

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

2 VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNDE SÖZLEŞMENİN KURULUŞU

Dr. Sheida JAVADKHANI

28 CİNSEL SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Av. Selenay KURT

42 MİRAS DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN
MİLLETLERARASI YETKİSİ (MÖHUK md. 43)

Av. Gamze KILDIR

84 PATENT HUKUKUNDA İHTİYATİ TEDBİRLER

Av. Mehmet Batuhan YÜCEL



VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNDE SÖZLEŞMENİN KURULUŞU

Dr. Sheida JAVADKHANI

GİRİŞ

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda (CISG) sözleşmelerin kurulmasına ilişkin hükümler, sözleşmenin ikinci bölümünü oluşturan 14. ve 24. maddeler arasında düzenlenmiştir. CISG, sözleşmenin kurulmasını geçerli bir önerinin ancak yine de geçerli bir kabul beyana tüm şartların sağlanmasıyla örtüşmesine tabi tutmuştur¹. Ayrıca CISG'nin 18. maddesinde bir sözleşmenin tarafların davranışından da kurulmasını mümkün kılmıştır². CISG'nin Klasik sistemi benimsemesi, modern teknolojiye uymaması, taraflar arasındaki ilişkiyi kesintiye uğratması ve tarafları sözleşmeyi istedikleri ölçüde ayrıntılı şekilde düzenlemekten alıkoyması gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bu sebeple “Milletlerarası Sözleşmelerde Elektronik Haberleşmenin Kullanılmasıyla İlgili Birleşmiş Milletler Antlaşması” ve Uluslararası Ticaret Odası'nın “ICC eTerms 2004” kurallarıyla tamamlanabileceği savunulmaktadır³.

¹ Türk- İsviçre Hukuk sistemi tarafından kabul olunan bu sistem klasik sistem olarak adlandırılmıştır. **SCHLECHTRIEM** Peter/**BUTLER** P., UN Law International Sales, Springer- Verlag Berlin-Heidelberg 2009, s. 65. **SCHLSINGER** Rudolf B., Formation of Contracts, A Study of the Common Core of Legal Systems, Vol. I, New York, London 1968, s. 125; **FARNSWORTH** E. Allan, The Formation of Contracts, www.cisg.law.edu, E.T 17/03/2017.

² **BUTLER** Allison E., A Practical Guide To The CISG: Negotiations Through Litigation, Aspen Publishers, 2007 supplement, s. 2; bu konuyla ilgili **Bkz.** Filanto, S.p.A v. Chilewich Int, I Corp., 789 F. Supp. 1229, 1237 (S.D.N.Y. 1992). Dava konusu: New York'lu bir şirket, Rus bir ticari şirkete ayakkabı satmayı kabul etmiş; taraflar sözleşmeden doğan ihtilafların Moskova'da tahkim yoluyla çözüleceğini kararlaştırılmışlardır. Sözleşmeyi yerine getirmek amacıyla New York'lu taraf sözleşmeyi yerine getirmek amacıyla, İtalyan üreticiyle bir çok anlaşma imzalamış. Rus şirketle yapılan sözleşmede bunların ekine konulmuş. İtalyan üretici teslim ettiği ayakkabıların bedelini almaması üzerine New York mahkemesine dava açmıştır. Fakat mahkeme kararına göre, New York'lu şirket ile Rus tarafı arasında yapılan sözleşmeye, İtalyan üreticisi de kabul da bulunmuş sayılmaktadır. Çünkü, Amerikan şirketi ile Rus şirket arasındaki sözleşme Amerikan şirketi ile İtalyan şirketi arasındaki sözleşmenin eki olarak konulmuş, İtalyan şirket buna itiraz etmemiştir. Karar metni için bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=9&step=Abstract>, E.T. 16/03/2017.

³ **HAHNKAMPER** Wolfgang, “Acceptance of an Offer in Light of Electronic Communication ”, www.cisg.law.pace.edu, erişim tarihi 16/03/2017, s. 148; **SCHWENZER** Ingeborg/**MOHS** Florian, “Sözleşmenin Kurulması”, Milletler Arası Satım Hukuku- Milletler Arası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Ed.: **ATAMER** Yeşim), İstanbul 2008, s. 85.

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde sözleşmenin kurulmasıyla ilgili şu şekilde açıklama yapılmıştır: *“Sözleşme tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur”*.

Türk Borçlar Kanunundaki söz konusu düzenleme CISG'nın sözleşmenin kurulmasıyla ilgili maddelerinden farklıdır. CISG'da sözleşmenin kurulması başlığı altında ilk maddede öneri ve geçerli bir önerini şartlarından bahsedilmiştir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde CISG'da önerinin taşınması gereken koşulları, bağlanma süresi, hangi durumlarda hüküm ve sonuç doğuracağı; ikinci bölümünde ise, kabul beyanı ile hüküm ve sonuç doğurması ele alınacaktır.

İlk Bölüm

Öneri

I. Önerinin Şartları

CISG. 14. maddesinde öneri ve önerini taşıması gereken koşulları açıklanmıştır. Bu maddeye göre, *“bir veya birden çok belirli kişiye sözleşmenin kurulması için yöneltilen bir teklif, yeterince kesin olması ve icapta bulunan kimsenin karşı tarafın kabulüyle bağlanma niyetine işaret etmesi halinde icap sayılır. Malların saptandığı ve açık veya örtülü olarak miktar ve semenim belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapıldığı teklifler yeterince kesin sayılır.*

Belirli olmayan kişilere yöneltilmiş teklif sadece icaba davet sayılır; meğerki teklifte bulunan aksini belirtmiş olsun.” Bu hükümden anlaşılacağı üzere CISG’da Türk Borçlar Kanununun aksine önerinin taşıması gereken koşullar açıkça düzenlenmiştir. TBK. sadece 3. ve 4. maddesinde süreli ve süresiz önerileri incelemiş ve 8. maddede ise, teklifin bağlanma kastıyla yapılması gerektiğini hükme bağlamış; ancak hangi tekliflerin öneri sayılacağını CISG’daki gibi tek bir maddede düzenlenmemiştir⁴.

CISG’nın 14. maddesinin birinci cümlesinde bir irade beyanının hangi şartlar altında öneri sayılacağını. İkinci cümlesinde önerinin geçerliliğinin bir şartı olan kesin olmasına detaylı bir şekilde açıklık getirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında icaba davet sayılan teklifleri belirtilmektedir; akabinde de, bu hükmün istisnası yer almıştır.

⁴ **ORAL** Tuğçe, Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmenin Kurulması, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 25.

Bahsedilen maddenin hükümlerinden yola çıkarak önerinin taşınması gereken koşulları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. İrade açıklamasının bir ya da birden çok belirli kişiye yapılması,
2. İrade açıklamasının kesin olması,
3. İrade açıklamasının bağlanma niyetinde yapılması⁵.

A. İrade Açıklaması Bir ya da Birden Çok Belirli Kişiye Yapılması

CISG'a göre bir sözleşmenin kurulması amacıyla açıklanan ilk irade beyanı, bir veya birden çok belirli kişiye yapılmış olması şartıyla sözlü, yazılı veya tarafların istedikleri her hangi bir şekilde yapılabilir⁶. Diğer taraftan; miktarın ve bedelin belirlenebilir olması yeterli iken; icabın muhatabının belirli olması gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, CISG'a göre de, irade beyanında bulunan kimsenin ve bu irade beyanını kabul edecek kimsenin kişi veya belirli bir kişi topluluğu olması gerekmektedir⁷. Bu kural Türk Borçlar Kanunundan farklıdır. Şöyle ki; TBK. m. 8'e göre, "*fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.*"

CISG'nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında belirli olmayan bir veya birden çok kişiye yapılan irade beyanının niteliği açıklanmaktadır. Böyle bir teklifin kabul edilmesi durumunda pratikte ortaya çıkacak olan uyuşmazlıkları engellemek amacıyla⁸, açıklanan irade beyanını öneri değil, yalnızca icaba davet mahiyetinde

⁵ BUTLER, s. 3; ORAL, s. 25, VURAL Balkıs, Formation of Contract According to the CISG, Ankara Bar Review, Vol. 6, Iss. 1, Y. 2013, s. 130.

⁶ ORAL, s. 25; BUTLER, s. 4; FRANSWORTH, 4.

⁷ VURAL, s. 130.

⁸ HONNOLD John, Uniform Law for International Sales Under the CISG, 3. Bası, Kluwer Law International, The Hague 1999, s.148 (Örneğin: bir satıcı sürü masraf yaparak ürünüyle ilgili broşür basıtırma belirsiz birkaç kişiye dağıtılmış, fakat aradan süre geçtikten sonra yoğun talep üzerini stoklar

sayılmıştır. Bu kural daha çok Anglosakson Hukuk Sistemine benzerdir⁹. Öneriye davet teşkil eden durumlara örnek olarak, ücret listeleri, el ilanları, kataloglar, gazete, televizyon ve radyo reklamları, internet üzerinde belirli olmayan kişilere yapılan teklifler verilebilir. Bunun istisnası CISG'nın 14. maddesinin son cümlesinde yer almaktadır. Burada eğer teklifte bulunan kişi teklifini belirli kişilere karşı yöneltilmiş olmamasına rağmen, bunun teklifin öneri niteliğinde olduğunu açıkça belirtirse, bu irade açıklaması da öneri sayılır¹⁰.

B. İrade Açıklamasının Kesin Olması

Bir teklifin öneri teşkil edebilmesi CISG. 14. maddesine göre, kesin olmasına bağlanmıştır. Nitekim bahsedilen düzenlemede, *“malların saptandığı ve açık veya örtülü olarak miktar ve semenin belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemelerin yapıldığı teklifler yeterince kesin sayılır”* hükmü getirilmiştir. Buna göre, öneri açık olabileceği gibi, örtülü bir irade beyanıyla da yapılabilecektir.

Teklifin kesinliğinin önemini vurgulanmak açısından, öneri kavramını incelenecek olursa, öneri, tarafların birinin diğerine yaptığı ve kabul edildiği takdirde sözleşmenin meydana gelmesini sağlayacak nitelikteki tekliftir. CISG'da önerinin bu anlamdaki önemi dikkate alınarak, önerideki objektif ve sübjektif esaslı noktaların kesin olmasını vurgulanmaktadır¹¹. Sözleşmeyi teşkil eden unsurlar, CISG'nın 14. maddesinde,

boşalmıştır. Satıcının tekrar stok yapacağı zaman fiyatların artışıyla karşılaşmıştır. Bu durumda belirsiz kişilere yapılan teklifin kabul edilmesiyle sözleşmenin kurulduğu kabul edilirse, satıcı fiyatlarını güncellemeden büyük bir zarara uğrayacaktır); **BUTLER**, s. 4.

⁹ **BUTLER**, s. 4.

¹⁰ **VURAL**, s. 130; **Oral**, s. 27; **BUTLER**, s. 4.

¹¹ **ORAL**, s. 29; **BUTLER**, s. 6; Switzerlandad 19 Aralık 1995Appellate Court Thurgau (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951219s1.html>); Davanın özeti: Avusturyalı bir imalatçının ürün dağıtıcısı olan İsviçreli davacının, İsviçreli bir müşteriyi ödemeyi yapmadığından dolayı mahkemeye vermiştir. İmalatçının iflasından sonra varılmamış istekler ve bundan çıkan zararlardan dolayı iddialara göre aranmaktadır. Müşteri, dağıtıcının dava açmada hakkını sorgulamış ve onun tarafı Avusturyalı

objektif esaslı unsurlar olan, mal, miktar ve semen olarak belirlenmiştir. Bu esaslı unsurlar, sübjektif ihtiyaçlar çerçevesinde doğal olarak arttırılabilecektir. Uygulama zamanı ya da taraflar arasında belirlenerek başka ayrıntılar da, süre, paketleme, ifa esasındaki mevzuata uygunluk gibi fiyatta değişikliğe sebep olduğundan esaslı unsur olarak nitelendirilebilir. Ancak CISG'a göre, çeşitli hükümlere bağlanmış noktaların, örneğin malın kalitesinin, paketin, gönderim zamanının ve yerinin, ödeme zamanının ve yerinin, önerinin içeriğinde ele alınması gerekmemektedir.

Yukarıda belirtilmiş olan objektif ve sübjektif unsurların yalnızca belirlenebilir olması yeterli karşılanmaktadır¹². Önerinin içeriğinin, hangi hususların esaslı nokta olduğunun ve kesinlik kavramının belirlenmesi, her zaman kolay olmayabilir. Bu durumda CISG'ın sözleşmenin yorumlanması hükümlerine, özellikle yedinci, sekizinci ve dokuzuncu maddelerine başvurulmalıdır¹³.

İlaveten, bir önerinin geçerli olması için yeteri kadar kesin olması gerektiğinden, önerinin yeteri kadar kesin yapıldığının ispatlanması, öneriyi yapan taraf yükümlülüğü altındadır¹⁴.

şirket olduğunu ileri sürmüştür. Burada icap ve kabulün şirketin antetli kağıdı üzerinde, müşteri ve şirket arasında yapılmasını iddia edilmiştir. Mahkeme CISG'nın 8. maddesinden hareketle tarafların niyetlerini sözleşmenin yapılmasından bir satım sözleşmesi olduğuna yorum yapmıştır. Fakat; CISG kapsamında inikat edilen sözleşmelerin sadece satım sözleşmesi olduğundan, temsilcilik sözleşmesi bu anlaşma kapsamı dışında tutulacaktır. Mahkeme tarafların iradelerini incelemekte, Avusturyalı şirketin İsviçreli müşterinin satım niyeti sözleşme yapmak istedikleri ve burada davacının sadece ödemeyi tahsil etmekte yetkili olduğunu ortaya çıkartmıştır. Dolayısıyla davacının taraf olduğu iş yüklenme sözleşmesi CISG hükümlerince değil, Avusturya'nın yerli hukukuna tabi tutulacaktır.

¹² CISG. 14. madde. 2. fıkrası.

¹³ ERDEM, § 3; BUTLET, s. 6.

¹⁴ SCHLECHTRIEM Peter/SCHWENZER Ingeborg, Commentray on the UN- Convention on the International Sale of Goods, 2. Ed., Oxford University Press, Oxford 2005, Art. 14, Nr.7.

1. Sözleşme Konusu Mal Bakımından Kesinlik

Sözleşme konusu malın kesin olarak belirlenmesi gerektiği, CISG'nın 14.maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde açıkça ifade edilmiştir. Malın kesin olarak belirlenmesi, sözleşme konusu olan malın tarafların veya yapılacak olan anlaşmayla mal sağlanacak olan üçüncü kişilerin isteğine göre ayrıntılı olarak tanımlanması vasıtasıyla mümkün olabilecektir. Ancak tarafların iradelerine göre, yalnızca malın cinsinin belirlenmesiyle de yetinilebilecektir.

Türk Hukuku'na göre de, satım konusu malın belirlenebilir olması yeterlidir¹⁵. Bunla beraber sözleşme konusu malın tüm detaylarıyla belirlenmediği durumlarda, ifa anında, malın kalitesi başta olmak üzere, birçok konuda sorunlar çıkmaktadır. Bu kapsamda, konu itibariyle önerinin içeriğinden bağımsız olarak, esaslı unsurların belirlenmemesi, sadece belirlenebilir bırakıldığı durumunda, CISG'nın 14. maddesinin, 35. maddesiyle birlikte değerlendirmeye alınması uygun olacaktır. Kuşkusuz tarafların yaptıkları sözleşmede sübjektif bakımından önemli olan noktaları belirleme ve bu noktalara göre malın kalitesi bakımından gerekli olan en düşük şartları hüküm altına almak mümkündür. Ancak böyle bir durumda CISG'nın sözleşmenin kurulmasıyla ilgili maddeleri değil, ayıplı mal teslimiyle ilgili maddesi olan 35. Madde uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu halde dahi, malın kalitesi açısından tam belirli olmayan bir saptama yapılması durumunda, borçlu olan taraf, sorumlu tutulmayacaktır¹⁶.

2. Sözleşme Konusu Olan Malın Miktarı Bakımından Kesinlik

¹⁵ EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yanırları, Ankara 2015, s. 254.

¹⁶ BUTLER, s. 6.

Sözleşme konusu malın belirlenmesindeki kesinlikte olduğu gibi sözleşme konusu malın miktarı bakımında da belirlilik, “belirlenebilirlik” olarak algılanmalıdır¹⁷. Belirlenebilir öneride ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, güven ilkesine göre yorum yapılması gerekecektir. Buradaki güven ilkesinden iyi niyet değil, dürüstlük kuralı anlaşılmalı gerekecektir. Sözleşmenin güven ilkesine göre yorumlanabilmesi için de malı kullanacak olan kişinin amacı göz önünde bulundurulmalıdır¹⁸.

3. Sözleşme Konusu Malın Fiyatı Bakımından Kesinlik

TBK'nın 207. maddesinin üçüncü fıkrasında durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir. Şeklindeki düzenlemenin CISG'da da benzerdir. CISG'a göre, bir önerinin geçerli bir öneri olabilmesi için, malın fiyatının da kesin olması gerekmektedir¹⁹. Malın fiyatı, sözleşmeyle satımı öngörülen malların tamamı için belirlenebileceği gibi, parça başına da belirlenebilecektir. İlâveten malın fiyatı konusunda, fiyat listelerine, kataloglara, borsaya, rayiç bedele ya da belirli fiyat sınırlamalarına göre anlaşmaya varabileceği gibi, taraflar arasında süregelen uygulamalara veya teamüllere uygun olarak da malın fiyatı konusunda kesinlik sağlayabilecektir.

¹⁷ Secretariat Commentary (closest counterpart to an Official Commentary), Guide to CISG Article 12, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-12.html>, erişim tarihi 17/03/2017.

¹⁸ **POWERS** Paul J., “Defining the Undefinable; Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods”, Journal of Law and Commerce, 1998-1999, S. 18, C. 333 vd. www.heinonline.org/HOL/page?handel=hein.journals, erişim tarihi 17/03/2017.

¹⁹ Alman 4 Mart 1994 Appellate Court Frankfurt, [www.http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940304g1.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940304g1.html), bu kararda taraflar fiyat konusunda bir anlaşmaya varmadıkları için, mahkemece sözleşme kurulmamış sayılır.

Burada CISG'nın 55. maddesine göz atmak yerinde olacaktır. 55. maddeye göre, sözleşme açıkça veya örtülü olarak semen belirlenmeksizin veya semenin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme içermeksizin geçerli olarak kurulmuşsa, aksine herhangi bir emare bulunmadıkça, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata örtülü olarak gönderme yapmış oldukları var sayılır.

Avusturya Yüksek Mahkemesi kararında da anlaşılacağı üzere, 55. maddeyle taraflar arasında fiyatın belirlenmemesi ya da belirlenebilir hale getirilmemesi durumunda, rayiç bedel üzerinden satım yapıldığı konusunda bir karine getirerek sözleşmenin ayakta tutulmasını istemiştir. Her ne kadar sözleşmenin ayakta tutması CISG'nın temel amacı olsa da, 14. ve 55. maddede birbirleriyle çelişmektedir. Daha açık bir ifadeyle, 55. maddenin uygulamasının ilk şartı geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeyken, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını sağlayan, ilk koşul olan geçerli bir önerinin şartları arasında 14. maddeye göre bedelin belirlenmesi yer almaktadır²⁰.

Bu konuyla ilgili farklı teoriler bulunursa da²¹, çözülmesi için iki durum söz konusudur. Bu durumlardan ilki, tarafların CISG'nın 6. maddesine dayanan sözleşme özgürlüğü ilkesine göre, sözleşmenin kurulması aşaması için, CISG dışında ve CISG'daki prosedüre aykırı bir metot seçmiş olmalarıdır. Böyle bir durumda, önerinin

²⁰ Austria: Supreme Court 1994, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941110a3.html>, erişim tarihi 17.03.2017. Bu davada Avustralyalı davalının Alman davacıya ortaya iyi kalite arasında yüksek miktarda çinçilya kürkü satacağı, sattığı her parça için ise 35 ile 65 Alman Markı arasında ücret alacağı öngörülmüştür. Avustralyalı satıcı, alıcıya 249 adet çinçilya kürkü göndermiş ve gönderdiği kürklerin 236 adedi orta kalitede olduğu saptanırken, 13 adedinin kötü kalitede olduğu saptanırken, 13 adedinin kötü kalitede olduğu belirlenmemiş. Avustralyalı davalı, bu kürkleri İtalyan bir alıcıya devretmiş ve İtalyan alıcı 236 adet orta kalitedeki kürkü satın almıştır. bu davada, Avustralya Yüksek Mahkemesi, satım konusu malların adedini 35 ile 65 Alman Markı arasında satılacağını öngören hükmü yeteri kadar kesin saymıştır.

²¹ Bu konuyla ilgili farklı görüşleri incelemek için **Bkz. Oral**, s. 41.

içeriğinde fiyat konusunda kesinlik aranmayabilecek ve bu konuda kesinlik sağlanmamış olsa dahi, sözleşme kurulmuş olabilecektir. Geçerli şekilde kurulmuş olan bu sözleşmede fiyat konusundaki boşluk, CISG'ın 55. maddesi ile doldurulabilecektir.

Bu durumlardan ikincisi, taraflardan birinin CISG'ın Sözleşmenin Kurulması başlıklı 2. Bölümüne 92. Maddeye uygun olarak çekince koymuş ülkeye mensup olmasıdır. Bu durumda, 14. maddenin de içinde bulunduğu 2. Bölüm, uygulanmayacak, sözleşme, taraflar arasında fiyat belirlenmemiş olsa dahi kurulacaktır. Taraflar arasında fiyat konusunda anlaşmamış olmalarına rağmen, sözleşme kurulmuşsa, kuşkusuz ki, sonradan bir fiyat belirlenmesi gerekecektir. İşte sözleşmede fiyat konusunda bulunan boşluk da 55. Maddeyle doldurulacaktır.

C. Bağlanma İsteği

Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, CISG'a göre de bir irade beyanının öneri sayılabilmesi için, kabul beyanı ulaştığı anda sözleşme hukuka uygun şekilde kurulacağından, önerinin bağlanma niyetiyle yapılması gerekmektedir²². Zira öneri bu yönüyle sözleşme öncesi görüşmeler ve öneriye davetten ayrılacaktır. Önerenin sözleşmeye bağlı kalma niyeti CISG'nın 8. madde hükmü ışığında yorumlanır²³.

Bağlanma isteği önerinin sübjektif değil, objektif anlamındaki içeriğine ilişkin olmalıdır. Başka bir anlatımla, öneride bulunan önerisiyle bağlılığı, sadece önerisine kendi yüklediği anlam için değil, aynı durumda makul bir kişinin yüklediği anlam için

²² CISG. 14. madde. 1. fıkrası.

²³ BUTLER, s. 5.

de söz konusu olmalıdır²⁴. Bağlanma niyeti kayıtsız şartsız olmalıdır, aksi takdirde beyan edilen irade öneri sayılmayacaktır²⁵.

II. Önerinin Hüküm ve Sonuç Doğurması

Önerinin hüküm ve sonuç doğurması konusu, CISG'nın 15. Maddesine düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, *İcap, muhatabına vardığı anda hükümlerini doğurur*. CISG'dan farklı olarak Türk Borçlar Kanunu'nda önerinin hüküm ve sonuçlarını doğurması anı düzenlenmemiştir. Önerinin hüküm ve sonuç doğurmasının başlıca fonksiyonu, geri alma beyanının işlerliğini etkilemesidir.

A. Önerinin Varması

Türk Borçlar Kanunu'nun aksine, önerinin varması CISG'nın 24. Maddesinde düzenlenmiştir. Be maddeye göre, *“Antlaşmanın bu kısmının amacı çerçevesinde; icap, kabul beyanı ve diğer tüm irade açıklamaları muhataba sözlü olarak yapıldıkları veya diğer her hangi bir yoldan şahsen kendisine veya iş yerine veya posta adresine, bunlar da yoksa mutad meskenine teslim edildiklerinde varmış sayılırlar”*.

Maddede hükmünden de anlaşılacağı üzere, açıklanan irade beyanı vardığı takdirde hüküm ve sonuç doğuracak, varmadığı sürece, öneri olarak bir etki

²⁴ BUTLER, s. 5; MURRY John E. Jr. An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 8 Journal of Law and Commerce 1988, n.11, www. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/murray.html>, erişim tarihi, 17.03.2017.

²⁵ SCHLECHTRIEM, Art. 14 Nr.13.

yaratmayacaktır. İrade beyanının varmasından kasıt, alıcının egemenlik alanına girmesidir²⁶.

24. maddede düzenlendiği üzere öneri, sözlü olarak veya diğer her hangi yoldan yapılabilir. Türk Borçlar Kanunu'nda ise bu ayırım sözlü olarak veya diğer her hangi yoldan olarak şeklinde değil; hazır olanlar arasında veya hazır olmayan arasında şeklinde yapılmıştır. Zira TBK. 4. Maddesinin 2. Fıkrasına göre, telefon, bilgisayar gibi iletişim araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.

CISG ile Türk Borçlar Kanunu bu konuda her ne kadar farklı gibi görünse de aslında hazır olanlar arasındaki irade beyanları sözlü, hazır olmayan arasındaki irade beyanları diğer her hangi yoldan yapılan irade beyanı şeklinde nitelendirilebilir. Zira kanunda geçen bilgisayar, gibi iletişim araçları teriminden kasıt, bilgisayar yoluyla yapılan her türlü görüşmeyi değil, internet üzerinden yapılan görüntülü veya sesli görüşmedir.²⁷

B. Sözlü İrade Açıklamaların Varması

Sözlü irade açıklamaları konusunda doktrinde tartışmalı olan konu, irade açıklamasının ne zamana vardığıdır. Bu konuda duyma teorisi birçok hukuk sistemi tarafından kabul edilmiş yöntemdir. Bu teoriye göre, sözlü bir irade açıklanmasının varmış sayılabilmesi için, sadece karşı taraflarca duyulması yeterlidir. Bazı yazarlara

²⁶ BUTLER, s. 9, VURAL, s. 134; Australia 28 April 1995 Federal Dist. Ct., Adelaide (Roder v. Rosedown), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950428a2.html>, dava konusu: davacı Alman büyük çadır ve otağ satıcısı davalı Avustralyalı bir alıcıya çadır satmıştır. Sözleşmeye göre, alıcıyı ödemeyi taksit şekilde yapacaktır. Müşterinin finansal zorunluluklarının olması nedeniyle alıcıya karşı borca düşmüştür. Akabinde, satıcı, müşteriye mahkemeye vermiştir. Mahkeme kararında sözleşmede unvan beyanının olup olmadığı CISG'nın 8, 11, 15 ve 19. maddelerine göre, belirtilmesi gerekmektedir.

²⁷ EREN, s. 252.

göre, bu teori, CISG de uygun ve uygulanabilirdir. Ancak, hâkim görüşe göre, CISG için sadece duyma teorisi değil, varma prensibi ve duyma teorisi bir arada uygulanmalıdır²⁸. Bu görüşe göre, CISG'nın 8. ve 24. Maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, irade beyanının duyulması, varması için aynı zamanda doğru olarak anlaşılabilirdiğinden emin olunması gerekecektir²⁹.

İkinci görüşü kabul etmek CISG'nın bir uluslararası antlaşma olmasına nazaran daha makul olacaktır. Çeşitli iletişim araçları vasıtasıyla açıklanan irade beyanlarında yanlış anlaşılmaya elverişli bir durum söz konusudur. Ayrıca burada ortaya çıkan anlaşmazlıklardan öneride bulunan kişi sorumlu tutulacaktır. Bu nedenle varma prensibi ve duyma teorisini irade beyanının açıklanma zamanını belirtmek için benimsemek isabetli olacaktır³⁰.

C. Sözlü Olmayan İrade Açıklamalarının Varması

Sözlü olmayan irade açıklamalarının, CISG'nın 24. Maddesi gereği, “*şahsen kendisine veya işyerine veya posta adresine, bunlar da yoksa, mutat meskenin teslim edildiklerinde*” varmış sayılacağı açıktır. Söz konusu madde kapsamında şart koşulan, irade açıklamasının muhatabın olayların olağan seyrinde gitmesi durumunda bu açıklamadan haberdar olabileceği egemenlik sahasına ulaşmasıdır.³¹

²⁸ HAHNKAMPER, s.150; BUTLER, s. 17.

²⁹ HONNSELL/SCHNYDER/STRAUB'dan naklen Oral, s. 52.

³⁰ SCHLECHTRIEM, Art. 24 Nr.7.

