikincil düzenlemelerde öngörülen prosedür¹⁹² uyarınca temin edilmelidir. Ancak, federal kurumun kendisine tanınmış böyle bir hakkı kullanabilmesi, kurumun şu kararlardan birini vermiş olması şartına bağlı tutulmalıdır¹⁹³: (1) Yüklenicinin ya da buluşu devralanın, buluşun söz konusu kullanım alanında pratik uygulanabilirliğini sağlamak için etkin adımlar atmamış olması

191 İlgili standart klozlar hakkında bkz. 37 CFR § 401.14 (a), kloz (j); FAR (48 CFR Ch. 1) 52.227-11 (h). CRADA ile yaratılan kamu-özel işbirlikleri neticesinde özel şahıslara devredilecek buluşlar için de aynı şartın sağlanması gerekmektedir. Bkz. 15 U.S.C. § 3710a (b) (1) (B). Bu hakkın devlete teminiyle güdülen amaç, Bayh-Dole Yasasının genel maksadı olan federal destekli buluşların ticarileştirilmelerini ve ABD endüstrisi için(de) kullanılmasını garanti altına almaktır. Buluş üzerinde hak sahibi olan yüklenicinin, buluşu ondan devralanın veya bunların lisans alanlarının buluşu toplu ihtiyaçları ya da kamu gereksinimleri için yeterli derecede kullan(a) mamaları ihtimalinde devlet, söz konusu hak sayesinde, buluşu kullanabilecek üçüncü şahıslara lisans hakkı temin edebilecektir. Mamafih, bu hükmün ABD hukuk pratiğinde pek uygulama alanı bulamamış olduğunu da özellikle belirtmek gerekir. Geniş bilgi için bkz. Mary **Eberle**, “March-In Rights Under the Bayh-Dole Act: Public Access to Federally Funded Research”, Marq. Intell. Prop. L. Rev., Vol. 3 (1999), s. 155-180, s. 156 vd..

192 Bu özel prosedür 37 CFR § 401.6 (a-c) hükümlerinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre: Federal kurum 35 U.S.C. § 203 (a) uyarınca karar vermesini gerektirebilecek bir bilgi aldığı anda, prosedürü başlatmadan önce ilgili bilgiyi yükleniciye yazılı olarak bildirmek ve ondan yazılı veya sözlü görüşü ile konuya ilişkin bilgilerini talep etmek zorundadır. Yüklenicinin 30 gün içinde herhangi bir görüş bildirmemesi halinde kurum kendi takdir yetkisine dayanarak prosedürü başlatabilir. 30 gün veya kurumun prosedürü başlatmadığı daha sonraki süre içinde herhangi bir görüş alınması durumunda, bu görüşün alınmasından sonraki 60 gün içinde prosedürün başlatılması ya da yükleniciye 35 U.S.C. § 203 (a) uyarınca herhangi bir karar verilmeyeceği hususunun yazılı olarak bildirilmesi gerekir. Prosedür yükleniciye, buluşu devralana veya inhisari lisans sahibine gönderilecek yazılı bir bildirimle başlatılır. Bildirimde verilmesi planlanan kararın gerekçeleri yüklenicinin (ya da buluşu devralanın veya inhisari lisans sahibinin) kararın dayanacağı vakaları anlamasına yeter ölçüde belirtilmeli; kurumun lisanslama talebinde bulunmayı düşündüğü kullanım alanı veya alanları da gösterilmeli; yüklenicinin (veya buluşu devralanın ya da inhisari lisans sahibinin) karara karşı sahip olacağı itiraz haklarına işaret edilmelidir. Karar ilgili federal kurumun başkanı veya onun tayin edeceği görevli tarafından alınmalıdır.

193 CRADA ile yaratılan kamu-özel işbirliği ilişkisi neticesinde özel şahsa devredilmiş buluş için üçüncü bir şahsa lisans sağlanabilmesi de [(1) numaralı karar hariç] aynı kararlardan birinin verilmesi şartına bağlıdır. Bkz. 15 U.S.C. § 3710a (b) (1) (C)

veya bu adımları makul süre içinde atmasının kendisinden umulmaması sebebiyle sorumlu müracaatçıya ya da müracaatçılara lisans sağlanmasının gerekliliği¹⁹⁴. (2) Yüklenici, buluşu devralan veya bunların lisans alanları tarafından makul ölçüde karşılanmayan sağlık veya güvenlik ihtiyaçlarının giderilmesi için sorumlu müracaatçıya ya da müracaatçılara lisans sağlanmasının gerekliliği¹⁹⁵. (3) Federal düzenlemelerce belirtilen kamusal faydalanma gereksinimlerinin yüklenici, buluşu devralan veya lisans alanlar tarafından makul ölçüde karşılanmaması ve bu gereksinimlerin karşılanması için sorumlu müracaatçıya ya da müracaatçılara lisans sağlanmasının gerekliliği¹⁹⁶. (4) Buluşu ABD’de kullanmak ve/veya satmak için inhisari lisans talebinde bulunanların imalatı büyük ölçüde ABD’de gerçekleştirmek hususunda anlaşmaya (35 U.S.C. § 204¹⁹⁷) yanaşmaması veya böyle bir anlaşmadan vazgeçilmesi yahut buluşun ABD’de kullanılması ya da satışı için inhisari lisans almış olanın böyle bir anlaşmaya aykırı davranması sebebiyle sorumlu müracaatçıya ya da müracaatçılara lisans sağlanmasının gerekliliği¹⁹⁸.

35 U.S.C. § 203 (b), ilgili federal kurumun gerek § 203 (a) ve gerekse § 202 (a) uyarınca¹⁹⁹ vereceği kararların “Sözleşme Uyuşmazlıkları Yasası”na (*Contract Disputes Act*; 41 U.S.C. §§ 601–613) konu edilemeyeceğini belirtmektedir. Düzenleme böylece, sözleşmeye bu hükümler uyarınca eklenecek kayıtlara ve bunların tatbikine karşı kamu sözleşmeleri (*public contracts*) hakkındaki genel itiraz yollarına başvurma olanağını engellemekte; buna karşılık, özel bir idari itiraz (*administrative appeal*) yolu öngörmektedir²⁰⁰. Ek olarak, 35 U.S.C. § 203

194 35 U.S.C. § 203 (a) (1)

195 35 U.S.C. § 203 (a) (2). Ayrıca bkz. 15 U.S.C. § 3710a (b) (1) (C) (i).

196 35 U.S.C. § 203 (a) (3). Ayrıca bkz. 15 U.S.C. § 3710a (b) (1) (C) (ii).

197 Bkz. yukarıda dn. 187’de (8) numara altındaki açıklama.

198 35 U.S.C. § 203 (a) (4). Ayrıca bkz. 15 U.S.C. § 3710a (b) (1) (C) (iii).

199 35 U.S.C. § 203 (b), bu hüküm ile § 202 (a) uyarınca verilen federal kurum kararlarına itiraz imkanını düzenleyen § 202 (b) (4) hükmünün birbirlerine karşılıklı olarak yaptıkları atfılar uyarınca, § 202 (a) hükümlerine göre verilen kararları da kapsamaktadır.

200 35 U.S.C. § 203 (b), öngördüğü özel idari itiraz yolunun detayları üzerinde durmamış, sadece itiraz prosedürünün § 206 uyarınca çıkartılacak ikincil mevzuatta düzenleneceğini belirtmekle yetinmiştir. Konunun detayları 37 CFR §§ 401.4 ve 401.6 tarafından düzenlenmektedir. 37 CFR § 401.4, ilgili federal kurumun 35 U.S.C. § 202 (a) ve 37 CFR § 401.3 (a) uyarınca vereceği kararlara, yani yüklenicinin gerçekleştirdiği buluş üzerindeki hakkı kendinde saklı tutabileceği yönündeki ana kurala istisna getiren finansman anlaşması hükümlerine karşı başvurulabilecek itiraz yolunu düzenler. Buna göre: Verilen kararın 35 U.S.C. §§ 200–212 hükümlerinin prensip ve amaçlarına aykırı ya da kurumun takdir yetkisinin kötüye kullanılması niteliğinde olduğuna inanan her yüklenici idarenin kararı yeniden gözden geçirmesini isteyebilir. Yüklenici kurum kararının kopyasını aldığı günden itibaren 30 işgünü (veya ilgili kurumun kendi özel düzenlemelerinde öngöreceği daha uzun bir süre) içinde yapacağı yazılı bildirimle itirazda bulunur. Bildirimde itirazın gerekçesinin de belirtilmesi lazımdır. İtiraz finansman anlaşmasının geri bırakılmasına, ertelenmesine ya da icrasının askıya alınmasına yol açmaz. Ancak

(a) uyarınca verilen kararlardan olumsuz şekilde etkilenen her yüklenici, buluşçu, buluş devralan veya inhisari lisans sahibi kararın bildirilmesinden itibaren

itiraz lehine karar verilmesi durumunda anlaşmada yapılacak değişiklik geçmişe etkili olur. İtiraz hakkında karar ilgili kurumun başkanı veya onun tayin edeceği ve itiraza uğrayan kararı veren görevliden daha üst düzeydeki bir görevli tarafından verilir. İtiraz maddi vakalara ilişkin bir uyuşmazlıktan kaynaklanıyor ise kurum başkanı veya tayin ettiği kişi maddi vakaları araştırmak ya da araştırtmakla yükümlüdür. Bu araştırma kurumun belirleyeceği, formalitesiz, pratik ve temel adalet ilkelerine uygun olması gereken prosedüre göre yürütülür. Prosedür yükleniciye avukat yardımı alabilme, yazılı delil sunabilme, tanık dinletebilme ve yüzleşmeye girebilme olanağı sağlamalı; süreç yüklenicinin talebiyle, masrafları ona ait olmak üzere kayıt altına alınabilmelidir. Kayıt zorunluluğu ancak yüklenici ile kurumun anlaşmasıyla kaldırılabilir. Maddi vakalara ilişkin araştırma sonuçları yazıya geçirilerek kurum başkanına veya tayin ettiği kişiye, bir karar önerisi ile birlikte sunulur; yapılan tespitler ile öneri ayrıca yükleniciye de gönderilir. Maddi vakaların tespiti yüklenicinin yazılı bildirimiminin kurumca alınmasından itibaren 45 işgünü içinde tamamlanmalıdır. Kurum başkanı veya tayin ettiği kişi, tespit edilen maddi vakalara, yüklenici ile kurum görevlilerinin argümanlarına ve idari kayıtlardaki diğer her tür bilgiye dayanarak karar verir. Başkan veya tayin ettiği kişi, maddi vakaların tespitinden sonra, yüklenicinin veya avukatının yahut bir temsilcisinin hazır bulunması şartıyla tarafların sözlü savunmalarını da alabilir. Karar maddi vakaların tespitinden itibaren 30 işgünü; maddi vakia tespitine gerek yok ise yüklenici bildirimimin alınmasından itibaren 45 işgünü içinde verilmelidir. Karardan olumsuz etkilenen yüklenici kararın kendisine bildirilmesinden itibaren 60 gün içinde, itiraz hakkında karar vermeye ve kurum kararını onaylamaya, iptal etmeye, geri göndermeye ya da uygun şekilde değiştirmeye yetkili bulunan Federal Talepler Mahkemesinde dava açabilir. 37 CFR § 401.6 (d-1) hükümleri ise benzer bir itiraz prosedürünü federal kurumların 35 U.S.C. § 203 (a) uyarınca verdikleri kararlar için düzenlemektedir. Buna göre de: İlgili federal kurumun 35 U.S.C. § 203 (a) uyarınca verdiği karar kendisine tebliğ edilen yüklenici (veya buluş devralan ya da inhisari lisans sahibi), karara itirazını, kararın dayandığı maddi vakalar üzerindeki uyuşmazlığa ilişkin ek spesifik bilgileri de içerecek şekilde, bizzat, yazılı olarak veya temsilci vasıtasıyla tebligattan sonraki 30 işgünü içinde kuruma sunabilir. Maddi vakalara ilişkin bir uyuşmazlığın söz konusu olması durumunda kurum başkanı veya tayin edeceği kişi vakia araştırmasını bizzat üstlenir veya bu araştırma için bir görevli tayin eder. Vakia araştırması kurumun düzenlediği, formalitesiz, pratik ve temel adalet ilkelerine uygun olması gereken prosedüre göre yürütülür. Prosedür yükleniciye avukat yardımı alabilme, yazılı delil sunabilme, tanık dinletebilme ve kurumun belirleyeceği kişilerle yüzleşmeye girebilme olanağı sağlamalıdır. Süreç yüklenicinin talebi üzerine ve masrafı ona ait olmak şartıyla kayda alınır; kayıt mecburiyeti ancak tarafların anlaşmasıyla kaldırılabilir. Sürecin her aşaması, delillerin sunulmasını ve taraf ifadelerini kapsayan vakia araştırması oturumları da dahil olmak üzere kamuya, bilhassa da potansiyel lisans alıcılarına kapalı tutulur. Kurumun süreç içinde elde ettiği bilgiler, yüklenicinin (veya buluş devralanın ya da inhisari lisans sahibinin) rızası olmadıkça, devlet görevlileri dışındaki kimselere açıklanamaz. Yapılan maddi vakia tespitleri bir karar önerisi de içerecek şekilde yazılı olarak kurum başkanına veya tayin ettiği görevliye iletilir ve bir kopyası da yükleniciye gönderilir. Yüklenici ve kurum temsilcilerine yazılı argümanlarını sunmaları için 30 günlük süre tanınır; nihai kararı vermeden, yüklenicinin talebi üzerine sözlü savunmalar da dinlenir. Süreç içinde kurum kararının 35 U.S.C. § 200'de belirtilen prensip ve amaçlarla uyumlu olup olmadığı da değerlendirilir. Nihai karar vakia araştırmasının tamamlandığı ya da sözlü savunmalar alındığı tarihten sonraki 90 gün içinde yükleniciye bildirilmelidir. Aksi halde süreç iptal edilmiş kabul edilir ve itiraza konu maddi vakalar ile gerekçelere dayanan idari karar artık uygulanamaz. Ayrıca ilgili federal kurum da 35 U.S.C. § 203 (a) uyarınca verdiği karardan her zaman vazgeçebilir ve kararın uygulanmasını iptal edebilir. 37 CFR § 401.6 (l) hükmüne göre, her federal kurum kendi nezdinde incelenecek itirazlar için, 37 CFR § 401.6 (d-1) hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla ek prosedürler düzenlemeye yetkilidir.

60 gün içinde, itiraz hakkında karar vermeye ve ilgili federal kurumun kararını onaylamaya, iptal etmeye, geri göndermeye ya da uygun şekilde değiştirmeye yetkili bulunan Federal Talepler Mahkemesinde dava açabilir. 35 U.S.C. § 203 (b) hükmüne göre, ilgili kurumun yukarıda belirttiğimiz (1) ve (3) numaralı hallerde dayanan kararları idari itiraz veya dava süreci devam ettiği müddetçe askıda kalacaktır. İkincil düzenleme niteliğindeki 37 CFR § 401.6 (j) hükmü ise daha da ileri giderek, itiraz veya dava süreci boyunca askıda kalma halini ilgili federal kurumun 35 U.S.C. § 203 (a) uyarınca verebileceği tüm kararlara teşmil ettirmiştir.