³¹ BUTLER, s. 10; Netherland 5 October 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941005n1.html>, erişim tarihi 18/03/2017, bu davada, Hollandalı bir müşteri iddiasına göre, Alman satıcının mektubunu adresini değiştirdiğinden dolayı hiçbir zaman alamaması CISG alakasız olmasını, zira öneri beyanının muhatabın iş yerine ve posta kutusuna vardığı an, ulaşılmış sayılır.

III. Önerinin Geri Alınması

Önerinin geri alınması ve öneriden cayma CISG’da farklı olarak değerlendirilmiştir. Anglosakson Hukuk sisteminde önerinin geri alınması, öneriden cayma kavramına da kapsamaktadır. Buna karşılık CISG, Kıta Avrupa Hukuk sistemlerine benzer bir yaklaşımda bulunmuştur³².

Önerinin geri alınması konusu, TBK. 10. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *“Geri alma açıklaması diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşılmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır.”* Bu maddenin karşılığı CISG’da 15. madde olarak düzenlemiştir. Bu maddeye göre, *“İcap geri alınamaz nitelikte olursa bile, geri alma beyanının muhataba, icaptan önce veya icapla aynı anda varması halinde geri alınabilir.”*

Geri alma bir beyan olduğundan 24. maddede belirtilen şartlara uymalıdır. Başka bir ifadeyle geri alma beyanı da öneri gibi varması zorunludur. Aynı zamanda muhatabın öneri ve geri alma beyanından haberdar olması durumunda, öneri geçerli olacak ve geri alma beyanı geçerli olmayacak³³.

I. Öneriden Cayma

³² LEETE Burt A. “Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/leete16.html>, erişim tarihi 17/03/2017.

³³ Karşı görüş için Bkz. BUTLER, s. 17.

Öneriden cayma hususunda, CISG, bazı yazarlara göre, Kıta Avrupa Hukuk Sistemlerinden önemli ölçüde ayrılmış ve Anglosakson Sistemini benimsemiştir³⁴. Öneriden caymanın mümkün olduğu haller, CISG’ın 16. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olup, bu fıkra, “*İcapta bulunan geri alma beyanı, muhatabın kabul beyanını göndermesinden önce muhataba ulaşılmış olmak koşuluyla, icap sözleşme kuruluncaya kadar geri alınabilir.*” hükmünü içermektedir.

Ancak öneriden caymanın mümkün olmadığı haller CISG. 16. ikinci fıkrasında bu şekilde belirtilmiştir: “*(a) icapta kabul için öngörölmüş veya icabın geri alınmaz olduğu başka bir şekilde ifade edilmişse veya (b) muhatap açısından icabın geri alınmaz olduğuna güvenmek makul sayılabiliyorsa ve muhatap bu icaba güvenerek hareket etmişse icap geri alınamaz*”. Belirtmesi değere haiz olan konu, öneriden caymanın mümkün olmadığının öneride ele alınması için her hangi bir karşı edim ya da şekil zorunluluğuna ihtiyaç duyulmamaktadır³⁵.

Cayılabılır olan öneriler için öneride bulunan önerisiyle bir bağılığı bulunmamaktadır ve öneriden cayılması durumunda, önerinin kabul edilmesi ve bir sözleşmenin kurulması mümkün olmayacaktır. Böyle bir öneriden cayılması durumunda, karşıt görüşte olan yazarların bulunmasına rağmen³⁶, muhatabın tazminat talep hakkı bulunmayacaktır³⁷.

³⁴ **HONNOLD** John O./**FLECHTNER** Harry M, Uniform Law for Internatioal Sales Under the 1980 United Nations Convention, 4th Ed., Kluwer Law International BV, The Netherlands 2009, Nr. 140; Karşı görüş için Bkz. **Leete** s.1.

³⁵ **LEETE**, s.2

³⁶ **HONNOLD**, Nr. 150.

³⁷ **Oral**, s. 69.

Cayılmayacak bir önerinin söz konusu olduğu durumlarda ise, öneriden cayma beyanı zaten geçerli olmayacağı için, muhatap öneride bulunan kişiden haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazminat talep etmeyecek, sözleşmenin ihlal edilmesinden dolayı doğan zararını talep edebilecektir³⁸.

V. Önerinin Hükmünü Yitirmesi

CISG'nın 17. maddesi gereğince, "*icap geri alınamaz olsa bile, ret beyanı icapta bulunana vardığı anda hükmünü yitirir.*" Türk Borçlar Kanununda önerinin hükmünü yitirmesi açıkça değil, öneri beyanında bulunan tarafın önerisiyle bağılılığı kapsamında düzenlenmiştir. Zira kanun'un 3., 4. ve 5. maddelerinde öneride bulunan önerisiyle ne kadar süre bağı kalacağı hüküm altına alınmıştır.

CISG'daki madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, kabul beyanı için belirli bir süre öngörülmesi veya önerinin cayılmaz olması durumlarında dahi, ret beyanının, önerinin hükmünü yitirmesini sağlayan bir etkisi mevcuttur. Türk Hukukunda da ret beyanının önerinin hükmünü yitirmesinin sağlayacağı kabul edilmektedir.

Kabul beyanında bulunduktan sonra ret beyanında bulunulması ve dolayısıyla önerinin bu yolla da hükmünü yitirmesi mümkündür. Ancak söz konusu durumda önerinin hükmünü yitirmesi için, ret beyanının ya kabul beyanı ile aynı anda ya da ondan önce öneride bulunana varması gerekmektedir³⁹.

³⁸ HONOLD, Nr. 148-150; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Art.16 Nr. 14.

³⁹ BUTLER, 17.

Öneride bulunan kişinin önerinin içeriğinde bir süre vermiş olması ve söz konusu süre içerisinde muhatap tarafından kabul beyanının yapılmaması durumunda, CISG, da açıkça belirlenmemiş olmasına karşın, 18. maddenin ikinci fıkrasını 8. maddesiyle birlikte yorumlanması sonucunda, varılan sonuca göre, öneri hükmünü yitirecektir. Ancak önerinin içeriğinde süre sınırı belirtilmiş olmasına rağmen, açıkça üzerinde durulmuş olması durumunda, söz konusu sürenin geçmesinin ardından, öneride bulunan beyanıyla bağlı kalabilecektir⁴⁰.

Türk Hukukunda önerinin hükmünü yitirmesi konusu, öneride bulunanın önerisiyle bağlılığı açısından, süreli ve süresiz önerilerde ayrı ayrı hükme bağlanmıştır. TBK. 3. maddesinde, *“kabul için süre belirleyerek bir sözleşme yapılmasını öneren, bu sürenin sona ermesine kadar önerisiyle bağlıdır.*

Kabul bu süre içinde kendisine ulaşmazsa; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur.” hükmü bulunurken; süresiz öneride bulunması konusunda hazır olanlar arasında ve hazır olmayanlar arasında hükümleri farklı maddelerde düzenlemiştir. TBK. m. 4.’e göre *“kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur.*

Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.”

Hazır olmayanlar arasında süresiz öneriyle ilgilide TBK. 5. Maddesinde, *“kabul için süre belirlenmeksizin hazır olmayan bir kişiye yapılan öneri, zamanında ve*

⁴⁰ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Art.17 Nr. 3.

usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar, önereni bağlar.

Öneren, önerisini zamanında ulaşmış sayabilir.

Zamanında gönderilen kabul, önerene geç ulaşır ve öneren onunla bağlı olmak istemezse, durumu hemen kabul edene bildirmek zorundadır.” hükmü yer almaktadır.

İkinci Bölüm

Kabul

Kabul, Türk ve İsviçre Borçlar Hukuku düzenlemelerine paralel olarak, 18. maddeyle 22. maddede düzenlenir. Kabul bir beyan ile veya herhangi başka bir davranışla gerçekleştirilebilir. 18. madde kapsamında, susma ya da eylemsizlik kabul anlamı taşımaz. Yukarıda da belirtildiği gibi, icap ve kabulün yorumlanmasında 8. ve 9. maddeler önemli rol oynamaktadır. Taraflar arasındaki uygulamalar veya teamüller çerçevesinde susma veya eylemsizlik farklı olarak da yorumlanabilir⁴¹.

I. Kabulün Süresi

Kabul beyanının etki doğurması için, makul olan süre, icapta öngörülmüş olan süre zarfında veya 21. madde çerçevesinde geç kalınmış kabul hükümlerine uyarak,

⁴¹ **ERDEM** Mehveş, Viyana Satım Anlaşması Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması, www.erdemerdem.av.tr, erişim tarihi 16.03.2017, s. 1.

önerene ulaşması gerekmektedir⁴². Kabul beyanının önerene ulaşmaması durumunda, ulaşım yükümlülüğü önerenin muhatabı üstüne kalacaktır⁴³.

CISG'nın 20. maddesi uyarınca, sözleşmenin türü kabul süresini belirleyecektir. Kabul için, öneren tarafından tele gramda veya mektupta belirtilen süre tele gramın gönderildiği andan ve mektup üzerinde yazılan tarih bu da yoksa mektup zarifi üstünde yazılan tarihten itibaren başlayacaktır. Telefon, teleks veya diğer ani ulaşım araçlarıyla yapılan önerilerde, kabul için belirtilen süre muhataba önerinin vardığı andan başlar⁴⁴.

CISG'dan farklı olan Alman Hukukuna göre, süresinde veya makul bir süre sonunda önerene ulaşırsa, bu durumda öneren tarafından tekrar bir kabul beyanı gerekecektir⁴⁵; fakat CISG'nın 21. maddesinde gecikmiş kabul beyanlarında, önerenin şifahen veya her türlü bir yöntemle kabul beyanını kabul ettiğine dair, kabul edeni haberdar ederse, kabul beyanı geçerli sayılır hükmü yer almıştır⁴⁶.

II. Kabulün Etkisi

Kabul, icapta bulunana varması ile hüküm doğurur. Sözlü icabın söz konusu olduğu durumlarda kabul, hal ve şartlardan aksi anlaşılmadığı sürece, derhal gerçekleştirilmelidir. Bazı hallerde icabın kabul edilmesi için belirli bir süre bulunmaktadır. Madde 20 uyarınca, bir telgraf veya mektupta belirlenmiş olan kabul süresi, telgrafın gönderilmek üzere verildiği tarihten veya mektupta gösterilen tarihten veya bu yoksa zarf üzerindeki tarihten itibaren işlemeye başlar. Resmi tatil veya iş

⁴² BUTLER, s. 13.

⁴³ BUTLER, s. 13; ICC. Court of Arbitration, case No.7844- 1994. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947844i1.html>, erişim tarihi 17/03/2017.

⁴⁴ BUTLER, s. 13.

⁴⁵ VURAL, s. 147.

⁴⁶ BUTLER, s. 14.

günü dışındaki günler bu sürenin hesabına dâhil edilir. Ancak, kabul bildirim süresinin son gününün resmi tatil veya işgünü dışındaki günlerden birine rastlaması halinde süre, takip eden ilk iş gününe uzar. Böyle bir kabul süresinin öngörülmemesi halinde kabul, makul bir süre içinde yapılacaktır. Geç kalmış bir kabul, muhataba aksi yönde bir sözlü beyan yapılmadıkça hüküm doğurmaz⁴⁷.

CISG'nın 23. maddesi çerçevesinde bir sözleşmenin kurulabilmesi için bir kabul beyanının geçerli olması gerekir. Sözleşme kurulduktan sonra yapılan her türlü iletişim, sözleşmeyi değiştirme amaçlı yapılan teklifler olarak yorumlanır⁴⁸.

III. Karşı İcap

Eklemeler, sınırlamalar veya değişiklikler içerir bir cevap icabın reddi olarak kabul edilir ve karşı icap olarak adlandırılır⁴⁹. Fakat kabul beyanı oluşturması düşünülen, icabın şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler, sapmalar veya sınırlamalar içeren icaba yönelik cevap olup, kabul sayılır; meğerki icapta bulunan, haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmiş veya bu yönde bir bildirim göndermiş olsun. 19. maddenin üçüncü fıkrasında esaslı değişiklik sayılabilecek durumlar, semene, ödemeye, malların kalite ve miktarına, teslimin yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsamında ya da uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin değişiklikler olarak sıralanmıştır⁵⁰.

Buna karşılık İsviçre Yüksek Mahkemesinin 20 Mart 1997 kararında, ürünlerin sayısını önerinin esaslı unsurlarından sayılmamasını ileri sürmüştür. Ancak bu kural,

⁴⁷ BUTLER, s. 12.

⁴⁸ ERDEM, s. 2.

⁴⁹ CISG. 19. maddesi.

⁵⁰ ERDEM, s. 1.

olaya hâkim olan şartlar, tarafların teamülleri, müzakereler ve ürünlerin kullanımından dolayı değişebilmektedir⁵¹.

IV. Susma ve Eylemsizliğin Hükümü

CISG'nın 18. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, “*Susma veya eylemsizlik tek başına kabul sayılmaz.*” hükmünü içermektedir. Bu hükme göre, öneride bulunan kişi, muhatabın tek başına susma ve eylemsizliğini kabul olarak nitelendirdiğini iddia edemeyecektir⁵². Ancak susma ve eylemsizlik her zaman ret sayılmayacaktır. Susma ve eylemsizliğin kabul sayılabilmesi için, diğer emarelerle birleşmeleri gerekmektedir. Diğer emareleri açıklığa uğratmak gerekirse, CISG'nın başlangıç hükümlerine göz atmak gerek. Sözleşme öncesi görüşmeler, taraflar arasında yerleşim olan alışkanlıklar, milletlerarası ticari teamüller bahsi geçen işaretlere örnek olarak verilebilecektir⁵³.

V. Kabul Beyanının Geri Alınması ve Kabul Beyanından Cayma

Kabul beyanın geri alınması CISG'nın 22. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Geri alma beyanı, icapta bulunana, kabulün hüküm doğurma anından önce veya aynı anda varmışsa kabul beyanı geri alınabilir.*”

Karşıt düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun 8. maddesinde yer almaktadır. Maddede, “*Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşıp*

⁵¹ Austria 20 March 1997 Supreme Court, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970320a3.html>, erişim tarihi 17/03/2017.

⁵² FRANSWORTH E. ALLAN, Commentary on Art. 18, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth-bb18.html>, erişim tarihi, 17/03/2017, P. 3.2.

⁵³ FRANSWORTH, Commentray, P. 3.2.

ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır.

Bu kural kabulün geri alınmasında da uygulanır.” Hükme bağlamıştır. Varması gereken⁵⁴ bir irade beyanı olan, geri alma irade beyanı, kabul beyanı geriye etkili olarak tüm hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kaldırılmış olacaktır. Ancak 18. Maddenin üçüncü fıkrasının uygulandığı durumlar için, kabul beyanının geri alınması kural olarak mümkün değildir.

Bu maddede kabul beyanının varmasını esas alınması, geç kalınmış kabul beyanlarının da geri alınmasına da imkân yaratmıştır⁵⁵.

⁵⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Art. 22 Nr. 3.

⁵⁵ ORAL, s. 124.

SONUÇ

Klasik Hukuk Sistemlerinde de olduğu gibi CISG'a göre, geçerli bir önerinin, geçerli bir kabul beyanıyla örtüşmesi durumunda sözleşmenin kurulması sonucunu vardırır. Geeri bir öneri öncelikle, belirlenebilir değil, tam tamına belirli muhataplara sunulması gerekmektedir. Ayrıca geçerli bir öneri beyanı, sözleşme konusu mal, malın miktarı ve fiyatı bakımından kesin olmalıdır. Önerinin sonuç doğurduğu an, muhatabına vardığı andır. Anglosakson ve Kıta Avrupa Hukuk Sistemlerinin birleşimi olan CISG de, öneriden cayma tesisine yer verilmiştir. Kabul ise, önerene sözleşmenin kurulmasıyla ilgili rıza göster her hangi bir beyan veya davranıştan ibarettir. Kabul beyanı öneriye uymakla birlikte, zamanında önerene ulaşması sözleşmenin kurulması için gereklidir. Kabul beyanı da, öneride olduğu gibi geri belirli koşullarda geri alınabilir. ilaveten aynı şekilde, önerene varmakla sonuç doğurmaktadır.

KAYNAKÇA

BUTLER Allison E., A Practical Guide To The CISG: Negotiations Through Litigation, Aspen Publishers, supplement 2007.

ERDEM Mehveş, Viyana Satım Anlaşması Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması, www.erdemerdem.av.tr, erişim tarihi 16.03.2017, s. 1-5.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

FRANSWORTH E. ALLAN, Commentary on Art. 18, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth-bb18.html>, erişim tarihi, 17/03/2017, P. 3.2.

FARNSWORTH E. Allan, The Formation of Contracts, www.cisg.law.edu, erişim tarihi 17/03/2017, § 3.03.

HAHNKAMPER Wolfgang, “Acceptance of an Offer in Light of Electronic Communication ”, www.cisg.law.pace.edu, erişim tarihi 16/03/2017, s. 138-150.

HONNOLD John, Uniform Law for International Sales Under the CISG, 3. Bası, Kluwer Law International, The Hague 1999.

HONNOLD John O./**FLECHTNER** Harry M, Uniform Law for Internatioal Sales Under the 1980 United Nations Convention, 4th Ed., Kluwer Law International BV, The Netherlands 2009, Nr. 140.

LEETE Burt A. “Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/leete16.html>, erişim tarihi 17/03/2017, s. 1-20.

MURRY John E. Jr. An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 8 Journal of Law and Commerce 1988, n.11, www. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/murray.html>, erişim tarihi, 17.03.2017, s. 1-17.

ORAL Tuğçe, Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmenin Kurulması, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

POWERS Paul J., “Defining the Undefinable; Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods”, Journal of Law and Commerce, 1998-1999, S. 18, C. 333 vd. www.heinonline.org/HOL/page?handel=hein.journals, erişim tarihi 17/03/2017, s. 1-10.

SCHLECHTRIEM Peter/**BUTLER** P., UN Law International Sales, Springer-Verlag Berlin- Heidelberg 2009.

SCHLECHTRIEM Peter/**SCHWENZER** Ingeborg, Commentray on the UN-Convention on the International Sale of Goods, 2. Ed., Oxford University Press, Oxford 2005.

SCHLSINGER Rudolf B., Formation of Contracts, A Study of the Common Core of Legal Systems, Vol. I, New York, London 1968.

SCHWENZER Ingeborg/**MOHS** Florian, “Sözleşmenin Kurulması”, Milletler Arası Satım Hukuku- Milletler Arası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Ed.: **ATAMER** Yeşim), İstanbul 2008.

Secretariat Commentary (closest counterpart to an Official Commentary), Guide to CISG Article 12, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-12.html>, erişim tarihi 17/03/2017.

VURAL Balkıs, Formation of Contract According to the CISG, www.ankarabarusu.org.tr, erişim tarihi 16.03.2017, s. 127- 151.



CİNSEL SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Av. Selenay KURT

ÖZET

Gönüllü vazgeçme suçun icrasına başladıktan sonra suçtan kendi isteği ile vazgeçen fail için cezasızlık yaratan bir kurumdur. Esası tartışmalı olmakla beraber, genelde suç politikası sebebiyle düzenlendiği ve amacının faili suçu tamamlamaktan caydırmak olduğu kabul edilir. Failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için dışarıdan bir etki olmaksızın, iradesiyle vazgeçmesi ve suçun tamamlanmasını engellemesi şarttır. Bazı suçlardan gönüllü vazgeçmek, teşebbüse elverişli olmamaları nedeniyle mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: Cinsel suçlar, Gönüllü vazgeçme, teşebbüs, iradi vazgeçme, suçun tamamlanması

ABSTRACT

Voluntary abandonment is an institution that creates impunity for the perpetrator who voluntarily renounces the commission of the crime after beginning the execution of the crime. Although its merits are controversial, it is generally accepted that it is regulated because of the crime policy and that the purpose of this regulation is to deter the perpetrator from completing the crime. In order for the perpetrator to benefit from voluntary renunciation, it is essential that he renounce it of his own volition,

without outside influence, and prevent the completion of the crime. Voluntary renunciation of certain offences is not possible because they are not conducive to enterprise.

Key Words: Sexual Crimes, Abandonment, attempt, voluntary abandonment, committed crime

GİRİŞ

Gönüllü vazgeçme bir cümleyle; bir suçun icra hareketlerine başlayan failin, bu icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi ya da icra hareketlerini tamamlasa bile neticenin gerçekleşmesini önlemesi ve bu nedenle icrasına başladığı suçtan dolayı ceza almaması olarak tanımlanabilir.

İlk kez Ortaçağ Hukukçularınca öne sürülen teşebbüs kavramı, gönüllü vazgeçmenin tartışılmasına neden olmuştur.⁵⁶ Aslında daha da geçmişte, M.Ö. 360'da, Plato birini öldürmek niyetine sahip olan kişinin katil gibi yargılanması gerektiğini savunmuş, ancak ölüm sonucu gerçekleşmediği için ölüm yerine sürgünün daha uygun bir ceza olacağını kabul etmiştir.⁵⁷

Hukukumuzda hem 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nda hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme kavramı düzenlenmiştir.

Cinsel saldırı, sırf bir davranış suçudur. Failin cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli cinsel davranışı gerçekleştirilmesiyle tamamlanmaktadır.

1. Suça Teşebbüs ve Gönüllü vazgeçme

1.1. Teşebbüs (TCK.m.35)

Cinsel saldırı suçlarının hem temel, hem de nitelikli halleri kural olarak teşebbüse elverişlidir. Fail, işlemeyi amaçladığı cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmeye yönelik elverişli hareketlerini doğrudan doğruya icraya başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerden sonuca ulaştıramaması halinde teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacaktır.⁵⁸

⁵⁶ AKSOY, s. 184-185

⁵⁷ LIPPMAN, s. 180.

⁵⁸ KOPARAN, a.g.m. s.9

Suça teşebbüs halinde fail meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı ölçüt kabul edilerek maddede belirtilen oranlarda hâkimin takdirine göre cezalandırılacaktır⁵⁹.

Temel ceza 5237 sayılı TCK'nın 61. m.'deki esaslara göre belirlendikten sonra bu kanunun 35 (2) m.'sine göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilebilecektir. Cinsel saldırının temel şeklinde, cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen cinsel davranışların failin elinde olmayan sebeplerle mağdurun vücuduna dokunmadan sonuçlanması halinde teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

Cinsel saldırı suçlarının hem temel şekli hem de nitelikli halleri neticesi harekete bitişik suç tipleridir. Cinsel saldırı sırf bir davranış suçudur. Bu özelliği itibariyle teşebbüse elverişli olmadığı dahi ileri sürülebilir. Ancak, cinsel davranışların henüz vücut dokunulmazlığın ihlâl derecesine varmadan failin elinde olmayan nedenlerle sonuca ulaşamaması mümkündür. Failin öpeceğini söyleyerek mağdura yönelmesi veya göğsünü sıkmak için elini uzatmasına rağmen mağdurun kaçması ile bunu gerçekleştirememesi gibi durumlarda teşebbüsten söz edilebilir.

Temasla birlikte suç tamamlandığı kabul edildiğinde temas etmeye teşebbüs eyleminin nasıl cezalandırılacağı suç ve cezaların kanuniliği ilkesi açısından sorunludur. Ancak suçun nitelikli halleri açısından; suç kastını somut olayın özelliklerine göre açıkça ortaya koyan hareketlerin bulunması halinde failin teşebbüsten cezalandırılabilmesi mümkündür. Yalnız bulunduğu ortamda elbiselerini çıkartan ve mağdura cinsel saldırı gerçekleştireceğini bildiren ancak mağdurun kaçtığı ya da başka bir sebeple fiilin engellendiği halde, failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilmelidir.⁶⁰

⁵⁹ MERAN, s.189-190

⁶⁰ YELDAN/TANERİ, s. 26

1.1.1. Yargıtay'ın Yerleşik İçtihatları Da Bu Yöndedir.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 24/05/2016 tarihli ve E: 2016/2110, K: 2016/5048 sayılı kararı; “...*Oluş ve kabule göre, mağdurenin suç tarihinde kardeşiyle birlikte yolda yürüdüğü sırada karşularına çıkan sanığın, mağdureye yaşını ve adını sorduktan sonra kolundan tutarak çalılıklara sürüklediği, mağdurenin bağırıp çığlık atması ve tanık ...'nın yardım istemesi nedeniyle olay yerine gelen insanların olduğunu görmesi üzerine sanığın mağdureyi bırakarak olay yerinden kaçması şeklinde gerçekleşen olayda, sanık hakkında her ne kadar çocuğun basit cinsel istismarı suçuna teşebbüsten mahkûmiyet hükmü kurulmuş ise de, sanığın o aşamaya kadar çocuğun cinsel istismarı suçunu işlemeye yönelik kastını ortaya koyan herhangi bir söz veya davranışta bulunmadığı, mevcut haliyle eylemlerin cinsel istismar suçuna hazırlık hareketleri niteliği taşıdığı anlaşıldığından çocuğun basit cinsel istismarı suçundan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...*” gerekçesiyle teşebbüs aşamasında kalmış eyleme beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 28/04/2016 tarihli ve E: 2014/12119, K: 2016/4388 sayılı kararı; “...*Mağdurenin aşamalarındaki anlatımları, savunma ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, bakkal dükkanı işleten sanığın olay günü alışveriş yapmak için gelen mağdureyi omzundan tutup öpmek istediği sırada mağdurenin karşı koyması nedeniyle eylemini tamamlayamadığı, mevcut haliyle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilerek buna göre hüküm kurulması gerekirken, suçun tamamlandığının kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi...*” gerekçesiyle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesinin hatalı olduğundan bahisle bozma kararı verilmiştir.

1.2. Gönüllü Vazgeçme (TCK.m.36)

Gönüllü vazgeçmenin suç teorisindeki yeri hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler, esasında gönüllü vazgeçmenin neden cezalandırılmadığına ilişkin görüşlere bağlı olarak şekillenmektedir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmenin

hukuki niteliği ve esası sadece teorik anlamda önem taşımaz, hangi teorinin benimsendiği kurumun geçerlilik koşullarını da etkiler.⁶¹

Cinsel saldırı suçunda fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.⁶²

Cinsel saldırının icrasına başlandıktan sonra gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçen fail, bu suça teşebbüsten dolayı ceza almayacaktır. Gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen hareketler başka bir suçu oluşturuyorsa fail sadece bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır.⁶³

Gönüllü vazgeçmeden söz edebilmek için, failin hareketlerini sonuna kadar götürebilmesi imkan dahilinde bulunduğu halde önünde ciddi bir engel olmaksızın bundan vazgeçerek icra hareketlerine kendiliğinden son vermesi gerekmektedir.⁶⁴

Suç politikası teorilerinden psikolojik zorlama teorisine göre fail vazgeçme hareketini cezalandırılmaktan korktuğu için yapmaktadır ve bu aşamadan sonra faili cezalandırmak gereksiz hale gelecektir.⁶⁵

1.2.1. Gönüllü Vazgeçmenin Şartları

Gönüllü vazgeçmenin mevcudiyetinden bahsedebilmek için bazı şartlardan söz etmek gerekir. Aşağıda belirteceğimiz şartlar mevcut olduğu takdirde gönüllü vazgeçmeden söz edilebilecektir.

a. kasıtlı bir suçun işlenmesine yönelik olarak icra hareketlerine başlanmalı,

⁶¹ SÖZÜER, s.235

⁶² Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 24/04/2001 tarihli ve 5595/2581 sayılı kararı.

⁶³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 303.

⁶⁴ Bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 09/06/2016 tarihli ve E: 2014/5568, K: 2016/5753 sayılı kararı.

⁶⁵ DEMİRBAŞ, s. 430.

b. Suç tamamlanmadan önce vazgeçme gerçekleşmeli,

c. Vazgeçmenin konusu' icra hareketinin devamına, suçun tamamlanmasına ya da sonucun gerçekleşmesine yönelik bulunmalı yani sanık ya suçun icra hareketlerinden vazgeçmeli ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemeli,

d. Vazgeçme gönüllü olmalı yani fail suçun icra hareketlerini isteyerek terk etmeli ya da suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini isteyerek önlemeli,

e. Suçun tamamlanmasının önlenmesi veya sonucun gerçekleşmesinin engellenmesi, failin çabalarıyla meydana gelmelidir. Sonuç başka bir sebeple önlenmiş ise kural olarak gönüllü vazgeçme oluşmayacak ve fail 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinden yararlanamayacaktır.⁶⁶

1.2.1.1. İcra Hareketlerine Başlanmış Olmalıdır.