C. Nükleer Teknolojilere ve Atom Enerjisine İlişkin Buluşlar

Atom enerjisinin geliştirilmesini ve kontrolünü düzenleyen 42 U.S.C. Ch. 23²⁰¹ içinde yer alan §§ 2181–2190 hükümleri, bu alandaki teknolojilere ilişkin buluşlar ve patentler hakkında özel düzenlemeler getirmiştir. Bu alt bölümün başlangıç hükmü olan 42 U.S.C. § 2181 (a), söz konusu teknolojilere ilişkin bazı buluşlara patent verilmesini daha baştan yasaklamaktadır. Buna göre, özel nükleer materyallerin ya da atom enerjisinin bir atom silahında kullanılması-na “münhasır” buluşlara veya keşiflere patent verilemez. Bir buluşun bu amaçla “da” kullanılabileceği hallerde ise 42 U.S.C. § 2181 (b) hükmü, buluş üzerindeki patentin, özel nükleer materyallerin veya atom enerjisinin atom silahlarında tatbikine yönelik kullanıma ilişkin yetkiler sağlamasını önlemektedir.

Özel nükleer materyallerin veya atom enerjisinin tatbikine ya da üretimine ilişkin bir buluş yahut keşif gerçekleştiren herkes, buluşu veya keşfi gerçekleştirmesinden ya da buluşun veya keşfin böyle bir tatbik yahut üretim için kullanılabilirliğini düşündürecek sebepleri fark etmesinden itibaren 180 gün içinde DoE’ye²⁰² buluşun ya da keşfin tam tarifini içeren bir rapor sunmak zorundadır;

201Düzenlemenin orijinal hali 1946 tarihli “Atom Enerjisi Yasası”dır (*Atomic Energy Act of 1946*).

Bkz. Public Law 585, Aug. 1, 1946, An Act For the development and control of atomic energy, 60 Stat. 755, Ch. 724. Bu yasa 1954 tarihli Atom Enerjisi Yasasıyla (*Atomic Energy Act of 1954*) esaslı bir değişikliğe uğramıştır. Bkz. Public Law 703, Aug. 30, 1954, An Act To amend the Atomic Energy Act of 1946, as amended, and for other purposes, 68 Stat. 919, Ch. 1073. Düzenleme daha sonra geçirdiği pek çok değişiklikle bugünkü haline gelmiştir.

20242 U.S.C. §§ 2181–2190 hükümlerinde, aslında “DoE”den değil, “Komisyon”dan bahsedilmektedir. Kastedilen Komisyon, 1946 tarihli Atom Enerjisi Yasasıyla (*Atomic Energy Act of 1946*, sec. 2) kurulan Atom Enerjisi Komisyonudur (*AEC*). Bkz. 42 U.S.C. § 2014 (f). Ne var ki, AEC 1974 tarihli “Enerji Reorganizasyonu Yasası”yla lağvedilerek, görevleri aynı yasayla kurulan iki kuruma, Enerji Araştırma ve Geliştirme İdaresi (*ERDA*) ile NRC’ye aktarılmış; 42 U.S.C. §§ 2181–2190 hükümlerine ilişkin AEC görevlerini ERDA devralmıştır. Bkz. *Energy Reorganization Act of 1974*, Public Law 93-438, Oct. 11, 1974, 88 Stat. 1233, Title I, sec. 104 (42 U.S.C. § 5814) ve Title II, sec. 201 (42 U.S.C. § 5841). Ancak, DoE’yi kuran 1977 tarihli “Enerji Bakanlığı Kuruluş Yasası” ERDA’yı da lağvederek, yetkilerini Federal Enerji İdaresine (*Federal Energy Administration*) ait yetkilerle birlikte DoE’ye vermiş; böylece ERDA’nın 42 U.S.C. §§ 2181–2190 hükümlerine ilişkin görevlerini de DoE üstlenmiştir. Bkz. *The Department of Energy Organization Act of 1977*, Public Law 95-91, Aug. 4, 1977, 91 Stat. 565, Title III, sec. 301 (42 U.S.C. § 7151) ve Title VII, sec. 703 (42 U.S.C. § 7293).

meğer ki, bu raporun sunulması gereken süre içinde Fikri Mülkiyetten Sorumlu Ticaret Bakanı Müsteşarlığına (USPTO Yönetimine) yapılmış bir patent başvurusunda buluş veya keşif tarif edilmiş olsun [42 U.S.C. § 2181 (c)]. Ticaret Bakanı Müsteşarı (USPTO Yöneticisi) kendisine ulaşan ve bu tür bir buluşu ya da keşfi içerdiğini düşündüğü patent başvurusundan DoE'yi haberdar etmekle ve başvuruyu DoE görevlilerinin incelemesine açmakla sorumludur [42 U.S.C. § 2181 (d)]. DoE kendisine ulaşan her tür rapor ya da bilginin içeriğini gizli tutmak ve buluş sahibinden izinsiz açıklama yapmamakla yükümlüdür; meğer ki, aksi yönde bir yasal hükmünün tatbiki gerekli olsun veya DoE aksini gerektiren özel bazı koşulların varlığını tespit etsin [42 U.S.C. § 2181 (e)].

42 U.S.C. § 2182 hükmü, DoE ile veya DoE yararına yapılmış bir sözleşme ya da alt-sözleşme yahut diğer bir hukuki işlem çerçevesinde gerçekleştirilen ve özel nükleer maddelerin ya da atom enerjisinin tatbikinde veya üretiminde kullanılacak tüm buluşlar ile keşifler üzerindeki hakların, DoE tarafından herhangi bir maddi destek sağlanmış olup olmadığını bakılmaksızın, DoE'ye ait olacağını ve buluşun DoE mülkiyetine gireceğini belirtmektedir. Bu kuralın tek istisnası, DoE'nin bu tür bir buluş veya keşfe ilişkin talep hakkından, kendisince uygun ve 42 U.S.C. § 2182 hükmünün prensipleri ile uyumlu görülecek koşullar altında feragat etmesidir.

Özel bir nükleer materyalin veya atom enerjisinin tatbikinde ya da üretilmesinde kullanılacak bir buluş veya keşif için, patent başvurusunda bulunan kişi buluşun veya keşfin yapılmasını yahut tasarlanmasını ihata eden tüm şartları ve buluşun ya da keşfin, DoE'nin maddi destek sağlayıp sağlamadığı önem taşımaksızın, DoE ile veya DoE yararına yapılmış bir sözleşme ya da alt-sözleşme yahut diğer bir hukuki işlem çerçevesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini belirten yeminli bir ifadeyi başvuru ile birlikte veya Fikri Mülkiyetten Sorumlu Ticaret Bakanı Müsteşarlığının (USPTO Yönetiminin) talebinden sonraki 30 gün içinde vermeden önce patent tanınmaz. Yeminli ifade şartından sadece DoE'nin, buluş üzerindeki haklarının sabit olduğuna ve dolayısıyla da yeminli ifadeye gerek bulunmadığına ilişkin görüşü üzerine vazgeçilebilir. Ticaret Bakanı Müsteşarı (USPTO Yöneticisi), patentlendirilme şartlarının tamam olduğu anlaşılır anlaşılabilir başvuru ile yeminli ifadenin birer kopyasını DoE'ye gönderir ve işlemlere devam ederek başvuru sahibine patenti verir; meğerki, DoE kopyaları aldıktan sonraki 90 gün içinde USPTO Yönetimine patentin Birleşik Devletler adına DoE'ye verilmesi direktifini vermiş olsun. Yeminli ifadesinde buluşun veya keşfin DoE ile veya DoE yararına yapılmış ve DoE'yi başvurunun ya da patentin sahibi haline getirecek bir sözleşme ya da alt-sözleşme yahut diğer bir hukuki işlem çerçevesinde gerçekleştirilmediğini veya tasarlanmadığını iddia eden patent

başvurusu sahibi, söz konusu direktife rağmen bu iddiasında halen ısrarcı ise, direktifin kendisine bildirilmesinden itibaren 30 gün içinde USPTO bünyesindeki “Patent İtirazları ve Uyuşmazlıkları Kurulu”na (BPAI) başvurabilir. BPAI, DoE’nin söz konusu direktifi vermeye hakkı bulunup bulunmadığı hususunda karar vermeye yetkilidir. BPAI kararları gerek başvuru sahibi ve gerekse DoE tarafından Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesinde temyiz edilebilir.

Patent başvurusu yapanın yeminli ifadesinde yanlış maddi beyanlarda bulunmuş olması halinde, DoE’nin bu kişiye patent verilmesine itiraz etmemesi, kendisine hak tanıyan yasa hükümlerinin uygulanmasından feragat ettiği anlamına gelmez ve DoE verilmiş olan patentin USPTO kayıtlarında kendi üzerine devrini isteyebilir. Ayrıca, DoE’nin yeminli ifadenin talep edilmesinden önce yaptığı ve buluş üzerindeki hakları (yasanın hükümlerinden farklı şekilde) tespit eden her tür sözleşme hükmünün veya hukuki işlemin geçerli şekilde uygulanabilmesi de, başvuru sahibinin ifadesinde yanlış maddi beyanlarda bulunmamış ve maddi vakaları saklamamış olmasına bağlıdır.

Nükleer maddelere ya da atom enerjisine ilişkin patentli bir buluş sahibinin, patentini, buluşun atom silahlarında uygulanmasını engellemek için kullanamayacağını ve bu konunun 42 U.S.C. § 2181 (b) hükmünde düzenlendiğini yukarıda belirtmiştik. Böyle bir buluşun devletçe “askeri olmayan” amaçlarla kullanılması veya başkalarına kullanırılması ise 42 U.S.C. § 2183 hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre: DoE, (1) patent kapsamındaki buluşun veya keşfin özel bir nükleer materyalin ya da atom enerjisinin üretiminde yahut tatbikinde temel bir öneme sahip olduğu ve (2) bu buluşun ya da keşfin lisanslanmasının 42 U.S.C. Ch. 23 hükümlerinin prensip ve amaçlarını hayata geçirmek için esaslı bir önem taşıdığı hallerde, patent sahibine bir oturumda görüş bildirme imkanı tanıdıktan sonra, kamu yararı gerekçesiyle patente müdahale beyanında bulunabilir [42 U.S.C. § 2183 (a)]. Kamu yararı gerekçesine dayanan böyle bir beyanla birlikte DoE, (1) kendisine tanınan yetkilerin icrasında patent kapsamındaki buluşu veya keşfi kullanma imkânı sağlayacak bir lisansa sahip kabul edilir ve (2) patent kapsamındaki buluşu veya keşfi kullanmak için inhisari olmayan bir lisans talep edenler DoE’ye başvuruda bulunabilir ve DoE, 42 U.S.C. Ch. 23 hükümlerine göre yetkilendirilmiş böyle bir kimsenin yürütmekte olduğu aktivitenin gerçekleştirilmesi açısından buluşun veya keşfin kullanımının temel bir önem taşıdığı kanaatine ulaşırsa, bu öneme uygun bir lisans hakkı tanıyabilir [42 U.S.C. § 2183 (b)].

Nükleer materyallere ve atom enerjisine ilişkin özel şahıslara ait patentli buluşlar için üçüncü şahıslara lisans hakkı sağlanması, 42 U.S.C. § 2183 (a) hükmünde bahsi geçen resmi beyan olmadan da mümkün olabilir. 42 U.S.C. §

2183 (c) hükmüne göre, DoE'nin verdiği bir özel veya genel lisans ya da resmi müsaade yahut işletme ruhsatı çerçevesinde faaliyet gösteren şahıslar DoE'ye başvurarak, özel nükleer materyallerin ya da atom enerjisinin üretiminde veya tatbikinde kullanılacak patentli bir buluş hakkında kendilerine lisans hakkı sağlanmasını isteyebilirler. Başvuruda, istenen lisansın planlanan kullanılma tarzı ile amacının, başvuru sahibinin patent sahibinden söz konusu lisansı almak için göstermiş olduğu çabaların ve lisans hakkının elde edilememesi ile istenilen lisansın sağlanmasının ilgili faaliyetler üzerinde yaratacağı tahmin edilen etkilerin belirtilmesi gerekir. DoE, başvuruyu almasından itibaren 30 gün içinde patent sahibine başvurudaki bilgileri ileterek, yapılacak oturumun zamanı ile yerini kendisine tebliğ eder [42 U.S.C. § 2183 (d) (1)] ve başvurudan sonraki 60 gün içinde oturumu planlanan zamanda ve yerde düzenler [42 U.S.C. § 2183 (d) (2)]. Başvuruda bulunanın iki veya daha fazla lisans için başvurmuş olması halinde DoE, takdir yetkisine dayanarak, başvuruların birleştirilmesi ve birden fazla patent sahibinin tek bir taraf olarak dinlenmesine de karar verebilir [42 U.S.C. § 2183 (d) (3)]. DoE oturum sonrasında (1) patent kapsamındaki buluş veya keşfin özel nükleer materyalin veya atom enerjisinin üretiminde ya da tatbikinde temel bir önem taşıdığı, (2) böyle bir buluşun veya keşfin lisanslanmasının başvuru da bulunanın faaliyetlerinin yürütülmesi açısından temel önemde olduğu, (3) lisansın başvuruda bulunan tarafından kullanılacağı faaliyetlerin 42 U.S.C. Ch. 23 hükümlerinin prensip ve amaçlarının sağlanması bakımından temel önemde bulunduğu ve (4) başvuruda bulunanın gerçekleştirmeyi planladığı patent(li buluş) kullanımı için gereken lisans hakkını patent sahibinden DoE tarafından makul görülecek şartlarla elde etmeyi başka türlü başaramayacağı kanaatine ulaşırsa, buluşun veya keşfin başvuruda belirtilen amaçlarla kullanılabilmesi için başvuru sahibine, hakkaniyetli olarak değerlendirdiği ve genel çerçevede patent sahibi veya DoE tarafından benzer lisans sahiplerine benzer kullanımlar için tanınmış lisanslardan daha az adil olmayacak koşullarla lisans sağlanmasına karar verir [42 U.S.C. § 2183 (e)]. Başvuru sahibine başvuruda belirtilenlerden farklı bir amaç için lisans hakkı sağlanamayacağı gibi; aynı prosedürden geçmeyen bir başka başvuru sahibine aynı patentli buluş için (mevcut karara dayanarak) lisans sağlanması da mümkün değildir [42 U.S.C. § 2183 (f)].

VI. Tazminat

Gizlilik kararının varlığı ilgili buluşun devletçe tatbik konulduğu ya da tatbikinin tasarlandığı şeklinde yorumlanamayacağı gibi, buluşun ticari değeri hakkında bir gösterge olarak da kabul edilemez²⁰³. Buna rağmen, buluş sahibinin ka-

203 USPTO, MPEP, , 9th edn. (Rev.07.2015, Nov. 2015), § 120, s. 100-29.

rar sebebiyle zarara uğraması kuvvetle muhtemeldir. İşte bu sebeple, 35 U.S.C. § 183 hükmü, başvuruları gizlilik kararına konu olanlara tazminat isteme hakkı tanımıştır. Düzenleme hak sahibinin tazminat alabilmek için başvurabileceği iki yol öngörmektedir: İdari yol ve dava yolu.

Yaptıkları patent başvurusu için gizlilik kararı verilenler, halefleri, devralanları veya bunların yasal temsilcileri, buluşun patent verilebilirlik şartlarını haiz olduğunun (yani gizlilik kararı olmasa idi patenti alacağına) başvuru sahibine bildirilmesinden itibaren ve patentin (gizlilik kararının kaldırılması üzerine) verilmesinden sonraki altı yılın sonuna kadar, gizlilik kararı verilmesine sebep olan devlet departmanı veya kurumu başkanlığına başvurarak, karar sebebiyle uğradıkları zarar ve/veya açıklama neticesinde buluşun devletçe kullanılması karşılığında tazminat talebinde bulunabilirler. Devlet kullanımı karşılığında tazminat isteme hakkı, buluşun devletçe ilk kez kullanıldığı tarihten itibaren başlar.

Bu idari yola başvuran patent başvurusu sahibinin, haleflerinin, devralanların veya bunların yasal temsilcilerinin talebini alan devlet departmanının ya da kurumun başkanlığı, talepte bulunan kimse ile zarar ve/veya kullanım hususunda tam bir uzlaşma için anlaşma yapmaya yetkilidir. Anlaşma kapsayıcı olmalı ve tam uzlaşma sağlamalıdır. Tam uzlaşmanın sağlanamaması durumunda başkanlık, zarar ve/veya kullanım karşılığında “adil tazminat” (*just compensation*) olarak değerlendirdiği miktarın %75’ini aşmayacak bir meblağı takdir edip, başvuru sahibine, haleflerine, devralanlara ya da bunların yasal temsilcilerine ödeyebilir. Talep sahibinin de, takdir edilen bu meblağa eklendiğinde “adil tazminat” teşkil edecek miktar için ABD Federal Talepler Mahkemesinde (*United States Court of Federal Claims*) veya ikamet ettiği bölgedeki ABD Bölge Mahkemesinde (*District Court of the United States*) dava açma hakkı bulunmaktadır²⁰⁴. Yasal düzenleme bu yönde olmakla birlikte, ayrıca belirtmek gerekir ki

204 “Gizlilik” ve “devlet sırrı” kavramlarının bu dava üzerindeki etkisi ayrıca incelenmelidir: ABD Temyiz Mahkemesi (*United States Court of Appeals*) 1958 yılında verdiği bir kararda, tazminat davasının görülmesinin gizlilik kararı ihlaline yol açacağı ve devlet sırrına zarar vereceği, dolayısıyla da davanın gizlilik kararı yürürlükte olduğu sürece görülemeyeceği yönündeki davalı ABD Hükümeti görüşünü reddetmiştir. Mahkeme bu düşüncüyü benimsemenin, “Kongrenin varlığı sadece devlet memurlarının merhametine bağlı, tamamen sanal haklar yaratmış olduğu”nu kabul etmek anlamına geleceğini vurgulamış; kamuya açık bir yargılamanın imkansızlığını belirtmekle birlikte, dava sürecinin kameraya kaydedilmesi, görev alacak mahkeme personeli hakkında güvenlik araştırması yapılması ve buluş hakkında bilgi sahibi olmayan tanıkların sadece tanıklıkları sırasında salona alınmaları suretiyle gizliliğe zarar vermeden de yargılamanın yapılabileceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre, gizliliğe tabi buluşlar hakkında kamuya açık yargılamanın imkansızlığını bilerek bölge mahkemelerine bu davalar için yetki tanımış olan Kongre, gerekli güvenlik önlemlerinin alınması hususunda da bu mahkemeleri zımnen yetkilendirmiş kabul edilmelidir. Bkz. *Halpern v. United States*, 258 F.2d 36 (2d Cir. 1958). Devlet sırrı kavramının 35 U.S.C. § 183 uyarınca açılan tazminat davaları üzerindeki etkisine ilişkin tartışma Temyiz Mahkemesinin önüne 1979 yılında yine gelmiş; fakat bu defa konu farklı açıdan ele alınmıştır. Zira bu davada devlet sırrı teşkil eden bilgi, hakkındaki giz-

uygulamada, idareye yapılan başvuruya rağmen devletçe hiçbir meblağ takdir edilmemiş olsa dahi talep sahibine mahkemeye başvuru hakkı tanınmaktadır²⁰⁵. Ancak, önceden idare ile anlaşmak için gerçek bir çaba harcamayan talep sahibinin mahkemeye başvurabilmesi gizlilik kararı yürürlükte olduğu (ve bu sebeple patent alınmadığı) sürece mümkün değildir²⁰⁶.

Patent başvurusu için gizlilik kararı verilen bir buluş sahibi, yukarıda açıklanan idari yola hiç başvurmamış olmak kaydıyla, gizlilik kararının kaldırılmasını ve patentin verilmesini bekleyip, bu aşamadan itibaren doğrudan Federal Talepler Mahkemesine başvurarak da tazminat talep edebilir²⁰⁷. Bu tazminat talebi

lilik kararı sadece sekiz ay sürmüş olan patentli buluş değil, bu buluşun devletçe kullanılmış olup olmadığı hususudur. Davacı geliştirdiği kripto cihazının devletçe kullanıldığını basından edindiği bilgilere dayanarak iddia etmiş; kullanım karşılığında tazminat talebinde bulunmuş. ABD Hükümeti ise reddettiği bu kullanım iddiasının doğru olup olmadığını ve doğru ise kullanımın kapsamını tespit için araştırılması gereken bilgilerin devlet sırrı teşkil ettiği belirterek, davanın bu nedenle görülemeyeceğini; özellikle de güvenlik araştırmasından geçmemiş davacıya bu bilgilerin açık edilemeyeceğini savunmuştur. Temyiz Mahkemesi verdiği kararda *Halpern v. United States* kararındaki görüşüne atıfta bulunmuş; fakat, önündeki olayda gizli bilgilerin davacıya açıklanmasının yaratacağı risk karşısında davanın kameraya kaydedilerek görülmesinin de gizliliği korumaya yeterli olmayabileceğini belirtmiş; Hükümete Buluş Gizliliği Yasasında ortaya konulan Kongre iradesine uygun davranmak için gerekli çabayı göstermesini tavsiye etmiş; neticede, bölge mahkemesinin davayı ret kararını bozmuş ve teknikteki gelişmelerin ilgili belgelerin davada güvenli biçimde sunulmasını sağlayacak seviyeye gelmesine kadar davanın bekletilebileceğini ifade etmiş, ancak, bu husustaki takdirin de aslen bölge mahkemesinde olduğunun altını çizmiştir. Bkz. *Clift v. United States*, 597 F.2d 826 (2d Cir. 1979). Bu iki karardan çıkan sonuca göre, “devlet sırları” gizlilik kararı yüzünden açılan tazminat davalarının görülmesini ancak çok nadir hallerde önleyebilecek; gizlilik kararına konu olan buluşun kendisinin “devlet sırrı” olarak nitelendirilmesi ise davanın görülmesine hiçbir şekilde engel olamayacaktır. Doktrinde, buluşun USPTO nezdinde incelenmesinin dahi ulusal güvenlik tehdidi yaratacağı ve bu sebeple teknik bilginin bu incelemeye dahi kapalı tutulduğu durumlarda, gizlilik kararı kalkıncaya veya incelemeye kapalılık sona erinceye kadar buluş hakkında herhangi bir dava görülmesinin uygun olmayacağı savunulmaktadır. Bkz. **Hausken**, s. 228. Mamafih, tazminat talebinin şartlarından biri olan patent verilebilirlik bildirimiminin buluşun incelemeye kapalılığı süresince zaten yapılamayacağı dikkate alındığında, mahkeme kararlarından çıkan sonuç karşısında bu görüşün de tazminat davaları için “doğrudan” bir engel yaratmayacağı çok açıktır.

205 Bkz. *Farrand Optical Co. v. United States*, 133 F. Supp. 555 (S.D.N.Y. 1955); *Robinson v. United States*, 236 F.2d 24 (2d Cir. 1956).

206 **Hausken**, s. 223. Karş. *American Telephone and Telegraph Co. v. United States*, 685 F.2d 1362 (Ct. Cl. 1982), s. 1365 dn. 8 ve s. 1366.

20735 U.S.C. § 183 tazminat talebi için süre kısıtlamasını (patent verilmesinden sonraki altı yıl) sadece idari yolları sürülen talepler için öngörmüştür. Bir başka deyişle, doğrudan dava yoluyla ileri sürülen talepler için bu hükümde özel bir süre getirilmemiştir. Bu durumda, gizlilik kararının kalkması ve patent verilmesi beklenerek doğrudan açılan davalarda Federal Talepler Mahkemesinde ileri sürülecek talepler için altı yıllık genel hak düşümü süresi öngören 28 U.S.C. § 2501 (1) hükmü uygulanacaktır. Mahkemeye göre bu altı yıllık süre, hakkında gizlilik kararı verilen patent başvurusu sahibine buluş için –gizlilik kararı olmasa idi– patent verilebilirlik bildirimiminin (*Notice of Allowance*) yapılmasından değil, gizlilik kararının kalkması üzerine buluşa gerçekten patent verilmesinden itibaren başlamaktadır. Bkz. *American Telephone and Telegraph Co. v. United States*, 685 F.2d 1362 (Ct. Cl. 1982).

de gizlilik kararının sebep olduğu zarar için ve/veya açıklanan buluşun devletçe kullanılması karşılığında ileri sürülmektedir. Devlet, patentli buluşların devletçe ya da devlet için haksız olarak kullanımına karşı patent sahiplerine tazminat hakkı tanyan 28 U.S.C. § 1498 uyarınca açılan bir davada²⁰⁸ ileri sürebilecek tüm savunmaları bu davada da ileri sürebilir. Kullanım karşılığında tazminat talep etme hakkı yine buluşun devletçe ilk kullanımı tarihinden itibaren başlar.

Hak sahibi tazminat talebinde bulunmak için idari yolu seçebileceği gibi, idari yola hiç gitmemiş olmak şartıyla doğrudan dava yolunu da seçebilir. 35 U.S.C. § 183 her iki tazminat talep etme yolunu birbirine öncelik arz etmeyecek tarzda, eşit şekilde düzenlemiştir²⁰⁹. Yalnız, 35 U.S.C. § 183'ün açık lafzına göre, hükümetçe tam zamanlı istihdam edilenler ile Birleşik Devletlerin hizmetinde bulunanlar ve bunların halefleri, devralanları veya yasal temsilcileri, hizmet sırasında gerçekleştirilen ya da geliştirilen buluşlar için bu hükme dayanarak herhangi bir tazminat isteyemezler²¹⁰.

Tazminatın kapsamını incelerken gizlilik kararı sebebiyle oluşan zararlar için talep edilen tazminat ile buluşun devletçe kullanımı karşılığında istenen tazminatı birbirinden ayırmak gerekir.

İdari yola başvuran talep sahiplerinin tazminat istemlerini inceleyen devlet memurları, gizlilik kararının sebep olduğu zararlar için tazminat ödenmesi konusunda genellikle çekingen davranmakta ve bu davranışla talep sahipleri açısından caydırıcı etki yaratmaktadırlar²¹¹. Söz konusu güçlüğü iki sebep gösterilmektedir²¹²: (1) Gizlilik kararının yol açtığı zarar kalemlerinde sadece mevcut

208 35 U.S.C. § 183 uyarınca açılacak davalar ile 28 U.S.C. § 1498'in tanıdığı dava hakkı arasında benzerlik vardır. Ancak arada önemli farklar da bulunmaktadır: (1) 28 U.S.C. § 1498 uyarınca dava açabilmek için "patentli buluş" mevcut olmalıdır. Oysa 35 U.S.C. § 183'ün tazminat talebi için öngördüğü idari yol sonunda açılacak tazminat davası patentli buluşun varlığını gerektirmez; patent alabilirliği tespit edilmiş, fakat gizlilik kararı yüzünden patent verilemeyen bir buluşun varlığı yeterlidir. Gizlilik kararının yürürlükte olması sebebiyle buluşa patent verilemediği sürece ve buluşun devletçe bu sürede kullanılmış olması karşılığında 28 U.S.C. § 1498'e dayanılarak tazminat talebinde bulunulamaz. (2) 28 U.S.C. § 1498 sadece buluşun devletçe veya devlet için haksız olarak kullanımı karşılığında tazminat talebine hak tanır. Oysa 35 U.S.C. § 183'e göre, sadece devletçe kullanım karşılığında değil, gizlilik kararının sebep olduğu zarar için de tazminat talep edilebilir. İşte bu iki fark sebebiyle 28 U.S.C. § 1498, 35 U.S.C. § 183'ün gizlilik kararına konu patent başvurusu sahibine tanıdığı imkanlara tam bir alternatif teşkil edemez. Bkz. *Robinson v. United States*, 236 F.2d 24 (2d Cir. 1956).

209 Karş. *Constant v. United States*, 617 F.2d 239 (Ct. Cl. 1980), s. 243 dn. 12; *American Telephone and Telegraph Co. v. United States*, 685 F.2d 1362 (Ct. Cl. 1982), s. 1365.

210 Bunlar zaten özel düzenlemeye tabi olan işçi buluşlarıdır. Bkz. 28 U.S.C. § 1498 (a); 37 CFR Part 501.

211 Karş. *Lee*, s. 375. Durum rakamlarla da ifade edilmektedir: 1945–1979 arasında DoD'a yapılan 19 başvurunun sadece dokuzu tazminatla neticelenmiştir. 1997 yılına kadar faaliyetini sürdüren ASPAB'ın talep ettiği her bin gizlilik kararından sadece bir tanesi için tazminat talebinde bulunulduğu saptanmıştır. Yalnız finansal açıdan yeterince güçlü ve ısrarcı olan talep sahipleri tazminat elde edebilmektedir.

212 *Lee*, s. 375.

zararlar dikkate alınmaktadır. Ticari potansiyeli olan, fakat açıklanması gizlilik kararıyla engellenen bir buluşun piyasa değerini belirlemedeki zorluk sebebiyle, devlet kurumu buluş sahibine gizlilik kararı yüzünden ödeyeceği tazminatı minimum düzeyde tutmaya eğilimli olabilmektedir. (2) Yetkililer kanunu, buluş için gizlilik kararı verilmesine rağmen devlet kullanımının gerçekleşmediği ve buluşun hedeflediği tek pazarın da devlet olduğu hallerde sadece gizlilik kararı sebebiyle tazminat istemenin uygun görülemeyeceği yönünde yorumlamakta ve bu şekilde uygulamaktadırlar.