İlk olarak, kasıtlı bir suçun işlenmesine yönelik icra hareketlerine başlanmış olması gerekmektedir. Yani, suç teşebbüs aşamasında kalmış olmalıdır. Zira hazırlık hareketleri suç işleme iradesini ortaya koymak bakımından yeterli kuvvette değildirler ve tehlike arz etmezler.⁶⁷

1.2.1.2. Suç Tamamlanmadan Veya Netice Gerçekleşmeden Eylemden Vazgeçmek Gerektilir.

İcra hareketleri tamamlanmışsa suç tamamlanmadan veya netice gerçekleşmeden vazgeçme gerçekleşmelidir. Vaz geçme iradi ve gönüllü olmalıdır. Hiç şüphesiz ki, vazgeçme iradesi harici baskılardan uzak, serbest bir vaziyette gün yüzüne çıkmalıdır.⁶⁸ Gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağı ilk hal, failin icra hareketlerinden gönüllü ve iradi olarak vazgeçmesidir. İkinci hal ise, failin icra

⁶⁶ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 09/06/2015 tarihli ve E: 2014/14-600, K: 2015/194 sayılı kararı

⁶⁷ EPÖZDEMİR, a.g.m., s. 93

⁶⁸ ERDOĞAN, "Gönüllü Vazgeçme", Terazi Hukuk Dergisi, 2010, s.105

hareketlerini tamamlamasına rağmen suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halidir.⁶⁹

1.2.1.3. Suçun Tamamlanmasının Önlenmesi Veya Sonucun Gerçekleşmesinin Önlenmesi, Failin Çabalarıyla Meydana Gelmelidir.

Sonuç başka bir nedenle, dış bir etken sayesinde önlenmiş ise kural olarak gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki gündeme gelmeyecektir.⁷⁰

Failin suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde negatif bir tavır yetmez, aksine failin suçun tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini aktif bir çaba ile önlemesi gerekir.⁷¹

Failin suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini bizatihi önlemesi zorunlu görülmemelidir. Sonucun başkaları tarafından engellenmesine yönelik ciddi çaba gösteren fail de gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir.⁷²

Suçta teşebbüsün her somut olayda değerlendirilmesi gerekse de, bazı suçlar teşebbüse elverişli değildir.⁷³ Örneğin; kalkışma suçları ve taksirli suçlar açısından değerlendirme yapılacak olursa, bilhassa taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Çünkü teşebbüs kişinin ancak işlemeyi kast ettiği suç açısından mümkündür.⁷⁴ Failin suç işleme kastından vazgeçmesi anlamına gelen gönüllü vazgeçmenin tabiiyeti itibariyle taksirli suçlarda söz konusu olması mümkün değildir. Çünkü bu suçlarda zaten vazgeçilebilecek bir kast yoktur.⁷⁵

⁶⁹ EPÖZDEMİR, a.g.m., s. 94

⁷⁰ Bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 17/10/2017 tarihli ve E: 2017/1783, K: 2017/20486 sayılı kararı

⁷¹ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 09/06/2015 tarihli ve E: 2014/14-600, K: 2015/194 sayılı kararı

⁷² AKDAĞ, s.109

⁷³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 344

⁷⁴ ÖZEN, s.143

⁷⁵ AKDAĞ, s.113

Netice gerçekleşirse fail hiç şüphesiz ki kastedilen tamamlanmış suçtan sorumlu olur, ancak cezasında Türk Ceza Kanunu'nun 62. maddesi uyarınca indirimle gidilebilir.⁷⁶

1.2.2. Yargıtay'ın Yerleşik İçtihatları Da Bu Yöndedir.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 17/11/2016 tarihli ve E: 2016/5756, K: 2016/7874 sayılı kararı; “...Mağdurenin aşamalarda beyanları, savunma, adli raporlar ve tüm dosya kapsamından, suça sürüklenen çocuk ... ile sanığın hareketlerini sonuna kadar götürebilmeleri imkân dâhilinde bulunduğu halde bundan vazgeçerek icra hareketlerine kendiliklerinden son verdiklerinin anlaşılması karşısında, haklarında 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmak suretiyle mevcut haliyle eylemlerinin çocuğun basit cinsel istismarı olarak kabul edilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılğıya düşülerek yazılı şekilde hükümler kurulması...bozulmasına...” gerekçesiyle karar vermiştir.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 03/11/2016 tarihli ve E: 2016/9219, K: 2016/7575 sayılı kararı; “...Eylemin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlendiğine dair aşamalarda çelişkili beyanlarda bulunan mağdure hakkında düzenlenen 22.06.2015 tarihli raporda hymenin intakt (sağlam) olduğu ve normal cesamette ereksiyon halindeki bir penis ya da sair bir cismin vajinal yoldan duhulüne yırtılmaksızın izin verecek nitelikte olmadığı (duhule müsait yapıda olmadığı) belirtilmesi ve sanık ...'in, mağdurenin cinsel organına parmağını sokup sokmadığı husunun kesin olarak tespit edilememesi karşısında, şüphe sanık lehine yorumlanarak sokmadığının kabul edilmesi ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ sokulmasını engelleyen aşılabilir mukavemeti dışında harici bir engel bulunmadığı halde sanığın bundan vazgeçerek icra hareketlerine kendiliğinden son verdiğinin anlaşılması karşısında, sanıklar haklarında 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesi uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmak suretiyle eylemlerinin çocuğun basit cinsel istismarı ve buna iştirak olarak kabul edilmesi gerekirken yazılı

⁷⁶ EPÖZDEMİR, a.g.m., s. 100

şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyet hükümleri kurulması...bozulmasına...” gerekçesiyle karar vermiştir.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 28/09/2016 tarihli ve E: 2016/6174, K: 2016/6668 sayılı kararı; “...Mağdurenin beyanlarında, sanık ...'ın, silah tehdidiyle soyunmasını sağlayıp anal yoldan ilişkiye girmeye çalıştığını, ancak bağırması nedeniyle...’ın “daha sonra yaparız” diyerek kendisini bıraktığını belirtmesi karşısında, dava konusu olayda sanığın hareketlerini sonuna kadar götürebilmesi imkân dâhilinde bulunduğu halde bundan vazgeçerek icra hareketlerine kendiliğinden son verdiği ve hakkında 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmak suretiyle eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı olarak kabul edilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten hüküm kurulması...bozulmasına...” şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09/06/2015 tarihli ve E: 2014/600, K: 2015/194 sayılı kararı; “...Sanığın, olay günü ailece görüştükları yalnız olduğunu bildiği katılanın evine gittiği ve evin havalandırılması için açık bırakılan kapısından içeriye girerek katilandan yorgun olduğunu söyleyip çay yapmasını istediği, katılanın ailece görüştükları için sanığın bu isteğini kabul edip çayı demledikten sonra ev işlerine devam etmek için yatak odasına geçtiği, sanığın katılanın arkasından yatak odasına giderek katilana sarıldığı ve göğüslerini sıktığı, bağırmakta olan katilana "sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım" dediği, katılanın kurtulmak için sanığı iterek bağırmaya başlaması üzerine sanığın koridora çıktığı ve tekrar "senle yapalım" dediği, katılanın koridora doğru bir tahta fırlattığı, mutfağa doğru bıçak almaya yöneldiğinde sanığın evden çıkması ile filin sona erdiği olayda, sanığın katilana sarılmak ve katılanın göğüslerini sıkmak suretiyle icra hareketlerine başladığı, bu sırada katilana söylediği “sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım” sözleri ve koridorda birliktelik teklifini sürdürmesi sanığın kastının nitelikli cinsel saldırı suçuna ilişkin olduğu, fakat sanığın dosya kapsamı ve olay yerinin özelliklerine göre evde yalnız olan mağdureye karşı icra hareketlerini devam ettirebilme ve arzu ettiği sonucu gerçekleştirebilme imkanı var olduğu halde ciddi bir engel bulunmamasına karşın kemali isteği ile eylemine son vererek evden ayrıldığı,

anlaşılmaqla 5237 sayılı Kanununun 36. maddesi hükmü uyarınca eyleminin o ana kadar tamamlanmış kısmı olan basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmektedir...” gerekçesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar vermiştir.

SONUÇ

İlk kez Ortaçağ Hukukçularınca öne sürülen teşebbüs kavramı, gönüllü vazgeçmenin tartışılmasına neden olmuştur.

Hukukumuzda hem 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nda hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme kavramı düzenlenmiştir.

Cinsel saldırı, sırf bir davranış suçudur. Failin cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli cinsel davranışı gerçekleştirmesiyle tamamlanmaktadır.

Cinsel saldırı suçlarının hem temel, hem de nitelikli halleri kural olarak teşebbüse elverişlidir.

Suçta teşebbüs halinde fail meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı ölçüt kabul edilerek maddede belirtilen oranlarda hâkimin takdirine göre cezalandırılacaktır.

Cinsel saldırının temel şeklinde, cinsel arzuları tatmin amacıyla gerçekleştirilen cinsel davranışların failin elinde olmayan sebeplerle mağdurun vücuduna dokunmadan sonuçlanması halinde teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

Gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliği ve esasları sadece teorik anlamda önem taşımaz, hangi teorinin benimsendiği kurumun geçerlilik koşullarını da etkiler.

Cinsel saldırı suçunda fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

Gönüllü vazgeçmeden söz edebilmek için suç teşebbüs aşamasında kalmış olmalıdır. İcra hareketleri tamamlanmışsa suç tamamlanmadan veya netice gerçekleşmeden vazgeçme gerçekleşmelidir. Sonuç başka bir nedenle, dış bir etken sayesinde önlenmiş ise kural olarak gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki gündeme gelmeyecektir. Kanaatimizce, kanun koyucu gönüllü vazgeçme kurumunun amacını gözeterek hakkaniyete uygun bir düzenleme yapmalıdır.

KAYNAKÇA

AKDAĞ, Hale; “Gönüllü Vazgeçme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Şubat 2013.

AKSOY, Pervin; “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2007.

DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2009.

ERDOĞAN, Yavuz; “Gönüllü Vazgeçme”, Terazi, Sayı: 13. Yıl: Ağustos 2010.

EPÖZDEMİR, Rezan; “Gönüllü Vazgeçme”, TBB Dergisi, S.138, Yıl: Eylül-Ekim 2018.

HAFIZOĞULLARI, Zeki / **ÖZEN**, Muharrem; “Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler”, 2. Basım, Ankara, 2010.

KOCA, Mahmut / **ÜZÜLMEZ**, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2012.

KOPARAN, M. Reşat; “5237 s.TCK'da Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları Seminer Çalışması”, Kayseri, 2009.

LIPPMAN, Matthew; “Contemporary Criminal Law”, 2. Basım, Sage, 2010.

MERAN, Necati; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu”, Seçkin Yayınevi Ankara, 2004.

ÖZEN, Muharrem; “TCK’nda Taksir, Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku”, Cilt: III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul, 2010.

SÖZÜER, Adem; Suça Teşebbüs, Kazancı, İstanbul, 1994.

YELDAN, Ali / **TANERİ**, Gökhan; “Cinsel Suçlarda İspat ve Sübut” 1. Baskı, Adana, 2017.



**MİRAS DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI
YETKİSİ**

(MÖHUK md. 43)

Av. Gamze KILDIR

GİRİŞ

Ülkemizde Türk vatandaşları arasında doğan ve yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklarda Türk mahkemeleri, Türk hukukunu uygulayarak çözüme varmaktadırlar. Dolayısıyla bu özellikleri barındıran ve miras hukukunu ilgilendiren bir uyuşmazlık için de bu keyfiyet geçerli olacaktır. Ancak miras davasını ilgilendiren bir uyuşmazlık, tarafları ya da konusu gereği yabancılık unsuru içeriyorsa iç hukuk kurallarımız burada yetersiz kalmaktadır.

Yabancılık unsuru içeren miras davaları, birden fazla devletin hukuku ile ilgili olması sebebiyle, söz konusu davalarda hangi devlet mahkemelerinin yetkili olduğu konusunda da bir takım sorunlar yaşanmaktadır. Türk mahkemeleri MÖHUK'ta düzenlenmiş olan yetki kuralları doğrultusunda yabancı unsurlu miras davalarında yetkili olup olmadığına karar verecektir.

Ülkemizle bağlantılı olan milletlerarası unsurlu miras davalarının, yabancı bir ülkede açılması da olasıdır. Mirasa ilişkin olarak yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olan bir karar ülkemizde kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bu tür mahkeme kararlarının ülkemizde sonuç doğurabilmesi için tanınması veya tenfiz edilmesi gerekmektedir. Özellikle de bir takım tereke mallarının veya terekenin tamamının Türkiye'de bulunduğu durumlarda yabancı mahkeme ilamının ülkemizde uygulanabilirliği tanıma veya tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.

Hukukumuzda yabancı kişilerin taşınır mal iktisabına bir sınırlama getirilmemişken, Türk vatandaşlarının aksine, yabancı kişilerin taşınmaz mal iktisaplarına bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Yabancı unsurlu miras davalarının getirdiği bir takım uyuşmazlıkları çözüme ulaştırmak amacıyla bazı kanunlarda özel düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu çalışmanın konusunu miras davalarında Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi teşkil etmekte olup, çalışmada bu konuyu kapsayan iç hukuk kuralları, özel düzenlemeler ve bazı Yargıtay kararları incelenecektir.

I. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN MİRAS DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

A. İÇ HUKUKTA MİRASA İLİŞKİN YETKİ KURALLARI

1. Türk Medeni Kanunu ve HMK'daki Yetki Kuralları

İç hukuktaki miras davaları ile ilgili yetkiye ilişkin hükümler, HMK'da ve Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmektedir.⁷⁷ Türk Medeni Kanunu md. 576 uyarınca mirasın açılma yeri ve yetkili mahkeme, malvarlığının bütünü için miras bırakanın yerleşim yeri mahkemesidir. Yine aynı maddeye göre, miras bırakanın ölüme bağlı tasarruflarının iptali veya tenkisi, mirasın paylaşılması ve miras sebebiyle istihkak davalarında da miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.

Bunun yanı sıra, Türk Medeni Kanunu'nun 589. maddesine göre miras bırakanın yerleşim yeri mahkemesi koruma önlemleri almaya da yetkilidir. TMK 589. maddeye göre, miras bırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi, istem üzerine veya re'sen tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine geçmesini sağlamak üzere gerekli olan tüm önlemleri alır. Ayrıca 596. madde de ifade edildiği üzere, vasiyetname miras bırakanın yerleşim yeri sulh hâkimince açılır ve ilgililere okunur.

Hangi durumlarda mahkemelerin kesin yetkili olduğu HMK'da ilgili maddelerde belirtilmiştir.

6100 sayılı HMK'nın⁷⁸ 11. maddesi uyarınca:

(1) Aşağıdaki davalarda, ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir:

⁷⁷ Kanun No. 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011: RG 4.2.2011/27836

⁷⁸ RG 4.2.2011/27836

a) Terekenin paylaşılmasına, yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisine, miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalar ile mirasçılar arasında terekenin yönetiminden kaynaklanan davalar.

b) Terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak tüm davalar.

(2) Terekede bulunan bir mal hakkında açılmak istenen istihkak davası, terekenin yazımı ve tespiti zamanında mal nerede bulunuyorsa, orada da açılabilir.

(3) Mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda, mirasçıların her birinin oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir.

HMK md. 11'in (1). Fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtildiği gibi, bu davalarda mirasın yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir. Bunun aksine miras sebebiyle istihkak davaları ile mirasçılık belgesi alınmasına veya iptali ile ilgili davalardaki yetki kuralı kesin yetki kuralı değildir.⁷⁹ Mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda, mirasçıların her birinin oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Önceki kanun olan 1086 sayılı HUMK'da "*bulunulan yer*" ibaresi yerine "*mirasçıların oturduğu yer*" ibaresi ile bu mahkeme yetkili kılınmıştır. Bunun neticesinde, madde gerekçesinde de belirtilmiş olduğu üzere mirasçıların bulunduğu herhangi bir yer mahkemesi değil, mirasçının yerleşim yeri ya da yerleşme niyeti olmaksızın oturduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır.⁸⁰

HMK'nın 382. madde 2. Fıkra (c) bendinde miras hukukundaki çekişmesiz yargı işleri sıralanmıştır. Bu çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme HMK 383. maddede belirtildiği üzere, aksine bir düzenleme olmadıkça, sulh hukuk mahkemesidir. Çekişmesiz yargı işlerinde yetkili mahkeme ise HMK'nın 384. maddesine göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ancak HMK'nın 384. maddesinde, özel hükümler saklı tutulduğundan ve HMK'nın 11. maddesinin (3). fıkrasında mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda, mirasçıların her birinin oturduğu yer mahkemesinin

⁷⁹ PEKCANITEZ Hakan,/ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s.142.

⁸⁰ YILMAZ Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 145-146.

yetkili mahkeme olduğu belirtilmiş olduğundan, mirasçılık belgesi ile ilgili davalarda yetki anlamında öncelikle HMK'nın 11. maddesinin (3). Fıkrası uygulanmalıdır.

2. İç Hukuktaki Mirasa İlişkin Yetki Kurallarının Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisini Tayinde Etkisi

5718 sayılı MÖHUK'un 40. maddesi uyarınca, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin etmektedir. Doktrinde bu gönderme neticesinde Türk Medeni Kanunu ve HMK'daki mirasa ilişkin bulunan yetki kurallarının, Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin etme görevi de görecekları belirtilmektedir.⁸¹

MÖHUK 40. maddenin yapmış olduğu gönderme sonucunda Türk Medeni Kanunu'nun 576. maddesi ile HMK'nın 11. maddesinin, yabancılık unsuru bulunan miras davalarında uygulanabileceğini kabul eden görüşler, iç hukuktaki söz konusu yetki kurallarının, milletlerarası özel hukuku ilgilendiren bu davalarda aynen uygulanmamasını benimsemişlerdir. Doktrinde, HMK'nın 11. maddesinin (1). fıkrası kesin yetki kuralı olmasına karşın, milletlerarası usul hukuku anlamında bu maddenin kesin yetki kuralı olmadığı belirtilmiştir.⁸²

HMK'nın 11. maddesinin (2). fıkrasında belirtilmiş olduğu üzere, terekede bulunan bir mal hakkında açılmak istenen istihkak davası, terekenin yazımı ve tespiti zamanında mal nerede bulunuyorsa, orada da açılabilir. Bu madde, HMK'nın özel yetkili mahkemeleri de düzenlemesi sonucu ortaya çıkmıştır. HMK'da düzenlenen özel yetki kuralları, nitelikleri gereği genel yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmaz, davacıya alternatif yetkili mahkemeler sunar.⁸³ Dolayısıyla kural olarak özel yetki kuralları kesin yetki teşkil etmemektedir ve HMK 11. maddesi sonucunda terekede bulunan bir mal hakkında açılacak istihkak, terekenin yazımı ve terekenin tespiti davaları malın bulunduğu yer mahkemesinde de açılacaktır.

⁸¹ ÇELİKEL Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, 12. Bası (Aysel Çelikel/Bahadır Erdem), İstanbul 2012, s.548-551; NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2011, s.455; NOMER Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s.103.

⁸² ÇELİKEL, s. 550.

⁸³ PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 103

Bu fıkranın ifade ediliş şekli göstermektedir ki söz konusu yetki kesin yetki değildir. Fakat *Nomer*, miras sebebiyle istihkak davalarında bunların aynı davalar olmaları sebebiyle, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallara ilişkin olarak miras sebebiyle istihkak davalarında yabancı mahkemeler tarafından verilmiş olan kararların Türkiye’de tanıma ve tenfizinin yapılamayacağını, bu durumda münhasır yetki kuralı işlevi ile TMK 576. ve MÖHUK 43. maddelerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁸⁴

İç hukukumuzla ilgili olan, yabancılık unsuru taşımayan, miras davalarında yetkili mahkeme, 6100 sayılı HMK’da düzenlenmiştir. Bu kanunun 11. maddesi bir özel yetki kuralıdır ve iki farklı vasıfta yetki hükmü barındırmaktadır. Bunlar kesin yetki ve ihtiyari yetki kuralıdır. İstihkak davası ve veraset ilamı ile ilgili olarak bahsedilecek yetki kesin mahiyette değildir. Bunlar dışındaki miras davalarında Türk mahkemelerinin yetkisi kesin yetkidir. Eğer miras davası yabancılık unsuru taşıyorsa 6100 sayılı HMK’nın bahsettiğimiz 11. maddesi bu davaya uygulanmaz, bu davalar için Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK’un 43. maddesine göre belirlenecektir.

B. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN’UN 43. MADDESİ

5718 sayılı MÖHUK’un 43. maddesi, iç hukukumuzda miras davalarında yetkili mahkemeyi belirten kuralların eksiklikleri dikkate alınmış ve bunların giderilmesi amaçlanarak düzenlenmiştir. Daha önce de incelemiş olduğumuz gibi, miras davalarında yetkili mahkeme HMK md. 11 ve TMK md. 576’ya baktığımızda murisin son yerleşim yeri mahkemesi olarak belirtilmiştir, ancak yerleşim yeri Türkiye’de olmayan Türk ya da yabancı kişinin miras bırakan olması durumunda ve Türkiye’de malları bulunması durumunda bu kişilerin terekesine ilişkin olan davalarda hangi mahkemenin yetkili olacağı hususunda iç hukukta düzenlenmiş olan kurallarla çözüme ulaştırmak mümkün olmamıştır. Bu maddelerin uygulanabilirliği Türkiye’de yerleşim yeri bulunan yabancının muris olması durumunda da söz konusu olacaktır. Bunun sebebi MÖHUK’un 43. maddesinde “*Mirasa ilişkin davalar ölenin son*

⁸⁴ NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 493-494 dn. 269.

yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye’de olmaması halinde terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür.” hükmüne yer verilmiş olmasıdır. Kanun koyucu miras bırakan yabancıнын son yerleşim yerinin Türkiye’de bulunmaması durumunda, malların bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılmıştır. Burada amaç Türkiye’de menkul veya gayrimenkul malı bulunan ve yerleşim yeri Türkiye’de olmayan yabancı kişinin miras davasının görülebilmesi için yetkili bir mahkeme bulundurmadır.⁸⁵

Bu nedenle MÖHUK md. 43’ün düzenlenmesi gereği ortaya çıkmıştır. Bu maddede, madde başlığından da anlaşıldığı üzere miras davalarının yer itibariyle yetki kuralları düzenlenmiştir ve bu maddenin uygulanabilirliği yalnızca yabancılık unsuru içeren miras davalarında söz konusudur. MÖHUK md. 43’te düzenlendiği üzere, mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye’de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülecektir. 43. maddeye baktığımızda da anlaşıldığı üzere bu madde kademeli bir yetki kuralıdır. Öncelikle yetkili olacak olan mahkeme miras bırakanın Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesidir. Ölen kişinin son yerleşim yerinin yabancı bir ülkede bulunması durumunda Türkiye’de malları nerede bulunmakta ise o yer mahkemesi yetkili olacaktır.⁸⁶ Bu basamaklı hukuk kuralının sırasıyla ve keyfiyetin gerektirdiği şekilde uygulama zorunluluğu mevcuttur.

Aynı zamanda MÖHUK md. 43, yine 5718 sayılı kanunda düzenlenen ve yetki kurallarını içeren diğer bazı maddelerden farklı olarak davaya taraf olacak kişilerle ilgili bir sınırlama getirmemiş, uygulama alanı açısından ölenin vatandaşlığı açısından bir sınırlamaya tabi tutmamıştır. Bunlar neticesinde MÖHUK’un 43. maddesi, yalnızca yabancıların miras davaları için değil, hem yabancı kişilerin hem de Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan Türk vatandaşlarının miras davaları bakımından yetkili mahkemenin belirlenmesini sağlayan bir maddedir.

MÖHUK 43. maddede iç hukukumuzdaki yetki kurallarına değinilmeksizin, miras davaları ile ilgili olarak milletlerarası yetkinin belirleneceği esaslara yer

⁸⁵ DOĞAN Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2012, s. 83.

⁸⁶ ÇELİKEL, s.548-549.

verilmiştir. MÖHUK'un 43. maddesi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenlemiştir, bu madde neticesinde iç hukuktaki düzenlemeye göre yetki tayini söz konusu olamayacaktır.

MÖHUK 40. Maddenin bir neticesi olarak, yabancılık unsuru bulunan bir miras davası ile karşı karşıya olan bir mahkeme Türk Medeni Kanunu 576. ve HMK'nın 11. maddesini göz önünde bulundurmuyacak ve MÖHUK'ta miras davalarında yetkiyi düzenleyen 43. maddeyi dikkate alıp uygulayacaktır. Yani bu maddenin uygulanması için, MÖHUK md. 40 uyarınca iç hukukumdaki yetki kuralları dikkate alınmamalı, veraset belgeleri de dahil olmak üzere yabancılık unsuru içeren tüm davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bu maddeye göre tayin edilmelidir.⁸⁷ Doktrindeki baskın görüşe göre, çekişmeli ve çekişmesiz yargı işleri için yetkili mahkeme md. 43'te düzenlenmiş olduğu kademe ile belirlenmelidir. Bu nedenle bir çekişmesiz yargı işine göre belirlenmiş olan yetkili mahkeme, daha sonra uyuşmazlık çekişmeli yargıya dahil olsa dahi, yetkili mahkemenin belirlenmesi yine md. 43'e göre yapılacağından değişmeyecektir.

Miras davaları ile ilgili olarak iç hukukumuzda düzenlenmiş olan maddelerden HMK 11. madde "murisin son yerleşim yeri mahkemesi", Türk Medeni Kanunu 576. madde ise "miras bırakanın yerleşim yeri mahkemesi" nin yetkili olduğundan bahsetmiştir. TMK ve HMK'da belirtilmiş olan murisin son yerleşim yeri düzenlemesine MÖHUK'un 43. maddesinde yabancı unsurlu davalar açısından düzenlenerek yer verilmiştir.

HMK'da ek yetki esasına yer verilerek belirtilmiş olan fakat MÖHUK'ta bu şekilde belirtilmiş olmayan veraset belgeleri ile ilgili davalar (mirasçılar açısından mirasçılık sıfatının ve hakkının tespiti, terekede bulunan hakların belirlenmesi ve tereke mallarının kendilerine tescili ve intikali için gerekli işlemleri başlatabilmelerini sağlaması itibariyle) dahil olmak üzere, yabancı unsurlu tüm miras davaları bir sınırlamaya tabi olmadan MÖHUK'un 43. maddesi kapsamında işlem göreceklendir ve bunlarla ilgili olarak maddede belirtilen yetkili mahkemede dava açılabilir.⁸⁸

⁸⁷ EKŞİ Nuray, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, İstanbul 2013, s. 28.

⁸⁸ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 28.

MÖHUK md. 43, yetkiyi ölenin son yerleşim yeri ve menkul ve gayrimenkullerin bulunduğu yer olarak iki duruma göre sonuca bağlamıştır. Türk veya yabancı olması fark etmeksizin son yerleşim yeri Türkiye’de bulunmayan ve ülkemizde taşınır veya taşınmaz mal sahibi olanların miras davaları, söz konusu malların bulunduğu yer mahkemesinde görülecektir. Miras bırakanın çeşitli ülkelerde taşınır veya taşınmaz mallarının bulunması bu maddenin uygulanabilirliğini etkilememektedir, bu mallardan birinin Türkiye’de bulunması Türk mahkemelerinin 43. maddede düzenlenmiş olan milletlerarası yetkisini kullanabilmesi açısından yeterlidir.

C. TANIMA VE TENFİZ KARARLARININ MÖHUK MD. 43 AÇISINDA UYGALANABİLİRLİĞİ

1. MÖHUK MD. 43 AÇISINDAN TANIMA VE TENFİZ DAVALARI

a. Tanıma ve Tenfiz arasındaki farklar

Bilindiği gibi kural olarak bir mahkeme kararı ancak verildiği ülke sınırları içerisinde hüküm ifade eder. Ancak bir mahkeme ilamının verilmiş olduğu ülke mahkemeleri dışında hüküm ve sonuç doğurabilmesi için durumun gereğine göre tanınması ya da tenfiz edilmesi gerekmektedir. Tanıma ve tenfiz davaları doğrudukları sonuçlar itibarıyla birbirinden farklıdır, bu nedenle hangisinin açılacağına dikkat etmek gerekmektedir. Bir mahkemece verilmiş olan ilam sonucunda, o ilamın bir başka devlet mahkemesinin sınırları içerisinde icra edilmesi gerekiyorsa, o halde verilen kararın icra edilecek devlet mahkemelerinde tenfizi, icraya başvurulmasını gerektiren bir durum mevcut değil ancak ilamın kesin bir mahkeme hükmü olarak diğer devlet mahkemelerinde kabul edilmesi ve kararın sonuçlarını kendiliğinden doğurması için tanınması gerekecektir.

Tanınmış bir mahkeme kararı MÖHUK md. 59’da belirtildiği üzere iki nitelik kazanmaktadır. Bunlardan ilki tanınan mahkeme kararının kesin hüküm niteliğinde olması, ikincisi ise bu kararın kesin delil teşkil etmesidir. Yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesi durumunda ise, kesin hüküm ve kesin delil niteliğini haiz olmasına ek olarak bu karar Türkiye’de icra kabiliyeti de kazanır.