Konu hakkındaki mahkeme kararlarında ise gizlilik kararının sebep olduğu zarar kalemlerinin çerçevesini daha geniş belirleme eğilimi bulunmaktadır. Bu husustaki önemli kararlardan biri olan *Constant v. United States (Constant I)*²¹³ kararında Federal Mahkeme, yaptığı patent başvurusu hakkında verilen gizlilik kararı sadece 15 ay yürürlükte kalan ve patentin alınmasını da hiç geciktirmemiş olan, üstelik buluşu da devletçe hiçbir zaman kullanılmamış bulunan davacının gizlilik kararı sebebiyle uğradığını iddia ettiği zararlar²¹⁴ için tazminat talebinde bulunabileceğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre davacının bu zararlar yüzünden tazminat isteyebilmesi için gizlilik kararının patentin verilmesi sürecinde herhangi bir gecikme yaratmasına lüzum bulunmamaktadır; ayrıca, idarenin benimsediği düşüncenin aksine²¹⁵, 35 U.S.C. § 183 uyarınca tazminat istenebilmesi buluşun devletçe kullanılmasını aramaya da gerek yoktur. Bununla birlikte Federal Mahkeme de, idare gibi, sadece “mevcut” ve davacı tarafından ispatlanan zararlar için tazminat ödenmesi gerektiği; farklı bir deyişle, muhtemel (spekülatif) ve davacı tarafından kesin şekilde ispatlanamamış bir zarar için 35 U.S.C. § 183 uyarınca tazminat istenemeyeceği görüşündedir²¹⁶.

²¹³ 617 F.2d 239 (Ct. Cl. 1980).

²¹⁴ Davacı 15 ay yürürlükte kalan gizlilik kararı sebebiyle buluşunu piyasada gerekli şekilde pazarlayamadığını ve geliştirmek için finansal kaynak elde edemediğini; gizlilik kararı yüzünden bu süreçte potansiyel alıcıların buluştan kaçtıklarını ve rakip teknolojileri tercih ettiklerini; gizlilik kararını kaldırtmak için hukuki süreçte (avukatlık hizmeti için) masraf yapmak zorunda kaldığını iddia etmiştir.

²¹⁵ İdareye göre, dava konusu olayda devlet buluşa el koymamış (buluşu “kapatmamış” ve kullanmamış); gizlilik kararı sadece düzenleyici (*regulatory*) uygulama ya da bir kolluk (*police power*) uygulaması olarak talep edilmiştir. Kamulaştırma (*eminent domain taking*) olmadığına göre, ABD Anayasasının Beşinci Ekindeki “adil tazminat” (*just compensation*) ödemeksizin kamulaştırma yasağına aykırı da davranılmamıştır ve 35 U.S.C. § 183’de bahsi geçen “adil tazminat”ın (*just compensation*) ödenmesi söz konusu olamaz. Mahkeme ise, federal kanunlarda bahsedilen her “adil tazminat”ın bir kamulaştırmaya işaret etmeyeceğini ve 35 U.S.C. § 183’ün Anayasanın Beşinci Ekinin kapsamı dışında da önemli bir uygulama alanı bulunduğunu, dolayısıyla da buluşa anayasal anlamda el koyma olmasa dahi gizlilik kararı yüzünden uğranılan bir zarar varsa 35 U.S.C. § 183’e göre “adil tazminat” istenebileceğini belirterek, idarenin görüşünü reddetmiştir.

²¹⁶ *Constant v. United States (Constant I)* 617 F.2d 239 (Ct. Cl. 1980), s. 244; *Constant v. United States (Constant II)*, 1 Cl. Ct. 600 (1982). Ayrıca bkz. *Lear Siegler, Inc. v. United States*, 225 Ct. Cl. 663 (1981); *McDonnell Douglas Corp. v. United States*, 670 F.2d 156 (Ct. Cl. 1982).

VII. Sonuç

Savunma teknolojileri için patent başvuruları hakkında gizlilik kuralları, esasen bu teknolojileri milli savunmaya kazandırmak amacıyla değil, öncelikli olarak “silahın düşman eline geçmemesi” maksadıyla uygulanmaya başlanmıştır. Fakat gizlilik prosedürlerinin milli savunmaya yönelik teknoloji üretimi ve milli ekonomi ile olan bağlantısını da göz ardı etmek olanaklı değildir. Gizlilik kararı verilirken, ABD uygulamasında olduğu gibi önceden belirlenmiş kriterleri (örn. belirli teknoloji kategorilerini) dikkate almak ve sabit bir sisteme (kılavuza) göre hareket etmek kararların isabet derecesini arttırabilir. Aksi halde ya savunma teknolojilerine ilişkin patent başvuruları hakkında gerektiği ölçüde gizlilik kararları vermemek veya aşırı sayıda gizlilik kararı sebebiyle patentli buluş kullanımlarını gereksiz şekilde engellemesi ve üstelik de boş yere tazminat ödenmesi tehlikesiyle karşılaşılacaktır.

Özellikle kamu-özel işbirliğiyle üretilen savunma teknolojilerinde patent başvurusu hakkında gizlilik kararı verildiğinde, gizli tutulan teknolojinin ne şekilde geliştirilmeye devam edileceği ve kullanılabilceği, kimlere açıklanabileceğinin taraflar arasında yapılacak anlaşmalarda detaylı olarak düzenlenmesi de bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece, ABD Hukukundaki CRADA örneğinde olduğu gibi, patentlendirilecek teknolojinin ileride nasıl kullanılacağına ilişkin yol haritasının daha baştan taraflar arasında belirlenmesi sağlanabilecektir.

KAYNAKLAR

- Aftergood, Steven, Invention Secrecy Activity (as reported by the Patent & Trademark Office), <http://www.fas.org/sgp/othergov/invention/stats.html> (02.06.2016).
- Birch, Richard J., “The Legislative History of Sections 184 and 185 – A Preventative Medicine Against Sudden Death to Patents”, *J. Pat. Off. Soc’y*, Vol. 48, Iss. 2 (Feb. 1966), s. 75-90.
- Cass, Ronald A., *Compulsory Licensing of Intellectual Property: The Exception That Ate The Rule?*, WLF Working Paper Series No. 150, Washington 2007.
- Clements, James D., “Improving Bayh-Dole: A Case for Inventor Ownership of Federally Sponsored Research Patents”, *IDEA: The Intellectual Property Law Review*, Vol. 49, Iss. 4 (2009), s. 469-516.
- Denny, James E., “Eminent Domain Aspects of 28 USC 1498”, *Pat. Trademark & Copy. J. Res. & Ed.*, Vol. 4, Iss. 3 (Fall 1960), s. 257-275.
- Eberle, Mary, “March-In Rights Under the Bayh-Dole Act: Public Access to Federally Funded Research”, *Marq. Intell. Prop. L. Rev.*, Vol. 3 (1999), s. 155-180.
- Eisenberg, Rebecca S., “Public Research and Private Development: Patents and Technology Transfer in Government-Sponsored Research”, *Va. L. Rev.*, Vol. 82, Iss. 8 (Nov. 1996), s. 1663-1728.
- Fenning, Karl, “Patents and National Defense”, *J. Pat. Off. Soc’y*, Vol. 22, Iss. 12 (Dec. 1940), s. 869-884.

- GAO-13-157, Protecting Defense Technologies, DOD Assessment Needed to Determine Requirement for Critical Technologies List, Report to Congressional Committees, January 2013, <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a577438.pdf> (02.06.2016).
- Geary, Jr, William L., “Protecting the Patent Rights of Small Business – Does the Bayh-Dole Act Live up to Its Promises”, *AIPLA Q. J.*, Vol. 20, Iss. 1 (1992), s. 10-34.
- Gilbert, Lee Ann, “Patent Secrecy Orders: The Unconstitutionality of Interference in Civilian Cryptography under Present Procedures”, *Santa Clara L. Rev.*, Vol. 22 (1982), No. 2, s. 325-373.
- Gulbrandsen, Carl E., “Bayh-Dole: Wisconsin Roots and Inspired Public Policy”, *Wis. L. Rev.*, Vol. 2007, Iss. 6, s. 1149-1164.
- Hausken, Gary L., “The Value of a Secret: Compensation for Imposition of Secrecy Orders Under the Invention Secrecy Act”, *Mil. L. Rev.*, Vol. 119 (1988), s. 201-255.
- Kundert, Thomas L., “Invention Secrecy Guide: Foreign Filing Licenses, Secrecy Orders and Export of Technical Data in Patent Applications”, *J. Pat. & Trademark Off. Soc’y*, Vol. 88, Iss. 8 (Aug. 2006), s. 667-698.
- Lee, Sabing H., “Protecting the Private Inventor under the Peacetime Provisions of the Invention Secrecy Act”, *Berkeley Tech. L.J.*, Vol. 12 (1997), Iss. 2, s. 345-411.
- Shoemaker, William, D. “Secrecy of War Invention”, *J. Pat. Off. Soc’y*, Vol.1, Iss. 3 (Nov. 1918), s. 112-115.
- Thomas, John R., Innovation and Intellectual Property Issues in Homeland Security, CRS Report for Congress, RL 32051 (2008), http://ipmall.info/hosted_resources/crs/RL32051_080117.pdf (02.06.2016)
- USPTO, MPEP, 8th edn., Aug. 2001 (Rev. 5, Aug. 2006), <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/index.html> (02.06.2016)
- USPTO, MPEP, 9th edn. March 2014 (Rev.7.2015, Nov. 2015), <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/old/index.htm> (02.06.2016)

KISALTMALAR

2d Cir.: United States Court of Appeals Second Circuit

3d Cir.: United States Court of Appeals Third Circuit

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

AEC: Atomic Energy Commission

AECA: Arms Export Control Act

AIPLA Q. J.: American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal

ANBAP: Army and Navy Patent Advisory Board

App.: Appendix

AR-GE: araştırma ve geliştirme

art.: article(s)

ASPAB: Armed Services Patent Advisory Board

Aug.: August

Berkeley Tech. L.J.: Berkeley Technology Law Journal

BIS: Bureau of Industry and Security
Bkz.: Bakınız
BPAI: Board of Patent Appeals and Interferences
CCL: Commerce Control List
CFR: Code of Federal Regulations
Ch.: Chapter
CIA: Central Intelligence Agency
Cl. Ct.: United States Claims Court / ...Reporter
CRADA: Cooperative Research and Development Agreement
CRS: Congressional Research Service
Ct. Cl.: United States Court of Claims / ...Reports
DD Form: Department of Defense Form
DDTC: Directorate of Defense Trade Controls
Dec.: December
dn.: dipnot
DoC: Department of Commerce
DoD: Department of Defense
DoDD: Department of Defense Directive
DoDI: Department of Defense Instruction
DoE: Department of Energy
DoS: Department of State
DTIC: Defense Technical Information Center
DTSA: Defense Technology Security Administration
E: Enclosure
EAR: Export Administration Regulations
edn.: edition
ERDA: Energy Research and Development Administration
et al.: et alii
Ex. Ord.: Executive Order
F.: Federal Reporter
F.2d: Federal Reporter, Second Series
F.3d: Federal Reporter, Third Series
FAR: Federal Acquisition Regulation
Feb.: February
Fed. Cir.: United States Court of Appeals for the Federal Circuit
Fed. Cl.: United States Court of Federal Claims / Reporter
FR: Federal Register

F. Supp.: Federal Supplement
FTC: Federal Trade Commission
GAO: United States Government Accountability Office
ISOO: Information Security Oversight Office
Iss.: Issue
ITAR: International Traffic in Arms Regulations
J. Pat. & Trademark Off. Soc'y : Journal of Patent & Trademark Office Society
J. Pat. Off. Soc'y: Journal of Patent Office Society
Karş.: Karşılaştırınız
L&R: Licensing and Review
NASA: National Aeronautics and Space Administration
M: Manual
Marq. Intell. Prop. L. Rev.: Marquette Intellectual Property Law Review
MCTL: Militarily Critical Technologies List
Mil. L. Rev.: Military Law Review
MPEP: Manual of Patent Examining Procedure
NATO: North Atlantic Treaty Organization
N.D. Ala.: Northern District of Alabama
NISP: National Industrial Security Program
NISPOM: National Industrial Security Program Operating Manual
No.: Number
Nov.: November
NRC: Nuclear Regulatory Commission
NSC: National Security Council
Oct.: October
OFPP: Office of Federal Procurement Policy
Örn.: Örneğin
PA: Patents Act
PatKHK: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
para.: paragraph
PatG: Patentgesetz
Pat. Trademark & Copy. J. Res. & Ed.: Patent, Trademark and Copyright Journal of Research and Education
PH: Pamphlet
PSCRL: Patent Security Category Review List
R: Regulation
Rev.: Revision

R.G.: Resmi Gazete

s.: sayfa

Santa Clara L. Rev.: Santa Clara Law Review

SBA: Small Business Administration

S.D. Ala.: Southern District of Alabama

S.D.N.Y.: Southern District of New York

sec.: section

Sept.: September

Stat.: United States Statutes at Large

Supp.: Supplement

TWEA: Trading with the Enemy Act

U.S.: United States

U.S.C.: Unites States Code

U.S. Claims: United States Court of Federal Claims (Reports)

USML: United States Munitions List

USPTO: United States Patent and Trademark Office

v.: versus

Va. L. Rev.: Virginia Law Review

Vol.: Volume

W.D. Pa.: Western District of Pennsylvania

Weekly Comp. Pres. Docs.: Weekly Compilation of Presidential Documents

Wis. L. Rev.: Wisconsin Law Review

WLF: Washington Legal Foundation

ÖZET

ABD Patent Hukuku savunma teknolojilerine ilişkin buluşları korumak hususunda hem tarihi birikim hem mevzuat hem de içtihat zenginliği bakımından en gelişmiş ulusal patent hukuklardan biridir. Bu makalede, ABD Patent Hukukunda savunma teknolojileri için yapılan patent başvuruları hakkında verilen gizlilik kararlarına ilişkin tarihsel gelişim, mevzuat ve uygulamalar, gizlilik kararlarının verilme prosedürü, çeşitleri, özellikleri ve etkileri ile patent başvurusu sahibinin tazminat hakkı gibi konular ele alınmak suretiyle incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Gizli patent, gizlilik kararı, savunma teknolojileri, askeri teknoloji.

İş Kanununda Düzenlenen Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisine Yönelik Hükümlerin Değerlendirilmesi

A Critical Appraisal of the Temporary Employment Provisions Laid Down in the Turkish Labour Code

Yrd. Doç. Dr. Seçkin Nazlı

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

Turkish Parliament has taken a very important step to introduce another flexible working arrangement called temporary employment relationship into labor market. Despite the similar previous legislative efforts had been remained inconclusive in the past, the code “on amending the labor law and Turkish employment organization law” that arranges the temporary working relationship and widening the activity-areas of private employment agencies was finally approved by the Parliament on May 6th. Although the government proposal concerning temporary working relationship had passed through the Parliament before in 2009, it was vetoed due to strong opposition of labor unions. Now by the enactment of Law No. 6715, the private employment agencies that are granted permission by the Turkish Employment Organisation, can establish a temporary employment relationship by transferring its employee to the employer with a temporary employment contract. In this article we try to examine the new provisions about temporary employment relationship. Mainly; the legal concept of the new employment relationship, special circumstances of temporary employment can be established, provisions about authority and responsibilities of employers of temporary workers are all criticized in this article.

Keywords: Temporary employment, Private employment agency, Temporary employment contract, Flexible working arrangements.

I. GİRİŞ

Türk hukukunda mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimi sıkça tartışma konusu yapılan istihdam biçimlerinin başında gelmiştir. Yakın tarihlerde farklı zamanlarda mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimini hukuki bir zemine sahip kılmaya yönelik girişimler gerçekleştirilmiş, hukuki kurumun ya-

sal çerçevesini belirlemeye yönelik tüm yaklaşımlar 6715 sayılı Kanunun kabulüne dek başarısızlıkla sonuçlanmıştır.

Uygulamada mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyetine yönelik hukuki düzenlemelerin kabulünden önce de bu tip istihdam biçimine başvurulmaktaydı. Ancak mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenleyen 6715 sayılı Kanunun kabulünden önce yasalardaki boşluklardan istifade eden, danışmanlık vb. adlar altında faaliyet gösteren şirketler, mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyetine taraf olarak çalışanların hak kaybına uğramalarına neden olmaktaydılar. Bu durumun önlenmesi için en temel yol hukuki kurumun yasa koyucu tarafından düzenlenmesi ve mevzuattaki yerini almasının sağlanmasıdır. 4857 sayılı İş Kanunu tasarısında mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik düzenlemeler mevcut iken işçi kesiminin yoğun itirazları neticesinde yasalaşma imkânı bulamamıştır. Maddenin tasarıdan çıkartılması da fiili olarak istihdam biçiminin uygulanmaya devam etmesi gerçeğini değiştirmemiştir. Neticesinde mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçiminin uzunca bir süre mevzuatta düzenlenmemesinden hem işçiler, hem işverenler ve hem de devlet olmak üzere sosyal tarafların geneli zarar görmüştür. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin hukuki bir temele sahip olması, özellikle devlet adına yeni istihdam olanaklarının ortaya çıkmasına ve bu sayede devlete yüklenen önemli bir sorumluluğun yerine getirilmiş olmasına yarar. İşçiler, hukuki altyapıya sahip bir istihdam biçimi ile asgari korumaya sahip olacaklar ve kötü niyetli uygulamaların olumsuz sonuçlarından en az zarar göreceklidir. İşverenler hukuki düzenleme sonucunda meşru zemine sahip, esnek bir istihdam aracına kavuşacaklardır. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi; işverenler açısından asla ucuz işgücü sağlama amacına hizmet etmeyen, ancak gerektiğinde başvurabilecekleri esnek çalışma biçimlerinden birisi olma sıfatıyla ön plana çıkmaktadır. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin düzenlenmesinde gözetilmesi gereken temel bakış açısı da budur. Aksi takdirde mesleki anlamda geçici iş ilişkisi esnek bir istihdam aracı değil ucuz işgücü teminine hizmet eden ve bu hali ile kabul edilemeyecek bir niteliğe bürünme tehlikesi içeren bir istihdam biçimi olarak gelişecektir. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin konuya ilişkin uluslararası normlara uygun biçimde düzenlenmesi ve yasal zemine kavuşturulması ile belirttiğimiz tehlikenin önemli ölçüde ortadan kaldırılması sonucu ortaya çıkar. Bu nedenle de mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçiminin mevzuatta düzenlenmesi kanaatimizce önemli bir zorunluluktur.

Çalışmamız 6715 sayılı Kanun ile Türk hukukunda ilk defa hukuki temeli oluşturulan ve 4857 sayılı İş Kanunu içeriğine dâhil edilen mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenleyen hükümleri ile hükümlerin genel değerlendirilmelerini içermektedir. Ancak mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimi çalışmamızda

temel özellikleri ile değil, Türk Hukukunda düzenleniş biçimi (hukuki kuruma yasal zemin teşkil eden 6715 sayılı Kanunun ilgili maddeleri) dikkate alınarak inceleme konusu yapılmıştır¹. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik hukuki düzenlemelerin uluslararası mevzuatla, başta konuya ilişkin referans hukuki norm olarak kabul edilen 2008/104 sayılı Avrupa Birliği Direktifi² hükümleri ile uyumuna dikkat çekilmiştir. Genel olarak çalışmamız içeriğinde; mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçiminde tarafların sorumlulukları, hukuki kuruma başvurma konusunda getirilen yasal sınırlandırmalar ile eşit davranma ilkesini gözetilen düzenlemelerin özellikleri gibi konular incelenmiştir. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenlemeye yönelik hukuki düzenlemelerde bulunması gereken temel özellik bu tip istihdam biçimi ile çalışanların belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan ve devamlılık arz eden iş ilişkilerine alternatif olarak değerlendirilmesinin önlenmesidir³. Çalışmamızda belirttiğimiz amacın yasal düzenlemede ne derece gözetildiği irdeleneceği gibi, bu hali ile istihdam biçiminin Türk hukukunda düzenleniş biçiminin mevcut çalışanlar için bir tehdit mi oluşturacağı yoksa düzenleme ile sağlanması muhtemel faydanın yeni istihdam olanakları yaratmak şeklinde mi somutlaşacağı gibi konular genel hatları ile ele alınmaya çalışılmıştır.

II. Türk Hukukunda Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisini Düzenlemeye Yönelik Hukuki Girişimlerin Kısa Bir Özeti

Türk hukukunda mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenlemeye yönelik ilk girişim Bilim Kurulu tarafından hazırlanan İş Kanunu tasarısında yer almaktaydı. Bilim Kurulunun hazırladığı İş Kanunu Tasarısının yasalaşma sürecinde tasarıda yer alan ve “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç İş İlişkisi” başlığını taşıyan 93. maddesi⁴ kanun içeriğinden çıkartılmış ve sadece alelade geçici iş ilişkisine düzenlemeye yönelik kanunun 7. maddesi “geçici iş ilişkisi” üst başlığı ile kabul edilmiştir. Takip eden dönemde mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenlemeye yönelik TBMM tarafından kabul edilen ilk hukuki düzenleme 26.06.2009 tarihli ve 5920 sayılı Kanunun 1. maddesi olmuştur⁵. Kanunun 1. maddesinde 4857

1 Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi hukuki kurumuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Seçkin NAZLI, **Özel İş Aracılığı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 217 vd.

2 Direktif’in Türkçe metni için bkz. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, **Çalışma Mevzuatı İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri**, Yayın No:11, Ankara, 2014, s. 29-36.

3 Erdem ÖZDEMİR, “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”, **Sicil**, Yıl 5, Sayı 18, 2010, s. 25.

4 Tasarıda yer alan düzenlemeye ilişkin değerlendirme için bkz. NAZLI, s. 258-261.

5 “İş Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” üst başlıklı kanun, Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen 1. maddesi düzenlemesi mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik hükümler çıkartılarak aynı adla 5921 sayılı Kanun olarak çıkartılmıştır (Bkz. RG. 18.08.2009, 27323).

sayılı İş Kanununun alelade geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinden sonra gelmek üzere 7/A maddesi olarak “mesleki anlamda geçici iş ilişkisi” üst başlığı ile hukuki kuruma ilişkin hükümler yer almıştı. Ancak 5920 sayılı Kanunun mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenleyen 1. maddesi, Cumhurbaşkanı tarafından yeniden görüşülmek üzere TBMM’ye geri gönderilmiştir. Yasanın Meclis’e geri gönderilme gerekçeleri içerisinde öne çıkan en temel husus 2008/104 sayılı AB direktifinin temelini oluşturan ilkelerin başında gelen bu tip istihdam biçimi ile çalışanlar ile geçici süre ile hizmet verdikleri işyerinde aynı işi yapan işçiler arasında çalışma şartlarında eşitliğin sağlanması ve eşitliği bozacak uygulamaları engelleyici yöndeki düzenlemelerdeki eksiklikler olmuştur. Ayrıca kanuni düzenlemedeki pek çok eksikliğin Türkiye İş Kurumu tarafından çıkartılacak yönetmeliğe bırakılmış olması da yasanın yeni baştan görüşülmesi için iade gerekçelerindedir. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi hukuki kurumunun özel yapısı nedeniyle bu istihdam biçimine tabi olarak çalışacak işçilerin korunmasına yönelik özel koruyucu düzenlemelerin yönetmeliktense kanunda yer alması şüphesiz daha isabetlidir. Bu nedenle 5920 sayılı Yasaya yönelik olarak iade gerekçeleri olarak Cumhurbaşkanı tarafından dikkat çekilen tüm eksikliklerin giderilmesi önemliydi. Düzenlemelerde tespit edilen eksikliklerin sonuçlarına yönelik olarak yapılan değerlendirmedeyse, düzenlemelerin bu hali ile kabulü sonrasında ortaya çıkması muhtemel uygulamanın, düzenleme ile amaçlanan sonucun dışına çıkılmasına neden olacağına dikkat çekilmiştir. Özellikle hukuki kurumun TBMM’de kabul edildiği hali ile yasalaşması durumunda uygulamanın bu tip istihdam ilişkisi ile çalışacakların emeklerinin istismarına neden olacak biçimde gelişeceği, bu durumun da insan onuruna yakışmayan sonuçların doğmasına neden olarak çalışma barışının bozulmasına sebebiyet vereceği tespitleri isabetli biçimde yapılmıştır.

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimini düzenlemeye yönelik hukuki girişimler 5920 sayılı Kanun sonrasında bir takım değişikliklerle 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun⁶ yasalaşma süreci ile devam etmiştir. Ancak 6111 sayılı Kanun dönemindeki yasalaşma girişimleri mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik düzenlemelerin tasarı metninden çıkartılması ile sonuçlanmıştır.

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi hukuki kurumunu düzenlemeye yönelik girişimlerin sonuncusunu ise 06.05.2016 tarihinde kabul edilen 6715 sayılı Kanun oluşturmuştur. TBMM tarafından kabul edilen kanun, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmış ve 20.05.2016 tarihli 29717 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun kabulü ve onayı sonrasında mesleki anlamda geçici iş ilişkisi hukuki temeli 4857 sayılı İş Kanununda mevcut olan bir istihdam biçimi olarak uygulanabilir hale gelmiştir.

6 RG. 25.02.2011, 27857 Mükerrer.

III. Türk Hukukunda Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi İstihdam Biçimine Yönelik Genel Yaklaşım

4857 sayılı İş Kanunu tasarısında yer alan mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik düzenlemenin yasalasınma esnasında kanundan çıkartılmasının, bu tip istihdam biçiminin yasaklandığı anlamına gelmediği, sözleşme ve çalışma özgürlüğünün bir gereği olarak mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin varlığını ve uygulamasını sürdürebileceği de öğretilerini sürülmüştür.⁷ Ancak iş hukuku öğretisinde kabul edilen baskın görüş, 4857 sayılı İş Kanunu tasarısında mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenlemeye yönelik hükümlerin kanunun yasalasınma esnasında madde metninden çıkartılmasının isabetsiz ve konuya ilişkin yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu yönündedir⁸. Genel olarak mesleki anlamda

- 7 Münir EKONOMİ, “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç İş İlişkisi”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, 2008, s.254-258; Ercan AKYİĞİT, **İçtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 2258 – 2259; 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesi hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde bürolar aracılığı ile kurulan geçici iş ilişkilerinde uygulama alanı bulacağına ilişkin görüş için bkz. A. Can TUNCAY, “Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu”, **AB-Türkiye & Endüstri İş İlişkileri**, (Edt: Alpay HEKİMLER), Ağustos 2004, İstanbul, s. 73; A. Can TUNCAY, “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, **Yeni İş Yasası Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2003, s. 144 ; Karşı görüş için bkz. Ömer EKMEKÇİ, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt.1, Sayı:2, Yıl:2004, s. 369; Ömer EKMEKÇİ, “Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, İstanbul, 2008, s. 104; Gülsevil ALPAGUT, “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi Sınırlamadan Teşvike”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2005, s. 277; Serkan ODAMAN, **Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**, İstanbul, 2007, s. 79; Devrim ULUCAN, (Öner EYRENCİ / Savaş TAŞKENT / Devrim ULUCAN, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, 2006), s. 119-120; Devrim ULUCAN, “Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2004/3, s. 148 vd; Banu UÇKAN, “Türkiye’de İş Aracılığı Hizmetlerinin Tarihsel Gelişim Sürecinde Kamu Tekelinin Kırılması”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C:5, No:1, 2005, s. 165; Gülten KUTAL, “Türkiye’de İstihdam Politikaları, Esneklik ve Yeni İstihdam Türleri”, **AB-Türkiye & Endüstri İş İlişkileri**, (Edt: Alpay HEKİMLER), Ağustos 2004, İstanbul, s. 130; Talat CANBOLAT, Genel Görüşme, **III Yılında İş Yasası**, Bodrum, 2005, s.60; Gülsevil ALPAGUT, “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:10, 2006, s. 578; NAZLI, s. 263.
- 8 Fatma BAŞTERZİ, “Özel İstihdam Büroları ve İtalya Örneği”, **İşveren**, Cilt 43, Sayı 12, Eylül 2005, s. 40; Nurhan SÜRAL, “Özel İstihdam Büroları”, **İşveren**, Cilt 43, Sayı 12, Eylül 2005, s. 38; Toker DERELİ, “Batı Avrupa’daki Uygulamalar Işığında Dönemsel (Geçici) Çalışma ve Türkiye Üzerine Düşünceler”, **İşveren**, C:43, s:12, 2005, s. 34; Namık ATA, “Özel Bürolar Geçici İstihdam İçin Aracılık Yapabilmeli”, **İşveren**, C:43, S:12, s. 25; Şelale UŞEN, **Avrupa Birliğinde Ödünç İş İlişkisi: İtalya Uygulaması ve Türkiye**, İstanbul, 2006, s. 330; ODAMAN, s. 79-80; Murat ENGİN, “Üçlü İş İlişkileri”, **III. Yılında İş Yasası**, Bodrum, 2005, s. 26; ALPAGUT, Sınırlamadan Teşvike, s. 278; Gülsevil ALPAGUT, “AB’nde Güvenceli Esneklik ve Türkiye’de Yasal Düzenlemeler”, **TİSK Akademi**, 2008/I, s. 27-28; Gülsevil ALPAGUT, “AB’de İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışları ve Türkiye’de Sakıncalar”, **İşveren Özel Eki**, Eylül 2006, s. 17; EKONOMİ, s. 256; A. Can TUNCAY, “İş Kanunu Tasarısı’ndaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi” (Ödünç İş İlişkisi), **Mercek**, Yıl:8, Sayı:30, s. 75; Savaş TAŞKENT, Genel Görüşme, **Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu**, Çeşme, 2003, s. 78-79, A. Can TUNCAY / Fatma Burcu SAVAS, “Özel İstihdam Büroları Gerçek ve Çağdaş Fonksiyonlarına Artık Kavuşmadır”, **Mercek**, Ekim 2007, Yıl: 12, Sayı: 48, s. 72, Nursen CANIKLIOĞLU, “Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, İstanbul, 2008, s. 122-123; Karşı Görüş, Fevzi ŞAHLANAN, Genel Görüşme, **Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu**, Çeşme, 2003, s 80-81).