Miras hukuku ile ilgili olarak tanıma ve tenfiz davaları çoğunlukla yabancı mahkemelerce verilmiş olan veraset ilamlarının Türkiye’de kullanılabilmesi için açılmaktadır. Yabancı mahkemelerce verilmiş olan mirasçılık belgesi tespit belgesi niteliğindedir ve mirasçılık belgesi bu niteliğin bir sonucu olarak kimin ne oranda mirasçı olduğunu göstermektedir. Yabancı mahkemelerce verilen bu belgelerin tespit hükmü niteliğinde olması dolayısıyla da bir icrailik vasfı yoktur ve tenfiz davası açılmaz.⁸⁹ Bu yabancı mahkeme ilamının kesin hüküm ve kesin delil teşkil edebilmeleri için yalnızca tanıma davası açılacaktır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bir kararında⁹⁰ da bu yönde karar vermiştir:

“(1)...tenfizin, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına dair olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan Türkiye’de icrası gereken ilamlar için; tanımanın ise, yabancı mahkeme ilamlarına kesin delil veya kesin hüküm vasfı kazandırmak için söz konusu olacağına, Alman noterliğinde düzenlenen mirasın paylaşımına dair sözleşmenin bu sebeple, tenfiz ve tanınmasının hukuken mümkün olmadığına, aynı sözleşmenin iptaline dair davanın reddine dair Alman mahkemesi kararının ise, Türkiye’de icrası gereken bir karar niteliğinin bulunmaması sebebiyle tenfizin istenemeyeceğine göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir. (2) Yabancı mahkeme kararının tenfizi isteği, tanımayı (5718 s. MÖHUK. m.58) da ihtiva eder. Davacı; müteveffa N.. E..’in terekesinin paylaşımına dair Almanya’da noter tarafından düzenlenen 5.3.2002 tarihli sözleşmenin iptaliyle ilgili açılan davanın reddine dair Alman mahkemesince verilmiş olan kararın tenfizini istediğine göre, bu istek, yabancı mahkeme ilamının tanınmasını da kapsamaktadır. Yabancı mahkeme kararına kesin hüküm ve kesin delil vasfı kazandırmak için tanınmasını istemekte, o ilamın tarafı olan davacının hukuki yararının olduğu açık ve tartışmasıdır. O halde, tarafların delillerinin bu çerçevede değerlendirilerek, yabancı ilamın

⁸⁹ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 92.

⁹⁰ 2. HD, E. 2008/1619 K. 2009/ 7297, T. 16.04. 2009: EKŞİ Nuray, Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı, 4. Bası, İstanbul 2012, s. 97-98.

tanınmasıyla ilgili olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, bu hususun nazara alınmaması doğru bulunmamıştır.”

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16.04.2009 tarihli yukarıdaki kararında, yabancı mahkeme tarafından verilmiş olan kararın tenfizinin istenemeyeceğini, yalnızca tanınması için dava açılabileceğini belirtmiştir. Fakat Yargıtay, söz konusu kararın tenfiz edilmesi için açılmış olmasını red sebebi olarak yeterli görmemiş ve tanıma davası yerine tenfiz davası açılmış olması durumunda, tenfiz isteminin tanımayı da içermesi sebebiyle, açılmış olan davaya tanıma davası olarak devam edip sonuca bağlanması konusunda karara varmıştır.

b. Tanıma ve tenfizin hukuki dayanakları

5718 sayılı MÖHUK'da Brüksel IV Tüzüğü'nden farklı olarak yabancı mahkemelerce verilmiş olan mirasa ilişkin kararların tanınması ve tenfizini ayrıca düzenleyen hükümler bulunmamaktadır.⁹¹

Tanıma ve tenfizin bazı ön şartları bulunmaktadır. Bunlar MÖHUK md. 54'te; yabancı mahkeme kararını veren ülke ile Türkiye arasında mütekabiliyet olması, söz konusu mahkeme kararının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi dahilindeki bir konu ile ilgili olmaması, mahkeme kararının dava ile gerçek bir ilişkisi bulunmayan ancak kendisini yetkili gören bir ülke mahkemesi tarafından verilmemiş olması, söz konusu hükmün açıkça Türk kamu düzenine aykırı olmaması, yabancı mahkemenin kararı verirken kendisine karşı tenfiz istenen kişinin savunma haklarını ihlal etmemesi olarak sayılmıştır.⁹²

c. Tanıma ve Tenfiz davalarının açılması

i. Ayrı bir dava olarak ya da mevcut dava içinde açılabilmesi

Mirasa ilişkin olarak verilmiş olan yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için ayrı bir tenfiz davası açılması gerekmektedir. Türk mahkemelerinde görülen bir miras

⁹¹ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 94.

⁹² EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 95.

davası içinde tenfiz talebinde bulunulamaz. Ancak tanıma davaları için bu durum geçerli olmayıp, görülmekte olan bir dava içinde yabancı mahkeme kararının tanınması istenebilecektir. Görülmekte olan bir davada mirasa ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınmasının istenmesi halinde, mahkeme görülmekte olan davayı bekletecek ve öncelikte tanıma davasını sonuçlandıracaktır.⁹³

ii. Hukuki yararı bulunan herkes tarafından tanıma ve tenfiz davası açabilmesi

5718 sayılı MÖHUK md. 51/1 uyarınca, yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesinde hukuki bir yararı bulunan herkes kararın tenfizini isteyebilir. Kanun koyucu MÖHUK'un 50-53. maddelerini hem tanıma hem de tenfiz için düzenlenmiş olduğundan, 51. maddede yalnızca tenfiz denmesine karşın, hukuki yararı bulunan herkes aynı zamanda tanıma davası da açabilecektir. Bu nedenle, yabancı ülke mahkemesinde görülmüş olan davanın tarafı olsun ya da olmasın, yabancı mahkeme ilamının tanınmasında veya tenfizinde hukuki yararı olan herkes ülkemizde tanıma veya tenfiz davası açabilecektir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bu yönde kararlar vermektedir.⁹⁴

“Dosyaya sunulan veraset ilamına göre, davacının, davalı ile birlikte müteveffa Kamile'nin mirasçısı olduğu, bu durumda davacının tenfiz talep etmekte hukuki yararının bulunduğu anlaşılmaktadır. 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 Sayılı Kanun dikkate alınarak, delillerin toplanıp sonucu uyarınca karar vermek gerekirken, husumet yönünden davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır.”

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin söz konusu kararına konu olan olayda miras bırakan ile eşi kesinleşmiş bulunan yabancı mahkeme kararı ile boşanmıştır. Mirasçı söz konusu yabancı boşanma kararının tanınması için Türkiye'de dava açmıştır. Davacı, muris ile eşinin yabancı mahkeme kararı ile boşandığını ve bu kararın

⁹³ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 98.

⁹⁴ 2. HD, E. 2009/8580, K. 2009/21495, T. 14.12.2009: EKŞİ Nuray, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010, s. 77-85.

kesinleştğini, eşlerin bu kararın tanınması için Türk mahkemelerinde dava açmadığını, eşler arasındaki evliliğin murisin ölümünden önce sonlanmış olduğunu fakat eski eşin evlilik devam ediyormuş gibi miras isteminde bulunduğunu belirtmiş ve yabancı mahkeme tarafından verilmiş olan boşanma ilamının tanınması talebinde bulunmuştur. Türk mahkemesi bu talebi reddetmiş fakat Yargıtay dosyaya sunulmuş olan mirasçılık belgesine istinaden davacının, miras bırakanın mirasçısı durumunda olduğunu ve davacının tanıma isteminde bulunmakta hukuki yararı olduğundan bahisle davanın reddine ilişkin hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay'ın bir başka kararında⁹⁵ yabancı boşanma ilamının tanınması için dava açılmış, yabancı boşanma ilamının tarafı olan kişinin ölümü üzerine yasal mirasçısı olan küçük çocuğu adına kayyımı tarafından açılan bu dava, mahkeme tarafından, boşanmanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ve tanınması talep edilen ilamın da bu hakkı içerdiğini gerekçe gösterilerek yasal mirasçı olan küçük çocuğun yabancı mahkeme kararının tanınmasını talep edemeyeceklerine karar vermiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin kararına göre,

"5718 sayılı Kanununun 59. maddesinde "yabancı ilamın kesin hüküm ve kesin delil etkisinin, yabancı mahkeme kararının tanınmasından itibaren değil, yabancı mahkemede kesinleşme anından itibaren hüküm ifade edeceği" kabul edilmiştir. Bu hükmün sonucu olarak boşanma kararının tanınması halinde taraflar, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren boşanmış olacaklardır. Nitekim bu düzenlemeye paralel olarak Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, "yabancı mahkemelerce verilen boşanma kararlarının Türk mahkemelerince tenfiz veya tanınmasına karar verilip kesinleşmesi halinde, yabancı mahkemece verilmiş olan kararın kesinleşme tarihi, boşanma tarihi olarak kabul edilir" kuralını öngörmüştür (m. 58/1). Öte yandan 5718 sayılı Yasanın 52. maddesine göre, hukuki yararı bulunan herkes tenfiz isteğinde bulunabilir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar dahil, herhangi bir hak bu hükmün dışında tutulmamıştır. Tanıma, yabancı mahkeme kararının tenfiz şartlarını taşıdığına tespitine bağlı olduğuna göre,

⁹⁵ 2. HD, E. 2011/21901, K 2012/8257, T. 03.04.2012.

buradaki düzenlemenin tanıma için de geçerli olduğu açıktır. Tanıma halinde, yabancı ilamın kesinleşme tarihi boşanma tarihi olarak kabul edileceğine göre, davacının yabancı boşanma kararının tanınmasını istemekte korunmaya değer hukuki yararı mevcuttur (H.G.K.'nun 30.11.2011 tarihli ve 2011/2-593 esas, 2011/726 karar sayılı kararı). Öyleyse toplanan deliller çerçevesinde işin esası incelenip, yabancı ilamın tanınması için gerekli yasal şartları taşıyıp taşımadığının belirlenmesi ve hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; davacının taraf ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle isteğin reddi doğru görülmemiştir.”

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin mirasçılar tarafından açılan tanıma ve tenfiz davalarında mirasçıların hukuki yarar sağladığı konusundaki içtihadı istikrar kazanmıştır. Yine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu olayda,⁹⁶ yabancı mahkeme tarafından verilmiş olan boşanma kararının tanınması için dava taraflarından biri Türkiye'de dava açmıştır. İlk derece mahkemesi kararın tanınmasına karar vermiş fakat mahkeme kararı henüz kesinleşmeden davalı tarafın vefat etmesi üzerine mahkeme kararını geri almış ve davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, tanıma davasının sonuçlanmasında mirasçıların hukuki yararının mevcut olduğunu, ilamın kanunda belirtilen kesin hüküm ve kesin delil yetkisinin yabancı mahkeme ilamının kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ve sonuç doğurduğunu bu nedenle tanıma davasına mirasçıların devam edebileceğini belirtmiştir.

“Davacı Marburg yerel mahkemesinin 12.1.1998 tarih 19 F 361/97 sayılı dosyasında davalı ile boşandıklarını, kararın 21.2.1998 tarihinde kesinleştiğini belirtip, belirtilen boşanma ilamının tanıma ve tenfizine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkemece yapılan yargılama neticesinde 20.10.2000 tarih 2000/146 esas, 2000/498 karar sayılı ilamla talebin kabulüyle tarafların boşanmalarına ilişkin yabancı mahkeme ilamının aynen tenfizine karar verilmiştir. Mahkemece verilen karar kesinleşmeden davalı Hasan Hüseyin Bekem 9.11.200

⁹⁶ 2. HD, E. 2012/4139, K. 2013/365, T. 14.1.2013.

tarihinde vefat ettiğinden yasal mirasçuları olan Hatice Berkem (annesi) Gülay Çalışkan (kardeş) vekilince yapılan başvuru ile kararın yasal mirasçılara tebliği sonrasında kesinleştirilmesi istenilmiştir. Yerel mahkemece kararın yasal mirasçılara tebliğ yapılmasına ve yasal sürede temyiz olunmamasına karşılık 22.12.2011 tarihli ek kararla “ yalnız öleni ilgilendiren yani mirasçılara geçmeyen haklara ilişkin davalar tarafın ölümü ile konusuz kalan bu davalara ölen tarafın mirasçularına karşı devam edilmesine olanak yoktur.” şeklindeki gerekçe ile kararın kesinleştirilmesine dair talebin reddine karar verilmiştir. Kararın tenfiz edilmesinde hukuki yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir (MÖHUK md. 52/1). Bu itibarla murisin mirasçılarının davaya devam edip kararın kesinleştirilmesini istemekte hukuki yararı bulunmaktadır. Yabancı mahkeme ilamının kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme ilamının kesinleştiği tarihten hüküm ifade eder (MÖHUK md. 59). Bu nedenle evlilik ölümle değil yabancı mahkeme ilamının kesinleşmesiyle sona ermiştir. 5718 sayılı yasanın belirtilen hükümleri ile kararın taraflarca temyiz edilmediği de gözetilerek talebin kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı gerekçeyle reddi doğru değildir. Ancak kararın kesinleştirilmesine yönelik işlemler idari işlem niteliğinde olup, mahkemece kesinleştirme talebi konusunda verilen kararın her zaman düzeltilmesinin mümkün bulunması ve bu yöndeki idari kararların temyizinin kabil bulunmaması sebebiyle temyiz isteğinin reddine karar verilmesi gerekmiştir.”⁹⁷

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin boşanma konusundaki kesinleşmiş yabancı mahkeme ilamlarının Türk mahkemelerince tanınmasında mirasçıların hukuki yararı bulunduğu konusundaki kararlarını sürekli olarak belirtmesine karşın, farklı bir sonuca vardığı kararı da mevcuttur.⁹⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bu kararına göre:

⁹⁷ 2. HD, E. 2012/4139, K. 2013/365, T. 14.01.2013: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 103.

⁹⁸ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 103.

*“Davacı boşanmaya dair yabancı mahkeme kararının tanınması talebiyle 18.01.2011 tarihinde dava açmıştır. Kendisine karşı dava açılan davalı kadın 25.05.2007 tarihinde ölmüş, ölüm ile bu kişinin taraf ehliyeti sona ermiştir. Taraf ehliyeti sona ermiş kişi hakkında dava açılmayacağı gibi ölen kişinin aleyhine açılmış dava onun mirasçıları aleyhine de sürdürülemez. Açıklanan nedenle sonucu itibarıyla doğru olan ret hükmünün onaylanmasına karar verilmesi gerekmiştir”.*⁹⁹

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin diğer kararlarında vurgulamış olduğu gibi, yabancı boşanma ilamının tanınmasında veya tenfizinde hukuki yararı olan herkesin bu taleplerde bulunabilmesi gerekmektedir.

d. Veraset İlamlarının Kesinleşmemiş Olmaları Sebebiyle Tanınma Problemi

Yabancı mahkeme ilamlarının ülkemizde tanınabilmesi ve tenfiz edilebilmesi için kesinleşmiş olması şarttır. Söz konusu ilamın kesinleşip kesinleşmediği yabancı mahkeme ilamını veren ülkenin hukukuna göre tespit edilir. Bir takım mahkeme kararları verildiği an kesinleşirken, bazıları da kanun yolu süreci sonucunda kesinleşmektedir. Yabancı ilamı veren mahkemenin hukukunda, karar için kanun yoluna başvuru yolu açık olmasına rağmen, kanun yoluna başvurmadan önce kesinleşmişse, söz konusu karar ülkemizde tanıma ve tenfiz davasına konu olabilecektir.¹⁰⁰ Söz konusu mahkeme ilamının kesinleşmesi gerekliliğini Türk mahkemeleri re'sen gözetecektir.

Yabancı mahkeme ilamının kesinleştiğine dair belgenin tanıma veya tenfiz davası açılırken mahkemeye sunulması gerekmektedir, aksi durumda Yargıtay uygulamada, davaya bakan mahkemenin davacı tarafa belgelerin tamamlanması için kesin süre verilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁰¹

⁹⁹ 2. HD, E. 2011/9860, K. 2012/4407, 1.3.2012: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 104.

¹⁰⁰ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku s. 122.

¹⁰¹ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 123.

Doktrinde bir görüş,¹⁰² ülkemizde görülmekte olan bir tanıma veya tenfiz davasında, yabancı mahkeme ilamının henüz kesinleşmemiş olduğu ortaya çıkarsa, davanın usulden reddinin gerektiği, ek süre verilerek bu koşulun tamamlanmasının beklenemeyeceğini belirtmiştir. Fakat yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi Yargıtay aksi görüştedir. Söz konusu yabancı mahkeme kararı ile ilgili olarak kanun yoluna başvurulmuş ise, ileride çıkabilecek olan sorunları engellemek adına, Türk mahkemeleri tanıma ve tenfiz davaları için yabancı mahkemedeki kanun yolu sonucunu bekletici mesele yapabilir.¹⁰³

i. Yabancı Veraset İlamları Açısından Kesinleşmenin İncelenmesi

Doktrinde baskın olan görüşe göre, yabancı mahkemelerce verilmiş olan kararlarının tanıma ve tenfizi için aranılan kesinleşme, şekli kesinleşmedir.¹⁰⁴ Yabancı veraset belgeleri, verilen ülkenin hukukuna göre çekişmeli ya da çekişmesiz yargı yoluyla verilebilir. MÖHUK md. 58'e göre çekişmezi yargı kararları da tanımlanmaktadır. *Çelikel*, çekişmesiz yargı kararlarının maddi kesinlik değil ancak şekli kesinlik taşıdığını ifade etmektedir.¹⁰⁵ *Kuru / Arslan / Yılmaz*'ın da fikirleri aynı yöndedir, onlar da, bu yargı kararlarının şekli anlamda kesin hüküm oluşturduğunu fakat maddi anlamda kesin hüküm olmadığını belirtmişlerdir. Verilen çekişmesiz yargı kararları kanun yoluna başvurulduktan sonra ya da başvurulmadan şekli anlamda kesinleşmiş olsun, çekişmeli yargıdaki kuralların aksine maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için aynı konuda tekrar talepte bulunulabilir.¹⁰⁶ *Kuru*, veraset ilamı verilmesi işinin bir çekişmesiz yargı işi olduğunu ve maddi anlamda kesin hükme konu olmadığını, veraset ilamı verilmesinin ancak belgenin verilmesi sırasında mirasçı olarak gösterilmemiş bir kişinin itiraz etmesi üzerine çekişmeli yargı işine döneceğini, bunun sonucunda verilen mirasçılık belgesinin maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceğini belirtmiştir.¹⁰⁷

¹⁰² ŞİT, s.72.

¹⁰³ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 133-137.

¹⁰⁴ ÇELİKEL, s. 612.

¹⁰⁵ ÇELİKEL, s.665.

¹⁰⁶ KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 23. Bası Ankara 2012, s 758.

¹⁰⁷ KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası C. V, İstanbul 2011, s. 5033-5034: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s.125.

ii. Konu İle İlgili Doktrinsel Görüşler ve Bazı Yargıtay Kararları

Doktrinde bazı görüşler yabancı mahkemeden alınmış olan mirasçılık belgesinin ülkemizde tanımaya konu olabileceğini savunurken, diğer bazı görüşler de tanımaya konu olamayacağını savunmaktadırlar.

Uluocak, yabancı mahkemeler tarafından verilmiş olan çekişmesiz yargı kararlarının Ülkemizde tanınmaları için bunların kesin hüküm teşkil etmeleri gerektiğini, kesin hüküm teşkil etmedikleri için tanınmalarının mümkün olmayacağını, yabancı mahkemelerce verilmiş olan mirasçılık belgelerinin ancak Türk mahkemelerinde veraset belgesi verileceğinde delil olarak kullanılabilirliği olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁸

Seviğ'e göre, Türkiye'deki taşınmaz terekeye ilişkin olarak yabancı mahkemelerce verilmiş olan ilamlar tanınamayacak ve tenfiz edilemeyecektir. Yabancı mahkemelerce verilmiş olan mirasçılık belgelerinin kesin hüküm niteliği olmaması nedeniyle tenfiz edilemeyeceğini, ancak resmi senet olarak tanınmalarının mümkün olabileceğini belirtmiştir.¹⁰⁹

Özbakan, mirasçılık belgelerinin tanınması gerektiğini fakat icra edilmesini gerektiren bir durum gerekecekse, tenfiz edilebilmelerinin mümkün olması gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁰

Nomer, yabancı mahkemelerce düzenlenmiş olan miras belgeleri hakkında Tapu Kanunu md. 37 saklı kalmak kaydıyla, başka bir ülkenin hukukuna göre düzenlenmiş olan ve o ülkede açılmış bulunan vasiyetnameye dayanılarak, yabancı mahkemece verilmiş veraset ilamının, kesin hüküm niteliği bulunmaması nedeniyle,

¹⁰⁸ ULUOCAK Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1987, s. 149-150: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 125.

¹⁰⁹ SEVİĞ Vedat Raşit, Mirasla İlgili Devletler Hususi Hukuku Kaideleri, İstanbul 1963, s. 191-193: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 126.

¹¹⁰ ÖZBAKAN Işıl, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987, s. 130: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 126.

tanınmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir.¹¹¹ *Nomer*, daha önce de bahsettiğimiz gibi, bir ayrıma giderek, yabancı mahkemece verilmiş olan çekişmesiz yargı kararlarının, Türkiye’de tanıma ve tenfizinin yapılamayacağını, bunların ancak ülkemizde yabancı resmi senet şeklinde kullanılabileceğini belirtmiş fakat mirasçılık sıfatının çekişmeli yargıya konu olduğu durumlarda, çekişmeli yargı davası sonucunda yabancı mahkemenin vermiş olduğu veraset ilamının Türkiye’de tanımaya konu olabileceğini ifade etmektedir.¹¹² *Nomer*’e göre, “*çekişmesiz yargı usulüne tabi olarak verilen mirasçılık belgeleri (veraset vesikaları) aksi ispat edilinceye kadar mirasçı durumunu tespit ederler. Mirasçılık belgelerinin Türk hukukundaki bu niteliği sebebiyle, yabancı bir mahkemeden alınmış mirasçılık belgesine, Türk hukukunun tanıdığı ve kabul ettiğinden daha fazla bir nitelik ve güç (etki) de verilemez.*¹¹³ *Bu bakımdan çekişmesiz yargı usulünde verilmiş yabancı mirasçılık belgelerinin maddi kesin hüküm niteliğinde etkileri bulunmadığı için tanınması mümkün değildir*”.¹¹⁴

Çelikel, inşai nitelikte olan isim değişikliği vasi tayini gibi çekişmesiz yargı kararlarının kesin hüküm niteliğinde olması sebebiyle tanınacaklarını, fakat yine bir çekişmesiz yargı işi olan mirasçılık belgelerinin tespit niteliğinde olması sebebiyle bunların aksi ispatlanıncaya kadar geçerli olduğunu ve bu nedenle maddi kesinlik taşımadıklarını ve tanınmalarının mümkün olmadığını, yabancı mahkemelerce verilmiş olan veraset ilamlarının ülkemizde açılacak olan bir davada takdiri delil olarak kullanılabileceğini ifade etmiştir.¹¹⁵

İnan, yabancı mahkemelerce verilmiş olan mirasçılık belgelerinin kesin hüküm niteliğine sahip olmamaları sebebiyle tanınamayacağını, bu belgelerin yalnızca Türk mahkemelerinden mirasçılık belgesi alınacağı sırada delil olarak kullanılabileceğini, yabancı mahkemeden alınmış olan mirasçılık belgesinin ülkemizde tanınamayacak

¹¹¹ NOMER, s. 516.

¹¹² NOMER Ergin, Yabancı Veraset İlamlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları, 65(1991) 10-11-12 İBD, s.792: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 127.

¹¹³ NOMER Ergin, Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı, Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Bası, İstanbul 2011, s. 918-919.

¹¹⁴ NOMER, Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı, s. 918-919.

¹¹⁵ ÇELİKEL, s. 665.

olması sebebiyle Türk mahkemelerinden yeni bir mirasçılık belgesi alınması gerekeceğini belirtmiştir.¹¹⁶

Şanlı, çekişmesiz dava yoluyla düzenlenmiş olan yabancı mirasçılık belgelerinin bir kesinliğe sahip olmamaları sebebiyle tanınamayacaklarını fakat, çekişmeli dava sonucunda alınmış olan mirasçılık belgelerinin şekli ve maddi kesinlik taşımaları sebebiyle ülkemizde tanınabileceklerini ifade etmiştir.¹¹⁷

Çekişmesiz yargı sonucu verilmiş olan yabancı mahkeme kararları inşai nitelikte ise ülkemizde tanınması konusunda bir sorun çıkmamaktadır. Ancak yabancı mirasçılık belgesi gibi tespit niteliğinde olan çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasında kararın kesinleşme problemi ortaya çıkmaktadır. Yabancı mahkemelerden alınmış olan mirasçılık belgeleri çekişmeli ya da çekişmesiz yargı sonucu alınmış olsun ilam niteliği taşımaktadırlar ve yalnızca yabancı mahkemelerce verilmiş olan mirasçılık belgeleri için değil, tüm yabancı mahkeme kararları için kesinleşme şartı bir ön şarttır.¹¹⁸ Yabancı bir yargı kararının tanınıp tanınmayacağına yalnızca o kararın çekişmeli ya da çekişmesiz yargı kararı oluşuna göre karar verilmemelidir. Çünkü MÖHUK md. 58’de çekişmeli ve çekişmesiz yargı kararı ayrımı yapılmamıştır. Bu maddeye göre Türkiye’de tanınan yabancı mahkeme kararları Türkiye’de kesin hüküm ve kesin delil sonucunu doğururlar, bu nedenle, yabancı mahkeme kararları da tanındıktan sonra bu hükümde olmalıdır.

TMK md. 598’den yola çıkarsak, mirasçılık belgesi kesin delil hükmünde bir belge değil, aksi ispatlanıncaya kadar mirasçının miras hakkının varlığını gösteren bir belgedir ve resmi belge hükmündedir. 6100 sayılı HMK md. 382’de mirasçılık belgesinin verilmesi çekişmesiz yargı işlerinden sayılmıştır ve bunların maddi anlamda kesin hükümde olmadığı da HMK md. 388’de belirtilmiştir.

Yabancı mahkemeler tarafından verilen mirasçılık belgelerini TMK ve HMK’ya göre değerlendirmek yanlış olacaktır. 5718 sayılı MÖHUK md. 50 ye göre, yabancı ilamların kesinleşmiş sayılmasının, o devlet kanununa göre kesinleşmiş

¹¹⁶ İNAN, s. 496.

¹¹⁷ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. Bası, İstanbul 2011, s. 296-298.

¹¹⁸ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 128.

olmasına bağlı olduğu belirtilmektedir. Yukarıda anlatmış olduğumuz gibi, yabancı mahkeme kararının kesinleştiiğine dair belge, tanıma ya da tenfiz istemi sırasında mahkemeye sunulmamışsa, Yargıtay'ın çoğunlukla karar verdiği gibi, usul ekonomisi göz önünde tutularak davacıya kesin süre verir ve kesinleşmeye dair belgenin getirilmesi istenir.

Yargıtay'ın yabancı mahkemelerce verilmiş olan mirasçılık belgesinin tanınıp tanınmayacağına dair vermiş olduğu olumlu ve olumsuz kararları vardır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi yabancı mirasçılık belgesini kesin hüküm niteliği bulunmadığı için tanıma istemini reddeden ilk derece mahkemesi kararının temyizi sonucunda ilk derece mahkemesiyle aynı kaniya varmıştır.

“Yabancı mahkemelerden verilen kararlar tamamen veya kısmen tanınma imkanı dahilindedir[...]Çekişmesiz kaza kararlarında aynı usul uygulanır... Davacı vasiyetnamenin açılması yanında mirasçı naspına ilişkin olarak verilen veraset ilamının da tanınmasını istemiştir. Ölüme bağlı tasarruflar ölenin milli hukukuna veya ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı yer hukukuna tabidir... Şekil sebebiyle ölüme bağlı tasarrufların geçersiz hale gelmesini önlemek amacı ile 5.10.1961 tarihinde Lahey'de "vasiyet tasarruflarının biçimine ilişkin kanun uyumsuzlukları konusunda sözleşme [yapılmıştır]... Bu durumda yabancı mahkeme kararının vasiyetnamenin açılmasına ilişkin bölümünün tanınmasına karar verilmesi gerekirken...ret kararı verilmesi isabetsizdir...Türk hukukunda ölümlle tereke, özel haller hariç herhangi bir işleme gerek olmadan kendiliğinden mirasçılara intikal eder. Veraset vesikası ise, bir şahsın mirasçı olduğunu gösteren, ispat eden belge niteliğindedir. Lehine düzenlenen şahıs bakımından mirasçılığa karine teşkil eder. Aksi ispat olunana kadar bu kişi mirasçı sayılır. Belgenin doğru olup olmadığı herhangi bir davada ileri sürülebileceği gibi, iptali veya değiştirilmesi de istenilebilir. Yabancı mahkemelerden veya makamlardan alınan veraset belgesinin Türk hukukunda tanınanda daha farklı nitelik veya güç taşıdığı kabul edilemez. Bu özelliği sebebiyle de yalnızca delil olarak dikkate alınabilir. Yabancı hukuka göre düzenlenen ve yabancı ülkede açılan bir vasiyetnameye dayanarak, yabancı

mahkeme tarafından verilmiş mirasçılık belgesi kesin hüküm kuvvetine haiz bulunmamaktadır. Açıklanan sebeple de tanınamaz. Mahkemenin bu yöne ilişkin ret kararı isabetlidir.”¹¹⁹

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu kararında, yabancı ilamın kısmi olarak ve vasiyetnamenin açılması ile ilgili bölümün tanınabileceğini belirtmiştir.

MÖHUK'ta yabancı ilamın kesinleşmiş sayılmasının, mahkeme kararının verildiği ülke hukukuna göre belirleneceği belirtildiği halde, Yargıtay'ın verdiği bu tarz kararlara katılmak mümkün değildir. Yargıtay kararında, mirasçılık belgesinin TMK ve HMK'da ifade edilen niteliği göz önüne alınmış ve buna göre bir karara varılmıştır. Yabancı mahkemelerce verilmiş olan mirasçılık belgelerinin, verildikleri mahkeme hukukuna göre kesinleşmiş olması sonucu, kesinleşme şerhi taşıdıkları halde, kesin hüküm niteliği taşımadıklarına dayanılarak sonuca varılmamalıdır. Fakat söz konusu kesinleşme şerhi Türk mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğu bir konuya dair verilmişse, örneğin söz konusu mirasçılık belgesi Türkiye'deki taşınmazlarla ilgili olarak verilmişse, tanıma istemi reddedilmelidir.

e. Yabancı Ülke Noterliklerince Düzenlenen Mirasçılık Belgelerinin Ülkemizdeki Neticeleri

i. Yabancı Noterlerce Düzenlenen Mirasçılık Belgelerinin Tanıma ve Tenfize Konu Olmaması

Tanınması veya tenfizi ülkemiz mahkemelerinden istenen bir kararın, mahkeme kararı niteliğinde olup olmadığına karar vermek için verildiği ülkenin hukukuna bakmak gerekecektir. Ülkemizde de TMK md. 598/1'de noterlikçe verilebileceği düzenlendiği üzere, bazı ülkeler noterler veya belediyeler tarafından veraset belgesi verilebilmesini kabul etmektedirler.

MÖHUK'ta düzenlendiği üzere, tanınması ve tenfizi istenen kararın, bir mahkeme tarafından verilmiş olması gerekmektedir. Fakat noterlerce veya

¹¹⁹2. HD, E. 2001/3841, K. 2001/10889, T. 10.07.2001.

belediyelerce düzenlenen veraset belgeleri mahkeme kararı niteliğinde değildir. Bu durumda yabancı bir ülkedeki noter veya belediye tarafından verilmiş olan mirasçılık belgesinin Türkiye’de tanınması veya tenfizi talep edilirse bu talep reddedilecektir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bu yönde verdiği bir kararında¹²⁰,

“Davacılar Fransa noterliğince Fransa Medeni Yasasına göre verilmiş veraset belgesinin tanınmasına karar verilmesini istemiştir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununun 42. maddesi; yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığıının mahkemece tesbitine bağlı olduğunu hükme bağlamıştır. Aynı Kanununun 34. maddesinde de "kesinleşmiş bulunan ilamların tenfizine karar" verilebileceği belirtilmiştir. Tanınması istenilen veraset belgesi kesinleşmiş mahkeme ilamı niteliğini taşımadığı gibi Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisinde olan gayrimenkullerin intikal ettiğini gösterir biçimde tanınamaz...Gerçekleşen bu durum karşısında isteğin reddi gerekirken...yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” şeklinde bir sonuca varmış ve bu kararında yabancı mahkemelerce verilmiş olan kararların kesin hüküm veya kesin delil kabul edilebilmesi için yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığıının mahkemece tespit edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Fakat bazı ülkelerde, mahkemelere veraset ilamı düzenleme yetkisi verilmeyip, bu yetki yalnızca noter ve/veya belediyelere verilmiş olabilir. Bu halde veraset belgesini vermiş olan ülkenin hukukuna göre noterler veya belediyelere verilmiş olan yetki, bu işlemler anlamında bir mahkeme gibi hareket etmeyi kapsayacak şekilde verilmişse, o halde bu veraset belgeleri yabancı mahkemelerden verilmiş gibi ülkemizde tanıma ve tenfiz davasına konu edilebilecektir.¹²¹

Başka bazı ülkelerde ise, idari makamlarca veya noterlerce düzenlenmiş olan bu belgeler yabancı ülke mahkemelerince tasdik edilmektedirler. *Şanlı*’ya göre,

¹²⁰ Yarg. 2. HD, E. 2002/8254, K. 202/9339, T. 12. 07.2002.

¹²¹ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 113.

verilmiş olan bu veraset belgelerinin yabancı mahkemelerce tasdik edilmesi sonucunda ülkemizde tanınması mümkün olabilecektir.¹²²

ii. Türk Medeni Kanunu'nda Yapılan Düzenlemeden Sonra Yabancı Noterlerce Düzenlenen Mirasçılık Belgelerinin Ülkemizdeki Neticeleri

Türk Medeni Kanunu'nda 2011 yılında yapılan değişiklik neticesinde md. 598/1'e "veya noterlikçe" ibaresi eklenmiş ve bu sayede yalnızca kanuni mirasçıların hem taşınır hem de taşınmaz mallara ilişkin olarak mirasçılık belgesini noterlerden alabilmelerine olanak sağlanmıştır. Bu değişiklikte birlikte Tapu Sicili Tüzüğü¹²³'nde de bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir ancak henüz bir düzenleme yapılmamıştır¹²⁴.

TMK'da yapılmış olan değişiklikte birlikte MÖHUK md. 50'de bir değişikliğe gidilmemiştir. Hala yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizi ifadesi korunmaktadır. Yabancı noterliklerce verilmiş olan veraset belgelerinin hangi şartlarda tanınabileceğine ve tenfiz edilebileceğine dair bir hüküm ilgili kanunda yer almamaktadır. Avrupa Birliği hukukunda düzenlenmiş olduğu gibi resmi belgelerin tanınması ve tenfizi başlığı ile düzenlenmiş bir kurum MÖHUK'ta yer almamaktadır¹²⁵. Bu nedenle yabancı noterliklerce düzenlenmiş olan veraset belgeleri ülkemizde tanıma ve tenfiz davalarına konu olamayacaktır.

Yabancı noterlerce düzenlenmiş olan resmi belgelerin ülkemizde de aynı nitelikte bir belge olarak sonuç doğurabilmesi için, düzenledikleri yabancı ülkedeki Türk konsoloslugu tarafından tasdik edilmiş olması ya da söz konusu belge 1961 Apostille Antlaşması'na taraf olan bir ülkede düzenlenmişse, apostille olmalıdır.¹²⁶ Buna ek olarak ülkemizin bir takım adli yardımlaşmaları yapmış olduğu ülkelerin bazılarında yukarıda bahsettiğimiz konsolosluk onayı ya da apostille olması

¹²² ŞANLI, s. 295-296.

¹²³ RG. 07.06.1994/21953.

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 114.

¹²⁵ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 115.

¹²⁶ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 114.

gerekmemekte, sözleşmeye taraf bir devlette düzenlenmiş olan resmi belgenin başka bir akit devlette aynı nitelikte kullanılabilmesi belirtilmiştir¹²⁷.

iii. Noterlik Kanunu'nda Yapılan Değişiklik Sonucunda Yabancı Noterlerce Düzenlenen Mirasçılık Belgelerinin Ülkemizdeki Neticeleri

1512 sayılı Noterlik Kanunu md. 71/A'da, mirasçılık belgesi verilmesi de noterlerin yapabileceği işlemler arasında sayılmıştır. Bu belgenin verilmesinde uygulanacak olan usul ise aynı kanunun 71/B maddesinde ifade edilmiştir. Noterlerce verilen mirasçılık belgelerine itiraz mümkündür ve itirazın nasıl yapılacağı Noterlik Kanunu md. 71/C'de düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, TMK md. 598'de noterler tarafından yasal mirasçılara mirasçılık belgesi verilebileceği düzenlenmiştir. Fakat herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Buna karşın, Noterlik Kanunu md. 71/B'de bazı durumlarda noterlerin mirasçılık belgesi düzenlemesi yasaklanmıştır. Bu haller, mirasçılık belgesinin yargılamayı gerektiriyor olması, nüfus kayıtlarının mirasçılık belgesi verilmesi konusunda yeterli olmaması ve mirasçılık belgelerinin yabancılar tarafından talep edilmesi olarak sayılmıştır. Yabancı kişilerin menkul ve gayrimenkul ayrımı olmaksızın noterlerden mirasçılık belgesi alamayacağı bu maddede açıkça belirtilmiştir.

1512 sayılı Noterlik Kanunu md. 71/A, 71/B ve 71/C maddelerine dayanılarak Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹²⁸ hazırlanmıştır. Bu yönetmeliğin 4, 5 ve 6. maddelerinde mirasçılık belgesinin noterlerce verilmesi düzenlenmiştir. 4. maddeye göre, noter kendisine yapılan başvuru neticesinde nüfus kayıtlarını inceler ve ilgilinin yasal mirasçı olup olmadığını açıklığa kavuşturur. Noter başvuran kişinin nüfus kayıtlarını incelemesi

¹²⁷ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 114.

¹²⁸ RG. 04.10.2011/28074.

neticesinde yasal mirasçı olduğu kanısına vardığıysa, özel kanunlardaki usuller de göz önüne alınarak, kişiye mirasçılık belgesini ve suretlerinin verir.¹²⁹

Aynı yönetmelik md. 5'e bakıldığında hangi hallerde mirasçılık belgesi verilmeyeceği, Noterlik Kanunu md. 71/B'ye göre daha kapsamlı düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu maddeye göre, nüfus kayıtlarının mirasçılık belgesi verilmesi konusunda yeterli olmaması, yabancılar tarafından talep edilmesi, mirasçılık belgesi verilmesinin bilirkişi incelemesi yapılmasını, tanık dinlenmesini gerektirmesi, talebin yabancılık unsuru taşıması gibi yargılamayı gerektiren hallerde noterlerce mirasçılık belgesi verilemeyecektir. Bu maddeye göre terekenin bütünü Türkiye'de olsa dahi yabancı mirasçılar, noterden mirasçılık belgesi alamayacaklar. Ne bu maddeye göre, noter, mirasçılık belgesi talep eden kişinin vatandaşlığı dışında herhangi bir sebeple yabancılık unsuru taşıyan terekeye ilişkin mirasçılık belgesi veremez. Bunlara ek olarak *Ekşi*'ye göre, bu yasaklılık halleri mevcutsa, söz konusu terekede atanmış mirasçılar ve kanuni mirasçıların bulunması halinde de noterlerin mirasçılık belgesi düzenleme yetkisinin bulunmadığını kabul etmek gerekir.¹³⁰ Farklı bir görüşü benimseyen *Kurşat*'a göre ise, “*netice itibariyle noterlerin atanmış mirasçının talebi halinde dahi onun mirasçı olarak atandığını belirten ve varsa yasal mirasçılara yer veren bir mirasçılık belgesi düzenleyebilecekleri söylenmelidir.*”¹³¹

Yönetmeliğin 6. maddesi noterlik tarafından verilmiş olan mirasçılık belgesine karşı itirazı düzenlemektedir.

Noterlik Kanunu ve yukarıda bahsettiğimiz yönetmeliğin ilgili hükümlerinden de anlaşıldığı üzere, Türkiye'deki noterler yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgesi düzenleyememektedirler. Fakat iki düzenlemede de yabancı kişinin yurt dışındaki bir noterlikten almış olduğu mirasçılık belgesinin Türkiye'de bir sonuç doğurup doğurmayacağından bahsedilmemiştir. TMK md. 598'de yukarıda açıklamış

¹²⁹ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 119.

¹³⁰ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 120.

¹³¹ KURŞAT, Noterlere Mirasçılık Belgesinin Düzenlenmesi Yetkisinin Tanınması Hakkında Değerlendirme, Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 589.

olduğumuz Noterlik Kanunu md. 71/B'deki ve yönetmeliğin 5. maddesindeki sınıflamalara yer verilmemiştir.¹³²

Yabancı noterliklerce düzenlenmiş olan mirasçılık belgeleri, MÖHUK md. 50-59'a bakıldığında Türkiye'de tanınmaz ve tenfiz edilemez. Çünkü bu maddeler arasında yalnızca yabancı mahkemelerce verilen kararların tanınması ve tenfizi ile ilgili hükümler yer almaktadır. Buna ek olarak yabancı noterlerce düzenlenmiş olan veraset belgeleri usulüne uygun bir şekilde onaylanmışlarsa dahi, Noterlik Kanunu md. 71/A, 71/B ve 71/C göz önüne alındığında, ülkemizde kendiliğinden sonuç doğurmayacaktır, Türkiye'deki mirasın mirasçılara intikali gerçekleştirilemeyecektir.

D. TÜRKİYE'DE BULUNAN MALLAR HAKKINDA YABANCI MAHKEME KARARLARININ TÜRK MAHKEMELERİNİN MÜNHASİR YETKİSİ SEBEBİYLE TANINAMAMASI

Devletler bazı uyuşmazlıklar ile ilgili kendi mahkemelerini kesin yetkili olarak tayin edebilir. Bu durum neticesinde kesin yetki çerçevesi içinde olan konularda, yabancı mahkeme kararları Türkiye'de mahkeme kararı şeklinde sonuç doğurmazlar.

HMK'nın 11. maddesi ile getirilen yetki kuralının iç hukukumuz bakımından kesin yetki kuralı olduğu kabul edilmektedir. Asıl önem taşıyan konu, HMK'nın 11. maddesinde yer alan mahkeme yetkisinin yabancılık unsuru barındıran miras davalarında kesin yetki kuralı olup olmadığıdır. Bu durum yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi söz konusu olacağına önem kazanmaktadır. Daha önce belirtmiş olduğumuz MÖHUK'un 54. maddesinin (b) bendine göre, yabancı mahkemeden alınmış olan bir karar Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir konu kapsamına girmekteyse, bu kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır.¹³³

¹³² EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 121.

¹³³ ÇELİKEL, s. 549.

Bir miras davası yabancılık unsuru içeriyorsa Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK md. 43 uygulanacak, iç hukukumuzdaki yetki kuralları olan HMK md. 11 ve TMK md. 576 uygulanmayacaktır.

Münhasır yetki, milletlerarası usul hukuku anlamında o davanın yalnızca ve mutlaka Türk mahkemelerinde görülmesi konusunda kanunda bir yetki kuralının bulunması ile söz konusu olmaktadır. MÖHUK md. 43'ün de bu nitelikte bir yetki kuralı içerip içermediğini işin niteliğinden ve maddenin ifadesinden anlamak gerekmektedir.

Bunu anlamak içinse, öncelikle MÖHUK md. 43'ün milletlerarası usul hukuku bakımından kesin yetkiyi düzenleyip düzenlemediğine bakmak gerekmektedir. Bu madde Türk mahkemelerini münhasıran yetkili kılıyorsa miras davalarına ilişkin alınan yabancı mahkeme kararlarının ülkemizde tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Bu madde Türk mahkemelerini münhasır yetkili kılmamış ise yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de sonuç doğurması, MÖHUK'ta yer alan diğer hükümler de göz önüne alınmak kaydıyla mümkün olabilecektir.

Tanıma ve Tenfiz için bazı şartlar aranmaktadır. Bunlardan biri de MÖHUK md. 54'te düzenlendiği gibi yabancı mahkeme kararının, Türk mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğu bir konuya girmiyor olmasıdır. Yabancı mahkemelerce verilen karar, ülkemizde bulunan taşınmaz malı ilgilendiren bir miras davasına ilişkinse, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi sebebiyle, bu kararın tanınması ve tenfizi mümkün olmamaktadır. Bunun sebebi taşınmaz miras davalarında ülkemiz mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır olduğu kabul edilmesidir.¹³⁴

Bir görüşe göre¹³⁵, 5718 sayılı MÖHUK'un 43. maddesi'nde yer verilmiş olan yerleşim yeri esası ile ilgili Türk mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğu söylenemez. Ancak tereke mallarının Türkiye'de bulunması durumunda bunlar hakkında Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır niteliktedir. Türkiye'de malları bulunan miras bırakanın son yerleşim yerinin neresi olduğu fark etmeksizin, yabancı mahkemeden alınan ilamlar Türkiye'de sonuç doğurmaz. Aynı yöndeki bir başka

¹³⁴ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 138.

¹³⁵ ÇELİKEL, s. 548- 550.

görüŖe göre¹³⁶, miras bırakanın son yerleŖim yerinin Türkiye’de olduğu ancak mallarının yabancı ölkelerde olduğu hallerde, miras bırakanın son yerleŖim yerinin Türkiye’de bulunması dolayısıyla Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinden söz etmek zordur, fakat malların Türkiye’de olması durumunda ölkemiz mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu açıktır. “Gerçekten de; Türkiye’de bulunan terekeye dahil mallar üzerinde yabancı mahkemelerin, mirasçuların miras haklarını ve bu hakkın kapsam ve sınırını tespit etmesi, bu mallarla ilgili koruyucu tedbirler alması ve bunlar üzerinde mirasçuların zilyetliğini tesis ve temin etmesi çok defa fiilen imkansız olduğu gibi miras davalarının amaç ve niteliğine ve pratik ihtiyaçlara da uygun değildir.”¹³⁷ Bu görüŖ, mirasın Türkiye’de bulunan tereke malları ile ilgili veraset ilamları açısından da Türk mahkemelerini münhasır yetkili kabul etmektedir. Türkiye’de bulunan tereke mallarına iliŖkin idari veya adli iŖlemlere esas olmak üzere yabancı mahkemeler tarafından verilmiŖ olan veraset belgelerinin tanınması ve tenfizi Türk mahkemelerinin bu konudaki münhasır yetkisi dolayısıyla mümkün değildir.¹³⁸ Bunlara ek olarak da, yabancı mahkemelerin veraset belgesi düzenlerken, ölkemizdeki mallar üzerinde yabancıların miras haklarını düzenleyen kamu düzenine iliŖkin kanunlara ya da kurallara uygun olarak neticeye varması beklenemez.¹³⁹

*Çelikel*¹⁴⁰, yukarıda bahsetmiŖ olduğumuz görüŖünü Ŗu Ŗekilde açıklamaktadır; MÖHUK’un 43. maddesinin amacının Türkiye’de son yerleŖim yeri bulunmayan ancak Türkiye’de malları bulunanların miras davalarının Türk mahkemelerinde görölmesi olduğunun Ŗüphesiz olduğunu belirtmektedir. Bu durumda Türkiye’de bulunan ve miras davasını ilgilendiren mallar ile ilgili davaların ölkemizde görölmesi gerektiği fikri, bunlarla ilgi yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilmesini mümkün kılmamaktadır.¹⁴¹ HMK’nın 11. Maddesi (1). Fıkrası iç hukuk bakımından kesin yetki taşıyor olmasına rağmen, HMK md. 11 ve MÖHUK md.43’ün milletlerarası usul

¹³⁶ ŖANLI, Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde Tanınması veya Delil Olarak Kullanılması İlhan Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990, s. 301: EKŖİ, Yargıtay Kararları IŖıĐında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 139.

¹³⁷ ŖANLI, Yabancı Veraset İlamlarının Tanınması ve Delil Olarak Kullanılması , s. 301: EKŖİ, Yargıtay Kararları IŖıĐında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 139.

¹³⁸ EKŖİ, Yargıtay Kararları IŖıĐında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 139.

¹³⁹ EKŖİ, Yargıtay Kararları IŖıĐında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 139.

¹⁴⁰ ÇELİKEL, s. 549.

¹⁴¹ ÇELİKEL, s. 549.

hukuku bakımından münhasır yetki niteliği taşımadığı belirtilmiştir.¹⁴² Fakat bu görüş, yabancı mahkemelerce verilmiş olan mirasa ilişkin ilamın, ülkemizde bulunan taşınmaz malların aynına ilişkin bir hüküm içermesi durumunda, MÖHUK md. 40'ın iç hukukumuzdaki yetki kurallarına yapmış olduğu atıf sebebiyle HMK md. 12'nin uygulanması gerekliliği ve bu maddenin kesin yetki niteliği taşıması sebebiyle Türkiye'de bulunan taşınmazın aynına ilişkin verilmiş olan yabancı mahkeme kararının mirasa ilişkin bölümünün Türk mahkemelerince tenfiz edilmesinin mümkün olmayacağı belirtilmiştir.¹⁴³

Bir başka görüş ise, yukarıdaki görüşe sonucu itibariyle katılmakta ancak gerekçesini kabul etmemektedir. Bunun sebebi, miras davaları ile ilgili yetki kurallarının TMK'nın 576, HMK'nın 11 ve MÖHUK'un 43. maddelerinde düzenlenmiş olması ve terekeye dahil olan bir taşınmaz malın aynına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda söz konusu taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin münhasır yetki niteliğinde olduğu görüşüne bu sayılan maddelerle varmak mümkün iken, eşya hukuku ile ilgili aynı hak uyuşmazlıklarında yetkiyi düzenleyen HMK md. 12'nin uygulanmasının doğru olmadığı ve miras davalarının bu madde kapsamına girmediği ifade edilmiştir.¹⁴⁴

Nomer, MÖHUK md. 43'teki düzenlemenin kesin yetki kuralı olduğu konusunda net bir şekilde görüşünü bildirmemiş, ancak miras sebebiyle istihkak davalasının aynı bir dava olması sebebiyle, Türkiye'deki taşınmaz mallara ilişkin olarak bu konuda verilmiş olan yabancı mahkeme kararlarının TMK md. 576 ve MÖHUK md. 43'ün münhasır yetki kuralı olması sebebiyle ülkemizde tanınmayacağını ve tenfiz edilmeyeceğini ifade etmiştir.¹⁴⁵

Doktrinde baskın olan görüş 5718 sayılı MÖHUK'un 43. maddesini Türkiye'deki gayrimenkul mallar bakımından münhasır yetki kuralı olarak kabul

¹⁴² ÇELİKEL, s. 550.

¹⁴³ ÇELİKEL, s. 550.

¹⁴⁴ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 29.

¹⁴⁵ NOMER, s. 493-493 dn. 269.

etmektedir. Fakat 43. maddenin menkul ve gayrimenkul mallar açısından münhasır yetki kuralı olmadığını savunanlar da vardır.¹⁴⁶

Bizim de katıldığımız *Ekşi*'nin görüşüne göre, Türkiye’de malı bulunmayan miras bırakanın yabancılık unsuru taşıyan miras davalarında 43. maddenin son yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılan hükmünün münhasır yetki olarak kabul edilmemesi yerindedir, ancak ülkemizde bulunan mallar açısından, malların taşınır ya da taşınmaz olmasına bakılmadan Türk mahkemelerinin kesin yetkili olarak kabul edilmesi doğru değildir.¹⁴⁷ Bir ayrıma gidilerek taşınmaz mallar açısından Türk mahkemelerini münhasır yetkili olarak görmek, lakin taşınır mallar açısından yetkinin bu nitelikte olmadığını kabulü gerekmektedir.¹⁴⁸ Bunun neticesinde ülkemizdeki taşınır mallara ilişkin yabancı mahkeme kararları tanınıp tenfiz edilebilecek, aksine taşınmaz malları kapsayanların ise Türk mahkemelerinin bu konuda münhasır yetkili olması sebebiyle, tanıma ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Bu ayrıma gidilmesinin sebebi şudur: Yabancılar taşınır mallar üzerinde miras yoluyla mülkiyet ve diğer hakları edinirken herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığı halde, gayrimenkul mal edinirken bir takım kanun ve kurallarla sınırlandırmaya tabi tutulmuşlardır. Bu mallar üzerindeki mülkiyet hakkı, devletin egemenlik hakkıyla doğrudan ilgilidir.¹⁴⁹ Belirttiğimiz kanuni düzenlemelerin amacı düşünüldüğünde, terekenin bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkili olması ve bunları ilgilendiren yabancı mahkemelerce verilmiş kararların tanınmaması durumun doğal sonucudur. Türk mahkemelerinin uygulaması da bu şekildedir.

“Davacının dayandığı veraset ilamı hasımsız alınmıştır. Veraset belgesi aksi sabit oluncaya kadar muteber belgelerden olup, hukuka uygun olmadığının anlaşılması halinde her zaman iptali mümkündür. Veraset ilamları terekeye dahil gayrimenkullerin mirasçı olan kişi tarafından tapu siciline tescil edilmeden iktisap edildiğini... belgeler. Bu bakımdan gayrimenkul hakkında verilmiş bir karar niteliğindedir. Türkiye’de bulunan gayrimenkuller hakkında

¹⁴⁶ DEMİR GÖKYAYLA Cemile, Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Hüküm ve Sonuç Doğurması, Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s.575.

¹⁴⁷ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 140.

¹⁴⁸ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 140.

¹⁴⁹ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 140.

*Türk Hukuku uygulanır... ve bu mallar hakkında hüküm vermeye Türk Mahkemeleri münhasır yetkilidir... Kısıtlamaya ilişkin kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakiki şahıslar Türkiye'de gayrimenkul malları tevarüs edebilirler (Tapu Kanunu 35). Davacının dayandığı... veraset ilamı böyle bir inceleme ve araştırmaya dayanmadığından hukuka uygun olduğunun ve davacının dava açma hakkını tespit ettiğinin kabulü mümkün değildir. Davacıya, Hazineye karşı açacağı hasımla dava sonunda alacağı veraset ilamını getirmesi için mehil verilmeden dava açma hakkı bulunduğu kabulü... doğru bulunmamıştır”.*¹⁵⁰

Doktrinde de belirtildiği üzere¹⁵¹ yabancı kişilerin ülkemizde taşınmazlarla ilgili olarak miras yoluyla hak sahibi olmalarını bazı şartlara bağlayan veya sınırlayan hükümler hakkın özüne ilişkindir. Söz konusu şartlar gerçekleşmezse veya bir takım sınırlamalar mevcutsa yabancı kişi, Türkiye'deki mirasa konu olan taşınmaz mallar üzerinde hak sahibi olamayacaktır. Bazı sınırlamaların mevcut olması da Türk mahkemelerinin gayrimenkul tereke davaları konusunda münhasır yetkili olması zorunluluğunu doğurmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.10.2001 tarihli kararında da, yabancı kişilerin Türkiye'de gayrimenkul mal edinmesini düzenleyen hükümleri, miras hakkına sahip olmalarını esaslı unsur olarak görmüş ve mirasçılık belgesi düzenlenirken bu hükümlerin zorunlu olduğunu belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.10.2001 tarihli kararına bakacak olursak:

“Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan müzakereler sırasında veraset belgesinin münhasıran bir irs ilişkisi belgesi olduğu, mirasçılardan yabancı olduğunun belirlenmesi ile yetinilmesi görüşü bazı üyeler tarafından ileri sürülmüş ise de; özellikle taşınmaz mallar bakımından mirasçının mülkiyet hakkını tescilsiz iktisap edeceği... kuralının Medeni Kanun tarafından benimsenmiş olması ve Tapu Sicil Nizamnamesinin 19 ve Tapu Kanununun 37. maddesi uyarınca kendisine Türk Mahkemelerinden alınmış veraset belgesi ibraz edilen Tapu

¹⁵⁰ 2. HD, E. 1990/6373, K. 1990/6410, T. 22.6.1990.

¹⁵¹ ŞANLI, Yabancı Veraset İlamlarının Tanınması ve Delil Olarak Kullanılması , s. 307.