geçici iş ilişkisine yönelik hukuki düzenleme ihtiyacına vurgu yapanların temel gerekçesi; her ne kadar hukuki temele sahip olmalarsa da fiili olarak mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyeti ile uğraşan büroların varlığıdır. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin ortaya çıkması ve yasal zemine oturtulması sürecinde yaşanan tartışmalar sadece ulusal boyutta yaşanmamış, hukuki kurum uluslararası ölçekte de tartışma konusu yapılmıştır. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisini uluslararası ölçekte yasal zemine oturtma aşamasında yaşanan tartışmalar bu tip istihdam ilişkisinin istihdam piyasasının ihtiyaçlarına uygun olup olmadığı ve özel istihdam bürosu faaliyeti olarak kabul edilip edilemeyeceğinden, mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyetinin iş aracılığı oluşturup oluşturmadığına varan boyutta farklı meseleler ekseninde gerçekleşmiştir. Ancak artık günümüzde özel istihdam bürolarının bir faaliyeti olarak kabul edilen mesleki anlamda geçici iş ilişkisi ile iştigal eden büroların önemli bir ihtiyacı karşıladığı kabul edilerek, belirttiğimiz ekseninde başlayan tartışmalar hukuki kurumun nasıl düzenlenmesi gerektiği meselesine doğru yön değiştirmiştir. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisine karşı olanların ya da destekleyenlerin farklı görüşleri mevcuttur. Bugün artık tartışma mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenleyip düzenlemekten çok nasıl düzenlenmesi gerektiği meselesine kaymıştır. Ülkemiz açısından da uzunca bir süre mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyeti her ne kadar düzenlenmemiş olsa da zaman içerisinde bu istihdam biçiminin uygulamada yerleşmesi engellenmemiştir. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçiminin uygulamasının ortaya çıkardığı önemli bir sonuç özellikle yargı makamları açısından bu tip istihdam biçimi ile çalışanları içtihatlar aracılığı ile koruyucu hükümleri kabule zorlamak olmuştur. Tüm bu gelişmelerin önemli bir etkisi, tıpkı uluslararası boyutta konunun geldiği son nokta gibi Türk hukukunda da konuya ilişkin yaşanan tartışmaların yönünün mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin düzenlenip düzenlenmemesinden çok nasıl düzenlenmesi gerektiğine doğru kayması olmuştur⁹.

9 Türk hukukunda mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin düzenlenmesine yönelik görüşler için bkz. NAZLI, s. 365 vd.; ÖZDEMİR, s. 20 vd.; Şelale UŞEN, “2008/104/Ec Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/3, s. 183 vd.; Mahmut KABAĞÇI, “5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükümünün AB Yönergesi İşığında Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2011/4, s. 89 vd.; Toker DERELİ, “Geçici İş İlişkisinin Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Kurulmasına İlişkin Yeni Düzenleme Önerileri”, **Sicil**, Yıl:7, Sayı:25, 2012, s. 10 vd.; Savaş TAŞKENT & Dilek KURT, “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, **Kamu-İş**, C:13, S:1, 2013, s. 1 vd.; Alpay HEKİMLER, “Avrupa Birliği’nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi ve Türkiye için Değerlendirmeler”, **Sicil**, Yıl:8, Sayı:29, Mart 2013, s. 253 vd.

IV. İş Kanununun Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisine Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi

A. Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinin Tarafları ve Aralarındaki Hukuki İlişkiler

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenleyen “İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 1. maddesi ile alelade geçici iş ilişkisini düzenleyen 4857 sayılı Kanunun 7. maddesi değiştirilmiştir. Değişiklik sonrası geçici iş ilişkisinin, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Kanunun birinci maddesi içeriğinde 4857 sayılı Kanunun 7. madde düzenlemesi olarak ancak belirtilen hallerde Türkiye İş Kurumundan izin almış bir özel istihdam bürosunun geçici işçi sağlama sözleşmesi ile bir işçisini geçici olarak devredebileceği düzenlenmektedir. Düzenleme ile mesleki anlamda geçici iş ilişkisi özel istihdam büroları eliyle gerçekleştirilecek bir faaliyet olarak yasal zemine kavuşturulmuştur. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulacak geçici iş ilişkisi sadece Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürolarına tanınmış bir haktır. Bu haktan istifade edecek özel istihdam bürolarının karşılaması gereken koşullar, faaliyet olarak mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyeti görmeyecek özel istihdam bürolarına nazaran daha ağır koşullar olarak tespit edilmiştir¹⁰.

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinde iş sözleşmesinin işveren tarafının özel istihdam büroları olarak tercih edilmesi yerinde olmuştur. Zira hukuki kurumun denetim altında tutulabilmesi adına bu husus önemlidir. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçiminin yaratabileceği olumsuz durumlardan kaynaklanabilecek riskler, taraf olacak özel istihdam bürolarının klasik anlamda iş aracılığı yapmak üzere faaliyet gösterenlere nazaran daha ağır koşullara tabi kılınmaları ile aşılmaya çalışılmıştır. Uluslararası örnekler incelendiğinde mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimine taraf olacak özel istihdam bürolarının ağır fi-

10 6715 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değiştirilen 4904 sayılı Kanunun 17. maddesine göre sadece özel iş aracılığı yapmak üzere faaliyet izni almak isteyen bürolardan talep edilen brüt asgari ücret tutarının yirmi katına denk gelen miktarda teminat tutarı, mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyeti görmek üzere yetki almak için başvuran özel istihdam bürolarından başvuru tarihinde brüt asgari ücret tutarının iki yüz katına denk gelen miktarda teminat vermiş olma koşuluna bağlanmıştır. Ayrıca özel istihdam bürosunun mesleki anlamda geçici iş ilişkisi kurma yetkisine sahip olabilmek için 4904 sayılı Kanunun 17. maddesinde belirlenen başkaca ek koşulları da karşılaması gerekmektedir. Bu koşullardan en dikkat çekici olanı mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyeti kurma yetkisine sahip olabilmek için başvuru tarihinden önceki iki yıl süresince kesintisiz faaliyet gösteren Türkiye İş Kurumuna kayıtlı özel istihdam bürolarından olma yönünde getirilen koşuldur. Kanunda belirlenen teminat tutarının iki katına karşılık gelen teminatın verilmesi halinde başvuru tarihinden önce altı ay süresince kesintisiz faaliyet gösteren ve Türkiye İş Kurumuna kayıtlı bürolardan bu haktan istifade edebileceklerdir.

nansal koşulları yerine getirmeleri beklenmektedir. Bu durumun nedeni bu tip istihdam ilişkisi ile çalışmayı tercih edecek işçilerin mağduriyetlerinin önlenmesi kadar, ülke sosyal güvenlik sisteminin de olumsuz uygulama örneklerinden zarar görmesini engellemek amaçlıdır.

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyeti gören özel istihdam bürosunun bu faaliyete özgü geçici işçi sağlama sözleşmesi yapması şarttır. Üçlü istihdam biçimi olarak mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçiminde; büro ile işçi arasında iş sözleşmesi, büro ile geçici işveren arasında geçici işçi sağlama sözleşmesi, geçici işçi ile geçici işveren arasında ise “iş ilişkisi benzeri bir hukuki ilişki”¹¹ ya da “iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki”¹² olarak adlandırılabilir bir hukuki ilişki kurulmuş olur. Geçici işveren geçici işçinin onayını almış olsa dahi geçici işçiyi bir başka işverene yine geçici iş ilişkisi kapsamında devredermez. Zira geçici işveren iş sözleşmesinin tarafı olmadığından, iş sözleşmesinden doğan işin görülmesini talep hakkını temlik etme imkanı da bulunmamaktadır.

Geçici iş ilişkisinde işveren özel istihdam bürosudur. Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, geçici işçi ile iş sözleşmesi, geçici işçi çalıştıran işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yapmak suretiyle yazılı olarak kurulur. Özel istihdam bürosu ile geçici işçi çalıştıran işveren arasında yapılacak geçici işçi sağlama sözleşmesinde; sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, özel istihdam bürosunun hizmet bedeli, varsa geçici işçi çalıştıran işverenin ve özel istihdam bürosunun özel yükümlülükleri yer alır. Bu sözleşmenin içerisinde özel yükümlülükler olarak; geçici işverenin büroyu emsal işçiye ödenen ücret konusunda bilgilendirme yükümlülüğü bulunabilir. Ayrıca taraflar özel yükümlülük olarak geçici işçinin geçici işveren nezdinde çalışmasını sürdürdüğü dönemde ücretinin geçici işverence ödenmesini kararlaştırabilirler. Bu durum özel istihdam bürosunun geçici işçinin ücretinin ödenmemesi halinde ücret ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Geçici işçinin, Türkiye İş Kurumundan veya bir başka özel istihdam bürosundan hizmet almasını ya da iş görme edimini yerine getirdikten sonra geçici işçi olarak çalıştığı işveren veya farklı bir işverenin işyerinde çalışmasını engelleyen hükümler iş sözleşmesine konulamayacaktır. Ayrıca geçici işçi ile yapılacak iş sözleşmesinde, işçinin ne kadar süre içerisinde işe çağrılmazsa haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği belirtilmelidir. Bu

11 CANIKLIOĞLU, s. 127; Ercan AKYİĞİT, **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Ankara, 1995, s. 123; Sarper SÜZEK, “İş Akdinin Türleri”, **Mercek**, Yıl:6, Sayı:22, Nisan 2001, s. 32; TUNCAY, **Ödünç İş İlişkisi**, s. 57-58.

12 Hülya AKINTÜRK TÜRKMEN, “İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiyeye Devri: Ödünç İş İlişkisi”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak/Nisan 1999, s. 146; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU & Muhittin ASTARLI & Ulaş BAYSAL, **İş Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s. 375.

sürenin üç ayı geçemeyeceği kanuni düzenlemede kabul edilmiştir. Bu durumda işçinin işe çağrılmak üzere geçireceği bekleme süresince iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edilecek ve iş sözleşmesinde belirlenen bu süre en fazla üç ay olabilecektir. Bu döneme ilişkin özel istihdam bürosu ile geçici işçi aralarındaki iş sözleşmesinde ücretin tamamının veya bir kısmının ödenmeye devam edileceği gibi özel koşullar koyabilecekleri gibi özel istihdam bürosunun bekleme süresince ücret ödemeyeceğini de kararlaştırabilirler. İşçinin iş sözleşmesinde belirlenen bekleme süresinin sona ermesi ile iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı doğacağı ve haklı nedenle feshe bağlanan hukuki sonuçları talep edebileceği kabul edilmelidir. Örneğin işçi eğer bir tam yıllık çalışma koşulunu karşılamaktaysa özel istihdam bürosundan kıdem tazminatını talep edebilecektir. Kıdem tazminatının hesabında taraflarca bekleme süresince sözleşmenin askıda olacağı kabul edilmişse kıdem tazminatı hesabına esas süreye bekleme süresinin katılmaması gerekir. Yasa ile belirlenen en fazla üç aylık bekleme süresinin sonunda iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı sadece işçiye tanınmıştır. Bu süreden önce işçinin iş sözleşmesinin feshi usulsüz fesih olacak ve işçi ihbar tazminatı ödeme yükümlüsü kabul edilecektir. İş sözleşmesi ile belirlenen bekleme süresi içinde iş sözleşmesinin özel istihdam bürosunca feshi halinde de özel istihdam bürosu bakımından ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Ayrıca bekleme süresinin dolmasına rağmen işçinin işe çağrılmama ihtimalinde de iş sözleşmesinin özel istihdam bürosunca feshedildiği kabul edilerek geçici işçiye ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması halinde kurulan geçici iş ilişkisinde, geçici işçi çalıştıran işveren işyerinde bir ayın üzerinde çalışan geçici işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle, özel istihdam bürosu ise ücretin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak geçici işçi çalıştıran işverene ibraz etmekle yükümlüdür. Geçici işçi çalıştıran işveren, ödenmeyen ücretler mevcut ise bunlar ödenene kadar özel istihdam bürosunun alacağını ödemeyerek, özel istihdam bürosunun alacağından mahsup etmek kaydıyla geçici işçilerin en çok üç aya kadar olan ücretlerini doğrudan işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlü tutulmuştur. Ayrıca geçici işverenin böyle bir durumda ücreti ödenmeyen işçiler ve ödenmeyen ücret tutarlarını çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne bildirmesi gereklidir.

Özel istihdam bürosu ile iş sözleşmesi akdederek geçici işçi olarak bir başka işveren nezdinde geçici süreliğine iş görme borcunu ifa eden işçinin ücretinin korunmasına yönelik olarak madde içeriğinde yapılan düzenleme sadece belirtilenden ibarettir. Maddenin son fıkrasında alelade geçici iş ilişkisine yöne-

lik düzenleme içeriğinde işçinin ödemeyen ücretinden geçici işveren ile birlikte devreden işvereni birlikte sorumlu tutan hüküm benzeri bir düzenleme mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik düzenlemeler arasında mevcut değildir. Bu nedenle mesleki anlamda geçici iş ilişkisine taraf olan özel istihdam bürosu ile geçici işverenin geçici işçinin ödemeyen ücretinden birlikte sorumlu tutulamayacağı ancak birlikte sorumluluk halinin madde içeriğinde düzenlenmemesinin de isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu durumda işçinin ücreti ve devletin vergi ve sosyal güvenlik primlerine ilişkin olarak teminatı sadece özel istihdam bürosunun mesleki anlamda geçici iş ilişkisi faaliyeti görmek üzere başvuru esnasında göstermiş olduğu teminatı olarak somutlaşmaktadır. Kanun ile değiştirilen 4904 sayılı Kanununun 17. maddesi düzenlemesine göre özel istihdam bürosunun aracılık faaliyetinin iptal edilmesi halinde alınan teminat, sırasıyla işçi alacakları ile vergi dairesi ve Sosyal Güvenlik Kurumunun özel istihdam bürosundan olan alacaklarını karşılamak üzere kullanılacaktır. Bu durumda ücreti ödemeyen işçi, hukuki yolları takip ederek alacağını işvereni olan özel istihdam bürosundan tahsili yönünde takibe girişebileceği gibi ancak özel istihdam bürosunun faaliyet izninin iptali sonrasında özel istihdam bürosunun göstermiş olduğu teminattan da ücret alacağını öncelikli olarak alma hakkına sahip olabilecektir.

Kanuni düzenleme sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen geçici iş ilişkisinin devam etmesi hâlinde, geçici işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılacağını hüküm altına almıştır¹³. Bu durumda özel istihdam bürosu işçinin geçici iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sadece kendisi ile iş sözleşmesine taraf olduğu sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere sorumlu kılınmıştır.