Memurunun intikal işlemini ret etmesinin mümkün olamayışı karşısında, bu görüş çoğunlukla kabul edilmemiştir.”¹⁵²

Yabancı mahkemelerce verilmiş olan veraset belgeleri ülkemizde tanındıktan sonra, Türk mahkemeleri tarafından verilmiş veraset belgeleri ile aynı sonucu doğururlar. Ülkemizde bulunan gayrimenkul mallara ilişkin miras davaları ile ilgili olarak Türk mahkemelerini münhasır yetkili olarak kabul etmezsek; Türkiye’deki bir taşınmaza ilişkin verilmiş olan ve tanınan bir veraset ilamında ki mirasçı, Türkiye’de gayrimenkul edinmesi mümkün bulunmayan bir yabancı kişi olsa dahi, tapu memurunun bu tanınmış veraset ilamına aykırı olarak tescil yapmama imkanı yoktur.¹⁵³ Yukarıdaki örnek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtilmiş olduğu üzere, Tapu Sicil Nizamnamesi md. 19 ve Tapu Kanunu md. 37’ye göre tapu memuru, Türk mahkemelerinden alınmış bir veraset belgesine dayalı olarak işlem yapmak isteyen kişinin tescilini yapmaktan kaçınmaz. Yabancı mahkemelerce verilmiş olan veraset ilamı da Türk mahkemelerince tanıma işlemi gerçekleştirildikten sonra, Türk mahkemelerinin verdiği veraset ilamları gibi kesin hüküm ve kesin delil sonucunu doğuracaktır ve taşınmaz malın yabancı adına tapuda tescili gerçekleşecektir. Fakat bu tanınmış mirasçılık belgesine dayanarak gayrimenkulün adına tescil edilmesini isteyen mirasçı, Bakanlar Kurulu’nun hazırladığı “Ülkemizde Taşınmaz ve Sınırlı Ayni Hak Edinebilen Ülke Vatandaşları ve Edinme Şartları”nı içeren belgede bulunmayan devletlerden birinin vatandaşı olabilir ve bu devletlerden birinin vatandaşı olması durumunda Tapu kanunu md. 35 ile tanınan veraset ilamı birbirine ters düşebilir.¹⁵⁴ Bu nedenle MÖHUK md. 43’ü, ülkemizde bulunan gayrimenkul tereke bakımından münhasır yetkili olarak kabul etmek yerinde olacaktır. 43. maddenin münhasır yetki kuralı olarak kabulü neticesinde, Türkiye’deki gayrimenkul terekeye ilişkin olarak verilmiş yabancı mahkemelerden verilen mirasçılık belgeleri de, MÖHUK md. 58’in, md. 54/b’ye yapmış olduğu gönderme neticesinde Türkiye’de tanınmayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun da belirtmiş olduğu gibi, yabancı mahkemece verilmiş olan mirasçılık belgesinin

¹⁵² HGK, E. 2001/2-922, K. 2001/746, T. 24.10.2001: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s.142.

¹⁵³ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 142.

¹⁵⁴ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 142.

tanınması talebi kabul edilmemiş olsa dahi, ülkemizde tekrar açılan bir veraset ilamı davasında takdiri delil olarak kullanılabilir.

“Tenfizden farklı olarak, tanıma, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de -bir Türk Mahkemesi kararı gibi- infazına değil; sadece, ilişkin bulunduğu olgu ve uyumsuzluk bakımından kesin delil veya kesin hüküm olarak kabulüne olanak verir. Tenfiz veya tanıma şartlarını taşımayan bir yabancı mahkeme kararının, bazı hallerde takdiri delil olarak değerlendirilmesi dahi olanaklıdır.”¹⁵⁵

Rodos mahkemesi tarafından verilmiş olan veraset belgesinin tanınması için Türkiye’de açılmış olan bir dava ile ilgili Yargıtay 2. Hukuk dairesinin kararı şu şekildedir:

“İstek, Rodos mahkemesince verilen mirasçılık belgesinin tanınmasına ilişkindir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’un 42. maddesi hükmüne göre "Yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartları taşıdığına mahkemece tespitine" bağlıdır. Tanımda 38. maddenin (a) ve (d) bentleri uygulanamaz. İhtilafsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tabidir. Tenfizin şartlarını düzenleyen 38. maddenin (a) bendi tanımda uygulanmayacağına göre, Türkiye ile ilamın verildiği Yunanistan arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut Yunanistan’da Türk Mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizine imkan veren bir kanun hükmünün veya fiili uygulamasının bulunması şartı da aranmaz. Ancak Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk Hukuku uygulanır (2675 sayılı kanun madde 22) Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar hakkında hüküm verme Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisine girer. (Aynı kanun madde 38) Bu itibarla Türkiye’deki taşınmaz mallar hakkında yabancı mahkemeden verilen ilamın tanınması isteğinin reddinde bir yanlışlık yoktur. Taşınır mallar açısından isteğin reddi yukarıda gösterilen sebeplerle usul ve kanuna aykırı olduğundan hükmün bu açıdan bozulması gerekir.”¹⁵⁶

¹⁵⁵ HGK, E. 2009/19-161, K. 2009/207, T. 27.05.2009.

¹⁵⁶ 2. HD, E. 1986/808, K. 1986/1284, T. 10.02.1986: ÇELİKEL/NOMER, s. 434.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu kararında bir ayrıma gidilmesi gerektiğine değinmiştir. Rodos mahkemesi tarafından verilmiş olan mirasçılık belgesi ilk kısım Türkiye'deki taşınmazlara, ikinci kısım ise Türkiye'deki taşınır mallarla ilgili olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Türk mahkemeleri MÖHUK'un 43. maddesine göre gayrimenkuller bakımından münhasır yetkili olduğu için, Rodos mahkemesince verilmiş olan mirasçılık belgesi gayrimenkuller anlamında tanınamayacak fakat yabancı mahkeme ilamının kısmen tanınması da mümkün olabileceği için Yargıtay taşınır ve taşınmaz mal ayrımına giderek, yabancı mahkeme ilamının yalnızca taşınır mallara ilişkin olan bölümünün tanınabileceği kanısına varmıştır. Ülkemizde tanınmayan taşınmaz mallara ilişkin kısım içinse, Türk mahkemelerinden bunlara ilişkin bir veraset ilamı almak gerekecektir.

Yargıtay, ülkemizde yabancı mirasçılık belgelerinin tanınmamasını iki nedene bağlamaktadır. Bunlardan ilki, Türkiye'de bulunan gayrimenkullere ilişkin olarak verilmiş olan yabancı mirasçılık belgesinin, Türk mahkemelerinin bu gayrimenkullerle ilgili olarak münhasıran yetki oluşudur.¹⁵⁷ Aynı veraset ilamını ilgilendiren Türkiye'deki menkul mallar için böyle bir kısıtlama yoktur. İkinci neden ise, yabancı kişilerin miras yoluyla gayrimenkul edinmelerine ilişkin Tapu Kanunu'ndaki düzenlemelerin veraset belgesi düzenleyen yabancı mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmuyor oluşudur.¹⁵⁸

MÖHUK'un 43. maddesi, miras davalarını ilgilendiren taşınmaz mallar bakımından münhasır yetki kuralı olarak kabul gördüğünü belirtmiştik. Bu nedenle ülkemizde bulunan taşınmaz mala ilişkin miras uyuşmazlıklarında, yetki sözleşmesi yapılarak bir başka ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi kabul edilmeyecektir.¹⁵⁹ Bunun sebebi, MÖHUK 47. maddede belirtilmiş olduğu gibi, yetki sözleşmeleri yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde yapılabilmektedir. Ayrıca yine aynı maddede belirtildiği üzere, yabancı bir mahkemeye uyuşmazlık konusunda yetki verilebilmesi için bu uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması ve borç ilişkisinden doğması gerekmektedir.

¹⁵⁷ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 145.

¹⁵⁸ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku s. 145.

¹⁵⁹ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku s. 29.

E. İKİ TARAFLI KONSOLOSLUK ANLAŞMALARINDA YER ALAN MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI

Tüm bu anlatılanlara ek olarak Türkiye'nin bazı devletler ile mirasla ilgili hükümler içeren bir takım konsolosluk sözleşmeleri mevcuttur. Bu sözleşmelerin bir kısmında yetki konusuna ilişkin hükümlere de yer verilmiştir.

Türkiye ile Almanya arasında yapılmış olan konsolosluk anlaşmasının¹⁶⁰ ekinde detaylı bir düzenleme mevcuttur. Konsolosluk Mukavelenamesinin 20. maddesinin Merbut Terekeye Ait Ahkamı başlığının 15. bendinde belirtildiği üzere, mirasçılık iddiasına, mirasa istihkak davasına, mirasçı nasbına, vasiyetnameye ve mahfuz hisse iddiasına ilişkin davalar, taşınır tereke ile ilgili ise miras bırakanın öldüğünde vatandaşı bulunduğu devlet mahkemeleri; taşınmazlarla ilgiliyse taşınmaz terekenin bulunduğu devlet mahkemeleri tarafından görülecektir. Bu mahkemelerin kararları, sözleşmeye taraf olan diğer devlet tarafından da tanınacaktır.¹⁶¹

Yine aynı anlaşmanın 20. maddesinin 17. bendinde, taraf devletlerden birinde düzenlenmiş olan mirasçılık belgesinin sadece taşınır mallar açısından sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Ayrıca bu belge yalnızca delil vasıtası olarak etki edecektir ve bunun için tanıma isteminde bulunulmasına gerek yoktur. Mirasçılık belgesini, ölenin vatandaşı olduğu ülkenin konsolosluğunun onaylanması yeterlidir.¹⁶²

Bir başka örnek olan, Türkiye ile İtalya arasındaki konsolosluk anlaşmasının¹⁶³ 21. maddesinin XI. Fıkrasına göre, miras hakkı ve taşınır terekenin paylaşılması miras bırakanın vatandaşı olduğu devletin kanununa tabi olacaktır. Yine aynı fıkrada, taşınır malları ilgilendiren miras uyuşmazlıklarında yetki, ölenin vatandaşı olduğu devletin mahkemelerine ve bu konuda yetkili makamlara verilmiştir. Bu kararlar sözleşme tarafı olan diğer devlette tanınacaktır. Sözleşmenin 21. maddesinin XV. fıkrasında ise, miras uyuşmazlığı taşınmazla ilgili ise, taşınmazın bulunduğu devlet hukukunun

¹⁶⁰ RG 8.6.1930/1514: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 24.

¹⁶¹ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 25.

¹⁶² EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 95.

¹⁶³ RG 7.4.1931/1768: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 25.

uygulanacağı ve taşınmazın bulunduğu devlet mahkemelerinin ve bu konuda yetkili makamların münhasır yetkili bulunduğu ifade edilmiştir.

Hem Almanya ile hem de İtalya ile yapılmış olan konsolosluk antlaşmalarında, sözleşmeye taraf devletlerin mahkemeleri tarafından verilmiş olan bir takım kararların diğer devlet mahkemeleri tarafından tanınacağından bahsedilmiş fakat tanıma şart ve usulüyle ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.¹⁶⁴ Belirtilmiş olan bu maddelerin amacına bakıldığında Alman ve İtalyan mahkemeleri tarafından verilmiş olan kararlara karşı tanıma davasına gerek olmaksızın, bu kararlar Türkiye’de kendiliğinden tanınacaktır. Bu uygulamaya doğrudan tanıma adı verilmekte ve bu uygulama neticesinde Almanya ve İtalya’daki mahkemelerden alınan ilamlar, Türk mahkemelerinden alınmış gibi, başka bir işlem gerektirmeksizin, hüküm ve sonuç doğuracaktır. Ancak bunlar resmi belge niteliği taşıdıkları için, bu kararların kendiliğinden sonuç doğurması Türk konsoloslukları tarafından onaylanmış olmalarına bağlıdır.¹⁶⁵

Türkiye ve Macaristan arasında yapılmış olan konsolosluk anlaşmasının¹⁶⁶ “veraset” başlıklı 18. maddesinin 3/1. bölümünde taşınır terekeyi ilgilendiren tüm miras davalarının murisin vatandaşı olduğu devlet mahkemelerinde ve bunların kanunları doğrultusunda görüleceği ifade edilmiştir. Taşınmaz terekeyle ilgili miras uyuşmazlıkları, taşınmazın bulunduğu devlet hukukuna göre ve taşınmazın bulunduğu devlet mahkemeleri tarafından karara bağlanır.

Bu sayılan anlaşmalarda uygulanacak hukuk ve yetkiye ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

¹⁶⁴ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 96.

¹⁶⁵ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s.97.

¹⁶⁶ RG 27.12.1939/4395: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 25.

SONUÇ

Ülkemizde miras davalarında yetki HMK md. 11 ile TMK md. 576'da düzenlenmiştir. Fakat yabancılık unsuru taşıyan miras davalarında MÖHUK md. 43 uygulanmaktadır. Bu maddenin uygulanması için, MÖHUK md. 40 uyarınca iç hukukumuzun yetki kurallarının dikkate alınması gerekmemele birlikte, veraset belgeleri de dahil olmak üzere yabancılık unsuru içeren tüm davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bu maddeye göre tayin edilmelidir.

MÖHUK md. 43'e göre, Mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür. Bu madde, terekedeki taşınmaz mallar Türkiye'de bulunuyorsa bu mallar anlamında münhasır yetki kuralı olarak kabul edilmelidir. Yukarıda anlatmış olduğumuz gibi, doktrinde ve Yargıtay tarafından da ağırlıklı olarak bu şekilde kabul edilmektedir. MÖHUK md. 43'ün münhasır yetkili olarak kabul edildiği bu durumla ilgili olarak yabancı mahkemelerce verilmiş olan veraset belgeleri de MÖHUK md. 54/b uyarınca ülkemizde tanınamayacak ve tenfiz edilemeyecektir.

MÖHUK md. 58'e göre yabancı mahkemelerce verilmiş ihtilafsız kaza kararları da tanınacaktır. Hem ihtilafli hem de ihtilafsız kaza kararları tanınması için Türkiye'de dava açılabilir. Yabancı mahkemeler tarafından verilmiş olan veraset ilamlarının ülkemizde tanınması için gereken şartlardan biri de bu ilamın kesinleşmiş olmasıdır. Yabancı mahkemece verilmiş olan ilamın çekişmesiz yargıyı ilgilendiren bir karar olması, bu kararın kesinleşmemiş sayılmasını gerektirmez. Bunun sebebi, bu tür kararların kesinleşmiş olup olmamasının, kararı veren mahkemenin usul hukukuna tabi oluşudur. Bu sebeple hukukumuzdaki şekli kesinlik, maddi kesinlik ayrımını burada bir kenara bırakmamız gerekecektir. Uygulamada, yabancı mahkeme kararında kesinleşme şerhi yoksa Yargıtay davacıya kesin süre vermekte, bu süre içinde kesinleşme şerhi getirilmezse tanınma isteminin reddine karar vermektedir.

5718 sayılı MÖHUK'ta, hukuki yararı olan herkesin tanıma ve tenfiz talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Yabancı mahkemede görülmüş olan bir boşanma davasına taraf olmayan mirasçılar, bu ilamın tanınması veya tenfizinde ülkemizdeki

tereki açısından hukuki yararı olacağı Őüphesizdir. Konuyu anlatırken örneklerini vermiş olduğumuz gibi, Yargıtay da kararlarını bu yönde vermektedir.

Doktrinde yabancı mahkemelerce verilmiş ve Şekli anlamda kesinleşmiş olan veraset belgelerinin tanınması ile ilgili farklı fikirler vardır. Bazı yazarlar bunların tanıma davasına konu olabileceğini savunurken bazıları da tanıma davasına konu olamayacaklarını ifade etmektedir. Yargıtay da bir çok kararında yabancı mahkemelerce verilmiş veraset belgelerinin kesinleşmemiş olması sebebiyle tanınamayacağı sonucuna varmıştır. Tüm bu sonuçlara varmadan önce MÖHUK md. 50 göz önünde bulundurulmalı ve yabancı mahkemece verilmiş olan veraset belgelerinin kesinleşip kesinleşmediği, verildiği ülke hukukuna göre değerlendirilmelidir, bunu Türk hukukuna göre değerlendirmek söz konusu maddeye aykırı olacaktır.

Türkiye’deki gayrimenkulleri ilgilendiren ve yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olan veraset ilamları, bu gayrimenkuller açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi dahilinde olması sebebiyle reddedilmektedir.

TMK md. 598’e eklenmiş olan “veya noterlikçe” ibaresinin yanı sıra Noterlik Kanunu’na da bazı hükümler eklenmiŐtir. TMK md. 598, Noterlik Kanunu md. 71/A, 71/B ve 71/C maddelerini ve bu maddelere ilişkin Yönetmelik hükümlerini bir arada değerlendirmek gerekmektedir. Bu değerlendirme sonucunda anlaşılmaktadır ki, lkemizdeki noterlerin, yabancı kişilere ve yabancılık unsuru taşıyan mirası ilgilendiren veraset belgesi vermeleri mümkün değerildir. lkemiz noterleri dahi yabancılara ve yabancı unsurlu mirasa ilişkin veraset belgesi veremiyorken, yabancı noterler tarafından yabancılara ve yabancı unsurlu miras ile ilgili olarak verilmiş olan veraset belgelerinin lkemizdeki tereke için sonuç doğurmayacağı kabul edilmelidir.¹⁶⁷

¹⁶⁷ EKŞİ, Yargıtay Kararları IŞığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 226.

KAYNAKÇA

Aysel ÇELİKEL, Milletlerarası Özel Hukuk, 12. Bası (Aysel Çelikel / Bahadır Erdem), İstanbul 2012.

Aysel ÇELİKEL / Ergin NOMER, Devletler Hususi Hukuku Çözümlemiş Örnek Olaylar-Seçilmiş Mahkeme Kararları, 10. Bası (F. Kerem Giray / Emre Esen), İstanbul 2010.

Cemile DEMİR GÖKYAYLA, Yabancı Mahkemelerden Alına Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Hüküm ve Sonuç Doğurması, Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006.

Vahit DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Ankara 2013.

Nuray EKŞİ, Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı, 4. Bası, İstanbul 2012.

Nuray EKŞİ, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010.

Nuray EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, İstanbul 2013.

Ali Naim İNAN, Miras Hukuku, 7. Bası, (Ali Naim İnan / Şeref Ertaş / Hakan Ablaş), Ankara 2008.

Zekeriya KURŞAT, Noterlere Mirasçılık Belgesinin Düzenlenmesi Yetkisinin Tanınması Hakkında Değerlendirme, Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011.

Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası C. V, İstanbul 2011.

Baki KURU / Ramazan ARSLAN / Ejder YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 23. Bası, Ankara 2012.

Muktedir LALE, Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, Ankara 2014.

Ergin NOMER, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009.

Ergin NOMER, Devletler Hususi Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2011.

Ergin NOMER, Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı, Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Bası, İstanbul 2011.

Hakan PEKCANITEZ / Oğuz ATALAY / Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012.

Cemal ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. Bası, İstanbul 2011.

Cemal ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. Bası, İstanbul 2011.

Cemal ŞANLI, Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde Tanınması ve Delil Olarak Kullanılması, İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990.

Banu ŞİT, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı, XV(2011)1 GÜHFD.

Ejder YILMAZ, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.



PATENT HUKUKUNDA İHTİYATİ TEDBİRLER

Av. Mehmet Batuhan YÜCEL

Ankara, 2018

GİRİŞ

Günümüzde patent ve buna bağlı haklar, gelişen teknolojinin de etkisiyle çok büyük önem kazanmıştır. Gerek ülke sınırlarımız içinde gerek sınıraşan ticaretlerde patent hakları, ihlale konu olabilmekte, patente konu buluşun haksız kullanımı sonucu haksız kazanç elde edilmekte veya hak sahibinin menfaatleri önemli ölçüde zedelenebilmektedir.

Hakları ihlal edilen hak sahibi, açacağı dava ile yargılama neticesinde, yargılamanın başında ya da daha önce, haklarının güvence altına alınması amacıyla, kesin hukuki koruma elde edilinceye kadar geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilmesini isteyebilir. Geçici hukuki koruma, somut olarak maddi hukuka ilişkin hakkın gerçekleştirilmesine, elde edilmesine hizmet etmemekle birlikte, asıl yargılamada verilen hükmün gerçekleştirebilmesi yolunu açık tutmak suretiyle, ona yardımcı olarak etkili bir hukuki koruma garantisi sağlar.¹⁶⁸

Patent hakları ihlale uğrayan bir hak sahibi bu ihlalin önlenmesi veya uğradığı zararın giderilmesi için yasal yollara başvurduğunda, ülkemizdeki yargılama sürelerinin uzunluğu dikkate alındığında, yargılama sonucunda verilen kararın uygulanması çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Nitekim patente konu buluş üzerindeki haklar çabuk tüketilebilen ve etkisini yitiren haklar olduğundan, uzun yargılama sürelerinin beklenmesiyle sonuç alınması pek mümkün olamamaktadır. Bu sebeple diğer hukuk uyumsuzluklarında olduğu gibi patent hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda da geçici hukuki koruma yollarından ihtiyati tedbirlerin uygulanması, Sinaî Mülkiyet Kanunu'yla mümkün kılınmıştır.

¹⁶⁸ Hakan PEKCANITEZ/Muhammet ÖZEKES, "Medeni Usul Hukuku", Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Mart 2017, s.2436.

Patent hukukuna ilişkin ihtiyati tedbirler, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun ortak hükümler bölümünün 159. Maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca 159. Maddenin 3. Fıkrasında, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde ihtiyati tedbirlere ilişkin genel düzenlemeleri içeren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili maddelerinin uygulanacağı da belirtilmiştir. Bu sebeple patent hukukuna ilişkin ihtiyati tedbirler incelenirken öncelikle Sınai Mülkiyet Kanunu düzenlemeleri dikkate alınmalı, bu kanunda düzenleme olmayan durumlarda ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine bakılmalıdır.

Çalışmamızda önce patent hukukunda ihtiyati tedbirin sebepleri ve şartları, daha sonra uygulanabilecek ihtiyati tedbir türleri ile ihtiyati tedbirin yargılama usulü incelenecek, son kısımda ise ihtiyati tedbirin icrası ile kaldırılma yolları tartışılacaktır.

I. PATENT HUKUKUNDA İHTİYATİ TEDBİR SEBEPLERİ VE İHTİYATİ TEDBİRİN ŞARTLARI

A. GENEL OLARAK

İhtiyati tedbirler genel olarak hukuk sistemimizde geçici hukuki koruma olarak adlandırılmaktadır. Nitekim bir uyuşmazlık üzerine görülen davada verilecek karar nihai hukuki koruma teşkil ederken, bu kararın verilmesine kadar geçen zamanda yaşanacak gelişmeler ve değişimler sebebiyle, davada haklı çıkan taraf, haklı çıkmasına rağmen hakkına kavuşamayacaktır. İşte bu sebeple diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde de ihtiyati tedbirlere yer verilmiştir.

Patent hukukunda ihtiyati tedbirler 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu¹⁶⁹ yürürlüğe girmeden önce 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹⁷⁰ ile düzenlenmiş bulunmaktaydı. SMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte 725 Sayılı PatKHK yürürlükten kalkmıştır. Böylece patent hukukuna ilişkin ihtiyati tedbirler artık SMK'nın ortak hükümler kısmında bulunan 159. madde kapsamında değerlendirilmektedir.

SMK marka, patent, faydalı model, tasarım ve coğrafi işaretlere ilişkin ortak bir takım hükümler getirmiştir. İhtiyati tedbirlere ilişkin düzenleme de bu hükümlerden biridir. Nitekim SMK 159. maddesinde ihtiyati tedbir talebi ve ihtiyati tedbirin niteliği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca madde kapsamında, ihtiyati tedbirlerle ilgili hüküm bulunmayan hallerde HMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

¹⁶⁹ RG. Tarih: 10.01.2017 S. 29944.

¹⁷⁰ R.G. Tarih: 27.06.1995 S. 22326.

SMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte yürürlükten kaldırılan MarKHK ve PatKHK'da, marka ve patentlerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin ihtiyati tedbir hükümleri öngörülmüştür. İşbu hükümler ile SMK'da düzenlenen ihtiyati tedbir hükümleri karşılaştırıldığında, SMK düzenlemesinde KHK'lardaki düzenlemelerden ufak çaplı değişiklikler haricinde pek bir farkın bulunmadığı görülmektedir. Bununla birlikte SMK ilgili marka ya da patentin kullanılmasını değil, ülke içinde kendi sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olmasını aramıştır. Bu şartlara aşağıda değinilecektir.¹⁷¹

B. İHTİYATİ TEDBİR SEBEPLERİ

İhtiyati tedbirler, uyuşmazlık konusu dava sonucunda verilen karara kadar, dava konusunu teşkil eden ve davacı ya da davalının hukuki durumunda meydana gelebilecek olası zarar ya da menfaat ihlallerine karşı mahkeme tarafından öngörülen geçici korumalardır.¹⁷² İhtiyati tedbirlerin, herhangi bir eylem veya işlemde dolayı telafisi güç ya da imkansız bir zararın doğmasını engellemek ve uyuşmazlık üzerine görülecek davaya esas teşkil edecek delillerin bozulmasını ve yok edilmesini önlemek üzere iki temel amacı olduğu söylenebilir.¹⁷³

Patent hakkına konu buluş, fikri ve sınai mülkiyet hukukunda etkisini belki de en hızlı şekilde kaybeden buluştur. Zira günümüzde teknolojinin, ticaretin ve endüstrinin gelişim hızı dikkate alındığında patente konu bir buluş kısa bir süre sonra yerini daha üst bir buluşa bırakabilmektedir.¹⁷⁴ Bu sebeple fikri ve sınai mülkiyet hukukunun etkin ve gerektiği gibi uygulanması, buluş sahiplerinin hakları bakımından son derece önem arz etmektedir. Patent hukukuna konu olan bir buluş hakkında görülen davaların uzun sürmesi ve sonuçlandığı tarihte patente konu buluşun etkisini

¹⁷¹ Bkz. s.10-17.

¹⁷² **Sami KARAHAN/Cahit SULUK/Tahir SARAÇ/Temel NAL**, "Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları" Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Eylül 2015, Ankara, s.400-401.

¹⁷³ **Cahit SULUK/Rauf KARASU/Temel NAL**, "Fikri Mülkiyet Hukuku", Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017, Ankara, s.417

¹⁷⁴ **Bengül KAVLAK**, "Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2014 Ocak, C. 14, s.1528.

yitirmiş olması muhtemeldir. Bu sebeple patent hukukunda ihtiyati tedbirlerin önemi diğer fikri ve sınai mülkiyetlere nazaran daha büyüktür. Patentin kullanım ömrü, büyük ihtimalle yıllarca sürecektir yargılamayı kaldıramayacağı için patente konu buluş hakkında ihtiyati tedbirlerin uygulanması, dava sonucu verilecek karardan bile önemli hale gelebilmektedir.

Usul hukuku düzenlemeleri dikkate alındığında, mahkeme davaya konu uyuşmazlık hakkında, bu uyuşmazlığı çözümlenecek veya benzer bir sonuç doğuracak biçimdeki ihtiyati tedbirlere hükmedemez.¹⁷⁵ Ancak fikri ve sınai mülkiyet hukukunda bu usul kuralı bir nebze yumuşatılmıştır.¹⁷⁶ Bunun sebebi ihtiyati tedbirlerin sadece teminat amacına yönelik olduğu görüşünün aksine, tedbirlerin ifa amacına da yönelik olduğu görüşünün ağırlık kazanmasıdır.¹⁷⁷ Nitekim SMK 159. maddesinde sayılan tedbirler, ihtiyati tedbirlerin ifa amacını da götüğünün göstergesidir. Örneğin maddenin (b) bendinde belirtildiği üzere; sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalarla ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalarla, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, buldukları her yerde elkonulması ve bunların saklanması ile ilgili verilecek tedbir kararları birer ifa amacı taşımaktadır.

Patent hukukunda ihtiyati tedbirlerin istenilmesinin genel sebebi, patente konu buluş üzerinde hak sahibi olan tarafın, uğradığı zararın büyümesini ya da zararın meydana gelmesini önlemek istemesidir. Zira fikri ve sınai haklara ilişkin tecavüz vb. zararlar doğurucu eylemlerin gerçekleşiyor olması, zarara sebebiyet vermese bile, hak sahibi açısından hakkının eski hale getirilemeyecek bir duruma dönüşmesine yol

¹⁷⁵ **Baki KURU**, “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı”, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, 2017, s.459.

¹⁷⁶ **Ünal TEKİNALP**, “Fikri Mülkiyet Hukuku”, Vedat Kitapçılık, 5.Bası, İstanbul, Ocak 2012, s.513.

¹⁷⁷ **KAVLAK**, s.1530.

açabilmektedir. Bu ihlalin önlenmesi, dava sonucunda verilecek tazminattan bile belki de daha önemlidir.¹⁷⁸ Bu sebeple patent hukukunda ihtiyati tedbirlerin önemi büyüktür.