Geçici işçinin, geçici işvereninden özel istihdam bürosunun hizmet bedeline mahsup edilmek üzere avans veya borç alamayacağı yasa ile kabul edilmiştir. Geçici işçinin aylık ücretini ödeme yükümlülüğü temel olarak iş sözleşmesine taraf olan işvereni, özel istihdam bürosunun sorumluluğundadır. Bu nedenle geçici işçiye koşulları sağlaması halinde (TBK 406/f.4 hükümleri uyarınca) avans ödemesinde bulunması gereken işvereni olan özel istidam bürosudur. İşçinin aylık ücretinin geçici işçi sağlama sözleşmesi ile geçici işveren tarafından ödeneceğinin kararlaştırıldığı hallerde işçinin avans talebi konusunda Türk Borçlar Kanunu hükümleri dikkate alınarak geçici işverenin avans konusunda yönetim hakkı çerçevesinde işlem tesis edebileceğinin kabulü gerekir. Ancak bu durum-

13 Alelaide geçici iş ilişkisinde geçici işçinin ödünç süresi sonunda eski işyerine dönmemesi halinde ortaya çıkan hukuki duruma ilişkin değerlendirmeler ve emsal duruma ilişkin Yargıtay karar örneği için bkz. NAZLI, s. 65-68 dipnot 125.

da işçiye ödenecek ücret geçici işçinin geçici işveren yanında gördüğü hizmetin karşılığı olacak olup, ödenecek avansın özel istihdam bürosunun hizmet bedeli ile ilişkilendirilmesi kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır.

Geçici işçi çalıştıran işverene mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik yapılan düzenlemede bazı hak ve yükümlülükler öngörülmüştür. Bu hak ve yükümlülükler; işin gereği ve geçici işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak geçici işçiye talimat verme yetkisi, işyerindeki açık iş pozisyonlarını geçici işçisine bildirme ve Türkiye İş Kurumu tarafından istenecek belgeleri belirlenen sürelerle saklama, geçici işçinin iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini özel istihdam bürosuna derhâl, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümleri doğrultusunda ilgili mercilere bildirme yükümlülüğü şeklinde somutlaşmıştır. Ayrıca geçici işveren; işyerindeki geçici işçilerin istihdam durumuna ilişkin bilgileri varsa işyeri sendika temsilcisine bildirme, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 17 nci maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen eğitimleri vermekle ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken tedbirleri almakla, geçici işçi de bu eğitimlere katılmakla yükümlüdür.

Geçici işçiler çalıştıkları dönemlerde, çalışmakta oldukları geçici işverenlerin işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince, çalışmadıkları dönemlerde ise özel istihdam bürosunca sağlanan eğitim ve çocuk bakım hizmetlerinden yararlandırılacaklardır. Düzenlemeye göre geçici işçilerin geçici işveren yanında çalıştıkları süre boyunca geçici işverenin iş sözleşmesi ile istihdam etmiş olduğu işçilerine sağlamış olduğu sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırılmaları kanun hükmü gereğidir. Kanun koyucunun geçici işçiler ile geçici işverenlerin işçilerine yönelik eşit davranma ilkesi kapsamında yükümlülüğü öncelikli olarak işyerindeki sosyal hizmetler olarak belirlenmiştir. Bu hükmün tam anlamıyla kapsamını belirlemek önemlidir. Kanaatimizce kanun koyucunun geçici işçilerin eşit muamele ilkesince yararlanacaklarını öngördüğü türden kazanımlar karşılığı para ile ödenmeyen türden kreş, eğitim, yemek, servis gibi yardımlardır. Sosyal hizmet olarak değerlendirilebilecek türden yardımlardan geçici işçiler, geçici işveren yanında çalıştıkları müddetçe eşit muamele ilkesince istifade edeceklerdir. Geçici işverenlerin mevcut işçileri ile geçici işçilere yönelik eşit davranma yükümlülükleri sadece sosyal hizmet olarak değerlendirilebilecek türden kazanımlar ile sınırlı düşünülmemelidir. İşverenin iş sözleşmesi ile çalıştırdığı işçileri bakımından eşit davranma yükümlülüğü genel olarak 4857 sayılı Kanun 5. maddesinde düzenlenmiştir. İş Kanununda düzenlenen eşit davranma ilkesi kapsamı itibarı ile işverene iş sözleşmesi ile bağlı çalışanları ilgilendirir. Bu kapsamda işvereni özel istihdam bürosu olan işçiler açısından geçici işverenin kendi işçileri ile geçici işçiler arasında eşit davranma yükümlülüğü kanun

maddesinde kabul edilen sınırlar dâhilinde mevcuttur. AB'nin konuya ilişkin 2008/104 sayılı Direktifinin 5. maddesinde düzenlenen eşit davranma ilkesi uyarınca; mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimi ile çalışan işçilerin temel çalışma ve istihdam koşulları, geçici işverenin işyerinde bulunacakları görevlendirme süresi boyunca, aynı işi görmek üzere işyerinde devamlı surette çalışmak üzere istihdam edilmiş olmaları halinde elde edecekleri kazanımlarına asgari eş düzeyde olmalıdır. Düzenlemenin ortaya çıkardığı önemli bir diğer sonuç geçici işçiler bakımından geçici işveren yanında çalışılan süre boyunca eşit davranma ilkesinin gözetileceği alanın sadece sosyal hizmetlerle sınırlı olmadığıdır. Ayrıca geçici işçinin, geçici işveren yanında devamlı çalışan işçilerle temel çalışma koşulları bakımından da eşit olanaklara sahip kılınmaları gerekmektedir. İşyerinde devamlı çalışan emsal işçi ile geçici işçi arasında çalışma koşulları bakımından farklılığın hukuken geçerli olarak kabulü, bu tip istihdam ilişkisinin, işyerinde aynı özelliklere sahip ve aynı işi gören iki farklı tip işgücünün oluşmasına neden olacaktır. Bu durum mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin, geçici işçiler adına hak kaybına yol açacak biçimde kullanılması sonucunu doğuracaktır. Bu durum aynı zamanda işverenlerde, işyerinde devamlı çalışan işçi istihdam etmekten kaçınma, yeni iş olanakları yaratmanın önüne geçme tehlikesini de içermektedir. İşyerinde aynı özelliklere sahip, aynı işi gören ve farklı ücretlendirilen iki farklı grubun oluşmasının, bu tip istihdam ilişkisinin sağladığı bir esneklik ve bu esnekliğin de işyerinin ihtiyacı olarak değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Bu tip istihdam ilişkisinin işverenlere sağladığı esneklik, geçici işverenlerin fesih hükümleri ile bağlı olmamasıdır. Başka bir ifade ile sözleşmenin sona erdirilmesinde geçici işverenler üzerinde fesih maliyetinin bulunmayışının esneklik adına yeterli ve önemli olduğu kanaatindeyiz. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi ile işçi istihdamı, ucuz bir istihdam kaynağı değil pahalı bir çözüm ancak esnek bir istihdam biçimidir. Kanunda sosyal hizmetler bakımından açık bir şekilde belirtilen eşit muamele ilkesi konu temel çalışma koşulları olduğunda farklı bir düzenlemeye konu edilmiştir. Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı halinde sağlanacak koşulların altında olamaz. Düzenleme bu hali ile temel çalışma koşulları bakımından da geçici işçi ile geçici işverenin işçileri arasında eşitlik öngörmektedir. Ancak hükmün bir sakıncası geçici işçilerin geçici işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı halinde sağlanacak koşullar olarak belirlenen eşit davranma yükümlülüğününün geçici işçiler ile daha önceden istihdam edilmiş olan aynı işi yapanlar arasında eşit davranma yükümlülüğününün mevcut olmadığına ilişkin yorumlanmaya müsait lafza sahip olmasıdır. Ancak hükmü eşit davranma yükümlülüğünden ayrılmayı haklı kılacak objektif nedenlerin dışında başkaca bir nedene dayalı olarak

keyfi ayırma sebep verecek biçimde yorumlamadan geçici işverenin geçici işçiler ile aynı işi yapan işçiler arasında eşit davranma yükümlülüğünün mevcut olduğu şeklinde yorumlamamız daha isabetli olacaktır. Hükümün belirttiğimiz ekseninde yorumlanması 2008/104 sayılı Direktifin 5. maddesi ile uyum bakımından da gereklidir. Temel çalışma koşulları; başta ücret olmak üzere karşılığı para olarak sağlanan sosyal hakları kapsadığı kabul edilmelidir. Bu durumda farklı işverenlere tabi olarak aynı işyerinde belirli bir süre birlikte çalışan iki grup işçi, aynı işi yaptıkları takdirde eşit maddi olanaklarda istifade edeceklerdir. Hükme aykırılık özel olarak düzenlenmemiş olsa da emsal bir durumda 4857 sayılı Kanunun 5. maddesi hükümleri uygulanarak geçici işçinin mahrum kaldığı hakları ve tazminatı geçici işverenden talep edebileceğinin kabulü gerekmektedir.

B. Geçici İşçi İstihdamına Başvurulabilecek Hallere İlişkin Düzenlemeler

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimi ile geçici işçi istihdamına hangi hallerde başvurulacağına ilişkin sınırlandırmalar uluslararası mevzuat örneklerinde mevcuttur. Bu durumun temel nedeni, geçici iş ilişkisinin devamlılık arz eden standart/normal istihdam ilişkisinin rakibi olarak değil tamamlayıcısı olarak değerlendirilmesi olmuştur. Her ne kadar standart dışı istihdam biçimlerinin tercihinde artış görülmekteyse de, günümüzde halen iş hukuku düzenlemelerinde, devamlılık arz eden, tam zamanlı, belirsiz süreli iş sözleşmesine dayalı çalışma tipi esas alınmaktadır. Bu nedenle istisnai olarak başvurulabilecek bir istihdam biçimi olarak düzenlenen mesleki anlamda geçici iş ilişkisine başvurulabilecek durumların isabetli biçimde kanunda sayılması tercih edilmiştir. Kanunda düzenlenen ve belirtilen haller dışında başkaca hallerin mesleki anlamda geçici iş ilişkisine imkan tanıyan hal olarak yorum yolu ile tanınmasına hukuken cevaz verilmemelidir. Kanuni düzenleme içeriğinde; İş Kanununun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 74 üncü maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde, mevsimlik tarım işlerinde, ev hizmetlerinde, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde, iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde, işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde, mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâlinde, mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin kurulabileceği yasa ile düzenlenmiştir. Kanunda mesleki anlamda geçici iş ilişkisine başvurulabilecek haller sınırlı olarak belirtilmişse de oldukça kapsamlı olarak başvurulacak hallerin belirlendiği tespit edilmektedir. Özellikle işletmenin ortalama mal ve hizmet üretimin kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde artması halini tespiti

yarar verilerin ne şekilde objektif biçimde belirleneceği tam olarak anlaşılama-maktadır. Öngörülemeyen nitelikteki artışı mevcut işçilerin fazla mesai yaparak dahi karşılayamadığı bir ihtimalin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçü olarak mı değerlendirileceği yoksa fazla mesaiye başvurmadan doğrudan geçici işçi istihdamına başvurulabileceğinin kabulünün doğru olacağı tartışılabilir. Kanaatimizce işyerindeki mevcut işgücünün yetersiz kaldığı durumlarda ancak geçici işçi istihdamına istisnai olarak başvurulabilmelidir. Bu noktada önemli olan husus kanunda belirtilen hallerden birini girmeyen herhangi bir nedene dayalı mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimi ile işçi temin edilmesi halinde ya da kanunda belirtilen koşula dayalı olarak işçi temin edilmiş olsa da aslında koşulların karşılanmadığının iddia edildiği durumlarda ne olacaktır? Emsal bir durumda geçici işçi ile özel istihdam bürosu arasındaki hukuki ilişkinin muvazaa nedeniyle geçersizliğinin tespiti ile geçici işçinin başlangıçtan itibaren geçici işveren işçisi olarak kabulünün yerinde olacağı kanaatindeyiz.

C. Geçici İşçi İstihdamının Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler

1. Geçici İşçinin Çalışacağı Sürenin Sınırlandırılmasına İlişkin Düzenlemeler

Kanunda mesleki anlamda geçici iş ilişkisine başvurulabilecek hallerle ilişkin sınırlandırmalardan başka bu hallerde de hukuki kuruma ancak belirli süre ile başvurulabileceğine dair bir başka sınırlandırma hükmü daha mevcuttur. Düzenlemeye göre geçici işçi sağlama sözleşmesinin süre bakımından sınırı; ebeveynlerden bir tanesinin 4857 sayılı Kanununun 13. maddesi beşinci fıkrası kapsamında kısmi süreli çalışmaya yönelik hakkı kullandığı ya da bayan işçinin İş Kanununun 74. maddesine göre ücretli ya da ücretsiz izinli olduğu, erkek işçinin iş sözleşmesini feshetmeyerek, ücretsiz izinli olarak kabul edildiği askerlik dönemi ile iş sözleşmesinin askıda kabul edildiği diğer askı hallerinin devamı müddetidir. Mevsimlik tarım işleri ile ev hizmetlerine yönelik olarak geçici işçiliğe başvurulması halinde kanun koyucu herhangi bir süre öngörmemiştir. Yasada özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici işçi temini imkânı tanınan ve yukarıda belirttiğimiz diğer hallerde ise en fazla dört ay süreyle geçici iş ilişkisi kurulabilir. Bu durumlarda geçici işçi sağlama sözleşmesi mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları halinde başvurulacak geçici iş ilişkisi hariç toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki defa yenilenebilir. Geçici işçi çalıştıran işveren, belirtilen sürenin sonunda aynı iş için altı ay geçmedikçe yeniden geçici işçi çalıştıramaz.