C. İHTİYATİ TEDBİRİN ŞARTLARI

1. GENEL OLARAK

Patent hukukunda ihtiyati tedbirler belirtildiği üzere 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun ortak hükümler kısmında düzenlenmiştir. Bununla birlikte ihtiyati tedbirin uygulanması için gereken şartlar genel olarak HMK'da belirtilmiştir. Ancak SMK'nın 159. maddesinde patent hukukunda ihtiyati tedbir verilmesi için gereken şartlar açıkça belirtildiği için, ihtiyati tedbir talebi önüne gelen hakim, bu konuda özel kanun olan SMK'da belirtilen ihtiyati tedbir şartları mevcutsa, HMK'daki genel düzenlemeleri incelemeksizin ihtiyati tedbire ilişkin karar vermekle yükümlüdür.¹⁷⁹ Bununla birlikte ihtiyati tedbirlere ilişkin SMK'da düzenleme bulunmayan hallerde HMK hükümlerinin uygulanacağı da aynı maddenin 3. fıkrasında belirtilmiştir. Bu yönüyle eğer ihtiyati tedbire ilişkin SMK'da düzenleme mevcutsa, ihtiyati tedbire ilişkin verilecek karar yalnızca bu düzenlemeye uygun şekilde belirlenecek, ancak SMK'da düzenleme yoksa o halde HMK'da ihtiyati tedbirlere ilişkin getirilen genel düzenlemelere bakılarak karar verilecektir.

İhtiyati tedbir talebi önüne gelen hakim, her somut olayda ihtiyati tedbir şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini oldukça titiz bir biçimde incelemesi gerekir. İhtiyati tedbir bakımından ihtiyati tedbire esas olan bir hakkın bulunması ve ihtiyati tedbir sebebinin mevcut olması gerekir.¹⁸⁰

2. İHTİYATİ TEDBİRE ESAS OLAN HAK

¹⁷⁸ **Yılmaz YÖRDEM**, "Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 2007, C. 6, S. 21, s. 331 – 348, s.335.

¹⁷⁹ **Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ**, "Medeni Usul Hukuku" Yetkin Yayıncılık, 40. Baskı, Kasım 2014, s.570.

¹⁸⁰ **ÖZEKES**, Pekcanitez Usul, s.2463

İhtiyati tedbire esas olan hak, taraflar arasında çekişmeyi ya da yargılamanın konusunu oluşturan hak veya şeydir.¹⁸¹ İhtiyati tedbir talep edebilmek için öncelikle maddi hukuka ilişkin bir hakkın varlığının mevcut olması ile bu hakka yönelik bir tecavüzün veya tecavüz tehdidinin bulunması gereklidir. Ayrıca talepte bulunanın bu hususu mahkeme nezdinde ispat etmesi gereklidir.¹⁸² Bir başka deyişle, ihtiyati tedbirde aranan ilk şart, tedbiri talep eden tarafın, davanın esası yönünden kendisinin haklı olduğunu, yaklaşık olarak ispat etmesi zorunluluğudur.¹⁸³ Yani tedbir talep edenin, dava sonucunda haklı çıkacağıının, davanın reddi ihtimalinden daha yüksek olması gerekmektedir.¹⁸⁴ Bu da hali hazırda SMK'da ihtiyati tedbir için aranan şartların, somut olayda mevcut olması halinde mümkün olacaktır. Bu yönüyle SMK'da aranan şartların mevcut olması, tedbir talep edenin davasında haklı çıkma ihtimalinin, davanın reddine göre ağır bastığı anlamına gelmektedir.

Patent hukukunda ihtiyati tedbire esas olan hak, en basit söylemiyle uyumsuzluğa konu olan ve patente konu olan buluş üzerinde, patent sahibi ya da kanunla patent sahibinin yararlandığı korumadan yararlananların, patent üzerindeki haklarıdır. Bir buluş yapan hak sahibi, buluşu üzerinde buluşçu hakkı sahibi olup, buluşu için patent isteme hakkına sahiptir.¹⁸⁵ Buluşuna patent verilen hak sahibi, SMK'da belirtilen korumalardan yararlanır. Buna ihtiyati tedbirler de dahildir. Patent hukukunda, hak sahibinin haklarının kapsamı ve sınırları SMK 85. maddede belirtilmiştir. Bu madde kapsamında hak sahibi, kendisinden izinsiz yapılan fiillerin önlenmesi için talepte bulunma hakkı vardır.¹⁸⁶

¹⁸¹ **ÖZEKES**, Pekcanitez Usul, s.2464.

¹⁸² **Nevhis DEREN-YILDIRIM**, "Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler", İstanbul, 2002, s. 43.

¹⁸³ **KURU**, "İstinaf Usul Hukuku", s.460 dn.3.

¹⁸⁴ **ÖZEKES**, Pekcanitez Usul, s.2463.

¹⁸⁵ **SULUK (KARASU/NAL)**, s.272.

¹⁸⁶ Konu bütünlüğü açısından patent sahibinin hakları ve bu haklarının sınırlarına bu çalışmada yer verilmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. **SULUK (KARASU/NAL)**, s.272 vd.

Bu korumadan yararlanacak kişiler elbette ki yalnızca buluş sahibi değildir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda asıl hak sahibi dışında başka kişilerin de patent üzerinde hak sahibi olmaları ve bu haklarının korunması açısından dava açmaları ile ihtiyati tedbire başvurabilmeleri mümkün kılınmıştır.¹⁸⁷ Bu yönüyle ihtiyati tedbire esas teşkil eden hak, rehin alanın rehin hakkı ya da lisans alanın lisans hakkı da olabilir. Burada değinilmesi gereken ve önem arz eden bir husus da, patent hukukundaki lisans kavramıdır. Esasında patente hakkı sahibi, tekel bir hak sahipliği anlamına gelmektedir. Bununla birlikte kanunumuzda patent hukuku açısından sözleşmeye bağlı ve zorunlu lisans hallerine yer verilmiştir. Lisans hakkı kapsamında, hak sahiplerinin de SMK 158. maddede öngörülen usule uygun şekilde tedbir talep etmeleri mümkündür.¹⁸⁸

3. ÜLKE İÇİNDE PATENT HAKLARINA TECAVÜZ TEŞKİL EDECEK ŞEKİLDE KULLANIMIN OLDUĞU VEYA KULLANIMIN GERÇEKLEŞMESİ İÇİN CİDDİ VE ETKİN ÇALIŞMALAR YAPILDIĞININ İSPAT EDİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 159. maddesine göre, patent hukukunda ihtiyati tedbire ancak davaya konu olan kullanımın, ülke içinde hak sahibinin sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olması veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının ispat edilmesi halinde karar verilebilir. (Tabi buradaki ispatın, yaklaşık ispat olacağı unutulmamalıdır.) Yani ihtiyati tedbir talep edilebilmesi için, tehlikenin ve zararın mutlak olarak gerçekleşmiş olması gerekmez. Tehlikenin veya zararın ciddi ve muhtemel olması yeterlidir.¹⁸⁹ Bu kapsamda patent hukukunda ihtiyati tedbir verilmesi için ya hak sahibinin haklarına tecavüz teşkil eden

¹⁸⁷ SMK Madde 158- (1) “Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hak sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir. (2) İnhisari olmayan lisans alan, sınai mülkiyet hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa, yapacağı bildirimle, gereken davayı açmasını hak sahibinden ister. Hak sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması hâlinde, lisans alan, yaptığı bildirim de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir. Bu fıkra uyarınca dava açan lisans alanın, dava açtığını hak sahibine bildirmesi gerekir. (3) Lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesinin varlığı hâlinde ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Mahkemenin tedbir kararı verdiği hâllerde talepte bulunan lisans sahibi dava açmaya da yetkilidir. Bu hâlde ikinci fıkradaki şartlar yargılama devam ederken tamamlanır.”

¹⁸⁸ Detaylı bilgi için bkz. **SULUK (KARASU/NAL)**, s.279-295.

¹⁸⁹ **Muhammet ÖZEKES**, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, Sayı 2, 2002, s. 103.

bir kullanım olmalı ya da hak sahibinin haklarına tecavüz eden bir kullanımın gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmanın yapıldığının ispat edilmesi gerekmektedir. Unutulmaması gereken husus ise tecavüz teşkil eden eylem ile zarar tehlikesi arasında da nedensellik bağının bulunması gerektiğidir.¹⁹⁰

B. PATENT HAKKINA TECAVÜZ EDECEK ŞEKİLDE KULLANIM

Patent hukukunda tecavüz, hak sahibinin sahibi olduğu alana izinsiz müdahale edilmesi anlamına gelmektedir.¹⁹¹ Dolayısıyla patent hukukundaki tecavüz kavramı, taşınmaz mülkiyetindeki tecavüz kavramından farklı olarak, maddi bir alana yönelik değil, hukuki alana yönelik yapılan izinsiz müdahaleyi ifade eder.¹⁹²

Patent hukukunda tecavüz, gerçekleşme şeklinde göre aynen ve eşdeğer yoluyla tecavüz olmak üzere ikiye ayrılabilir. Bunun dışında tecavüz dolaylı ve dolaysız tecavüz şeklinde ve dolaylı tecavüz de yardım/tedarik yoluyla tecavüz ile teşvik yoluyla tecavüz olmak üzere çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulabilir.¹⁹³

Sinai Mülkiyet Kanunu'nda patent hakkına ilişkin tecavüz halleri 141. maddede tahdidi olarak belirlenmiştir. Bu yönüyle kanunda tecavüz olarak nitelendirilen eylemler dışındaki eylemler, haksız fiil teşkil etse dahi tecavüz olarak değerlendirilememektedir. SMK'da patent hakkında tecavüz olarak belirlenen haller şunlardır;

i) Patent veya faydalı model sahibinin izni olmaksızın buluş konusu ürünü kısmen veya tamamen üretme sonucu taklit etmek.

ii) Kısmen veya tamamen taklit suretiyle meydana getirildiğini bildiği ya da bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla üretilen buluş konusu ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da bu amaçlar için ithal

¹⁹⁰ DEREN-YILDIRIM, s. 37.

¹⁹¹ SULUK (KARASU/NAL), s.292.

¹⁹² TEKİNALP, s.637-638.

¹⁹³ Detaylı bilgi için bkz. SULUK (KARASU/NAL), s.292 vd; KARAHAN/ SULUK/ SARAÇ/NAL, s.265 vd; TEKİNALP, s.637 vd.

etmek, ticari amaçla elde bulundurmak, uygulamaya koymak suretiyle kullanmak veya bu ürünle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunmak.

iii) Patent sahibinin izni olmaksızın buluş konusu usulü kullanmak veya bu usulün izinsiz olarak kullanıldığını bildiği ya da bilmesi gerektiği hâlde buluş konusu usulle doğrudan doğruya elde edilen ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da bu amaçlar için ithal etmek, ticari amaçla elde bulundurmak, uygulamaya koymak suretiyle kullanmak veya bu ürünlerle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunmak.

iv) Patent veya faydalı model hakkını gasp etmek.

v) Patent veya faydalı model sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans veya zorunlu lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.

Patent hakkında tecavüz teşkil eden eylemlerin belirlenmesi de belli bir takım ispat şartlarına tabi tutulmuştur. Ancak ihtiyati tedbirlerde tecavüz teşkil eden eylemin yaklaşık ispat edilmesi, tedbir kararının verilmesi açısından yeterli olduğundan, ihtiyati tedbire ilişkin yasanın ve uygulamada gelişen ispat şeklinin aranması gerekmez. Dolayısıyla ihtiyati tedbir talebi önüne gelen hakimin, tecavüz teşkil eden eylemin mevcut olup olmadığı konusunda yaklaşık ispat ile ikna edilmesi mümkün ve yeterlidir.

C. PATENT HAKKINA TECAVÜZ TEŞKİL EDECEK KULLANIMIN GERÇEKLEŞMESİ İÇİN CİDDİ VE ETKİN ÇALIŞMALAR YAPILDIĞININ İSPAT EDİLMESİ

Patent hukukunda ihtiyati tedbir verilebilmesi için mutlak suretle tecavüz teşkil eden eylemlerin gerçekleşmiş olması gerekmez. Nitekim kanunda tecavüz teşkil edecek kullanımın gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının ispat edilmesi halinde de ihtiyati tedbire hükmedileceği belirtilmiştir. Ancak bu ciddi ve etkin çalışmaların kapsamı kanunda belirtilmemiştir. Bu sebeple ciddi ve etkin çalışmaların yapıldığını, tedbir talep eden tarafın yaklaşık delillerle ispat etmesi ve hakimi bu yönde inandırması gerekmektedir. Ciddi ve etkin çalışmaların yapıldığının

ispat edilmesi ifadesi, patent hukukunda hak sahibinin buluşuna karşı, kanunda tecavüz olarak belirlenmiş eylemlerin ileride gerçekleşmesi için girişim aşamasına geçilmiş olması kastedilmektedir.¹⁹⁴ Başka bir deyişle ileride tecavüz teşkil edecek eylemlerin gerçekleşeceğinin düşünülmesi yeterli olmayıp, bu konuda somut girişimlerde bulunulması gerekmektedir. Örnek olarak patent hakkına sahip bir buluşun nasıl üretileceğini bilen bir kişinin, bu buluşun üretilmesi için gereken makinaları, teknik desteği, ham maddeyi ve malzemeleri temin ederek çalışmalara başlaması ciddi ve etkin çalışma teşkil edebilir. Ancak bu hususun tespiti kolay değildir. Nitekim benzer faaliyet alanında çalışan farklı kişilerin, üretecekleri ürünlerde benzer nitelikte makine ve malzeme kullanmaları olağandır. Bu sebeple tecavüz teşkil edecek kullanımın gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmaların yapıldığının iddiası, önemli delillerle kanıtlanmalıdır. Aksi takdirde, tecavüz teşkil etmeyen eylemlere rağmen, haksız bir tedbir kararı sebebiyle ticari faaliyetlerin önemli derecede engellenmesi söz konusu olabilir ve bu durum büyük ölçüde zararı ve devamında tazminatı gerektirebilir. Bu sebeple hak sahibinin iddia ettiği olasılıklar, somutlaştırılmıyorsa talebin haklılığı ileri sürülemeyecek ve talebin reddine karar verilmesi gerekecektir.¹⁹⁵

Yargıtay 11. HD önüne gelen ihtiyati tedbir verilmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta, ihtiyati tedbirin şartları oluşmamasını gerekçe gösterip talebin reddine karar veren yerel mahkemenin kararını eksik inceleme sebebiyle bozmuştur. Nitekim ilama göre, patent hukukunda uzman bir bilirkişiden rapor aldırılmadan ve talep konusu fiillerin tecavüz teşkil edebilecek çalışmalar olup olmadığı belirlenmeden verilen karar eksiklik içermektedir.¹⁹⁶ Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi önüne gelen başka bir

¹⁹⁴ **TEKİNALP**, s. 514.

¹⁹⁵ **DEREN-YILDIRIM**, s. 47.

¹⁹⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2013/12901, K. 2013/16386, T. 24.9.2013 sayılı ilamı; "*Talep, ihtiyati tedbir istemine dair olup, mahkemece tasarımlı uzman bilirkişiden alınan rapora dayalı olarak ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmiştir. 551 Sayılı KHK'nun 83. maddesi uyarınca patentten doğan korumanın kapsamı istem veya istemlerle belirlenir. İstem veya istemler tarifname ve resimler esas alınarak yorumlanır. Yine, aynı KHK'nun 151. ve 152. maddelerinde patent sahiplerince ihtiyati tedbir talep edilmesi halinde ihtiyati tedbirin niteliği ve kapsamı ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır. Somut olayda, mahkemenin görüşüne başvurduğu bilirkişi tarafından düzenlenen raporda, davacının dayandığı 2009/01709 Sayılı incelemeli patentin koruma kapsamındaki istemler hususunda bir değerlendirme yapılmaksızın ürünlerin kalıp ve dikim özelliği bakımından aynıya yakın benzediği ve*

davada ise, ihtiyati tedbir şartlarının oluşmadığı ve bu sebeple talebin reddi gerektiğini belirtilmiştir.¹⁹⁷ Bu sebeple ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığı her somut olay açısından ayrıca titizlikle değerlendirilmeli ve ihtiyati tedbir talebine ilişkin karar verilmelidir.

D. İHTİYATİ TEDBİRİN VERİLECEK HÜKMÜN ETKİNLİĞİNİ TEMİN ETMEYE YÖNELİK OLMASI

Patent hukukunda ihtiyati tedbir kararının verilebilmesi için gereken son şart, ihtiyati tedbirin verilecek hükmün etkinliğini sağlayacak nitelikte olmasıdır. Patent hakkına yönelik bir tecavüz halinde açılacak davada verilen kararın icrası mümkünse o talep hakkında ihtiyati tedbire hükmolunmaz.¹⁹⁸ Zira kanun açıkça ihtiyati tedbirin verilecek hükmün etkinliğini sağlamaya yönelik olmasını aramıştır. Bu yönüyle ihtiyati tedbir kararı, ancak dava sonucunda verilecek kararın icra edilemeyecek olma ihtimalinin bulunduğu durumlarda verilebilir.

patent konusu olan buluşun model olarak benzerinin yaygın biçimde kullanıldığı görüşü belirtilmiştir. Mahkemece uyumsuzluğun hallinin yargılamayı gerektirecek nitelikte olduğu gerekçesiyle ihtiyati tedbir talebi reddedilmiş ise de, yukarıda açıklandığı üzere ihtiyati tedbir hususunda 551 Sayılı KHK'daki özel düzenleme ve aynı KHK'nın 153. maddesinde yapılan atıf sebebiyle H.M.K. hükümleri de dikkate alınacağından, ihtiyati tedbire konu olan davalı ürününün davacıya ait incelemeli patentin kapsadığı istemlere tecavüz edip etmediği hususunda patent uzmanı bir bilirkişiden görüş alınarak, tedbir hususunda gerçeğe yakın ispat karinesi dikkate alınmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün ihtiyati tedbir isteyen yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir."

¹⁹⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T. 10.9.2014, E. 2014/10164, K. 2014/13559; "Tespit ve tedbir isteyen vekili, aleyhine tespit talep edilen yan tarafından müvekkili şirketin sayılı incelemeli patentinden kaynaklanan haklarını ihlal eden " isimli jenerik ürünleri için nezdinde kısaltılmış ruhsat başvurusu yapıldığı ve bu ürünleri üreterek ticaret alanına çıkarmak için faaliyetlerde bulunduğu ileri sürerek, tecavüz teşkil eden vakıaların tespitini, patent tecavüzünün önlenmesi davasının etkinliğini temin etmek üzere tespit ve ihtiyati tedbir kararı verilmesini istemiştir. Mahkemece, 551 Sayılı KHK'nın 75(f) maddesi gereğince ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneylerde dahil olmak üzere ruhsat konulu deneme amaçlı fiiller patentten doğan hakkın kapsamında kalmadığından, ruhsatlandırma işlemleri sebebiyle patent haklarına tecavüz iddiasıyla tedbir kararı vermenin yasal dayanağının bulunmadığı, ruhsat başvurusunun yasallığı sebebiyle talep edilen hususların sorulması veya karşı tarafın ürün örneği sunmaya zorlanması talebinin kabulünün de mümkün olmadığı, ayrıca HMK 400 (1 ve 2) maddesi gereğince delil tespiti istenebilmesi için gerekli koşulların somut olay bakımından oluşmadığı, tecavüz teşkil eden vakıaların tespiti taleplerinin değişik iş üzerinden incelenemeyeceği, ancak ileride açılacak davada tespitinin ve öğrenilmesinin mümkün olduğu, talep edenin tespit istemekte hukuki yararının da bulunmadığı gerekçesi ile talebin reddine karar verilmiştir."

¹⁹⁸ KARAHAN/ SULUK/ SARAÇ/NAL, s.401.

Kanunun öngördüğü bu şart, açılmış veya açılacak davanın sonucunda verilen kararın icra edilememesi sebebiyle anlamsız kalmaması, yani etkisiz veya sınırlı etkili olarak uygulanmamasını ifade etmektedir.¹⁹⁹

Yukarıda bahsedildiği üzere²⁰⁰, patent hukukuna konu olan bir buluş hakkında görülen davaların uzun sürmesi ve sonuçlandığı tarihte patente konu buluşun etkisini yitirmiş olması veyahut tecavüz teşkil eden eylemler sebebiyle hak sahibi açısından telafisi mümkün olmayan zararların doğmuş olması muhtemeldir. Bu sebeple ihtiyati tedbirin verilecek hükmün uygulanabilmesini yani hayata geçirilmesini sağlamaya yönelik olmalıdır. Dolayısıyla, ileride açılacak bir davanın sonunda verilecek hükmün etkinliğini temin etmek amacıyla, gerçekleşmesi muhtemel olan veya halihazırda mevcut bir tehlikeyi önlemek veya durdurmak için ihtiyati tedbir istenebilir.²⁰¹

Bu sebeple her ne kadar kanunda açıkça şart olarak sayılmamış olsa da, patent hakkına ilişkin esas hakkında davanın açılması da, patent hukukunda ihtiyati tedbirin şartlarından biri olarak değerlendirilebilir. Nitekim süresi içinde esas hakkında dava açılmazsa, verilmiş ihtiyati tedbir kararları kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

¹⁹⁹ **TEKİNALP**, s. 514.

²⁰⁰ Bkz. s.11.

²⁰¹ **ÖZEKES**, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir” s. 103.

II. İHTİYATİ TEDBİR TÜRLERİ VE YARGILAMASI

A. İHTİYATİ TEDBİR TÜRLERİ

1. GENEL OLARAK

Patent hukukunda ihtiyati tedbir türleri SMK'nın 159. Maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiş olmakla birlikte, ihtiyati tedbirlerin genel yapısı itibariyle, patent hukukunda verilebilecek ihtiyati tedbir kararlarının işbu maddede belirtilen tedbir türleriyle sınırlı olacak şekilde anlaşılması gerekmektedir. Nitekim ihtiyati tedbirlere ilişkin genel düzenleme olan HMK'nın 391. maddesine göre; "*Mahkeme, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir.*" Dolayısıyla hakim talep konusu hakkın korunması adına gerekli gördüğü her türlü ihtiyati tedbire hükmedebilir. Ancak patent hukukunda ihtiyati tedbirlerin, açılmış ya da açılacak davada verilecek hükmün etkinliğini temin edecek nitelikte olması gerektiği de unutulmamalıdır.

SMK'ya göre, patent hukukuna ilişkin ihtiyati tedbirler özellikle şu tedbirleri kapsamalıdır:

i) Davacının sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesi ve durdurulması.

ii) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalara ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, buldukları her yerde elkonulması ve bunların saklanması.

iii) Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi.

İhtiyati tedbir türlerini sınırlı sayıda ele almamakla birlikte, patent hukuku açısından verilecek ihtiyati tedbirlerin kapsamını, ifa amaçlı ihtiyati tedbirler ve teminat amaçlı ihtiyati tedbirler olarak ikiye ayırabiliriz. Teminat amaçlı ihtiyati tedbirler ile iddia edilen hakkın bizzat gerçekleştirilmesi değil gerçekleştirilmesi için mevcut durumun güvence altına alınması amaçlanır.²⁰² Patent hakkının korunması bakımından getirilen hükümlerle teminat amaçlı tedbir olarak, el koymaya yer verilmiştir. Doktrinde²⁰³ sınai hakların korunmasında, mevcut durumun muhafaza edilmesinden çok tecavüzdten önceki durumun iadesinin önem taşıması sebebiyle teminat amaçlı ihtiyati tedbirlerin uygulamasının sınırlı olduğu görüşü savunulmaktadır.²⁰⁴ İfa amaçlı ihtiyati tedbirlerde ise taraflar arasındaki çekişmeli bulunan bir hakkın geçici olarak ifa edilmesi söz konusudur. Patent hukukunda talep edilen korunma, kural olarak ifa amaçlı ihtiyati tedbirlerle sağlanmakta olup teminat amacını günde tedbirlere de yer verilmiştir.

2. TECAVÜZ TEŞKİL EDEN FİİLLERİN ÖNLEMESİ – DURDURULMASI

SMK'da da, mülga 551 sayılı PatKHK'da olduğu gibi patent hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması tedbirine yer verilmiştir. Ancak SMK'da PatKHK'daki düzenlemeye ilaveten tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesinin yanında durdurulması ibaresine de yer verilmiştir. Dolayısıyla SMK'da, eski düzenlemeye oranla hak sahibine daha kapsamlı bir koruma imkanı sağlanmıştır.

SMK'da tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesi ve durdurulması öngörüldüğü için, tecavüz teşkil eden fiillerin başlamış olması zorunlu değildir. Zira tecavüz sonucunu doğuracak fiiller, hazırlık aşamasında bulunsa bile veya yapılan çalışmaların açıkça tecavüz sonucunu doğuracağı anlaşılıyorsa, SMK'da belirtilen ihtiyati tedbirlerden durdurma ve önleme kararı verilebilir.

²⁰² DEREN-YILDIRIM, s. 80-81.

²⁰³ DEREN-YILDIRIM, s. 82.

²⁰⁴ KAVLAK, s.1545.

Patent hukukunda önleme ve durdurma tedbirleri diğer tedbirlere oranla daha önem arz etmektedir. Bu tür tedbirlerde hukuka aykırı sayılan ve tecavüz teşkil eden fiillerin sürdürülmesi veya yeniden gerçekleştirilmesi engellenmektedir.²⁰⁵ Bu da patente konu buluş üzerinde hak sahibi olan kişilerin uğradıkları ya da uğrayacakları zararların engellenmesini veya azaltılmasını sağlayacaktır. Tecavüz teşkil eden eylemlerin önlenmesi ya da durdurulmasına ilişkin verilen ihtiyati tedbir kararı eda tedbiri olarak nitelendirilebilir. Zira tedbirin konusunu teşkil eden edimle borçlu olarak isimlendirebileceğimiz tecavüz teşkil eden eylemleri gerçekleştirenin, söz konusu eylem sonucu hükmedilecek yaptırıma dair karar, halihazırda henüz kesin olarak hükme bağlanmamış olmasına rağmen, tedbir kararıyla hak sahibine karşı ifa etmekle yükümlü hale gelmektedir.²⁰⁶

3. TECAVÜZ TEŞKİL EDEN ÜRÜNLERİN EL KONULMASI – SAKLANMASI

Mevzuatımızda patente hukuka ilişkin getirilen bir başka ifa amaçlı tedbir ile; patent hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalara ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalara, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, buldukları her yerde el konulabilir ve saklanabilir. Bu tedbir türünün yukarıda belirtilen sınıflandırmalar içerisinde teminat tedbirlerinin bir örneği olarak gösterilebilir. Nitekim bu tedbirde, patent hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünler, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalar ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalar borçlunun elinden her ne kadar zorla alınsa da, bu ürünler patent hakkı sahibine değil, yediemine teslim edilip saklandığı için söz konusu tedbir eda etkisi göstermemektedir.²⁰⁷

SMK’da el koyma ve saklama işlemlerinin gerçekleştirilme usulüne ilişkin uygulamaya yönelik düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple ihtiyati tedbir kararının

²⁰⁵ **DEREN-YILDIRIM**, s. 85.

²⁰⁶ **Evrin ERİŞİR**, “Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri” On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2013, s.326.

²⁰⁷ **ERİŞİR**, s.307.

uygulama usulünün SMK 159. maddesinin 3. fıkrası gereği HMK’da belirtilen ihtiyati tedbirin uygulanmasına ilişkin düzenlemeleri ışığında çözümlenecektir.

Bu tedbirle Türkiye sınırları içerisinde bulunan ve hak sahibinin patent hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tüm ürünlerin ve bu ürünlerin üretilmesi ve patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan tüm vasıtaların el konulabileceği ve saklanabileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere patent hukukunda bu maddenin önemi, yalnızca patente konu olan buluşa ilişkin tecavüz teşkil eden ürünlerin değil, bu ürünlerin üretimi, dağıtımı ve çoğaltımı gibi işlemlerin yapılmasında kullanılan tüm vasıtaların da el konulabileceği ve saklanabileceği açıkça düzenlenmiştir. Nitekim patent hakkına tecavüz teşkil eden ürünün el konulması çoğu zaman yeterli olamamakta, mütecaviz aynı tecavüz teşkil eden ürünleri yeniden piyasaya sürebilmektedir. Bu da çoğu zaman tecavüz teşkil eden fiillerin veya benzerlerinin yeniden gerçekleşmesini ve hak sahibinin açacağı davanın konusuz kalmasına yol açacaktır.²⁰⁸ Bu tedbirle birlikte üretim araçlarının da el konulmasına karar verilebilmesinin önemi bu açıdan büyüktür. Sonuçta ihtiyati tedbir talep edenin, bu talebindeki gayesi, uğradığı maddi-manevi zararı minimize etmek ya da mümkünse ortadan kaldırmaktır. Bu sebeple işbu düzenleme ifa amacına yönelik önemli bir tedbirdir.

Aynı maddede ayrıca gümrük ve serbest limanlarda da aynı tedbirlerin uygulanabileceği belirtilmiştir. İhtiyati tedbire karar verilebilmesi için tecavüz teşkil eden ürünlerin mutlaka Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde üretilmesi, kullanılması veya Türkiye’ye ithal edilmesi gerekmemektedir. Burada önemli olan husus, el konulacak malların Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulunmasıdır. Bu sebeple

²⁰⁸ **Ahmet KILIÇOĞLU**, “Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar” Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Mart 2017, s.455.

tecavüz teşkil eden ürünlere, Türkiye’den ihraç olunacakken veya transit geçilecekken de Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde el konulabilir.²⁰⁹

Ayrıca belirtmek gerekir ki ihtiyati tedbir kararı ile el konulacak veya saklanacak ürünler bizzat mütecavize ait ve onun elinde bulunabileceği gibi üçüncü bir kişiye ait veya üçüncü bir kişi elinde de bulunabilir. Hatta söz konusu ürünler başka ihtilaflar sebebiyle bilirkişide dahi bulunabilir.²¹⁰ Bu sebeple tecavüz teşkil eden ürünlerin sırf mütecavizin elinde olmaması sebebiyle el konulamayacağına ilişkin karar verilemez. Bununla birlikte, tüketicilerin ellerinde bulundurdıkları tüketim maddelerine el konulamaz.²¹¹ Ayrıca bir özel muafiyet hali de tecavüz teşkil eden ürünlerin diplomatik bağışıklık taşıyor olmasıdır. Bu durumda da el konmasına ilişkin tedbir kararı verilemeyecektir.²¹²

4. TEMİNAT VERİLMESİ

Patent hukukunda hak sahibinin hakkının korunması adına, meydana gelebilecek zararların tazminini garanti altına alabilmek için SMK 159/2 (c) maddesi gereğince teminat verilmesine de hükmedilebilir. Bu durum açıkça para alacaklarına ilişkin taleplerin, geçici hukuki koruma yollarından olan ihtiyati haciz kurumu ile karşılanması kuralına istisna teşkil etmektedir. Bu tedbirin koruma sağlayabilmesi için teminat tutarının yüksek olması veya teminatın paraya kolay çevrilebilecek malvarlığından oluşması gerekmektedir.²¹³ Bununla birlikte önüne teminata ilişkin tedbir talebi gelen hakimin, ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde karar vermesi de usul hukuku açısından önem arz eden bir durumdur.²¹⁴

B. İHTİYATİ TEDBİRİN TARAFLARI

1. TEDBİR TALEP EDEN TARAF

²⁰⁹ **Hakan KARAN/Mehmet KILIÇ**, “Markaların Korunması - 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat”, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 574.

²¹⁰ **TEKİNALP**, s.515-516.

²¹¹ **KARAN/KILIÇ**, s. 575; **TEKİNALP**, s. 516.

²¹² **TEKİNALP**, s. 516.

²¹³ **TEKİNALP**, s.516.

²¹⁴ **KAVLAK**, s.1550.

Patent hukukunda ihtiyati tedbir, patente konu buluş üzerinde patent hakkına sahip olan ve bu hakkına yöneltmiş tecavüz ya da tecavüz tehdidi bulunan kişi tarafından talep edilir. Zira SMK'nın 159. maddesinde; dava açma hakkı olan kişilerin mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu kapsamda patent hakkı sahibinin ihtiyati tedbir talep edecek asli kişi olduğu açıktır.

Patent hakkı sahibi dışında, SMK'nın 158. maddesi uyarınca lisans alanların da ihtiyati tedbir talep edebileceği söylenebilir. Bu kapsamda patent hukukunda lisans meselesinin irdelenmesi gerekmektedir.

SMK'nın 158. maddesinde, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa inhisari lisansa sahip olan kişinin de, hak sahibinin SMK uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple inhisari lisans sahiplerinin de ihtiyati tedbir talebinde bulunma hakkı mevcuttur. Basit lisans sahibi ise SMK'ya göre sınai mülkiyet hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa, gerekli davanın açılmasını yapacağı bildirimle asıl hak sahibinden ister. Hak sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması hâlinde, lisans alan hak sahibine yaptığı bildirim de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir veya ihtiyati tedbir talep edebilir. Bu şekilde dava açan basit lisans alanın, dava açtığını hak sahibine bildirmesi gerekir. Ciddi bir zarar tehlikesinin mevcut olduğu hallerde ise lisansın niteliği ne olursa olsun lisans alanın ihtiyati tedbir talebinde bulunma hakkı vardır. Böyle bir durumda basit lisans alanın üç aylık sürenin geçmesini beklemesine de gerek bulunmamaktadır.

Ayrıca patent hukukunda diğer sınai mülkiyet haklarının dışında zorunlu lisans adı altında bir lisans türü de tanımlanmıştır. Patent hukukunda patent verilmesi işlemi, buluş sahibi ile devlet arasında bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Elbette ki

devletin buluş sahibine patent vermesi, o buluşun topluma da faydalı olması amacını da taşır. Bu yönüyle patent verilmesi işleminde toplumun da menfaati bulunmaktadır. İşte bu sebeple, buluşun uzun süreler boyunca kullanılmaması ihtimalini öngören kanun koyucu, buluşun kullanımını temin etmek adına zorunlu lisansı kabul etmiştir.²¹⁵ Her ne kadar ülkemizde zorunlu lisans uzun yıllardır uygulanmasa da, ileride uygulanmayacağı anlamı taşımaz. Bu yönüyle zorunlu lisans sahibinin de genel olarak lisans alanın yararlandığı haklardan yararlanacağı söylenebilir. İşte bu haklardan biri de SMK 158. maddesinde belirtilen lisans hakkı sahibinin ihtiyati tedbir talep edebilmesidir. Elbette ki zorunlu lisans sahibinin ihtiyati tedbir şartları yukarıdaki paragrafta belirtilen şart ve usulde gerçekleşmesi gerekmektedir.

Dolayısıyla patent hukukunda ihtiyati tedbir talep eden, bizzat patente konu buluş sahibi olabileceği gibi, varsa sözleşmeye dayalı lisans ve zorunlu lisans hakkı sahibi de olabilmektedir.

2. KARŞI TARAF

Patente konu buluş üzerinde hak sahibi olan kişinin, SMK'dan doğan haklarını ihlal eden ya da ihlal etme tehlikesi oluşturan kişi ihtiyati tedbir talebinde karşı tarafı teşkil eder.²¹⁶ Hak sahibi olarak ihtiyati tedbir talep eden kişinin, ihtiyati tedbir talebinde karşı taraf olarak gösterdiği kişi veya kişiler, talebin muhatabı olarak kabul edilmektedir.²¹⁷ Ayrıca ihlal teşkil eden fiilleri gerçekleştirenler birden fazla ise, bu kişiler arasında tedbir talebinin muhatabı olarak talep arkadaşlığından da söz edilebilir.²¹⁸

C. İHTİYATİ TEDBİRDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

1. GÖREVLİ MAHKEME

²¹⁵ **SULUK (KARASU/NAL)**, s.279.

²¹⁶ **ÖZEKES**, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir” s. 110; **YÖRDEM**, s.341.

²¹⁷ **Ejder YILMAZ**, “Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri”, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2001, s.869.

²¹⁸ **ÖZEKES**, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, s.110.

SMK'nın 156. maddesinde, “*Bu kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi*” olduğu belirtilmiştir. Buna göre ihtiyati tedbir, asıl davanın açıldığı veya açılacağı fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinden istenebilir. Aynı maddenin devamı uyarınca, ayrı bir fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmayan yerlerde SMK'dan kaynaklanan hukuk davaları bakımından o yer asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır.

2. YETKİLİ MAHKEME

Sınai mülkiyet hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, SMK'nın 156. maddesinin 3, 4 ve 5. fıkralarında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre SMK'dan kaynaklanan davalarda davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesi yetkilidir. Davacının Türkiye'de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme olacaktır. Üçüncü kişiler tarafından sınai mülkiyet hakkı sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme ise, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir.

Ancak bu düzenleme SMK'dan kaynaklanan ve üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkemeyi belirtmekte olup, ihtiyati tedbirlerin bu kapsama alınıp alınmayacağı hususunda bir açıklık yoktur. Bu sebeple yetki bakımından kanunda bir açıklık bulunmadığı dikkate alınarak, ihtiyati tedbire ilişkin yetkili mahkemeyi düzenleyen genel hüküm olan HMK'nın 390. maddesi uygulama alanı bulacaktır. HMK'nın 390. maddesi uyarınca, ihtiyati tedbir talebi dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden, dava açıldıktan sonra ise asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu yönüyle patent hukukundan doğan ihtiyati tedbirlere ilişkin talepler, asıl davanın açılacağı yer mahkemesinde görülecektir.

D. YARGILAMA USULÜ

1. GENEL OLARAK

İhtiyati tedbirlere ilişkin yargılamanın nasıl olacağı sorusu SMK'da açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebeple yine SMK 159. maddesinin 3. fıkrası HMK'nın 316. madde 1. fıkrası (c) bendi uyarınca ihtiyati tedbirler basit yargılama usulüne tabidir.

HMK 320. ve 390/2. maddesine göre mahkeme, ihtiyati tedbir talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunluluk bulunan hallerde, karşı tarafı dinlemeden de ihtiyati tedbire karar verebilir. Ancak karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Buna rağmen itiraz tedbir kararının icrasını durdurmaz. İhtiyati tedbir kararının icrası aşağıda açıklanacağı üzere teminat verilmesi karşılığı değiştirilebilir veya kaldırılabilir.

2. İHTİYATİ TEDBİR BAKIMINDAN HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI

İhtiyati tedbir mahiyeti gereği hızlı karar verilerek uygulanması gereken geçici hukuki koruma yoludur. Bu sebeple çoğu zaman ihtiyati tedbir kararı karşı taraf dinlenilmeden verilmektedir. Zira karşı taraf dinlenmeden de ihtiyati tedbire karar verilebileceğine ilişkin düzenleme, SMK'da yer almasa da, yollama yaptığı HMK'nın 320. ve 390/2. maddelerinde açıkça düzenlenmiştir.

Karşı taraf dinlenmeden, tedbir kararı verilmesi, dinlenmeyen tarafın hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği düşüncesini doğurabilir.²¹⁹ Her ne kadar hukuki dinlenilme hakkı gerek Anayasamızda gerek uluslararası antlaşmalarda açıkça güvence altına alınmışsa da geçici hukuki koruma yollarında, bu kurumların mahiyeti gereği hukuki dinlenilme hakkının biraz daha yumuşatıldığı kabul edilmektedir.²²⁰

İhtiyati tedbirde hukuki dinlenilme hakkı ile ihtiyati tedbiri talep edenin korunmasını istediği hakkı dengelemek isteyen kanun koyucu, dinlenmeyen karşı

²¹⁹ KAVLAK, s.1542.

²²⁰ ÖZEKES, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir", s.116.

tarafa, verilen ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz etme, teminat karşılığı tedbirin kaldırılmasını talep etme veya tedbirin ancak teminat yatırılması şartıyla kabulü gibi bir takım imkanlar sağlamıştır. Bu sebeple ilk bakışta karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği düşünülse de, ihtiyati tedbirin özünde bu hakkın yalnızca biraz yumuşatıldığı görülmektedir. Nitekim doktrinde de karşı tarafın dinlenilmemesinin, hukuki dinlenilme hakkını ortadan kaldırdığını göstermeyeceği açıkça belirtilmiştir.²²¹

3. İHTİYATİ TEDBİRİ TAMAMLAYAN İŞLEMLER

Patent hukukunda verilen ihtiyati tedbir kararları, diğer ihtiyati tedbirlerde de olduğu gibi nihai değil, geçici hukuki koruma yoludur. Bu sebeple verilen ihtiyati tedbiri tamamlayıcı işlemler yapılmazsa, tedbir kendiliğinden ortadan kalkar. İhtiyati tedbiri tamamlayıcı işlem ise HMK'da belirtildiği üzere esas hakkında davanın açılmasıdır. Eğer ihtiyati tedbir talebi uyuşmazlığı çözümlenmesi için açılan esas dava ile birlikte talep edilmişse, talep edenin başkaca yapması gereken bir işlem yoktur. Ancak ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce talep edilmiş ve tedbir kararı verilmişse, HMK'nın 397/1. maddesi uyarınca, tedbir talebinde bulunan, tedbir kararının uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak zorundadır. Aksi halde tedbir kendiliğinden ortadan kalkar. Karşı tarafın bu hususta talepte bulunması gerekmez. Bu düzenlemenin sebebi, yaklaşık ispatın yeterli görülmesi üzerine verilen ihtiyati tedbire ilişkin karardan sonra, bir an önce dava açılarak uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesinin sağlanmasıdır.²²²

İhtiyati tedbir kararı verildikten sonra, tedbir isteyenin esas hakkında davasını açması yeterli değildir. Kanunda belirtilen iki haftalık süre içerisinde davanın açılması, dava açıldığına ilişkin mahkemeden alınan yazının, ihtiyati tedbir kararını uygulayan memura verilerek tedbir dosyasına koydurulması ve bu işlemleri gerçekleştirdiğine dair belge alınması da gereklidir.²²³

²²¹ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s.2463.

²²² ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s.2519.

²²³ KURU, "İstinaf Usul Hukuku", s. 463; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s.2519.

Ayrıca belirtmek gerekir ki kanunda belirtilen iki haftalık dava açma ve gerekli işlemleri yapma süresi, ihtiyati tedbirin uygulandığı tarihten itibaren değil, tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği günden itibaren başlar.²²⁴

4. ZAMANAŞIMI

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda zamanaşımını düzenleyen 157. madde, sınai mülkiyet hakkı veya geleneksel ürün adından doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanun'unun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanacağını belirterek zamanaşımına ilişkin hususlarda Borçlar Kanunu hükümlerine yollama yapılmıştır.

SMK düzenlemelerine göre patent hakkına ilişkin tecavüzlerin hukuki niteliği haksız fiil olarak gösterildiği için, hak sahibinin patent hakkına gerçekleştirilen tecavüze ilişkin açılacak davalar ve tedbir talepleri, Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresi olan, hakkı ihlal edilmiş kişinin, zararı ve fiili öğrenmesinde itibaren iki yıl ve herhalde zarar doğuran fiilin vukuundan itibaren on yıllık geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak hukuka aykırı eylem için ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüşse, hukuk davasına da aynı zamanaşımı süresi uygulanacağı yine Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinin 2. fıkrasında açıkça belirtilmiştir.

III. MAHKEMENİN İHTİYATİ TEDBİR KARARI, KARARIN İCRASI VE KARARA KARŞI KONULMASI

A. MAHKEMENİN KARARI VE KARARIN İCRASI

İhtiyati tedbir talebi önüne gelen mahkeme, yaptığı yargılama neticesinde talebin kabulüne ya da reddine karar verir. İhtiyati tedbir kararının kabulü haline karşı tarafça kanun yoluna başvurulamaz. Talebin kabulü halinde karşı taraf aşağıda açıklanacağı

²²⁴ KURU, "İstinaf Usul Hukuku", s. 463.

üzere karara karşı bir takım yollara başvurabilir.²²⁵ Talebin reddi halinde ise kanun yolu açık olup, bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır.

Mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alan taraf, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasını, kararın verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep etmek zorundadır. Aksi hâlde, kanunda belirtilen iki haftalık süre içinde dava açılmış ve gerekli işlemlerin tamamı gerçekleştirilmiş olsa bile, tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

Kural olarak tedbir kararının uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir. Mahkeme, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü de görevlendirebilir. Ancak patent hukukuna ilişkin verilebilecek bir takım tedbirlerde, icra dairesi dışındaki belli başlı kurumların ihtiyati tedbiri uygulaması gerekir. Bunlara örnek olarak, hak sahibinin patent hakkına tecavüz teşkil ettiğini düşündüğü başka bir sinai mülkiyet hakkı sahibinin yargılamayı uzatmak amacıyla sinai mülkiyet hakkını üçüncü kişilere devretmesinin önlenmesi için istenen tedbir kararına karşı, sinai mülkiyet hakkının devrinin tedbiren durdurulması kararı, TPE tarafından yerine getirilir. Bunun dışında patent hakkına tecavüz teşkil eden ürünlerin gümrüklerde ve serbest limanlarda el konulmasına ilişkin verilen tedbir kararı Gümrükler Genel Müdürlüğü vasıtasıyla gerçekleştirilecektir.²²⁶

B. KARARA KARŞI KONULMASI

1. GENEL OLARAK

İhtiyati tedbirin kabul edilmesi halinde, talebin muhatabı karşı tarafça bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Ancak ihtiyati tedbir kararına, HMK'da belirtildiği üzere farklı şekillerde karşı koyma imkanı bulunmakta olup, bu imkanlar sonunda

²²⁵ Bkz. s.29-31.

²²⁶ SULLUK (KARASU/NAL), s.418-419.

bazen tedbir tamamen kalkmakta bazen ise tedbirde bir takım değişiklikler gerçekleşmektedir. Bunları, yokluğunda karar verilen tarafın tedbire itiraz etmesi, durum ve şartların değişmesi sebebiyle tedbire itiraz edilmesi ve teminat karşılığı tedbirin kaldırılmasının talep edilmesi olarak üç ayrı başlıkta inceleyebiliriz.

2. YOKLUğUNDA KARAR VERİLEN TARAFIN TEDBİR KARARINA İTİRAZI

Patent hukukuna ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilirken dinlenmeyen taraf, tedbirin var olduğundan kural olarak tedbirin uygulanması esnasında haberdar olacaktır.²²⁷ Karşı taraf, işbu tedbir kararına, ihtiyati tedbirin uygulanması sırasında hazır bulunuyorsa tedbirin uygulanmasından, hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın kendisine tebliğinden itibaren bir hafta içinde, tedbir kararını veren mahkemeye dilekçe ile başvurarak itiraz edebilir. Bu itiraz hakkının sebebi, ihtiyati tedbir kararı verilirken dinlenmeyen tarafa, hukuki dinlenilme hakkını kullanmasını sağlamaktır. Bu sebeple itiraz teknik anlamda kanun yolu değil, hukuki dinlenilme hakkını tanıyan özel bir hukuki çaredir.²²⁸ Ancak aksine bir karar verilmedikçe, işbu itiraz ihtiyati tedbirin icrasını durdurmaz.

Bununla birlikte yokluğunda ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın yanında, kararın uygulanması sebebiyle menfaatleri açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de tedbire bir hafta içerisinde itiraz edebilirler. Üçüncü kişiler açısından bir haftalık süre, işbu ihtiyati tedbirin öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır.

İşbu itirazın konusu, tedbirin şartlarına, mahkemenin görevine veya yetkisine ya da teminata yönelik olabilir. Mahkeme, yaptığı inceleme üzerine, itiraz hakkında ret veya kabul kararı verir. İtiraz haklı bulunmazsa, bu talep reddedilir ve tedbir devam eder. Ancak mahkeme itirazı haklı bulursa, ihtiyati tedbir kararını değiştirebileceği gibi, tamamen de kaldırılabilir.

²²⁷ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s.2532.

²²⁸ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s.2532.

Mahkemenin itiraz üzerine verdiği kabul ya da ret kararına karşı kanun yoluna başvurulabilir. Kanun gereği bu başvuru da öncelikle incelenip kesin olarak karara bağlanacaktır.

Bu hukuki çare yalnızca karşı tarafın dinlenilmediği hallerde verilen ihtiyati tedbir kararına karşı başvurulabilmekte olup, ihtiyati tedbir verilmeden önce dinlenen tarafın bu yola başvurma hakkı yoktur. Bu durum *Kuru*'ya göre haksız ve çelişik bir durum olup, hak arama hürriyetine ve hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.²²⁹

3. DURUM VE ŞARTLARIN DEĞİŞMESİ SEBEBİYLE TEDBİRE İTİRAZ

İhtiyati tedbir verildikten sonra, tedbir konusunu teşkil eden hususlarda bir takım değişiklikler meydana gelebilir. İşte bu değişiklikler sonucunda verilen tedbirin etkisiz kalması ya da ağırlaşması mümkün olduğu gibi tedbirin konusuz kalması da mümkündür. Durum ve şartların değişmesi nedeniyle, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen, ister dinlenmiş olsun ister yokluğunda karar verilmiş olsun, ihtiyati tedbir kararına itiraz imkanına sahiptir.²³⁰ Bunun yanında, daha önce ihtiyati tedbir kararına itiraz etmiş olsa ve bu talebi reddedilse dahi, aleyhine tedbire hükmedilen taraf bu imkandan yararlanabilmektedir.²³¹ Aynı zamanda durum ve şartların değişmesi sebebiyle tedbire itiraz yoluna, menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler de başvurabilir.

Bu itiraz talebi önüne gelen hakim, ihtiyati tedbirin haklılığını değil şartların değişip değişmediğini ve bunun tedbire etkisini inceleyecektir. Bu incelemesi sonunda hakim, tedbirin değiştirilmesine karar verebileceği gibi tedbirin tamamen kaldırılmasına da hükmedebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu kapsamda durum ve şartların değişmesi sebebiyle tedbire itiraz edilmesi üzerine mahkemenin vermiş olduğu karara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı doktrinde kabul edilmektedir.²³²

4. TEMİNAT KARŞILIĞI TEDBİRİN DEĞİŞTİRİLMESİ VEYA KALDIRILMASI

Aleyhine tedbir kararı verilen taraf veya hakkında tedbir uygulanan kişiler, mahkemeye başvurup teminat göstererek, tedbirin tamamen kaldırılmasını veya

²²⁹ KURU, "İstinaf Usul Hukuku", s.465.

²³⁰ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s.2536.

²³¹ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s.2536.

²³² ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s.2536; KURU, "İstinaf Usul Hukuku", s.466.

değiştirilmesini talep edebilir. Bu husus taraflar arasındaki menfaat dengesini gözetmek amacıyla kabul edilmiştir.²³³ Zira ihtiyati tedbirin amacının, hakları tehlikede olan kişinin açacağı esas hakkındaki davasında verilecek hükmün etkinliğini temin etmek olduğu dikkate alındığında, teminat verilmesiyle bu hükmün etkinliği güvence altına alınabilmektedir. Bu sebeple kanun koyucu teminat yatırılması karşılığında tedbirin kaldırılması veya değiştirilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme teminat karşılığı tedbirin kaldırılması talebi karşısında, belirleyeceği yeterli teminat karşılığında, tedbirin kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verebilir. Bunun yanında mahkeme teminat karşılığında olsa bile tedbir kararında herhangi bir değişiklik yapmayabilir.²³⁴ Mahkemenin bu kararına karşı kanun yoluna başvuru yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme kanunda mevcut olmadığı için, mahkemenin kararına karşı kanun yoluna başvurulamaz.²³⁵

²³³ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s.2538.

²³⁴ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s.2539.

²³⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, "Medeni Usul Hukuku", s.564; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s.2540.

SONUÇ

Patente hakkına sahip hak sahibinin ve kanunda belirtilen hak sahibi gibi dava açabilecek lisans alanın, patent hakkına yönelik gerçekleşen ya da gerçekleşecek olan tecavüzlere, ihlallere vb. durumlara karşı ihtiyati tedbir talep etmesi mümkündür. Hakları ihlale uğrayan hak sahibinin ihtiyati tedbir talep etmesinin önemi büyüktür. Zira sürekli ve hızlı bir şekilde gelişim gösteren teknoloji sayesinde, patente konu buluş etkisini çok çabuk bir şekilde yitirmekte, yerine daha gelişmiş bir buluşa bırakmaktadır. Bu sebeple patent hakkının kullanım ömrü son derece azdır. İşte bu yüzden, patentin kullanım ömrü, yıllarca sürececek yargılamayı kaldıramayacağı için patente konu buluş hakkında ihtiyati tedbirlerin uygulanması, dava sonucu verilecek karardan bile önemli hale gelebilmektedir.

Patent hukukunda ihtiyati tedbire ilişkin hükümler 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenmiş olup, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.

Patent hukukunda ihtiyati tedbire esas olan hak, uyuşmazlığa konu olan veya olacak, patente konu olan buluş üzerinde, patent sahibi ya da kanunla patent sahibinin yararlandığı korumadan yararlananların bu patent üzerindeki haklarıdır. Elbette ki her uyuşmazlık durumunda ihtiyati tedbire karar verilemez. İhtiyati tedbire karar verilebilmesi için uyuşmazlık konusunu teşkil eden ve hakları ihlal edildiğini düşünen hak sahibinin, haklarını ihlal edici kullanımın, ülke içinde kendi sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmesi gerekmektedir. Bu tecavüz teşkil edecek haller ise SMK'nın 141. Maddesinde maddede tahdidi olarak belirlenmiş olup, bu haller dışındaki eylemler haksız fiil teşkil etse dahi tecavüz teşkil eden eylem olarak kabul edilmemektedir. Şartlar mevcutsa hak sahibi, haksız fiil hükümlerine göre genel mahkemelerde tazminat talep edebilir.

Bu şartın dışında ihtiyati tedbire karar verilebilmesi için, verilecek ihtiyati tedbirin hükmün etkinliğini temin etmesi yani açılmış veya açılacak dava sonucunda verilen kararın icra edilebilmesini sağlama amacını gütmesi gerekmektedir. Nitekim ihtiyati tedbirler geçici hukuki koruma yolu olup, amaçları yargılama neticesinde verilen kararın somut olaya uygulanabilmesini sağlamaktır. Bu yönüyle uyuşmazlığı kesin olarak çözümlmek için dava açmadan yalnızca ihtiyati tedbir talep etmenin kabul edilmeyeceği açıkça belirtilmiştir.

Patent hukukunda hükmedilebilecek ihtiyati tedbirler SMK'nın 159. Maddesinin 2. Fıkrasında sayılmakla birlikte bu sayım tahdidi değildir. Kanunda belirtilen ihtiyati tedbirler başlıca, tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesi ve durdurulması, patent hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalara ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalara el konulması veya saklanması ve zararların tazmini için teminat verilmesidir. Bunların dışında somut olaya uygun olmak ve ihtiyati tedbir şartlarına uymak suretiyle başkaca ihtiyati tedbirlere de hükmedilebilir.

İhtiyati tedbiri patente konu buluş üzerinde hak sahibi olan kişi ve kanunda belirtildiği üzere bu patent hakkını kullanma hakkına sahip olan lisans alan talep edebilir. Karşı tarafta ise tecavüz teşkil eden fiilleri gerçekleştiren kişi bulunmakta olup, ihtiyati tedbirin mahiyeti gereği çoğu zaman bu kişi dinlenilmeden karar verilir. Ancak ihtiyati tedbirlere ilişkin getirilen düzenlemeler gereği karşı taraf tedbire itiraz edebilmesi ve değişen durumlar sonucu veya teminat karşılığı tedbirin kaldırılmasını isteme hakkı mevcuttur. Böylece hukuki dinlenme hakkının ortadan kalktığı söylenemez.

İhtiyati tedbir kararı geçici bir hukuki koruma yolu olduğundan, bu kararın verilmesi üzerine hak sahibi tarafından ihtiyati tedbiri tamamlayıcı işlem olarak belirtilen işlemleri gerçekleştirmezse tedbir kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bu tamamlayıcı işlem ise, uyuşmazlık konusu hakkında davanın açılmasıdır. Bu dava açılmadığı takdirde yalnızca ihtiyati tedbir kararının talep edilmesi ve sürekli uygulanması mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Ahmet KILIÇOĞLU, “Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar” Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Mart 2017.

Baki KURU, “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı”, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, 2017 (“İstinaf Medeni Usul Hukuku).

Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, “Medeni Usul Hukuku” Yetkin Yayıncılık, 40. Baskı, Kasım 2014.

Bengül KAVLAK, “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2014 Ocak, C. 14.

Cahit SULUK/Rauf KARASU/Temel NAL, “Fikri Mülkiyet Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017, Ankara.

Ejder YILMAZ, “Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri”, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2001.

Evrım ERİŞİR, “Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri” On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2013.

Hakan KARAN/Mehmet KILIÇ, “Markaların Korunması - 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat”, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2004.

Hakan PEKCANITEZ/Muhammet ÖZEKES, “Medeni Usul Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Mart 2017.

Muhammet ÖZEKES, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, Sayı 2, 2002. (“Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”)

Nevhis DEREN-YILDIRIM, “Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler”, İstanbul, 2002.

Sami KARAHAN/Cahit SULUK/Tahir SARAÇ/Temel NAL, “Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları” Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Eylül, Ankara 2015.

Ünal TEKİNALP, “Fikri Mülkiyet Hukuku”, Vedat Kitapçılık, 5.Bası, İstanbul, Ocak 2012.

Yılmaz YÖRDEM, “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 2007, C. 6, S. 21, s. 331 – 348.