2. Çalıştırılabilecek Geçici İşçi Sayısının Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisine işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması nedeniyle başvurulması durumunda geçici iş ilişkisi ile çalıştırılan işçi sayısı, işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemeyecektir. İşyerinde çalışan işçi sayısının on ve daha az olması ihtimalinde ise belirtilen sınırlandırma dikkate alınmaksızın beş işçiye kadar geçici işçi istihdamına imkân tanınacağı yasal düzenleme gereğidir. İşyerinde kaç işçinin çalıştığının tespiti sürecinde eğer geçici işçi temin edecek işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar var ise bu tip sözleşme ilişkisi içerisinde çalışanların çalışma süreleri dikkate alınarak önce tam süreliye dönüştürülmeleri sonra işçi sayısının tespitine girilmelidir. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi ile istihdam edilen geçici işçi işverenlere engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu yükleyen İş Kanununun 30. maddesi uygulanmasında özel istihdam bürosu ve geçici işçi çalıştıran işverenin işçi sayısına dahil edilmeyecektir. İş Kanununun 30. madde düzenlemesi Anayasanın 50. maddesi düzenlemesinin bir gereğidir. Anayasanın 50. maddesi 2. fıkrası “Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” düzenlemesini içermektedir. Sosyal devlet ilkesi, devlete toplum içerisinde özel olarak korunması gerekli bazı kesimleri koruyucu düzenlemeler yapma yükümlülüğü yüklemektedir. Koruma hükümlerinin kapsamı çalışma hayatına ilk giriş dönemini kapsayıcı nitelikte olabileceği gibi iş ilişkisinin kurulmasından sonra geçecek çalışma dönemine ilişkin düzenlemeler de iş hukuku mevzuatımız içerisinde tespit edilmektedir. Anayasanın 50 maddesi düzenlemesinin bir gereği olarak bedeni yetersizliği olanların çalışma hayatına ilk giriş dönemini kapsayıcı bir hüküm olarak İş Kanunu 30. Madde hükmünün özel istihdam bürosu bakımından uygulanmayacağına kabulü kanaatimizce isabetli olmamıştır. Bu kapsamda geçici işçi çalıştıran işveren bakımından herhangi bir yükümlülüğün varlığı kabul edilemeyecektir. Zira geçici işçi özel istihdam bürosunun işçisidir. Geçici işçi ile iş sözleşmesi yapan taraf özel istihdam bürosudur. Bu nedenle iş sözleşmesinin tarafı olan işvereni olan özel istihdam bürosu bakımından İş Kanununun 30. maddesinden doğan yükümlülüklerin doğacağı kabul edilmelidir. İş Kanununun 30. maddesi ile amaçlanan faydanın üzerinde belirtilen istisnayı haklı kılacak bir nedenin varlığı bulunmamaktadır. Ayrıca İş Kanunu 30. maddedeki yükümlülükler bakımından özel istihdam bürosunu diğer işverenlerden ayırarak ayrıcalıklı hale getirmeyi haklı gösterecek objektif bir temel de mevcut olmadığı kanaatindeyiz. Bu durum Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık olarak da değerlendirmeye müsait bir durum yaratmaktadır. Özel istihdam büroları diğer

işverenlere nazaran İş Kanununun 30. Maddesinin işverenlere yüklediği yükümlülüklere en kolay biçimde uyum sağlayacak grubu oluşturur. Buna rağmen İş Kanunu 30. madde uygulaması dışında tutulmaları belirttiğimiz gerekçe ile de isabetli değildir.

3. Geçici İşçi İstihdamına Başvurulamayacak Haller

Ayrıca İş Kanununun 29. maddesi kapsamında toplu işçi çıkarmaya başvurulmuş olması halinde toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süresince, kamu kurum ve kuruluşları ile yeraltında ve maden çıkarılan işyerlerinde mesleki anlamda geçici iş ilişkisine başvurulamayacaktır. Geçici işçinin çalışmakta olduğu işyerinde grev ve lokavta başvurulması halinde Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 65. Maddesi hükümleri saklı kalmak kaydı ile geçici işçi çalıştırmayacaktır.

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik sınırlandırıcı hükümlere yönelik kanunda düzenlenen bir başka özellikli durum geçici işçi çalıştıran işveren bakımından öngörülmüştür. Geçici işçi çalıştıran işveren, iş sözleşmesini feshetmiş olduğu işçisini fesh tarihinden itibaren en erken altı ay geçtikten sonra geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırabilir. Bu ihtimal ancak iş sözleşmesi feshedilen işçinin geçici işçi sağlama sözleşmesine taraf özel istihdam bürosu ile iş sözleşmesine taraf olma durumunda gerçekleşecektir. Ancak her ne kadar yasada bu tip bir durum işverenin eski işçisi bakımından büro aracılığı ile iş sözleşmesinin fesh tarihinden itibaren altı ay geçtikten sonra yeniden işbaşı yapabileceği gibi anlaşılabilirse de bu ihtimalde dahi işverenin eski işçisinin daha kötü şartlarda çalıştırılmasına yol açacak biçimde kötüye kullanılma ihtimalinde tıpkı iş kanunun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren hukuki ilişkisinde öngörüldüğü gibi bu durumun muvazaaya karine teşkil edeceğinin kabulü ile büro aracılığı ile işbaşı yapan işçinin başlangıçtan itibaren geçici işverenin işçisi olarak kabulünün uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira asıl işveren alt işveren hukuki ilişkisine yönelik düzenlemede de asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı belirtilmiştir. Emsal bir durumda genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görecekları yasa hükmü gereğidir. Belirttiğimiz düzenleme emsal bir duruma maruz kalan geçici işçi bakımından da uygulanabilir niteliktedir. Bu nedenle yargı organlarınca benzer bir hukuki ihtilafın çözümü sürecinde İş Kanunu 2. madde düzenlemesi emsal alınarak hukuki ihtilafın halli yoluna gidilmesinin geçici işçiliğin kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından önemli bir işlev göreceği kanaatindeyiz.

V. SONUÇ

Son yıllarda işçi işveren ilişkilerinde yaşanan değişimin iş hukuku alanında yarattığı temel sonuçlardan bir tanesi “geleneksel” ya da “standart” olarak nitelendirilen klasik iş ilişkisinden, standart dışı olana kayış olarak belirtilebilir. Standart iş ilişkisi kısaca; iş görme borcunun belirsiz süreli sözleşme ile tam zamanlı çalışma esasına dayalı olarak tek bir işverene hasredildiği ve sözleşmenin keyfi nedenlerle sonlandırılmasının kısıtlandığı, iş güvencesine sahip iş ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Zamanla standart iş ilişkisi katı hükümlere sahip olduğu için eleştirilmiş, işletmelerin değişen rekabetçi özelliğe sahip ekonomik ortama adaptasyonunu güçleştirici olmakla suçlanmış, alternatif olarak da esnek çalışma modelleri yeni alternatif çalışma modelleri olarak ortaya atılmıştır. Esnek çalışma modelleri sosyal ve ekonomik olarak birer gerçeklik olarak çoğunlukla fiili olarak uygulama ile ortaya çıkmalarından sonra yasal mevzuatlara taşınmışlardır. Bu tip çalışma biçimleri açısından belirtilmesi gereken önemli bir durum, esnek çalışma modellerinin günümüzde iş hukukunun geleceği açısından değişimin yönünü ortaya koyduğu gerçeğidir.

İş hukuku ilkeleri, yeni ortaya çıkan esnek çalışma biçimleri sonrasında, temel felsefesi olan işçilerin korunması prensibine aykırı tutumlara göz yummamak ve endüstriyel ilişkilerin düzenlenmesi konusunda ortaya kötü sonuçların çıkarmaması bakımından hala önemli işlevini sürdürmektedir. Tarihi süreçte, birçok ülke belirli bir süre yeni ortaya çıkan esnek çalışma biçimlerini kabul etmeme, göz ardı etme yoluna gitmiş ve standart dışı ya da atipik olarak adlandırarak, bu tip istihdam biçimlerini düzenleme dışı bırakmıştır. Ancak, bu yaklaşım sonucunda atipik istihdam biçimlerini düzenlemedeki isteksizlik ve yer yer kabul edilen yasaklamalar, esnek çalışma biçimlerinin ortaya çıkardığı olumlu sonuçların varlığının fark edilmesini engelleyememiştir. Esnek çalışma biçimlerinin sağladığı kazanımların fark edilmesi, bu tip çalışma biçimlerini anlama ve düzenleme gerekliliğini doğurmuştur. Esnek çalışma biçimlerinin kabulünü, bu tip çalışma biçimlerini tercih edenler için gerekli asgari sosyal koruma hükümlerini de içerir biçimde düzenlemeler yapılması takip etmiştir. Türk hukukunda 6715 sayılı Kanunla düzenlenen mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimi esnek çalışma biçimlerinden bir tanesidir. Yasalaşmasına kadar geçen sürede çokça tartışma konusu yapılmıştır. Düzenlenmemesi gerektiğinden nasıl düzenlenmesi gerektiğine dair yaşanan tartışmalar sonrasında ilk defa 6715 sayılı Kanunun kabulü ile hukuki temele sahip kılınmıştır. Kabul edilen düzenlemede Avrupa Birliğinin 2008/104 sayılı Direktifi temel alınmıştır. Kanun içeriğinde mesleki anlamda geçici iş ilişkisine hangi hallerde başvurulabileceğinden, süre sınırlandırılmasına ve başvurulamayacak hallerin belirlenmesi dâhil olmak üzere önemli

hükümler mevcuttur. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenlemeye yönelik hükümlerin kabulü son derece isabetli olmuştur. Özellikle fiili olarak uygulamada kontrolsüz biçimde var olan ve bu tip istihdam biçimi ile çalışanların ancak yargı içtihatları ile korunduğu bir dönemden, hukuki bir temele sahip meşru bir istihdam biçimi olarak uygulanacağı yeni döneme geçiş son derece önemlidir. Yeni düzenlemelerin yorumlanmasında gözetilecek yaklaşım ile tartışmaların yaşanması muhtemel özellikli durumlara ilişkin kanaat ve önerilerimiz daha çok bu tip istihdam biçiminin ucuz işgücü olarak değerlendirilmesi ile emek istismarının önüne geçilmesi isteğinin bir ürünüdür. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimi esnek çalışma biçimi olma özelliğinden başka bir yönü ile ön plana çıkacak biçimde gelişmemelidir. Yargı makamlarının da yasada tartışma yaratması muhtemel kimi durumlara yaklaşımlarındaki hareket noktası bu tip istihdam biçiminin ucuz işgücü aracı olarak istihdam piyasasına yerleşmesine olanak sağlayıcı olmamalıdır. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimi işletmelerin ihtiyacı olan esnek çalışma biçimlerinden biri olma yönü ile önemlidir. Özellikle yargılama makamları mesleki anlamda geçici iş ilişkisi hukuki kurumunun başkaca maksatlarla kullanımına cevaz vermemelidir.

KAYNAKLAR

- Akıntürk T., Hülya; “İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiyi Devri: Ödünç İş İlişkisi”, Yargıtay Dergisi, Ocak/Nisan 1999.
- Akyiğit, Ercan; İctihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2008.
- Akyiğit, Ercan; İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara, 1995.
- Alpagut, Gülsevil; “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:10, 2006.
- Alpagut, Gülsevil; “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike”, A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, Legal, 2005.
- Alpagut, Gülsevil; “AB’nde Güvenceli Esneklik ve Türkiye’de Yasal Düzenlemeler”, TİSK Akademik, 2008/I.
- Ata, Namık; “Özel Bürolar Geçici İstihdam İçin Aracılık Yapabilmeli”, İşveren, Cilt:43, Sayı:12, 2005.
- Başterzi, Fatma; “Özel İstihdam Büroları ve İtalya Örneği”, İşveren, Cilt:43, Sayı:12, 2005.
- Canbolat, Talat; “Genel Görüşme”, III. Yılında İş Yasası, Bodrum, 2005.
- Caniklioğlu, Nurşen; “Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2008.
- Dereli, Toker; “Batı Avrupa’daki Uygulamalar Işığında Dönemsel (Geçici) Çalışma ve Türkiye Üzerine Düşünceler”, İşveren, C:43, s:12, 2005.
- Dereli, Toker; “Geçici İş İlişkisinin Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Kurulmasına İlişkin Yeni Düzenleme Önerileri”, Sicil, Yıl:7, Sayı:25, 2012.
- Ekmekçi, Ömer; “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulma-

- şı, Hükümleri ve Sona Ermesi” Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, yıl: 2004.
- Ekmekçi, Ömer; “Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi” (Geçici İş İlişkisi), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2008.
 - Ekonomi, Münir; “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, 2008.
 - Engin, Murat; “Üçlü İş İlişkileri”, III. Yılında İş Yasası, Bodrum, 2005.
 - Eyrenci, Öner; Taşkent, Savaş; Ulucan, Devrim; Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, 2006.
 - Hekimler, Alpay; “Avrupa Birliği’nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi ve Türkiye için Değerlendirmeler”, Sicil, Yıl:8, Sayı:29, Mart 2013.
 - Kabakçı, Mahmut; “5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükümünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4.
 - Kutal, Gülten; “Türkiye’de İstihdam Politikaları, Esneklik ve Yeni İstihdam Türleri”, AB-Türkiye & Endüstri İş İlişkileri, (Edt: Alpay Hekimler), İstanbul, Ağustos 2004.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin; Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014.
 - Nazlı, Seçkin: Özel İş Aracılığı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
 - Odaman, Serkan; Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul, 2007.
 - Özdemir, Erdem; “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”, Sicil, Yıl 5, Sayı 18, 2010.
 - Süral, Nurhan; “Özel İstihdam Büroları”, İşveren, Cilt:43, Sayı:12, 2005.
 - Süzek, Sarper; “İş Akdinin Türleri”, Mercek, Yıl 6, Sayı:22, Nisan 2001.
 - Şahlanan, Fevzi; “Genel Görüşme”, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Çeşme, 2003.
 - Taşkent, Savaş; “Genel Görüşme”, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Çeşme, 2003.
 - Taşkent, Savaş; Kurt, Dilek; “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, Kamu-İş, C:13, S:1, 2013.
 - Tuncay, A. Can; “Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu”, AB-Türkiye & Endüstri İş İlişkileri, (Edt: Alpay Hekimler), Ağustos 2004, İstanbul.
 - Tuncay, A. Can; “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2003.
 - Tuncay, A. Can; Savaş, F. Burcu; “Özel İstihdam Büroları Gerçek ve Çağdaş Fonksiyonlarına Artık Kavuşmalıdır”, Mercek, Ekim 2007, Yıl:12, Sayı:48,
 - Uçkan, Banu; “Türkiye’de İş Aracılığı Hizmetlerinin Tarihsel Gelişim Sürecinde Kamu Tekelinin Kırılması”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 5, No 1, 2005.
 - Ulucan, Devrim; “Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2004/3.
 - Uşen, Şelale; Avrupa Birliğinde Ödünç İş İlişkisi: İtalya Uygulaması ve Türkiye, İstanbul, 2006.
 - Uşen, Şelale; “2008/104/Ec Sayılı Ödünç İş İlişkinine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2010/3.

ÖZET

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisine yönelik hükümlerin parlamentoda kabulü ile istihdam piyasasına yeni bir esnek çalışma biçimi daha dahil edilmiş ve önemli bir aşama kaydedilmiştir. Geçmişte mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenlemeye yönelik hükümleri yasalaştırmaya yönelik çabalar sonuçsuz kalmıştı. Ancak mesleki anlamda geçici iş ilişkisini ve özel istihdam bürolarının faaliyet alanını genişletmeye yönelik hükümleri içeren İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 6 Mayıs tarihinde parlamentoda kabul edilmiştir. Daha önce 2009 yılında mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenlemeye yönelik yasalaşan kanuni düzenleme işçi sendikalarının yoğun baskı ve itirazları neticesinde veto edilmişti. Şimdi 6715 sayılı Kanunun kabulü ile Türkiye İş Kurumundan izin alan özel istihdam büroları mesleki anlamda geçici iş ilişkisi istihdam biçimine taraf olabilecekler ve istihdam ettikleri işçilerini geçici iş sözleşmesi ile işverenlere tahsis edebileceklerdir. Makalede mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenlemeye yönelik hükümler değerlendirilmeye çalışılmıştır. Genel olarak; yasa ile kabul edilen yeni istihdam biçiminin hukuki temeli, başvurulabilecek özel haller, mesleki anlamda geçici iş ilişkisine taraf işveren sıfatına sahip özel istihdam bürolarının yetki ve sorumlulukları eleştirel bakış açısı ile ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu, geçici iş sözleşmesi, esnek çalışma yöntemleri.